

S/A \$2130 ✓

MICHELE TARUFFO

# **SIMPLEMENTE LA VERDAD**

**El juez y la construcción de los hechos**

Traducción de  
Daniela Accatino Scagliotti

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES  
2010

La colección *Filosofía y Derecho* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico [manuscritos@filosofiyderecho.es](mailto:manuscritos@filosofiyderecho.es). Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

En caso de ser aceptada la publicación del original, el autor deberá adaptarlo a los criterios de la colección, los cuales se pueden encontrar, en formato PDF, en la página web [www.filosofiyderecho.es](http://www.filosofiyderecho.es).

A Cristina

*La verdad ama sobre todo la simplicidad de la verdad*

Muriel BARBERY

*La verdad rara vez es pura y nunca es simple*

Óscar WILDE

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

Título original: *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009

© Michele Taruffo

© De la traducción: Daniela Accatino Scagliotti

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)

ISBN: 978-84-9768-789-8

Depósito legal: M-23087-2010

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2010

## ÍNDICE

	Pág.
CAPÍTULO I. ...1215...	13
1. INTRODUCCIÓN .....	13
2. ALGUNOS PASOS HACIA ATRÁS: ORDALÍAS Y PRUEBAS .....	15
2.1. Un ejemplo interesante: la evolución de las pruebas en el derecho longobardo.....	18
3. DESARROLLOS POSTERIORES.....	24
4. EL JURADO.....	31
5. CAMINOS DIVERGENTES.....	35
6. LA DECISIÓN SOBRE LOS HECHOS EN EL «ORDO IUDICIORUM» .....	39
CAPÍTULO II. NARRACIONES PROCESALES .....	45
1. CREDULIDAD E INCREULIDAD .....	45
2. NARRACIONES.....	46
2.1. Un experimento mental .....	49
2.2. Narraciones y hechos.....	53
2.3. Narradores de historias.....	56
2.3.1. Los abogados.....	57
2.3.2. Los testigos.....	63
2.3.3. El juez.....	65
3. CONSTRUIR NARRACIONES .....	67

	Pág.
3.1. Construcción a través de categorías .....	67
3.2. Construcción lingüística, semántica y lógica .....	69
3.3. Construcción social o institucional .....	71
3.4. Construcción cultural .....	72
4. LAS PARTES Y EL TODO.....	79
5. BUENAS NARRACIONES Y NARRACIONES VERDADERAS.....	82
<b>CAPÍTULO III. NOTAS ACERCA DE LA VERDAD EN EL PROCESO.</b>	<b>89</b>
1. EL RETORNO DE LA VERDAD .....	89
2. ALGUNAS DISTINCIONES .....	98
2.1. Distinciones inútiles .....	99
2.2. Verdad y certeza .....	102
2.3. Verdad y verosimilitud.....	105
2.4. Apuntes sobre verdad y probabilidad .....	106
3. EL VALOR SOCIAL DE LA VERDAD .....	109
4. VERDAD Y JUSTICIA.....	114
4.1. Rabelais, Luhmann y otros.....	116
4.2. Verdad e ideologías del proceso .....	125
4.3. Verdad y legalidad de la decisión .....	132
4.4. Verdad y debido proceso .....	134
4.5. Verdad e imparcialidad .....	137
5. ¿VERDAD NEGOCIADA? .....	140
5.1. Oposición y falta de oposición a los hechos alegados.....	145
5.2. Efectos de la falta de oposición.....	148
<b>CAPÍTULO IV. LA DIMENSIÓN EPISTÉMICA DEL PROCESO .....</b>	<b>155</b>
1. EPISTEMOLOGÍA E IDEOLOGÍA .....	155
2. LA SELECCIÓN DE LAS PRUEBAS.....	160
2.1. El principio de relevancia.....	161
2.2. La exclusión de pruebas relevantes .....	165
3. LA PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS .....	176
4. LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS .....	184
5. LOS SUJETOS DE LA ACTIVIDAD EPISTÉMICA.....	192
5.1. Las partes.....	192
5.2. Los poderes de instrucción del juez .....	196
6. EL JUEZ DE LOS HECHOS.....	204

	Pág.
6.1. El juez profesional.....	204
6.2. El jurado .....	208
7. CONCLUSIONES .....	217
<b>CAPÍTULO V. DECIDIR LA VERDAD .....</b>	<b>219</b>
1. DUDA Y DECISIÓN .....	219
2. QUÉ HECHOS.....	222
3. EL JUEZ Y LA CONSTRUCCIÓN DE LOS HECHOS .....	232
3.1. La confirmación.....	234
3.2. Los criterios de inferencia .....	237
3.3. El uso probatorio de la ciencia .....	240
4. GRADOS DE CONFIRMACIÓN Y ESTÁNDARES DE PRUEBA...	246
5. LA DECISIÓN FINAL .....	252
5.1. Las cargas probatorias .....	254
6. DECISIÓN Y MOTTIVACIÓN.....	266
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>275</b>
<b>ÍNDICE ANALÍTICO .....</b>	<b>295</b>

## CAPÍTULO I ...1215...

### 1. INTRODUCCIÓN

El año 1215 fue muy importante, aunque probablemente muchos de quienes vivían en ese tiempo no se dieron cuenta. Ese año fue importante por al menos tres razones, dos de las cuales merecen particular atención, mientras la tercera sólo será mencionada para ofrecer una imagen del ambiente cultural que existía en Europa en ese momento.

Comenzando por esta última razón, se debe recordar que en el año 1215 la Iglesia, a través del Cardenal Legado Robert de Courçon, confirmó en los estatutos de la Universidad de París la prohibición de leer y de enseñar la *Física* y la *Metafísica* de Aristóteles. Esta proscripción ya había sido impuesta en el año 1210, en el Concilio de Sens, luego fue reiterada en 1228 y finalmente fue incluida en un listado mucho más extenso de prohibiciones promulgado con el *Syllabus* de 1277<sup>1</sup>. No es posible abordar este tema aquí: es suficiente subrayar que después del renacimiento cultural del siglo XII la cultura del siglo XIII ya se veía envuelta en discusiones acerca de la herencia de ARISTÓTELES y acerca del peligro que ella podía representar para la ortodoxia, también a causa de la mediación ejercida por la cultura árabe a través de las traducciones de las obras del *magista*<sup>2</sup>.

Poco después del 15 de junio de 1215, en Londres, el rey Juan fue forzado por sus barones a conceder la *Magna Charta Libertatum*, considerada como

<sup>1</sup> Cfr. GARDINALI y SALERNO, 1993: 220; LE GOFF, 1957: 118.

<sup>2</sup> Acerca de las traducciones al árabe de las obras de ARISTÓTELES y su utilización en Europa, cfr. GARDINALI y SALERNO, 1993: 213.



la primera gran constitución de la historia europea. Probablemente el rey no supo que estaba dando inicio a una serie de otras constituciones<sup>3</sup>, y sobre todo a una larga historia de derecho constitucional inglés. Más específicamente, probablemente no advirtió que el capítulo 29 de la *Magna Charta* representaba el comienzo formal de un sistema procesal que duraría muchos siglos y en el que los «pares» debían cumplir un rol central en su calidad de jueces de los hechos<sup>4</sup>. Existe un aspecto paradójico en todo esto, dado que el rey obtuvo rápidamente del papa Inocencio III una bula que anulaba la constitución, que por consiguiente se mantuvo en vigencia solamente alrededor de nueve semanas<sup>5</sup>. A pesar de ello, con el tiempo, el capítulo 29 llegó a ser un símbolo del sistema basado en el *jury trial*. Como bien ha dicho PLUCKNETT, el mito fue mucho más importante que la realidad<sup>6</sup>.

En noviembre de 1215 tuvo lugar en Roma otro acontecimiento importante. El papa Inocencio III, protector y luego enemigo de Juan de Inglaterra<sup>7</sup>, impuso en el Concilio IV de Letrán la prohibición de la práctica de las ordalías como medio para determinar si una parte debía ganar o perder en una controversia judicial. Más exactamente, el Concilio prohibió a los sacerdotes participar en las ordalías judiciales, pero —dado que los instrumentos que servían para realizarlas (espadas, objetos de hierro, agua, etcétera) debían ser consagrados por un sacerdote<sup>8</sup>— esta prohibición equivalía a hacer imposible la celebración de la ordalía<sup>9</sup>. Como se verá más adelante, se trata sólo de un momento en la compleja historia de las pruebas en la Edad Media, pero es importante como momento simbólico en el que la autoridad eclesiástica decide que la Iglesia ya no puede verse involucrada en controversias judiciales, sobre todo porque se considera teológicamente incorrecto desafiar a Dios a intervenir en asuntos mundanos para determinar la victoria del inocente y la derrota del culpable.

El año 1215 fue, pues, un momento esencialmente simbólico, en el que varios acontecimientos interesantes ocurrieron en el transcurso de pocos meses. Con todo, se trató sólo de una coyuntura particular en el curso de una evolución muy significativa en la historia de los sistemas probatorios de *civil law* y de *common law*. Fue un momento en el que algunas cosas se consolidaron y

<sup>3</sup> Cfr. PLUCKNETT, 1929: 23.

<sup>4</sup> En su versión usual el capítulo 29 dice: «No freeman shall be taken or imprisoned, or disseised of his free tenement, liberties or free customs, or outlawed or exiled or in any wise destroyed, nor will we go upon him, nor will we send upon him, unless by lawful judgment of his peers, or by the law of the land. To no one will we sell, deny or delay right or justice».

<sup>5</sup> Cfr. PLUCKNETT, 1929: 23.

<sup>6</sup> Cfr. *ibid.*: 25.

<sup>7</sup> Cfr. *ibid.*: 22.

<sup>8</sup> Acerca del carácter religioso del ritual de las ordalías, cfr., p. ej., GAUDEMET, 1965: 121.

<sup>9</sup> Cfr. la obra clásica de PATETTA, 1890: 312, 341. Cfr. también BOULET-SAUTEL, 1965: 292. Las prohibiciones directas de las ordalías fueron promulgadas, en realidad, más tarde, en el siglo XIII, y comenzaron con la carta *Dilecti filii* del papa Onorio III. Cfr. PATETTA, 1890: 342, 368, 401. Cfr. también LEA, 1866: 428.

se aclararon, pero para comprender su importancia es conveniente retroceder y volver la vista a lo que había ocurrido antes. Luego corresponderá avanzar un poco hacia adelante y prestar atención a lo que ocurrió después.

## 2. ALGUNOS PASOS HACIA ATRÁS: ORDALÍAS Y PRUEBAS

Incluso antes de la caída del Imperio Romano de Occidente, pero sobre todo en la época posterior, los acontecimientos más importantes que se iniciaron en los siglos IV-V y que prosiguieron por largo tiempo, arrojando a la sociedad europea a una confusión profunda y durable, fueron las invasiones bárbaras. Junto con sus familias, los siervos y el ganado, los guerreros bárbaros trajeron consigo sus tradiciones y sus costumbres jurídicas, entre las que se encontraba un instrumento muy relevante, usado regularmente para resolver controversias de cualquier tipo: la ordalía. Las ordalías tienen una historia antigua y poco clara: probablemente llegaron desde la India a Europa central, donde fueron adoptadas por los pueblos germánicos<sup>10</sup>. En todo caso, cuando estos pueblos invadieron el resto de Europa y crearon sus reinos, el sistema germánico de las ordalías se difundió en todo el continente y se volvió el «sistema probatorio» más común, tanto para las controversias penales como para las civiles (distinción que, en muchos casos y por algún tiempo, no resultaba en absoluto clara).

Bajo la noción general de ordalía se incluía una gran variedad de técnicas que eran utilizadas en diversas situaciones, según las tradiciones particulares y la elección de los jueces o de las partes: probablemente la ordalía más común y perdurable fue el duelo judicial, en el que las partes o sus adalides combatían frente a los jueces, aunque también otras formas fueron muy populares, como la prueba del «agua», la prueba de la «caldera hirviente», la prueba del «hierro candente», la prueba del «fuego», y diversas versiones de estas técnicas básicas<sup>11</sup>. Ahora bien, no todas las ordalías eran tan crueles: un expediente habitualmente utilizado era el juramento de una de las partes (*compurgatio*)<sup>12</sup> y lo mismo ocurría con el juramento prestado por un grupo de personas (usualmente llamadas *coniuratores*) en auxilio de una de las partes<sup>13</sup>. Todos estos medios de prueba eran comúnmente llamados «juicios

<sup>10</sup> Según BARTLETT (1986: 4, 7), las ordalías fueron características de los francos y no de todos los pueblos germánicos.

<sup>11</sup> Para amplias y detalladas descripciones de los varios tipos de ordalías, cfr. las clásicas obras de PATETTA (1890) y de LEA (1866), ya citadas, así como DEL GIUDICE, 1898: 336, 346; SALVIOLI, 1925: 288. Cfr. también BARTLETT, 1986: 13; GAUDEMET, 1965: 101, 105; para referencias sobre el periodo carolingio, cfr., en particular, BARTLETT, 1986: 9; JACOB, 1996: 43 ss.

<sup>12</sup> Cfr., en particular, JACOB, 1996: 55 ss., 61 ss.; LÉVY, J., 1965a: 19.

<sup>13</sup> Los *coniuratores* eran considerados como *testes de credulitate* porque su juramento no tenía por objeto la verdad de los hechos sino la credibilidad de la parte en favor de la cual prestaban juramento. Por consiguiente, ellos no eran testigos en sentido estricto, sino sustentadores de la parte en favor de

de Dios» pues se fundaban, como premisa, en la convicción de que Dios, debidamente invocado para asistir a las partes, determinaría directamente el resultado de la prueba, haciendo evidente la inocencia o la culpabilidad del sujeto que se sometía a ellas<sup>14</sup>. En consecuencia, después de la conversión de las tribus germánicas a la religión católica, un sacerdote debía asistir a la ordalía y consagrar los instrumentos que debían ser utilizados para efectuarla<sup>15</sup>. Los procedimientos para la celebración de las ordalias estaban regulados de forma específica y muy detallada, de modo que su observancia puntual aseguraba la validez de la prueba y también, por consiguiente, la justicia y la aceptación de su resultado.

No es posible analizar aquí estos procedimientos, pero vale la pena destacar al menos dos aspectos del fenómeno de las ordalias.

Ante todo, es un lugar común, confirmado por ejemplo por la autoridad de LEVY-BRUHL, considerar a las ordalias como medios de prueba *irracionales*<sup>16</sup>. Conforme al significado moderno de la expresión, eran ciertamente irracionales, pues se basaban en un acto de fe relativo a la intervención divina, pero esta valoración corre el riesgo de estar afectada por la *Rückschluss*, esto es, el error usual de interpretar eventos pasados con criterios modernos<sup>17</sup>. En realidad las ordalias pueden parecer culturalmente *racionales*, en el sentido de que eran coherentes con la cultura del contexto social circundante. En esos tiempos, la vida cotidiana se encontraba dominada por la sangre y por la violencia, y estaba profundamente inmersa en un mundo místico poblado de milagros, de santos, de demonios, brujas y magos: en una cultura de este tipo, dominada por el *enchantment*<sup>18</sup>, podía parecer profundamente justificada la convicción de que la divinidad debiera cumplir un rol importante en la determinación del curso de la vida de los seres humanos. Más específicamente, no resultaba para nada extravagante pensar que Dios debiera intervenir en la determinación del resultado de acontecimientos importantes como las controversias judiciales: la ordalía era percibida como la «*liturgie d'un miracle judiciaire*»<sup>19</sup> que se realiza a través de una *épreuve*, es decir, a través de la superación de una

la cual juraban. Cfr., p. ej., BOUGARD, 1995: 332, quien subraya que los *coniuratores* participaban en un ritual en el que su conocimiento de los hechos resultaba irrelevante. Cfr., además, BOULET-SAUTEL, 1965: 4, 7; LÉVY, J., 1965b: 146, 148; DEL GIUDICE, 1898: 323; SALVIOLI, 1925: 261. Sobre los *coniuratores* en la práctica judicial inglesa cfr. VAN CAENEGEM, 1973: 66.

<sup>14</sup> Cfr., p. ej., GAUDEMET, 1965: 103. Diferente es la tesis de JACOB (1996: 67 ss., 73 ss.), para quien la expresión *iudicium Dei* aparece más bien tardíamente, es decir hacia fines del siglo VIII y hace referencia sobre todo al duelo judicial.

<sup>15</sup> Según BARTLETT (1986: 42), la práctica de las ordalias era fuertemente incentivada por la Iglesia y se difundió conjuntamente con la difusión del Cristianismo.

<sup>16</sup> Cfr., en particular, LEVY-BRUHL, 1964: 59, 72. Cfr., análogamente, p. ej., LÉVY, J., 1965a: 13; VAN CAENEGEM, 1988: 26.

<sup>17</sup> La propia distinción entre pruebas racionales y pruebas irracionales puede considerarse como un ejemplo de este error: cfr. JACOB, 1996: 52.

<sup>18</sup> Cfr. OLSON, 2000: 110. Cfr. también LEVY-BRUHL, 1964: 80.

<sup>19</sup> Así JACOB, 1996: 44.

prueba, más que a través de la producción de pruebas en el sentido moderno del término<sup>20</sup>. Además, esta convicción resultaba perfectamente coherente con la cultura de la Alta Edad Media<sup>21</sup>: esto explica que haya perdurado durante muchos siglos en la práctica judicial de toda Europa.

Por otra parte, las ordalias eran también *funcionalmente* racionales. Los historiadores del derecho medieval han analizado y discutido varios aspectos de la racionalidad funcional de las ordalias en la sociedad y en los sistemas políticos e institucionales de las épocas en que éstas florecieron, haciendo hincapié sobre todo en su utilidad como instrumentos de un poder coercitivo<sup>22</sup>. Desde otro punto de vista, también se ha destacado cómo el carácter sacramental de las ordalias explicaría su popularidad en épocas y lugares caracterizados por la presencia y la difusión de una profunda fe religiosa<sup>23</sup>.

Probablemente no existe una respuesta clara y simple para este problema. En todo caso, vale la pena destacar un factor significativo de la racionalidad funcional de las ordalias en el contexto del modelo procesal de tipo germánico, adoptado en muchas áreas de Europa. El aspecto más importante del procedimiento consistía en la exposición de las demandas y defensas de las partes ante el tribunal, que determinaba cuál era el objeto de la controversia y decidía qué pruebas debían ser practicadas y por qué parte<sup>24</sup>. Esta sentencia, llamada *Beweisurteil* por los historiadores alemanes, ponía fin a la tarea del tribunal y era definitiva: después de esta sentencia la ordalía debía ser ejecutada conforme al procedimiento, con el fin de resolver cuál era la parte vencedora. La ordalía era siempre decisiva, pues su resultado siempre era claro: la parte que se sometía a la ordalía debía «purgarse» de la acusación que le había dirigido la contraparte, y los resultados positivos o negativos de la prueba eran patentes para todos. Por consiguiente, el tribunal no tenía necesidad de intervenir nuevamente para emitir una sentencia fundada en el resultado de la ordalía: la combinación de la ordalía con la *Beweisurteil* era suficiente para proporcionar a las partes y al tribunal, así como al público, una solución clara de la controversia. En realidad la prueba no estaba ni siquiera dirigida al tribunal, sino más bien a la contraparte<sup>25</sup>. Desde este punto de vista, parece evidente que las ordalias resultaban funcionales como medios para resolver de forma rápida,

<sup>20</sup> Cfr. en este sentido JACOB (1996: 51), quien traduce *probatio* como *épreuve*, no como *preuve*, subrayando precisamente cómo la *probatio* indicaba más bien una especie de desafío, antes que la adquisición de elementos de juicio, en un contexto procesal que apuntaba más a la resolución del conflicto que a la búsqueda de la verdad. Análogamente cfr. TARUFFO, 1992: 416.

<sup>21</sup> Como subraya LEVY-BRUHL (1964: 71), la sentencia fundada en la ordalía interpretaba los sentimientos del contexto social.

<sup>22</sup> Cfr., en especial, BARTLETT, 1986: 36. Para una crítica de esta concepción y para adicionales referencias, cfr. OLSON, 2000: 128, 130.

<sup>23</sup> Cfr., en particular, OLSON, 2000: 132; JACOB, 1996: 43 ss.

<sup>24</sup> Sobre la variabilidad de los criterios para esta decisión, cfr., p. ej., DEL GIUDICE, 1898: 310; SALVIOLI, 1925: 365.

<sup>25</sup> Cfr. SALVIOLI, 1925: 250.

simple y definitiva las controversias, y que aseguraban además la aceptación del resultado de la controversia en el ambiente social circundante.

Con todo, es necesario recordar que en el curso del procedimiento y antes de que fuera pronunciada la *Beweisurteil*, a menudo se presentaban al tribunal otros medios de prueba: se interrogaban testigos y se presentaban documentos, y las partes y sus *coniuratores* podían prestar juramento sobre los hechos que constituían la base de la controversia. Sólo cuando estos medios de prueba no determinaban un resultado claro con respecto a los hechos, la corte emitía la *Beweisurteil* para poner fin al procedimiento a través de la ordalía que, por tanto, tenía un rol residual<sup>26</sup>. En cambio, cuando las otras pruebas permitían determinar la verdad de los hechos, la corte formulaba una decisión sobre la base de lo que ellas habían demostrado. En estos casos la ordalía no era necesaria, o bien era sustituida por un juramento formal prestado por una de las partes<sup>27</sup>. Incluso los historiadores que tienden a enfatizar la importancia y la difusión de las ordalías en la sociedad medieval, reconocen que eran practicadas solamente cuando no se encontraban disponibles otros medios para establecer la verdad, o éstos no eran suficientes, y que varios otros tipos de pruebas, como documentos y testimonios, eran comúnmente utilizados<sup>28</sup>. Este aspecto de la práctica judicial es interesante, porque muestra que las ordalías no se entendían como medios de prueba en sentido estricto, es decir, como instrumentos para determinar la verdad de los hechos en los que se basa la controversia, sino más bien como una técnica residual utilizada para decidir las controversias cuando los medios de prueba ordinarios no habían logrado resolver las dudas acerca de los hechos. En síntesis, las ordalías se consideraban como instrumentos para alcanzar una decisión definitiva en los casos de incertidumbre, más que como técnicas dirigidas a descubrir la verdad<sup>29</sup>.

## 2.1. Un ejemplo interesante: la evolución de las pruebas en el derecho longobardo

La compleja evolución de la práctica de las ordalías y la transición desde estos medios de decisión hacia sistemas probatorios más modernos y «racionales» no pueden ser analizadas aquí en todos sus aspectos. Con todo, hay un

<sup>26</sup> Acerca de la función residual de la ordalía cfr., en particular, PATETTA, 1890: 27, 223.

<sup>27</sup> Este aspecto es puesto en evidencia por los documentos referidos a las sentencias dictadas a lo largo del siglo VIII. Cfr. SINATTI D'AMICO, 1968: 369. Cfr. también SALVIOLI, 1925: 252.

<sup>28</sup> Cfr., en especial, BARTLETT, 1986: 26, y, además, LÉVY, J., 1965: 17; VAN CAENEGEM, 1988: 26; JACOB, 1996: 52 ss.

<sup>29</sup> En este sentido, y también para una crítica bien argumentada de las teorías según las cuales las ordalías constituirían instrumentos para el descubrimiento de la verdad, cfr. OLSON, 2000: 12, 126; JACOB, 1996: 51. Acerca de la función del duelo judicial cfr. BARTLETT, 1986: 114. Cfr. también, con respecto a un famoso caso decidido en el año 716, SINATTI D'AMICO, 1968: 149.

ejemplo de esta evolución que merece una consideración particular: se trata del derecho de las pruebas longobardo. Este ejemplo tiene interés por al menos dos razones. La primera tiene que ver con el lugar en que acontece, pues Pavía fue por más de cuatro siglos la capital del Reino Itálico<sup>30</sup>, primero bajo los reyes longobardos y luego bajo los reyes francos. Pavía era, por tanto, el centro de la administración del reino y en el *palatium* del rey tenían sede el tribunal supremo y una escuela de derecho muy importante<sup>31</sup>. En esta escuela se enseñaba el derecho longobardo y otras leyes romano-bárbaras a personas cultas que se preparaban para llegar a ser jueces y notarios. También el derecho romano era conocido y enseñado en un ambiente de nivel cultural muy elevado, en el que la lengua del derecho —usada también por los juristas longobardos— era un buen latín<sup>32</sup>. La segunda razón de interés es que la experiencia longobarda pertenece a un periodo de evolución precoz pero muy importante y resulta representativa de la transición desde el sistema original de las ordalías al sistema moderno de las pruebas, que en épocas posteriores tuvo lugar en el resto de Europa. En realidad, el derecho longobardo anticipó en muchos aspectos lo que ocurriría mucho más tarde en otros lugares: así, tras varios siglos de elaboración, llegó a estar constituido por un rico y complejo conjunto de normas que, también a causa de la influencia ejercida sobre ellas por el derecho romano<sup>33</sup>, le valieron una relevante significación en el panorama europeo<sup>34</sup>.

El 22 de noviembre del año 643, en el palacio real de Pavía, el rey Rotario promulgó el edicto que lleva su nombre. Se trata de un texto extenso y complejo en el que se encuentran redactadas de forma escrita, y en latín, todas las normas derivadas de las tradiciones y de las costumbres jurídicas del pueblo longobardo<sup>35</sup>. Inicialmente el derecho longobardo se aplicaba sólo a los longobardos, mientras que a los habitantes locales se les aplicaban los residuos del derecho romano<sup>36</sup>, pero como los longobardos se mezclaron rápidamente con las poblaciones preexistentes, el derecho longobardo terminó siendo aplicado a todos los sujetos con independencia de su ciudadanía<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> Es útil recordar que los longobardos invadieron Italia, bajo el mando del rey Alboino, en el año 569, y ocuparon la mayor parte del territorio italiano, creando un reino muy poderoso. Pavía llegó a ser la capital del reino en 610. El año 773 el ejército franco derrotó a los longobardos y Pavía fue conquistada en 774. Desde entonces, el *Regnum Italiae* quedó comprendido en el imperio franco, aunque Pavía siguió siendo capital del reino hasta la primera mitad del siglo XI.

<sup>31</sup> Sobre esta escuela y sus funciones, cfr. MENGOZZI (1924).

<sup>32</sup> Bajo la influencia del derecho romano, en la escuela de Pavía se crearon algunas instituciones jurídicas nuevas. La inclusión de algunos elementos del derecho romano en el derecho longobardo se debió, además, al hecho de que los estudiosos longobardos conocían el derecho romano y lo aplicaban tanto en la redacción de edictos como al dictar sentencias. Al respecto cfr. MENGOZZI, 1924: 35, 158, 183, 276.

<sup>33</sup> Cfr. RADDING, 1988: 21.

<sup>34</sup> Cfr. *ibid.*: 23; MENGOZZI, 1924: 288.

<sup>35</sup> Cfr. AZZARA, 2002: 116; RADDING, 1988: 19.

<sup>36</sup> Sobre el carácter «personal» del derecho germánico, cfr., p. ej., VAN CAENEGEM, 1988: 19.

<sup>37</sup> Cfr. SINATTI D'AMICO, 1968: 198.

Con respecto al procedimiento, inicialmente los longobardos seguían el modelo germánico tradicional: no había una clara distinción entre proceso civil y proceso penal<sup>38</sup>, y el aspecto más importante del proceso lo representaba la obligación del demandado de «purgarse» o «purificarse» de la acusación dirigida contra él por el actor. La purificación podía ser efectuada a través de un juramento o del duelo: *aut per sacramentum aut per camphionem o per pugnam*<sup>39</sup>. El demandado podía jurar su inocencia<sup>40</sup>; y si no tenía el valor de hacerlo, le quedaba la alternativa del duelo judicial. El duelo se encontraba también a disposición de la parte que hubiera impugnado el juramento. El juez ordenaba, en su *Beweisurteil*, que se procediera al duelo, considerando sobre todo la elección del demandado, y concluía, de ese modo, el procedimiento. El resultado del juramento o del duelo determinaba la solución final de la controversia. En este contexto la prueba, el *provatum*, no era la demostración de los hechos sino el resultado final de la *purificatio*<sup>41</sup>.

Por otra parte, y aunque no existen documentos que lo demuestren de manera fehaciente, es lícito suponer que desde un comienzo los jueces longobardos no se limitaron a desarrollar esta función formal: es probable que antes de emitir la *Beweisurteil* tomaran en cuenta otras pruebas a fin de decidir según *veritatem aut iustitiam*<sup>42</sup>. En este sentido, también en el marco del procedimiento germánico tradicional la práctica longobarda parece encaminada a permitir a los jueces tomar en consideración cualquier fuente de prueba a fin de clarificar y determinar los hechos del caso: se podría decir que los jueces estaban orientados hacia el descubrimiento de la *veritas* de los hechos, aunque el procedimiento tuviera que concluir con la *Beweisurteil*.

Aunque el edicto de Rotario tuvo fundamental importancia para la sistematización del derecho longobardo, las reformas más importantes fueron introducidas en la primera mitad del siglo VIII a través de diversas leyes promulgadas por el rey Liutprando entre los años 717 y 734. Estas leyes dan cuenta de la adaptación del derecho longobardo tradicional a las nuevas condiciones sociales, culturales y económicas que desde hace algún tiempo iban emergiendo, y pueden considerarse como la primera documentación de la nueva cultura que iba madurando en el siglo VIII<sup>43</sup>, al menos en algunas áreas de Europa,

<sup>38</sup> Cfr. *ibid.*: 57.

<sup>39</sup> En el edicto de Rotario y en otras fuentes longobardas, como las leyes promulgadas por GRIMOALDO, hay muchas partes en las que esta fórmula es utilizada: cfr. SINATTI D'AMICO, 1968: 26, 145; SALVIOLI, 1925: 252.

<sup>40</sup> La forma y la función del juramento son analizadas ampliamente por SINATTI D'AMICO, 1968: 74. Acerca del juramento que podía ser prestado por otros sujetos, actuando como *coniuratores* o *sacramentales* cfr. *ibid.*: 92.

<sup>41</sup> Cfr. *ibid.*: 33.

<sup>42</sup> En este sentido, cfr. *ibid.*: 40, 45, 166, 177.

<sup>43</sup> Cfr. *ibid.*: 213.

y en particular en Italia<sup>44</sup>. En el ámbito de la administración de justicia, las reformas de Liutprando fueron muy importantes desde varios puntos de vista. Así, por ejemplo, se introdujo una regulación precisa de la organización de los tribunales, compuestos por jueces profesionales, y de las funciones y los deberes de los jueces en la aplicación de la ley<sup>45</sup>. Liutprando conservó el esquema formal del procedimiento tradicional germánico que había sido mantenido por Rotario, pero dentro de ese esquema —que todavía se percibía como un instrumento eficaz para la administración de justicia— introdujo desarrollos significativos, sobre todo en materia de prueba.

Liutprando es conocido sobre todo por su aversión hacia el duelo como método para resolver las controversias. Con todo, es necesario recordar que ya Rotario había limitado el recurso al duelo<sup>46</sup> y que aunque Liutprando no tenía confianza en el duelo como medio para hacer justicia, no lo prohibió —probablemente porque la fuerza de la tradición aún no lo permitía—, sino que introdujo limitaciones adicionales para su utilización<sup>47</sup>. En todo caso, entre los medios de prueba tradicionales Liutprando prefería el juramento, considerado como el más eficaz para descubrir la verdad de los hechos del caso<sup>48</sup>. La preferencia por el juramento determinó una significativa reducción de los casos en los que estaba permitido todavía recurrir al duelo. Sin embargo, esto no significa que Liutprando tuviera confianza ilimitada en el juramento como medio para determinar la verdad. De hecho, introdujo garantías y sanciones contra los juramentos falsos y dispuso que el juramento que no correspondiera con la verdad de los hechos perdiera su valor como prueba definitiva<sup>49</sup>. De este modo, Liutprando mantuvo al juramento como medio de prueba, pero comenzó a minar la confianza en su calidad de juicio de Dios. Al regular el juramento colectivo en favor de una de las partes, prestado por los *coniuratores*<sup>50</sup>, dio muestras de considerar al juramento más bien como una suerte de confirmación «social» de la verdad de los hechos del caso.

Si bien Liutprando se nos presenta todavía en alguna medida inmerso en la tradición germánica en que se basaba el sistema procesal longobardo, por otra parte también abrió el camino a tipos de pruebas mucho más «modernos», y especialmente a la utilización de documentos para demostrar di-

<sup>44</sup> El siglo VIII, y en general el período carolingio, representa sin embargo el momento de mayor florecimiento de las ordalías en Francia, y también en otras zonas del imperio franco. En este sentido cfr., en particular, JACOB, 1996: 66, 73 ss., 75.

<sup>45</sup> Cfr. SINATTI D'AMICO, 1968: 224, 226.

<sup>46</sup> Cfr. *ibid.*: 121; DEL GIUDICE, 1898: 321.

<sup>47</sup> En el capítulo 118 de la ley promulgada en 731, Liutprando, en efecto, señalaba: «*Quia incertus sumus de iudicio dei, et multos audiuimus per pugnam sine iustitia causam suam perdere; sed propter consuetudinem gentis nostrae langobardorum legem ipsam vetare non possumus*». Sobre la actitud de Liutprando respecto del duelo cfr., además, BARTLETT, 1986: 72, 116; GAUDEMET, 1965: 105; SALVIOLI, 1925: 291.

<sup>48</sup> Cfr. SINATTI D'AMICO, 1968: 241.

<sup>49</sup> Cfr. *ibid.*: 253.

<sup>50</sup> Cfr. *ibid.*: 92, 243; SALVIOLI, 1925: 261; DEL GIUDICE, 1898: 323.

versos tipos de contratos. En realidad, los documentos escritos, las *cartolae* o *chartulae*, se habían utilizado ya en los tiempos de Rotario<sup>51</sup>, y con toda probabilidad fueron usados también en los siglos precedentes. Con todo, sólo con Liutprando los documentos se volvieron un medio de prueba común, utilizado para demostrar la estipulación de los contratos más importantes y para asegurar su publicidad<sup>52</sup>. Liutprando dispuso sanciones para la falsificación de documentos y reguló la presentación en juicio y el valor probatorio de las *chartulae*<sup>53</sup>. Y también favoreció la prueba testifical, abriendo el camino al interrogatorio de testigos en juicio con el objetivo de descubrir la verdad (*pro certa veritate*)<sup>54</sup>.

Por consiguiente, aunque subsistieran aún algunos vínculos con la tradición germánica, bajo Liutprando un nuevo concepto se instaló en el centro de la administración de justicia: se trata del concepto de verdad objetiva, de la *certa veritas*, que constituye el fundamento de muchas normas específicas de la legislación de Liutprando y que fue considerada como el objetivo fundamental de la asunción de las pruebas. Esta concepción de la verdad objetiva como finalidad del procedimiento judicial fue precisamente una de las novedades fundamentales de sus reformas<sup>55</sup>. La búsqueda de la verdad se impuso en la práctica a los jueces y a las partes y llevó a dejar de lado los viejos medios de prueba a través de ordalías<sup>56</sup>. Tal como demuestran los registros de las controversias decididas en el curso del siglo VIII, los jueces se comportaban como activos y meticulosos indagadores de la verdad y tomaban en consideración cualquier fuente de información, como testigos y documentos<sup>57</sup>. De este modo, la búsqueda de la verdad sobre la base de las pruebas había llegado a ser una de las funciones fundamentales del juez, que disponía de los poderes necesarios para desarrollarla<sup>58</sup>.

También la estructura del procedimiento terminó por ser modelada de forma que pudiera determinarse la verdad. Tras la formulación oral de sus pretensiones y argumentaciones, las partes tenían la posibilidad de presentar todas sus pruebas, orales y escritas, al juez. Entre éstas, los documentos rápidamente se volvieron un tipo de prueba muy común, particularmente en las controversias sobre propiedad y estatus personales: así, a partir del siglo VIII

<sup>51</sup> Cfr. SINATTI D'AMICO, 1968: 129. El capítulo 227 del edicto de Rotario atribuye valor probatorio a un *libellus* escrito: cfr. *ibid.*: 261, 270.

<sup>52</sup> Cfr. *ibid.*: 273. Sobre el uso de documentos escritos en la práctica judicial del siglo VIII, cfr. *ibid.*: 373; RADDING, 1988: 252; WICKAM, 1986: 105, 113; BOUGARD, 1995: 222, 225.

<sup>53</sup> Cfr. la prolija descripción de estos aspectos que hace SINATTI D'AMICO, 1968: 287, 329. Cfr. también SALVIOLI, 1925: 287.

<sup>54</sup> Cfr. SINATTI D'AMICO, 1968: 325. Sobre el uso de testimonios jurados que se revela en documentos judiciales del siglo VIII, cfr. SINATTI D'AMICO, 1968: 376.

<sup>55</sup> Cfr. *ibid.*: 328, 405.

<sup>56</sup> Cfr. *ibid.*: 329.

<sup>57</sup> Cfr. *ibid.*: 235, 387.

<sup>58</sup> Cfr. BRUYNING, 1984: 125; SALVIOLI, 1925: 320.

se hizo corriente, para cualquier tipo de acuerdo contractual<sup>59</sup>, la redacción de documentos escritos y también su utilización en juicio. Cuando no existían documentos disponibles, un método probatorio frecuentemente utilizado era la *inquisitio*, que consistía en la interrogación de varios testigos<sup>60</sup>. En seguida se dictaba la decisión: algunas veces se trataba de una *Beweisurteil*, que habitualmente imponía el juramento a una de las partes; pero en muchos casos se trataba de una decisión que se pronunciaba sobre el mérito de la controversia, determinando los hechos sobre la base de las pruebas y aplicando luego el derecho<sup>61</sup>. En todo caso, incluso cuando el procedimiento finalizaba con un juramento, éste era visto como una especie de confirmación formal de la verdad efectiva de los hechos que los jueces habían descubierto ya sobre la base de los otros medios de prueba que habían sido presentados, de modo que el juramento perdía validez si contrastaba con la verdad<sup>62</sup>. Los juicios de Dios, en todas sus formas, están, de hecho, sustancialmente ausentes de los documentos judiciales redactados en el reino itálico en los siglos VIII y IX<sup>63</sup>. Por otra parte, los mismos documentos revelan la cultura profesional de alto nivel que poseían los jueces o notarios que los redactaron<sup>64</sup>.

El uso frecuente de los documentos como pruebas en juicio, y también en la vida cotidiana, se encuentra confirmado también en Francia, tanto en la época merovingia, a partir del siglo VII<sup>65</sup>, como en la época carolingia, a partir del siglo IX<sup>66</sup>. También allí era usual que los testigos fueran interrogados bajo la forma de la *inquisitio*, una importante creación del derecho carolingio<sup>67</sup> que fue ampliamente utilizada también —como ya se ha visto— por los jueces longobardos. El uso extendido de los documentos, junto con el interrogatorio de testigos, se dio igualmente en España, a partir del siglo VII<sup>68</sup>.

Parece claro, por tanto, que en la práctica de los procesos civiles la utilización de medios de pruebas, como las escrituras y los testimonios, tuvo un comienzo muy temprano en la historia de la justicia medieval europea. Las ordalías sobrevivieron en alguna medida, pero sobre todo en el ámbito del proceso penal y en las áreas culturalmente menos evolucionadas del continente.

<sup>59</sup> Cfr. BOUGARD, 1995: 70, 73, 80, 227; RADDING, 1988: 24, 27; SALVIOLI, 1925: 283.

<sup>60</sup> Cfr. RADDING, 1988: 28; BOUGARD, 1995: 196; BRUYNING, 1984: 126; SALVIOLI, 1925: 278. Para JACOB (1996: 56) la introducción de la *inquisitio* se remonta a las capitulares carolingias, pero —aunque eso puede valer para Francia— el interrogatorio de testigos ya era conocido y practicado por los longobardos en Italia.

<sup>61</sup> Cfr. BRUYNING, 1984: 126.

<sup>62</sup> Cfr. SINATTI D'AMICO, 1968: 235, 287.

<sup>63</sup> Cfr. RADDING, 1988: 29, 38. BOUGARD (1995: 229) sostiene que sólo se habla de ellos en documentos falsificados.

<sup>64</sup> Cfr. BOUGARD, 1995: 119, 125, 128, 134. Sobre los jueces de Pavía cfr., en especial, RADDING, 1988: 44.

<sup>65</sup> Cfr. FOURACRE, 1986: 23, 26, 35.

<sup>66</sup> Cfr. NELSON, 1986: 47, 59; JACOB, 1996: 57.

<sup>67</sup> Cfr. NELSON, 1986: 60.

<sup>68</sup> Cfr. COLLINS, 1986: 86.

Lo que se lee entre líneas en la legislación lombarda y en los documentos judiciales de los siglos VII, VIII y IX es la irrupción lenta, fragmentaria y diversificada, pero aun así continua y constante, de una nueva y diversa cultura que lleva a la administración de justicia —al menos la de la justicia civil— en una dirección muy diferente de la que caracterizaba a las tradiciones germánicas. Así, el formalismo de los procedimientos basados en las ordalías cede gradualmente el lugar a técnicas cada vez menos formalistas, pero también más flexibles y eficaces, de descubrimiento de la verdad de los hechos, de las que los jueces se sirven regularmente. Como hemos visto, Liutprando no derogó formalmente las viejas reglas, pero fue sensible al valor que la *certa veritas* reviste para la administración de justicia, y dirigió sus reformas, aunque fuera gradualmente, hacia la obtención de una justicia fundada en una reconstrucción plausible, razonable, de los hechos del caso. Obviamente, esta nueva cultura no irrumpió de golpe en la escena europea, alterando de improviso los esquemas de la tradición germánica. Con todo, marcó la formación de los jueces longobardos y el modo en que administraron justicia: se puede decir que la investigación de la verdad se instaló lenta, pero sólidamente, en su cultura.

### 3. DESARROLLOS POSTERIORES

El ejemplo longobardo demuestra que los siglos que los humanistas definieron como «oscuros»<sup>69</sup> en realidad no lo fueron, o al menos no lo fueron en todas partes. En todo caso, el hecho de que esos siglos no hayan sido efectivamente oscuros constituye hoy un lugar común entre los historiadores que han estudiado lo que ocurrió en Europa entre los siglos VIII y XII y, en materia de pruebas, hasta 1215. Naturalmente, no es posible intentar aquí una reconstrucción analítica de este periodo, pero vale la pena formular algunas observaciones para indicar al menos los rasgos fundamentales del contexto en que se insertan la administración de justicia y el derecho de las pruebas.

En el plano de la cultura general, se debe recordar que algunos historiadores hablan de un «renacimiento carolingio» para designar al movimiento que caracterizó, en diversas áreas de la cultura, el final del siglo VIII y el siglo IX, y que significó no sólo la recuperación de algunos aspectos de la antigua cultura europea, sino también la introducción de importantes novedades, como ocurrió, por ejemplo, en la literatura y en la organización de la enseñanza<sup>70</sup>. En el ámbito de la cultura jurídica también hubo importantes avances, que tuvieron

<sup>69</sup> Acerca de esta manipulación, que presenta a los siglos anteriores al XIV y XV como carentes de toda cultura, cfr., p. ej., VINCENT, 1995: 10.

<sup>70</sup> Cfr. COLISH, 1997: 123; LE GOFF, 1957: 8.

lugar especialmente en los siglos X y XI. Así, por ejemplo, en el Reino Itálico se utilizaron a partir del inicio del siglo IX síntesis de reglas jurídicas como la *Concordia Gothana*<sup>71</sup>, y también el *Liber legis Langobardorum* (llamado también *Liber Papiensis*), una colección de códigos longobardos y capitulares francos, fue bien conocido y ampliamente utilizado. Además, en general, se citaban frecuentemente normas jurídicas en los documentos judiciales y notariales<sup>72</sup>.

En cuanto al proceso y a la práctica de las pruebas, durante el periodo franco del Reino Itálico (que va del año 774 al 880) se observaron avances relevantes en la evolución que se había iniciado con Liutprando. Las partes presentaban oralmente sus argumentaciones al tribunal, y luego eran interrogadas por los jueces. Posteriormente los jueces se ocupaban activamente de la adquisición de las pruebas, leyendo los documentos e interrogando a los testigos<sup>73</sup>. Si era necesario, se acordaba un aplazamiento para permitir a las partes producir sus pruebas<sup>74</sup>. Cuando se aportaba un documento, normalmente la sentencia final se fundaba en él<sup>75</sup>. Si no había disponible ningún documento escrito, los testigos eran interrogados a través de una *inquisitio* conducida y transcrita en las actas por el tribunal. Las actas describían minuciosamente el desarrollo del proceso<sup>76</sup>. Por consiguiente, las pruebas ordinariamente utilizadas consistían solamente en documentos y testigos. Sólo en un caso existe constancia de la imposición al acusado de un juramento de purgación: no había, en todo caso, ni ordalías ni duelos<sup>77</sup>. En muchos casos, tras la presentación de las pruebas, la parte que no lograba demostrar el fundamento de sus pretensiones, admitía que la otra parte merecía ganar<sup>78</sup>; de modo que la sentencia final se fundaba en las pruebas adquiridas y, a menudo, en una confesión. Como se puede ver, el procedimiento estaba bien organizado, era conducido activamente por los jueces y se centraba en la presentación de pruebas y en la búsqueda de la verdad de los hechos del caso.

Estos aspectos del «renacimiento carolingio» son contemporáneos al «floreCIMIENTO carolingio de las ordalías» descrito por BARTLETT<sup>79</sup>, aunque los dos fenómenos parecen estar en completa contradicción. No se trata de intentar dar aquí solución a este problema, pero sí es posible advertir que las ordalías sobrevivieron sólo en casos limitados y en algunas áreas de Europa: como se

<sup>71</sup> Cfr. RADDING, 1988: 31.

<sup>72</sup> Cfr. BOUGARD, 1995: 293; RADDING, 1988: 78.

<sup>73</sup> Cfr. BRUYNING, 1984: 137-138, 143; SALVIOLI, 1925: 318, 320.

<sup>74</sup> Cfr. BRUYNING, 1984: 140; SALVIOLI, 1925: 321.

<sup>75</sup> Cfr. PADOA SCHIOPPA, 1989: 465.

<sup>76</sup> Cfr. *ibid.*: 465, 467.

<sup>77</sup> Cfr. BRUYNING, 1984: 143-145. La situación parece haber sido diferente en Francia y en otros lugares del imperio franco, si es que es cierto que el mayor florecimiento de las ordalías y, en particular, del duelo judicial, ocurrió en la época carolingia. En este sentido, cfr. JACOB, 1996: 73 ss.

<sup>78</sup> Cfr. BRUYNING, 1984: 147; SALVIOLI, 1925: 332.

<sup>79</sup> Cfr. BARTLETT, 1986: 9; en sentido análogo cfr. JACOB, 1996: 73 ss.

ha dicho antes, en los documentos italianos de la época no existe constancia de la práctica de ninguna ordalía<sup>80</sup>.

Este renacimiento no representó un momento singular y aislado, sino que la tendencia carolingia fue continuada bajo los Otones en el siglo X, y la cultura europea siguió presentando un panorama muy rico y sofisticado también en el curso del siglo XI<sup>81</sup>. En realidad, estos importantes avances constituyeron las premisas de la gran transformación cultural conocida como «el renacimiento cultural del siglo XII». En efecto, sobre todo en ese siglo, la cultura presentó notables progresos en todos los campos, desde la ciencia<sup>82</sup> a la teología, la filosofía y la lógica, así como en la organización de los estudios en las disciplinas del *trivium* y del *cuadrivium*<sup>83</sup>. El desarrollo de la enseñanza escolástica, que tuvo lugar en las escuelas eclesiásticas, pero también en las universidades que florecieron en toda Europa en este periodo, es especialmente importante con respecto al punto que aquí interesa, pues tuvo una fuerte y directa influencia en la formación profesional y en la cultura general de los juristas. El estudio del derecho formaba parte del *trivium* junto con la retórica y la lógica<sup>84</sup>, y alcanzó una gran difusión porque podía abrir el camino para acceder a los oficios públicos y a la práctica profesional privada.

Lo que interesa subrayar es que los estudiantes de derecho recibían una formación de base en la que el estudio de la retórica y de la lógica ocupaba un lugar importante, junto al estudio del derecho. En realidad, el jurista que concluía su ciclo de estudios se encontraba bien instruido en las materias jurídicas, y profesionalmente preparado para operar como tal en la administración, en la enseñanza, como notario o como abogado, o en varias de estas profesiones simultáneamente. De este modo, los jueces y notarios adquirían una preparación técnica especializada en la interpretación y la aplicación del derecho<sup>85</sup>. Pero los juristas recibían también una formación retórica de base, que no comprendía sólo el arte de argumentar oralmente en audiencia, sino también el arte de redactar escrituras y documentos, incluida la *ars dictaminis*

<sup>80</sup> Precisamente JACOB (1996: 61) subraya que el florecimiento carolingio de las ordalías involucró a los territorios entre el Loira y el Rin, mientras que en el sur del imperio, en Cataluña, en la Francia meridional y en Italia, la tendencia hacia el uso de pruebas «racionales» se había manifestado mucho antes.

<sup>81</sup> Cfr. COLISH, 1997: 263, para una rigurosa reconstrucción de los principales aspectos de la cultura europea en este periodo.

<sup>82</sup> En el siglo XII las ciencias experimentaron importantes progresos, sobre todo a partir de las traducciones —realizadas especialmente en España— de textos árabes al latín. El resultado fue el mismo que si los europeos hubieran ido a realizar sus estudios a países árabes. Cfr. HALL y BOAS HALL, 1964: 71.

<sup>83</sup> Cfr. una sintética descripción en COLISH, 1997: 285. Un estudio más amplio, todavía muy útil, es el de HASKINS, 1927.

<sup>84</sup> Cfr. RADDING, 1988: 89.

<sup>85</sup> Algunos estudios analíticos referidos a la administración de justicia en el Reino Itálico de Pavia desde el siglo VII al XI muestran que los jueces tenían una buena formación y que estaban en condiciones de desarrollar argumentaciones jurídicas, fundadas a veces en el conocimiento del derecho romano: cfr. RADDING, 1988: 29, 31, 44, 78, 84, 88; BOUGARD, 1995: 145-147.

(una invención italiana que resultaba muy útil a los *dictatores*, es decir, a los notarios públicos)<sup>86</sup>. Aún más importante era, sin embargo, el rol que el estudio de la lógica tenía en la formación de todas las personas cultas, incluidos los juristas.

El estudio de la lógica fue en realidad un aspecto fundamental de la cultura medieval: de acuerdo a la bien conocida definición de ABELARDO, quizá el mayor maestro del siglo XII, la lógica es *discretio veritatis*, esto es, la ciencia de las ciencias, que permite distinguir la verdad. La tradición lógica medieval comienza, de acuerdo con la opinión común, con Severino BOECIO, muy conocido por su *De consolazione philosophiae*, que escribió en la cárcel en Pavia poco antes de ser asesinado, pero muy famoso también como autor de varias obras de lógica y como traductor de los más importantes libros de lógica escritos por PORFIRIO, por CICERÓN y, en particular, por ARISTÓTELES. El *corpus* de estas obras constituye la llamada *logica vetus*, que fue estudiada durante siglos en las escuelas medievales<sup>87</sup>. A comienzos del siglo XII tuvo lugar una importante transformación en el estudio de la lógica, que prosiguió en las décadas siguientes con las obras de grandes filósofos como ABELARDO, Pedro LOMBARDO y Hugo DE SAN VÍCTOR: se trata de la formación de la denominada *logica modernorum*, que incluyó otras partes de la obra de ARISTÓTELES (la llamada *logica nova*) y que siguió desarrollándose durante la segunda mitad del siglo<sup>88</sup>. Obviamente estas referencias en extremo sintéticas no pretenden ofrecer una idea acabada del mundo de problemas, discusiones, obras y traducciones que caracterizaron al estudio de la lógica en el periodo en cuestión. Con todo, quizá ellas puedan ser suficientes para insinuar la riqueza de la tradición y del desarrollo de los estudios de lógica, y la importancia que esta disciplina tuvo en la *Bildung* cultural del hombre medieval y, en particular, del jurista.

Aproximadamente en el mismo periodo, esto es, a partir de mediados del siglo XII, tuvo lugar el «renacimiento jurídico» debido principalmente al redescubrimiento del *Corpus* justinianeo y al estudio de los textos romanos que floreció sobre todo en Bolonia. Antes de este redescubrimiento, el derecho romano no había sido olvidado, pues en documentos de los siglos precedentes había referencias a él y los jueces longobardos ya conocían varios de sus elementos<sup>89</sup>. Con todo, Bolonia fue el primero y el más importante de los centros en que el *Corpus Iuris* comenzó a ser analizado y estudiado de forma sistemática, empezando con IRNERIO entre fines del siglo XI y comienzos del

<sup>86</sup> Cfr. COLISH, 1997: 286.

<sup>87</sup> Cfr. GARDINALI y SALERNO, 1993: 75; CHADWICK, 1993: 85; OBERTELLO, 1993: 111; FEDRIGA y PUGGIONI, 1993: 32.

<sup>88</sup> Cfr. COLISH, 1997: 439; HASKINS, 1927: 288; GIARDINALI y SALERNO, 1993: 165, 213; LE GOFF, 1957: 20 y, con especial referencia a la lógica de ABELARDO, cfr. también FEDRIGA y PUGGIONI, 1993: 75, 99.

<sup>89</sup> Cfr. HASKINS, 1927: 168; RADDING, 1988: 84.

siglo XII. En los años siguientes, y sobre todo en la segunda mitad del siglo XII, el *Corpus Iuris* se convirtió en la base de la formación del jurista<sup>90</sup>.

Los cambios experimentados en el periodo que aquí se considera no afectaron sólo a la cultura, sino también al contexto social general, del que obviamente la cultura general y la cultura jurídica no se encontraban separadas. En realidad, los siglos XI, XII y XIII fueron testigos de transformaciones profundas en la sociedad europea: el comercio se desarrolló en todo el continente y en otras zonas del mundo occidental, como el Imperio Bizantino; la economía local avanzó desde una agricultura de mera subsistencia a un cultivo organizado de la tierra y a la manufactura; existía circulación de objetos, libros y otros productos; emergieron ciudades autónomas — sobre todo en Italia — con sus formas de gobierno; estudiantes y profesores viajaban desde una universidad a otra, y el nivel general de vida mejoró de forma sustancial<sup>91</sup>.

Estas transformaciones sociales y económicas produjeron diversos efectos en el mundo del derecho, entre los que interesa recordar aquí especialmente uno. Se hizo necesario redactar de forma escrita, conservar y, llegado el caso, probar, todo tipo de transacciones comerciales; de modo que la profesión de los *notarii* se volvió importantísima, máxime desde que el *notarius* comenzó a conservar una copia de los documentos que redactaba<sup>92</sup>. Sujetos de toda clase solían recurrir al *notarius* para todo tipo de transacciones<sup>93</sup>: venta de bienes o de tierras, préstamos de dinero, alquileres, acuerdos matrimoniales, testamentos y donaciones, eran redactados por el *notarius*. Por consiguiente, la mayor parte de los actos que tenían alguna relevancia en la vida económica y civil de los ciudadanos se expresaban en documentos y podían ser probados en juicio, cada vez que fuera necesario, con la presentación del documento respectivo. No sólo las escrituras eran de uso común, sino que también lo era la prueba de testigos, con una creciente atención por su calidad y su credibilidad<sup>94</sup>. En este sentido, fue la práctica cotidiana de las relaciones civiles y económicas la que determinó el giro, en el ámbito del proceso, en favor del uso de pruebas «racionales».

Es posible que las complejas transformaciones a las que se ha hecho referencia no hayan tenido un impacto causal directo e inmediato en el abandono de las ordalías. Como se ha visto, se trata de fenómenos muy diversos, que tuvieron una evolución temporal y geográficamente diferente. Con todo, parece razonable admitir la existencia de una conexión entre la decadencia de las ordalías y la transformación tanto de la sociedad en su conjunto, como de la práctica jurídica en particular, sobre todo por lo que respecta a la justicia

<sup>90</sup> Cfr. RADDING, 1988: 115.

<sup>91</sup> Cfr. GROSSI, 1997: 127; VINCENT, 1995: 81, 93, 100.

<sup>92</sup> Cfr., p. ej., DELOGU, 1994: 197; DEL GIUDICE, 1898: 291, 293.

<sup>93</sup> Cfr. PADOA SCHIOPPA, 1989: 532.

<sup>94</sup> Cfr. *ibid.*: 533.

civil<sup>95</sup>. Es posible que alguna controversia importante en materia de propiedad fuera resuelta aún a través del duelo judicial<sup>96</sup>, pero es razonable pensar que se habría tratado de casos excepcionales. En efecto, es fácil imaginar que tanto los mercaderes y los hombres de negocios, como la gente corriente que participaba en las transacciones jurídicas típicas de la vida cotidiana, prefirieran servirse de documentos y de testigos para demostrar en juicio sus relaciones jurídicas, al menos cuando se trataba de Italia y de otras áreas económicamente desarrolladas del sur de Europa, en las que la escritura y el notariado público se encontraban particularmente difundidos. Los documentos disponibles confirman que en el siglo XII una nueva cultura jurídica se había consolidado, sobre todo con respecto al control de los jueces sobre las pruebas. Además, según se ha dicho antes, los jueces y abogados eran personas cultas y profesionalmente preparadas, que conocían el derecho romano y las otras fuentes del derecho y que estaban en condiciones de redactar escritos de alta calidad técnica<sup>97</sup>. Tratándose de personas bien entrenadas en el uso de argumentos y de sutilezas lógicas<sup>98</sup>, ellos creían, con ABELARDO, que la lógica era *discretio veritatis*, y que la verdad de los hechos podía y debía ser determinada sólo sobre la base de pruebas «humanas», en lugar de divinas. En un contexto cultural y profesional de este tipo, es muy difícil imaginar que las ordalías pudieran ser consideradas como un modo común y normal de resolver las controversias: si bien no habían desaparecido completamente, debían ser percibidas como prácticas ya superadas y abandonadas, como residuos de tiempos antiguos y bárbaros. Como se ha expresado eficazmente, «*the enchanted world had vanished and with it the ordeals. The age of proof for fact-finding arrived*»<sup>99</sup>.

En los tiempos del Papa Inocencio III y del Concilio Lateranense IV todos los acontecimientos que habían caracterizado el renacimiento del siglo XII ya habían tenido lugar, y la transformación de la sociedad europea se había completado ya en gran medida, al menos en algunas zonas del sur del continente. Las prohibiciones de las ordalías deben, por consiguiente, ser interpretadas bajo esta luz.

Sin embargo, a comienzos del siglo XIII la práctica de las ordalías todavía no había desaparecido completamente, especialmente en algunas regiones de Europa septentrional y central. En los procesos penales, y especialmente en las zonas de Europa que se encontraban más directamente ligadas a las tra-

<sup>95</sup> BARTLETT (1986: 57) considera que esta conexión no es plausible, porque en ciertos casos las ordalías todavía eran utilizadas. Con todo, la existencia de algunos casos no demuestra la existencia de una práctica difundida de recurrir a las ordalías como instrumentos normales de resolución de las controversias civiles.

<sup>96</sup> Cfr. BARTLETT, 1986: 27.

<sup>97</sup> Cfr. PADOA SCHIOPPA, 1989: 542-543, 545.

<sup>98</sup> Se trataba de personas que usaban la lógica como herramienta intelectual, y lo hacían con una propiedad que no fue jamás superada. En este sentido, cfr. HALL y BOAS HALL, 1964: 74.

<sup>99</sup> Así OLSON, 2000: 172.

diciones germánicas y a la ética de la caballería, el duelo seguía siendo aún bastante común como medio para resolver controversias: así, en el siglo XIII, el famoso canonista Ramón DE PEÑAFORT todavía definía la *singularis pugna* como un medio para probar la verdad: *ad probationem veritatis*<sup>100</sup>.

En todo caso, la hipótesis de la intervención divina en el combate judicial para provocar la victoria del adalid que representaba a la parte que tenía razón, había sido puesta en cuestión en numerosas ocasiones por los teólogos: SANTO TOMÁS, por ejemplo no creía que el pueblo confiara en la intervención divina en los duelos judiciales<sup>101</sup>. Por otra parte, la actitud crítica frente a las ordalías tiene una larga historia en la literatura canonista, a partir de AGOBARDO y de Hincmaro DE REIMS<sup>102</sup>, y se hizo especialmente intensa a partir del siglo XI<sup>103</sup>, dando lugar a repetidas condenas canónicas<sup>104</sup>. Bajo la creciente influencia de la cultura laica y jurídica<sup>105</sup>, la confianza en la justicia de los resultados de las ordalías y la convicción sobre la participación directa de Dios en los acontecimientos humanos, se volvieron cada vez menos comunes<sup>106</sup>. Por otro lado, a esas alturas estaba claro que las ordalías resultaban teológicamente discutibles porque desafiaban a Dios en materias en las que, en cambio, hubiera debido usarse la razón humana<sup>107</sup>.

En cierto sentido, entonces, la prohibición emitida en 1215 representaba solamente el momento final de una extensa evolución, acelerada por las transformaciones sociales y culturales que habían ocurrido sobre todo en el curso de los siglos XI y XII. Esta prohibición fue relevante como medio para reducir considerablemente el recurso a las ordalías en las regiones en las que aún eran practicadas, pero es razonable pensar que no fueron abandonadas porque fueran irracionales, sino que comenzaron a ser consideradas irracionales justamente porque habían sido progresivamente abandonadas<sup>108</sup>.

En todo caso, probablemente la toma de posición de la Iglesia no provocó el cese inmediato del duelo en la práctica judicial, dado que está documentada su utilización en épocas sucesivas e incluso, en algunas áreas de Europa central y septentrional, hasta los siglos XV y XVI<sup>109</sup>. Sin embargo, la prohibición estaba bien fundada teológicamente, y ejerció una fuerte influencia tanto so-

<sup>100</sup> Cfr. LEA, 1866: 112.

<sup>101</sup> Cfr. *ibid.*

<sup>102</sup> La primera condena canónica de las ordalías se debió al papa Esteban V, quien afirmó, en una carta de 886-889 que los delitos debieran ser juzgados sobre la base de confesiones espontáneas o testimonios. Cfr. BARTLETT, 1986: 74.

<sup>103</sup> Cfr. BARTLETT, 1986: 73, 75; LEVY-BRUHL, 1964: 82; GAUDEMET, 1965: 108.

<sup>104</sup> Cfr. BARTLETT, 1986: 82; OLSON, 2000: 166; BOULET-SAUTEL, 1965: 289; GAUDEMET, 1965: 123, 125, 127; LÉVY, J., 1965b: 142.

<sup>105</sup> Cfr. OLSON, 2000: 165, 167.

<sup>106</sup> Cfr. BARTLETT, 1986: 75; OLSON, 2000: 111; DEL GIUDICE, 1898: 321.

<sup>107</sup> Cfr. BARTLETT, 1986: 75, 86.

<sup>108</sup> Cfr. *ibid.*: 86.

<sup>109</sup> Cfr. LEA, 1866: 233; LÉVY, J., 1965a: 26; GAUDEMET, 1965: 130.

bre el derecho canónico<sup>110</sup>, como sobre el poder político. Consiguientemente, varios reyes y emperadores prohibieron el duelo judicial<sup>111</sup>. Un ejemplo interesante es el de Federico II, que en 1251 prohibió el duelo en el Reino de Nápoles diciendo que era «*non tamen vera probatio quam quaedam divinatio [...] quae naturae non consonans, a iure communi deviat, aequitatis rationibus non consenti*». Es interesante observar que el emperador no se refirió a los aspectos canónicamente negativos del duelo, sino que realizó una clara distinción entre la *probatio* y la *divinatio*, considerando al duelo, más que como un juicio de Dios, como una especie de juego de azar, incapaz como tal de producir resultados justos. Igualmente importante es la observación según la cual el duelo ha dejado de corresponder al derecho ordinario (*a iure communi deviat*), pues muestra cómo había sido ya abandonado en la práctica judicial. Una prohibición similar fue emitida en Francia por Luis IX en 1258<sup>112</sup>.

Es cierto, entonces, que había razones teológicas válidas para prohibir las ordalías, pero en gran medida las diversas prohibiciones fueron poco más que confirmaciones formales de una práctica judicial que ya había dejado de lado los juicios de Dios como medio para resolver controversias<sup>113</sup>. Esto es verdad sobre todo en el ámbito de la justicia civil y respecto de Italia y otras regiones del sur de Europa, aunque también de Flandes, donde el desarrollo social y económico había sido particularmente profundo y rápido. Como ya se ha dicho, con toda probabilidad los comerciantes de los siglos XII y XIII no imaginaban siquiera tener que resolver sus controversias con las ordalías del fuego, del agua o del hierro candente, ni consideraban nombrar adalides para un duelo judicial. Desde hace tiempo se habían acostumbrado a hacer redactar sus *chartulae* a los notarios o a intercambiar documentos que consignaban sus transacciones comerciales. Lo mismo ocurría en la vida cotidiana de la gente común. En resumen, entonces, en la justicia civil tal como se practicaba en las regiones más evolucionadas de Europa las ordalías habían sido medularmente sustituidas por el uso de tipos «modernos» de pruebas ya algunos siglos antes de la intervención de la Iglesia y del poder político<sup>114</sup>.

#### 4. EL JURADO

Probablemente algunas instituciones equivalentes al jurado existieron en el antiguo derecho inglés<sup>115</sup>, pero las sentencias se fundaban entonces —de

<sup>110</sup> Cfr. GAUDEMET, 1965: 129.

<sup>111</sup> Cfr. LEA, 1866: 209.

<sup>112</sup> Cfr. BOULET-SAUTEL, 1965: 298.

<sup>113</sup> Es interesante el ejemplo de Francia, donde ya en el siglo XIII las ordalías desaparecen del *droit coutumier*: cfr. BOULET-SAUTEL, 1965: 294.

<sup>114</sup> Cfr. VAN CAENEGEM, 1973: 70.

<sup>115</sup> Cfr. MOORE, 1973: 7, 21, 23; DAWSON, 1960: 119. Para una opinión contraria, según la cual el jurado no existía antes de la conquista normanda, cfr. LEVY, L., 1999: 4.

acuerdo con el modelo germánico tradicional— sobre todo en las ordalías y en el juramento de purgación<sup>116</sup>. Solo tras la conquista normanda tuvieron lugar cambios significativos en la administración de justicia en Inglaterra: se dio preferencia al duelo sobre las otras ordalías<sup>117</sup>, se generalizó la presencia de jueces profesionales y —cuestión muy importante con respecto al punto que aquí interesa— fue introducida la *inquisitio* como medio principal para la determinación de los hechos<sup>118</sup>. Se sabe que la indagación sobre cuestiones de propiedad fue el método seguido para componer el *Domesday Book* en 1083-1086<sup>119</sup>, aunque su utilización como método para determinar los hechos relevantes en los procedimientos judiciales se extendió rápidamente. La explicación práctica de este fenómeno parece evidente: la indagación se basaba en la obtención de respuestas de un grupo de sujetos pertenecientes a la comunidad específica en que habían ocurrido los hechos (los llamados *homines de vicineto*). Se suponía que ellos sabían lo que había ocurrido y que estaban en condiciones de confirmarlo ante el juez, dado que la comunidad estaba al corriente de los acontecimientos principales que caracterizaban la vida económica y jurídica.

De este modo, aunque las fundamentales reformas introducidas por Enrique II Plantagenet en la segunda mitad del siglo XII tuvieron gran importancia, éstas se presentan como la racionalización de una práctica que existía al menos desde los tiempos de Guillermo el Conquistador. Por un lado, la institución de los jueces itinerantes (*justices in eyre*), creados también por Enrique II, reforzó el principio según el cual la justicia debía ser administrada por un grupo restringido y centralizado de profesionales del derecho que representaban al rey<sup>120</sup>, pero estos jueces, que viajaban periódicamente a través de las regiones del reino<sup>121</sup>, no disponían de otra alternativa para poder determinar los hechos en los que se basaban las controversias que tenían que decidir. Por otro lado, dado que las ordalías se consideraban irracionales, el método más eficiente para determinar esos hechos era precisamente la indagación<sup>122</sup>. A través de varios pasos sucesivos, en la *Constitution of Clarendon* de 1164, la *Grand Assize of Clarendon* de 1166, la *Assize of Northampton* de 1176 y la *Assize of the Forest* de 1184, el sistema de la indagación fue regulado con claridad a través de normas específicas y detalladas<sup>123</sup>. Se trataba, en realidad, de un sistema basado en el jurado: según la *Constitution of Cla-*

<sup>116</sup> Cfr. MOORE, 1973: 27; LEVY, L., 1999: 4; BARTLETT, 1986: 104; THAYER, 1898: 9.

<sup>117</sup> Cfr. MOORE, 1973: 34; LEVY, L., 1999: 5; VAN CAENEGEM, 1973: 65, 80; THAYER, 1898: 8, 39.

<sup>118</sup> Sobre el origen y la historia de la *inquisitio*, también en Italia, donde tuvo su «edad de oro» en el siglo IX, cfr. BOUGARD, 1995: 194, 196, 200.

<sup>119</sup> Cfr. MOORE, 1973: 33; JOÛON DES LONGRAIS, 1965: 196; THAYER, 1898: 47, 51.

<sup>120</sup> Sobre la organización y la función de los jueces profesionales en las reformas de Enrique II, cfr. DAWSON, 1960: 129; VAN CAENEGEM, 1973: 19, 22.

<sup>121</sup> Acerca de esta práctica, cfr., en particular, VAN CAENEGEM, 1973: 20.

<sup>122</sup> Cfr. LEVY, L., 1999: 9; JOÛON DES LONGRAIS, 1965: 199.

<sup>123</sup> Sobre estas reformas, cfr. DAWSON, 1960: 121; MOORE, 1973: 35, 38; LEVY, L., 1999: 11, 14; JOÛON DES LONGRAIS, 1965: 200, 208; THAYER, 1898: 36, 58, 60.

*rendon* la indagación se ejecutaba por medio de doce hombres que juraban decir a cuál de las partes pertenecía la tierra en contienda, y las *assizes* sucesivas extendieron el mismo sistema a muchos otros tipos de controversias. De este modo, la comunidad local proporcionaba al juez el conocimiento de los hechos por medio de sus miembros que actuaban como jurados y cuyo veredicto «representaba a la comunidad»<sup>124</sup>. Los jurados podían tener o no conocimiento directo de los hechos: en el segundo caso podían recabar informaciones antes de presentarse ante el juez o bien podían extraer conclusiones de las informaciones de que ya disponían<sup>125</sup>. En palabras de GLANVILL, debían conocer los hechos «*per proprium visum et auditum [...] vel per verba patrum suorum*»<sup>126</sup> y debían jurar dar un veredicto ajustado a la verdad<sup>127</sup>. En ambos casos desarrollaban sustancialmente la función de testigos<sup>128</sup>, y el juez podía interrogarlos con el fin de controlar su conocimiento sobre los hechos<sup>129</sup>.

La introducción del jurado como *trier of fact* constituyó una reforma de importancia capital para la justicia inglesa, tanto en el ámbito civil como en el penal<sup>130</sup>. Está muy bien descrita en el *Tractatus de legibus et consuetudinibus Regni Angliae* escrito por Rannulph DE GLANVILL, quien fue *chief justice* bajo Enrique II desde 1180 a 1189<sup>131</sup>.

Con todo, la existencia del jurado no produjo una transformación inmediata y radical en el sistema de determinación de los hechos. Por un lado, el jurado representaba sólo una de las alternativas ofrecidas a las partes: como señala GLANVILL, en caso de privación de la posesión el propietario podía elegir entre el duelo y el jurado para determinar a quién pertenecía la tierra en cuestión<sup>132</sup>. Si se elegía el duelo, su ejecución estaba sujeta a precisas y detalladas reglas procesales y su resultado era definitivo<sup>133</sup>. Aunque el duelo representaba, entonces, una forma todavía posible de resolución de controversias, solía preferirse la *assize* en presencia del jurado, considerada, según GLANVILL, como

<sup>124</sup> Cfr. LEVY, L., 1999: 9.

<sup>125</sup> Cfr. DAWSON, 1960: 123. Para un amplio análisis de las formas en que los jurados podían obtener informaciones sobre los hechos, cfr. THAYER (1898: 91, 93, 97, 100), quien subraya que, por ejemplo, los jurados debían incluir al menos algunos sujetos de *vicineto* que tuvieran un conocimiento directo de los hechos y que pudieran informar a los otros jurados. Los testigos se mezclaban, por tanto, con los jurados.

<sup>126</sup> Cfr. THAYER, 1898: 63.

<sup>127</sup> Cfr. IBBETSON, 1996: 93.

<sup>128</sup> Cfr. MITNICK, 1988: 203; DAWSON, 1960: 123; MOORE, 1973: 37; SHAPIRO, 2000: 11.

<sup>129</sup> Cfr. DAWSON, 1960: 126.

<sup>130</sup> Sobre el *jury of presentment* típico del derecho penal, cfr. GREEN, 1985: 6; JOÛON DES LONGRAIS, 1965: 201.

<sup>131</sup> Cfr. GLANVILL, 1188: libros I y II.

<sup>132</sup> «*Ipsius tenentis erit se uersum patentem defendere per duellum uel ponere se inde in assisam domini regi set petere recognitionem quis eorum maius ius habeat in terra illa*» (*ibid.*: 23).

<sup>133</sup> Con respecto al procedimiento, una precisa descripción se encuentra en *ibid.* Con respecto al resultado del duelo: «*que in curia domini regis per finem duelli terminata sunt negotia perpetuam habent firmitatem*» (*ibid.*: 25).

un «*beneficium clementia principis [...] indultum*»<sup>134</sup>. Esa preferencia por el sistema de jurado se explica porque resultaba más equitativo y eficiente que el duelo, pues evitaba que alguien pudiera morir y evitaba también las dudas que a menudo surgían en relación con el resultado final del duelo. El veredicto se consideraba fiable porque se fundaba en el juramento de doce jurados que debían ser *de veritate certi* y que serían sancionados en caso de falsedad del juramento<sup>135</sup>.

Ahora bien, aunque sea cierto que el jurado fue decisivo en la crisis de las ordalías tradicionales, y en cierta medida también del duelo judicial, cabe preguntarse si el veredicto del jurado era realmente un instrumento racional para la decisión sobre los hechos. Parece haber más bien cierta semejanza entre el jurado y las ordalías<sup>136</sup>, particularmente visible en el caso del jurado penal<sup>137</sup>, pero que probablemente estaba presente también en el caso del jurado civil. Esta similitud se vislumbra en varios aspectos del *jury trial*. Así, por ejemplo, los jurados debían jurar solemnemente decir lo que sabían sobre los hechos, lo que suponía invocar la intervención de Dios en el proceso y asimilar el rol de los jurados al de los *coniuratores* en las antiguas formas de *compurgatio*<sup>138</sup>. Éste era el fundamento real de la fiabilidad de los jurados, pues —como ya se ha dicho— ellos podían tener un conocimiento directo o indirecto de los hechos, pero este conocimiento no podía ser controlado ni puesto en duda. En este sentido, el veredicto, al basarse en la conciencia de los jurados que se suponían inspirados por la divinidad, era inescrutable<sup>139</sup>: al menos una reminiscencia de las ordalías subsistía entonces en el jurado<sup>140</sup>. Inglaterra habría sustituido la «*inscrutable vox dei expressed in trial by ordeal with the inscrutable vox populi expressed in jury verdicts*»<sup>141</sup>. No es sorprendente entonces que los historiadores tiendan a considerar al *jury trial* como un equivalente del proceso a través de ordalías<sup>142</sup>. Como ha dicho eficazmente FRANCO CORDERO, los veredictos de los jurados conservan el sello irracional de las pruebas por ordalía y «el jurado es el órgano de un saber místico arraigado en las vísceras comunitarias»<sup>143</sup>.

En la historia de la administración de justicia inglesa, el año 1215 fue doblemente relevante. Por una parte, la prohibición de las ordalías emitida en

<sup>134</sup> Cfr. *ibid.*: 28; VAN CAENEGEM, 1973: 81.

<sup>135</sup> Cfr. la descripción de GLANVILL, 1188: 29.

<sup>136</sup> Cfr., en particular, OLSON, 2000: 174, 177.

<sup>137</sup> Cfr. el análisis que desarrolla OLSON, 2000: 177, 178, 181.

<sup>138</sup> Cfr. THAYER, 1898: 25. Sobre el carácter ordalicio del juramento, cfr., p. ej., OLSON, 2000: 119; LÉVY, J., 1965a: 18. Cfr. también el interesante análisis de LEVY-BRUHL, 1964: 85.

<sup>139</sup> Cfr. GREEN, 1985: 27.

<sup>140</sup> Cfr. BARTLETT, 1986: 139.

<sup>141</sup> Cfr. DAMAŠKA, 1995: 353; VAN CAENEGEM, 1973: 71.

<sup>142</sup> Cfr. BARTLETT, 1986: 137, 139; PLUCKNETT, 1929: 125; VAN CAENEGEM, 1973: 72; JOUON DES LONGRAIS, 1965: 206.

<sup>143</sup> Cfr. CORDERO, 2006: 808.

el Concilio Lateranense IV se hizo efectiva a través de un *writ* de Enrique III en 1219: de este modo, el proceso con jurado se volvió el único método de decisión sobre las cuestiones de hecho, aunque el duelo judicial sobrevivió por un cierto tiempo en los casos penales y en las controversias civiles se utilizaron a veces documentos escritos<sup>144</sup>. Por otra parte, la *Magna Charta* marca el segundo hito importante en la historia del jurado, si no como instrumento procesal efectivo, al menos sí como mito. El jurado había existido desde mucho antes de 1215, especialmente con respecto a las controversias civiles, de manera que no se puede decir que la *Charta* represente el origen del proceso con jurado. Además, el conocido capítulo 29 de la *Charta*, que usualmente es celebrado como el momento fundacional de la garantía del *jury trial*, de hecho no aseguraba el proceso con jurado, sino sólo que la condena debía ser precedida por la acusación y el proceso, como una protección contra los abusos del poder real<sup>145</sup>. Por otro lado, los *peers* de los que habla el capítulo 29 nada tienen que ver con los jurados comunes, sino que se trata más bien de los barones del reino, que habían impuesto al rey el reconocimiento de sus prerrogativas<sup>146</sup>. Pese a todo, tal como sostiene DAWSON, la *Charta* «*projected "judgement by peers" across the sky of history for all the world to see*»<sup>147</sup>, y se sitúa, pues, en el origen del mito del jurado<sup>148</sup>, aunque este mito sólo se haya vuelto popular a partir del siglo xvii<sup>149</sup>.

## 5. CAMINOS DIVERGENTES

Los acontecimientos que pueden ser referidos simbólicamente al año 1215 jugaron un papel fundamental, tanto porque fueron decisivos en la evolución posterior de los sistemas probatorios, como porque dieron lugar a una diferencia entre *common law* y *civil law*, que estaba destinada a durar por siglos y que todavía hoy subsiste. Pues aunque el final de las ordalías tuvo lugar en el mismo periodo y por razones análogas en Inglaterra y en el Continente, produjo consecuencias diferentes en las dos áreas geográficas.

En Inglaterra, como se ha visto anteriormente, el final de las ordalías estuvo vinculado directamente con la consolidación del *jury trial* como método único para la resolución de las controversias<sup>150</sup>. En los siglos siguientes el jurado sufrió, como se sabe, una lenta y profunda transformación, pero su naturaleza

<sup>144</sup> Cfr. MOORE, 1973: 50, 55; OLSON, 2000: 172; LEVY, L., 1999: 16.

<sup>145</sup> Cfr. LEVY, L., 1999: 16.

<sup>146</sup> Cfr. PLUCKNETT, 1929: 24.

<sup>147</sup> Cfr. DAWSON, 1960: 289. De acuerdo con la opinión de BLACKSTONE, por ejemplo, la *Charta* aseguró «*the grand bulwark*» de la libertad a cada ciudadano inglés (cfr. MOORE, 1973: 47), aunque su aplicación estuviera limitada a los hombres libres y todos los demás sujetos resultarían excluidos.

<sup>148</sup> Cfr. PLUCKNETT, 1929: 24.

<sup>149</sup> Cfr. DAWSON, 1960: 262.

<sup>150</sup> Cfr. VAN CAENEGEM, 1973: 62, 64.

cambió —por decirlo así— desde el interior, sin recibir influencia de otros métodos de decisión sobre los hechos del caso: fue una «*évolution isolée et en vas clos*»<sup>151</sup>. Se trata, en todo caso, de una transformación extremadamente importante, aunque se haya producido a un ritmo muy lento y a través de un número indefinido de pequeños pasos: al final de ella los jurados ya no eran «testigos del hecho», que decidían sobre la base de su conocimiento directo o indirecto de los hechos, y se habían convertido en «jueces del hecho», cuya decisión se fundaba —como ocurre hasta hoy— en las pruebas presentadas en juicio y sobre todo en pruebas testificales. Al parecer, esta transformación se habría iniciado a comienzos del siglo XIII y se habría completado sustancialmente hacia finales del siglo XIV: en todo caso, el jurado se había convertido ya en un grupo de jueces del hecho en torno a la mitad del siglo XV<sup>152</sup>, aunque todavía en el siglo XVII se aludía alguna vez a la función testifical del jurado y se admitía la posibilidad de que el jurado fundara su decisión sobre pruebas no presentadas en juicio<sup>153</sup>. Esta modificación compleja y profunda en la función del jurado fue decisiva para la persistencia del *jury trial* como un aspecto central de la administración de justicia: en cierta forma, el rol del jurado como *moral agency* y como representante del pueblo puede explicar su supervivencia no obstante los profundos cambios sociales ocurridos a lo largo de un extenso periodo de tiempo<sup>154</sup>. De este modo, el jurado llegó a ser el símbolo de la libertad de los ingleses contra el poder, y más tarde, en las colonias americanas, el símbolo (el *palladium*) de la libertad de los americanos contra el poder inglés. En el siglo XVIII existían jurados en todas las colonias, y eran considerados como la garantía fundamental de las libertades individuales<sup>155</sup>.

Existe, sin embargo, una característica que ha acompañado al jurado a través de toda su compleja historia, y que se vio confirmada y reforzada cuando el jurado pasó de ser un instrumento procesal a transformarse en un mito y una salvaguardia de la libertad. Ella se manifiesta, inicialmente, en el carácter ordálico de un veredicto inescrutable basado en la conciencia individual de cada jurado, que es aceptado porque se presume que el jurado expresa la *vox populi* y que por tanto pronuncia decisiones que —por definición— deben ser consideradas justas<sup>156</sup>. Esta característica no desapareció con el pasar de los siglos. Por el contrario: se vio reforzada a medida que el jurado fue asumiendo una función política de protección de las libertades individuales contra un poder opresivo, que terminó por ser aún más importante que su función pro-

<sup>151</sup> Para esta opinión, cfr. JOÛON DES LONGRAIS, 1965: 218.

<sup>152</sup> Sobre esta transformación, cfr. LEVY, L., 1999: 56; MOORE, 1973: 23; GREEN, 1985: 105, 109; SHAPIRO, 2000: 22.

<sup>153</sup> Cfr. MITNICK, 1988: 207, 219. Esta posibilidad era admitida en los procesos con jurado en las colonias americanas todavía en el siglo XVIII: cfr. BLINKA, 2003: 532, 566, 581.

<sup>154</sup> Cfr. POLE, 2002: 105, 108.

<sup>155</sup> Cfr. BLINKA, 2003: 529; MOORE, 1973: 68, 85, 89, 96; LEVY, L., 1999: 95, 99, 103; POLE, 2002: 126.

<sup>156</sup> Cfr., en particular, SHAPIRO, 2000: 13.

cesal. En resumen, en la base de la aceptación social del sistema del jurado hay una especie de acto de fe, en virtud del cual la justicia del veredicto se acepta a priori como un axioma indiscutible. Todo esto se puede explicar de diferentes maneras y resulta comprensible desde el punto de vista histórico, social y político<sup>157</sup>. Pero tiene una consecuencia interesante desde el punto de vista de las modalidades de determinación de los hechos en el *trial by jury*. Como ya se ha dicho, la determinación de los hechos que realiza el jurado es inescrutable, de modo que no existe posibilidad alguna de comprender por qué y cómo un cierto hecho llega a considerarse probado o no probado: la noción de verdad «según la conciencia» del jurado era suficientemente amplia para cubrir también los errores en la interpretación de las pruebas<sup>158</sup>. Por otra parte, en muchos casos los jurados asumieron el poder de pronunciar poco rigurosas en los procesos penales y conservaron actitudes particularmente veredictos en contradicción con el resultado de las pruebas<sup>159</sup>. Esta tendencia también es comprensible, sobre todo en épocas en que las sanciones penales eran terribles; con todo, ello demuestra que los veredictos de los jurados se inspiraban mucho más en razones sociales e incluso humanitarias, que en una valoración racional de las pruebas incorporadas al juicio. En resumen, el fundamento de la decisión que los jurados formulaban sobre los hechos no era conocido; se suponía que los criterios de valoración de las pruebas eran los de la comunidad que los jurados representaban, pero tampoco estos criterios eran conocidos y los jurados no se sentían obligados a formular su veredicto de forma rigurosa, en función sólo de las pruebas presentadas en juicio. Por consiguiente, cuando a menudo se afirma que el jurado determinaba la verdad de los hechos, esa afirmación debe interpretarse de forma algo peculiar: el jurado determinaba la verdad porque la verdad era en todo caso lo que el jurado establecía, independientemente de la correspondencia o falta de correspondencia del veredicto con las pruebas relativas a la realidad de los hechos. De forma análoga, la opinión que ve en el jurado un instrumento racional para la prueba de los hechos<sup>160</sup> sólo puede ser aceptada en el sentido de que el jurado sustituyó a las ordalías tradicionales, y es muy dudosa, en cambio, si significara que el veredicto pronunciado por el jurado representa el resultado de una valoración racional de las pruebas. El convencimiento de que un veredicto pronunciado por doce personas pueda aproximarse al descubrimiento de la verdad<sup>161</sup> parece basarse en un presupuesto no demostrado, o al menos en una concepción más bien tosca de la determinación de la verdad de los hechos.

<sup>157</sup> Para diversos argumentos a favor de las varias funciones que cumple el jurado, cfr., p. ej., ABRAMSON, 1994: 47, 99; GOBERT, 1997: 14, 27, 35, 39, 99, 135.

<sup>158</sup> Cfr. GREEN, 1985: 27. Sobre el veredicto como decisión fundada en la *conscience* de los miembros del jurado, cfr. también SHAPIRO, 2000: 22.

<sup>159</sup> Cfr. GREEN, 1985: 26; MITNICK, 1988: 209, 213.

<sup>160</sup> Cfr. VAN CAENEGEM, 1973: 63.

<sup>161</sup> Sobre esta tesis, cfr., p. ej., SHAPIRO, 2000: 23.

En Europa continental, por su parte, a medida que se abandonaba la práctica de las ordalías, medios de pruebas nuevos y «modernos» se incorporaban al uso habitual. En realidad estos medios de prueba no eran en sentido estricto modernos, pues derivaban de la tradición romana<sup>162</sup> y probablemente habían sido utilizados en la práctica judicial desde mucho tiempo antes. Sin embargo, se diferenciaban de los medios de prueba tradicionales de origen germánico al ser concebidos como instrumentos dirigidos al descubrimiento de la verdad de los hechos del caso. Además, eran considerados como instrumentos *racionales* dirigidos hacia ese descubrimiento, tal como se manifiesta claramente en expresiones como «*probatio est quaedam ratiocinatio*» o «*ratio faciens fidem*»<sup>163</sup>. Esta concepción de la prueba era el fruto de una nueva cultura racionalista que caracterizó, como se ha visto anteriormente, la formación filosófica y jurídica de los juristas continentales: ella determinó la transformación de las pruebas tradicionales en pruebas nuevas, y su difusión en todas las cortes europeas.

Por una parte, los documentos escritos siguieron siendo utilizados. Por otro lado, el juramento de compurgación desapareció<sup>164</sup> y la prueba testifical sufrió una profunda transformación: los viejos *coniuratores*, que juraban como grupo, confirmando la fiabilidad de las afirmaciones realizadas bajo juramento por una de las partes, se transformaron en testigos en el sentido moderno de la expresión. Ellos todavía debían prestar juramento, pero se suponía que decían la verdad respecto de hechos que conocían *de visu* (el testimonio *de auditu* estaba prohibido). De este modo, dejaban de ser *testes de credulitate* y pasaban a ser *testes de veritate*<sup>165</sup>. En cuanto al interrogatorio de los testigos, la *inquisitio* de origen carolingio constituía un eficaz instrumento disponible para obtener el testimonio, que se volvió usual en los siglos XII y XIII. En ella, el juez interrogaba al testigo, que juraba decir la verdad, con respecto a los hechos de los que tenía conocimiento personal y directo. Luego esta técnica fue perfeccionada con la *enquête contradictoire*, en la que ambas partes presentaban el testigo al juez<sup>166</sup>.

El aspecto más importante de la nueva concepción de las pruebas es el claro reconocimiento del descubrimiento de la verdad de los hechos del caso como fin al que estaba dirigida la adquisición de pruebas, las cuales eran consideradas como medios racionales para conseguir ese fin. La emergencia y la difusión de esta concepción racionalista de la relación entre pruebas y hechos han sido, por eso, justamente definidas como la victoria del racionalismo sobre el misticismo<sup>167</sup>,

<sup>162</sup> Cfr. LÉVY, J., 1965b: 148.

<sup>163</sup> Cfr. LÉVY, J., 1965a: 10, 37.

<sup>164</sup> Cfr. LÉVY, J., 1965b: 143.

<sup>165</sup> Cfr., en particular, *ibid.*: 146.

<sup>166</sup> Cfr. BOULET-SAUTEL, 1965: 303, 309, 315, 319, 321. Cfr., además, DAWSON, 1960: 47, 51.

<sup>167</sup> Cfr. BOULET-SAUTEL, 1965: 277.

y son consideradas con razón como un paso fundamental en la historia del derecho continental de la prueba<sup>168</sup>.

Si se quisiera intentar una comparación entre las consecuencias que el fin de las ordalías tuvo en Inglaterra y en Europa continental, podríamos decir que se produjo una profunda divergencia entre los dos sistemas, con respecto a los instrumentos y a las técnicas utilizadas para alcanzar la decisión sobre los hechos del caso. Esta divergencia puede ser considerada un aspecto relevante de la dicotomía entre derecho inglés y derecho romano-canónico continental, que según VAN CAENEGEM comenzó a manifestarse en los tiempos de Enrique II, es decir, en la segunda mitad del siglo XII<sup>169</sup>. Del mismo modo que esta dicotomía más general, también la divergencia entre el sistema basado en el jurado y los sistemas basados en una concepción racional de la función de las pruebas en el descubrimiento de la verdad estaba destinada a perdurar y a marcar la diferencia entre los sistemas probatorios de *common law* y de *civil law*. Por un lado nos encontramos con la confianza a priori en la corrección y la justicia del veredicto inescrutable formulado por un grupo de personas que hablan con la *vox populi*. Desde esta perspectiva, la verdad es lo que el jurado dice, según una concepción circular para la que carece de interés descubrir la «verdad real»: la audiencia no es «un laboratorio de la verdad» o de la reconstrucción histórica de los hechos<sup>170</sup>. Por el otro lado, esto es, el de los sistemas continentales, la determinación de la verdad de los hechos se considera uno de los fines principales del proceso. El descubrimiento de la verdad se concibe como una empresa racional en la que un juez profesional, experto en lógica y en filosofía, y no sólo en derecho, analiza las informaciones proporcionadas por documentos y por testigos, y elabora sobre esa base una reconstrucción veraz de los hechos.

## 6. LA DECISIÓN SOBRE LOS HECHOS EN EL «ORDO IUDICIORUM»

La transformación de los sistemas probatorios que tuvo lugar en Europa continental entre los siglos VIII y XII no aconteció, obviamente, en el vacío: esa transformación fue un aspecto de un conjunto de cambios complejos que, en el mismo periodo, afectaron por completo el funcionamiento de la justicia civil. Sería muy interesante, aunque imposible en esta sede, realizar un análisis de estas transformaciones a lo largo de varios siglos, desde la fase de los sistemas procesales bárbaros, a la de los sistemas romano-bárbaros y hasta la formación de los sistemas romano-canónicos<sup>171</sup>. Vale la pena, de todos modos,

<sup>168</sup> Cfr. LÉVY, J., 1965b: 166.

<sup>169</sup> Cfr. VAN CAENEGEM, 1987: 114.

<sup>170</sup> Cfr., con respecto al *jury trial* colonial del siglo XVIII, BLINKA, 2003: 569, 581.

<sup>171</sup> Para una descripción sintética, cfr. PICARDI, 1987: 93. Cfr. también el clásico BETHMANN-HOLLWEG, 1868.

volver sobre lo que en las páginas precedentes fue considerado como una especie de punto de llegada, esto es, el siglo XIII.

En ese momento la fusión de los elementos romanos extraídos del *Codex* justiniano con la regulación emitida por la Iglesia para el proceso canónico<sup>172</sup> se había completado, y el proceso romano-canónico constituía el *ordo iudiciorum* fundamental. Éste consistía en una especie de modelo universal del proceso civil que era seguido, aunque con variaciones debidas a influencias locales, en todas partes de Europa y en particular en Inglaterra, Alemania, Francia, España e Italia<sup>173</sup>. Lo confirma la rica e interesante literatura que se difundió en toda Europa a partir de fines del siglo XI, hasta llegar al famoso *Speculum Iudiciale* escrito por Guillermo Durante en 1270.

Esta literatura comprende decenas de obras generalmente conocidas como *ordines iudicarii*<sup>174</sup>, que describen los procedimientos aplicados en muchas jurisdicciones de derecho civil y de derecho canónico, y que siguen sustancialmente el mismo modelo<sup>175</sup>. Al parecer, los *ordines* más antiguos corresponden a las últimas décadas del siglo XI, como el *Imperator Iustinianus* escrito probablemente en Pavia en la segunda mitad del siglo<sup>176</sup>, y las obras de IVO, obispo de Chartres, probablemente redactadas en 1094-1095<sup>177</sup>, si bien algunos consideran a los *Excerpta legum* redactados por BÚLGARO antes de 1141 como el primer *ordo*<sup>178</sup>. Muchos otros *ordines iudicarii* se escribieron en diversas partes de Europa y fueron bien conocidos, como el *Olim* escrito en 1177 en el área anglo-normanda<sup>179</sup>, el *Invocato Christi Nomine* redactado en 1198<sup>180</sup>, los *ordines* escritos por Juan BASSIANO en Bolonia en 1180 y 1185<sup>181</sup>, el *Quoniam* redactado en el norte de Francia<sup>182</sup>, el *Scientiam omnes* escrito en Inglaterra por GUALTERUS en 1234<sup>183</sup>, el *Ordo bambergensis* escrito en Alemania en 1182-1185<sup>184</sup>, y tantos otros. Sin embargo, la edad de oro de los *ordines* parece haber sido la primera mitad del siglo XIII, con obras importantes de

<sup>172</sup> Cfr. NÖRR, 1993a: 57, 60; NÖRR, 1993b: 68. Cfr., además, CAMPITELLI, 1994: 21; PICARDI, 1987: 93; CAVANNA, 1982: 85.

<sup>173</sup> Cfr., en particular, NÖRR, 1993c: 42.

<sup>174</sup> La expresión designa las obras que pertenecen al mismo género, las que se identifican individualmente a través de sus primeras palabras.

<sup>175</sup> Acerca de los *ordines iudicarii*, cfr., en especial, STICKLER, 1994: 3; FOWLER-MAGERL, 1984: 11 ss. (con un listado y una descripción analítica de muchos *ordines*); NÖRR, 1993d: 4.

<sup>176</sup> Cfr. FOWLER-MAGERL, 1984: 33.

<sup>177</sup> Cfr. COMEZ, 1994: 59.

<sup>178</sup> Cfr., p. ej., STICKLER, 1994: 7.

<sup>179</sup> Cfr. FOWLER-MAGERL, 1984: 73.

<sup>180</sup> Cfr. *ibid.*: 119 (con un resumen de las materias relativas a todo el procedimiento), que lo atribuye a PILLIO DE MEDICINA. STICKLER (1994: 9) cita al respecto también a BENCIVENGA DE SIENA, mientras NÖRR (1993b: 71) lo atribuye solamente a BENCIVENGA.

<sup>181</sup> Cfr. FOWLER-MAGERL, 1984: 96, 100; NÖRR, 1993b: 68.

<sup>182</sup> Cfr. FOWLER-MAGERL, 1984: 149.

<sup>183</sup> Cfr. *ibid.*: 138.

<sup>184</sup> Cfr. STICKLER, 1994: 7.

TANCREDO DE BOLONIA (*Assiduis postulationibus*, de 1216)<sup>185</sup> y de muchos otros autores<sup>186</sup>.

Algunos de estos textos se refieren al proceso civil en su integridad y describen todas las fases y los momentos del procedimiento. Así, por ejemplo, el *Tam veteris quam novi*, escrito en Hildesheim en 1160, comprende no menos de 118 títulos que se refieren a todos los aspectos del proceso<sup>187</sup>. Algunos de ellos se refieren a materias más específicas como las acciones<sup>188</sup>, las impugnaciones<sup>189</sup> y —en particular— las pruebas. También encontramos el *Laudabile advocatorum officium quod*, escrito en 1235 por Jacobo BALDUINI, que es el primer *ordo* que se refiere específicamente al rol y la actividad de los abogados<sup>190</sup>.

La imagen del proceso civil que emerge de esta rica literatura es sorprendente por varias razones. Una de ellas —ya mencionada anteriormente— es la existencia de un modelo de procedimiento que puede adaptarse a situaciones particulares pero que es *universal* en su estructura básica. Esta combinación de una estructura común con variaciones locales hizo posible la utilización del mismo tipo básico de procedimiento romano-canónico en toda Europa. El *ordo iudiciorum* era verdaderamente un derecho procesal común.

Observando la literatura que analiza y describe el *ordo*, y que al mismo tiempo ofrece un esquema normativo de lo que debiera ser el procedimiento correcto y apropiado, se advierte fácilmente que se trata de un modelo complejo y sofisticado, compuesto por muchas partes y por una secuencia de actos y de actividades, pero resulta igualmente evidente que el procedimiento está claramente separado en fases y momentos que siguen un orden bien definido. Tras la proposición del *libellus* por el actor, la *litis contestatio* representa la fase introductoria, en la que se determina el objeto de la controversia sobre la base de las demandas y de las excepciones formuladas por las partes<sup>191</sup>. Ésta es la fase del *ordo quaestionum* en que las partes presentan sus pretensiones, sus argumentaciones y sus peticiones. La fase sucesiva es la del *ordo probationum*, en la que son aportadas las pruebas<sup>192</sup>. Los *ordines* que se ocupan específicamente de las pruebas<sup>193</sup>, así como los que se refieren a todo el procedimiento, comprenden descripciones detalladas de los diversos medios de prueba y aluden, en particular, al número, la calidad y la credibilidad de

<sup>185</sup> Cfr. FOWLER-MAGERL, 1984: 129; STICKLER, 1994: 10.

<sup>186</sup> Cfr. STICKLER, 1994: 10, 11.

<sup>187</sup> Cfr. FOWLER-MAGERL, 1984: 45.

<sup>188</sup> Cfr. *ibid.*: 160.

<sup>189</sup> Cfr. *ibid.*: 240.

<sup>190</sup> Cfr. *ibid.*: 147.

<sup>191</sup> Para una descripción analítica, cfr. COMEZ, 1994: 68, 71; MAZZEO, 1994: 147. Para indicaciones históricas, cfr., entre lo más reciente, PICARDI, 2007a: 689 (también para ulteriores referencias bibliográficas); VALLERANI, 2005: 19, 58.

<sup>192</sup> Cfr. COMEZ, 1994: 80; NÖRR, 1993d: 7.

<sup>193</sup> Cfr. un listado de estos *ordines* en FOWLER-MAGERL, 1984: 219.

los testigos. También el interrogatorio de los testigos es objeto de regulación, como ocurre asimismo con la forma y la falsedad de los documentos. Se trata en realidad de un detallado «derecho de las pruebas», que se expone y se propone como modelo a seguir para la práctica judicial<sup>194</sup>.

El procedimiento es estructuralmente, en todos sus aspectos, un proceso «entre partes». Sólo puede ser iniciado por demanda de una parte (*ne procedat iudex ex officio*), y puede referirse solamente al objeto que las partes determinen en sus actuaciones (*ne eat iudex ultra petita partium*)<sup>195</sup>. Las partes están en posición de igualdad frente al juez<sup>196</sup>, y la dinámica de la fase probatoria del procedimiento se basa en su participación directa en la aportación de las pruebas y en el intercambio de argumentos en forma de contradictorio<sup>197</sup>.

En este contexto general, un problema importante es el del *officium iudicis*. El problema se planteaba en el caso de que los abogados de las partes hubieran desarrollado sus defensas de manera inadecuada (*si advocati male dicunt*), y se trataba de establecer si en tal caso el juez tenía el poder de suplir de propia iniciativa las actividades procesales defectuosas desarrolladas por los abogados: más específicamente, se trataba de determinar si el juez podía recurrir a sus conocimientos personales para formular la decisión. Tras un periodo de incertidumbre en el que fueron propuestas diversas soluciones<sup>198</sup>, la opinión de AZÓN prevaleció e influyó en la posición de muchos otros autores. De acuerdo con esa opinión, el juez podía decidir *secundum conscientiam* (es decir, sobre la base de su conocimiento personal) sólo sobre cuestiones de derecho: podía, por tanto, *supplere de iure*, es decir integrar los argumentos jurídicos de las partes. No tenía en cambio el poder de *supplere de facto*, es decir, de usar su conocimiento personal de los hechos (lo que hoy llamaríamos «conocimiento privado») como fundamento de su decisión (*quia omnia nota sunt ei ut privato [...] supplere non potest*)<sup>199</sup>. En otras palabras, el juez debía decidir sólo sobre los hechos alegados por las partes en sus actuaciones y nada podía agregar a estos hechos (*iudex secundum alligata iudicare debet*). Además, su decisión sobre los hechos alegados debía fundarse exclusivamente sobre las pruebas adquiridas en el curso del *ordo probationum*<sup>200</sup>, es decir, solamente sobre lo que hubiera aprehendido en su calidad de juez (*quod notum est ei ut iudici*)<sup>201</sup>. Éste es el significado apropiado que debe atribuirse al brocardo *iudex secundum alligata et probata iudicare debet, non secundum conscientiam*: en efecto, como ha sido demostrado también recientemente, esa afirmación no

<sup>194</sup> Cfr. COMEZ, 1994: 82.

<sup>195</sup> Cfr., en particular, NÖRR, 1993e: 90, 92.

<sup>196</sup> Cfr. COMEZ, 1994: 61.

<sup>197</sup> Cfr. *ibid.*: 81.

<sup>198</sup> Cfr. NÖRR, 1967: 17.

<sup>199</sup> Cfr. la reconstrucción analítica de la cuestión que realiza NÖRR, 1967: 30, 86.

<sup>200</sup> Cfr. *ibid.*: 25, 41, 90.

<sup>201</sup> Cfr. *ibid.*: 30.

implicaba ninguna limitación del conocimiento del juez a las solas pruebas deducidas por las partes, ni ninguna prohibición de iniciativas probatorias que el juez pudiera asumir de oficio. Ese brocardo solo imponía al juez el deber de decidir según lo que resultara de las pruebas adquiridas de cualquier modo en el proceso, evitando recurrir a su propio conocimiento privado. Solamente una tardía recepción errónea, que arbitrariamente insertó en él la referencia a las partes (es decir a los *probata partium* o *a partibus*) y que omitió la prohibición de decidir *secundum conscientiam*, permitió que una parte de la doctrina moderna atribuyera al derecho de los *ordines iudicarii* el origen de la regla que asignaría a las partes el monopolio de la iniciativa probatoria<sup>202</sup>.

La pregunta abierta es, entonces, si dentro de los límites de los *alligata partium* el juez tenía el poder de completar a través de su propia iniciativa las pruebas insuficientes producidas por las partes; lo que —obviamente— no podría ocurrir si efectivamente se hubiera considerado que sólo las partes tenían el poder de producir pruebas. La respuesta ampliamente prevaleciente era positiva: si se trataba de pruebas que parecían necesarias para alcanzar la decisión, entonces, dado que el juez tenía el deber de aplicar la ley, debía estar también en condiciones de obtener los elementos de juicio relativos a los hechos a los que debía aplicar la ley (*que ad ius spectant*). En consecuencia le correspondía el poder de *inquirere*, con el objeto de obtener de modo correcto informaciones sobre los hechos (*inquiret [...] et faciat sibi notum ut iudici*)<sup>203</sup>. De hecho esta *inquisitio* consistía en convocar y en interrogar testigos que no habían sido llamados por las partes<sup>204</sup>. En cuanto a la valoración de esas pruebas, el juez disponía de una amplia discrecionalidad en la determinación de la credibilidad de los testigos: *quibus testibus iudex fidem adhibere debeat, ipse consideret, unde hoc relinquitur eius arbitrio*<sup>205</sup>. Esta discrecionalidad debía, sin embargo, ser utilizada racionalmente, ya que el juez sólo podía confiar en los testigos que parecieran más cercanos a la verdad (*proximiora veritati*)<sup>206</sup>.

<sup>202</sup> Cfr., en especial, PICÓ I JUNOY, 2007a; 2007b: 1497 ss. El autor demuestra precisamente, sobre la base de una amplia y rigurosa documentación, que en la formulación original de la regla no existía ninguna referencia a las pruebas incorporadas por las partes y que, por tanto, no se preveía ninguna obligación para el juez de fundar su decisión únicamente en tales pruebas. PICÓ I JUNOY demuestra que la versión errónea del brocardo proviene, con toda probabilidad, de la doctrina alemana de la segunda mitad del siglo XIX, llega a los escritos de CHIOVENDA, quien con toda probabilidad la extrae de WACH, y luego se difunde en buena parte de la doctrina italiana posterior y también contemporánea (cfr. PICÓ I JUNOY, 2007a: 53 ss.; 2007b: 1504 ss., 1509 ss.). Este análisis es muy interesante, no sólo porque contribuye al conocimiento histórico de un aspecto importante del proceso, sino también porque muestra que hay un equívoco en la base de los planteamientos que pretenden encontrar en el brocardo en cuestión una justificación, fundada históricamente, del principio según el cual correspondería a las partes el monopolio exclusivo de la aportación de medios de pruebas.

<sup>203</sup> Cfr. NÖRR, 1967: 47, 89.

<sup>204</sup> Cfr. *ibid.*: 52.

<sup>205</sup> Cfr. *ibid.*: 62.

<sup>206</sup> Cfr. *ibid.* Acerca de la valoración de la credibilidad de los testimonios, cfr. también COMEZ, 1994: 83.

Vale la pena subrayar que la presencia de estos poderes del juez no incidía en la estructura fundamental del procedimiento, que —como se ha dicho antes— era esencialmente dispositivo, basándose en las demandas y en las iniciativas de las partes<sup>207</sup>. Hay que entender más bien que el proceso romano-canónico se consideraba como un preciso mecanismo lógico, que funcionaba de forma eficiente<sup>208</sup>, y como una actividad racional en la que participaban las partes y el juez, con el objetivo fundamental de determinar la verdad de los hechos en función de las pruebas, como condición para el pronunciamiento de una sentencia justa<sup>209</sup>. Como ocurría ya en la época longobarda, también en el proceso romano-canónico que un hecho resultara probado significaba que había sido determinado y reconocido como correspondiente con la verdad<sup>210</sup>. En esta actividad «colectiva», el rol de las partes consistía en dar inicio al proceso, en determinar su objeto, en presentar pruebas y desarrollar sus propios argumentos defensivos; mientras que el *officium iudicis* consistía en determinar la verdad de los hechos y en aplicarles la ley, en una decisión final justa y correcta: los hechos debían, por consiguiente, ser reconstruidos a través de una investigación racional<sup>211</sup>. Sin embargo el juez no desarrollaba una actividad efectivamente inquisitiva<sup>212</sup>: la *inquisitio* que él podía desarrollar constituía el instrumento del que podía servirse para interrogar a los testigos que consideraba útiles para la determinación de la verdad, pero se realizaba en el contexto del contradictorio. Por tanto, el proceso romano-canónico no tenía nada en común con los modelos procesales realmente inquisitivos, que eran característicos de la *inquisitio* canónica, pero que no tuvieron jamás aplicación en el ámbito de la justicia civil.

<sup>207</sup> Cfr. NÖRR, 1993e: 193.

<sup>208</sup> Cfr. CAVANNA, 1982: 85.

<sup>209</sup> Cfr. COMEZ, 1994: 70.

<sup>210</sup> Cfr. SINATTI D'AMICO, 1968: 293.

<sup>211</sup> Cfr. COMEZ, 1994: 93.

<sup>212</sup> Cfr. *ibid.*: 92.

## CAPÍTULO II NARRACIONES PROCESALES \*

### 1. CREDULIDAD E INCREDELIDAD

En la primera de sus *Siete Noches* —un comentario fascinante a la *Divina Comedia*— Jorge Luis BORGES cita a COLERIDGE y dice que una condición previa para leer poemas es la «suspensión de la incredulidad»<sup>1</sup>. Esta aguda observación se sustenta claramente en dos premisas implícitas aunque evidentes: a) que la incredulidad debiera caracterizar nuestra aproximación a la experiencia cotidiana, como una actitud crítica dirigida a evitar que nos formemos o que compartamos creencias falsas, y b) que no debiéramos ser incrédulos si queremos ser capaces de captar, de entender y de disfrutar fantasías, metáforas, ambigüedades, imágenes, sentimientos, emociones, y todos las otras cualidades particulares que se consideran típicas de la poesía.

El alcance de la afirmación de COLERIDGE podría ser fácilmente extendido, aunque no propiamente generalizado, dado que —en algún sentido— cualquier tipo de experiencia estética puede suponerse basada en un «estado de credulidad». Así, por ejemplo, observar un cuadro normalmente presupone una actitud crédula: la apreciación de un *veermer* no supone una aproximación escéptica con respecto a si la luz en Delft a mediados del siglo XVII era realmente como *Veermer* la pintó, aunque haya sido famoso su intento de lograr una reproducción fidedigna de la realidad. Más aún, para poder apreciar un cuadro de Jackson Pollock o una escultura de David Smith no debiéramos

\* El presente capítulo es una traducción de la revisión del texto «Narrativas judiciales», publicado como apéndice de la obra *La prueba* (TARUFFO, 2008b).

<sup>1</sup> Cfr. BORGES, 1980: 16.

preguntarnos si representan algo: es mucho mejor suspender la incredulidad y disfrutar las formas expresadas en ambas obras de arte. Una actitud similar, e incluso más profunda, debiera ser adoptada al escuchar música, ya que la música es —como escribió SCHOPENHAUER<sup>2</sup>— la forma suprema de arte, la «catarsis estética». Efectivamente, para apreciar a Wynton Marsalis y a Astor Piazzolla, por no hablar de Chopin o de Brahms, una condición espiritual de no-incredulidad resulta muy apropiada.

Volviendo a los textos escritos, se podría decir que la suspensión de la incredulidad es necesaria incluso al leer prosa y no sólo al leer poesía<sup>3</sup>. Así, por ejemplo, si se trata de leer ciencia ficción, es mejor no ser incrédulo, al menos para situarnos en el contexto de la narración y durante el tiempo necesario para leer la novela. Ser sistemáticamente incrédulos —esto es, escépticos— respecto de la invasión de la Tierra por grandes y crueles criaturas extraterrestres puede ser racional, pero está lejos de ser la mejor manera de leer a H. G. WELLS. De modo más general, el mismo argumento vale respecto de cualquier tipo de novelas, desde las policíacas hasta las obras maestras de la literatura universal. Por consiguiente, la distinción entre una aproximación de credulidad y otra de incredulidad corresponde, en cierto sentido, a la distinción entre la fantasía y el convencimiento: cuando lo que está o debiera estar en juego es la fantasía, entonces la suspensión de la incredulidad es una condición necesaria de la experiencia humana; cuando se trata de convencimientos y en particular de un convencimiento verdadero sobre acontecimientos del mundo humano y material, una actitud escéptica e incrédula es probablemente más racional, aunque resulte tal vez mucho menos fascinante<sup>4</sup>.

Si, como parece al menos a primera vista, dicha distinción tiene algún sentido, entonces puede ser utilizada como punto de partida para ocuparnos del ámbito más acotado de las narraciones y en particular del dominio aún más acotado de las «narraciones procesales».

## 2. NARRACIONES

Uno de los términos más en boga y más sobredimensionados de los últimos treinta años es *narratives*. Esa expresión se ha transformado en una especie de icono de la llamada aproximación postmoderna a muchas (quizá demasiadas) cosas, como la literatura, la crítica literaria, la filosofía e incluso la teoría del derecho<sup>5</sup>. Por su uso extremadamente amplio y variable, y por la diversidad de los campos en que se emplea, es imposible (en este contexto,

<sup>2</sup> Cfr. SCHOPENHAUER, 1819: 338.

<sup>3</sup> En su «Quinta Noche», refiriéndose a la poesía, BORGES (1980: 116) dice que es un error pensar que la prosa está más cerca de la realidad que la poesía.

<sup>4</sup> En efecto, la realidad —aunque misteriosa— es mucho más simple que su descripción literaria: BORGES, 1980: 114, 117.

<sup>5</sup> Cfr., p. ej., BROOKS y GEWIRTZ, 1996.

y probablemente en general) considerar todas las cuestiones que conciernen a las «narraciones». Con todo, dado que el *narrative turn* ha llegado a ser un lugar común también en los discursos sobre la prueba y el proceso<sup>6</sup>, cabe al menos realizar algunos comentarios aislados, no sistemáticos y ciertamente incompletos, sobre el rol de las narraciones en los contextos procesales y probatorios. Para estos efectos, es posible asumir como efectiva la conexión —y quizá la equivalencia— entre los discursos relativos a las *narratives* y los discursos acerca del *story-telling*. Los contextos y las connotaciones culturales de los dos conceptos pueden divergir en alguna medida, pero desde la perspectiva procesal, se puede considerar tranquilamente que las «historias» que se cuentan en un procedimiento judicial son —o al menos pueden ser tratadas como— «narraciones»<sup>7</sup>.

Concentrar la atención en las narraciones judiciales implica dejar de lado muchas discusiones sobre las narraciones en general. Así, por ejemplo, los ataques postmodernos contra las llamadas *Grand Narratives*, tales como la Historia, el Progreso, la Razón, la Verdad, y otras, no pueden ser considerados aquí como merecerían<sup>8</sup>, y lo mismo vale respecto del conflicto entre «fundacionalistas» y «antifundacionalistas»<sup>9</sup>. Baste con decir que hoy esas discusiones parecen triviales y extemporáneas: al menos desde mediados del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX<sup>10</sup>, y especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, ninguna persona medianamente culta seguía creyendo ya en los Grandes Relatos. De hecho, mucho tiempo antes de BAUDRILLARD<sup>11</sup>, la cultura europea conocía a Jean Paul SARTRE y Albert CAMUS, para no mencionar a NIETZSCHE y a todos los irracionales de los que trata LUKÁCS en *Zerstörung des Vernunft*. Los intelectuales europeos estaban perfectamente conscientes del fin de las certezas propias del siglo XIX. Sin embargo, BAUDRILLARD no fue en ningún caso el único ejemplo de un filósofo postmoderno que redescubre gastadas banalidades de sentido común y las reinterpreta en un estilo *flamboyant*, como si los excesos retóricos y las exageraciones apocalípticas fueran señal de un pensamiento novedoso y profundo.

Por otra parte, para definir un nivel de discurso adecuado al fin de analizar las narraciones procesales, aun limitar el campo de atención al área del derecho puede resultar insuficiente. Así, el movimiento de *Law and literature*<sup>12</sup> ha producido diversos análisis interesantes sobre asuntos jurídicos, pero

<sup>6</sup> Cfr., en particular, TWINING, 1994: 280, 286, 332. Cfr., además, BURNS, 2005: 1, también para posteriores referencias bibliográficas. El ejemplo más interesante desde esta perspectiva es probablemente JACKSON, 1988.

<sup>7</sup> En un sentido análogo, cfr. TWINING, 1994: 291.

<sup>8</sup> Sobre la «muerte de las *Grand Narratives*» en la filosofía postmoderna, cfr. LITOWITZ, 1997: 10.

<sup>9</sup> Al respecto, cfr. MINDA, 1995: 161, 164.

<sup>10</sup> Cfr. el complejo análisis que desarrolla BURROW, 2000.

<sup>11</sup> Para un amplio análisis crítico del pensamiento de BAUDRILLARD, cfr. NORRIS, 1990: 164 ss.

<sup>12</sup> Para una descripción sintética del movimiento, cfr. MINDA, 1995: 149 ss. En la literatura italiana véase, entre lo más reciente, DI DONATO, 2008: 63 ss.

también mucha cháchara de *cocktail party* académico. No es infrecuente encontrar concepciones más bien vagas y variables de las *legal narratives*, en las que la distinción entre hechos y derecho se pierde a menudo de vista<sup>13</sup> y los hechos del proceso se extravían en un indistinto parloteo «literario» en torno al derecho<sup>14</sup>.

Con esto no se quiere decir que la teoría de las narraciones, especialmente en el ámbito de la psicología social, no tenga nada significativo que decir acerca del *story-telling* procesal. Muy por el contrario. Como veremos, esa teoría provee varias indicaciones que son extremadamente útiles para un análisis acabado de las narraciones procesales<sup>15</sup>. Las advertencias recién mencionadas tienen por objeto subrayar que el *distingue frequenter*, característico de los juristas medievales, sigue siendo válido: en realidad, son varias las distinciones necesarias para abordar adecuadamente el problema de las narraciones procesales.

Hablando de *story-telling* jurídico y procesal, TWINING, con justa razón, ha destacado insistentemente que las *stories* son a la vez necesarias y peligrosas<sup>16</sup>. Historias y narraciones son necesarias, tanto en el contexto del proceso como fuera de él, porque son los instrumentos principales mediante los cuales elementos de información fragmentarios y dispersos, y «piezas» de acontecimientos, pueden ser combinados y articulados como un conjunto de hechos coherente y dotado de sentido. Las historias modelan nuestra experiencia y nos proveen de esquemas del mundo<sup>17</sup>; pueden ser entendidas como «construcciones interpretativas de acontecimientos» que dan una forma posible, un modelo, a un conjunto informe de datos<sup>18</sup>. Proporcionan una *heurística*, esto es, un método para descubrir lo que realmente ocurrió<sup>19</sup>. Pero su característica principal es que proponen sólo *posibilidades*, sin importar cuán lejos estén de la realidad<sup>20</sup>. En este sentido, las narrativas son como la figura que forma, a partir de un montón de piezas de vidrio de colores, un mosaico<sup>21</sup>.

Por otro lado, las historias «se vuelven sospechosas»<sup>22</sup> y peligrosas porque abren la puerta a la imprecisión, a la variabilidad y a la manipulación en la reconstrucción de los hechos<sup>23</sup>, dependiendo del punto de vista, los intereses

<sup>13</sup> Véase *infra*, apartado 2.2.

<sup>14</sup> Parece que esto no concierne sólo a las relaciones entre el derecho y la literatura. Sobre el fenómeno análogo con respecto a las relaciones entre ciencia y literatura, cfr. HAACK, 2007a: 207 ss.

<sup>15</sup> Un ejemplo muy interesante de esta clase de análisis es el de DI DONATO, 2008:107 ss., 119 ss., 151 ss., 183 ss.

<sup>16</sup> Cfr. TWINING, 1994: 283, 336, 445.

<sup>17</sup> Cfr., en particular, BRUNER, 2002: 9, 25.

<sup>18</sup> Cfr. BORUTTI, 2006: 31.

<sup>19</sup> Cfr. BURNS, 2005: 1.

<sup>20</sup> Cfr. BORUTTI, 2006: 31.

<sup>21</sup> Como se verá más adelante, por otro lado, las relaciones entre las partes y el todo no están exentas de problemas: véase *infra*, apartado 4.

<sup>22</sup> Cfr. BRUNER, 2002: 43.

<sup>23</sup> Cfr. MENASHE y SHAMASH, 2005: 8.

y los propósitos de los sujetos que las cuentan en un determinado momento y en un cierto contexto. Esto es verdad en general<sup>24</sup>, pero es especialmente verdadero en el contexto procesal. Como veremos más adelante, un proceso no incluye sólo una narración o un *story-telling*: se trata de una situación compleja en la que varias historias son construidas y contadas por diferentes sujetos, desde diferentes puntos de vista y de distintas maneras<sup>25</sup>. Los peligros de errores, lagunas, manipulaciones y reconstrucciones incorrectas de los hechos, son particularmente frecuentes y serios, y pueden llevar a equívocos dramáticos y a errores sustanciales en la decisión final de una controversia.

## 2.1. Un experimento mental

Existe una gran variedad de narraciones acerca de hechos. El tipo más común lo constituye la novela y en especial las novelas escritas bajo la forma de relatos de historias. De ahí que toda una rama de la crítica literaria, llamada *narratología*, se ocupe de los problemas relativos a la estructura, los caracteres y las técnicas de la narración. Pero no es necesario que nos hagamos cargo de esas cuestiones tan sofisticadas<sup>26</sup>. Vale la pena, en cambio, tomar un ejemplo muy simple y ver qué nos puede decir —en una especie de experimento mental— acerca de las narraciones y de sus aspectos *epistémicos*, con el fin de subrayar algunas características que parecen ser típicas de las narraciones procesales.

El ejemplo —escogido entre miles que podrían haber servido igualmente<sup>27</sup>— corresponde a la conocida novela policiaca de John Grisham titulada *The Broker* (*El intermediario*). Las razones de esta elección son básicamente las siguientes: a) cientos de miles o millones de personas han leído la novela, y b) la mayor parte de la historia sucede en Bolonia, una ciudad que muchos conocen.

Cuando un Lector No Informado (LNI), que no sabe nada de Bolonia, lee la novela, encuentra descripciones de lugares, plazas, calles, restaurantes, iglesias y otros sitios en los que se desarrolla la acción. Esas descripciones son frecuentemente detalladas y realistas, y captan muy bien la atmósfera de la ciudad, de los lugares y del estilo de vida de los boloñeses. De hecho, Grisham vivió en Bolonia algunos meses justamente para reunir información e impresiones sobre los lugares que pretendía describir. Esto le da a la novela un gustillo de autenticidad, de coherencia y de realismo que se puede apreciar en

<sup>24</sup> Cfr. BRUNER, 2002: 23.

<sup>25</sup> Véase, más ampliamente, DI DONATO, 2008: 107 ss.

<sup>26</sup> Cfr. TWINING, 1994: 318 ss.

<sup>27</sup> HAACK (2007a: 210 ss.) destaca que a menudo las novelas y las obras de teatro están ambientadas en lugares reales e incluyen referencias a acontecimientos reales, y proporciona otros ejemplos.

sí mismo, y no solamente porque agregue una fuerte sensación de credibilidad a las aventuras del *broker*. Cuando un Lector Informado (LI), que conoce bien Bolonia, lee la novela, su actitud instintivamente se transforma, y no sólo a causa del sentimiento de «familiaridad» que el LNI no puede tener. Pues el LI puede sentirse inclinado a distinguir, entre las descripciones de Grisham, enunciados que son epistémicamente diferentes:

a) Algunos (más bien: muchos) de estos enunciados son *verdaderos*. Por ejemplo, cuando Grisham escribe que en el centro de Bolonia hay dos torres medievales llamadas Asinelli y Garisenda, está formulando un enunciado verdadero, porque en la ciudad de Bolonia que existe en el mundo de la realidad empírica esas torres realmente existen y tienen esos nombres. Análogamente, la afirmación de que en la Via Zamboni núm. 22 existe un edificio en el cual está ubicada la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia, es también verdadera. Hasta aquí, ningún problema. Esas afirmaciones, como muchas otras, le parecen verdaderas al LI porque reflejan la realidad material de los lugares que describen. Al LNI le parecerán verosímiles, lo que para él es suficiente.

b) Cuando Grisham escribe que en el edificio de la Facultad de Derecho están los despachos de los profesores de la facultad, hace una afirmación que parece *verosímil*, porque en muchos casos —o en la mayor parte de los casos— los despachos de los profesores están ubicados en los edificios principales de las facultades de derecho. Por consiguiente, esa afirmación es verosímil porque corresponde a lo que «normalmente» ocurre<sup>28</sup>. El problema es que, en el caso específico, el enunciado es verosímil, pero falso, porque los despachos de los profesores de la Facultad de Derecho de Bolonia no están ubicados en ese edificio. No hay nada asombroso en eso: muchas cosas que parecen verosímiles solo porque corresponden al *id quod plerumque accidit*, en realidad no existen. Todo esto es, en todo caso, irrelevante para el LNI: para él la verosimilitud de la aserción relativa a los despachos de los profesores es suficiente para asegurar la coherencia del relato. La situación del LI es diferente: él comprende que la coherencia del relato se mantiene porque la aserción es verosímil, pero nota que la narración está pasando de la descripción de la realidad al nivel de la invención y la fantasía, porque sabe que la realidad es diferente de la descripción ofrecida por Grisham.

c) Cuando Grisham escribe que en el edificio de la Facultad de Derecho además está el despacho del profesor Rudolph Viscovitch, hace una afirmación que es descriptivamente falsa, pero que no pretende ser verdadera, y ni siquiera verosímil, y que no puede ser tomada como verdadera ni como verosímil. Efectivamente, todo lector, informado o no informado, ya sabe que el

<sup>28</sup> Sobre el concepto epistémico de verosimilitud y sus relaciones con el concepto de verdad, cfr. principalmente NINILUOTO, 1987. La noción de verosimilitud de un enunciado de hecho como correspondencia de éste con lo que normalmente ocurre es abordada en profundidad en TARUFFO, 1992: 158 ss. Acerca de la ambigüedad de lo que es «normal», cfr. HACKING, 1990: 161.

profesor Rudolph Viscovitch no existe y que es solamente un personaje creado por el escritor: lo deja claro la narración del primer encuentro entre el *broker* y el profesor en un café, unas pocas páginas antes. De hecho, la coherencia narrativa de la historia queda asegurada por la descripción del profesor Viscovitch como un hombre de edad mediana con barba, muy «normal», lo que equivale a un tipo humano común que perfectamente podría corresponder a la imagen de un profesor, a diferencia de lo que ocurriría si hubiera sido caracterizado como una criatura verde venida de Marte.

Desde el punto de vista de la coherencia narrativa, no hay diferencia entre la situación del LNI y la del LI: ambos pueden apreciar el orden y la conexión de los sucesos que se describen. Sin embargo, el LNI percibe *solamente* la coherencia de la narración y la verosimilitud uniforme de los sucesos, mientras que el LI sabe que algunas partes de la narración son verdaderas, mientras que otras partes son falsas, aunque verosímiles. El LI puede apreciar el esfuerzo que Grisham hace para insertar su historia en un contexto verosímil, pero no puede evitar percibir un desplazamiento continuo y reiterado desde la realidad a la ficción y luego de nuevo desde la ficción a la realidad. En resumen: el LNI y el LI leen la misma narración desde dos puntos de vista epistémicamente distintos. El LNI no sabe qué es verdadero y qué es falso en la historia narrada por Grisham, pero tampoco está interesado en saberlo: lo que está leyendo es —después de todo— una novela, y no se espera de una novela que sea una descripción verídica de nada. También el LI está leyendo una novela y no espera que la historia sea verdadera, precisamente porque se trata de una novela; sin embargo, sabe qué es verdadero y qué es falso en la narración de Grisham.

Ahora, dejando al *broker* a su suerte, imaginémosnos que el *New York Times* informara que «el profesor Rudolph Viscovitch fue asesinado en su despacho de la Facultad de Derecho de Bolonia, en Via Zamboni núm. 22, por un estudiante enfurecido a causa de su reprobación», y agregara que esa afirmación se encontraba contenida en la acusación redactada por el procurador de la República de Bolonia, que aparecía en la declaración prestada por un testigo y que además estaba incluida en la sentencia que condenó al estudiante a la pena más severa (ya que matar profesores de derecho es el peor de los crímenes, incluso para alumnos suspendidos). Tanto el LNI como el LI, al leer la noticia, no podrían evitar la fuerte sensación de incomodidad y —esencialmente— de incredulidad. Ellos saben que —salvo por un improbable alcance de nombres— el profesor Rudolph Viscovitch no existe fuera de la novela de Grisham. Descartando que la noticia del *New York Times* haya sido publicada por error, tanto el LNI como el LI debieran concluir que las narraciones relativas al asesinato del profesor Viscovitch son falsas, aunque puedan parecer coherentes, plausibles y, por tanto, creíbles. En consecuencia, ambos debieran concluir que se trata de un clamoroso error judicial, fundado en una acusación falsa, un testimonio falso y una sentencia errada.

Las razones por las que el LNI y el LI reaccionan de forma diferente al leer a Grisham y al leer el *New York Times* son muy claras: al leer a Grisham suspendieron su incredulidad porque estaban conscientes de que estaban leyendo una novela, y no se espera que las novelas sean descriptivamente verdaderas. Cuando, como ocurre en el caso del LI, uno sabe que algunos enunciados incluidos en la novela son verdaderos, porque lo que dicen se corresponde con la realidad de lugares efectivamente existentes en Bolonia, esto puede favorecer el tono realista de la narración. Pero incluso la LNI, que no puede percibir ese tono realista, puede apreciar perfectamente la plausibilidad y el «realismo verosímil» de la historia. Pero cuando un lector sabe que lo que lee no es una novela, sino una narración de hechos relativos a un caso judicial real, su actitud es completamente diferente: parte de la base de que las narraciones sobre esos hechos debieran ser verdaderas (no solo verosímiles) y, por tanto, no puede sino asumir una actitud incrédula cuando lee una narración procesal que sabe falsa. El punto fundamental es que cuando no se espera que una narración sea verdadera, y aunque en parte lo sea, la circunstancia de que ella sea descriptivamente falsa (en todo o en parte) no es relevante: un relato puede ser narrativamente bueno cuando es coherente, creíble, normal, familiar, verosímil y —en consecuencia— persuasivo. Pero un buen relato no necesita ser verdadero<sup>29</sup>. Por el contrario, en otros casos se espera que la narración sea verdadera y, por consiguiente, el lector se mantiene «incrédulo» hasta que se convence de su correspondencia con la realidad material de los hechos. Se trata sólo de contextos diferentes y de diferentes narraciones. Después de todo, tanto los LNI como los LI nunca debieran olvidar que el derecho no es literatura<sup>30</sup>, y que una buena narración desde el punto de vista literario, puede ser una mala narración desde el punto de vista del derecho.

En el fondo, lo que está en juego es un problema fundamental relativo al concepto de verdad: la definición de la verdad depende del contexto en el que se formula. Por consiguiente, contextos diferentes pueden adoptar distintos conceptos de verdad y es la diferencia en el contexto la que determina la diferencia en las definiciones de la verdad<sup>31</sup>. Es, entonces, la consideración del contexto la que permite decidir si un enunciado describe el mundo en su realidad empírica, y por consiguiente pretende ser verdadero, o si lo que la historia busca es crear un mundo fantástico donde no está en juego la verdad empírica y solamente cabe pensar en una verdad «interna» a ese universo ficticio<sup>32</sup>. El contexto procesal es un contexto en el que la verdad empírica es necesaria; una novela es un contexto en el que la «verdad narrativa» se concibe sim-

<sup>29</sup> Cfr. TWINING, 1994: 283, 293, 337. Sobre la relación entre verdad/falsedad y calidad narrativa de las narraciones véase también *infra*, apartado 5.

<sup>30</sup> Cfr. GEWIRTZ, 1996: 5.

<sup>31</sup> La concepción relativista de la verdad es fuente de problemas muy complejos que no pueden ser considerados aquí. Sobre el tema, cfr., entre lo más reciente, MARCONI, 2007, así como GOLDMAN, 1999: 42; LYNCH, 2004: 21, 69.

<sup>32</sup> Cfr. PRANDI, 1994: 165.

plemente como algo que concierne al mundo ficticio creado por el novelista. Grisham, al igual que muchos otros novelistas, mezcla los contextos usando también enunciados que son empíricamente verdaderos, pero se trata sólo de un recurso literario; en todo caso, es un concepto diferente de verdad el que está operando, el de la verdad «interna» a la historia ficticia del *broker*.

## 2.2. Narraciones y hechos

Incluso cuando el discurso usual sobre narraciones y *story-telling* alude específicamente a los contextos procesales, suele hacer referencia de forma global a todos los aspectos del caso, reuniendo en un todo indiferenciado tanto a los aspectos jurídicos como a los aspectos fácticos de la situación de que se trata<sup>33</sup>. Esto puede deberse a varias razones. Una razón puede ser que los juristas tienden a hablar mucho más del derecho que de los hechos. Otra razón puede ser que la práctica de la narración jurídica, y también de la narración procesal, tiende a omitir varias distinciones, como aquellas existentes entre hecho y derecho y entre hecho y valor<sup>34</sup>. Una tercera razón puede ser que la distinción hecho/derecho se presenta como un problema de larga tradición y todavía sin respuesta, no sólo en los sistemas de *common law*, donde tiene que ver básicamente con la separación de funciones entre el juez y el jurado<sup>35</sup>. También en los sistemas de *civil law*, en los que la distinción entre hecho y derecho se usa especialmente con el fin de definir los límites de las competencias de las cortes supremas, resulta confusa y problemática y tiene significados diversos en distintos contextos<sup>36</sup>. Una cuarta razón importante es que definir un «hecho» puede dar lugar a una serie de preguntas filosóficas, por lo que se tiende a dejar de lado cualquier intento de hablar específicamente de «hechos». No hay que asombrarse, por tanto, de que la actual teoría del *story-telling* no considere la distinción entre hecho y derecho.

Todas estas dificultades deberían ser tomadas en cuenta cuando se habla de narrativas judiciales. No hay duda de que las narraciones procesales tienen que ver también con los aspectos jurídicos del caso, pero esto no significa que sea imposible pensar en narraciones que se refieran sólo a *hechos*. Tampoco hay duda de que —citando nuevamente a William TWINING— los hechos tienen que ser «tomados en serio»<sup>37</sup>. Muchos casos se ganan o pierden «en los hechos», dependiendo de si el demandante logró o no probar los hechos en

<sup>33</sup> Cfr., p. ej., TWINING, 1994: 290, 296.

<sup>34</sup> Cfr. TWINING, 1994: 336.

<sup>35</sup> Cfr., p. ej., el texto de TILLERS en WIGMORE, 1940: 2; WEINER, 1966: 1867; 1968: 1020. Sobre la regla tradicional «*ad quaestionem facti non respondent iudices; ad quaestionem iuris non respondent iuratores*», cfr. THAYER, 1898: 183.

<sup>36</sup> Cfr., p. ej., MARTY, 1929. Cfr. también los ensayos de FORIERS *et al.*, 1961: 51, 113, 149, 175.

<sup>37</sup> Respecto de esta clara alusión a DWORIN, cfr. TWINING, 1994: 14, 417. Cfr., además, DI DONATO, 2008: 81 ss.

que se fundaba su demanda; muchos *hard cases* son *hard* porque los hechos son demasiado complejos y difíciles de subsumir bajo una regla jurídica determinada; más aún, en el proceso los hechos son el punto de referencia de todo el aparato de reglas relativas a las pruebas y su asunción. Por tanto, para cualquiera que tenga alguna experiencia en la práctica de los procedimientos judiciales, negar la posibilidad de hablar separadamente de «narraciones de hechos» no tiene sentido. Es posible asumir razonablemente, entonces, que los hechos del caso se pueden distinguir de los aspectos jurídicos de la controversia, aunque claramente estas dos dimensiones estén íntimamente conectadas. Por otra parte, para que los hechos y el derecho puedan estar interrelacionados, es necesario que sean concebibles como distintos o al menos como distinguibles. En realidad, los hechos del caso *pueden* ser identificados como tales, separándolos de la dimensión jurídica de la controversia<sup>38</sup>. Ciertamente, cuando se habla de «hechos» no se hace referencia a los hechos en su existencia material y empírica: las narraciones sólo pueden comprender «enunciados sobre hechos». Un enunciado sobre un hecho es cualquier enunciado en el que se describe que un evento ocurrió «de tal y cual manera» en el mundo real (el que, obviamente, se supone existente y no meramente imaginado o soñado)<sup>39</sup>. En tanto describe algo que se asevera haber ocurrido en el dominio de la realidad, ese enunciado es *apofántico*: puede ser verdadero o falso<sup>40</sup>.

Además, hay al menos un sentido en el que la distinción entre derecho y hecho es necesaria y, en consecuencia, también posible. Esa distinción es ineludible cuando se trata de establecer qué puede y debe ser probado en un proceso. El principio general comúnmente aceptado es que el derecho no puede ser «probado» en el sentido propio y específico de la palabra: *iura novit curia*, y corresponde al juez conocer el derecho aplicable para decidir el caso. Sólo los hechos (es decir, los enunciados sobre los hechos) son objeto de prueba. Los enunciados relativos a los aspectos jurídicos del caso pueden ser objeto de decisión, de interpretación, de argumentación y de justificación, pero no pueden ser *probados*. También los enunciados relativos a los hechos son materia de decisión, de interpretación, de argumentación y de justificación, pero sobre todo se *puede probar* que son verdaderos o falsos. La relevancia de los medios de prueba, esto es, la condición básica para su admisibilidad en el proceso, se establece por referencia a los enunciados relativos a los hechos principales del caso y no por referencia a los argumentos jurídicos proporcionados para definir sus aspectos jurídicos. Esta distinción entre hecho y derecho no necesita mayor análisis: los principios que rigen la admisibilidad y la valoración de las

<sup>38</sup> Para un análisis más profundo de este problema, cfr. TARUFFO, 1992: 67, 71.

<sup>39</sup> Este presupuesto se funda en una serie de condiciones filosóficas, epistémicas e incluso éticas, que no pueden ser analizadas aquí. En términos generales, cfr. GOLDMAN, 1999: 3, 41, 69. Sobre el retorno a una concepción «correspondentista» de la verdad véase *infra*, capítulo III, apartado 1.

<sup>40</sup> Sobre este rasgo de los enunciados fácticos véase también *infra*, apartado 5.

pruebas ofrecen una base suficiente para determinar qué debe entenderse por «hecho» en una controversia judicial.

Cuando se trata de los hechos que están involucrados en un proceso, no hay necesidad de hundirse en un *maelstrom* de cuestiones filosóficas y epistemológicas<sup>41</sup>. Los hechos que son relevantes en la administración de justicia son *tranches de vie*, es decir, eventos o conjuntos de eventos que tienen que ver con la vida de la gente. Lo que significa que normalmente se definen a un nivel macro: incluso cuando se vea involucrada la microfísica o la genética, el objetivo final es siempre el de probar «un hecho de la vida», y normalmente estos hechos pueden ser precisados con suficiente especificidad a través de una referencia a las situaciones jurídicas de los sujetos involucrados.

Hay, sin embargo, algunos aspectos de la definición de los «hechos del caso» que vale la pena considerar con mayor detenimiento. En primer lugar: los hechos son seleccionados y definidos de acuerdo con su *relevancia* en el caso. Las circunstancias irrelevantes no son tomadas en cuenta al definir qué hechos deben ser probados. El criterio para evaluar la relevancia tiene dos aspectos. Un hecho es *jurídicamente relevante* (en la jerga jurídica norteamericana: *material*) cuando corresponde al supuesto de hecho definido por una norma jurídica (de derecho legislado o fundada en precedentes) que se considera posiblemente aplicable al caso. Las normas definen hechos-tipo y los hechos particulares son relevantes (como *fact-tokens*) cuando corresponden a esos hechos-tipo<sup>42</sup>. De este modo, los hechos jurídicamente relevantes son definidos como tales por referencia a la norma que se supone aplicable como criterio de decisión: esos hechos son los *facta probanda* básicos, esto es, el objeto principal de prueba y, por tanto, el contenido de los enunciados fácticos más importantes<sup>43</sup>. Por otra parte, un hecho es *lógicamente relevante* cuando, no siendo en sí mismo un *facta probanda* principal, puede ser usado como premisa, esto es, como punto de partida para inferencias cuyas conclusiones se refieran a la verdad o la falsedad de un enunciado relativo a un hecho principal. Un hecho lógicamente relevante será objeto de prueba cuando su conocimiento sea útil para inferir la verdad o falsedad de un hecho principal<sup>44</sup>.

Los hechos pueden ser simples, cuando un evento singular involucra a una o dos personas en un momento específico; o pueden tener distintos grados de

<sup>41</sup> Sobre algunas de estas cuestiones, cfr. TARUFFO, 1992: 67, 71.

<sup>42</sup> Esta conexión constituye un punto bien conocido y ampliamente analizado por la teoría del derecho, de modo que indicar referencias bibliográficas sería imposible, además de superfluo. En todo caso, véase, al menos, el texto clásico sobre la materia, esto es, ENGISCH, 1943: 19, 37, 83. Para ulteriores referencias véase también TARUFFO, 1992: 74.

<sup>43</sup> Un análisis más amplio sobre los problemas que conciernen a la determinación de los hechos que son objeto de la decisión final se desarrolla *infra*, capítulo V, apartado 2.

<sup>44</sup> La relevancia lógica es el criterio fundamental para decidir si un medio de prueba debe ser admitido o excluido, en base a la regla según la cual *frustra probatur quod probatum non relevat*. Sobre este principio general, cfr., también para ulteriores referencias bibliográficas, TARUFFO, 1992: 338; 1970. Véase, además, *infra*, capítulo IV, apartado 2.1.

complejidad, como, por ejemplo, cuando varios eventos conexos involucran a muchas personas; o pueden ser extremadamente complejos, cuando series de eventos se extienden en el tiempo e involucran a cientos, miles o millones de personas<sup>45</sup>. En consecuencia, algunas veces pueden ser descritos a través de uno o unos pocos enunciados simples, mientras otras veces sólo pueden ser descritos a través de narraciones largas y complicadas. Con todo, así como pueden diferenciarse y analizarse los conjuntos de circunstancias específicas que conforman un evento complejo, también las narraciones complejas pueden descomponerse en series de enunciados específicos. Desde el punto de vista de la prueba, cada enunciado específico debe ser probado. Por ejemplo, si el hecho consiste en una cadena causal compleja como «A → B → C → D», es necesario que se aporten pruebas sobre A, B, C, D, y sobre todas las relaciones causales que los conectan<sup>46</sup>. Los hechos pueden comprender no sólo eventos ocurridos en la realidad material, como un accidente de tráfico, sino también actitudes o estados psicológicos, como la intención o el dolo, o bien pueden estar compuestos por elementos tanto materiales como psicológicos. Esta clase de hechos suscita diversas dificultades que, en todo caso, no los eximen de ser probados: esto significa que los enunciados que los describen deben ser determinados como verdaderos o falsos<sup>47</sup>.

### 2.3. Narradores de historias

A menudo en los discursos relativos a las narraciones procesales se pasa por alto que el contexto del proceso no comprende sólo una narración homogénea. Una mirada más atenta al proceso, desde una perspectiva narrativa, muestra que en realidad éste comprende un número variable de historias relatadas por diferentes sujetos, de diferentes formas y con diferentes propósitos<sup>48</sup>. No se trata sólo de que haya varios sujetos que hablan desde puntos de vista diferentes<sup>49</sup> y desde perspectivas particulares<sup>50</sup>. En el proceso, las historias son narradas por los abogados en forma *adversarial* y están en contraposición unas con otras<sup>51</sup>: el contexto procesal tiene la estructura de una controversia, en la que los abogados presentan relatos alternativos y enfrentados de los hechos<sup>52</sup>. Y el juez seleccionará finalmente una de las posibles historias relativas a los hechos del caso.

<sup>45</sup> En realidad, la «complejidad fáctica» es uno de los factores principales de la *complex litigation*, como ocurre en los casos de *mass torts* y de las *class actions*. Cfr. FEDERAL JUDICIAL CENTER, 2004: 242, 341.

<sup>46</sup> Para un análisis más amplio de la prueba de los nexos causales, cfr. TARUFFO, 2006a: 101.

<sup>47</sup> Acerca de la prueba de estos particulares tipos de hechos, cfr. TARUFFO, 1992: 121.

<sup>48</sup> Para una observación análoga, cfr. JACKSON, 1988: 85. Al respecto véase, en particular, DI DONATO, 2008: 107 ss.

<sup>49</sup> Cfr. TWINING, 1994: 130, 132; GEWIRTZ, 1996: 8.

<sup>50</sup> Cfr. BRUNER, 2002: 23.

<sup>51</sup> Cfr. BRUNER, 2002: 43; GEWIRTZ, 1996: 7; BURNS, 2005: 2.

<sup>52</sup> Cfr. AMSTERDAM y BRUNER, 2002: 173.

Las características peculiares de las historias que se narran en el contexto procesal merecen algunos comentarios adicionales, especialmente desde el punto de vista de los principales y típicos «narradores» procesales.

#### 2.3.1. Los abogados

Concentrando su atención en las narraciones de los abogados, TWINING destaca que la técnica para una defensa efectiva comprende el descarte de argumentos racionales y la exclusión de informaciones relevantes, a efectos de depurar los hechos y de servirse de herramientas de persuasión no racional<sup>53</sup>, dado que la tarea esencial de un abogado es la de persuadir al tribunal para que decida a favor de su cliente<sup>54</sup>. En consecuencia, las narraciones de los abogados tienden a incluir manipulaciones de los hechos, dirigidas al objetivo de ganar el caso<sup>55</sup>. Otros autores comparten esta visión crítica y escéptica sobre la forma en que los abogados construyen y presentan sus narraciones y enfatizan el hecho de que estas narraciones muchas veces resultan engañosas y desorientadoras<sup>56</sup>: el abogado construye su *story* de modo de lograr el máximo efecto persuasivo en su auditorio, sirviéndose de los prejuicios que lo afectan, y da forma a una narración en beneficio del interés de su cliente, no a una versión verdadera de los hechos<sup>57</sup>. No es casualidad, por eso, que desde el punto de vista epistemológico se califique a la actividad del abogado como *advocacy*, subrayando que su argumentación tiene por objeto demostrar una tesis y que puede implicar la exclusión de pruebas relevantes<sup>58</sup> y la sobrevaloración de las pruebas favorables a la tesis que pretende sostener, y que se la distinga de la *inquiry*, que no interesa al abogado y que está dirigida al descubrimiento de la verdad objetiva<sup>59</sup>. De modo que valdría particularmente para las narraciones de los abogados, la afirmación según la cual las *stories* son «*excellent vehicles for cheating*»<sup>60</sup>. Si, como parece, se trata de imágenes realistas de la práctica narrativa de los abogados, se suscitan entonces algunas cuestiones de las que es oportuno ocuparse.

<sup>53</sup> Cfr. TWINING, 1994: 24.

<sup>54</sup> Cfr. TWINING, 1994: 288. De forma análoga, cfr. GEWIRTZ, 1996: 5. En el mismo sentido en lo que respecta a la finalidad de las narraciones de los abogados, cfr. DI DONATO, 2008: 162, 173.

<sup>55</sup> Cfr. TWINING, 1994: 289, 297, 305. Acerca de las modalidades a través de las cuales el abogado construye una narración manipulando las informaciones que recibe del cliente, cfr., en especial, DI DONATO, 2008: 119, 151.

<sup>56</sup> Cfr., p. ej., GEWIRTZ, 1996: 9; DERSHOWITZ, 1996: 99. Acerca del bajo nivel de veracidad de las narraciones de los abogados, cfr. también COLOMA CORREA, 2006: 41.

<sup>57</sup> Cfr. HUNTER, 2007: 272.

<sup>58</sup> Sobre el hecho de que los abogados hagan referencia sólo a las pruebas que favorecen la posición de su cliente, cfr. DI DONATO, 2008: 163.

<sup>59</sup> Cfr. HAACK, 2008a: 564; 2007a: 169, 339. Otro epistemólogo observa, de manera análoga, que usualmente los abogados ocultan o camuflan la verdad en lugar de aclararla: cfr. GOLDMAN, 1999: 296.

<sup>60</sup> Cfr. TWINING, 2002: 12.

La primera cuestión, que guarda relación con la ética profesional de los abogados, supone discutir si —y en qué medida— es legítima la omisión voluntaria o la distorsión de hechos relevantes por parte de un abogado con el propósito de ganar el caso. Cabe preguntarse si debiera existir una «ética de la narración» que impida al abogado presentar una narración de los hechos que considere falsa<sup>61</sup>. En todo caso, se trata de un problema muy complicado: el estudio más reciente y autorizado sobre ética profesional del abogado sólo se refiere brevemente a él, afirmando que el abogado tiene el deber de decir la verdad al narrar los hechos en casos civiles, aunque con importantes reservas<sup>62</sup>. El mismo estudio subraya también que los principios de la ética profesional algunas veces se contraponen con los principios comúnmente aceptados de moralidad social<sup>63</sup>. Probablemente esto es particularmente cierto respecto de la obligación de decir la verdad: la moral social posiblemente asume que la gente debe decir la verdad<sup>64</sup>, pero no parece concebible respecto de los abogados un deber general de decir la verdad, y menos aún un deber de decir «toda» la verdad. A lo sumo, los abogados podrían estar obligados a no utilizar medios de prueba o declaraciones de otras personas cuya falsedad conocen, aunque esto no equivale a afirmar que tengan un deber moral de decir la verdad. Como se ha dicho de forma realista, nadie presume que el actor en un proceso crea que su demanda es verdadera<sup>65</sup>. La Regla 11 de las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses confirma esa opinión: la misma ha sido modificada con el propósito de reforzar la responsabilidad de los abogados, pero no contempla ninguna obligación clara y explícita de veracidad respecto de lo que los abogados dicen. De un abogado sólo se espera que pueda dar fe que, en función de su conocimiento e información, y a un convencimiento formado tras una investigación razonable de acuerdo con las circunstancias, las alegaciones y demás afirmaciones relativas a los hechos que realiza tienen respaldo probatorio o que probablemente lo tendrían si hubiera ocasión de proseguir la investigación<sup>66</sup>. Una norma de este tipo claramente pretende sugerir que las alegaciones sobre los hechos deben ser hechas seriamente y de buena fe, pero no requiere que sean verdaderas.

En algunos sistemas se impone a los abogados un *duty of candor*, que parece incluir también el deber de hacer afirmaciones verídicas<sup>67</sup>. Un ejemplo significativo lo ofrece ahora el sistema inglés, desde que la Regla 22.1 de las *Civil Procedure Rules*, dictadas en 1999, requiere que el contenido fáctico de

<sup>61</sup> El problema lo plantea, p. ej., GEWIRTZ, 1996: 9.

<sup>62</sup> Cfr. HAZARD y DONDI, 2004: 114, 327. No se especifican, sin embargo, las limitaciones a que estaría sujeto el deber de los abogados de decir la verdad en el proceso civil.

<sup>63</sup> Cfr. HAZARD y DONDI, 2004: 114.

<sup>64</sup> Sobre el valor moral y social de la verdad, véase *infra*, capítulo III, apartado 3.

<sup>65</sup> Cfr. AMSTERDAM y BRUNER, 2002: 174.

<sup>66</sup> Para referencias a las modificaciones de la Regla 11, y algunos comentarios, cfr. *Federal Rules of Civil Procedure. Abridged Edition As Amended to May 13, 2005*: 50.

<sup>67</sup> Cfr. HAZARD y DONDI, 2004: 234.

las pretensiones expresadas por las partes sea confirmado por una «declaración de verdad» jurada, tanto de la parte como de su abogado, bajo pena de perjurio en caso de juramento falso<sup>68</sup>. Una norma similar está contemplada por el § 138 núm. 1 del *Zivilprozessordnung* alemán, que dispone que las partes están obligadas a ser veraces en sus afirmaciones sobre los hechos del caso<sup>69</sup>.

En Italia, el art. 14 del Código Deontológico Forense prevé respecto del abogado un deber de veracidad, afirmando que «las declaraciones prestadas en juicio relativas a la existencia de hechos objetivos, que constituyan el presupuesto específico de una resolución judicial, y de los que el abogado tenga conocimiento directo, deben ser verdaderas». Se trata, sin embargo, como es fácil observar, de una disposición fuertemente restrictiva, que no comprende los hechos alegados en un escrito procesal, de los que el abogado *no tenga*, como habitualmente ocurre, conocimiento *directo*, por la obvia razón de que llega a saber de su existencia por otras personas y, en particular, por su cliente. Además, se trata de un deber cuya infracción carece de sanción y que no tiene correlato en el Código de Procedimiento Civil italiano<sup>70</sup>.

En todo caso, normas como éstas no son tan frecuentes y, por el contrario, varios sistemas no prevén ningún deber de veracidad para las partes y sus abogados. Por otra parte, la efectiva aplicación del *duty of candor* del abogado suscitará a menudo dudas<sup>71</sup>. Parece razonable, entonces, sostener en general —y sólo con algunas pocas y limitadas excepciones— que los abogados no están obligados a decir la verdad. Menos aún están obligados a evitar distorsiones, manipulaciones y lagunas en sus alegaciones de hechos. Por otro lado, si existieran efectivamente obligaciones de este tipo, debiera seguirse que, en principio, cada vez que una versión de un hecho relevante resulte desmentida por las pruebas, o sea desechada por el juez, el abogado que la alegó en juicio debiera ser sancionado por haber formulado enunciados fácticos no verdaderos. Esto resulta manifiestamente absurdo, al menos desde la perspectiva del estado actual de cosas en todos los ordenamientos jurídicos, de modo que se confirma que en realidad el abogado es libre —salvo escasas y marginales limitaciones— de contar lo que considere más ventajoso para los intereses de su cliente.

Una segunda cuestión se plantea básicamente en los siguientes términos: si las narraciones de los abogados son parciales, partidistas, manipuladas y en-

<sup>68</sup> Cfr. MILLER, 1976: 630.

<sup>69</sup> Cfr. MURRAY y STURNER, 2004: 159. Cfr., además, SCARSELLI, 1998: 102 ss., también para ulteriores referencias bibliográficas.

<sup>70</sup> No por casualidad el autor del comentario más importante del Código Deontológico define en términos muy vagos el contenido del deber en cuestión, y la casuística relativa a las hipótesis de violación de ese deber es particularmente reducida y fragmentaria: cfr. DANOVÍ, 2001: 216, 224.

<sup>71</sup> Cfr. HAZARD y DONDI, 2004: 237.

gañosas, basadas en omisiones y en mecanismos no racionales de persuasión, y por definición no verdaderas, es difícil hacerlas calzar con la imagen tradicional —ampliamente compartida en los sistemas de *common law*, aunque usual también en sistemas de *civil law*— según la cual el tribunal debe tomar su decisión escogiendo sólo entre las dos historias en contienda, presentadas por las partes en un contexto *adversarial*<sup>72</sup>. Si, como parece, las dos historias narradas por las partes son «malas historias», destinadas a engañar y desorientar al juez con el fin de prevalecer sobre el adversario, la situación en que el juez se encuentra, al tener que optar por una de estas dos historias —esto es, digamos, por la «menos mala»—, es ciertamente una situación difícil y desafortunada. Desde esta perspectiva, la posición del juez en los procesos civiles de *civil law* es algo menos desventurada, ya que normalmente puede y debe componer su propia reconstrucción autónoma de los hechos del caso, cuando las narraciones de ambas partes no resulten creíbles<sup>73</sup>.

La tercera cuestión se refiere a las formas bajo las cuales los abogados narran sus historias sobre los hechos del caso.

Ante todo, se debe considerar que la forma de estructurar esas historias varía de acuerdo con las diferencias en la regulación de los actos iniciales del proceso. Los sistemas procesales de *civil law* se caracterizan por la existencia de lo que en la terminología angloamericana se llamaría *fact pleading*, esto es, la exigencia de que la demanda contenga una alegación específica, detallada y, en lo posible, completa de los hechos del caso<sup>74</sup>. Además, se suele incluir también una referencia a las circunstancias que «rodean» los hechos principales (esto es, los hechos secundarios lógicamente relevantes), con el propósito de ofrecer un cuadro completo de la situación de hecho que constituye la base de la controversia y también a fin de proporcionar al juez un marco de referencia para la admisión de las pruebas relevantes. En consecuencia, en estos sistemas el proceso se inicia, desde el comienzo, con una narración propuesta por el demandante, en la que se presume que los hechos se describen de forma completa y detallada. Las reglas son en buena medida las mismas para el demandado: él puede oponerse en todo o en parte a la narración del demandante<sup>75</sup> pero, en todo caso, tiene que presentar su propio relato de los hechos relevantes, que puede ser una versión en negativo de la narración del demandante o bien una versión completamente distinta de los hechos. De todas formas, también la

<sup>72</sup> Sobre esta afirmación, tradicional en la concepción del proceso inglés, cfr. JOLOWICZ, 1975: 188. Cfr. también GEWIRTZ, 1996: 6; TWINING, 1994: 295, y véase, además, *infra*, capítulo V, apartado 1.

<sup>73</sup> Sobre la reconstrucción de los hechos por parte del juez véase *infra*, apartado 2.3, en este mismo capítulo y, además, capítulo V, apartado 3.

<sup>74</sup> Cfr., p. ej., fuera del art. 163, núm. 4 del Código de Procedimiento Civil italiano, el § 130, núm. 3 de la *Zivilprozessordnung* alemana, los arts. 6 y 62 del *Code de Procédure Civile* francés y el art. 399, núm. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

<sup>75</sup> Al respecto, véase *infra*, capítulo III, apartado 5.1.

historia del demandado tiene que estar basada en una alegación detallada y completa de los hechos.

La situación es diferente desde el punto de vista procesal, aunque equivalente en el fondo, cuando se trata de sistemas basados en el denominado *notice pleading*, como ocurre en el caso de las *Federal Rules of Civil Procedure* de Estados Unidos. En un sistema como éste, la formulación inicial de la demanda no incluye necesariamente una narración completa de los hechos del caso. Éstos pueden ser establecidos, paso a paso, a través de la *discovery*: de este modo, sólo al final de la etapa de *pre-trial* las dos partes estarán en condiciones de delinear un cuadro completo de la situación de hecho en que se basa la controversia<sup>76</sup>. De esto se sigue que las narraciones de las partes resultan, en su composición y redacción, más extensas, más fragmentadas y más complejas que lo usual en los sistemas procesales de *civil law*. Con todo, incluso en los sistemas basados en el *notice pleading* llega un momento en el que ambas partes deben presentar sus relatos globales de los hechos del caso.

Mas allá de las diferencias que han sido apuntadas, esas historias comparten algunas características que merecen atención.

Ante todo, ellas expresan una *pretensión de verdad*. No se trata de simple cháchara entre los abogados y el tribunal: cuando un abogado alega ciertos hechos, implícita o explícitamente afirma que esos hechos son verdaderos<sup>77</sup>. Sería, en efecto, un sinsentido que el abogado alegara un hecho como fundamento de su demanda y al mismo tiempo dijera o sugiriera que el enunciado relativo a ese hecho es falso. Lo mismo ocurriría si llamo a mi esposa y le digo que mi vuelo desde Nueva York tiene cinco horas de retraso, pero al mismo tiempo le digo que lo que estoy diciendo es falso: seguramente se preguntará cuántos *gin tonic* he bebido. La broma sirve para recordar que uno de los principios fundamentales de la corrección en la conversación consiste en suponer que se cree en la verdad de lo que se afirma<sup>78</sup>.

Por consiguiente, la pretensión de verdad es típica de las narraciones de los abogados, así como de muchas otras narraciones, con independencia de que ellas sean efectivamente verdaderas o falsas. Dado que una pretensión de verdad no es equivalente a la verdad de un enunciado, la historia que el abogado narra respecto de un hecho del caso no es más que una historia *hipotética* relativa a ese hecho. Esta hipótesis se presenta «como verdadera», pero no es más que una hipótesis: su verdad o falsedad se determinará más adelante, en el curso del proceso y en la decisión final. En los términos de la teoría de los actos de habla, esas narraciones pertenecen a la categoría de los *actos*

<sup>76</sup> Sobre estos conocidos aspectos del sistema procesal americano, cfr., p. ej., JAMES, HAZARD y LEUBSDORF, 1965: 145 ss.; FRIEDENTHAL, KANE y MILLER, 1985: 252 ss.

<sup>77</sup> Sobre la naturaleza de la alegación, véase, más ampliamente, *infra*, capítulo III, apartado 5.

<sup>78</sup> Cfr. GRICE, 1989: 27.

*ilocucionarios asertivos*, caracterizados por una función *ilocucionaria asertiva*. Están compuestas, en efecto, por *aserciones*, es decir, por enunciados que pretenden afirmar proposiciones verdaderas que describen ciertos hechos con una *world-to-world direction or fit*<sup>79</sup>.

En el caso de las historias que provienen de las partes, hay otros dos aspectos importantes respecto de la función que cumplen. Uno de ellos está conectado con el hecho de que el propósito del abogado es ganar el caso, de modo que la historia que narra está construida con el fin de persuadir al juez de que su cliente merece ganar<sup>80</sup>. Desde esta perspectiva, la narración del abogado tiene también una función *ilocucionaria* de carácter *directivo*, pues está dirigida a justificar una petición que puede ser concedida o negada<sup>81</sup>. El otro aspecto, no considerado por la teoría del *story-telling*, pero relevante desde el punto de vista jurídico, está relacionado con la carga de la prueba. En realidad, el abogado no relata su versión hipotética de los hechos del caso con el solo fin de informar al tribunal y a las otras partes. Cuando presenta su narración, el abogado asume sobre sí la carga de la prueba en relación con los hechos que relata. Salvo que existan presunciones legales aplicables al caso, y a menos que el tribunal establezca una distribución diferente de las cargas probatorias entre las partes, el principio básico es que *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Quien afirma que un hecho es verdadero tiene la carga de probar la verdad de su afirmación. Esta regla vale de modo general en muchas áreas de la experiencia: en el ámbito del proceso implica que para ganar un caso, es necesario que se satisfaga la carga de la prueba que fue asumida al alegar los hechos<sup>82</sup>.

En el curso del proceso pueden producirse modificaciones en las narraciones de las partes sobre los hechos, dentro de los límites previstos por las normas procesales, y de acuerdo con la marcha de la causa<sup>83</sup>. Una vez agotada la práctica de las pruebas, y antes de la decisión final, los abogados normalmente presentan la versión final de sus narraciones relativas a los hechos. Esta versión puede ser diferente, en todo o en parte, de la versión inicial, o bien puede coincidir con ésta, según lo que haya ocurrido en el curso del proceso, y en particular de acuerdo con los resultados producidos por las pruebas. Con todo, la versión final presenta los mismos rasgos distintivos que la versión inicial. Esta es *parcial*, por cuanto se dirige a sustentar las razones de la parte que el abogado representa. Expresa también una *pretensión de verdad*. Esta pretensión puede resultar reforzada, en la medida que el abogado logre extraer, de las pruebas practicadas, elementos de juicio que confirmen la verdad

<sup>79</sup> Sobre el concepto de función *ilocucionaria* de los actos de habla cfr. SEARLE, 1999: 137, 140, 148; 1980: 23, 29, 65.

<sup>80</sup> Cfr. AMSTERDAM y BRUNER, 2002: 174; DI DONATO, 2008: 173.

<sup>81</sup> Sobre el concepto de función *ilocucionaria directiva* cfr. SEARLE, 1999: 148.

<sup>82</sup> El tema de la carga de la prueba no puede ser discutido adecuadamente en esta sede. En general, cfr. GASKINS, 1992, y véase, más ampliamente, *infra*, capítulo V, apartado 5.

<sup>83</sup> Para un análisis estructural más profundo de estas variaciones, cfr. TARUFFO, 2002a: 235.

de su versión de los hechos, y pueda, por tanto, afirmar que ha cumplido con la carga probatoria asumida inicialmente, o bien puede resultar debilitada, si las pruebas no han conducido a resultados favorables. En todo caso, las versiones finales que los dos abogados proponen todavía tienen un carácter hipotético, pues no corresponde a los abogados determinar definitivamente si tales hipótesis son verdaderas o falsas. Lo que ellos hacen es proponer al juez hipótesis de decisión, indicando cuáles son —desde su propio punto de vista— los elementos que el juez debiera tomar en cuenta con el objeto de determinar qué narración se presenta como verdadera.

### 2.3.2. Los testigos

En cierto sentido, un testigo es típicamente un narrador. Se supone que tiene conocimiento de algunos hechos del caso y se espera que «relate» los hechos que conoce. El testigo puede cumplir con su tarea como narrador de diferentes maneras: algunas veces se le pide narrar lo que sabe en un discurso ininterrumpido; más frecuentemente es examinado —por el juez o por los abogados de las partes, o por ambos, dependiendo del sistema probatorio— por medio de una o más series de preguntas específicas. En este último caso, la narración del testigo va emergiendo de las respuestas que da, sin que exista un texto espontáneo y continuo: la historia es fragmentaria y lo que resulta de su testimonio son pequeñas piezas dispersas de un mosaico<sup>84</sup>, con las que luego debe componerse un diseño general. A menudo el hecho en cuestión se encuentra descrito en la pregunta que se dirige al testigo, de modo que éste se limita a contestar «sí» o «no». Ahora bien, la estructura de este tipo de diálogo puede ser diferente: en la mayor parte de los sistemas procesales de *civil law* quien examina a los testigos es el juez, que normalmente les dirige preguntas sobre los hechos que fueron previamente señalados por las partes. En sistemas que adoptan el método del *direct and cross-examination*, son los abogados quienes interrogan y el examen puede estar estructurado en dos o más etapas, en las que los abogados formulan sus preguntas en la secuencia que consideran más eficiente con el fin de obtener el testimonio. Sin perjuicio de la forma dialógica e interactiva que puede asumir el examen, y de la variedad de formas bajo las que puede desarrollarse, el testigo narra una historia y esa historia puede ser reconstruida, en todo caso, a partir del registro de la interrogación.

Las historias narradas por los testigos presentan dos aspectos relevantes que vale la pena destacar.

En primer lugar, expresan una *fuerte pretensión de verdad*, mucho más fuerte que la pretensión que —como hemos visto antes— es típica de las na-

<sup>84</sup> Cfr. GEWIRTZ, 1996: 7; BURNS, 2005: 2.

raciones de los abogados. Mientras que el abogado no tiene un deber real de decir la verdad, el testigo sí tiene esa obligación: jura decir la verdad, y el perjurio es sancionado por el derecho penal. Esto no significa, obviamente, que los testigos nunca mientan, pero sí que existe al menos una presunción *prima facie* a favor de la veracidad de lo que el testigo relata. Frente a esto, hay un aspecto que puede parecer problemático, al menos en algunos sistemas procesales. En los ordenamientos de *civil law* los testigos son presentados con frecuencia por las partes, aunque en ciertos casos el tribunal posee la facultad de disponer de oficio la declaración de testigos<sup>85</sup>. Sin embargo, en ambos casos se espera que el testigo sea imparcial, porque su papel es contar *al tribunal* una historia verídica acerca de los hechos que conoce. El testigo no está *party-centered* o *party-oriented*, y la historia que relata es considerada como una «verdadera» narración de los hechos. También en el sistema estadounidense los testigos son presentados por las partes (ya que los tribunales rara vez usan la facultad que les confiere la Regla 614 [a] de las *Federal Rules of Evidence*), pero están básicamente *party-centered*, dado que son seleccionados y previamente instruidos y preparados por «su» parte. Se supone que dicen la verdad, y eso es lo que requiere su juramento, pero se espera, a la vez, que se trate de una verdad que sirva de fundamento a la posición procesal de «su» parte. En caso contrario, se transforman en testigos «adversos» y son examinados como tales; pero, incluso en este caso, no se espera que sean neutrales e imparciales, pues siempre se asume que están *party-oriented*, sea en sentido favorable o desfavorable. Por consiguiente, puede existir una intensa tensión entre el deber de decir la verdad y la inclinación del testigo a contar la historia que resulte más favorable para la parte que lo ha presentado.

Por otra parte, habitualmente el examen de un testigo incluye preguntas que están específicamente dirigidas a verificar su credibilidad. Esto sucede en los sistemas de *civil law*, en los que el juez, y en alguna medida también las partes, pueden formular al testigo preguntas relativas a su credibilidad personal y a la fiabilidad de su reconstrucción y narración de los hechos. Lo mismo sucede también —probablemente en forma más efectiva— en los sistemas de *common law*, en los que la *cross-examination* se dirige típicamente a atacar, y en lo posible a destruir, la credibilidad del testigo y la fiabilidad de las respuestas que haya dado durante la *direct-examination*. En este sentido, es fácil comprender el significado del famoso *dictum* de WIGMORE según el cual la *cross-examination* «is beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth»<sup>86</sup>. Naturalmente, aquí estamos considerando lo que podría calificarse como el funcionamiento fisiológico de la *cross-examination*. Un problema completamente distinto se plantea cuando los abogados abusan de este instrumento con el fin de ocultar o de distorsionar la verdad y tratan

de destruir al testigo con independencia de que haya dicho o no la verdad<sup>87</sup>. Al parecer, sin embargo, los abusos son muy frecuentes, hasta el punto de que en algunos ordenamientos de *common law* se han introducido nuevas normas dirigidas a proteger a los testigos de las agresiones de los abogados en el curso de la *cross-examination*<sup>88</sup>. No es casualidad, en este sentido, que se haya dicho que en muchas ocasiones el éxito de quien ha dirigido el contrainterrogatorio es el éxito de un «*trained curial assassin ambushing an easy target*»<sup>89</sup>.

En todo caso, el punto fundamental es el siguiente: el examen de un testigo es —o debiera ser— realizado precisamente con el fin de determinar la verdad de lo que el testigo sabe acerca de los hechos del caso. No se espera que el testigo relate una historia cualquiera para entretener al tribunal, a los abogados o al público. Se espera —y se le obliga a hacerlo— que narre una historia verdadera. También esta narración pertenece a la categoría de los actos *ilocucionarios asertivos*, al estar compuesta de enunciados que describen hechos, y tiene la función de proporcionar al juez informaciones verdaderas y fiables.

### 2.3.3. El juez

El juez que decide sobre los hechos es el narrador final, definitivo y, por tanto, el más importante en el ámbito del proceso. Al término del procedimiento, se enfrenta con varias historias que han sido narradas por los testigos y por los abogados y que usualmente resultan divergentes o contradictorias en diverso grado. La función principal del juez es la de determinar cuál de todas es la «mejor» narración de los hechos en términos relativos, ya sea escogiendo una historia entre aquellas que ya fueron narradas, o bien construyendo otra historia original, si está autorizado para hacerlo y si ninguna de las historias narradas por las partes lo satisface<sup>90</sup>. La narración presentada por el juez en su decisión final tiene al menos tres características relevantes: 1) es también un acto *ilocucionario asertivo*, pues está compuesta por un conjunto de enunciados que describen hechos; 2) es *neutral* y *supra partes* (y *no competitiva*): el juez no pretende conseguir algún propósito particular, salvo el de dictar una decisión justa y rigurosa. No persigue ningún interés personal particular, ni pretende proteger o apoyar a algún sujeto particular. Su posición típica es, en palabras de Norbert ELIAS, la del *desapego*: su narración es y debiera ser «desapegada» respecto de la disputa entre las partes sobre los hechos del

<sup>87</sup> Cfr., p. ej., FREEDMAN, 1966: 1474, donde se señala que el buen abogado debe usar la *cross-examination* para destruir al testigo adverso, especialmente cuando sabe que éste ha dicho la verdad. Cfr. también EHLICH, 1970: 18; APPLEMAN, 1965: 6.

<sup>88</sup> Cfr. HUNTER, 2007: 262 ss.

<sup>89</sup> Así *ibid.*: 271.

<sup>90</sup> Sobre las características de la narración del juez, véase DI DONATO, 2008: 183 ss. Sobre la estructura de esta narración, véase *infra*, capítulo V, apartado 3.

<sup>85</sup> Cfr. TARUFFO, 2007a: 53, también para ulteriores referencias bibliográficas.

<sup>86</sup> Cfr. WIGMORE, 1940: 32.

caso<sup>91</sup>. La función de esta narración es solamente la de afirmar que ciertos hechos han sido confirmados de forma «objetiva». 3) Por último, esa narración es *verdadera*, no sólo en el sentido de que expresa una pretensión de verdad, sino porque el juez afirma que es verdadera sobre la base de la confirmación que ofrecen las pruebas que han sido practicadas y valoradas. En el contexto del proceso, un enunciado de hecho se considera verdadero en la medida que haya sido confirmado por pruebas: «verdadero» es equivalente a «probado»<sup>92</sup>. Por consiguiente, la narración final construida por el juez es definitivamente verdadera, porque ha sido probada como verdadera.

Sin embargo, hay algunas diferencias relevantes si quien decide sobre los hechos es un jurado o es un juez (o un tribunal colegiado), como sucede por regla general en los sistemas de *civil law* y en el proceso civil en Inglaterra. Muchos de los discursos sobre *story-telling* han sido elaborados tomando como referente al jurado<sup>93</sup>, pero —paradójicamente— los jurados en realidad no narran historia alguna: un veredicto nunca está sustentado por una motivación o por algún texto oral o escrito que explique o que justifique la decisión que ha sido adoptada sobre los hechos del caso. Por tanto, a lo sumo podremos intentar adivinar qué historias sobre los hechos construyeron los jurados en sus mentes y discutieron en el secreto de la *jury room*, pero, en concreto, no podremos descubrir nada acerca de ellas. Sólo podremos trabajar con la imaginación, o poco más. Podremos contar con algún sustento directo o indirecto, pero no será posible leer o escuchar las narraciones de los miembros del jurado, ni sabremos nunca directamente cómo cada uno de ellos, o el jurado en su totalidad, elaboró una o más narraciones sobre los hechos del caso. En consecuencia, nunca podremos determinar si el jurado escogió una de las narraciones presentadas por las partes o si elaboró una reconstrucción autónoma y original de los hechos del caso.

La situación es completamente distinta en el caso de los jueces de *civil law*. Ellos tienen la obligación legal, frecuentemente reforzada por disposiciones constitucionales, de incluir en la sentencia una motivación, en la que se justifique la decisión sobre las cuestiones de derecho a través de argumentos jurídicos adecuados y en la que la decisión sobre los hechos se funde lógicamente sobre las pruebas incorporadas al juicio<sup>94</sup>. Existe, en consecuencia, una narración de los hechos del caso, tal como han sido determinados por el juez. Esta narración puede corresponder en todo o en parte a la narración presentada por una de las partes, en la medida que esa parte haya logrado probar

<sup>91</sup> Para un análisis más profundo de la posición de desapego del juez, en contraposición a la implicación de los abogados en el ámbito de las pruebas, cfr. TARUFFO, 1993: 267 ss.

<sup>92</sup> Cfr., en general, FERRER BELTRÁN, 2002: 61; COLOMA CORREA, 2006: 33; TARUFFO, 1992: 35, 50, 143.

<sup>93</sup> Sobre esta distinción, y sobre algunas de sus consecuencias, véase, más ampliamente, *infra*, capítulo IV, 6.

<sup>94</sup> Al respecto, véase *infra*, capítulo V, apartado 6.

«sus» hechos<sup>95</sup>. Pero cuando el juez considera que ninguna de las narraciones ofrecidas por las partes ha sido confirmada por pruebas adecuadas, puede articular una historia diferente, basada en una reconstrucción autónoma de los hechos del caso, y justificarla sobre la base de las pruebas que ha tomado en consideración. Si las pruebas disponibles no son suficientes de acuerdo al estándar que la ley exige para una determinación «positiva» de los hechos, el juez compondrá una narración «negativa», que diga que los hechos relevantes del caso no fueron determinados y que —en consecuencia— los enunciados relativos a esos hechos no pueden ser asumidos como verdaderos<sup>96</sup>. En todo caso, en esos sistemas existe efectivamente una narración de los hechos que es formulada por el juez. Este relato puede ser analizado, criticado y comparado con las otras historias que fueron narradas en el curso del proceso.

### 3. CONSTRUIR NARRACIONES

Una narración de hechos nunca es —y menos en un proceso— algo que se encuentre preparado y listo para llevar o que caiga del cielo sobre el escritorio de un abogado o de un juez. Por el contrario: las narraciones son *construidas* por sus autores, a menudo por medio de complejas y sofisticadas actividades creativas. Esta construcción no consiste sólo en una descripción pasiva, abstracta o neutral de los hechos: como se ha dicho, las narraciones *construyen los hechos* que son relatados<sup>97</sup>. En cierta forma, por tanto, la construcción de una narración por su autor es también la construcción de los hechos que el narrador relata<sup>98</sup>. En otras palabras: el autor construye *su versión* de los hechos. Al construir su narración, el autor «*da forma a la realidad*»<sup>99</sup>. Por estas razones, puede ser interesante considerar al menos algunos de los aspectos más importantes de la construcción de relatos, tomando prestados algunos conceptos generales de la teoría narrativa, pero intentando centrar la atención en la construcción de narraciones procesales. Desde esta perspectiva, es posible diferenciar algunos «tipos de construcción», aunque luego ellos se combinen y se entrelacen unos con otros en la composición de cualquier narración de hechos.

#### 3.1. Construcción a través de categorías

Como muestran AMSTERDAM y BRUNER, las categorías son omnipresentes e inevitables en el uso del pensamiento<sup>100</sup>, pues constituyen el principal instru-

<sup>95</sup> Sobre la tendencia del juez a tomar su decisión eligiendo una de las narraciones proporcionadas por las partes, cfr. DI DONATO, 2008: 202.

<sup>96</sup> Sobre los estándares de prueba, véase, más ampliamente, *infra*, capítulo V, apartado 4.

<sup>97</sup> Cfr. AMSTERDAM y BRUNER, 2002: 111.

<sup>98</sup> Al respecto, cfr., en particular, DI DONATO, 2008: 107 ss., 159 ss., 196 ss.

<sup>99</sup> Cfr. AMSTERDAM y BRUNER, 2002: 135.

<sup>100</sup> Cfr. *ibid.*: 19.

mento que utilizamos para interpretar y para organizar la realidad, asignando significados y ubicando los sucesos en un contexto específico<sup>101</sup> y construyendo, por tanto, narraciones. Las categorías son numerosas: cambian de acuerdo con el tiempo y con el espacio y nunca tienen una forma y un contenido fijos<sup>102</sup>; además, cada sujeto tiene sus propias categorías, que forman parte de su cultura individual<sup>103</sup>. Dado que la construcción de narraciones se basa en una actividad de *categorización*, la consecuencia obvia es que cuando se usan diferentes categorías o cuando una categoría se usa en diferentes versiones o con significados diferentes, resultan diferentes también las narraciones que se construyen. No hay necesidad de desarrollar aquí un análisis acabado del uso de categorías<sup>104</sup>; unos pocos ejemplos pueden ser suficientes para mostrar cómo las narraciones pueden variar cuando se utilizan diferentes categorías.

Así, considerando incluso la noción más común de *tiempo*, y sin abordar las complicaciones filosóficas que suscita el concepto de tiempo, ni considerar conceptos más complejos, como el de espacio-tiempo, parece claro que distintas categorizaciones temporales comportan diferencias significativas en la construcción de las narraciones. Una cosa es decir, por ejemplo, que el hecho H2 ocurrió un segundo o cinco minutos después del hecho H1, y otra completamente distinta es decir que H2 ocurrió seis meses, un año o diez años después de H1. Se trataría de narraciones completamente diferentes de los dos hechos. Análogamente, una cosa es decir que H1 y H2 ocurrieron en el mismo lugar, y otra cosa, completamente distinta, es decir que H2 ocurrió a un metro, a un kilómetro o a diez mil kilómetros de H1. La variación de las distancias lleva a narrar historias completamente diferentes.

Otro ejemplo interesante, que se da con frecuencia en el contexto procesal, es el de la *causalidad*. El concepto de causa es uno de los más utilizados, tanto en el derecho<sup>105</sup> como en todos los demás ámbitos de la experiencia, y ha sido, desde hace siglos, objeto de debates filosóficos y científicos, que obviamente no pueden ser abordados aquí. Desde la perspectiva de la construcción de narraciones, probablemente es más interesante considerar a la causalidad como un modelo mental<sup>106</sup>, o como un «modelo cognitivo idealizado»<sup>107</sup>, esto es, como un marco psicológico comúnmente utilizado con el fin de dar forma a la conexión entre sucesos. Con todo: si decimos que una acción realizada por A provocó un daño físico a B, estamos hablando en términos de causalidad directa y específica, porque estamos describiendo dos eventos particulares e

<sup>101</sup> Cfr. *ibid.*: 28.

<sup>102</sup> Cfr. *ibid.*: 37.

<sup>103</sup> Cfr. *ibid.*: 27.

<sup>104</sup> Para este análisis cfr. sobre todo AMSTERDAM y BRUNER, 2002: 19, así como los ejemplos que allí son ampliamente analizados (2002: 55).

<sup>105</sup> Cfr., p. ej., el estudio clásico de HART y HONORÉ, 1959, y, en particular, STELLA, 1975.

<sup>106</sup> Cfr. JOHNSON-LAIRD, 1999: 67.

<sup>107</sup> Cfr. WINTER, 2001: 88, 93, 105.

individuales, y estamos afirmando que uno de ellos es la causa efectiva, concreta e inmediata del otro<sup>108</sup>. Pero, en cambio, si decimos que el hecho H1 puede aumentar en cierta medida la probabilidad de sucesos del tipo H2 en una población determinada, nos referimos a la denominada causalidad general, que es un concepto completamente distinto de causalidad y que —a lo sumo— puede ser expresado en términos de la probabilidad de que ocurra H2 si ocurre H1<sup>109</sup>. Las dos narraciones son completamente diferentes: la primera está correctamente fundada en la categoría de causa, entendida como una conexión directa entre dos sucesos, mientras que la segunda debiera expresarse en términos de probabilidad estadística. Formular la segunda narración en términos de causalidad específica sería erróneo y engañoso, porque sugeriría la impresión de una conexión fuerte entre los hechos específicos, que en realidad no existe. También sería engañoso formular la primera narración en términos de probabilidad, porque sugeriría que existe sólo una conexión probable entre los dos sucesos, en lugar de una causalidad directa. Si, por otro lado, sucesos del tipo H1 y del tipo H2 han ocurrido en una población determinada, pero no se descubre ninguna particular relación entre ellos, eso significa que la conexión entre ellos no puede ser descrita ni en términos de probabilidad, ni —mucho menos— en términos de causalidad<sup>110</sup>: esa clase de descripciones distorsionaría el significado de los datos que provee la ciencia y, por tanto, sería falsa.

Si se combinan todas las variaciones posibles de conexiones temporales, espaciales, causales y no causales, se obtiene como claro resultado la existencia de un gran número de narraciones posibles para describir la ocurrencia conjunta de H1 y H2. Muchas de estas narraciones pueden ser más coherentes y plausibles que las otras; algunas de ellas pueden ser verdaderas y algunas otras pueden ser falsas. Pero, en todo caso, diferentes formas de utilizar las categorías no pueden sino producir diferentes narraciones.

### 3.2. Construcción lingüística, semántica y lógica

La calidad de una narración depende, obviamente, del correcto uso del lenguaje con el que se relate: una historia mal escrita, salpicada de errores de gramática y de sintaxis, puede incluso resultar imposible de entender. Igualmente obvio es el requisito de la corrección semántica: existen reglas elementales, que no requieren mayor análisis, que exigen usar las palabras en su

<sup>108</sup> Sobre el concepto de causalidad específica o individual, cfr. TARUFFO, 2006a: 107; STELLA, 1948: 339; GREEN, FREEDMAN y GORDIS, 2000: 381.

<sup>109</sup> Sobre el concepto de causalidad general, cfr. TARUFFO, 2006a: 107; STELLA, 1948: 291; GREEN, FREEDMAN y GORDIS, 2000: 374, 383.

<sup>110</sup> Sobre el concepto de mera conexión, cfr. KAYE y FREEDMAN, 2000: 91, 94; RUBINFELD, 2000: 183, 185; GREEN, FREEDMAN y GORDIS, 2000: 336.

significado propio y evitar cambiar el significado con que se utiliza un mismo término en el curso de la narración. Lo mismo se puede decir de las reglas de coherencia lógica, como las que prescriben al narrador evitar contradicciones, saltos en la argumentación y en la descripción de eventos conexos, y también el uso de inferencias no justificadas. Si pensamos en un texto de literatura experimental podemos admitir que algunas de estas reglas, o incluso todas, sean dejadas de lado, pero no ocurre lo mismo en el caso de un texto que pretende ser una narración descriptiva de un hecho o de un conjunto de hechos.

Hay, sin embargo, un aspecto de la construcción lingüística y semántica que requiere algunos comentarios adicionales. TWINING nota que las narraciones generalmente disuelven la distinción entre hecho y valor<sup>111</sup>. Esta cuestión es, sin embargo, especialmente importante en relación con la construcción de las narraciones procesales: de acuerdo con la Gran Distinción, cuyo origen se remonta a HUME, los enunciados que describen hechos debieran ser rigurosamente distinguidos de los juicios de valor y no pueden ser derivados unos de otros<sup>112</sup>. Esta distinción es ineludible, y no sólo por razones filosóficas, aunque pueda resultar difícil de aplicar en la práctica, tanto porque el derecho a menudo define los supuestos de hecho a través de términos valorativos<sup>113</sup>, como porque frecuentemente la gente común no comprende la diferencia entre hecho y valor. No obstante, es necesario tener siempre presente que los enunciados descriptivos son *apofánticos*, esto es, verdaderos o falsos, de modo que es posible probar su verdad o falsedad. En cambio, los enunciados que expresan juicios de valor son *no-apofánticos*: pueden ser compartidos y justificados, o criticados y rechazados, pero no es posible probar su verdad o falsedad. En términos jurídicos y procesales esto significa que sólo los enunciados que describen hechos, es decir, solo las partes fácticas de una narración, pueden ser objeto de prueba, mientras que los enunciados de valor, esto es, los aspectos valorativos de una narración, no pueden ser objeto de prueba. Por ejemplo: una cosa es afirmar que la velocidad de un vehículo era «excesiva», y una cosa distinta es afirmar que su velocidad «excedió el límite de 50 kilómetros por hora». Este segundo enunciado es «fáctico» y puede ser verificado objetivamente mediante un velocímetro, mientras que el primero expresa una valoración puramente subjetiva que puede incluso ser compartida por varias personas, pero que no puede ser objetivamente verificada. El segundo enunciado puede ser objeto de prueba; el primero es objeto de apreciación<sup>114</sup>.

En la medida que una narración pretende ser verdadera, merece ser tenida por verdadera o debe ser considerada como verdadera porque ha sido con-

<sup>111</sup> Cfr. TWINING, 1994: 312, 335.

<sup>112</sup> Entre la amplia literatura existente sobre la materia, cfr., en particular, CELANO, 1994.

<sup>113</sup> Sobre este problema véase, más ampliamente, TARUFFO, 1992: 105; 1985: 45. Cfr. también WROBLEWSKI, 1969: 108.

<sup>114</sup> Una velocidad de 30 kilómetros por hora puede ser considerada excesiva por alguien, bajo circunstancias especiales, incluso si el límite era de 50 kilómetros por hora.

firmada por pruebas suficientes, la diferencia entre enunciados descriptivos y enunciados valorativos se da claramente por supuesta. Esta diferencia es importante, en el contexto procesal, desde muchos puntos de vista: así, por ejemplo, normalmente un testigo ordinario (que no declara en calidad de experto) no puede expresar sus propias valoraciones personales sobre los hechos que está narrando. En términos más generales, la relevancia de los medios de prueba se determina sobre la base de su capacidad de proporcionar informaciones relativas a la verdad o falsedad de un enunciado, lo que implica que las pruebas deben referirse a hechos, no a valoraciones. En consecuencia, narrar una historia en términos valorativos en lugar de hacerlo en términos descriptivos significa narrar una historia diferente: una historia que no puede ser objeto de prueba.

### 3.3. Construcción social o institucional

Aun cuando no sea necesario compartir en toda su extensión el ataque que Ian HACKING ha dirigido contra la pretendida «construcción social» de cualquier cosa<sup>115</sup>, sí parece necesario reconocer que en numerosas situaciones, tanto en la vida cotidiana como en el ámbito del proceso, nos enfrentamos con hechos materiales. Un accidente de tráfico, una lesión o la muerte de una persona son hechos materiales «brutos», antes de constituir el fundamento jurídico de una demanda de indemnización de perjuicios, y antes de ser «construidos» de algún otro modo<sup>116</sup>. Sin embargo, en muchas ocasiones los hechos de la experiencia cotidiana, y particularmente los hechos involucrados en un proceso, son *institucionales o socialmente construidos*, aunque con frecuencia se basan en hechos «brutos» que preceden lógicamente a su calificación institucional<sup>117</sup>. Tomando el conocido ejemplo de SEARLE, un pedazo de papel impreso de color verde es un billete de 100 dólares no por su realidad empírica, sino por las convenciones sociales, jurídicas, institucionales y organizacionales en virtud de las cuales aquél «cuenta como» un billete de 100 dólares<sup>118</sup>. Consideraciones análogas se pueden hacer respecto de muchos hechos que son relevantes en un proceso: así, por ejemplo, la transferencia de los llamados productos financieros, o las transacciones electrónicas acordadas a través de Internet, son tipos de hechos que pueden tener relevancia jurídica —y que, por tanto, deben poder determinarse en juicio— pero cuya base empírica —si es que la tienen— es muy débil. En esas situaciones, describir y narrar un

<sup>115</sup> Cfr. HACKING, 1999.

<sup>116</sup> Para una discusión crítica de las teorías que afirman que los hechos no son sino construcciones sociales, cfr. *ibid.*: 23, 80.

<sup>117</sup> En general, sobre la distinción entre hechos «brutos» y hechos «institucionales», cfr. SEARLE, 1995: 36; MACCORMICK y WEINBERGER, 1986. Para una teoría general de los hechos institucionales, cfr. SEARLE, 1995: 130. Sobre la prioridad lógica de los hechos «brutos», cfr. *ibid.*: 67, 138.

<sup>118</sup> Cfr. SEARLE, 1995: 38, 41, 47, 93.

hecho necesariamente requiere determinar también sus dimensiones sociales e institucionales, aun cuando eso implique ir mucho más allá de su realidad empírica.

### 3.4. Construcción cultural

En un sentido muy general, la construcción de una narración siempre es *cultural* en sí misma: las categorías, el lenguaje y las construcciones sociales son parte de la cultura de cada narrador. Sin embargo, hay un sentido más específico en el que la construcción de una narración es cultural: esto sucede porque cualquier narración se sustenta en una cultura y es construida por medio de una cultura, entendida como conocimiento del mundo. De hecho, la coherencia de una narración se puede definir en términos de correspondencia de la historia relatada con los modelos narrativos que forman parte del *stock of knowledge* que representa los contenidos de esa cultura<sup>119</sup>. Como destaca TWNING, las narraciones hacen constante referencia al *stock of knowledge* que constituye el trasfondo cultural de cada narrador<sup>120</sup>. En cierto sentido, este *stock of knowledge* puede ser considerado como equivalente al sentido común o a la cultura general<sup>121</sup>, o bien a lo que Umberto Eco ha definido como Enciclopedia Media, aludiendo a todos los contenidos que pertenecen a una determinada cultura<sup>122</sup>. En todo caso, se trata de un «conjunto de cosas» extremadamente vago, indeterminado, variable e incierto. Es claramente imposible definirlo, básicamente por la vaguedad y variabilidad de su contenido; aunque algunos aspectos de los «conocimientos» incluidos en ese *stock* merecen algunos comentarios adicionales.

Ante todo, es necesario poner de relieve que dentro de ese cúmulo dispar de «conocimientos», hay muchas cosas que no son, en absoluto, conocimiento. Según TWNING, se trata de una suma de «*ill-defined agglomerations of belief*» que típicamente consisten en una «*complex soup of more or less well-grounded information, sophisticated models, anecdotal memories, impressions, stories, myths, proverbs, wishes, stereotypes, speculations and prejudices*»<sup>123</sup>. No se trata, por tanto, de un conjunto de proposiciones particulares, empíricamente verificadas y bien articuladas<sup>124</sup>.

Esa *soup* incluye algunos ingredientes que merecen una atención especial. En primer lugar: los *prejuicios*. El sentido común está lleno de prejuicios de

género, raciales, religiosos, étnicos e incluso profesionales, que constituyen —según SCHAUER— creencias infundadas respecto de las personas, basadas, normalmente, en generalizaciones estadísticamente febles<sup>125</sup>. Estos prejuicios pueden influir intensamente en la construcción de una narración y resultan particularmente peligrosos, por su efectividad para volver el relato especialmente coherente y creíble para quienes comparten los mismos prejuicios. De esta manera, aunque se distorsionen y manipulen sustancialmente los hechos, la narración puede resultar muy persuasiva para una audiencia similarmente *biased*<sup>126</sup>.

La *soup* está compuesta también por «tramas» (*scripts*). Éstas encarnan las expectativas y las prácticas que se consideran normales en una cultura, y expresan los comportamientos corrientes y esperados en la vida cotidiana<sup>127</sup>. Muchos aspectos de nuestro conocimiento general se organizan bajo la forma de tramas, que frecuentemente están ocultas en el interior de las narraciones y operan más bien tácita que explícitamente<sup>128</sup>. De este modo, las tramas expresan las ideas acerca de lo «normal» que existen en una determinada cultura y se usan para articular los hechos de acuerdo con patrones normales de sucesos o de comportamientos. Se trata, también en este caso, de un instrumento que facilita la manipulación de los hechos: la narración no los presenta tal como ocurrieron efectivamente, sino que los «normaliza», de forma que resulten más familiares para un público que comparte las mismas concepciones acerca de lo que es normal y anormal. Esto no implica solamente organizar los sucesos en una secuencia predeterminada; sino también interpretarlos según un modelo predeterminado, y —dado que la referencia a la normalidad es prescriptiva más que descriptiva<sup>129</sup>— transmitir de este modo una suerte de juicio moral: lo que se presenta como normal es bueno, y lo que se presenta como anormal es malo. Por consiguiente, no se trata de un recurso para informar al destinatario acerca de la verdad de algo, sino de un instrumento para condicionar las reacciones del destinatario<sup>130</sup>.

Otros ingredientes importantes de la *soup* son los *estereotipos* y los *perfiles*<sup>131</sup>. Según SCHAUER, estos se refieren usualmente a personas, como la «esposa fiel», el «marido infiel», «el policía corrupto», el «chófer negro»<sup>132</sup> y el «violador negro», el «traficante de drogas latinoamericano»<sup>133</sup>, el «terrorista

<sup>125</sup> Cfr. SCHAUER, 2003: 15.

<sup>126</sup> Cfr. MENASHE y SHAMASH, 2007: 11.

<sup>127</sup> Cfr. AMSTERDAM y BRUNER, 2002: 121; MENASHE y SHAMASH, 2007: 13.

<sup>128</sup> Cfr. AMSTERDAM y BRUNER, 2002: 121.

<sup>129</sup> Cfr., en particular, HACKING, 1990: 160 ss., 163.

<sup>130</sup> Cfr. DI DONATO, 2008: 174, quien destaca justamente la naturaleza retórica de este instrumento.

<sup>131</sup> Estos dos ingredientes pueden ser considerados conjuntamente porque constituyen dos aspectos de un mismo fenómeno: en realidad, la actividad llamada *profiling* puede generar tanto perfiles como estereotipos. Sobre estos temas, cfr., en particular, SCHAUER, 2003: 138, 155.

<sup>132</sup> Cfr. *ibid.*: 191.

<sup>133</sup> Cfr. *ibid.*: 167.

<sup>119</sup> Para esta definición, cfr. JACKSON, 1988: 59.

<sup>120</sup> Cfr. TWNING, 1994: 310, 335, 443.

<sup>121</sup> Sobre estas nociones, véase, más ampliamente, TARUFFO, 2002b: 121.

<sup>122</sup> Cfr. ECO, 2007: 77.

<sup>123</sup> Cfr. TWNING, 1994: 338.

<sup>124</sup> Cfr. *ibid.*

islámico»<sup>134</sup>, etcétera. Los estereotipos y los perfiles normalmente se basan en toscas generalizaciones y tienen, por tanto, numerosos defectos. Con todo, algunas veces se fundan en generalizaciones justificadas y, por consiguiente, pueden ser útiles —al menos en alguna medida— para orientar decisiones y juicios<sup>135</sup>. En este sentido, estos estereotipos o perfiles podrían ser correctamente utilizados en la construcción de narraciones. En muchos casos, sin embargo, y quizás en la mayoría de ellos —particularmente en los que se refieren a raza, género y orientación sexual—, los estereotipos se apoyan en generalizaciones estadísticas infundadas<sup>136</sup> y, por tanto, no tienen correspondencia con ninguna realidad concreta. En definitiva, no se pretende ofrecer con ellos un retrato prolijo de una persona específica, sino que se utilizan como medios para encasillar a personas o comportamientos específicos en «tipos» bien conocidos y reducir de esa forma su especificidad, con el fin de simplificar la comprensión y la descripción de la realidad. Recurrir a estereotipos equivale entonces a usar una especie de lecho de Procusto, estirando las piernas de las personas bajas y cortando las de las altas, a fin de hacerlas calzar con una estatura predeterminada<sup>137</sup>. Cuando esto sucede, quien relata los hechos incurre en una *falacia narrativa*, porque distorsiona los hechos para forzarlos a encajar en una estructura narrativa que resulta culturalmente familiar<sup>138</sup>. No es sorprendente, por eso, que incluso la propia palabra «estereotipo» tenga una connotación negativa<sup>139</sup>. En resumen, en la medida que una narración se base en estereotipos, difícilmente podrá ser considerada una descripción fiel de hechos reales: esa narración tenderá a transformarse más bien en una suerte de idealización en la que personajes típicos actúan de forma típica, como ocurre en la *commedia dell'arte*.

Quizás los ingredientes más importantes y más problemáticos de la *soup* son las *generalizaciones de sentido común*, o de *background*. Las generalizaciones son necesarias en cada paso del razonamiento sobre las pruebas y sobre los hechos, pues constituyen, en muchos casos, la premisa de las inferencias que conectan los datos probatorios con los hechos. Como dice David SCHUM, son el «pegamento» que liga el razonamiento probatorio<sup>140</sup>. El problema es que el estatus epistémico de estas generalizaciones es usualmente vago e indeterminado: en realidad, pueden ser racionales o irracionales, buenas o malas, según si poseen o no un fundamento cognoscitivo sólido<sup>141</sup>. Hay algunos —pocos— casos en los que se trata de vulgarizaciones de leyes científicas o de generalizaciones válidas que provienen de la ciencia: en esos casos

<sup>134</sup> Cfr. *ibid.*: 181.

<sup>135</sup> Cfr. *ibid.*: 76.

<sup>136</sup> Cfr. *ibid.*: 22, 138, 144, 151.

<sup>137</sup> Cfr. *ibid.*: 199.

<sup>138</sup> Cfr. MENASHE y SHAMASH, 2007: 17, 19, 20, 27.

<sup>139</sup> Cfr. SCHAUER, 2003: 17.

<sup>140</sup> Cfr. SCHUM, 1994: 82, 109.

<sup>141</sup> Sobre estas distinciones, cfr., p. ej., SCHAUER, 2003: 7, 132.

—suponiendo que la traducción de la ciencia al sentido común no alterara o distorsionara el conocimiento científico original— las generalizaciones son efectivamente generales<sup>142</sup> y pueden resultar altamente fiables. El caso típico, sin embargo, es el de las generalizaciones que no tienen en realidad carácter general<sup>143</sup>. Estas generalizaciones pueden tener una base estadística válida y resultar en buena medida fiables. En la mayor parte de los casos, sin embargo, las generalizaciones carecen de fundamentos estadísticos confiables y se basan únicamente en el sentido común. En otras palabras, se trata de generalizaciones *espurias*<sup>144</sup>, en tanto se fundan, como se ha dicho eficazmente, en «*fireside inductions*», esto es, en inducciones carentes de fundamento empírico, que se formulan en tertulias junto a la chimenea<sup>145</sup>. Son, por tanto, generalizaciones que no están justificadas, cuyo significado es vago, cuyo alcance general es dudoso y que pueden ser contradichas por otras generalizaciones de sentido común o por una serie de casos particulares<sup>146</sup>.

En algunas áreas de la cultura jurídica europea existe desde hace tiempo una tendencia a precisar la noción de generalizaciones de sentido común, haciendo referencia a la «experiencia» que debiera servirles de fundamento, con el objetivo de asignarles un estatus epistémico menos vago. Para eso se ha recurrido básicamente al concepto de «máxima de la experiencia», originalmente formulado por Friedrich STEIN en el contexto de una concepción silogística del juicio sobre los hechos<sup>147</sup>. Este concepto ha tenido amplia difusión en algunas áreas de la cultura procesal, en especial en Italia, en Alemania y en alguna medida en España, aunque a fin de cuentas resulta más engañosa que útil: transmite la impresión de que las máximas de la experiencia expresan generalizaciones universales, o al menos basadas en el *id quod plerumque accidi*, y que, por consiguiente, podrían fundar inferencias capaces de producir conclusiones deductivamente ciertas o al menos cercanas a la certeza. Sin embargo, esa impresión es falaz, pues en muchos casos las máximas de la experiencia no expresan una generalización que posea alguna base cognoscitiva, sino que representan más bien lugares comunes, prejuicios y estereotipos consolidados en alguna medida en el sentido común, pero ajenos a cualquier conocimiento efectivo<sup>148</sup>. La noción de máxima de la experiencia deriva entonces en una confusión entre generalidad y generalización, y tiende a atribuir un carácter general —y algunas veces universal— a meras generalizaciones que en la mayor parte de los casos carecen de fundamento.

<sup>142</sup> Cfr. *ibid.*: 7.

<sup>143</sup> Cfr. *ibid.*: 9.

<sup>144</sup> Sobre este concepto, cfr. *ibid.*: 11.

<sup>145</sup> Cfr. MCEWAN, 2007: 194.

<sup>146</sup> Cfr. TWINING, 1994: 335.

<sup>147</sup> Cfr. STEIN, 1893: 16 ss.

<sup>148</sup> Sobre el concepto de máxima de experiencia, véase, más ampliamente y para ulteriores referencias, TARUFFO, 2002b: 140; 2008: 189.

Por último, otro ingrediente importante y frecuentemente utilizado consiste en *cuantificaciones estadísticas o probabilísticas* no justificadas o no verificables. Cuando los datos estadísticos se usan correctamente y las probabilidades (bayesianas o no bayesianas) se calculan de forma apropiada, no se presentan especiales problemas y los hechos pueden ser determinados a través de inferencias válidas<sup>149</sup>. Las dificultades surgen cuando se habla, intentando quizás asumir un tono «científico», en términos de frecuencias y de probabilidades, atribuyendo valores numéricos y porcentajes a cualquier cosa, en situaciones en las que en realidad no se dispone de cuantificaciones numéricas o frecuencias estadísticas confiables. Es bien sabido, especialmente tras el análisis fundamental de NISBETT y ROSS<sup>150</sup>, que los seres humanos son normalmente incapaces de cuantificar correctamente sus experiencias: las probabilidades erróneas y las frecuencias estadísticas inventadas representan una de las fuentes más importantes y más frecuentes de falacias heurísticas en el discurso común. El mismo error se comete cuando una máxima de experiencia se expresa en términos estadísticos o probabilísticos<sup>151</sup> (recurriendo quizás a fórmulas vagas, como «la mayor parte de la gente hace esto y esto»), sin que exista ninguna base para esa cuantificación.

Por consiguiente, las generalizaciones de sentido común son necesarias, pero peligrosas<sup>152</sup>. Sin embargo, el grado de peligro que implican depende del tipo de narración de que se trate y de la forma en que se utilicen. Es posible que en una novela histórica se haga referencia a la experiencia (de sujetos que vivían en otra época) de la rotación del sol alrededor de la tierra, pero sería extraño referirse a la misma experiencia en una narración procesal actual. Los indicios de brujería pueden aparecer descritos en una novela medieval, pero sería insólito hablar de ellos en una narración procesal moderna (el adjetivo «moderna» es necesario porque por muchos siglos, y en Estados Unidos al menos hasta 1693 con el juicio a las brujas de Salem, las narraciones procesales estaban plagadas de brujas, esto es, de personajes creados por la cultura de aquellos tiempos)<sup>153</sup>.

En resumen, el *stock of knowledge* que representa la base ineludible para la construcción cultural de las narraciones presenta varios aspectos que invitan a la cautela y al cuidado extremo en la construcción y en la evaluación de los relatos. Esa cautela es necesaria tratándose de narraciones procesales, porque suponemos que deberían estar dirigidas a describir sucesos reales, pero evidentemente no se necesita ningún cuidado cuando se trata de relatos literarios.

<sup>149</sup> La utilización de pruebas estadísticas y de inferencias probabilísticas constituye un tema complejo que no puede ser discutido en esta sede. Cfr., por todos, FROSINI, 2002.

<sup>150</sup> Cfr. NISBETT y ROSS, 1980: 91, 123.

<sup>151</sup> Cfr., p. ej., KOCH y RÜSSMANN, 1982: 285, 308, 332.

<sup>152</sup> Cfr. TWING, 1994: 334. Que el recurso a generalizaciones en cualquier tipo de decisión, y en particular en las decisiones judiciales, es inevitable, es la tesis fundamental de SCHAUER, 2003.

<sup>153</sup> Cfr., p. ej., los casos rigurosamente analizados por HOFFER (1997) y por MERLO (2006).

El primero de esos aspectos deriva del hecho de que —como ya se ha dicho— gran parte del conocimiento incluido en el *stock* no es en realidad conocimiento en absoluto, a menos que estuviéramos dispuestos a considerar a los mitos, prejuicios y generalizaciones infundadas como conocimiento. Recurrir, para la construcción de narraciones, a cualquier elemento tomado del sentido común puede ser útil para construir una ficción plausible, pero no es un método fiable para construir narraciones procesales. La credibilidad de estas narraciones depende de su apoyo en conocimientos válidos. Naturalmente un relativista podría decir que un conocimiento es válido sólo dentro de un específico contexto cultural, pero se le podría responder que entonces el problema es el de escoger el contexto cultural apropiado. Si escogemos un contexto cultural en el que la brujería existe, quedaríamos fácilmente situados fuera de la cultura occidental moderna, lo que podría crear algún problema si volviéramos a quemar brujas sobre la base de decisiones judiciales.

Un segundo aspecto relevante es que el *stock* está muy lejos de ser un conjunto claro, ordenado y coherente de conocimientos. Ocurre precisamente lo contrario: en la *soup* existen infinitas cosas que se contradicen entre sí. Proverbios, mitos y demás no llegan nunca a formar una composición coherente: en el inmenso almacén del conocimiento popular, se puede encontrar todo lo que uno quiera. Esto significa que del mismo *stock* se pueden extraer muchos materiales distintos, útiles para construir un número indeterminado de historias diferentes e incluso contradictorias sobre los mismos hechos. Gran parte de la indeterminación del *stock* proviene, además, de sus frecuentes, profundas y, en ocasiones, rápidas variaciones en el tiempo. Probablemente pocas personas comparten hoy las creencias, que alguna vez fueron comunes, sobre la forma plana de la Tierra<sup>154</sup> o sobre la existencia y los hábitos de las brujas. Y el estereotipo del italiano que come sólo pasta y pizza mientras toca la mandolina está, por suerte, en retirada, al igual que el del chino de baja estatura que vende corbatas en las calles. Incluso estereotipos que fueron muy influyentes, como «Bush el Gran Comandante», están desapareciendo rápidamente del panorama político. Por otra parte, nuevos ingredientes de la *soup* han ido emergiendo: basta con pensar en Internet, la comida china y, más recientemente, el *sushi*, los celulares, el *new age*, la moda étnica y tantos otros<sup>155</sup>.

Otro aspecto que interesa notar es que pensar, incluso por un solo momento, en la existencia de un solo *stock* de conocimientos, constituye una abstracción. Desde siempre han existido distintos contextos culturales y cada cultura ha tenido y todavía tiene su propio *stock* de conocimientos. Aun cuan-

<sup>154</sup> Acerca de la variabilidad histórica de la Enciclopedia Media que comprende los contenidos de una cultura, cfr., p. ej., Eco, 2007: 78, que menciona este ejemplo.

<sup>155</sup> En general sobre estos fenómenos, cfr. FRIEDMAN, 1999.

do sea cierto que en la «sociedad horizontal» de la que habla FRIEDMAN operan fuerzas poderosas que crean estratos de una cultura global más bien uniforme, también es cierto que muchas sociedades actuales son multiétnicas y multiculturales. Diferentes culturas coexisten en el mismo lugar y en el mismo momento, y cada una de ellas posee sus propios valores, sus propias reglas, sus propios estereotipos, mitos y formas de conocimiento. En ciudades como Londres o Nueva York, así como en muchas ciudades europeas, ningún sociólogo serio sería capaz de identificar y describir un *stock* específico de conocimientos, ni podría distinguir una sola cultura. En realidad, para reflejar la inmensa riqueza y variedad de los conocimientos propios de una sociedad moderna, se debería hablar tal vez de un *stock* compuesto por varios *stocks* de conocimientos<sup>156</sup>.

Por último, existe otro aspecto que vale la pena destacar, a propósito de los riesgos que implica un uso incauto del *stock of knowledge*. Se trata de la existencia, en este *stock*, de esquemas narrativos —estereotipos, *scripts*, máximas de la experiencia, etcétera— que son «hegemónicos», es decir, que son generados e impuestos, en el ámbito del sentido común y de la opinión pública, por grupos de poder cultural, económico, político o religioso, que son, justamente, hegemónicos en un determinado contexto social<sup>157</sup>. Los esquemas narrativos hegemónicos producen el efecto de imponer como «normales» las situaciones, comportamientos y criterios de valoración que se asumen como positivos y dignos de aprobación por los grupos sociales que los comparten e imponen, y, por otro lado, el efecto de etiquetar como «anormales» y, por consiguiente, como objeto de valoración negativa, a todas las situaciones o los comportamientos que no se corresponden con esos esquemas. De esto se sigue que su aplicación está expuesta al riesgo de incurrir en una falacia narrativa, consistente en la adopción de criterios y modalidades de reconstrucción y de interpretación de los hechos que implican manipulaciones sustanciales de la realidad: el resultado de esa manipulación puede consistir en la exclusión de hechos relevantes, porque no se corresponden con los esquemas hegemónicos, o bien en la consideración de hechos inexistentes pero impuestos por la referencia a dichos esquemas, o también en una combinación de ambos efectos. Parece claro, por tanto, que los esquemas hegemónicos tienen un impacto que se traduce en una distorsión relevante de los hechos que son objeto de la narración.

<sup>156</sup> Para consideraciones análogas, cfr. TWINING, 1994: 444. Umberto ECO, refiriéndose en parte a PUTNAM, imagina una especie de Enciclopedia Maximal en la que las diversas Enciclopedias Especializadas realizan órbitas de diferente amplitud en torno a un núcleo central constituido por una Enciclopedia Media, en la que, sin embargo —en el centro del núcleo—, tendríamos que imaginar también «un bullir de Enciclopedias Individuales que representan de forma variada e imprevisible los conocimientos enciclopédicos de cada individuo» (cfr. ECO, 2007: 77). La imagen es sugestiva pero resulta tal vez muy simple, en la medida que debiera comprender la existencia no sólo de una Enciclopedia Media, sino de varias Enciclopedias Medias, cada una perteneciente a una cultura distinta.

<sup>157</sup> Sobre este aspecto del problema, cfr., en particular, MENASHE y SHAMASH, 2007: 1.

#### 4. LAS PARTES Y EL TODO

La conexión necesaria entre las partes (palabras, oraciones, párrafos) y el todo de un texto es un tema clásico en el ámbito de la hermenéutica. El paso dialéctico continuo de las partes al texto completo, y del texto completo a sus partes —el llamado círculo hermenéutico— representa la dinámica fundamental de cualquier interpretación, como había sido aclarado ya por SCHLEIERMACHER y luego fue analizado por GADAMER en el clásico *Wahrheit und Methode*<sup>158</sup>. Los principios generales de la hermenéutica pueden, obviamente, ser aplicados también a la interpretación de las narraciones jurídicas y, en particular, de las narraciones procesales. En consecuencia, el sentido de las partes individuales de una narración puede ser determinado sólo por referencia al texto completo del relato, y el sentido general de la narración puede ser interpretado sólo por referencia a todas sus partes. Usando nuevamente la metáfora del mosaico, se podría decir que el significado de las piezas individuales de vidrio está determinado por su posición en el diseño completo, pero también que el significado del mosaico como un todo está determinado por los colores y las posiciones de los fragmentos individuales.

Con algunas adaptaciones menores, lo que se dice sobre la interpretación de un texto se puede aplicar también a la redacción de un texto. Un escritor sabe que el significado de las partes individuales de lo que escribe depende de todo el texto, y que el sentido general del texto está determinado por sus partes<sup>159</sup>. Los mismos comentarios, más bien triviales, se pueden hacer respecto de las narraciones procesales: el sujeto que construye una narración de los hechos de un caso compone, con las diferentes partes de la historia, un texto en que las partes individuales (enunciados sobre acontecimientos, acciones y circunstancias específicas) adquieren un significado que está determinado también por el contexto de la narración en conjunto, la que a su vez constituye una combinación ordenada y coherente de enunciados específicos. Como se dijo antes, una narración se construye precisamente con el fin de dar sentido a un conjunto fragmentario de piezas discursivas.

La centralidad de la «historia completa» es el eje definitorio de la concepción *holista* de las narraciones procesales. Ésta ha sido propuesta, en oposición a las aproximaciones *analíticas* o *atomistas* en materia de prueba, principalmente en el área de la psicología social y con referencia específica a la forma en que se supone que los jurados adoptan sus decisiones sobre los hechos. Las investigaciones empíricas realizadas principalmente por BENNETT y

<sup>158</sup> Cfr. GADAMER, 1960: 188, 194, 296.

<sup>159</sup> En todo caso, la voluntad del autor, y su interpretación del texto, no son relevantes con respecto al significado del texto, que se determina solamente a través de la interpretación. El autor no es un intérprete privilegiado y su interpretación no es vinculante. Al respecto, cfr., por todos, *ibid.*: 196.

FELDMAN<sup>160</sup> y por PENNINGTON y HASTIE<sup>161</sup> parecen confirmar que los jurados no se abocan a un análisis detallado de los hechos y de las pruebas relativas a esos hechos, sino que típicamente recurren a «historias» con el propósito de organizar los elementos de prueba que han sido presentados en juicio<sup>162</sup>. Por consiguiente, los jurados forman su decisión sobre los hechos mediante una evaluación de la plausibilidad de las «historias globales» acerca de los mismos<sup>163</sup>, sin llevar a cabo ningún razonamiento analítico sobre circunstancias específicas o elementos individuales de prueba. En otras palabras, los jurados estadounidenses determinan la «verdad» de los hechos fundamentalmente a través de la construcción y la comparación de narraciones, más que mediante la evaluación crítica de las informaciones provistas por las pruebas<sup>164</sup>. Se ha sostenido, además, que esto no es sólo lo que de hecho sucede, sino que se trata también de un método adecuado y recomendable para tomar decisiones sobre los hechos<sup>165</sup>.

No vale la pena discutir aquí el valor descriptivo de la teoría holista, que puede ser concedido<sup>166</sup>: bien puede ocurrir que los jurados se comporten precisamente en la forma que la teoría holística afirma. Sin embargo, esto no significa que dicha teoría merezca ser tomada como un modelo prescriptivo para la adopción de las decisiones sobre los hechos, ni que pueda valer como una teoría general de la decisión judicial<sup>167</sup>.

Por una parte, como ya se ha dicho, las narraciones son medios necesarios e ineludibles para articular hechos fragmentarios y elementos individuales de prueba, en un contexto ordenado y plausible. En resumen: los relatos son necesarios para interpretar las informaciones disponibles y para reconstruir la realidad a la que se refieren. Entendida en este sentido «débil», la teoría holista es aceptable, pero no agrega nada relevante a las concepciones habituales de la decisión judicial: es obvio que el juzgador tiene que enlazar los hechos y la información aportada por los elementos de prueba en un conjunto en lo posible coherente de enunciados relativos a los hechos del caso<sup>168</sup>.

Sin embargo, los partidarios de la teoría holista la proponen como modelo en un sentido mucho más «fuerte», según el cual la decisión sobre los hechos *debiera* ser concebida y realizada solamente como una elección entre narraciones rivales tomadas «como un todo», es decir, dejando de lado cualquier

<sup>160</sup> Cfr. BENNETT y FELDMAN, 1981. Cfr. también JACKSON, 1988: 61.

<sup>161</sup> Cfr. PENNINGTON y HASTIE, 1991: 519; PENNINGTON, 1993; HASTIE, PENROD y PENNINGTON, 1983.

<sup>162</sup> Cfr. TWINING, 1994: 368; PARDO, 2000: 399.

<sup>163</sup> Cfr. TWINING, 1994: 334; MENASHE y SHAMASH, 2005: 5.

<sup>164</sup> Cfr. TWINING, 1994: 336.

<sup>165</sup> Cfr. ABU HAREIRA, 1986: 79.

<sup>166</sup> Para una evaluación crítica, cfr., en todo caso, JACKSON, 1988: 65, 71.

<sup>167</sup> Al respecto, para críticas articuladas, cfr., en especial, DAMAŠKA, 1990: 91; TARUFFO, 1992: 281.

<sup>168</sup> Al respecto, más ampliamente, cfr. TARUFFO, 1992: 282.

examen atomista o analítico de los hechos y cualquier valoración individual de los elementos de prueba<sup>169</sup>. En esta segunda versión, la teoría holista resulta manifiestamente cuestionable, sobre todo cuando resalta que las narraciones no son verificables con respecto a la realidad de las situaciones que describen,<sup>170</sup> porque los jurados deciden solamente sobre la base de su plausibilidad y no consideran su veracidad. Una aproximación crítica a esta segunda versión resulta incluso más justificada si se considera que una narración puede incluir hechos inventados o carentes de fundamento<sup>171</sup>, y más aún cuando se afirma que la función de las *stories* consiste en *llenar los vacíos* que dejan las pruebas incompletas o insuficientes acerca de los hechos relevantes<sup>172</sup>. Neil MACCORMICK sostiene algo similar cuando dice que la coherencia narrativa es útil para determinar la verdad o la probabilidad de un hecho cuando no es posible su comprobación probatoria directa<sup>173</sup>.

En definitiva, parece claro que, desde una perspectiva como ésta, las pruebas empíricas y el análisis lógico cumplen un papel secundario en el control de la integridad y la coherencia de la narración<sup>174</sup>, y el propio valor de las pruebas resulta difícil de determinar<sup>175</sup>. Los peligros del *story-telling* en el ámbito del proceso comprenden también otros aspectos negativos como, por ejemplo, la apelación a prejuicios y estereotipos ocultos y el uso de un lenguaje indebidamente emocional o de analogías dudosas<sup>176</sup>. Con todo, interesa destacar aquí los factores que pueden llevar a la construcción de narraciones que tengan poco o nada que ver con la realidad de los hechos del caso. Esta clase de narraciones puede estar basada en hechos irrelevantes<sup>177</sup> o en hechos que han sido inventados por el narrador sin ningún fundamento racional o probatorio, y puede ser usada para afirmar la existencia de hechos que no han sido probados, justamente porque la falta de pruebas produce un vacío en la secuencia de acontecimientos que es narrada. Colmar una laguna con el fin de construir una narración «completa» significa en realidad que hechos que no son verdaderos, pues no existe prueba alguna que demuestre su existencia, se presentan como si fueran verdaderos sólo porque se insertan coherentemente en la historia que es narrada. En síntesis, si un hecho que sería necesario para un desarrollo ordenado del relato «falta», porque no ha sido probado, entonces el narrador simplemente lo coge del *stock of knowledge* disponible y lo inserta en el lugar apropiado dentro del mosaico. En consecuencia, el mosaico del

<sup>169</sup> Acerca de esta versión de la teoría en cuestión, y para ulteriores referencias bibliográficas, cfr. TARUFFO, 1992: 28, 283.

<sup>170</sup> En este sentido, cfr. BENNETT y FELDMAN, 1981: 33; y en sentido crítico, cfr. TWINING, 1994: 308.

<sup>171</sup> Cfr. TWINING, 1994: 336.

<sup>172</sup> Cfr. *ibid.*: 308, 336.

<sup>173</sup> Cfr. MACCORMICK, 1984: 48. Cfr. también JACKSON, 1988: 18.

<sup>174</sup> Cfr. TWINING, 1994: 308.

<sup>175</sup> Cfr. MENASHE y SHAMASH, 2005: 26.

<sup>176</sup> Cfr. TWINING, 1994: 336, y análogamente MENASHE y SHAMASH, 2005: 5.

<sup>177</sup> Cfr. TWINING, 1994: 336.

relato parece coherente y completo, sin que importe cuántas «piezas» falsas hayan sido insertadas. Todo esto significa, en el fondo, que no se puede pretender que esas narraciones sean respetuosas con la verdad de los hechos. Su posible coherencia holista no agrega nada a su falta de veracidad.

No es posible discutir en esta sede si el argumento anterior justifica una defensa o una crítica del sistema de jurados. Sin embargo, al menos cabe dudar de que existan buenas razones para apoyar o para recomendar un sistema en el que quienes juzgan los hechos construyen narraciones que a priori no reflejan la realidad de los hechos del caso. La teoría holista tiene el mérito de iluminar estos aspectos de las narraciones, pero deja abierta la pregunta en torno a si la plausibilidad global de una narración puede o debe ser el único factor que determine su aceptación en el contexto de la decisión judicial.

## 5. BUENAS NARRACIONES Y NARRACIONES VERDADERAS

Susan HAACK ha destacado recientemente que un mismo acontecimiento puede ser objeto de muchas descripciones verdaderas<sup>178</sup>, y ya antes BORGES había constatado que «tan compleja es la realidad, tan fragmentaria y tan simplificada la historia, que un observador omnisciente podría redactar un número indefinido, y casi infinito, de biografías de un hombre»<sup>179</sup>. Se podría agregar que un mismo hecho puede ser también objeto de muchas —y tal vez más numerosas— descripciones falsas, así como de un mismo personaje pueden escribirse muchas —y más numerosas— biografías imaginarias. Se confirma así que un mismo conjunto de sucesos puede ser descrito de varias maneras, verdaderas y falsas. La observación de HAACK está formulada en términos epistemológicos generales, mientras la de BORGES se sitúa en un contexto literario, aunque ambas resultan válidas también en el contexto específico del proceso: como hemos visto antes, en el proceso existen diversos narradores y es posible asumir que narrarán historias diferentes sobre el mismo hecho, el mismo conjunto de hechos o el mismo sujeto. Pero esas observaciones implican que cuando hay varias descripciones diferentes del mismo acontecimiento o conjunto de acontecimientos —sin que importe cuántas sean—, siempre tiene sentido preguntarse cuáles de ellas son verdaderas, suponiendo, por cierto, que alguna lo sea. Si esto vale en el ámbito epistemológico general, no hay razones para negar que valga en el contexto del proceso, aunque en éste sea necesario asumir —como se ha señalado antes— un concepto específico de verdad, según el cual un enunciado que describe un hecho puede ser reconocido como verdadero si ha sido racionalmente confirmado por las pruebas presentadas en el proceso<sup>180</sup>.

<sup>178</sup> Cfr. HAACK, 1998: 157.

<sup>179</sup> Cfr. BORGES, 1952: 201.

<sup>180</sup> Cfr. FERRER BELTRÁN, 2002: 61.

Por otra parte, sin embargo, la teoría, tanto general como específicamente procesal, del *story-telling* no habla en cambio de narraciones verdaderas, sino sólo de *buenas* narraciones<sup>181</sup>. En general, la idea de una «buena» narración es oscura y ambigua, ya que una narración puede ser «buena» con respecto a diversos propósitos<sup>182</sup>. En todo caso, parece relativamente fácil determinar cuáles podrían ser los requisitos de una «buena» narración procesal: que sea plausible; que sea coherente con el *stock of knowledge* típico de la audiencia a la que se dirige, de modo que resulte «familiar» para ella; que sea narrativamente coherente<sup>183</sup> y —en consecuencia— que sea *persuasiva*<sup>184</sup>. Hay, con todo, una objeción decisiva contra esta teoría —así como contra cualquier teoría de la verdad que se base en la coherencia del texto—: narraciones coherentes y persuasivas pueden ser completamente falsas<sup>185</sup>. Para notarlo, basta con pensar en un testimonio, que puede ser narrativamente coherente, pero falso, o también en una sentencia, que puede estar justificada de forma coherente, pero que no se corresponde con las pruebas y, por tanto, con la realidad de los hechos. En ambos casos se trata de ejemplos claros de la distinción básica entre la coherencia o el carácter persuasivo de las narraciones y su veracidad.

Hay, por tanto, dos pares de distinciones que debemos tomar en cuenta: la distinción entre narraciones verdaderas y falsas y la distinción entre buenas y malas narraciones. Las dos parejas no son equivalentes; es posible, en cambio, combinarlas y obtener, de este modo, un conjunto de cuatro situaciones diferentes. Para analizar esas situaciones y con el fin de no complicar excesivamente el discurso, podemos estipular que una narración es verdadera cuando todos los enunciados relativos a los hechos son verdaderos, mientras que es falsa cuando al menos uno de los enunciados que la componen no ha sido probado y por tanto no se corresponde con la realidad de los acontecimientos descritos. «Falsa» significa, por consiguiente, total o parcialmente falsa.

a) *Primera situación*. Una narración puede ser *buenas y falsa*. La novela de Grisham, al igual que miles de otras novelas, constituye un ejemplo de esta clase de narración: es buena desde el punto de vista narrativo, pero —al pertenecer al dominio de la fantasía y la ficción— ni siquiera pretende ser verdadera. Por definición una novela —sobre todo si es considerada en forma

<sup>181</sup> Desde una perspectiva diferente, cfr. BURNS, 2005: 2, según el cual en el proceso es posible alcanzar una verdad que se sitúa *más allá* de las narraciones.

<sup>182</sup> Cfr. TWINING, 1994: 340, nota 37.

<sup>183</sup> El concepto de coherencia, tanto en el sentido de *consistency* como en el sentido de *coherence* (que no son equivalentes, aunque suelen ser utilizados como si lo fueran), ha sido discutido ampliamente en el ámbito de la teoría de la argumentación jurídica. Cfr. sobre todo MACCORMICK, 1984; LENOBLE, 1990: 138; NERHOT, 1990: 204. Para un amplio análisis del tema cfr. PINO, 1998: 84.

<sup>184</sup> Estos términos representan una síntesis aproximativa de los calificativos que suelen utilizarse para definir las características de una narración procesal eficaz. Cfr., en particular, TWINING, 1994: 283, 288, 308, 445.

<sup>185</sup> Cfr., en particular, PECZENIK, 1989: 161.

holística— es descriptivamente falsa, aun si, como ocurre en el caso de Grisham, incluye algunos o incluso muchos enunciados verdaderos.

b) *Segunda situación.* Una narración puede ser *mala y falsa*. Desafortunadamente, éste es el caso de muchas novelas mal escritas: pretenden narrar una historia, pero no cumplen con los requisitos de una buena narración. En todo caso, se trata de novelas que no pretenden ser verdaderas, aun cuando es posible que incluyan enunciados verdaderos.

c) *Tercera situación.* Una narración puede ser *buna y verdadera*. Es el caso, por ejemplo, de algunos relatos históricos, que están escritos de forma coherente, plausible y persuasiva, pero que a la vez son descriptivamente verdaderos, pues representan fielmente el acontecimiento o el conjunto de acontecimientos a los que se refieren. Éste también puede ser el caso de una narración procesal, si está bien construida desde el punto de vista narrativo y al mismo tiempo está fundada apropiadamente en las pruebas disponibles, correspondiendo, por tanto, a la realidad de los hechos en cuestión.

d) *Cuarta situación.* Una narración puede ser *mala y verdadera*<sup>186</sup>. Éste es el caso, por ejemplo, de un relato histórico mal escrito, porque no describe de forma completa una serie o cadena de sucesos, o porque se refiere a circunstancias incoherentes o inconexas, pero que es descriptivamente verdadero porque refleja la realidad de los hechos de los que se ocupa, en la medida que las aserciones respectivas han sido confirmadas por fuentes de prueba que han sido sometidas a un adecuado control. Éste puede ser también el caso de una narración procesal, en la que pueden faltar los requisitos de una buena narración, por ejemplo porque las pruebas disponibles no ofrecen base suficiente para una reconstrucción completa y coherente del curso de los acontecimientos relevantes, sino que sólo confirman algunas circunstancias aisladas. Esta mala narración puede, sin embargo, ser verdadera, en la medida que se funda en los elementos de prueba que se refieren a los hechos en cuestión.

La pertinencia y la función de estas cuatro clases de narraciones variarán dependiendo del tipo de contexto en que ellas sean construidas y utilizadas. Así, por ejemplo, las narraciones de los tipos a) y b) son pertinentes en el contexto de un concurso literario: si lo que está en juego es ganar el premio para la mejor novela policial del año, la falsedad de la narración es irrelevante, y la calidad narrativa de la novela será el único criterio decisivo de valoración. En este contexto, una narración del tipo c) puede ser pertinente, pero solamente porque está bien escrita desde el punto de vista narrativo, y no porque sea verdadera. En un concurso literario la veracidad de las narraciones carece por completo de importancia; incluso podría ser contraproducente, si la demostración de la verdad de la historia requiere, por ejemplo, demasiadas referencias a las pruebas que confirman que la narración es verdadera. En el mismo con-

<sup>186</sup> Desde una perspectiva diferente, cfr. COLOMA CORREA, 2006: 33, según el cual las narraciones buenas son las que se fundamentan en pruebas y que son, por tanto, verdaderas.

curso, las narraciones del tipo d) serían descartadas de inmediato: una historia mal contada es sin duda una mala narración y no podrá ganar ningún premio por el sólo hecho de ser verdadera.

La perspectiva cambia si se trata de evaluar la calidad de una reconstrucción histórica, porque en ese caso la veracidad de la narración se vuelve uno de los parámetros relevantes de valoración. Por consiguiente, las narraciones del tipo c) serían ciertamente las preferibles, pero también las narraciones del tipo d) podrían ser valoradas, aunque sean defectuosas desde el punto de vista literario, en la medida en que sean verdaderas.

Si se atiende al contexto del proceso, parece claro que las narraciones del tipo a) son importantes, especialmente para los abogados. Como ya se ha visto, un abogado no tiene la obligación de decir la verdad, y la historia que narra sólo está dirigida a ganar el caso. Por tanto, una buena narración puede ser útil, aunque sea descriptivamente falsa, si su propósito final es persuadir a un juez «holista», de quien no se espera que esté interesado determinar la verdad de los hechos, como ocurre en el caso de los jurados norteamericanos. Las narraciones del tipo a) también serán significativas para esa clase de juez, por la misma razón: para que un jurado considere persuasiva una historia y la acepte como una reconstrucción adecuada de los hechos del caso, es necesario que sea buena desde el punto de vista narrativo. Que la narración sea o no efectivamente verdadera a la luz de las pruebas, es algo que no importa: una buena narración, aunque falsa, bien puede ser objeto de un veredicto holista.

Si, por el contrario, suponemos que quien juzga los hechos está interesado en tomar una decisión ajustada a la realidad del caso y en basar sus determinaciones en una valoración racional de las pruebas incorporadas al juicio, entonces el tipo óptimo de narración es claramente la del tipo c). Un relato que corresponda descriptivamente a la realidad de los hechos según se desprende de las pruebas, y que también sea coherente, completo y plausible, es seguramente el mejor tipo de narración que pueda construir un juez. Pero, ¿qué es lo que ocurre en este escenario con las narraciones del tipo d)? *Prima facie*, se podría decir que para un abogado no son interesantes: aunque la narración sea verdadera, si es narrativamente defectuosa puede que no sirva para ganar el caso. Si se considera, en cambio, el punto de vista del juez, una narración de este tipo merece algunos comentarios adicionales.

Asumamos que los hechos relevantes en los que se funda la demanda se describen a través de enunciados como los siguientes:

- 1) En el tiempo T y en el lugar L, el sujeto A realizó la acción X.
- 2) La acción X afectó al sujeto B.
- 3) El sujeto B sufrió daños de tal y tal tipo.

Si las pruebas incorporadas al juicio han permitido establecer que los enunciados 1), 2) y 3) son verdaderos, pueden ser organizados en una na-

ración coherente, plausible y posiblemente completa de la secuencia de los hechos que ocurrieron. Tendremos, por consiguiente, una narración del tipo c): buena y verdadera. Pero si las pruebas no han confirmado suficientemente —por ejemplo el enunciado 2)—, entonces surge un problema. ¿Qué tipo de historia puede ser narrada en este caso? Un partidario de la concepción holista sugeriría que quien juzga los hechos llene el vacío dejado por la falta de prueba del enunciado 2), haciendo referencia a cualquier conocimiento de sentido común, según el cual en situaciones similares «normalmente» existe una conexión causal entre los hechos del tipo descrito en el enunciado 1) y los hechos descritos en el enunciado 3). En consecuencia, este juez podría construir una buena narración —coherente, plausible y completa— de los hechos. Sin embargo, esa narración será del tipo b) descrito más arriba: podría ser falsa con respecto al enunciado 2), pues en realidad nadie sabe si A efectivamente dañó a B, y por tanto una aserción en ese sentido no puede ser tomada como verdadera sobre la base de las pruebas disponibles. Una situación más clara aún podría ocurrir si se hubiera probado que la acción X no afectó a B. Incluso en esa situación el jurado holista podría narrar la misma historia, simplemente omitiendo considerar las pruebas que se contraponen con una buena, completa y «normal» narración de los hechos.

Un partidario de la aproximación analítica o atomista diría en cambio que si el enunciado 2) no ha sido probado, falta entonces una parte importante de la hipotética historia, porque no se puede establecer una relación causal entre los enunciados 1) y 3). En consecuencia, un juez «analítico» no podría construir una narración completa y consistente de la situación involucrada: sólo podría decir que, sobre la base de las pruebas disponibles, es verdad que A realizó la acción X y que B sufrió daños, pero que no existe una relación causal entre ambos eventos. Desde el punto de vista narrativo, se trataría de un mal relato: fragmentario, incoherente e incompleto. Sin embargo, la narración sería verdadera, porque reflejaría fielmente el resultado probatorio: se trataría, por consiguiente, de una narración del tipo d). La diferencia obvia entre las dos narraciones que pueden ser construidas en la misma situación reside en que mientras el jurado holista construiría una narración del tipo b) y concluiría que A es responsable por los daños sufridos por B, el juez analítico concluiría, sobre la base de una narración del tipo d), que A no es responsable por esos daños.

Este análisis esquemático de una de las situaciones que pueden ocurrir en un proceso muestra que las buenas narraciones pueden ser falsas y que las narraciones verdaderas pueden ser, sin embargo, malas narraciones. No es fácil establecer si, en la práctica, y en todos los sistemas procesales, las buenas narraciones desplazan a las narraciones verdaderas, de la misma manera que la mala moneda expulsa de la circulación a la buena, como dice TWINING<sup>187</sup>.

<sup>187</sup> Cfr. TWINING, 1994: 336.

Es probable que tiendan a preferirse las buenas narraciones, incluso si son falsas, más que las narraciones verdaderas, especialmente si son narrativamente defectuosas. Sin embargo, esta preferencia puede variar dependiendo del tipo de juez que resuelva sobre los hechos (jurado o juez profesional) y dependiendo del tipo de contexto en el que se inserta la narración. Un reportero puede preferir un buen relato sin preocuparse mucho acerca de su veracidad, mientras que un juez podría preferir un relato verdadero, aun si fuera narrativamente pobre. En todo caso, el problema que debe preocuparnos se refiere al tipo de narración que debe ser preferido como fundamento para una decisión judicial. Si compartimos la premisa de que existe una diferencia entre un proceso y un concurso literario, nos inclinaremos a creer que sólo las narraciones verdaderas pueden proporcionar una reconstrucción fiable de los hechos en cuestión. Las buenas narraciones que incluyan enunciados falsos y referencias a hechos que carecen de fundamento darán lugar probablemente a decisiones defectuosas, erróneas y no fiables. Es por eso que, aunque parezca radical, la afirmación de que el «*narrative thought, although necessary, is inherently flawed*»<sup>188</sup> es sustancialmente correcta, al menos cuando se refiere a las aproximaciones narrativistas más extremas al problema de la decisión judicial sobre los hechos.

<sup>188</sup> Cfr. MENASHE y SHAMASH, 2005: 14.

## CAPÍTULO III

### NOTAS ACERCA DE LA VERDAD EN EL PROCESO

#### 1. EL RETORNO DE LA VERDAD

En los años de lo que se ha definido eficazmente como «embriaguez posmoderna»<sup>1</sup> y como *deconstructionist vortex*<sup>2</sup>, el concepto de verdad, junto a muchos otros conceptos, como los de razón, historia y conocimiento, fue dejado de lado como un instrumento superado en el que ya no era posible confiar. Se dijo, por ejemplo, con LYOTARD, que la condición postmoderna se fundaba en el rechazo de las *Grand Narratives*, entre las cuales se incluía la Verdad (con mayúscula)<sup>3</sup>. La tesis que defendía la proscripción de la verdad en el discurso filosófico y en cualquier discurso, fue sostenida con máxima decisión por Richard RORRY, según quien hablar de verdad sería un sinsentido, dado que la verdad no sería otra cosa que aquello sobre lo que un grupo de razonables amigos dialogantes está de acuerdo. La idea de verdad, como ocurrió con muchas otras ideas, fue deconstruida hasta volverla inservible para cualquier uso: en el postmodernismo terminó por dominar una actitud cínica hacia la verdad, como hacia la objetividad y el conocimiento<sup>4</sup>. Susan HAACK —una de las voces más importantes de la epistemología contemporánea— define precisamente como *New Cynics* a la variopinta pandilla, que incluye a sociólogos radicales, feministas, multiculturalistas, teóricos radicales de la literatura,

<sup>1</sup> Para esta expresión, cfr. CUSUMANO, 2007: 220.

<sup>2</sup> Cfr. WILLIAMS, 2002: 3.

<sup>3</sup> Cfr. LYOTARD, 1979: 6. Sobre el pensamiento de LYOTARD al respecto, cfr., p. ej., LITOWITZ, 1997: 10, 13, 110; NORRIS, 1990: 7, 24; 2005: 86. Sobre la crisis de las *Grand Narratives*, cfr. también FELDMAN, 2000: 29.

<sup>4</sup> Cfr. LYNCH, 2004: XIV.

semiólogos y otros que han predicado la crisis de los grandes conceptos tradicionales, que han negado que cualquier *concern for truth* tenga sentido, y que han dado lugar a una *almost orthodoxy* que ha representado la moda cultural de los últimos decenios<sup>5</sup>. Al mismo tiempo, se afianzó también la tendencia a sostener la existencia de múltiples verdades, según los puntos de vista y los grupos sociales de pertenencia<sup>6</sup>, así como la noción de que es la aceptación por un número suficiente de personas lo que hace verdadera a una narración<sup>7</sup>.

Éste es, por supuesto, sólo uno entre otros muchos aspectos distintivos de una temporada cultural especialmente compleja, y más bien curiosa, que aquí no puede ser analizada como merecería. Sin embargo, vale la pena mencionar —naturalmente sin ninguna pretensión de exhaustividad— algunas, al menos, de las paradojas que la caracterizan, y que están conectadas de varias maneras con la «cuestión» de la verdad.

Se sostuvo, por ejemplo, que la ciencia y los conocimientos científicos debían ser dejados de lado para ser sustituidos por la sociología de la ciencia, como si las connotaciones sociales del científico fueran el único criterio para evaluar la validez de sus descubrimientos<sup>8</sup>. Por otro lado, los «constructivistas» radicales redujeron los resultados de las investigaciones científicas al rango de meras construcciones mentales de los científicos, negando de este modo que tales resultados pudieran tener cualquier conexión con los fenómenos empíricos a los que hacían referencia<sup>9</sup>. Por otra parte, remedos simplistas de la teoría kuhniana de las revoluciones científicas<sup>10</sup> terminaron por favorecer un escepticismo y un relativismo radicales<sup>11</sup>, en virtud de los cuales, dado que los paradigmas de la ciencia pueden cambiar, entonces cualquier paradigma vale lo mismo que otro y ninguno puede reclamar particulares pretensiones de verdad. La paradoja inherente a estas concepciones es evidente: cada uno tiene su propia verdad<sup>12</sup>, de manera que nadie comete errores<sup>13</sup> y cualquier construcción del mundo es verdadera para los que creen en ella. Por consiguiente, se podría decir que hubo un tiempo (que tal vez no ha terminado todavía) en que era verdadero que los negros eran fisiológicamente inferiores a los blancos<sup>14</sup>, y también hubo un tiempo (tal vez tampoco terminado del todo,

<sup>5</sup> Cfr. HAACK, 2007a: 20.

<sup>6</sup> Al respecto, cfr., p. ej., FELDMAN, 2000: 39.

<sup>7</sup> Cfr. FELDMAN, 2000: 159, con respecto a la teoría norteamericana del derecho.

<sup>8</sup> Cfr. WILLIAMS, 2002: 3. Para una amplia y demoledora crítica de esta línea de pensamiento, cfr. HAACK, 2007a: 180, que habla de *cynical sociology of science*.

<sup>9</sup> En el ámbito de las concepciones constructivistas, cfr., p. ej., ARBIB y HESSE, 1986; WATZLAWICK, 1988. Sobre las diversas tendencias constructivistas, cfr., en particular, los análisis críticos de HACKING, 1999: 44, 59, 63, 128, y de GOLDMAN, 1999: 10, 20, 251.

<sup>10</sup> Para un análisis crítico del pensamiento de KUHN al respecto, cfr. HAACK, 2007a: 42.

<sup>11</sup> Cfr. LYNCH, 2004: 35. Para un análisis reciente de las concepciones relativistas, cfr., además, MARCONI, 2007: 49, 57, 64.

<sup>12</sup> Cfr. LYNCH, 2004: 35.

<sup>13</sup> Cfr. *ibid.*: 38.

<sup>14</sup> Cfr. *ibid.*: 43.

o no para todos) en que era verdad que la tierra era plana y que el sol giraba alrededor de ella. Del mismo modo, se podría decir que dado que la teoría astronómica del cardenal Bellarmino estaba respaldada por un fuerte consenso —mejor dicho, por la autoridad de la Iglesia—, esta era verdadera al menos en la misma medida que la de Galileo, si es que no más, y lo siguió siendo hasta la reciente retractación de la Iglesia sobre el caso de Galileo<sup>15</sup>. De un modo similar, que revela también cuán difundida está todavía la idea de la relatividad cultural de la verdad, se ha dicho que «una sentencia actual, que resuelve sobre la determinación de los hechos sobre la base de pruebas rigurosamente científicas, no es de por sí más justa que la decisión pronunciada, en otros contextos culturales y sociales, sobre la base de la ordalía del fuego», y que «los hechos determinados como resultado de una ordalía, en las sociedades que la practicaban, eran indiscutiblemente verdaderos»<sup>16</sup>.

Las paradojas se presentaron en muchas áreas de la filosofía<sup>17</sup>, y no concernieron sólo a la ciencia<sup>18</sup>, aunque afectaron de modo particular al problema de la verdad. La dificultad de los matemáticos para determinar si sus cálculos eran «verdaderos» (es decir, si existían o no «entes» matemáticos descritos por los cálculos)<sup>19</sup>, en conjunto con los otros factores ya indicados, indujo a muchos a replegarse hacia una concepción radicalmente «contextualizada» de la verdad, según la cual la verdad de un enunciado podría determinarse solamente en función de su *coherencia* con los demás enunciados que constituyen el contexto en el que aquél se inserta<sup>20</sup>. De este modo era posible salvar algún significado para la idea de verdad, aunque se volvía definitiva la separación entre el conocimiento y el mundo. En efecto, cualquiera que fuera el sentido de la concepción coherentista de la verdad en el ámbito de la matemática y de las teorías científicas, ésta terminaba por privar de sentido a la hipótesis relativa a la existencia misma del mundo externo, proponiendo un *revival* de la concepción escéptica que se remonta al menos al genio maligno de DESCARTES<sup>21</sup>. Se negaba así la posibilidad de un conocimiento relativo a cual-

<sup>15</sup> Al respecto, cfr. MARCONI, 2007: 15.

<sup>16</sup> Cfr. CAVALLONE, 2008a: 950 y 973.

<sup>17</sup> Una paradoja interesante, entre muchas otras, se relaciona con el éxito del pensamiento de MARTÍN HEIDEGGER en la cultura filosófica italiana. Fue, en efecto, la cultura progresista la que impuso a HEIDEGGER como modelo, no sólo olvidando la explícita adhesión del filósofo al régimen nazi, sino sobre todo no teniendo en cuenta las implicaciones sustancialmente nazis de su filosofía (sobre las cuales, cfr. FAYE, 2006: 439 ss.; 2005). No por casualidad Gianni VATTIMO, quien fue uno de los mayores responsables de la difusión de la moda heideggeriana, ha sido incluido entre los «*heideggerian apostles of unreason*» (cfr. NORRIS, 1990: 164).

<sup>18</sup> Recientes exposiciones de los problemas concernientes a la verdad de las teorías científicas se pueden encontrar en CASTELLANI, 2005: 13; MASSIMI, 2005: 35; AGAZZI, 2007: 97; MARSONET, 2007: 145.

<sup>19</sup> Cfr. WILLIAMS, 2002: 137; MARCONI, 2007: 4.

<sup>20</sup> Sobre las teorías coherentistas de la verdad, cfr., p. ej., LYNCH, 2004: 54, 90, 246; AMORETTI y MARSONET, 2007: XV; NANNINI, 2007: 55; GOLDMAN, 1999: 45. Para una articulada crítica del coherentismo, cfr., p. ej., HAACK, 1993: 52.

<sup>21</sup> Cfr., al respecto, LYNCH, 2004: 21 ss.

quier suceso externo al sujeto, que pudiera ser en algún sentido verdadero: el *linguistic turn* implicó, así, una escisión neta entre el lenguaje y el mundo y el completo desplazamiento del problema de la verdad *hacia el interior* de la dimensión lingüística de la experiencia y del conocimiento. Al afirmar que el conocimiento, la realidad y la verdad son exclusivamente productos del lenguaje, se terminaba por negar de hecho la existencia de cualquier realidad independiente del lenguaje que pudiera determinar la verdad o la falsedad de cualquier pensamiento<sup>22</sup>.

A las filas tradicionales de los escépticos radicales, de los irracionistas y de los idealistas solipsistas se agregaron, entonces, los nuevos escépticos, los nuevos cínicos, los constructivistas, los relativistas, los partidarios del *linguistic turn*, los sociólogos de la ciencia, los críticos del método científico, y muchos otros pensadores fascinados por la idea de una completa desconexión de cualquier forma de conocimiento, científico y no científico, respecto de la realidad (hipotética) del mundo externo, así como por la idea de que es posible hablar a veces (no siempre) de «verdad», pero sólo bajo la condición de evitar cualquier referencia a ese mundo y de reconducir la verdad a la coherencia del discurso o al consenso entre los que dialogan<sup>23</sup>.

Así, pues, creció en forma desmedida el número de aquellos que Bernard WILLIAM llama *deniers* de la verdad<sup>24</sup>, que Alvin GOLDMAN define eficazmente como «*purveyors of anti-truth hostility*» —subrayando que se han vuelto legión y caracterizando su actitud con el término *veriphobia*<sup>25</sup>— y que, como ya hemos visto, Susan HAACK llama *New Cynics*.

Sin embargo, con el transcurrir del tiempo los efectos de la embriaguez comenzaron a atenuarse, aunque en algunas áreas de la cultura filosófica y de la cultura general no han desaparecido aún del todo. Naturalmente el fin de la embriaguez no implica simplemente el retorno al *statu quo ante* del pensamiento filosófico y metodológico. El postmodernismo no fue una enfermedad del pensamiento de la que se pudiera salir recuperando la salud de antes: se ha tratado de una extensa temporada que ha provocado la crisis irreversible de muchas ideas «ingenuas» que no merecen ser recuperadas. Si bien es cierto que no era necesario el estilo vacío y *flamboyant* de BAUDRILLARD para comprender la complejidad de la sociedad moderna, de la televisión y de la

<sup>22</sup> Se hace referencia a la conocida tesis de Jacques DERRIDA, seguida por muchos otros filósofos postmodernos, según la cual el texto es todo, y nada existe fuera del texto. Para un análisis crítico, cfr. GOLDMAN, 1999: 17 ss.

<sup>23</sup> Vale la pena leer la vivaz parodia que hace Muriel BARBERY (2006: 52) del filósofo de impronta lealista y husserliana que no es capaz de determinar si verdaderamente su gato existe (es transparente referencia al problema del *cat on the mat*, presente en las discusiones de varios filósofos en años recientes) y que finalmente concluye que no importa si el gato existe o no existe, dado que sólo existe *aprehensión* del gato.

<sup>24</sup> Cfr. WILLIAMS, 2002: 5.

<sup>25</sup> Cfr. GOLDMAN, 1999: 7, 9. Sobre el tema, cfr. también VASSALLO, 2007: 1; MARCONI, 2007: 89.

realidad virtual<sup>26</sup>, también es cierto que la problematización del lenguaje y de sus complicadas relaciones con la realidad, la importancia atribuida a la dimensión contextual de los fenómenos, y una razonable relativización de los conceptos, así como la desaparición de las Grandes Ideas con las iniciales en mayúsculas, son adquisiciones significativas (si bien no todas atribuibles, en realidad, al pensamiento postmoderno).

El paso desde la postmodernidad a una fase que se podría tal vez definir como post-postmoderna implica notables cambios de perspectiva con respecto al problema de la verdad.

Sean fundadas o no (y con toda probabilidad lo son) las acusaciones de deshonestidad intelectual que Susan HAACK ha dirigido a filósofos como STICH y RORTY<sup>27</sup>, subsiste el hecho de que la concepción de este último —para quien la verdad es tan sólo aquello sobre lo que estamos de acuerdo y, en todo caso, algo de lo que no vale la pena hablar— ha sido objeto de críticas destructivas por parte de varios filósofos y epistemólogos. Así, por ejemplo, GOLDMAN escribe que el pensamiento de RORTY es «*strikingly abortive*» y que se funda en un «*palpable error*» y en la ignorancia con respecto a las teorías más serias<sup>28</sup>, y WILLIAMS dice que RORTY proporciona «*striking examples*» de lo que define como «*running to empty*»<sup>29</sup>. El principal punto de ataque al que se han dirigido estas críticas es precisamente la desvaloración radical de la idea de verdad y de la posibilidad de formular descripciones verdaderas de sucesos que ocurren en el mundo externo<sup>30</sup>. Por esto, no es casualidad que GOLDMAN afirme que, justamente al negar la realidad del mundo externo, «*postmodernist seem to be old-fashioned idealist or solipsist*»<sup>31</sup>, y que subraye también que las concepciones constructivistas equivalen en realidad a una «*half-baked metaphysics*»<sup>32</sup>. También Susan HAACK desarrolla, por su parte, con mordaz ironía, una serie de argumentos críticos contra las tesis

<sup>26</sup> Se puede coincidir con NORRIS (2005: 164), cuando señala que «*we would do well to forget Baudrillard*». En efecto, el pensamiento del filósofo francés constituye «*an extreme oppositional stance toward every last truth-claim, every form or vestige of enlightened critical thought*» (2005: 165). Éste ha sido objeto de críticas devastadoras, como la que desarrolla el mismo NORRIS en la obra citada, donde concluye que «*any politics which goes along with the current postmodernist drift will end up by effectively endorsing and promoting the work of ideological mystification*» (2005: 191).

<sup>27</sup> Cfr. HAACK, 1998: 7, 14, 18, 23. Para una amplia crítica al *vulgar pragmatism* de Richard RORTY, definido también como un *unedifying prospect*, cfr. también HAACK, 1993: 182. Véase, además, HAACK, 2008b: 32.

<sup>28</sup> Cfr. GOLDMAN, 1999: 11.

<sup>29</sup> Cfr. WILLIAMS, 2002: 59.

<sup>30</sup> Cfr., en particular, HAACK, 1998: 18, 48; quien formula críticas durísimas a RORTY en el plano epistemológico y afirma, por ejemplo, que «*Rorty's radical claims about truth, representation, etc., are radically false*», y que, en el desastre general provocado por el pensamiento de RORTY, «*Rorty's que dilettantism, leaving room only for "conversation", fake reasoning, can do justice neither to science nor to literature*» (1998: 65). Para otras críticas al pensamiento de RORTY, cfr. también LYNCH, 2004: 93; DELL'UTRI, 2007: 38.

<sup>31</sup> Cfr. GOLDMAN, 1999: 19.

<sup>32</sup> GOLDMAN, 1999: 17.

de los *New Cynics*, poniendo de relieve la inconsistencia teórica de muchas de sus afirmaciones<sup>33</sup>.

Naturalmente, nadie habla de verdades o de certezas absolutas, que son «privilegio del fanático»<sup>34</sup>, y que, de hecho, se encuentran sólo en algunas metafísicas y en algunas religiones integristas. Nadie piensa tampoco en correspondencias automáticas entre el pensamiento y el mundo o entre el lenguaje y el mundo, que serían típicas de un realismo ingenuo insostenible o de un fisicalismo radical desde hace tiempo superado. Se perfilan en cambio formas de realismo crítico —o, como lo llama Susan HAACK, de *innocent realism*<sup>35</sup>— que, aunque con variantes, convergen en puntos de gran relevancia<sup>36</sup>.

El primer punto en que convergen —aparentemente trivial, pero en realidad muy significativo desde el punto de vista ontológico— es que tiene sentido asumir que el mundo externo existe<sup>37</sup>. Como por otra parte observa SEARLE, el *external realism* no es una teoría que se pueda compartir: se trata más bien de un presupuesto necesario de la propia posibilidad de sostener opiniones o teorías acerca de la realidad<sup>38</sup>. De esta manera se dejan de lado todas las aproximaciones de tipo escéptico, subjetivista e irracionalista, así como también la posición de aquellos que aún creen en el geniecillo maligno de DECARTES y suponen que no pueden escapar del clásico dilema del «¿sueño o estoy despierto?»<sup>39</sup>, o bien tienen sueños como el de Chuang Tzu<sup>40</sup>.

Un segundo punto de convergencia consiste en la articulación de una idea *alética* de la verdad, conforme a la cual cualquier enunciado relativo a acontecimientos del mundo real es verdadero o es falso en función de la existencia de esos acontecimientos en el mundo real. En síntesis, es la realidad la que determina la verdad o la falsedad de las narraciones que la describen<sup>41</sup>. No es relevante que tal verdad o falsedad pueda ser establecida en el contexto de los conocimientos disponibles en un momento o en un ambiente social dado<sup>42</sup>. El

<sup>33</sup> Cfr. HAACK, 2007a: 20, 99, 115, 180, 217.

<sup>34</sup> Cfr. LYNCH, 2004: 34.

<sup>35</sup> Cfr. HAACK, 1998: 156; 2007a: VI y 124.

<sup>36</sup> Con respecto al realismo crítico, cfr., p. ej., NORRIS, 2005: 42, 58, 67, 166; GOLDMAN, 1999: 48.

<sup>37</sup> Cfr., en particular, MARCONI, 2007: 3.

<sup>38</sup> Cfr. SEARLE, 1999: 32.

<sup>39</sup> Al respecto, es oportuno recordar el argumento de WILLIAMS, 2002: 131, que dice aproximadamente lo siguiente: si cuando estoy soñando no sé si estoy soñando, cuando estoy despierto no puedo decir si estoy despierto; análogamente, dado que si estoy muerto no puedo decir que estoy muerto, entonces tampoco puedo decir que estoy vivo.

<sup>40</sup> Chuang Tzu soñó que era una mariposa y cuando se despertó no sabía si era un hombre que había soñado que era una mariposa o una mariposa que estaba soñando que era un hombre. Para un análisis del sueño de Chuang Tzu, cfr. BORGES, 1952: 281.

<sup>41</sup> Cfr. MARCONI, 2007: 3, 57; LYNCH, 2004: 4; SEARLE, 1999: 5, 12; GOLDMAN, 1999: 60; 1986: 17; NORRIS, 2005: 6, 56, 61; HAACK, 2004: 45; 2007a: 25, 140; 2008b: 30; PARRINI, 2005: 63; DELL'UTRI, 2007: 29; GONZÁLES LAGIER, 2005: 97.

<sup>42</sup> Cfr. LYNCH, 2004: 6; MARCONI, 2007: 4.

punto básico es que cualquier enunciado fáctico es en sí mismo verdadero o falso, en función de la existencia o inexistencia del suceso que describe. Ello implica adoptar, aunque en una forma no «ingenua» y críticamente madura, una concepción *correspondentista* de la verdad, según la cual la realidad externa existe y constituye el baremo de medida, el criterio de referencia, que determina la verdad o la falsedad de los enunciados que se ocupan de ella<sup>43</sup>.

Otro punto de concordancia concierne a la posibilidad de que esta verdad «objetiva» sea objeto de un conocimiento fiable. Esto vale sobre todo para lo que WILLIAMS define como *plain truths*, es decir, como verdades que parecen evidentes en la vida cotidiana, incluida la de los propios postmodernistas<sup>44</sup>, pero vale también en el ámbito filosófico general, en el sentido de postular que la verdad es cognoscible y que constituye un valor en sí.

No es casualidad, por eso, que en los últimos años filósofos como WILLIAMS y LYNCH, y como Diego MARCONI en Italia, y epistemólogos como HAACK, GOLDMAN y NORRIS hayan dedicado ensayos y libros importantes a la verdad y a la racionalidad de los métodos para conseguirla. Precisamente en la primera página de su libro WILLIAMS habla de la «*demand for truthfulness*», de la «*devotion to truthfulness*» y del «*desire for truthfulness*» como actitudes que son «*prominent in modern thought and culture*»<sup>45</sup>, y LYNCH dedica su libro a demostrar «*why truth matters*»<sup>46</sup>. Por otro lado, no faltan, en la literatura filosófica y epistemológica reciente, análisis convincentes que explican las modalidades de un conocimiento fiable de la realidad, colmando el *gap* que caracterizaría la relación entre mente, lenguaje y realidad externa<sup>47</sup>.

Sin embargo, es necesario subrayar que la opción realista a la que se ha hecho referencia no representa una condición necesaria para que se pueda volver a hablar sensatamente de la verdad, escapando de la espiral solipsística típica del escepticismo pre y post moderno. En efecto, incluso sin compartir tesis ontológicamente realistas es posible suponer la existencia de una verdad racionalmente cognoscible y demostrable. Es lo que plantea la concepción *epistémica* de la verdad, que tiene su origen en DEWEY, pero que ha sido repropuesta recientemente por Michael DUMMETT, y según la cual la verdad de un enunciado corresponde a su *warranted assertability*, es decir, a la existencia

<sup>43</sup> Sobre la recuperación de las concepciones correspondentistas de la verdad, cfr. la argumentación de NORRIS, 2005: 8 y 61; GOLDMAN, 1999: 42, 59, 66. Sobre la necesaria adopción de una concepción correspondentista en el ámbito del proceso, véase, entre lo más reciente, FERRER BELTRÁN, 2007: 19.

<sup>44</sup> Cfr. WILLIAMS, 2002: 9, 45; MARCONI, 2007: 141. También los postmodernistas, al fin y al cabo, están interesados en determinar la verdad sobre la hora de salida de su vuelo, sobre las infidelidades de sus respectivos cónyuges, sobre la fecha del Concilio de Viena, sobre la velocidad de la luz, y sobre muchas otras circunstancias, banales y no banales, del contexto *real* en que viven.

<sup>45</sup> Cfr. WILLIAMS, 2002: 1.

<sup>46</sup> Éste es, de hecho, el subtítulo de la versión original del libro de Michael LYNCH, que no aparece en su traducción al italiano.

<sup>47</sup> Cfr., p. ej., SEARLE, 1999: 12, 39, 67, 135; 2004: 107, 132, 193; HAACK, 1993: 73, 95, 118.

de justificaciones válidas para considerar que un enunciado es verdadero<sup>48</sup>. El concepto de verdad como justificación ha sido ampliamente discutido, sobre todo desde el punto de vista de las implicaciones antirrealistas de algunas de sus versiones<sup>49</sup>. Con todo, dejando de lado los aspectos relativos a la dimensión ontológica y epistemológica del problema, que no es posible analizar aquí de forma más profunda<sup>50</sup>, es necesario reconocer que la discusión sobre la concepción epistemológica de la verdad también contribuye a situar a la verdad en el centro de la atención, entre otras razones porque, al menos en una de sus versiones, el concepto de justificación presupone la verdad del enunciado que se trata de justificar<sup>51</sup>.

Todo esto demuestra algo más bien obvio que, sin embargo, vale la pena subrayar. Parece claro, en efecto, que no obstante las dificultades teóricas y la variedad de teorías, la verdad —por decirlo con las palabras de LYNCH— es objetiva, es buena, es un objeto digno de investigación y es digna de ser cultivada por sí misma<sup>52</sup>. Con todo, habiéndose terminado hace tiempo la época de las Verdades con la «V» mayúscula, es necesario reconocer la relatividad cultural de la idea de verdad en al menos dos sentidos. Por una parte, ha habido y puede haber todavía culturas en las que el concepto de verdad no existe o no cumple ningún rol. En esas culturas numerosos problemas, incluidos los relativos a la decisión de las controversias judiciales, se resolvían interpretando, por ejemplo, el vuelo de los pájaros<sup>53</sup>, recurriendo a la intervención divina a través de las ordalías<sup>54</sup>, o bien envenenando a un pollito para después observar su comportamiento<sup>55</sup>. Por otra parte, es posible que en diversos contextos culturales y también en ámbitos cognoscitivos diversos, se haga referencia a conceptos diferentes de verdad, o bien a distintos métodos para determinarla: la verdad o su descubrimiento podrían estar, por tanto, *theory-laden*<sup>56</sup> y *context-laden*<sup>57</sup>.

En todo caso, este carácter doblemente relativo o contextual de la idea de verdad no resuelve el problema, sino que más bien lo reabre en términos más maduros y articulados que en el pasado. Por una parte, la existencia de cultu-

<sup>48</sup> Sobre esta concepción de la verdad, cfr., en particular, GOLDMAN, 1999: 44; NORRIS, 2005: 25, 107, 124.

<sup>49</sup> Cfr. las páginas de GOLDMAN y NORRIS citadas en la nota precedente y, además, LYNCH, 2004: 87, 89, 105; MARCONI, 2007: 8.

<sup>50</sup> Para críticas de orientación «realista» a la concepción epistémica de la verdad como justificación, cfr., p. ej., NORRIS, 2005: 25, 61, 101, 107; GOLDMAN, 1999: 44.

<sup>51</sup> Cfr. MARCONI, 2007: 13, 19. Sobre la concepción de la verdad de un enunciado en función de los elementos de juicio que lo justifican véase, entre lo más reciente, FERRER BELTRÁN, 2007: 20.

<sup>52</sup> Cfr. LYNCH, 2004: 18.

<sup>53</sup> Cfr. WILLIAMS, 2002: 131.

<sup>54</sup> Al respecto, cfr. capítulo I, apartado 2.

<sup>55</sup> La referencia es a la práctica de la tribu de los azande, analizada por CHASE, 2005: 15.

<sup>56</sup> Sobre la *theory-ladenness* de las observaciones científicas, cfr., en sentido crítico, GOLDMAN, 1999: 238.

<sup>57</sup> Sobre la influencia del contexto, cfr., en especial, LYNCH, 2004: 50; MINOW y SPELMAN, 1990: 1597.

ras que no poseen ningún concepto de verdad, o que no comparten el concepto de verdad acogido por otras culturas, no excluye, ciertamente, la existencia de culturas que asumen una versión aceptable de ese concepto y que le atribuyen un valor relevante. En otras palabras, es cierto que quien interpretaba el vuelo de los pájaros, o celebraba ordalías, o envenenaba a los pollitos<sup>58</sup>, suponía tal vez que a través de estas prácticas descubría la verdad<sup>59</sup>, de modo que no se puede decir que la idea de verdad estuviera completamente ausente en esos contextos culturales. Con todo, al menos cabe decir que se trataba de ideas de verdad algo peculiares y que, en todo caso, esos métodos para el descubrimiento de la verdad resultan inadecuados si se sitúan en un contexto histórico-cultural distinto. WILLIAMS distingue, precisamente, los métodos de investigación que son *truth-acquiring* de aquellos que no lo son<sup>60</sup>, y posiblemente no sea casualidad que ya nadie interprete el vuelo de los pájaros para prever el resultado de las batallas, ni que el fin de las ordalías haya coincidido con una creciente conciencia de su ineficacia con respecto al objetivo de descubrir la verdad<sup>61</sup>. En cuanto al envenenamiento de pollitos, puede ser exóticamente interesante ocuparse del ritual con el que los azande establecían (o establecen) la inocencia o la culpabilidad de los adúlteros, pero nadie propondría adoptar el mismo método en las causas de divorcio en Italia o en los Estados Unidos. Es posible también que los antiguos arúspices y los jueces medievales, así como el cardenal Bellarmino, los azande y muchos otros que mantenían creencias que desde la perspectiva de otra cultura —o de la cultura actual— parecen curiosas, tuvieran alguna buena razón para pensar que de ese modo lograban obtener conclusiones verdaderas. Sin embargo, si bien las justificaciones son «hijas del tiempo», esto no implica que lo sea también la verdad<sup>62</sup>. De esto se sigue que la opinión del cardenal Bellarmino era, en todo caso, falsa, con independencia de las justificaciones que él, en su cultura, haya podido esgrimir para sostener que las tesis de Galileo no eran fiables. Esa opinión era, en todo caso, falsa, con independencia del consenso que sobre ella pudiera existir: vale, en efecto, la regla fundamental según la cual «ninguna mayoría, ni siquiera la unanimidad de los consensos o de los disensos, puede hacer verdadero lo que es falso o hacer falso lo que es verdadero»<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> CHASE (2005: 49, n. 2) relata que entre los azande esta práctica estaba documentada hasta 1982, pero no se sabe si todavía se encuentra en uso ni con qué difusión.

<sup>59</sup> Por lo que parece, los azande están convencidos de que el envenenamiento de un pollito constituye un buen método para descubrir la verdad: cfr. CHASE, 2005: 15. Tal vez no resulta relevante, al ser demasiado racionalista, la observación de que si el pollito es efectivamente envenenado, entonces necesariamente morirá, de modo que la culpabilidad del adúltero es determinada a priori, en el momento en que el sacerdote prepara el veneno. De forma análoga, si el pollito no muere, se podría presumir que el sacerdote no lo envenenó verdaderamente, predeterminando de este modo un resultado favorable a la inocencia del supuesto adúltero.

<sup>60</sup> Cfr., en particular, WILLIAMS, 2002: 127.

<sup>61</sup> Al respecto, cfr. *supra*, capítulo I, apartado 2.

<sup>62</sup> Cfr. MARCONI, 2007: 15 y 151.

<sup>63</sup> Cfr. FERRAJOLI, 2007: 215.

Por otra parte, no parece justificado un relativismo nihilista a propósito del concepto de verdad<sup>64</sup>, al estar determinada la verdad de un enunciado —como ya se ha dicho— por la realidad de los acontecimientos que ese enunciado describe. Si no fuera así, esto es, si se aceptaran las tesis relativistas, se llegaría a la conclusión paradójica de que existirían infinitos conceptos de verdad, todos sustancialmente equivalentes, de modo que cada uno podría elegir el suyo. En una situación de este tipo, cualquiera podría sostener que algo es verdad a propósito de cualquier cosa. Esto lleva a observar que no es la verdad en sí misma la que está ligada al contexto, sino las metodologías y las técnicas que se utilizan para intentar determinarla. De este modo, además, la cuestión de su carácter contextual puede ser considerada desde otra perspectiva, sea en el sentido de reconocer que en diversos contextos se adoptan métodos diferentes, con la consecuencia de que serán con toda probabilidad diferentes también los resultados a los que estos métodos llevarán, sea en el sentido —ya indicado— de que hay métodos adecuados para el descubrimiento de la verdad y métodos que no son adecuados para ese fin.

Tras estas observaciones, parece evidente que no es posible abordar aquí el insoluble problema consistente en definir qué es la verdad<sup>65</sup>. Con todo, de acuerdo con la teoría filosófica y epistemológica ampliamente prevaleciente, cabe asumir como válido el clásico criterio propuesto por TARSKI, según el cual el enunciado «la nieve es blanca» es verdadero si y sólo si la nieve es blanca<sup>66</sup>.

## 2. ALGUNAS DISTINCIONES

Antes de encaminar el análisis hacia la función que la verdad desarrolla en el ámbito del proceso, parece oportuno aclarar sintéticamente algunos problemas terminológicos —o, más precisamente, de carácter conceptual— que surgen sobre todo por la forma en que se habla de la verdad en el lenguaje común y también en el lenguaje procesal corriente. No se trata, evidentemente, de proponer una definición general de la verdad, pues —como se ha dicho poco antes— ésta es indefinible, sino de identificar algunos malentendidos que a menudo oscurecen o complican el discurso sobre la verdad en el proceso. A estos efectos, es oportuno dejar de lado algunas distinciones habituales en el lenguaje común que resultan, sin embargo, inútiles o carentes de fundamento, y echar mano, en cambio, de otras distinciones, tal vez menos frecuentes, pero

<sup>64</sup> En este sentido, cfr., en particular, LYNCH, 2004: 50; MARCONI, 2007: 57, 81, 113. Para un reciente análisis crítico del escepticismo filosófico y epistemológico, cfr. también STEIN, 2005: 56.

<sup>65</sup> Es sabido que la verdad es indefinible: cfr. WILLIAMS, 2002: 63; AMORETTI y MARSONET, 2007: XVIII; DELL'UTRI, 2007: 42.

<sup>66</sup> Acerca del criterio de TARSKI la literatura es amplísima. Cfr., p. ej., WILLIAMS, 2002: 63; GOLDMAN, 1999: 65; MARCONI, 2007: 6; PARRINI, 2005: 64; NANNINI, 2007: 59.

útiles para lograr un mínimo de claridad en los discursos con que los juristas se ocupan de la verdad.

### 2.1. Distinciones inútiles

De algunas distinciones inútiles nos podemos librar rápidamente. La principal de ellas es la que contrapone verdades absolutas y verdades relativas. Siendo evidente que la Verdad con mayúscula, es decir, la verdad absoluta, no pertenece al mundo de las cosas humanas, es del mismo modo evidente que no pertenece al mundo de la justicia y del proceso<sup>67</sup>. Esta constatación puede desilusionar al absolutista, haciéndolo precipitarse en el escepticismo<sup>68</sup>, pero parece difícilmente controvertible. Por otra parte, sostener que en las cosas humanas y, por tanto, en el proceso, nos enfrentamos sólo con verdades relativas, con inicial en minúscula, no significa en ningún caso menospreciar la función de la verdad, ni tampoco adoptar una concepción subjetivista o relativista de ella. A este respecto cabe remitir a lo que ya se ha observado precedentemente<sup>69</sup> y sólo insistir aquí en que la verdad es en todo caso *objetiva*. Puede ser considerada relativa, pero no en el sentido de que resulte dependiente de las opciones individuales de los sujetos que se ocupan de ella, pues de este modo se caería en un relativismo radical inaceptable, sino más bien en el sentido de que el *conocimiento* de la verdad es relativo al contexto en que aquél sea realizado, al método con el que se desarrolle la investigación y a la cantidad y la calidad de las informaciones de que se disponga y sobre las cuales se funde el conocimiento. En otras palabras: la verdad de un enunciado está determinada unívocamente por la realidad del evento que representa y, por tanto, es «absoluta» en el sentido de que no admite graduación<sup>70</sup>. Un enunciado es verdadero o no es verdadero: no puede ser «más o menos» verdadero. Lo que puede variar según las circunstancias es el grado de confirmación<sup>71</sup> que se puede atribuir a un enunciado sobre la base de los conocimientos disponibles: podrá existir, por tanto, una mayor o menor aproximación a la verdad, de acuerdo al contexto y según las circunstancias<sup>72</sup>.

Es, por consiguiente, el conocimiento de la verdad el que puede calificarse como relativo, en la medida que se basa en las razones que hacen probable que una creencia sea verdadera. El conocimiento es relativo, entonces, a los argumentos que justifican el convencimiento de la verdad de un

<sup>67</sup> Es contra esta pretendida Verdad que ZAGREBELSKI reivindica el valor esencial de la ética de la duda: cfr. ZAGREBELSKI, 2008: VII.

<sup>68</sup> Sobre el absolutista, o perfeccionista, desilusionado, cfr. TARUFFO, 1992: 10, 153; FERRER BELTRAN, 2007: 27.

<sup>69</sup> Véase *supra*, apartado 1.

<sup>70</sup> Cfr. AGAZZI, 2007: 104; DELL'UTRI, 2007: 33.

<sup>71</sup> Al respecto, véase más ampliamente *infra*, capítulo V, apartado 3.1.

<sup>72</sup> Cfr. GOLDMAN, 1986: 147.

enunciado<sup>73</sup>. A pesar de ser relativo, el conocimiento de la verdad es también objetivo, porque la justificación del convencimiento verídico no se basa en las preferencias o en las idiosincrasias de sujetos particulares, sino en la aptitud de ese convencimiento para ser expresado en proposiciones que representen el mundo tal como es<sup>74</sup>. Naturalmente los argumentos que se utilizan para justificar un convencimiento pueden ser válidos o inválidos, pero sólo se puede hablar de conocimiento de la verdad cuando el conocimiento se funda en justificaciones válidas: si un convencimiento es injustificado, es improbable que pueda alcanzar la verdad; el convencimiento justificado es el que puede llevar a descubrir la verdad<sup>75</sup>.

En el contexto del proceso es apropiado hablar de verdad relativa y objetiva. La verdad de la determinación de los hechos es relativa —en el sentido de que es relativo su conocimiento— porque se funda en las pruebas que justifican la decisión del juez y que constituyen la base cognoscitiva en la que encuentra justificación el convencimiento de que un cierto enunciado corresponde a la realidad de los hechos del caso<sup>76</sup>. Esa misma verdad es objetiva, en la medida que no es el fruto de las preferencias subjetivas e individuales del juez, o de otros sujetos, sino que se funda en razones objetivas que justifican el convencimiento del juez y que se derivan de los datos cognoscitivos que resultan de las pruebas<sup>77</sup>.

Otra distinción carente de fundamento que puede ser rápidamente desechada, aunque represente un lugar común bastante difundido, es la que se establece entre la verdad *formal o procesal*, que se determina en el contexto del proceso, y la verdad *real*, cuya determinación tendría lugar solamente fuera del proceso. Hay quien llega incluso a decir que en el proceso se consigue sólo una «fijación formal» de los hechos de la causa, que no tendría nada que ver con la verdad<sup>78</sup>. La justificación de esta distinción radicaría en la existencia, en el proceso, de normas sobre las pruebas, que condicionarían de varias formas la determinación de los hechos, y también de reglas que ponen fin a la búsqueda de la verdad, como las que regulan la cosa juzgada. Fuera del proceso, en cambio, la búsqueda de la verdad «verdadera» podría desarrollarse de manera libre e ilimitada<sup>79</sup>.

<sup>73</sup> Cfr. LYNCH, 2004: 62, 97; MARCONI, 2007: 8. En forma análoga, aunque en términos más analíticos, véase *infra*, capítulo V, apartados 3.1 y 3.2.

<sup>74</sup> Cfr. LYNCH, 2004: 99.

<sup>75</sup> Sobre las relaciones entre conocimiento, verdad y justificación, cfr., en especial, VASSALLO, 2007: 3; MARCONI, 2007: 8, 11; LYNCH, 2004: 29, 89, 97, 105, 240.

<sup>76</sup> Cfr., por todos, FERRER BELTRÁN, 2007: 20.

<sup>77</sup> Sobre la estructura del razonamiento del juez, y sobre la respectiva justificación, véase *infra*, capítulo V, apartados 3 y 6.

<sup>78</sup> Al respecto, cfr., en particular, CARNELUTTI, 1915: 29, 56, 61. Por otra parte, la distinción entre verdad formal y verdad material había sido ya puesta en discusión por la doctrina menos reciente: cfr., p. ej., FURNO, 1940: 18.

<sup>79</sup> Para una reseña crítica de estas opiniones, cfr., en particular, FERRER BELTRÁN, 2002: 41, 63. Cfr. también TARUFFO, 1992: 4, 24.

Esta forma de argumentar es, sin embargo, falaz. Por un lado, cabe observar de modo general que no existen varias especies de verdad según si nos encontramos dentro o fuera del proceso: como se ha dicho ya varias veces, la verdad de los enunciados sobre los hechos del caso depende de la realidad de estos hechos, y ello ocurre tanto en el proceso como fuera de aquél. La distinción entre verdad «procesal» y verdad «real» carece, entonces, de fundamento<sup>80</sup>. Si, por otro lado, alguien pensara que fuera del proceso se establecen verdades absolutas que en el proceso no resultarían cognoscibles, vale al respecto lo que se ha dicho poco antes. En cuanto a las reglas que se refieren a la admisión, a la práctica, y algunas veces también a la valoración de las pruebas, pueden limitar o condicionar la búsqueda de la verdad de varias formas<sup>81</sup>, pero esto no implica que determinen el descubrimiento de una verdad *diferente* de la que se podría descubrir fuera del proceso<sup>82</sup>. Estas producen sólo un déficit en la determinación de la verdad que tiene lugar en el proceso, al impedir, por ejemplo, la adquisición de pruebas relevantes o la determinación de hechos cuyo conocimiento es importante para la decisión<sup>83</sup>. Pero este déficit no implica que exista una verdad *procesal*: sólo implica que en un proceso en que rigen normas que limitan la posibilidad de utilizar todas las pruebas relevantes se determina sólo una verdad limitada e incompleta, o —en los casos más graves— no se determina ninguna verdad. El problema no se refiere entonces a la verdad, sino a los límites dentro de los cuales la regulación del proceso permite que sea determinada.

En cuanto a las reglas que prevén los efectos de la cosa juzgada, no se puede decir que impidan la determinación de la verdad o que provoquen la existencia de una verdad ontológicamente diferente de la que se puede determinar fuera del proceso<sup>84</sup>. Por una parte, nada excluye que la cosa juzgada se produzca respecto de una decisión que ha determinado la verdad de los hechos; esto es, en efecto, precisamente lo que debiera ocurrir en la normalidad de los casos. Si la verdad ha sido descubierta, es claro que la cosa juzgada no impone ningún límite a su búsqueda. Por otra parte, se debe recordar que los efectos de la cosa juzgada no se refieren a la determinación de los hechos: en el caso del Código de Procedimiento Civil italiano, la «determinación» [*accertamento*] a la que se refiere el art. 2.909, al definir el objeto de la cosa juzgada, no corresponde a la reconstrucción de los hechos del caso, sino a la decisión sobre la existencia de la situación jurídica deducida en juicio<sup>85</sup>. Por tanto, la cosa juzgada no impide que se vuelva a discutir sobre los mismos hechos en otra

<sup>80</sup> Cfr., en particular, FERRER BELTRÁN, 2002: 71 ss.; TARUFFO, 1992: 3, 24, 158.

<sup>81</sup> Al respecto, véase, más ampliamente, *infra*, capítulo IV, apartado 2.2.

<sup>82</sup> Cfr. FERRER BELTRÁN, 2002: 45.

<sup>83</sup> Al respecto, véase, más ampliamente, *infra*, capítulo IV, apartado 2.2.

<sup>84</sup> En este sentido, cfr. FERRER BELTRÁN, 2002: 64.

<sup>85</sup> Al respecto, véase, por todos, y además para numerosas referencias bibliográficas, VOLPINO, 2007: 121, 205, 287 ss. En sentido análogo, cfr. FERRER BELTRÁN, 2002: 65.

sede, ni que pueda existir respecto de ellos una decisión diferente<sup>86</sup>. No faltan, además, en los diversos ordenamientos, reglas que permiten disolver el efecto de cosa juzgada cuando surge la necesidad de adecuar la determinación de los hechos a la verdad, como ocurre en las hipótesis de revocación extraordinaria previstas por el art. 395 núms. 2 y 3 del Código de Procedimiento Civil italiano. Finalmente, dado que respecto de todos los hechos sobre los que ha recaído una sentencia con fuerza de cosa juzgada, o respecto de algunos de ellos, se puede volver a decidir indefinidamente<sup>87</sup>, cabe plantearse entonces la posibilidad de volver aún más flexibles las restricciones derivadas de la cosa juzgada, ampliando las posibilidades de reapertura de la determinación de los hechos a las hipótesis, cada vez más frecuentes —como ocurrió en el caso del examen de ADN—, de invención de nuevas técnicas de análisis científico, que no existían en el momento en el que los hechos del caso fueron determinados, pero que permitirían, por su alto grado de fiabilidad, verificar si esa determinación es o no es verdadera<sup>88</sup>.

## 2.2. Verdad y certeza

Una distinción muy útil, aunque infrecuente en el discurso común, es la que se puede trazar entre *verdad* y *certeza*. Es usual que se diga que «se tiene certeza acerca de la verdad» de una afirmación, o que se afirme que una afirmación es verdadera porque alguien tiene certeza de ella, pero esta clase de discursos se funda en un equívoco bastante evidente. Tal como se ha reiterado aquí en varias ocasiones, la verdad es objetiva y depende de la realidad de los hechos de los que se habla. La certeza, en cambio, es un estado subjetivo, referido a la psicología de quien habla, y corresponde a un grado elevado (o muy elevado, cuando se habla de «certezas absolutas») de intensidad del convencimiento del sujeto<sup>89</sup>. Entre las dos nociones no existe correspondencia ni implicación. Por un lado, una afirmación es verdadera con independencia de la certeza o del convencimiento de alguien: la Tierra tenía forma esférica aun cuando nadie tuviera certeza de que ello fuera así, y aun cuando muchos tuvieran incluso certeza de que fuera plana. Por otro lado, un sujeto puede tener certeza acerca de una afirmación verdadera, pero la verdad de esta afirmación no deriva de la certeza subjetiva de ese sujeto, sino más bien de la correspondencia de la afirmación con la realidad a la que se refiere. Sobre todo, sin embargo, se puede tener certeza —incluso certeza absoluta— de afirmaciones falsas: por usar una vez más el mismo ejemplo, el cardenal Bellarmino tenía

<sup>86</sup> Cfr. *ibid.*: 66.

<sup>87</sup> Cfr. *ibid.*: 64.

<sup>88</sup> Se plantea, al respecto, la exigencia de «relativizar» la cosa juzgada a fin de permitir una nueva determinación de los hechos: cfr. ARRUDA ALVIM WAMBIER y GARCIA MEDINA, 2003: 188.

<sup>89</sup> Sobre la idea de certeza como convencimiento subjetivo, cfr., también para otras referencias bibliográficas, CUELLO IRIARTE, 1974: 86.

absoluta certeza de que el Sol giraba en torno a la Tierra, pero la profundidad de su convencimiento no hacía verdadera la teoría de la que estaba convencido.

Dado que la certeza corresponde al grado en que un sujeto está persuadido de la veracidad de un enunciado, es posible trazar entonces varias distinciones de acuerdo con el grado de certeza, que puede ser diferente según los casos, y según la *justificación* que se pueda aducir en apoyo de la propia certeza. En primer lugar, se puede tener más o menos certeza sobre algo: es posible imaginar incluso una escala continua de grados de certeza que vaya desde la incertidumbre total (= falta de certeza) a la certeza absoluta (= falta de incertidumbre). Dentro de esta escala se ubicarían los infinitos grados de certeza que un sujeto puede tener sobre el contenido de un enunciado<sup>90</sup>. Más relevante es, sin embargo, la perspectiva de las razones que un sujeto puede aducir cuando se le pida explicar y justificar la certeza que tiene respecto de algo. Si alguien afirma tener certeza de X porque X le ha sido dicho por una adivina que goza de su confianza, o porque cree en la infalible eficacia heurística de la lectura de los posos del café, se justificará probablemente una actitud de escepticismo con respecto al fundamento de sus certezas. Si, en cambio, un científico dice tener certeza acerca de los resultados de un experimento porque ha ejecutado un procedimiento epistemológicamente correcto, o un historiador dice tener certeza de que Napoleón murió el 5 de mayo de 1821 no porque lo haya dicho la oda homónima de Manzini, sino porque dispone de documentos que lo demuestran, será posible concordar acerca de la existencia de justificaciones válidas para tales certezas. En todo caso, es posible observar que la fiabilidad de la certeza de un sujeto sobre el contenido de una afirmación depende de la seriedad de las justificaciones que sea capaz de aducir. Si las justificaciones son del tipo «tengo certeza porque estoy profundamente convencido», es decir, si consisten en no-justificaciones, entonces se trata de argumentos que tienen la misma fuerza demostrativa que la lectura de los posos del café.

No valdría la pena insistir sobre aspectos como éstos, en definitiva bastante triviales, si no se encontraran a menudo, en los discursos de los juristas, opiniones en las que verdad y certeza se confunden, e incluso la certeza ocupa el lugar de la verdad<sup>91</sup>. Cuando se afirma, por ejemplo, que la condena de un acusado se justifica cuando el juez tiene la *certeza absoluta* de su culpabilidad<sup>92</sup> o se dice —como ocurre comúnmente— que el juez debe alcanzar la *certeza moral* sobre la existencia de los hechos de la causa, se incurre en un doble error: por un lado, se abandona la noción de verdad y se excluye la necesidad de que la decisión se funde en una determinación verdadera de los

<sup>90</sup> Al respecto, véase, más ampliamente, *infra*, capítulo V, apartado 4.

<sup>91</sup> Al respecto, véase, en especial, la crítica de FERRER BELTRÁN, 2002: 90.

<sup>92</sup> Cfr., p. ej., PAGLIARO, 2005: 1042; otros ejemplos se encuentran en FERRER BELTRÁN, 2002: 90.

hechos; por otro lado, se admite la idea de que el fundamento de la decisión consista en el grado de persuasión subjetiva que el juez debe conseguir. La posibilidad de que tal persuasión sea errónea no es ni siquiera considerada, como si por definición un grado adecuado de certeza subjetiva equivaliera a la verdad o pudiera tomar su lugar. Es evidente que el recurso a adjetivos como «absoluta» o «moral» no evita el error en cuestión: el uso de estos adjetivos sugiere, a lo sumo, que se espera que el juez consiga un grado elevado de certeza, o bien que él debe estar «moralmente» convencido de aquello que piensa (subsistiendo, obviamente, la incertidumbre respecto de qué sea una certeza «moral»).

Con todo, no se trata sólo de impropiedades lingüísticas, sobre las cuales no valdría la pena detenerse extensamente. El problema es mucho más serio y deriva del hecho de que difundidas teorías relativas a la decisión judicial sobre los hechos se fundan en nociones genéricas —y, en todo caso, teñidas de subjetivismo— de certeza. Es sobre todo el caso de la concepción según la cual el juez debe valorar las pruebas y, por consiguiente, formar su decisión acerca de los hechos, extrayendo certezas de su *intime conviction*, esto es, de una especie de persuasión interior —inescrutable y no susceptible de racionalización y, por tanto, no analizable ni controlable— respecto del hecho que se trata de determinar. Un *quid inefable* situado en algún lugar entre las profundidades interiores del alma del juez, que debiera, sin embargo, producir certezas morales, posiblemente absolutas, en las que fundar la decisión<sup>93</sup>. Es manifiesto que, de este modo, la decisión sobre los hechos se presenta como una especie de intuición interior, de movimiento del espíritu, de operación íntegramente subjetiva, por no decir solipsista. Naturalmente, decir que tal certeza debe ser «profunda», «elevada» o «absoluta» no significa agregar nada: a lo sumo se trata de recomendaciones dirigidas al juez, en el sentido de que no debiera formar sus propias certezas de modo apresurado y superficial, sino que debiera realizar, en cambio, una introspección seria y profunda, excavando en los pliegues más recónditos de su alma. Que el juez evite decidir de forma superficial es lo mínimo que se puede pedir; con todo, la exigencia de que la introspección sea seria nada dice sobre la posibilidad de que conduzca a un convencimiento verdadero acerca de los hechos del caso. La intensidad y la profundidad del convencimiento no garantizan de ningún modo la verdad de su objeto. Muchas personas están intensamente persuadidas de muchas cosas respecto de ellas mismas, de los otros, de la edad del mundo, de la existencia del diablo y de mundos ultraterrenos, pero es claro que la fuerza de su persuasión no vuelve verdadero aquello en lo que creen. La profundidad de un convencimiento errático no transforma el error en verdad. Estas consideraciones valen de manera general y, en particular, valen para el juez y para su convencimiento sobre los

<sup>93</sup> Sobre las concepciones irracionalistas del convencimiento del juez, véanse, más ampliamente, TARUFFO, 1992: 370; FERRER BELTRÁN, 2002: 95. Véase además *infra*, capítulo IV, apartado 4.

hechos: él puede estar profundamente persuadido, *in interiore homine*, de la existencia o inexistencia de un hecho, pero esa persuasión, sin importar cuán profunda sea, no lo conducirá por sí sola a la verdad. Lo cierto es, en cambio, que si el juez se apoyara únicamente en su convencimiento interior, terminaría por formular una decisión completamente arbitraria<sup>94</sup>.

### 2.3. Verdad y verosimilitud

Otra distinción que es útil considerar, y que con frecuencia no se toma en cuenta, es la que se puede trazar entre un enunciado *verdadero* y un enunciado *verosímil*. El concepto de verosimilitud ha sido objeto de sofisticados análisis lógicos<sup>95</sup>, pero aquí es suficiente utilizar una definición estipulativa muy simple, según la cual se considera verosímil lo que corresponde con la normalidad de un cierto tipo de conductas o de acontecimientos<sup>96</sup>. En síntesis, es verosímil lo que corresponde al *id quod plerumque accidit*: si habitualmente un cierto evento ocurre con ciertas modalidades en un cierto día de la semana, es verosímil que el mismo evento ocurra en el futuro o que haya ocurrido en el pasado en ese mismo día de la semana. Si normalmente recibo a los estudiantes los miércoles por la mañana a las diez, es verosímil que lo haya hecho también el miércoles pasado y que lo haga también el próximo miércoles a la misma hora.

Esta definición de lo verosímil tiene varias implicaciones, dos de las cuales serán abordadas aquí. La primera implicación es que para considerar verosímil un enunciado relativo a un cierto evento, es necesario disponer de un conocimiento de fondo relativo a la normalidad con que ocurre ese evento, es decir, al *id quod plerumque accidit* relativo a ese suceso. Si no se sabe si Ticio tiene o no el hábito de recibir a los estudiantes los miércoles por la mañana a las diez, no es posible considerar verosímil que haya estado en su despacho en la universidad el miércoles pasado a esa hora, ni tampoco considerar verosímil la previsión de que esté allí a esa hora el próximo miércoles. En resumen, sólo si se dispone de conocimientos sobre el curso «normal» de un cierto tipo de acontecimiento es posible considerar como verosímil el enunciado relativo a una manifestación concreta de ese evento. Por citar un ejemplo clásico, sólo si tengo algún conocimiento empírico respecto del color normal de los cisnes puedo considerar verosímil que el cisne que otros hayan visto, o que yo veré mañana, sea blanco. Si, en cambio, el acontecimiento en cuestión es único e

<sup>94</sup> En sentido análogo, con respecto a las concepciones según las cuales el juez debiera derivar certezas subjetivas del contacto inmediato con las pruebas, y particularmente con los testigos, cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, 2008: 207.

<sup>95</sup> Cfr. NINILUOTO, 1987.

<sup>96</sup> Para un análisis más amplio de esta definición y para ulteriores referencias bibliográficas, cfr. TARUFFO, 1992: 159.

irrepetible, no podrá ser objeto de previsiones: el Cisne Negro es, de hecho, lo que no parece verosímil de acuerdo a los conocimientos normales sobre los cisnes<sup>97</sup>. Luego, si nada se sabe de un *id quod plerumque accidit* al que el acontecimiento en cuestión pueda ser referido, no será posible decir si el enunciado que alude a él es o no es verosímil. Sin embargo, esto no impide determinar si ese enunciado es verdadero o es falso.

La segunda implicación relevante consiste —precisamente— en que no existe ninguna coincidencia o correspondencia entre verosimilitud y verdad. Un hecho que se considera verosímil en el sentido antes indicado perfectamente puede no haber ocurrido, por cualquier razón: esto significa que el enunciado que se refiere a ese hecho puede parecer verosímil pero ser falso, si la realidad de aquello que ha sucedido no se corresponde con lo que el enunciado narra. Así, por diversas razones, Ticio podría haber estado fuera de su despacho en la universidad a las diez de la mañana del miércoles pasado. Es posible que se encontrara efectivamente allí, y en ese caso el enunciado que lo afirma es verosímil y además es verdadero; pero también puede ocurrir que no estuviera allí, y en este caso el enunciado sigue siendo verosímil pero es falso. Al contrario, también es posible que sea verdadero un enunciado que parece inverosímil porque no corresponde a ningún criterio de normalidad. Puede ser verdadero el enunciado según el cual el miércoles pasado Ticio se encontraba a bordo de una canoa en un afluente del río Amazonas, aun cuando esto no corresponda a algún *id quod plerumque accidit* relativo a sus hábitos, ni a lo que habitualmente ocurre en ese río. Del mismo modo, puede ser verdadero el enunciado sobre la aparición del Cisne Negro, aunque no corresponda a la normalidad respecto del color de los cisnes. En síntesis, la verosimilitud o la inverosimilitud de un enunciado son irrelevantes desde el punto de vista de la verdad o la falsedad del mismo. Esto implica que en cualquier circunstancia en la que sea necesario determinar si un enunciado de hecho es verdadero o es falso, es necesario basarse en pruebas y no en un juicio de verosimilitud: sólo las pruebas pueden demostrar que lo que parece verosímil es también verdadero, o bien que es falso, y que lo que parece inverosímil es también falso, o bien que es verdadero.

#### 2.4. Apuntes sobre verdad y probabilidad

El concepto de verosimilitud a menudo es confundido, en el discurso corriente y también en el discurso jurídico, con el de probabilidad: se tiende a pensar que si un enunciado es verosímil, entonces también es probable. Esto es, se tiende a pensar que es *probablemente verdadero*. En este uso lingüístico se anidan, sin embargo, algunos equívocos, que derivan tanto de la

<sup>97</sup> Sobre el Cisne Negro y sus numerosas implicaciones, cfr. TALEB, 2007.

confusión, poco antes mencionada, entre verdad y verosimilitud, como de la confusión —que reina soberana entre quienes no se ocupan directamente del tema— acerca del concepto de probabilidad y sus relaciones con el concepto de verdad<sup>98</sup>.

Ciertamente éste no es el lugar apropiado para arrojar luz sobre el concepto de probabilidad, que en realidad comprende una familia de conceptos en buena medida diversos<sup>99</sup> y que representa uno de los temas más complejos de la lógica y la estadística. Con todo, dado que de probabilidad también se habla con frecuencia en el contexto del proceso y de la determinación de los hechos, será útil destacar sintéticamente algunos aspectos relevantes del problema.

Por una parte, es pertinente realizar una distinción entre verosimilitud y probabilidad, pues el juicio de verosimilitud no proporciona —como hemos visto poco antes— ningún dato cognoscitivo respecto de la verdad o la falsedad de un enunciado, mientras que la noción de probabilidad concierne a la existencia de razones válidas para juzgar como verdadero o como falso un enunciado. Dicho de otro modo, la probabilidad aporta informaciones sobre la verdad o la falsedad de un enunciado, mientras que la verosimilitud se refiere sólo a la eventual «normalidad» de lo que el enunciado describe. Los dos conceptos se refieren, por consiguiente, a criterios diferentes y no coincidentes de evaluación.

Por otra parte, es necesario tener presente la distinción, bastante más obvia, entre verdad y probabilidad. Como se ha dicho varias veces, la verdad de un enunciado depende de la realidad del acontecimiento al que el enunciado se refiere. En cambio, un enunciado es probable si se dispone de informaciones que justifican considerarlo verdadero. En síntesis, la probabilidad es función de la justificación que se atribuye a un enunciado, sobre la base de los elementos cognoscitivos disponibles. En el ámbito del proceso, donde las informaciones disponibles son las que resultan de las pruebas, es posible que ellas proporcionen un cierto grado de confirmación a algún enunciado sobre un hecho relevante para la decisión<sup>100</sup>. Se podrá decir, entonces, que ese enunciado es «probablemente verdadero», siempre que se entienda, bajo esa expresión, que las pruebas adquiridas en el proceso proporcionan razones suficientes para considerar confirmada la hipótesis de que ese enunciado es verdadero. De esto se sigue que un enunciado que parece *prima facie* verosímil (en los términos considerados poco antes) podría ser en realidad «improbable», porque no ha sido confirmado por las pruebas, y que, por el contrario, un enunciado

<sup>98</sup> Para una crítica de los usos de términos como «probable», «probabilidad», y otros semejantes, en el lenguaje común, todavía sigue vigente TOULMIN, 1958.

<sup>99</sup> Para una clara y sintética reseña, cfr. FERRER BELTRÁN, 2007: 93. Cfr. también TARUFFO, 1992: 166, 199. Sobre la probabilidad lógica como modelo de decisión racional, véase además *infra* capítulo V, apartado 3.1, 4.

<sup>100</sup> Véase, más ampliamente, *infra*, capítulo V, apartados 3.1 y 4.

que parece *prima facie* inverosímil podría ser probablemente verdadero, si las pruebas han proporcionado razones suficientes para considerar justificada la hipótesis de su veracidad.

En resumen, entonces, los conceptos de verdad, verosimilitud y probabilidad no son equivalentes entre sí y no son reducibles unos a otros. Designan diferentes cualidades que se pueden predicar respecto de un enunciado: puede ocurrir que concurren positivamente respecto de un mismo enunciado, si es que es a la vez verdadero, verosímil y probable, en la medida que resulta confirmado por las pruebas, pero puede ocurrir también lo contrario. En otras palabras, es posible que un enunciado sea verdadero pero no sea verosímil, así como puede ocurrir que un enunciado sea verdadero pero no sea probable, pues no se dispone de elementos de prueba que lo confirmen suficientemente y permitan calificarlo como «probablemente verdadero». Sostener que un enunciado fáctico ha sido probado (es decir, que es probablemente verdadero) no equivale entonces a sostener que es verdadero, pues no se puede excluir la posibilidad (quizá improbable) de que sea falso; y, a la inversa, decir que un enunciado carece de confirmación probatoria (y, por tanto, que probablemente no es verdadero) no excluye la posibilidad de que en realidad sea verdadero<sup>101</sup>. En ambas situaciones, que el enunciado sea o no sea verosímil resulta irrelevante.

Por otro lado, aunque se reconozca que tiene sentido hablar de probabilidad en el contexto del proceso, esto no significa que todos los numerosos discursos que recurren a la noción de probabilidad a propósito de la determinación judicial de los hechos sean acertados. Sin pretender entrar aquí en el mérito de un problema muy complejo, que requeriría un análisis específico, vale la pena, con todo, precisar que existen varias razones para rechazar la concepción, muy difundida en algunas áreas culturales, según la cual el razonamiento probatorio debiera sujetarse al cálculo de probabilidades mediante el teorema de BAYES, es decir, al cálculo cuantitativo del incremento de probabilidad debido a la incorporación de informaciones nuevas en un contexto determinado. De hecho, en la enorme mayoría de los casos los cálculos de probabilidad cuantitativa no son aplicables al proceso<sup>102</sup>. Sólo tiene sentido hablar de probabilidad con respecto al razonamiento probatorio si se hace referencia al concepto de probabilidad *lógica*, es decir, al grado de confirmación que las pruebas pueden proporcionar a los enunciados de hecho que constituyen la base de la decisión<sup>103</sup>.

<sup>101</sup> Para una profundización adecuada de estas definiciones, cfr. FERRER BELTRÁN, 2002: 28.

<sup>102</sup> Para el desarrollo de las razones que se mencionan en el texto, cfr. TARUFFO, 1992: 166. En sentido análogo, véase, recientemente, FERRER BELTRÁN, 2007: 98.

<sup>103</sup> Sobre este concepto de probabilidad, cfr., también para ulteriores referencias bibliográficas, TARUFFO, 1992: 199; FERRER BELTRÁN, 2007: 120. Sobre el concepto de confirmación, véase, además, *infra*, capítulo V, apartado 3.1.

### 3. EL VALOR SOCIAL DE LA VERDAD

Si los problemas que han sido apuntados afectaran solamente a la ciencia y sus verdades, seguramente no sería oportuno discutir aquí sobre ellos. Podría parecer inapropiado, en efecto, aplicar a los eventos «macro» de la vida cotidiana, sobre los que usualmente se discute en un proceso, teorías y conceptos que tienen sentido en la física de las partículas subatómicas, o hacer referencia —a propósito de acontecimientos singulares y ordinarios— a la teoría de las revoluciones científicas de KUHN. De forma análoga, una concepción coheren- tista de la verdad puede ser válida tal vez en el ámbito de las matemáticas, pero es rechazada por muchos en el ámbito filosófico general<sup>104</sup>, y puede producir resultados paradójicos si es referida indiscriminadamente a cualquier tipo de narración. Por ejemplo, de su aplicación general se seguiría la imposibilidad de distinguir un testimonio dado en juicio, o una reconstrucción histórica, de una novela o de una obra de teatro. Pues también una novela o una tragedia pueden ser contextualmente (o narrativamente) coherentes, de modo que podría tener sentido, desde esta perspectiva, preguntarse si es verdad que David Copperfield era homosexual (lo que tal vez resulta coherente con el contexto), así como preguntarse cuántos hijos habrá tenido Lady Macbeth (aunque esto no resulte determinable sobre la base del contexto).

De hecho, el aspecto más relevante del *revival* de la verdad que se ha ido manifestando desde hace algún tiempo no consiste en la renovada adhesión de los epistemólogos a posiciones de realismo crítico<sup>105</sup>, que asumen que la ciencia puede alcanzar conocimientos verdaderos sobre el mundo y no sólo sobre las construcciones mentales y los condicionamientos políticos y sociales de los científicos. Desde la perspectiva que aquí interesa, el aspecto más relevante consiste en el descubrimiento (o tal vez, el redescubrimiento) de lo que se podría definir como el *valor social de la verdad*<sup>106</sup>. Este valor presenta al menos dos dimensiones que merecen consideración.

La primera dimensión tiene un carácter esencialmente *ético*, con diversas manifestaciones. Por un lado, entra en juego el sistema de reglas que se designa habitualmente con el término «moral». Pues son varios los sistemas de reglas morales que históricamente se han centrado en la obligación de decir la verdad y en la correspondiente prohibición de mentir, desde SANTO TOMÁS

<sup>104</sup> Cfr., p. ej., GOLDMAN, 1999: 44. Una posición intermedia entre *foundationalism* y *coherentism* es el *foundherentism* que sostiene Susan HAACK (sobre todo, cfr. HAACK, 1993). Esta concepción parece muy interesante, pero no puede ser discutida aquí como merecería: baste señalar que ella surge de una crítica articulada a las concepciones coheren- tistas (2001: 52), así como de una revisión crítica de las doctrinas fundacionalistas (2001: 34), pero recupera una concepción sustancialmente realista del conocimiento (2001: 73).

<sup>105</sup> De un «*striking revival in the fortunes of causal realism*» habla, p. ej., NORRIS, 2005: 10.

<sup>106</sup> Desde esta perspectiva, cfr., en particular, LYNCH, 2004: 13, 18, 167, 229.

a KANT, pasando por muchos otros teóricos de la moral<sup>107</sup>. Es cierto que la aplicación práctica de estos sistemas ha requerido que se inventaran diversos *escamotages*, capaces de atenuar el rigor de esa regla y de permitir no decir la verdad, aunque sin decir una mentira<sup>108</sup>. También es cierto que una obligación absoluta de decir la verdad podría producir resultados dañosos<sup>109</sup>, de modo que parece necesario que se articulen reservas, excepciones y limitaciones en su aplicación concreta<sup>110</sup>. Sin embargo, esas mismas morigeraciones prácticas de la obligación de decir la verdad confirman su existencia<sup>111</sup>, esto es, confirman la necesidad de que cualquier sistema ético incluya el deber de verdad entre sus valores fundamentales. Sería, por lo demás, inconcebible y, en todo caso, inaceptable, un sistema «moral» que no distinguiera entre verdad y mentira o que, aún más, legitimara expresamente la falsedad, haciendo así de la mentira y el engaño las reglas fundamentales de conducta para quienes adoptaran esta peculiar especie de «moral».

Por otro lado, el tema del valor social de la verdad ha sido objeto de contribuciones recientes que prescinden en buena medida de la metaética y de la teoría de los sistemas morales (aun sin olvidarlas), y que sitúan a la verdad en el centro de la dinámica de la vida social. Para Bernard WILLIAMS, por ejemplo, las «virtudes de la verdad», que consisten en la exactitud y la sinceridad, son esenciales para el intercambio de informaciones que constituye el fundamento de la dinámica social incluso en sus formas más simples<sup>112</sup>. Desde esta perspectiva, la sinceridad de quien expresa un convencimiento que considera verdadero se vuelve una condición esencial de la vida social; aun cuando en la vida real la mentira sea frecuente y algunas veces pueda parecer inevitable o justificada, la sinceridad —como aspecto «virtuoso» de la verdad— constituye en todo caso un valor fundamental<sup>113</sup>. También la exactitud, entendida como apego a la realidad, es una cualidad necesaria de las creencias verídicas que son comunicadas en el contexto de la acción social<sup>114</sup>. Una creencia es verídica cuando es el resultado de un procedimiento idóneo para el descubrimiento de la verdad, es decir, de un método *truth-acquiring*<sup>115</sup> o, en todo caso, cuando está justificada por razones que permiten considerarla fundadamente como verdadera<sup>116</sup>. Por otra parte, la intención de averiguar la verdad es un factor importante en la formación de

<sup>107</sup> Para una sintética reseña de las opiniones al respecto, cfr. HÄBERLE, 1995: 40 ss.

<sup>108</sup> Cfr., al respecto, el interesante análisis de WILLIAMS, 2002: 101.

<sup>109</sup> Cfr., p. ej., LYNCH, 2004: 57.

<sup>110</sup> Sobre los límites de la obligación moral de decir la verdad, cfr. WILLIAMS, 2002: 105; LYNCH, 2004: 59.

<sup>111</sup> Cfr. LYNCH, 2004: 59.

<sup>112</sup> Cfr. WILLIAMS, 2002: 57, 84, 123. Sobre el pensamiento de WILLIAMS con respecto a las implicaciones políticas de la verdad, cfr., en particular, LUKES, 2005: 159; CARTER, 2005: 177.

<sup>113</sup> Para una extensa argumentación al respecto, cfr. WILLIAMS, 2002: 84.

<sup>114</sup> Cfr. *ibid.*: 123.

<sup>115</sup> Cfr. *ibid.*: 127.

<sup>116</sup> Cfr. *ibid.*: 123, 129.

una creencia<sup>117</sup> y en la distinción entre el convencimiento o la creencia en sentido estricto y la fantasía<sup>118</sup>. De este modo, un comportamiento social que se fundara en la falsa comunicación de creencias no sinceras y erróneas, porque no están basadas en una rigurosa búsqueda de la verdad, sería inaceptable, precisamente por su oposición a las «virtudes de la verdad».

Desde una perspectiva parcialmente diferente, Michael LYNCH desarrolla un discurso sustancialmente convergente con el de WILLIAMS. LYNCH tampoco plantea el problema de la verdad en el plano de las ideas abstractas, sino en el contexto de la vida social, con el fin de demostrar que en ese contexto *truth matters*<sup>119</sup>: en síntesis, la verdad es lo que hace que valga la pena creer en una aserción, tanto si se le reconoce un valor instrumental, como si se le atribuye un valor en sí<sup>120</sup>. Aun cuando sea cierto que en ciertos casos el conocimiento de la verdad, o incluso la búsqueda de la verdad, puede ser peligroso o perjudicial<sup>121</sup>, sigue siendo cierto que en principio lo que justifica una creencia es que se funde en razones que permitan considerarla como probablemente verdadera.

El valor determinante de la verdad como condición para el buen funcionamiento de las relaciones sociales resulta claramente confirmado también desde una perspectiva de análisis diferente. Al formular el principio de cooperación que gobierna la conversación, Paul GRICE se refiere específicamente a la calidad de la conversación que se regula sobre la base de tal principio y formula la «supermáxima» según la cual quien participa en una conversación debe intentar contribuir a ella de modo veraz. Esta regla general comprende dos reglas más específicas, en virtud de las cuales: a) no se tiene que afirmar aquello que se sabe falso, y b) no se tienen que hacer afirmaciones para las que falten pruebas adecuadas<sup>122</sup>. Por consiguiente, también desde esta perspectiva el buen funcionamiento de un aspecto básico de la dinámica social depende de la verdad de lo que se dice. A fin de cuentas, la honestidad al razonar requiere sobre todo que se respete la verdad de los hechos<sup>123</sup>.

La segunda dimensión de la verdad como valor social tiene un carácter eminentemente *político*, y consiste en la conexión entre verdad y democracia. Esta conexión no es nueva: ya Eduardo COUTURE, en una de sus *Meditaciones sobre la libertad*, había hecho referencia a un discurso de Roosevelt para resaltar que la verdad debe ser un elemento necesario de la relación entre el Estado democrático y sus ciudadanos<sup>124</sup>. Por otro lado, como bien sabían el doctor

<sup>117</sup> Cfr. *ibid.*: 133.

<sup>118</sup> Cfr. *ibid.*: 135.

<sup>119</sup> Cfr. LYNCH, 2004: 10.

<sup>120</sup> Cfr. *ibid.*: 11.

<sup>121</sup> Cfr. *ibid.*: 57.

<sup>122</sup> Cfr. GRICE, 1989: 27.

<sup>123</sup> Cfr. ZAGREBELSKI, 2008: 125.

<sup>124</sup> Cfr. COUTURE, 2002: 14, núm. 1.2.24.

Goebbels, Stalin y muchos otros antes y después de ellos, el uso sistemático de la mentira y del engaño ha sido históricamente un rasgo característico de los regímenes totalitarios<sup>125</sup>. Con todo, hay hechos recientes que han vuelto a poner en el centro de atención la relación entre política y verdad. Aunque los ejemplos sobran, basta mencionar la mentira que George W. Bush contó al pueblo americano y a todo el mundo, acerca de la existencia de armas de destrucción masiva en poder de Saddam Hussein, con el fin de ocultar las razones reales que lo impulsaban a la guerra contra Irak. Luego llegó a ser evidente que esas armas —definidas posteriormente con ironía como *weapons of mass distraction*— no existían, y que Bush había intentado legitimar con un colosal engaño una brutal acción de *Realpolitik*<sup>126</sup>. No es casualidad, entonces, que en estos últimos años se haya puesto un énfasis especial en el nexo directo que se establece entre la veracidad en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y el carácter democrático del sistema político.

Así, por ejemplo, se ha subrayado que la verdad es una condición necesaria para que el ciudadano confíe en el Estado, pues esa confianza debe fundarse en el principio que excluye que el Estado engañe a los ciudadanos<sup>127</sup>. Adicionalmente, la verdad es una condición necesaria para el ejercicio de las libertades que deben ser reconocidas a los ciudadanos: la falsificación o el ocultamiento de información constituye un límite grave al posible ejercicio de la libertad<sup>128</sup>. Particularmente fuerte resulta, entonces, el argumento *anti-tyranny* según el cual es necesario que las acciones ilegítimas y erradas de quien ejerce el poder puedan ser descubiertas, lo que implica que las potenciales víctimas del tirano deben poder disponer de información verídica, para poder controlar la forma en que el poder es ejercido<sup>129</sup>. Es evidente, entonces, que la preocupación por la verdad es un componente esencial de la democracia<sup>130</sup>: para un Estado democrático siempre es incorrecto mentir a sus ciudadanos<sup>131</sup>. Éstos, por otra parte, no estarán en condiciones de formarse opiniones correctas y de ejercer

<sup>125</sup> Como dice ZAGREBELSKI, 2008: 125: «Son regímenes corruptores de las conciencias “hasta la médula” los que tratan los hechos como si fueran opiniones e instauran un “nihilismo de la realidad”, poniendo en un mismo plano a la realidad y la mentira».

<sup>126</sup> No es casualidad que este ejemplo constituya el punto de partida de varias discusiones filosóficas sobre la naturaleza y la función de la verdad: cfr., p. ej., NORRIS, 2005: 18, quien desarrolla un elegante e irónico análisis de la teoría de la verdad enunciada por Donald Rumsfeld; LYNCH, 2004: XIII. Por lo que respecta a Italia, cfr., en especial, TRAVAGLIO, 2006: 115, donde se aclara cómo los políticos y los periodistas italianos se asociaron con Bush para mentir.

<sup>127</sup> Sobre este tema, cfr., en particular, WILLIAMS, 2002: 211; 2005: 158.

<sup>128</sup> Cfr. *ibid.*: 211; 2005: 158.

<sup>129</sup> Cfr. *ibid.*: 207; WILLIAMS, 2005: 156; LYNCH, 2004: 252.

<sup>130</sup> Cfr. LYNCH, 2004: 227.

<sup>131</sup> No por casualidad el tema de la verdad aflora, desde hace tiempo, en una pluralidad de textos, tanto constitucionales como legales (cfr. HÄBERLE, 1995: 17 ss., 26 ss.), y constituye un problema relevante en el ámbito del derecho constitucional (cfr. *ibid.*: 85 ss.). Sobre las relaciones entre Estado constitucional y verdad, véase, recientemente, LUTHER, 2009: 120, quien subraya que resulta erróneo decir que la constitución no conoce ninguna verdad, y que el Estado constitucional contemporáneo puede y debe actuar como garante de una apertura hacia la búsqueda de la verdad histórica, pues «ésta no queda a disposición de la mayoría».

su derecho de crítica si están inmersos en un sistema basado en la mentira y el ocultamiento de la verdad<sup>132</sup>. Por el contrario, parece claro que un sistema fundado en la verdad es democrático, en la medida que garantiza a los ciudadanos la libertad de tomar decisiones no expuestas a manipulación, sobre sus preferencias con respecto a todos los aspectos de la vida individual y social. Se sigue de esto que la propia subsistencia de los derechos fundamentales, que es esencial para un sistema democrático, se basa en una concepción objetiva de la verdad: si se tienen en alta estima los valores de la democracia es necesario tener también en estima a la verdad<sup>133</sup>.

Frente a argumentos como éstos, la reacción del escéptico resulta obvia: la política no está en manos de almas cándidas preocupadas de la verdad; el ejercicio del poder se apoya sistemáticamente en la mentira y en la manipulación; mantener oculta la verdad con frecuencia es indispensable; etcétera. Después de todo —se dirá—, ni el Príncipe de Machiavelo ni el Leviatán de Hobbes pueden ser calificados como valerosos defensores de la verdad. Naturalmente, esta clase de consideraciones tiene mucho de verdad. Con todo, es posible observar que se refieren a la política y, más precisamente, a las no siempre confesables prácticas de la *Realpolitik*, pero no tienen nada que ver con las reglas que debieran seguirse en un sistema auténticamente democrático. Es cierto que también los sistemas democráticos deben tener en cuenta las necesidades de la política y que, por consiguiente, es inevitable que la verdad sufra ciertas limitaciones y reservas. Pero esto implica que se trata solamente de *excepciones* al principio de verdad. Estas excepciones —que no debieran transformarse jamás en la regla— deben estar, además, debidamente justificadas por la exigencia de realizar ciertos fines que bajo determinadas condiciones tengan preferencia sobre la aplicación de ese principio. En otras palabras: en un sistema efectivamente democrático el principio de verdad puede experimentar restricciones, pero la decisión respectiva no puede ser arbitraria, siempre debe ser sometida a control y no puede fundarse en la mentira ni en la manipulación de la opinión pública. Como ha subrayado WILLIAMS, hay casos en los que las necesidades de la política pueden justificar el secreto, pero la mentira jamás puede ser justificada<sup>134</sup>. Aun cuando sea un «instrumento ordinario de la vida pública», la mentira intencional debería tratarse como un crimen contra la democracia<sup>135</sup>.

Con todo, no es posible ocultar que también los sistemas políticos que se presentan con insistencia como democráticos y que son señalados a menudo como modelos de democracia, realizan con cierta frecuencia actos de sistemática desinformación y de manipulación de la opinión pública, como ilustra el

<sup>132</sup> Cfr. LYNCH, 2004: 232.

<sup>133</sup> Cfr. *ibid.*: 232.

<sup>134</sup> Cfr. WILLIAMS, 2002: 159.

<sup>135</sup> Así ZAGREBELSKI, 2008: 125.

caso —y los ejemplos podrían ser numerosísimos— de Bush y la guerra de Irak. Sin embargo, que esto ocurra no demuestra en absoluto que la democracia sea indiferente a la verdad en las relaciones entre el poder político y los ciudadanos; solamente demuestra que los sistemas que insisten en presentarse como democráticos son, con frecuencia, menos democráticos de lo que se piensa. El grado de adhesión concreta al principio de verdad constituye, de este modo, un eficaz baremo de medida para evaluar el grado de democracia efectivamente existente en un régimen político. Desde esta perspectiva, si se presta atención a los múltiples casos en los que en Italia, en años recientes, han sido ocultados y manipulados hechos relevantes y, por consiguiente, se ha ocultado la verdad<sup>136</sup>, surgen serias dudas sobre la naturaleza efectivamente democrática del sistema político italiano. Por otro lado, si quien detenta el poder pretende imponer a todos «verdades» fijadas a priori de modo dogmático y autoritario, nos encontramos entonces exactamente con lo opuesto a la democracia: no es, ciertamente, la verdad la que resulta antidemocrática, sino la pretensión de imponer a todos la «verdad» de alguien. Es esta pretendida «verdad», que en general no es en absoluto verdadera, la que tiene una efectiva «fuerza antidemocrática»<sup>137</sup>.

#### 4. VERDAD Y JUSTICIA

Las observaciones precedentes, así como los análisis filosóficos que las han inspirado, trazan el cuadro de una situación sociopolítica en que la verdad constituye un valor básico y un estándar al que tanto el Estado como los ciudadanos individuales debieran conformarse —aunque con inevitables excepciones y limitaciones, las cuales, sin embargo, debieran reducirse al mínimo—. Es posible que esa imagen suponga una cierta dosis de optimismo y de *wishful thinking*, pero, fuera de que el escepticismo no nos lleva muy lejos, no se trata de una visión abstractamente idealizada: en el fondo, parece deseable vivir en un entorno sociopolítico que se inspire, en la medida de lo posible, en valores de verdad, de sinceridad y de corrección, y no en un entorno orwelliano, en el que los Bush de turno, y los *opinion makers* que los sirven, gobiernen a través de la mentira, la falsificación y la manipulación de las conciencias.

En el contexto ético político que de esta forma se bosqueja tiene sentido preguntarse por el valor de la verdad en el ámbito de la administración de justicia. *Prima facie* se podría decir que ese valor existe y que es relevante. Por un lado, la administración de justicia constituye un sector importantísimo de la vida social y de la actividad del Estado, de modo que en ella debieran reencontrarse los mismos valores de verdad que representan —como acabamos

<sup>136</sup> Cfr. los numerosos ejemplos documentados y explicados en el libro de TRAVAGLIO, 2006.

<sup>137</sup> Cfr. ZAGREBELSKI, 2008: 164.

de verlo— los criterios constitutivos del correcto funcionamiento del sistema sociopolítico. Sería, por decir lo menos, paradójico que en un sistema democrático, inspirado en el valor de la verdad, la administración de justicia no se inspirara, sin embargo, en ese valor o, más aún, se fundara sistemáticamente en el error, en la mentira y en la distorsión de la verdad. Por otro lado, el binomio «verdad y justicia» es recurrente en el lenguaje común y —se podría decir— en el inconsciente colectivo, que asume que los dos términos están estrechamente conectados. Así, por ejemplo, se supone que los testigos deben decir la verdad, que los derechos existen si y cuando son verdaderos los hechos en que se fundan<sup>138</sup>, que se es culpable sólo cuando es verdad que se ha cometido un delito, etcétera. Y no es casualidad que un famoso epistemólogo haya publicado hace poco un libro significativo, basado precisamente en la premisa de que el proceso penal debe estar dirigido a minimizar los errores de juicio y, por tanto, a maximizar la posibilidad de que la decisión se funde en una determinación verdadera de los hechos<sup>139</sup>. Por otra parte, otra también famosa epistemóloga ha escrito, recordando la «*marvelous metaphor*» de BENTHAM que se refiere a la «*Injustice, and her handmaid Falsehood*», que «*factual truth is an essential element of substantive justice*»<sup>140</sup>. Con todo, se engañaría quien, quedándose con estas triviales —aunque autorizadas— consideraciones, pensara que la verdad constituye un valor obvio y fundamental de referencia también para la administración de justicia y para quienes se ocupan de ella en el plano científico. Lo cierto es que incluso entre los juristas, y en particular entre quienes se ocupan del proceso civil y del proceso penal, abundan los *deniers* y los *veriphobics*<sup>141</sup>.

Las razones por las que con frecuencia los juristas niegan que la verdad juegue un rol central en la administración de justicia son de diversa índole. Algunas veces se trata simplemente del genérico y tosco escepticismo del *hard-nose practitioner* al que se refiere TWINING<sup>142</sup>, que no cree en la justicia ni mucho menos en la verdad. Esta figura corresponde en gran medida, en el ámbito jurídico, al «americano de mandíbula cuadrada» del que habla LYNCH<sup>143</sup>, que simboliza también el escepticismo de quien se ocupa de resolver los problemas y no de bobadas intelectualistas como la verdad. Otras veces entra en escena el absolutista (o perfeccionista) desilusionado, que cree en la verdad absoluta pero —al no encontrarla, tampoco en el proceso— cae en el extremo opuesto y piensa que ninguna verdad puede ser alcanzada<sup>144</sup>. Junto con actitudes como éstas, que en realidad pertenecen más a la psicología

<sup>138</sup> Cfr., p. ej., LYNCH, 2004: 237.

<sup>139</sup> Cfr. LAUDAN, 2006.

<sup>140</sup> Cfr. HAACK, 2007b: 14; 2008c: 1053; 2008a: 564.

<sup>141</sup> Véase *supra*, notas 17 y 18.

<sup>142</sup> Cfr. TWINING, 1994: 103.

<sup>143</sup> Cfr. LYNCH, 2004: XV.

<sup>144</sup> Sobre esta figura, cfr. TARUFFO, 1992: 9 y 153.

individual que a las concepciones sobre la justicia y que, por consiguiente, no merecen un análisis profundo, aun cuando estén bastante difundidas, existen otras líneas de pensamiento sustancialmente *veriphobic* que tienen o pretenden tener un fundamento más sólido y, por tanto, potencialmente generalizable. Ese fundamento tiene algunas veces un carácter teórico, mientras otras se apoya sólo en particulares ideologías de la justicia. En todo caso, vale la pena analizarlas más detenidamente, con el fin de determinar si la verdad constituye efectivamente un valor también para la administración de justicia, o si ésta representa una especie de «tierra de nadie», en la cual la verdad es irrelevante, incluso en el contexto de un Estado democrático.

#### 4.1. Rabelais, Luhmann y otros

En el célebre episodio del *Tiers Livre*, RABELAIS narra uno de los encuentros de Pantagruel con la justicia francesa<sup>145</sup>: el juez Bridoye intenta justificarse frente a una sentencia que parece discutible y se excusa diciendo que por causa de su edad puede haberse equivocado al leer el valor de los dados que usa para decidir las causas, tomando un cuatro por un cinco. Frente a la pregunta de Trinquamelle, Bridoye responde que él procede como todos los demás jueces, es decir, lanzando los dados, por cuanto «*le sort est fort bon, honeste, utile et necessaire à la vuidange des procès et dissensions*»<sup>146</sup>. Ante otra pregunta relativa a su modo de actuar, Bridoye responde que dedica mucho tiempo a examinar escritos y documentos y que recurre a los dados sólo «*Ayant bien veu, reveu, releu, paperassé et feuilleté les complainctes, adjournements, comparitions, commissions, informations, avant procedez, productions, allegations, interdictz, contredictz, requestes, enquestes, repliques, dupliques, tripliques, escriptures, reproches, griefz, salvations, recollements, confrontations, aclarations, libelles, apostoles, lettres royaulx, compulsioires, declinatoires, anticipatoires, evocations, envoyz, renvoyz, conclusions, fins de non proceder, apoinctements, reliefz, confessions, exploictz, et aultres telles dragées et espisseries d'une part et d'aultre, comme doit faire le bon juge*»<sup>147</sup>.

Sólo tras haber hecho todo eso Bridoye se sitúa frente a los legajos de escritos de las partes, lanza los dados y decide a favor de aquella que ha obtenido la puntuación más alta<sup>148</sup>. Al espectador curioso que le pregunta por

<sup>145</sup> Para un análisis más amplio y brillante de este episodio, cfr. CAVALLONE, 2008b: 433, donde se hace referencia también a otro conocido episodio, en el que Pantagruel decide, en un lenguaje incomprensible, una difícilísima e igualmente incomprensible —en los términos en que las partes la presentan— controversia.

<sup>146</sup> RABELAIS, 1552: capítulo XXXIX, 10, 30.

<sup>147</sup> *Ibid.*: capítulo XXXIX, 40, 45.

<sup>148</sup> *Ibid.*: capítulo XXXIX, 50, 72.

qué estudia tan a fondo las causas si luego decide lanzando los dados, Bridoye le responde indicando tres razones, la primera de las cuales es: «*pour la forme, en omission de laquelle ce qu'on a fait n'estre valable*», y agrega que «*souvent en procédures judiciaires les formalitez destruisen les materialitez et substances*»<sup>149</sup>. La segunda razón es que mover los legajos que contienen los documentos y los escritos de las partes constituye un «*jeuz d'exercice honeste et recreatif*»<sup>150</sup>, mientras la tercera razón es que él, como por lo demás lo hacen todos los jueces, «*sursoye, delaye et differe le jugement, affin que le procès bien ventilé, grabelé et debatú, viene par succession de temps à sa maturité, et les sort par après advenent soit plus doucettelement porté des parties condamnées*»<sup>151</sup>. RABELAIS era médico, pero evidentemente conocía bien la administración de justicia de su tiempo, y la ironía con la que escribe no disimula el clarísimo mensaje que Bridoye envía a nombre de todos los jueces: la decisión es casual, pero lo importante es que lo que la precede produzca la impresión de que ha sido el resultado de un examen analítico, detallado y prolongado de los autos de la causa, pues de este modo la decisión podrá parecer meritoria a los ojos del público y será aceptada más fácilmente por la parte que resultará derrotada. En otras palabras: si el observador está convencido de que el juez *ha procedido*, entonces aceptará la decisión.

En cierto sentido, RABELAIS puede ser considerado como un predecesor de LUHMANN<sup>152</sup>, y específicamente del LUHMANN de *Legitimation durch Verfahren*. En efecto, en su obra juvenil el sociólogo de Bielefeld explica la forma en que el procedimiento (de cualquier clase y, por tanto, también el judicial) determina la legitimación de los resultados que produce. También en este caso se pone de relieve entonces el procedimiento considerado en sí mismo, como instrumento que favorece la aceptación social de la decisión con que concluye, mientras que la decisión, considerada en sí misma, se deja en la sombra. Ésta, por consiguiente, no se legitima en razón de su contenido y de su calidad, carentes de relevancia, sino en razón de la aceptación por parte de los sujetos interesados, así como por parte del ambiente social circunstante, de las modalidades procedimentales con las que ha sido obtenida, especialmente si ha existido participación de los primeros<sup>153</sup>.

RABELAIS y LUHMANN son ejemplos de una posición bastante difundida. De hecho esa aproximación caracteriza también a las teorías que, desde una perspectiva cultural totalmente diferente, se designan con el nombre de *procedural justice*. Por una parte, esta aproximación está presente en el pensamiento de John RAWLS, que tanta influencia ha tenido en la teoría del derecho

<sup>149</sup> *Ibid.*: capítulo XL, 9.

<sup>150</sup> *Ibid.*: capítulo XL, 25.

<sup>151</sup> *Ibid.*: capítulo XL, 56.

<sup>152</sup> En sentido análogo, cfr. CAVALLONE, 2008b: 437.

<sup>153</sup> Cfr. LUHMANN, 1983: 75, 103, 110, 129. LUHMANN aclara que la legitimación no supone necesariamente el consenso efectivo de los interesados (cfr. 1983: 115).

angloamericana, aunque también en un radio mucho más amplio. Para RAWLS, desde la perspectiva de la *pure procedural justice*, que corresponde sustancialmente a la de una lotería correctamente sorteada<sup>154</sup>, el resultado es por completo indiferente: con tal que la lotería haya sido sorteada correctamente, es irrelevante quién gana. De ahí que cuando se introduce en el discurso alguna consideración con respecto a los resultados, como podría ocurrir en el caso de los procedimientos judiciales que se consideran «*framed to search for and to establish the truth*»<sup>155</sup>, la *procedural justice* deja de ser *pure*, y se vuelve *imperfect*.

Por otra parte, la expresión *procedural justice* designa también un conjunto de investigaciones, desarrolladas sobre todo en el ámbito de la psicología social, y en particular en los Estados Unidos a partir de los años setenta, dirigidas a comprobar empíricamente qué tipo de procedimiento se considera más «justo» y resulta entonces más fácilmente aceptado. Los diferentes experimentos desarrollados con este propósito, cuyos resultados han sido expuestos en ensayos recogidos en diversos volúmenes<sup>156</sup>, han producido conclusiones que no carecen de interés, pero que resultan criticables desde varios puntos de vista. Así, por ejemplo, es posible observar que los modelos simplificados de procedimientos utilizados en los experimentos estaban tan alejados de la realidad como para suscitar dudas legítimas sobre la posibilidad de considerar sus resultados como referibles a procedimientos judiciales reales<sup>157</sup>. Además, en un contexto cultural dominado —en todas las áreas del derecho— por una ideología individualista y competitiva, que Robert KAGAN ha definido como la *American way of life*<sup>158</sup>, no provoca sorpresa alguna que se haya manifestado una clara preferencia por un modelo de procedimiento que evoca el *adversarial system* típico de la justicia estadounidense, entre otras razones porque fue contrastado con modelos extremadamente simplificados, y no realistas, de procedimientos «inquisitivos» que no existen en ningún ordenamiento jurídico. Por consiguiente, al menos en el ámbito angloamericano, los resultados de las investigaciones sobre la *procedural justice* recuerdan a la invención de la rueda, en el sentido de que se pueden dar por descontados a priori o se limitan a confirmar ideas y preferencias más bien obvias, al menos en el contexto de referencia. En realidad, cualquier persona preferiría verse envuelta en un proceso en el que pudiera defenderse en una posición de paridad con respecto a su adversario, que en una inquisición conducida por Bernardo Gui: pero para llegar a esta conclusión tal vez no eran necesarias décadas de complicadas investigaciones empíricas. Por otro lado, las investigaciones en cuestión no han

<sup>154</sup> Cfr. RAWLS, 1971: 83.

<sup>155</sup> Cfr. *ibid.*: 85.

<sup>156</sup> Cfr., en particular, TYLER, 2005; RÖHL y MACHURA, 1997; THIBAUT y WALKER, 1975. Para una extensa presentación de las críticas al respecto, cfr. LIND y TYLER, 1988.

<sup>157</sup> En este sentido, véase, más ampliamente, TARUFFO, 1981.

<sup>158</sup> Cfr. KAGAN, 2001: 3, 229.

verificado si los interesados hubieran preferido ganar como resultado de un procedimiento «injusto» o perder tras un procedimiento «justo».

Ahora bien, lo que interesa aquí no es tanto la escasa fiabilidad del método seguido en esas investigaciones y la obviedad de muchos de los resultados alcanzados, sino sobre todo la premisa —implícita y jamás puesta en discusión— de la que han partido. Tal premisa es la irrelevancia y, por consiguiente, la indiferencia, de la naturaleza, el contenido y la calidad de las decisiones que son obtenidas a través de los varios procedimientos, incluso desde el punto de vista de los sujetos directamente involucrados en ellos, así como también —evidentemente— para el contexto social circunstante. Dado que el objetivo era el de identificar las valoraciones de esos sujetos sobre la *justice* del procedimiento en sí y determinar si ellos son o no proclives a aceptar un cierto modelo de procedimiento<sup>159</sup>, el punto de vista de la decisión que lo concluye quedaba fuera del horizonte de la investigación. En realidad, tras estos estudios hay un presupuesto implícito, pero patente, que asume que la *procedural justice* es por sí sola condición suficiente para una buena administración de justicia, de modo que no es necesario —ni interesante— preocuparse de la calidad de las decisiones. En otras palabras: la decisión que deriva de un procedimiento calificable como justo, sobre la base de criterios procedimentales de valoración, se asume en todo caso, a priori y por definición, como justa y, por consiguiente, como aceptable en mayor medida. Es obvio que si la justicia de la decisión está implícita en la *justice* del procedimiento, su eventual veracidad en términos de correspondencia con la realidad de los hechos del caso resulta del todo irrelevante. Esto explica por qué las investigaciones sobre la *procedural justice* que han prestado alguna atención a los hechos del caso, han examinado algunos aspectos del comportamiento de los abogados en la investigación y en la presentación de los hechos al juez y han destacado sobre todo la tendencia de las partes a utilizar pruebas, pero no han abordado el problema de la utilidad o no de esas pruebas para determinar la verdad de los hechos<sup>160</sup>. Claramente, se trata de un razonamiento circular que nada demuestra, aunque tiene —según veremos— bastante difusión incluso fuera de la teoría estadounidense de la *procedural justice*. Ahora bien, sin perjuicio del escaso interés de las investigaciones a las que se ha hecho referencia, es evidente que nada impide estudiar el procedimiento —tanto judicial como de

<sup>159</sup> Por ejemplo, TYLER (2005: xii) afirma que no es admisible la opinión corriente según la cual la aceptación de una decisión depende de su contenido, y afirma que la aceptación del resultado del proceso depende también de las características de éste; las partes, por consiguiente, tenderían en mayor medida a aceptar una decisión, con independencia de su contenido, si piensan que ha sido el producto de un *fair procedure*.

<sup>160</sup> Cfr. THIBAUT y WALKER, 1975: 41 ss., donde se habla de determinación de la verdad, pero sólo para dar por descontado que ésta puede ser descubierta en el ámbito de un procedimiento *adversary*, esto es, para asumir una premisa muy discutible (sobre la cual, véase *infra* capítulo IV, apartado 5). No por casualidad, además, en todo el libro de LIND y TYLER (1988) ya citado, en el que se desarrolla un amplio examen de las investigaciones sobre el tema, no se habla nunca de pruebas, de hechos o de verdad.

otra naturaleza— prescindiendo de los resultados y de las conclusiones que a través de él se obtienen. Pero es igualmente claro que su interés es casi nulo para quienes consideren relevante la calidad y el contenido de tales resultados o conclusiones, desde la perspectiva de su justicia «sustancial».

Vale la pena traer a colación, en este contexto, la existencia de analogías interesantes entre los planteamientos de la *procedural justice* y otros enfoques de análisis sociológico y antropológico del proceso.

Me refiero, por una parte, a ciertos análisis que han puesto de relieve el carácter *teatral* del proceso: la audiencia es vista como una representación con marcados rasgos de teatralidad, presentes en la escenografía (la sala de audiencias, con sus espacios y su mobiliario peculiar)<sup>161</sup>, en las vestimentas de los personajes (togas y, algunas veces, como en Inglaterra, pelucas)<sup>162</sup> y en los estereotipos (el juez, el abogado, el testigo) que modelan sus comportamientos<sup>163</sup>. La función de la dimensión teatral del proceso es clara: se trata de comunicar simbólicamente al público y a las partes el mensaje de la representación de la justicia que se «hace» en la escena judicial. El público, al interpretar los símbolos, puede «ver» la justicia, por cuanto *it is important that justice be seen to be done*: la representación teatral ratifica eficazmente al medio social que la justicia es administrada. Naturalmente esta función social varía según el grado de teatralidad del procedimiento, que no es siempre el mismo: es mayor en los Estados Unidos que en Europa, más elevado en el proceso penal que en el proceso civil<sup>164</sup>, mayor en los tribunales superiores que en los inferiores, etcétera. Con todo, éste no es el aspecto que aquí interesa mayormente. El punto más relevante es que la justicia que de este modo se hace y se comunica al público es una justicia simbólica, que no tiene nada que ver con el contenido de la controversia o con la decisión del caso particular. Los autos del procedimiento no aparecen en el teatro judicial, así como tampoco es considerada la decisión: a lo sumo, la representación concluye con el pronunciamiento en la audiencia de la parte dispositiva de la sentencia. Se puede decir, entonces, que se hace justicia si y en la medida que el teatro funciona y alcanza sus fines, no porque sea justa la decisión que pone fin a la representación. No por casualidad un reciente análisis del ritual judicial dedica escasa atención a la decisión final de la controversia: por un lado, sólo se considera

<sup>161</sup> Sobre el tema, cfr., en particular, GARAPON, 1997: 8, 39.

<sup>162</sup> Sobre el valor ritual de la vestimenta judicial, cfr. también *ibid.*: 55.

<sup>163</sup> También a este respecto, cfr. *ibid.*: 79, 101.

<sup>164</sup> No por casualidad los análisis que se refieren al ritual judicial, como el de GARAPON recién citado, se ocupan esencialmente del proceso penal. El mismo autor (GARAPON, 1997: 1, n. 1) afirma que el discurso acerca del carácter ritual del proceso vale también para el proceso civil, a pesar de su falta de publicidad, pero al respecto surge la duda de que confunda el rito con el procedimiento, o reduzca el procedimiento al rito. Obviamente, el procedimiento, en tanto secuencia de actos, tiene lugar también en el proceso civil, pero eso no quita que los aspectos rituales, desde la sala de audiencia hasta la vestimenta de los jueces y los abogados, resulten claramente menos importantes.

el procedimiento a través del cual se adopta la decisión colegiada<sup>165</sup>, mientras, por otro lado, se alude a la naturaleza de la decisión con fórmulas evocadoras pero sustancialmente vagas y vacías, como las que proclaman que en la decisión del juez «lo justo brotará de un doble movimiento de indignación y de institucionalización, de separación y de reintegración, de ética de la convicción y de ética de la responsabilidad, de crítica de profeta y de soberanía del rey»<sup>166</sup>. Este enfoque soslaya por completo el problema del contenido de la decisión y reduce el «bien juzgar» a la conciliación entre «realismo antropológico y exigencias democráticas» y a un arte en el que «el rito es, para el juez, un instrumento de crecimiento a través del cual se emancipa de sí mismo»<sup>167</sup>.

Si la perspectiva ritualista evita tomar en cuenta la decisión y su contenido, con mayor razón entonces resulta del todo irrelevante para ella la posibilidad de que se determine o no la verdad de los hechos<sup>168</sup>. En cambio, se subraya que para «bien juzgar» el juez debiera alejarse de la realidad y aislarse en un «mundo paralelo y ficticio» que le permita decidir de forma imparcial<sup>169</sup>. Por lo que se refiere a los hechos, y bajo el supuesto de que ellos se consideren de algún modo relevantes, basta que en la representación del teatro judicial no falte la parte del espectáculo que sugiere que el proceso se hace cargo de los hechos: piénsese, por ejemplo, en la evidente función simbólica de técnicas probatorias como la *cross-examination*, en la que se evoca la imagen de dos caballeros armados que se baten en duelo (se podría agregar: sobre la piel de los testigos) por el triunfo de la justicia<sup>170</sup>, o en el rol simbólico que cumple el jurado, cuya presencia muestra que es «el pueblo» el que administra la justicia. Por lo demás, en el *trial by jury* no está en juego la determinación de la verdad, sino la puesta en escena de una pieza teatral que permita al público pensar que la verdad es buscada<sup>171</sup>. Una verdad teatral, en todo caso, como la de la culpabilidad de Lady Macbeth.

Como se puede observar, la concepción del proceso como representación teatral parece considerablemente difundida, y no se puede negar que pone

<sup>165</sup> Cfr. *ibid.*: 267.

<sup>166</sup> Cfr. *ibid.*: 265.

<sup>167</sup> Cfr. *ibid.*: 265, 67.

<sup>168</sup> En el único apartado del libro en el que está presente la expresión «verdad», GARAPON (1997:147) se refiere en realidad a la imagen cinematográfica del abogado y del juez francés y del abogado americano, tras decir en pocas líneas una trivialidad de dudoso fundamento, esto es, que el proceso inquisitivo tiene como fin la verdad pero que eso no ocurre en el proceso acusatorio. El autor reitera esta idea (*ibid.*: 161), al decir que el sistema inquisitivo (francés) mantiene el «monopolio público de la verdad» (sin explicar, por lo demás, qué significa esto), mientras el liberalismo (quizás: norteamericano) prefiere «un tipo de procedimiento que “colectiviza” los métodos de producción de la verdad con el objetivo [...] de hacer penetrar eficazmente las relaciones de fuerza». El carácter genérico de todas estas aserciones, no acompañadas ni por referencias ni por algún análisis del concepto de verdad, muestra de qué modo el problema resulta irrelevante desde una perspectiva ritualista.

<sup>169</sup> Cfr. GARAPON, 1997: 273.

<sup>170</sup> Sobre la *cross-examination* véase, más ampliamente, *infra*, capítulo IV, apartado 3.

<sup>171</sup> Sobre el tema, véase también *supra*, capítulo I, apartado 4 e *infra*, capítulo IV, apartado 6.2.

de relieve algunos aspectos interesantes del proceso como fenómeno social. Con todo, es lícito dudar si incluso en los casos en que los aspectos teatrales son más evidentes, como ocurre en el proceso penal, su descripción pueda agotar el análisis del contenido y de la función del proceso<sup>172</sup>. Menos posible aún parece la reducción del proceso civil a representación teatral, sobre todo cuando no existe jurado y cuando las audiencias se desarrollan sin público y sin ceremonias o decorados especiales.

Por otra parte, una aproximación equivalente en lo sustancial se propone en los análisis de los aspectos rituales del proceso que han sido emprendidos con las herramientas de la sociología<sup>173</sup> y de la antropología cultural. El reciente libro de Óscar CHASE, dedicado al estudio de los diversos modos en los que la cultura de una sociedad influye en la organización y en el funcionamiento del proceso y es a su vez influida luego por ellos<sup>174</sup>, representa un buen ejemplo de esta segunda perspectiva. También en este caso el proceso es entendido esencialmente como un rito dirigido a obtener la resolución de una controversia. El rito desarrolla una función eminentemente simbólica, e incorpora una serie de elementos que son propios de la cultura de la sociedad en la que se sitúa: esto vale tanto para los procedimientos utilizados en las tribus africanas, en los que se refleja su cultura tradicional<sup>175</sup>, como con respecto a las modalidades características del proceso norteamericano, en las que se reflejan bajo forma ritual los valores fundamentales de la sociedad estadounidense<sup>176</sup>. Naturalmente, también tiene lugar el efecto inverso, pues el rito procesal influye a su vez sobre la cultura general del medio social de referencia, volviéndose uno de sus componentes<sup>177</sup>. El análisis de CHASE muestra de modo muy eficaz —especialmente con respecto al proceso norteamericano— la naturaleza y la función ritual del procedimiento, y la doble conexión que el rito procesal establece con la cultura social circundante. Se explican así, en efecto, formas e instituciones procesales que de otro modo resultarían difícilmente comprensibles.

Con todo, cuando se concentra la atención exclusivamente en los aspectos culturales del rito procesal, se termina por ignorar la dimensión funcional del procedimiento y, por consiguiente, por desatender el problema del modo en que éste opera como instrumento dirigido a la resolución de controversias. En otros términos: el análisis cultural de los aspectos rituales del proceso proporciona explicaciones útiles de las razones por las que el proceso es «de tal o cual manera» en una cierta sociedad, pero dice poco o nada acerca del funcionamiento del proceso. Es cierto que si el rito es capaz de satisfacer las exigencias de la cultura social en que se sitúa, entonces el proceso cumple

<sup>172</sup> En sentido crítico, cfr., p. ej., GERBER, 1987: 20.

<sup>173</sup> En la literatura italiana, cfr., recientemente, GHEZZI, 2006: 106; BILOTTA, 2000: 81.

<sup>174</sup> Cfr. CHASE, 2005.

<sup>175</sup> Cfr. *ibid.*: 15.

<sup>176</sup> Cfr. *ibid.*: 47. Véase, más ampliamente, TARUFFO, 1979: 293, 299.

<sup>177</sup> Cfr. *ibid.*: 125.

efectivamente la función de lograr que esa sociedad considere que las controversias se resuelven de forma adecuada y que, por tanto, «se hace justicia». De nuevo, en este caso, se trata de un mensaje simbólico que el rito procesal transmite al medio social de referencia: al reencontrar en el rito procesal sus propios valores y sus propios mitos, la sociedad tiende a asumir que ese proceso cumple bien su función y, por consiguiente, que su resultado es de por sí positivo y que como tal debe ser considerado. Pero de nuevo se trata, también, de una perspectiva que deja fuera de su horizonte la pregunta de *cómo* es resuelta cada controversia, esto es, el problema de la naturaleza, el contenido y la calidad de la decisión que constituye el resultado final del proceso<sup>178</sup>. En efecto, como había escrito antes LUHMANN, y como ya sabía RABELAIS en el siglo XVI, la aceptación social de un proceso —y, por consiguiente, de sus resultados— prescinde del contenido específico de la decisión que lo concluye y depende esencialmente de las formas rituales del procedimiento. El antropólogo cultural añade a eso el análisis de la correspondencia entre esas modalidades rituales y la cultura de referencia. Si lo que se toma en cuenta es la aceptación —o la legitimación social— del procedimiento y se considera que determina por sí sola la aceptación o la legitimación de las decisiones que éste produce, entonces el círculo se cierra.

El círculo no se cierra en absoluto, en cambio, si se asume que la aceptación social del procedimiento y la calidad de las decisiones que éste produce son cosas diferentes y, por tanto, no necesariamente coincidentes. Es posible, en efecto, que un determinado medio social acepte decisiones erróneas o injustas en virtud de los aspectos rituales del procedimiento que las produce, pero eso no quita que esas decisiones sean erróneas o injustas desde el punto de vista que atiende a su contenido específico y su calidad.

Por otra parte, se podría argumentar que si una cultura social incluye entre sus valores a la justicia de las decisiones, entonces probablemente se inclinará a preferir procedimientos que pretendan alcanzar decisiones justas y que estén diseñados funcionalmente para alcanzar ese fin. Esto no le restaría relevancia a la dimensión ritual del procedimiento, pero, con toda probabilidad, se trataría de un rito diferente, que sería evaluado también por su capacidad de producir decisiones bien fundadas y no sólo por su capacidad de enviar mensajes culturalmente reconfortantes.

A las concepciones antes consideradas parecen subyacer entonces, no obstante sus relevantes diferencias, ciertos factores comunes. Uno de estos factores es la incapacidad, o la falta de voluntad, de abordar el problema de identificar las nociones de justicia que podrían ser utilizadas como criterios

<sup>178</sup> CHASE (2005: 71) subraya, en efecto —refiriéndose a los análisis psicológicos sobre la *procedural justice*—, que la gente tiende a evaluar la corrección del procedimiento de forma independiente del resultado del caso particular: «*Satisfaction with a process is enhanced if it is perceived as fair, regardless of whether the individual won or lost.*»

de valoración de las decisiones judiciales en sí consideradas, es decir, con respecto a su fundamento jurídico y fáctico y desde el punto de vista de la aceptación o de la aceptabilidad de su contenido. No es absurdo pensar que nos hemos vuelto hacia la justicia «procedimental» precisamente por la falta de nociones de justicia «sustancial» que resulten aceptables o dignas de consenso general. Es sabido que la historia de las nociones de justicia se remonta al menos a ARISTÓTELES y que son numerosas las definiciones que de ella han sido propuestas, de modo que quien quisiera dedicarse hoy a la tarea de proponer nociones «sustanciales» de justicia se enfrentaría a graves dificultades. Sin embargo, todo esto no quita que el recurso a la noción de justicia procedimental, como si ella fuera la única noción razonable de justicia, se apoye ciertamente en la renuncia, consciente o inconsciente, a elaborar también alguna noción de justicia sustancial. De ahí que se asuma que sólo cabe hablar de la justicia como si fuera una suerte de equivalente funcional de la legitimación o de la aceptación social determinada por el procedimiento y por ritos más o menos teatrales, dejando fuera del horizonte la cuestión de la justicia o injusticia de cada decisión individual dados los hechos y los aspectos jurídicos de cada caso particular.

Otro factor común a las teorías que aquí han sido examinadas consiste en la adhesión, más o menos explícita, según los casos, a la concepción del proceso que lo considera dirigido *exclusivamente* a la resolución de controversias. Esta concepción, que ha sido agudamente analizada por Mirjan DAMAŠKA<sup>179</sup>, implica tomar en cuenta sólo un aspecto de la función del proceso, esto es, su capacidad de poner término al conflicto entre las partes. Es claro que la sociedad en su conjunto tiene interés en ello, pues obtiene beneficios de la función de pacificación social que la resolución de las controversias puede cumplir. Es claro también que mayor será la eficacia con que se desarrolle esta función cuanto más favorezcan o determinen los aspectos rituales del proceso la aceptación de la solución dada a las controversias. Pero, por otro lado, no se debe olvidar que entre solución de las controversias y justicia de las decisiones judiciales no existe ninguna correspondencia necesaria: una controversia puede ser eficazmente resuelta —en el sentido de que efectivamente se logre poner fin al conflicto entre las partes— por una decisión radicalmente injusta, mientras que una decisión sustancialmente justa puede no lograr poner término al conflicto entre las partes. Sin embargo, si lo que cuenta es solamente la solución *de facto* de la controversia, entonces la posibilidad de que la decisión sea injusta resulta por completo irrelevante.

Lo que se ha dicho en términos generales sobre la justicia sustancial de las decisiones judiciales, para destacar la falta de atención hacia ese problema, y puede repetirse a fortiori con respecto a la determinación de la verdad de los

<sup>179</sup> Cfr. DAMAŠKA, 1986: 173; 1997: 160.

hechos. La búsqueda de la verdad no tiene nada que ver con la función ritual del proceso y puede incluso ser contraproducente desde el punto de vista de la función de resolución de las controversias. Así como un conflicto puede ser resuelto a través de una decisión injusta, también puede serlo mediante una determinación errónea de los hechos. Tal como ocurre con respecto a la justicia sustancial de la decisión, también su veracidad resulta por completo irrelevante.

#### 4.2. Verdad e ideologías del proceso

A menudo el valor de la verdad en el contexto de la administración de justicia es negado por razones *ideológicas*, relativas a la forma en que se concibe la naturaleza y la función del proceso.

El ejemplo más relevante en este sentido es claramente el de la concepción *adversarial* del proceso, civil y penal, que todavía predomina en los Estados Unidos, mientras que en Inglaterra ha sido desechada, en cambio, por las *Rules of Civil Procedure* que entraron en vigencia en 1999<sup>180</sup>. Como ha mostrado eficazmente Robert KAGAN, el *adversarial legalism* no se refiere sólo al proceso: se trata más bien de una ideología que inspira prácticamente todas las áreas del derecho norteamericano<sup>181</sup>. Se funda en la idea de que la mejor manera de resolver cualquier problema jurídico consiste en dejar el campo libre a la competición entre abogados que representan a individuos que persiguen sus propios intereses particulares<sup>182</sup>, bajo el convencimiento de que de este modo se consigue el equilibrio ideal de los intereses en conflicto. El valor de fondo en el que esta ideología hunde sus raíces es —evidentemente— un tipo de individualismo competitivo y adquisitivo, según el cual la lucha del individuo por la apropiación y la defensa de sus bienes, en contraposición con otros individuos que también persiguen sus intereses egoístas, determina todos los aspectos de la dinámica social, económica y jurídica<sup>183</sup>. Esta ideología está todavía profundamente arraigada en la cultura social estadounidense, y se presenta incluso como su aspecto más común y característico. No es extraño, entonces, que reaparezca casi por doquier, y en particular en el contexto de la administración de justicia<sup>184</sup>.

<sup>180</sup> Sobre este cambio radical del sistema inglés, cfr., en particular, ZUCKERMAN, 2004: 26, 34; JOLOWICZ, 1996: 198.

<sup>181</sup> Cfr. KAGAN, 2001: 61, 99, 126, 159, 181, 207.

<sup>182</sup> Sobre la *lawyer-dominated litigation* como aspecto fundamental del *adversarial legalism*, cfr. KAGAN, 2001: 3, 11, 22, 35. Sobre el rol de los abogados en el sistema *adversarial*, véase KAGAN, 2001: 55. No por casualidad en la cultura jurídica estadounidense se ha creado un conjunto de reglas de *legal ethics* que exaltan los valores del modelo *adversarial*; véase KAGAN, 2001: 55.

<sup>183</sup> Cfr., en particular, KAGAN, 2001: 14.

<sup>184</sup> Se trata de una ideología que refleja en el ámbito jurídico los valores fundamentales de la ideología liberal clásica. Al respecto, véase, más ampliamente, TARUFFO, 1979: 259, 291, 296.

Por lo que respecta al proceso, la idea central del *adversary system* es que la mejor forma —e incluso, la única forma— de resolver las controversias consiste en confiar en la contienda entre los sujetos que están involucrados en el conflicto. Se trata de la concepción que en su tiempo Roscoe POUND definió como *sporting theory of justice*: tal como en una competición deportiva, es el enfrentamiento entre los contrincantes lo que determina el resultado de la contienda y lo que define quién es el vencedor. Por otra parte, tal como en una competición deportiva, el rol del juez no es sino el de un *passive umpire*: a él le corresponde la tarea de garantizar el desarrollo regular de la contienda («pitando las faltas» y sancionando las infracciones de las reglas del juego), pero no puede interferir sobre el comportamiento de los contendientes y, sobre todo, no puede influir de ninguna manera sobre el resultado final<sup>185</sup>. En otras palabras, el juez debe limitarse a levantar acta del resultado de la competición: entre sus funciones no está el decidir quién ha ganado, ni mucho menos quién merece ganar o quién es justo que gane, sobre la base de criterios diferentes e independientes de los que han gobernado la contienda. En una competición deportiva no gana quien está en lo correcto o quien tiene razón: gana —y, a fin de cuentas, es justo que gane— quien ha prevalecido sobre el adversario. En un proceso estructurado como una competición deportiva no vence quien tiene razón; tiene razón quien vence. Por otro lado, desde una perspectiva parcialmente diferente, se ha observado también que en el proceso *adversary* «*the ethic of the market is simply transferred to the courtroom*»<sup>186</sup>.

Naturalmente, la ideología *adversary* es criticable desde muchos puntos de vista. El proceso *adversary* es poco eficiente, costoso, complejo e imprevisible<sup>187</sup>; además, favorece a las partes que pueden permitirse la defensa más eficaz<sup>188</sup>, pues se funda en la igualdad formal de las partes, pero no asegura su igualdad sustancial, de modo que no tutela a las partes débiles, que están destinadas a sucumbir en la mayor parte de los casos, ni asegura una adecuada representación de los intereses en juego<sup>189</sup>, y —como ha subrayado Owen FISS— se funda en un *individualistic bias*, es decir, en una concepción tosca y pobre de la vida en sociedad<sup>190</sup>. Con todo, no obstante estas limitaciones, o quizá justamente porque constituyen sus características fundamentales, el *adversary system* sigue actuando como una herramienta decisiva de legitimación del sistema de administración de justicia y —por consiguiente— del sistema político<sup>191</sup>.

<sup>185</sup> Para un análisis del rol del juez en el proceso *adversary*, cfr., en especial, DAMAŠKA, 1997: 130, 140; TARUFFO, 1979: 19, 123.

<sup>186</sup> Cfr. FISS, 2003a: 16.

<sup>187</sup> Cfr. KAGAN, 2001: 100, 108.

<sup>188</sup> Cfr. *ibid.*: 93, 121.

<sup>189</sup> Para un análisis crítico de estos aspectos negativos del *adversary system*, cfr. TARUFFO, 1979: 51, 195, 269, 277.

<sup>190</sup> Se trata de un «*sociologically impoverished universe*» en el que el mundo está compuesto exclusivamente por individuos: cfr. FISS, 2003b: 51.

<sup>191</sup> Véase, más ampliamente, TARUFFO, 1979: 293, 299.

No es posible, sin embargo, desarrollar aquí un análisis crítico en profundidad del modelo procesal *adversary*. Si interesan, en cambio, sus implicaciones con respecto al problema de la verdad. Como se ha apuntado antes, conforme a este modelo la controversia se decide sobre la base del resultado del libre enfrentamiento entre las partes y, si la contienda se ha desarrollado regularmente, ese resultado es considerado, por definición, como justo y debe ser aceptado como tal. Por tanto, la decisión no es sino una suerte de levantamiento de acta del resultado de la contienda. Esto implica que el contenido y la calidad de la decisión carecen de relevancia autónoma; lo que interesa es solamente que la controversia haya sido resuelta a través de la disputa entre las partes.

De esto se sigue la absoluta irrelevancia de la veracidad o la falta de veracidad de la determinación de los hechos en los que se funda la decisión. Si hay algo que no le interesa en modo alguno al proceso *adversary*, esto es, precisamente, la verdad<sup>192</sup>. Es más: los intérpretes más rigurosos de la concepción *adversarial* del proceso recalcan que la verdad de los hechos no es un objetivo del proceso y *no debe* ser buscada. Efectivamente, la verdad puede requerir tiempo, costos y actividades procesales; por otro lado, la verdad puede profundizar, en lugar de aplacar, el conflicto entre las partes y, por consiguiente, dificultar la solución de la controversia. La búsqueda de la verdad resulta, entonces, contraproducente desde el punto de vista de la eficiencia del procedimiento como instrumento para una rápida resolución de las controversias. En el fondo, no se trata sólo de que la verdad no sea un valor: es evidentemente un *disvalor*<sup>193</sup>.

Existe, con todo, una variante de la concepción *adversarial* del proceso que apunta en una dirección parcialmente diferente y que —junto con admitir que en el proceso vale la pena buscar la verdad— afirma que el proceso *adversary* debe ser valorado precisamente como un método eficaz para determinar la verdad de los hechos<sup>194</sup>. Así, según una tradición que se remonta al menos a WIGMORE, la *cross-examination*, que es el método más competitivo de examen de los testigos y que representa una especie de símbolo del *adversary system*, sería precisamente la técnica más eficaz para el descubrimiento de la verdad<sup>195</sup>. Quienes sostienen esta tesis, usualmente la justifican diciendo que

<sup>192</sup> Probablemente no es casualidad que, precisamente en el momento en que en Inglaterra el sistema procesal *adversarial* se deja de lado a través de las *Rules* de 1999, se identifique la búsqueda de la verdad como uno de los objetivos fundamentales del proceso civil: cfr. ZUCKERMAN, 2004: 6.

<sup>193</sup> Al respecto, cfr., en particular, LANDSMAN, 1984: 3, 36.

<sup>194</sup> Cfr., en especial, FULLER, 1978: 382. Esta tesis ha sido repropuesta recientemente, aunque con muchas prevenciones, por Susan HAACK, según quien el sistema *adversary* no es ciertamente el mejor método para el descubrimiento de la verdad, pero podría ser aceptado como el método menos malo, al menos en el contexto del proceso norteamericano: cfr. HAACK, 2004: 49. En un sentido sustancialmente análogo, véase también DAMAŠKA, 1997: 150. En sentido opuesto, y para una crítica del sistema *adversary* precisamente por su incapacidad para asegurar la determinación de la verdad, cfr., en particular, FRANKEL, 1975: 1031, 1038.

<sup>195</sup> Sobre el tema, véase, más ampliamente, *infra*, capítulo IV, apartado 3.

en un proceso *adversary* las partes tienen interés en conseguir y en aportar todas las pruebas, y que esto favorece el descubrimiento de la verdad<sup>196</sup>. Por otra parte, en la tradición inglesa se encuentra sólidamente arraigado el convencimiento de que «*the trial judge's role is to determine where the truth lies between the competing versions of the parties*»<sup>197</sup>.

Con todo, es lícito dudar que la contienda entre las partes, y el conflicto entre las respectivas versiones acerca de los hechos, sea en verdad un método eficiente —o, incluso, el más eficiente— para el descubrimiento de la verdad<sup>198</sup>. La duda ya había sido expresada por Charles Sander PEIRCE (un filósofo importantísimo pero poco conocido por los juristas americanos), quien escribió que «algunos imaginan que el enfrentamiento entre los prejuicios opuestos favorece la conquista de la verdad: que, después de todo, el camino que la investigación debiera seguir es el del debate entre las partes y las pasiones cuyo modelo teórico reside en nuestro atroz procedimiento legal: pero la Lógica anula esta pretensión»<sup>199</sup>. En efecto, por un lado, no tiene sentido asumir a priori que una de las dos versiones propuesta por las partes corresponda a la verdad: ambas versiones podrían ser falsas, y adoptar una, solamente porque esa parte ha prevalecido sobre la otra en la competición procesal, significaría tan sólo aceptar como verdadera una versión no verdadera de los hechos. Nada asegura, por otro lado, que la versión de los hechos propuesta por la parte que prevalece en la contienda corresponda a la verdad<sup>200</sup>: esa versión podría ser falsa, y podría ser verdadera en cambio la versión ofrecida por la parte que ha sido derrotada. En general, por lo demás, la contienda individual entre quienes sostienen diversas versiones de un hecho no parece un buen método para determinar la verdad: la disputa entre dos científicos o entre dos historiadores puede ser una forma interesante de establecer quién de los dos resulta dialécticamente más hábil, pero no parece una técnica adecuada para garantizar la determinación de la verdad científica o histórica. En muchos contextos, una investigación neutral e imparcial podría parecer un método claramente preferible: como justamente ha puesto de relieve Mirjan DAMAŠKA, cualquier actividad racional de determinación de los hechos aspira a la neutralidad: es esperable que sus protagonistas sean actores desinteresados, más que defensores celosos de un interés de parte<sup>201</sup>.

Además, se ha demostrado históricamente que el proceso *adversary* nunca ha estado en condiciones de funcionar como método para la búsqueda de la

<sup>196</sup> Cfr., p. ej., WALPIN, 2003: 175. Sobre el tema, véase, también, DAMAŠKA, 1997: 143.

<sup>197</sup> Cfr., p. ej., JOLOWICZ, 1975: 188; análogamente, cfr. DENNING, 1955: 34.

<sup>198</sup> En un sentido análogo, cfr. JOLOWICZ, 2003: 281.

<sup>199</sup> Cfr. PEIRCE, 2003: 470 (las cursivas son mías). La crítica de PEIRCE, quien evidentemente conocía bien el sistema procesal *adversarial*, representa un golpe al corazón de la teoría de la que se habla en el texto.

<sup>200</sup> Esa parte puede, de hecho, haber aportado una cantidad tal de pruebas que le permitiera prevalecer sobre el adversario: cfr. BAYLES, 1990: 166.

<sup>201</sup> Cfr. DAMAŠKA, 1997: 147.

verdad. Siempre ha ofrecido a las partes numerosas ocasiones para ocultar, distorsionar y manipular la verdad acerca de los hechos<sup>202</sup>. Así, las partes pueden decidir aportar sólo las pruebas que resulten favorables a sus intereses, y descartar las pruebas que sean contrarias a ellos; cada parte tiende, asimismo, a presentar sólo una fracción de los hechos y no tiene ningún interés en una búsqueda neutral de las informaciones útiles para su determinación<sup>203</sup>. La oportunidad de que ambas partes disponen para comportarse de esta forma no permite garantizar que al final de la contienda se llegue efectivamente a una reconstrucción fiable de los hechos del caso<sup>204</sup>.

De estas consideraciones se sigue una conclusión unívoca. El proceso *adversary* es estructuralmente inadecuado, y resulta incluso fuertemente contraindicado, para la búsqueda de la verdad<sup>205</sup>, además de fundarse en una ideología de la justicia que no reconoce a la verdad ningún valor positivo<sup>206</sup>. Naturalmente —y esto confirma la tesis de CHASE recordada más arriba—, esto ocurre porque la concepción *adversarial* del proceso está intrínsecamente ligada a la cultura social aún dominante en los Estados Unidos, e, incluso, constituye una de sus expresiones más relevantes<sup>207</sup>. En esta cultura, el individualismo competitivo y adquisitivo sigue siendo el valor fundamental y, por consiguiente, no es sorprendente que también la administración de justicia se sirva de métodos coherentes con este valor y construya ritos que simbólicamente permitan su actuación<sup>208</sup>. Por otra parte, aunque parece evidente que el procedimiento *adversarial* estadounidense no tiene nada que ver con el descubrimiento y la determinación de la verdad, se debe tener presente que, en 1975, el legislador federal asumió una concepción por completo diferente. Así, la Regla 102 de las *Federal Rules of Evidence*, que enuncia el principio general conforme al cual debiera interpretarse todo el conjunto de normas federales sobre la prueba, señala que su objetivo fundamental debe ser «*that*

<sup>202</sup> Cfr. LANGBEIN, 2003: 332 ss.

<sup>203</sup> Cfr. DAMAŠKA, 1997: 145 ss.

<sup>204</sup> Cfr. LANGBEIN, 2003: 338.

<sup>205</sup> En este sentido, véase, más ampliamente, DAMAŠKA, 1997: 146; TARUFFO, 1979: 3 ss., 282 ss.; BAYLES, 1990: 166.

<sup>206</sup> La conclusión que se extrae del texto no resulta contradicha por la existencia de un vasto repertorio de instrumentos de *discovery* (analíticamente regulado por las Reglas 26-37 de las *Federal Rules of Civil Procedure*), que es característico sobre todo del proceso estadounidense. Es necesario tener en cuenta que estos instrumentos están dirigidos a hacer que *las partes* (no el juez) puedan tomar conocimiento de las pruebas de las que disponen las contrapartes; sin embargo, no necesariamente todas estas pruebas son efectivamente practicadas en el *trial* (entre otras razones, porque también pueden ser objeto de *discovery* pruebas inadmisibles). Por consiguiente, el *discovery* está dirigido a maximizar las oportunidades defensivas de las partes, pero no a maximizar la posibilidad de que la decisión final se funde en la determinación de la verdad de los hechos. Sobre la naturaleza y la función del *discovery* la literatura es inmensa y no puede ser referida aquí en forma adecuada. Con todo, cfr. al respecto, DONDI, 1985: 135, 189.

<sup>207</sup> Cfr. CHASE, 2005: 54, 68, 133.

<sup>208</sup> No por casualidad un epistemólogo observa que la supuesta capacidad del *adversary system* para conducir a la verdad es un mito generado por la cultura americana, mientras que en realidad ese sistema es una amenaza para la búsqueda de la verdad: cfr. GOLDMAN, 1999: 282, 288.

*the truth may be ascertained and proceedings justly determined*». Coherentemente con esta perspectiva, se introdujeron significativos poderes de iniciativa instructora para el juez, cuyo propósito evidente era lograr que se determinara la verdad de los hechos, con independencia de cuáles hubieran sido las iniciativas probatorias de las partes. Con todo, el predominio de la ideología *adversarial* ha hecho que la Regla 102 haya sido solamente citada de paso en los manuales de *law of evidence*<sup>209</sup>, del mismo modo que ha provocado, en la práctica, el vaciamiento sustancial de los poderes probatorios del juez<sup>210</sup>.

La concepción *adversarial* de la justicia es sólo una de las diversas manifestaciones de una ideología del proceso que tiene bastante difusión también fuera del contexto norteamericano. Esta ideología se funda en el principio según el cual en el proceso debiera ocurrir todo lo que las partes quieran, y nada más, o nada diferente, de lo que las partes quieran. Como se suele decir, el proceso es una *Sache der Parteien* y —más precisamente— una cosa *privada* de las partes. Es sabido que esta concepción del proceso ha predominado, durante mucho tiempo, en la cultura jurídica europea del siglo XIX<sup>211</sup>. En Italia, su expresión tal vez más lúcida y consecuente se encuentra en la justamente célebre *Relazione* de Giuseppe PISANELLI al proyecto de Código Procesal Civil de 1865, donde sostuvo que el valor primordial del proceso civil, frente al que pierde relevancia cualquier otra exigencia o finalidad, es la realización de la plena libertad y autonomía de las partes en la conducción del proceso y en el desarrollo de sus defensas<sup>212</sup>.

No es posible analizar en profundidad aquí esta ideología del proceso: dado que constituye la base fundamental sobre la que se ha formulado el principio dispositivo, es lícito reenviar, a quien le interese indagar sobre su ámbito de difusión, a la riquísima y no unívoca literatura que desde hace tiempo ha puesto en discusión este principio<sup>213</sup>. Vale la pena, en cambio, poner de relieve algunas implicaciones de esta ideología que conciernen específicamente al problema de la verdad y su función en el ámbito del proceso.

Si el fin fundamental a realizar en el proceso consiste en lograr que las partes ejerzan su poder monopólico de gobernar el procedimiento como quieren, entonces queda claro que la búsqueda de la verdad no está comprendida entre las finalidades del proceso. Como se ha dicho poco antes a propósito del *adversary system*, las partes pueden estar interesadas en ocultar o manipular la verdad de los hechos. Este interés puede estar presente en ambas partes, de modo que cada una de ellas puede intentar distorsionar la verdad en su

<sup>209</sup> Cfr., p. ej., GRAHAM, 2003: 4.

<sup>210</sup> Sobre este tema, cfr. DAMAŠKA, 1997: 113, y véase *infra*, capítulo IV, apartado 5.2.

<sup>211</sup> Cfr. DAMAŠKA, 1997: 162, 173.

<sup>212</sup> Sobre el tema, cfr. TARUFFO, 1980: 108, 114; 2005a: 83 ss.

<sup>213</sup> Sobre el tema, véase, por todos, también para analíticas referencias bibliográficas, la completa reconstrucción realizada por FABIANI, 2008: 107, 131, 142, 228.

propio beneficio, pero siempre estará presente al menos en una de las partes: aquella que sabe que está destinada a la derrota si la verdad de los hechos es efectivamente descubierta. Por otro lado, como también se ha sugerido antes, las versiones de los hechos ofrecidas por las partes pueden ser ambas falsas, de modo que elegir una de ellas como base para la decisión ciertamente no apunta en dirección del descubrimiento de la verdad. Nada garantiza, por otra parte, que la versión de los hechos propuesta por la parte que finalmente resulte victoriosa corresponda a la verdad. Como ha ocurrido en el ámbito de la doctrina norteamericana, tampoco en la doctrina italiana ha faltado quien considere que la posición de las partes «y esa responsabilidad, que deriva de la exclusiva disposición del material mismo [*i. e.*: el material probatorio], son suficientes para que se incorporen al proceso todos los hechos acerca de los cuales es posible conocer la verdad»<sup>214</sup>. Se trata, con todo, de una especie de acto de fe más que del resultado de una demostración, y valen en su contra las consideraciones recién desarrolladas a propósito de la incapacidad del proceso *adversarial* para garantizar el descubrimiento de la verdad. Por otro lado, en los escritos de muchos autores que se han ocupado del principio dispositivo, configurándolo como la regla fundamental del proceso civil italiano, falta por completo alguna referencia a la determinación de la verdad de los hechos, o ésta es invocada de paso y sin detenimiento: en todo caso, esa referencia jamás constituye el centro de la pregunta por la función del proceso civil<sup>215</sup>. Por consiguiente, no hay que maravillarse si de esta literatura aflora un desinterés sustancial y radical por el tema de la verdad de los hechos.

De cuanto se ha dicho hasta ahora, resulta, en cambio, evidente que, tanto para la ideología *adversarial* como para la concepción del proceso inspirada en el principio dispositivo (en cualquiera de sus diversas versiones)<sup>216</sup>, la verdad de los hechos es por completo irrelevante. Aún más: la verdad se presenta como un fin que las partes no pretenden perseguir y, por tanto, cualquier actividad encaminada en esa dirección está destinada a parecer un inútil derroche de tiempo y de recursos.

<sup>214</sup> En este sentido, cfr. BENVENUTI, 1953: 207, quien reconoce, sin embargo, que el «método dispositivo» no ha sido jamás aplicado de forma rigurosa y que, en todo caso, éste no proporciona suficientes garantías de que en el proceso se adquieran todas las informaciones necesarias para determinar la verdad (1953: 224). Sobre el articulado pensamiento de BENVENUTI véase, entre lo más reciente, la amplia reconstrucción de FABIANI, 2008: 162.

<sup>215</sup> El reciente libro de FABIANI (2008) dispensa, afortunadamente, de la carga de ofrecer aquí una multitud de referencias específicas. Nos permitimos, por tanto, remitir a ese texto y, en particular, a las pp. 107, 195, 228, 301.

<sup>216</sup> Acerca de las diversas versiones del principio dispositivo resulta nuevamente útil la remisión a FABIANI (2008: 107, 195, 228, 301).

#### 4.3. Verdad y legalidad de la decisión

La difusión de las concepciones que —como las recordadas más arriba— consideran irrelevante la calidad de la decisión que concluye el proceso y que, por consiguiente, niegan todo valor a la determinación de la verdad, no demuestra ciertamente que esas concepciones sean correctas, ni aún menos que sean las únicas legítimas o posibles. Esa difusión sólo demuestra cuán fácil es perder de vista la función instrumental del proceso, esto es, el que éste no se desarrolla solamente para celebrar un rito social, ni con el fin de ofrecer a las partes un ambiente en el que desahogar su espíritu competitivo. Nada impide concentrar la atención sobre los aspectos específicamente procedimentales del proceso, pero no se debe olvidar que el proceso es el medio, no el fin.

Desde este punto de vista, el problema es, de nuevo, el de las finalidades que se asignan al proceso y la función que éste debiera desarrollar. Como ya se ha indicado, si se parte de la premisa de que esa función consiste simplemente en la *dispute resolution*, el proceso se presenta entonces, efectivamente, como un instrumento, pero para la realización de un objetivo que consiste únicamente en poner término a la controversia. De este modo, se pone énfasis en la eficacia del proceso como instrumento de una posible pacificación social, pero no se considera relevante la calidad de la decisión que resuelve la controversia. El mismo objetivo se puede alcanzar, de hecho, también mediante decisiones injustas, o fundadas en reconstrucciones erradas de los hechos, en la medida que las partes acepten, por cualquier razón, la decisión y, en consecuencia, descarten prolongar el conflicto. Desde esta perspectiva, no son relevantes las razones por las que eso pueda ocurrir: es posible que la parte injustamente derrotada renuncie a impugnar la sentencia porque no dispone de los recursos necesarios para hacerlo, pero eso no quita que la controversia, en todo caso, haya concluido.

La perspectiva cambia completamente si no se admite que *cualquier* solución de la controversia es buena en la medida que sea eficaz en el sentido antes indicado, y se considera, en cambio, que la decisión que resuelve la controversia debe ser dictada *conforme a derecho*. No se trata de un dogma absoluto, como lo demuestra el hecho de que muchos no lo comparten, sino de una premisa que es difícil omitir en los sistemas democráticos y constitucionales modernos. Es suficiente, para estos efectos, recordar, por un lado, que el art. 24, inciso primero, de la Constitución italiana no configura el derecho de acción como una facultad abstracta, sino como una facultad dirigida al fin de obtener la tutela jurisdiccional de los derechos subjetivos y los intereses legítimos del actor<sup>217</sup>. La acción judicial no se dirige, por consiguiente, de

<sup>217</sup> Entre la amplia literatura sobre el tema, todavía resulta fundamental la remisión a COMOGLIO, 1970: 97, 161, 287.

forma genérica, a obtener la solución de una controversia, sino a lograr que se determine la existencia de una situación jurídica. Como afirma justamente Luigi FERRAJOLI en una obra reciente, en los sistemas inspirados por el principio de estricta legalidad, la jurisdicción desarrolla una función fundamental de garantía, que se inserta orgánicamente en el contexto de una teoría articulada de la democracia<sup>218</sup>.

Por otro lado, esta función de garantía se desarrolla, esencialmente, a través de la determinación de la posición jurídica que constituye el objeto sobre el que recae el ejercicio de la jurisdicción, y que comprende tanto la dimensión jurídica de la controversia, es decir, el derecho sobre cuya existencia se discute, como la dimensión fáctica de la misma, es decir, la determinación de las circunstancias concretas en las que se funda la existencia de ese derecho<sup>219</sup>. En otras palabras, en los sistemas regidos por el principio de legalidad, la jurisdicción tiene como fin la determinación y la actuación del derecho: esto implica que la decisión judicial debe fundarse en la correcta aplicación de la ley a las circunstancias del caso concreto. Esta afirmación suena bastante obvia, y es tan recurrente en la doctrina procesal, que no parecen necesarias referencias bibliográficas. Con todo, no siempre hay claridad sobre las consecuencias que se derivan de ella. De modo general, asumir que se debe decidir conforme a derecho significa introducir un requisito de calidad de la decisión, la cual se vuelve, por consiguiente, objeto de evaluación también en sí misma, y no sólo como resultado de un procedimiento potencialmente idóneo para poner término a la controversia. Esto equivale a admitir la posibilidad de trazar una distinción entre decisiones «buenas» y «malas» decisiones. Todas las decisiones pueden resolver *de facto* la controversia, pero sólo las «buenas» decisiones, formuladas correctamente conforme a derecho, son aceptables, mientras que las «malas», dado que no están fundadas jurídicamente, no son aceptables, con independencia del procedimiento del que hayan resultado y con independencia también de que puedan concluir en la práctica el conflicto entre las partes.

No es preciso discutir aquí qué condiciones deben concurrir para que una decisión sea adoptada conforme a derecho: la rica literatura existente sobre la interpretación y la aplicación del derecho nos presta auxilio y me exime de la necesidad de una profundización adicional del problema. Lo que sí interesa destacar es que una condición necesaria para la corrección jurídica de la decisión es que esté fundada en una determinación verdadera de los hechos del caso. Por una parte, porque es evidente que un sujeto es efectivamente titular de un derecho sólo si son verdaderos los hechos de los que depende en concreto la existencia de ese derecho<sup>220</sup>. Por tanto, una sentencia que afirma,

<sup>218</sup> Cfr. FERRAJOLI, 2007: 213, 880 ss.

<sup>219</sup> Cfr. *ibid.*: 203, 212.

<sup>220</sup> Cfr. LYNCH, 2004: 237.

respecto de un sujeto, la existencia de un derecho, debe haber determinado de forma verídica la realización de todas las condiciones de hecho —además de las del derecho— necesarias para que se pueda sostener que ese sujeto es realmente titular de ese derecho<sup>221</sup>. Por otra parte, se debe tener en cuenta la estructura esencialmente condicional de las normas que son objeto de aplicación. Simplificando un poco, se puede decir que en principio cada norma prevé que las consecuencias jurídicas que ella dispone se produzcan si en el caso concreto ha ocurrido un hecho que corresponde al «tipo» de hecho previsto en el antecedente de la misma norma. Si H entonces CJ: si un hecho del tipo H ha ocurrido, entonces la norma se aplica y produce en el caso particular las consecuencias jurídicas previstas<sup>222</sup>.

Todo esto resulta bastante obvio desde la perspectiva de la teoría de las normas y del análisis de los supuestos de hecho, de modo que no parece necesario ampliar el discurso y basta hacer un nuevo reenvío a la amplia literatura pertinente. Lo que, sin embargo, importa destacar es que si no ha ocurrido el supuesto de hecho del que depende la aplicación de la norma, ésta no puede ser aplicada en el caso concreto. Si, con todo, la norma es aplicada faltando ese presupuesto, la decisión que se sigue es defectuosa y resulta jurídicamente errónea. Esto equivale a decir que la determinación de la verdad de los hechos correspondientes al supuesto de hecho abstracto regulado por la norma es una *condición necesaria* para la correcta aplicación de la norma en el caso concreto: la verdad de la determinación de los hechos es un requisito esencial de la legalidad de la decisión<sup>223</sup>.

Por consiguiente, la verdad de los hechos no sólo no es irrelevante: por el contrario, condiciona y determina la corrección jurídica de la solución de la controversia. Como se suele decir, ninguna norma se aplica de forma justa a hechos erróneos: como recordaba BENTHAM, la falsedad es la sirvienta de la injusticia<sup>224</sup>.

#### 4.4. Verdad y debido proceso

Una argumentación convergente en muchos sentidos con la que acaba de ser expuesta, se puede articular a partir de la noción de «debido proceso». Esta noción no es nueva, pero ha experimentado un *revival* con ocasión de la reciente reforma del art. 111 de la Constitución italiana. Ésta ha dado lugar, rápidamente, a una amplia literatura que no es posible discutir aquí de forma

<sup>221</sup> Como subraya GOLDMAN (1999: 296), entre *accuracy* y *substantive justice* de la decisión no existe contradicción: refieren, más bien, a la misma cosa.

<sup>222</sup> Sobre el tema, cfr., también para referencias bibliográficas, TARUFFO, 1992: 45 ss.

<sup>223</sup> Al respecto, más ampliamente, cfr. TARUFFO, 2002c: 225; 1992: 42.

<sup>224</sup> Cfr. HAACK, 2007b: 14.

exhaustiva<sup>225</sup>. Con todo, cabe subrayar que han surgido al menos dos nociones diversas de «debido proceso». Según la primera de ellas, el debido proceso requiere que se respeten todas las garantías procesales fundamentales y, en particular, las que se refieren a los derechos de las partes. Aunque ciertamente se trata de una noción aceptable, cabe observar que, de este modo, los criterios del debido proceso terminan por coincidir sustancialmente con las garantías fundamentales del proceso que han sido definidas por la doctrina y por la jurisprudencia constitucional desde hace ya tiempo. Se trataría entonces de una repetición sintética de principios ya conocidos y, en buena medida, ya realizados. Por otra parte, esta concepción termina por ser análoga a las que poco antes fueron recordadas y que se designan bajo el nombre de *procedural justice*, pues ella tampoco toma en cuenta la naturaleza y la calidad de la decisión que concluye el procedimiento. De este modo, existe un debido proceso si y en tanto es correcto el procedimiento a través del cual se articula; lo que concierne a la decisión es, desde esta perspectiva, irrelevante.

De acuerdo con la segunda interpretación de la expresión «debido proceso», existe un debido proceso si éste está construido de modo tal que, además de asegurar la efectividad de las garantías, se logren obtener decisiones justas<sup>226</sup>. En apoyo de esta interpretación se puede argumentar que difícilmente se podría reputar «debido» un proceso que esté sistemáticamente dirigido a producir decisiones injustas, o en el que la posibilidad de una decisión injusta sea irrelevante. Para evitar esta posibilidad no es suficiente que el proceso se articule a través de un procedimiento correcto desde el punto de vista de las garantías. No es válido el argumento, puramente verbalista y conceptualmente circular, según el cual las decisiones que derivaran de este procedimiento serían justas por definición. Lo cierto es precisamente lo contrario. También un proceso en el que han sido respetadas las garantías fundamentales puede producir una decisión injusta, como ocurrirá —por ejemplo— si ha sido infringida o mal aplicada la norma sustantiva que regula la situación que es objeto del proceso.

Este punto es de gran importancia. No es posible hacer colapsar el razonamiento y reducir la justicia de la decisión a la corrección del procedimiento del que ella se deriva. Si así fuera, nos encontraríamos de nuevo frente a una concepción meramente *procedural* de la justicia, en la que no tendría ningún valor la calidad de la decisión final. El concepto de «decisión justa» implica en cambio, como ya se ha dicho a propósito de la aplicación del principio de legalidad a la decisión judicial, que la decisión sea tomada en cuenta en sí misma, distinguiéndola del procedimiento del que representa el resultado y

<sup>225</sup> Cfr., entre lo más reciente, CHIARLONI, 2008: 129; los ensayos recogidos en GUARNERI y ZANNOTTI, 2006; COMOGGIO, 2004; CAPPONI y VERDE, 2002; así como los escritos de BOVE, 2002: 482; MONTELEONE, 2001: 523; CHIARLONI, 2000: 453.

<sup>226</sup> En un sentido análogo, cfr. CHIARLONI, 2008: 145.

valorándola conforme a un criterio autónomo, independiente del que se utiliza para evaluar la justicia del procedimiento. En otras palabras, la justicia de la decisión no deriva exclusivamente de la corrección del procedimiento y no se agota en ésta, sino que depende de la concurrencia de condiciones específicas<sup>227</sup>. Estas condiciones pueden ser resumidas en tres: a) que la decisión sea el resultado de un proceso justo, pues difícilmente sería aceptable como justa una decisión producida en un proceso en el que hayan sido violadas las garantías fundamentales; b) que haya sido correctamente interpretada y aplicada la norma que ha sido asumida como criterio de decisión, pues —como hemos visto poco antes— no puede considerarse justa una decisión que no haya sido dictada conforme a derecho, con observancia del principio de legalidad, y c) que se funde en una determinación verdadera de los hechos de la causa, ya que —como también se ha dicho— ninguna decisión es justa si se funda en hechos erróneos.

Estas condiciones son *todas conjuntamente necesarias*, de modo que es evidente que aun la falta de una sola de ellas haría imposible calificar la sentencia como justa. Ninguna de estas condiciones es, en cambio, suficiente, de forma individual, para determinar la justicia de la decisión<sup>228</sup>.

En cuanto a lo que aquí interesa, de esta concepción de la justicia de la sentencia se derivan al menos dos implicaciones relevantes. La primera es que la condición que consiste en la «justicia del proceso» es necesaria, pero por sí sola no es suficiente para determinar la justicia de la decisión. La principal razón de esto consiste en que, aun en el caso que las partes hayan podido articular y desarrollar todas sus defensas —y que, por consiguiente, hayan sido respetadas las garantías fundamentales y, en particular, el principio del contradictorio—, eso no implica, de ningún modo, que el proceso logre determinar la verdad de los hechos. Es perfectamente posible que las defensas de las partes no hayan sido adecuadas, por cualquier razón, para la obtención de ese fin<sup>229</sup>. Además, como ya ha sido observado precedentemente<sup>230</sup>, las partes pueden no tener interés en el descubrimiento de la verdad, los abogados recurren a menudo a su habilidad profesional para evitar que ello ocurra y, en general, no se puede asumir que la contienda entre las partes conduzca a la verdad.

La segunda implicación es que la determinación de la verdad de los hechos es necesaria, aunque no suficiente por sí sola para alcanzar la justicia de la decisión<sup>231</sup>. Esa determinación no es suficiente, porque aunque la decisión se fundara en una reconstrucción verdadera de los hechos, podrían haber sido

<sup>227</sup> Más ampliamente acerca de estos temas, cfr. TARUFFO, 2002c: 219.

<sup>228</sup> Cfr. TARUFFO, 2002c: 224.

<sup>229</sup> Cfr., más ampliamente, TARUFFO, 2006b: 477. Véase, además, *infra*, capítulo IV, apartado 5.

<sup>230</sup> Véase *supra*, apartado 4.2.

<sup>231</sup> Análogamente, cfr. CHIARLONI, 2008: 147.

vulneradas las garantías del proceso, o podría haber sido infringida la norma sustantiva a la que el juez ha hecho referencia. Pero la verdad de los hechos sí es necesaria, tanto en sí misma, porque una decisión adoptada sobre la base de una versión falsa de los hechos no puede considerarse justa, como porque —como ya se ha dicho— la determinación verdadera de los hechos constituye a su vez una premisa necesaria para la aplicación correcta de la ley que regula el caso.

Dado que parece demostrado que, por un lado, la determinación de la verdad de los hechos en el proceso es *posible*<sup>232</sup> y que, por otro lado, esa determinación es *necesaria*, se sigue entonces que un procedimiento satisface las exigencias del debido proceso si está dirigido sistemáticamente a lograr que se determine la verdad sobre los hechos relevantes para la decisión, y que no las satisface en la medida que esté estructurado de una forma que obstaculice o limite el descubrimiento de la verdad, pues en este caso lo que se obstaculiza o se limita es la justicia de la decisión con la que el proceso concluye<sup>233</sup>.

#### 4.5. Verdad e imparcialidad

Que el juez deba ser imparcial constituye una afirmación de la que, con toda probabilidad, nadie nunca ha dudado: la imparcialidad ha sido desde siempre un principio fundamental de cualquier sistema de administración de justicia, y no por casualidad está enunciado en numerosos documentos, como por ejemplo en el art. 6 núm. 1 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre. Por consiguiente, la referencia a la imparcialidad del juez, introducida en el art. 111 de la Constitución italiana con la reforma de 1999<sup>234</sup>, parece una obviedad; aun cuando esa novedad no haya sido por completo irrelevante, ya que ha servido de pretexto a alguna literatura dedicada, sobre todo, a la hipótesis de parcialidad que se derivaría del hecho que el mismo juez se haya ocupado antes de la misma controversia<sup>235</sup>. Nadie podría razonablemente pensar, sin embargo, que solamente a partir de 1999 se impuso a los jueces italianos el deber de ser imparciales y que antes de la reforma del art. 111 hubieran tenido la facultad de no serlo. Con todo, hay algunos aspectos del problema de la imparcialidad del juez que no son totalmente triviales.

Ante todo, no se debe olvidar que el concepto general de imparcialidad presenta diversos niveles de complejidad y de variabilidad semántica, al tra-

<sup>232</sup> Al respecto, véase, más ampliamente, TARUFFO, 1992: 50.

<sup>233</sup> Para un análisis de las normas que tienen como efecto limitar o impedir la determinación de la verdad, véase *infra*, capítulo IV, apartados 2.2, 3 y 4.

<sup>234</sup> En este sentido, cfr., recientemente, CHIARLONI, 2008: 140.

<sup>235</sup> Por lo demás, el problema ya había sido objeto de elaboración doctrinal y jurisprudencial también precedentemente: para referencias cfr. CARPI y TARUFFO, 1984: 158. Entre la doctrina sucesiva a la reforma del art. 111, cfr., en particular, PROTO PISANI, 2000: 87; SCARSELLI, 2000: 87; CHIARLONI, 2008: 140.

tarse de un concepto que está presente no sólo en el ámbito del proceso y del derecho, sino también en el ámbito de la ética y de la política<sup>236</sup>. En el contexto de la imparcialidad «procesal» hay, además, un aspecto que se suele descuidar, pero que resulta de interés en el marco del discurso que se ha desarrollado en estas páginas. Éste aflora cuando se establece una conexión directa entre imparcialidad y verdad, subrayando la existencia de una concepción epistemológica de la imparcialidad, que la caracteriza no sólo como una condición preliminar para alcanzar la verdad, sino incluso como una «parte integrante y profunda de ella»<sup>237</sup>. La imparcialidad podría ser, entonces, un «criterio de verdad interno al procedimiento de elaboración de un juicio»: en otras palabras, una condición necesaria, aunque obviamente no suficiente, de la verdad<sup>238</sup>. Establecida esta correlación en términos generales, y dado que el juez ejecuta un procedimiento de elaboración de un juicio con el fin, en particular, de formular la decisión sobre los hechos de la causa, se vuelve evidente que el concepto de imparcialidad del juez no se agota —a diferencia de lo que comúnmente se cree— en las condiciones que la ley prevé para asegurar que el juez no sea parcial, regulando las hipótesis de abstención y de recusación. Es claro que el juez no debe encontrarse en ninguna de esas hipótesis, pero éste es solamente un aspecto del problema. La imparcialidad del juez se dirige además hacia un fin determinado, esto es, hacia la búsqueda de la verdad: un juez parcial no puede alcanzar ese resultado porque se deja influenciar, en el proceso y en la formulación de la decisión final, por factores extraños a la determinación de la verdad, tales como su interés personal en la causa, sus prejuicios<sup>239</sup> o las relaciones de diversa índole que mantiene con las partes de la causa.

Por consiguiente, el juez es realmente imparcial en tanto busca de forma objetiva la verdad de los hechos, haciendo de ella el verdadero y exclusivo fundamento racional de la decisión. Aún más, desde este punto de vista la búsqueda de la verdad se vuelve una nota esencial de la imparcialidad del juez. Como dice el art. 10 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, «el juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos». Esto implica que el juez no debe limitarse a permanecer en una posición de ajenidad y de equidistancia con respecto a las partes, y de indiferencia con respecto al objeto de la controversia: debe, además, dirigir su actuación hacia la finalidad consistente en la determinación de la verdad de los hechos sobre la base de las pruebas.

<sup>236</sup> Sobre el tema, véase el amplio análisis de TRUJILLO, 2003.

<sup>237</sup> En el ámbito de la epistemología general la relación entre imparcialidad y verdad ha sido destacada por HAACK (2007a: 171), según quien «*the closer you come to the ideal of impartiality, the greater your evidential reach, the fairer your judgment of the worth of evidence, and the better conducted your inquiry*».

<sup>238</sup> Cfr. TRUJILLO, 2003: 14, de donde se han extraído las citas textuales.

<sup>239</sup> Se hace referencia aquí al *confirmation bias* que puede derivarse del hecho que el juez ya se haya ocupado precedentemente de las mismas cuestiones, y que ha sido considerado poco antes en el texto.

Desde esta perspectiva, la disposición constitucional que se refiere a la imparcialidad del juez en el mismo contexto en que se habla de debido proceso adquiere un significado bastante menos obvio de lo que podría parecer *prima facie*. Si, como se ha dicho poco antes, el debido proceso está dirigido, estructural y funcionalmente, hacia la consecución de decisiones justas, y si la determinación de la verdad de los hechos es una condición necesaria de la justicia de la decisión, entonces la imparcialidad del juez puede calificarse también como una condición para la obtención de un juicio verdadero sobre los hechos y, por consiguiente, como un elemento necesario de la corrección del proceso. Dicho de forma más precisa: la determinación de los hechos sobre la base de las pruebas, realizada de forma imparcial representa una condición necesaria de un debido proceso.

Llegados a este punto, cabe preguntarnos si acaso no existe una contradicción entre el fin que se ha atribuido a la imparcialidad del juez y la tesis, bastante difundida, según la cual el juez sólo podría ser imparcial si no dispone de poderes de instrucción autónomos o bien, en el caso de que la ley le haya conferido estos poderes, cuando se abstiene en todo caso de ejercerlos<sup>240</sup>. Es decir, cabe dudar de que la imparcialidad, entendida como búsqueda objetiva de la verdad, resulte compatible con la imparcialidad entendida como pasividad del juez frente al monopolio de las partes sobre las iniciativas probatorias.

Con todo, el problema es más aparente que real. Por un lado, se podría decir que la imparcialidad como búsqueda de la verdad no implica necesariamente el ejercicio de poderes de instrucción por parte del juez, pudiendo hacer referencia a la valoración objetiva y equilibrada de las pruebas ofrecidas por las partes: esta idea de imparcialidad sería, por consiguiente, compatible con la imagen de un juez pasivo. Pero esta respuesta sólo sería satisfactoria si se asumiera la premisa de que las partes, a través de sus poderes de iniciativa probatoria, dirigen el proceso hacia el descubrimiento de la verdad. Sin embargo, como se ha indicado anteriormente<sup>241</sup>, esa premisa carece de fundamento: algunas veces las partes aportan efectivamente todas las pruebas disponibles y, entonces, el juez no tiene ocasión de utilizar sus poderes probatorios y permanece, correctamente, pasivo. Pero también es posible que las partes no dirijan sus actuaciones hacia la determinación verdadera de los hechos, dado que es evidente que las partes persiguen la victoria y no el descubrimiento de la verdad. En este caso, la pasividad del juez terminaría por jugar un rol contraepistémico, pues el juez pasivo dejaría que el proceso estuviera dominado por sujetos que, en la mayor parte de los casos, son indiferentes (si es que no hostiles) con respecto al descubrimiento de la verdad. Por consiguiente, la

<sup>240</sup> Se trata de un lugar común bastante difundido en la doctrina italiana. Cfr., p. ej., LIEBMAN, 1962: 12; MONTESANO, 1978: 189; FAZZALARI, 1972: 193. Por lo que respecta a la actitud análoga en la cultura jurídica norteamericana, cfr. DAMAŠKA, 1997: 178. Sobre el tema, véase, además, *infra*, capítulo IV, apartado 5.

<sup>241</sup> Véase *supra*, apartado 4.2.

atribución al juez de poderes de instrucción adecuados y su efectivo ejercicio parecen constituir un aspecto relevante del debido proceso, en la medida que se trata de instrumentos necesarios —aunque accesorios— para la búsqueda de la verdad<sup>242</sup>.

Por otro lado, como se demuestra en otro lugar<sup>243</sup>, no es cierto en absoluto que el juez que ejerce poderes de instrucción pierda de ese modo su imparcialidad. Esto ocurriría si el juez ejercitara sus poderes *de forma parcial*, esto es, con la intención de favorecer a una u otra parte, pero no es lo que ocurre cuando el juez los ejerce *de forma imparcial*, esto es, con el fin «objetivo» de adquirir conocimientos relevantes y útiles para la determinación de la verdad. Naturalmente, si las pruebas adquiridas de oficio por el juez tienen resultados positivos, incidirán sobre la decisión final, en la medida que inclinarán la decisión sobre los hechos en un sentido o en otro y en cuanto determinarán, por consiguiente, la victoria de una o de otra parte; pero esto no significa que el juez haya sido parcial porque ha dispuesto la práctica de esas pruebas. Es, por decirlo así, la verdad de los hechos la que determina el resultado de la controversia, no el juez.

En consecuencia, para ser imparcial, no es necesario que el juez sea pasivo y *neutral* en el ámbito del proceso: ser imparciales no significa no tomar posición (es decir: permanecer neutrales). Por el contrario, «la imparcialidad hace referencia a una posición activa en el juicio» y «da estructura al juicio»<sup>244</sup>, y presupone, por consiguiente, un rol activo de quien debe —asimismo— ser imparcial. Es posible, entonces, que una actitud activa del juez se traduzca en una búsqueda objetiva e imparcial de la verdad acerca de los hechos.

## 5. ¿VERDAD NEGOCIADA?<sup>245</sup>

Sobre el fondo que de este modo se ha trazado, cabe plantear ahora el problema de la posibilidad de que se adopten acuerdos entre las partes que tengan por objeto la verdad de los hechos de la causa. El problema surge, esencialmente, a raíz de la consolidación —en el ordenamiento italiano, como en muchos otros<sup>246</sup>— de la tendencia a definir los hechos que deben ser deter-

<sup>242</sup> Sobre la función epistémica de los poderes de instrucción del juez, véase *infra*, capítulo IV, apartado 5.

<sup>243</sup> Véase *infra*, capítulo IV, apartado 5.

<sup>244</sup> Sobre la diferencia entre imparcialidad y neutralidad, cfr. TRUJILLO, 2003: 50.

<sup>245</sup> Una versión de este apartado fue publicada antes en el número especial de la *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* titulado *Accordi di parte e processo* (2008, suplemento al núm. 3).

<sup>246</sup> Cfr., p. ej., el § 138 de la *Zivilprozessordnung* alemana, el art. 405, núm. 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Cfr., también, las Reglas 8(b) y 8(d) de las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses. Estas normas son sustancialmente equivalentes a los arts. 167, inciso primero, y 416, inciso tercero, del Código de Procedimiento Civil italiano, en la medida que prevén la carga del demandado de oponerse oportunamente a los hechos alegados por el actor y, a falta de oposición, consideran

minados en juicio en función de la conducta de las partes, es decir, mediante la combinación entre la *alegación* de los hechos por obra de una de las partes y la *oposición* a ellos por obra de la otra parte. De este modo, si un hecho alegado no es (oportunamente) objeto de oposición, se considera *pacífico*, lo que significa, aproximadamente —al menos según la opinión prevaeciente en la jurisprudencia—, que aquél no es objeto de prueba y tampoco de decisión<sup>247</sup>.

En el origen de este fenómeno hay principalmente dos órdenes de factores: uno de carácter funcional y otro de carácter ideológico.

El factor de carácter funcional está determinado por ciertas consideraciones, con las que, en cierta medida, se puede coincidir, y que pueden definirse como de *economía procesal*. En otras palabras, se persigue que el objeto de la eventual actividad de instrucción resulte reducido y simplificado en la mayor medida posible al inicio del proceso: un hecho que no ha sido objeto de oposición es excluido del *thema probandum*, y eso implica una reducción y una simplificación del trabajo del juez, así como del procedimiento, en lo que concierne a la admisión y a la práctica de las pruebas<sup>248</sup>. Si ninguno de los hechos alegados recibiera oposición, se obtendrían muchos beneficios, porque no habría necesidad de probar hecho alguno y la decisión podría limitarse a los aspectos de derecho de la controversia. No por casualidad la jurisprudencia no ha vacilado en crear y aplicar intensamente la categoría del «hecho pacífico», esto es, del hecho con respecto al cual el juez no tiene nada que hacer, y sobre el cual no corre riesgo alguno de decidir de modo erróneo.

Las exigencias que se relacionan con la economía procesal deben ser valoradas seriamente, sobre todo en sistemas caracterizados por la ineficiencia de la justicia civil, como sucede con el italiano, pero es lícito dudar que ellas deban considerarse como absolutamente prioritarias y tan imperiosas como para suprimir y anular cualquier otra exigencia o valor procesal. Quien pensara en el funcionamiento del proceso sólo en términos de eficiencia en la resolución de las controversias, podría considerar tentador resucitar —en una época *new age*— las ordalías medievales, que eran, en efecto, muy rápidas y eficaces; o quizá se podría recurrir al lanzamiento de los dados practicado por el juez Bridoye, o a la *random justice* de la que ha hablado recientemente un filósofo inglés<sup>249</sup>. Tal vez, sin embargo, la eficiencia del procedimiento y la economía de las actividades procesales debieran ser compatibilizadas con la realización

esos hechos como admitidos. Para una perspectiva comparativa sobre el tema, cfr. DAMAŠKA, 1997: 155, 168.

<sup>247</sup> En Italia, la alegación y la oposición/falta de oposición a los hechos han sido objeto de amplios desarrollos jurisprudenciales y de extensos y rigurosos análisis doctrinales. Sobre el tema, cfr., en particular, BUONCRISTIANI, 2001; COMOGLIO, 1987: 274; 1976a: 73; CARRATTA, 1995; CIACCIA CAVALLARI, 1992 y 1993; DEL CORE, 2004: 112; PROTO PISANI, 2003.

<sup>248</sup> Argumentos de este tipo se encuentran desperdigados en la literatura sobre el tema, citada en la nota precedente.

<sup>249</sup> Cfr. DUXBURY, 1999.

de otros valores inherentes al proceso y a la administración de justicia que no son menos importantes y que, por tanto, no pueden ser sacrificados a priori, como ocurre con la justicia de las decisiones judiciales.

Por otro lado, si se asume la premisa enunciada más arriba, según la cual la determinación de la verdad de los hechos constituye una condición necesaria de la justicia de la decisión, se sigue que toda excepción o limitación que afecte esa determinación comporta inevitablemente —aun cuando esto suceda por razones dignas de alguna consideración— un déficit en el descubrimiento de la verdad y, por consiguiente, un déficit equivalente en la legalidad y la justicia de la decisión. En realidad, si suponemos que A, B, C y D son los hechos relevantes alegados, pero C y D se consideran pacíficos porque no han sido objeto de oposición, y por ende se establecen con pruebas sólo los hechos A y B, la consecuencia es que termina con bastar una verdad *incompleta*: nada se determina, de hecho, acerca de la verdad o falsedad de los enunciados relativos a los hechos C y D.

El factor de carácter ideológico, que subyace evidentemente a la concepción negocial de la verdad procesal, deriva de la bien conocida y ya recordada concepción del proceso civil según la cual éste sería sólo una «cosa privada de las partes», con la consecuencia de que en el proceso debiera suceder todo lo que las partes quieren y nada más o nada distinto de lo que las partes quieren<sup>250</sup>. Esta ideología está muy difundida y tiene numerosas implicaciones que no pueden ser consideradas aquí ni siquiera sumariamente, aunque han sido discutidas desde hace tiempo por una amplia y variada literatura<sup>251</sup>. Sí parece necesario, en cambio, poner en evidencia lo que dicha ideología implica respecto de la identificación de los hechos que deben ser probados.

Se trata, en síntesis, de una concepción negocial según la cual correspondería exclusivamente a las partes, a través de la alegación y la oposición o la falta de oposición a los hechos, el poder de establecer qué debe o no debe ser probado<sup>252</sup>, y también el poder de determinar qué se debe o no se debe tener por verdadero a efectos de la decisión.

La idea de que las partes puedan estipular un acuerdo con respecto a los hechos que forman parte del *thema probandum* tiene, con respecto a la verdad de los hechos que no han sido objeto de oposición, algunas consecuencias que la jurisprudencia mayoritaria acoge, tales como la imposibilidad para el juez de admitir pruebas presentadas por las partes o de disponer de oficio la práctica de pruebas, respecto del hecho no negado, o la exigencia

<sup>250</sup> Al respecto, véase *supra*, apartado 4.2.

<sup>251</sup> Cfr. TARUFFO, 2006b: 452; BUONCRISTIANI, 2001: 16, también para ulteriores referencias bibliográficas. Sobre el tema, véase también *supra*, apartado 4.2.

<sup>252</sup> Sobre el problema de la inclusión o no de la determinación del *thema probandum* en el contenido del principio dispositivo existen variaciones en las opiniones de la doctrina. Al respecto, cfr., también para analíticas referencias bibliográficas, FABIANI, 2008: 124, 132, 141, 147, 158, 179, 232, 242.

de que tenga por verdadero ese hecho sin realizar con respecto a él ninguna valoración<sup>253</sup>. En ciertos casos se trata de consecuencias paradójicas, como ocurre, por ejemplo, cuando se llega a decir que el juez no debiera tomar en cuenta ninguna prueba respecto del hecho «pacífico» y, por consiguiente, tampoco las que demuestren su falsedad, ni aun en el caso que su falsedad resulte demostrada por una prueba vinculante (como, por ejemplo, una escritura pública). En otros casos se trata de consecuencias poco perspicuas, como ocurre cuando se sostiene que las partes podrían determinar negociadamente la verdad de un hecho sólo cuando la controversia se refiera a derechos disponibles, mientras que el negocio en cuestión estaría excluido cuando se tratara de derechos no disponibles, con la consecuencia de que sólo en esta segunda hipótesis el juez debiera determinar la verdad de los hechos<sup>254</sup>. De este modo se introduce una bifurcación difícilmente justificable, conforme a la cual el proceso estará o no dirigido a determinar la verdad de los hechos según si la controversia versa sobre derechos no disponibles, en cuyo caso la verdad debiera ser determinada, o sobre derechos disponibles, caso en el que la verdad de los hechos podría ser determinada sólo si las partes lo acuerdan así, esto es, sólo en el caso de que el demandado exprese la voluntad «negocial» de no concordar con el actor sobre la «verdad» de los hechos que éste ha alegado.

La concepción negocial de la determinación de los hechos es discutible por varias razones<sup>255</sup>, la más importante de las cuales es que parece fundarse en un equívoco con respecto a la naturaleza y a la función de la alegación de los hechos y de la oposición o falta de oposición a los mismos. Por otra parte, muchos dudan, con razón, de que se pueda hablar, en nuestro proceso civil, de un «principio de alegación» o de una «carga de alegación»<sup>256</sup>. Es oportuno aclarar, por consiguiente, a qué se hace referencia cuando se habla de la naturaleza y de los efectos de estas conductas de las partes.

Ante todo, es necesario precisar que la alegación de un hecho consiste en la formulación de un enunciado descriptivo de ese hecho, realizada por una parte en uno de sus actos. Este enunciado se caracteriza por expresar una pretensión de verdad, pues la parte que alega el hecho lo afirma como verdadero. Esto corresponde con las condiciones conversacionales de GRICE, según el cual sería incorrecto afirmar un hecho y, contextualmente, negar su verdad<sup>257</sup>.

<sup>253</sup> Cfr., en particular, Cass. S.U. 23 de enero de 2002, núm. 761, en *Foro Italiano*, 2002: I, 2030 ss., con comentario de CEA (2002) y en *Corriere Giuridico*, 2003: 1335 ss., con comentario de FABIANI (2003). Sobre la jurisprudencia referida al tema véase, además, la reseña de DEL CORE, 2004: 125; para ulteriores referencias bibliográficas, cfr. CARPI y TARUFFO, 1984: 553, 1192.

<sup>254</sup> Cfr. la jurisprudencia citada en la nota precedente y BUONCRISTIANI, 2001: 19 ss.

<sup>255</sup> Para diversas críticas a esta concepción, cfr., en particular, DE ANGELIS, 2005: 317; CIACCIA CAVALLARI, 1993: 6; CARRATTA, 1995: 264.

<sup>256</sup> Sobre el tema, cfr., recientemente, también para ulteriores referencias, FABIANI, 2008: 242.

<sup>257</sup> Cfr. GRICE, 1989: 27 ss.

Con todo, esto no implica que ese hecho sea verdadero: el enunciado que lo describe puede ser verdadero o falso, pero el estatus epistémico del enunciado que es objeto de alegación sigue siendo el de incertidumbre. Esta incertidumbre sólo podrá ser resuelta por el juez en la decisión final sobre la base del resultado de las pruebas.

En segundo lugar, debe considerarse que la alegación de un hecho no tiene *por sí misma* ningún efecto dispositivo o normativo: solamente cuando la parte lo reconduce a un supuesto de hecho legal y le atribuye una calificación jurídica, el hecho alegado se vuelve «constitutivo» de una situación jurídica e íntegra, por ejemplo, la *causa petendi* de la demanda<sup>258</sup>. Un hecho que es alegado, pero al que no se da alguna calificación jurídica, carece de eficacia constitutiva, como ocurre cuando se alegan hechos secundarios, los que justamente por su naturaleza no «constituyen» ninguna situación jurídica<sup>259</sup>. Esto equivale a decir que si el hecho alegado es considerado en su propia formulación, es decir, en un momento lógicamente (y tal vez discursiva y cronológicamente) diferente de aquel en que es reconducido a un supuesto de hecho legal, ese hecho no tendrá ningún efecto jurídico: la enunciación de ese hecho representa, simplemente, la formulación de la premisa de un efecto jurídico que podrá (o no podrá) hacerse derivar de ella, en el caso que esa formulación sea confirmada como verdadera por las pruebas. Esta consideración lleva a descartar la aceptabilidad de una opinión bastante difundida, según la cual la alegación de los hechos se encontraría íntimamente conectada con el principio dispositivo, y sería incluso un instrumento dirigido a la realización de ese principio, dado que las partes —al alegar los hechos— determinarían de ese modo el objeto de sus pretensiones y, por consiguiente, vincularían al juez a decidir sólo sobre aquello que ha sido alegado<sup>260</sup>. Esta tesis se funda en la confusión de dos fenómenos que, en cambio, es útil distinguir<sup>261</sup>: por un lado, la alegación en sentido estricto, que consiste *solamente* en la formulación de enunciados acerca de la existencia de determinados hechos (al realizar una alegación, afirmo que «el hecho H ha ocurrido de tal y tal modo en el momento M y en el lugar L») y, por otro lado, su calificación jurídica en el contexto de la formulación de la demanda (al formular la demanda califico «el hecho H como ilícito en el sentido del art. 2.043 del Código Civil italiano y, por consiguiente, pido...»). El principio dispositivo ciertamente debe ser referido a la formulación de la demanda, esto es, a los efectos jurídicos que se pretende hacer derivar de los

<sup>258</sup> Correctamente se dice que la alegación de un hecho está funcionalmente relacionada con la identificación de la *causa petendi* (cfr., p. ej., COMOGLIO, 1987: 274), lo que presupone que la alegación o sea eficaz por sí misma para determinar directamente el fundamento de la demanda.

<sup>259</sup> En particular sobre la alegación de los hechos secundarios, cfr. BUONCRISTIANI, 2001: 105.

<sup>260</sup> Sobre esta opinión, cfr., también para ulteriores referencias, FABIANI, 2008: 147, 230, 242; BUONCRISTIANI, 2001: 11, 31; COMOGLIO, 1987: 277; 1976: 73, 75.

<sup>261</sup> En un sentido diferente, cfr. BUONCRISTIANI, 2001: 42, quien no realiza esta distinción, y considera más bien que la alegación de los hechos es una declaración de voluntad que equivale a la proposición de la demanda.

hechos que se alegan, pero no puede ser referido a la pura y simple formulación de los enunciados que describen esos hechos<sup>262</sup>.

En realidad, la alegación no es sino un acto lingüístico a través del cual una parte afirma que un hecho ha ocurrido de cierto modo. Se trata, por tanto, en la terminología de SEARLE, de un acto con función ilocucionaria meramente asertiva, en la medida que su autor *afirma* algo<sup>263</sup>. Desde el punto de vista epistémico, lo que se afirma es un enunciado hipotético: puede ser, en sí mismo, verdadero o falso, pero en el momento de ser expresado y mientras no se formule la decisión final, no es ni verdadero ni falso.

### 5.1. Oposición y falta de oposición a los hechos alegados

Habiendo aclarado ya un aspecto relevante del acto en que consiste la alegación de los hechos, se trata ahora de poner en evidencia algunos aspectos de la actuación que puede definirse como recíproca de la alegación, y que puede consistir tanto en la oposición a los hechos alegados, como en la falta de oposición a los mismos. La oposición se puede definir como la negación explícita de la verdad de un enunciado que ha sido objeto de alegación.

Vale la pena subrayar que esta definición se refiere a la oposición como negación *explícita* de la verdad de los hechos alegados. Por una parte, esto significa que se requiere que el demandado tome posición de forma expresa sobre el hecho alegado por el actor, tanto más cuando normas como los arts. 167 y 416, inciso tercero, del Código de Procedimiento Civil italiano disponen —aunque con formulaciones textuales diversas, siendo la segunda más rigurosa que la primera<sup>264</sup>— que la oposición debe ser *específica*. Parece obvio que una oposición que debe ser específica no puede ser implícita. A lo sumo podría asimilarse a la negación explícita de la verdad del hecho alegado la declaración de no conocer ese hecho<sup>265</sup>, ya que también en este caso se trata de una declaración explícita que deja en la incertidumbre la existencia del hecho. Es dudoso, en cambio, que se pueda hablar de oposición *implícita*, para designar la que se derivaría de la alegación, por parte del demandado, de un hecho incompatible con el alegado por el actor, o de hechos diferentes de aquél, o bien de la aportación de una prueba contraria relativa a la existencia de ese hecho<sup>266</sup>. Se trata, en verdad, de actuaciones que en sí mismas no implican tomas de posición *precisas* respecto de los hechos alegados, de las que

<sup>262</sup> A favor de que la alegación de los hechos, así como también la oposición a ellos, no tiene nada que ver con el principio dispositivo, cfr., en particular, CARRATTA, 1995: 248 ss.

<sup>263</sup> Al respecto, cfr., en particular, SEARLE, 1999: 140, 148; 1980: 23, 29, 65.

<sup>264</sup> Sobre las dos normas, cfr., también para referencias doctrinales y jurisprudenciales, CARPI y TARUFFO, 1984: 513, 1191, y, además, CARRATTA, 1995: 284.

<sup>265</sup> Cfr., al respecto, FRUS, 1991: 72, 76.

<sup>266</sup> Para alguna tendencia jurisprudencial en este sentido, cfr. CARPI y TARUFFO, 1984: 1193.

no se puede deducir con certeza la negación específica de los enunciados que describen esos hechos.

La oposición consiste, entonces, a su vez, en un acto lingüístico cuyo autor afirma que el enunciado que ha sido alegado por la otra parte no es verdadero. El objeto de este acto lingüístico, es decir, el enunciado en que se afirma algo a propósito de un hecho, no cambia: se trata del mismo enunciado que ha sido objeto de la alegación y que se refiere a un hecho principal o secundario de la causa. Lo que cambia es la función ilocucionaria del nuevo acto lingüístico, ya que su objetivo es el de aseverar que ese enunciado es falso.

La falta de oposición se puede definir entonces como la ausencia de negación explícita de la verdad de un enunciado que ha sido objeto de alegación. Ella no consiste en un acto lingüístico en sentido estricto, sino en un mero comportamiento omisivo: la parte que no se opone al enunciado alegado, de hecho, no dice nada. Al respecto, es útil precisar que el silencio de la parte que podría oponerse al hecho alegado es suficiente para que se tenga por establecida la falta de oposición. Contrariamente a lo que a menudo se supone<sup>267</sup>, no parece que el silencio sobre un hecho alegado sea equivalente a la falta de oposición sólo cuando la parte contradiga otros hechos alegados, dado que también se configura la falta de oposición cuando el demandado no se opone a ninguno de los hechos alegados por el actor. Tampoco cabe afirmar que exista una falta de oposición *tácita* cuando el demandado plantea defensas incompatibles con la negación del hecho en cuestión<sup>268</sup>. En verdad, la falta de oposición es siempre *tácita*, al consistir en un comportamiento omisivo, esto es —como ya se ha dicho—, en la falta de negación explícita de la verdad del enunciado que ha sido objeto de alegación. Si el demandado mantiene silencio respecto de un hecho alegado, eso significa que no se opone a él: lo que diga o no diga respecto de otros hechos alegados no es relevante respecto a la oposición o falta de oposición a *aquel* hecho. Por otra parte, si el demandado admitiera explícitamente la verdad de un enunciado objeto de alegación, no nos encontraríamos frente a un caso de falta de oposición sino que se trataría del fenómeno, diferente, de la *admisión* del hecho alegado<sup>269</sup>, que equivale en realidad a una alegación del mismo hecho por parte, también, del demandado<sup>270</sup>. En consecuencia, se debe asumir que el enunciado que ha sido objeto de admisión explícita, es decir, de una nueva alegación, tiene el mismo estatus del que fue originalmente alegado por la otra parte, y que se trata, por tanto, de una hipótesis incierta sobre el hecho en cuestión.

<sup>267</sup> Cfr., p. ej., DEL CORE, 2004: 119; CEA, 2003: 2018; FABIANI, 2008: 1343; CIACCIA CAVALLARI, 1993: 43, y la jurisprudencia citada por estos autores.

<sup>268</sup> En este sentido, cfr. COMOGLIO, 1976a: 85; DEL CORE, 2004: 119; CARRATTA, 1995: 200.

<sup>269</sup> Sobre el tema, cfr., en particular, CARRATTA, 1995: 125, 490; CIACCIA CAVALLARI, 1993: 52.

<sup>270</sup> Cfr. CARRATTA, 1995: 126.

Teniendo en consideración cuanto se ha dicho precedentemente<sup>271</sup>, esto es, que un enunciado es verdadero o falso según si su contenido corresponde o no corresponde a los acontecimientos del mundo real, se pueden extraer algunas consecuencias con respecto a los efectos de la oposición o de la falta de oposición a un enunciado fáctico que ha sido objeto de alegación.

En primer lugar, si el enunciado alegado es falso, la falta de oposición no lo transforma en verdadero. En segundo lugar, si el enunciado alegado es verdadero, la falta de oposición no lo transforma en verdadero, pues ya lo es. En tercer lugar, si el enunciado alegado es verdadero, la oposición no lo vuelve falso. Por último, si el enunciado alegado es falso, la oposición no lo transforma en falso, dado que lo es ya. Por consiguiente, es claro que, por lo que respecta a la verdad o a la falsedad del enunciado que ha sido objeto de alegación, tanto la oposición como la falta de oposición del mismo resultan *absolutamente irrelevantes*. Como ya se ha dicho, la hipótesis que es objeto de alegación es verdadera o falsa en sí (es decir, en relación con los acontecimientos del mundo real), pero *en el proceso* esta hipótesis es incierta, y sigue siendo incierta —es decir, posiblemente verdadera o falsa— independientemente de cuál sea la actuación de la parte que se opone o que no se opone a ella. *En el proceso*, de hecho, la incertidumbre sólo podrá resolverse en la decisión final, y sobre la base del resultado de las pruebas.

En todo caso, en general, se debe descartar que el acuerdo de dos o más sujetos sea capaz de cambiar el estatus epistémico de un enunciado, y particularmente de determinar su verdad. Con todo, no faltan, en realidad, en la filosofía y en la epistemología reciente, concepciones según las cuales la verdad de cualquier aserción dependería exclusivamente del *consenso* que sobre tal aserción se produzca en un cierto contexto. Por consiguiente, según estas aproximaciones no sería la realidad la que determinaría la verdad o la falsedad de los enunciados que la describen, sino que sería la convergencia de opiniones en torno a la verdad o a la falsedad de tales enunciados<sup>272</sup>. Sin embargo, existen filósofos y epistemólogos de tendencia «realista» (como la que aquí se sigue) que han rechazado decididamente cualquier concepción consensualista de la verdad: ALVIN GOLDMAN, por ejemplo, escribe que «*a consensus theory of truth seems wrong from the start*» y que «*the conviction that convergence coincides with truth is the faith of optimists, not part of a proper definition of truth*»<sup>273</sup>. En realidad, como se ha visto también más arriba<sup>274</sup>, si se adhiriera a una concepción consensual de la verdad se tendría que admitir que ha existido una época en que *era verdad* que la Tierra era plana, con la consecuencia de

<sup>271</sup> Véase *supra*, apartado 1.

<sup>272</sup> Sobre las diversas concepciones consensualistas de la verdad, cfr., p. ej., GOLDMAN, 1999: 69; LYNCH, 2004: 35.

<sup>273</sup> Cfr. GOLDMAN, 1999: 12. En sentido decididamente crítico, cfr. también LYNCH, 2004: 46.

<sup>274</sup> Véase *supra*, apartado 1.

que sólo el cambio en el acuerdo entre los sujetos interesados habría determinado la falsedad de esta teoría y, por consiguiente, la transformación de la Tierra en un cuerpo celeste de forma aproximadamente esférica.

Volviendo a la alegación y a la oposición o falta de oposición, cabe notar que, sobre la base de las definiciones indicadas precedentemente, según las cuales se debe atender a la naturaleza de esas actividades como actos lingüísticos, parece inútil y superfluo imaginar que las partes estipulen, a través de esas actuaciones, un acuerdo negocial que tendría por objeto la verdad de los hechos alegados. Esto supondría considerar a la alegación del autor como una especie de propuesta o de oferta contractual, como si al alegar un hecho éste dijera al demandado «te propongo un acuerdo sobre la verdad del hecho que alego». Por otra parte, la oposición equivaldría a una especie de rechazo de esa oferta o propuesta, mientras que la falta de oposición sería una especie de aceptación tácita de ella<sup>275</sup>. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia<sup>276</sup> llega a decir que «el hecho no contestado no requiere prueba *porque las partes han dispuesto de él, obligando al juez a tenerlo en cuenta sin ninguna necesidad de que se convenza de su existencia*» (la cursiva es mía). Con todo, parece evidente, sobre la base de las consideraciones desarrolladas precedentemente, que esta opinión se funda en un tocoso equívoco y que no toma en cuenta la efectiva naturaleza ni los efectos de los actos de alegación y de oposición o falta de oposición a los hechos alegados. En particular, parece peregrina la idea de que las partes «dispongan» del hecho que ha sido alegado, como si fuera posible «disponer» de la verdad de los hechos a través de un negocio tan eficaz como para obligar al juez a tener por verdadero ese hecho sin siquiera «convencerse de su existencia». Se trata, como es fácil constatar, de una construcción imaginaria, que no tiene nada que ver con la realidad de lo que las partes hacen cuando alegan, se oponen o no se oponen a un enunciado de hecho. Esa construcción puede explicarse recurriendo a la ideología del proceso que la considera como una «cosa privada de las partes», a la que se ha hecho referencia más arriba, pero en el contexto del proceso no se justifica y no responde a ninguna particular exigencia. Merece caer, por consiguiente, bajo la navaja de OCKHAM, para quien, como se sabe, *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*.

## 5.2. Efectos de la falta de oposición

Sobre la base de las consideraciones que anteceden, la duda formulada en el título de este apartado debe resolverse en sentido negativo: dado que la

<sup>275</sup> A favor de que la falta de oposición no es una actividad de naturaleza negocial, cfr., en particular, CARRATA, 1999: 264.

<sup>276</sup> Cfr., en particular, el *leading case* representado por Cass. S.U. 23 de enero de 2002, núm. 761, ya citada. En el mismo sentido, cfr. también la jurisprudencia sucesiva, sobre la cual véanse referencias en CARPI y TARUFFO, 1984: 1193.

verdad de los enunciados relativos a los hechos de la causa depende del modo en que se desarrollaron los acontecimientos respectivos en el mundo real, y no es un objeto susceptible de negociación o de acuerdo entre las partes, entonces la falta de oposición no transforma en verdadero lo que es falso ni tampoco vuelve verdadero lo que es ya verdadero de por sí.

Sin embargo, no por eso la aproximación recordada precedentemente, que pretende derivar de la falta de oposición a los hechos algunos beneficios prácticos, en términos de simplificación y eficiencia del proceso, se vuelve ilegítima: por el contrario, se trata de una finalidad que, en cierta medida, se puede valorar positivamente. Vale la pena, más bien, precisar cómo operaría ese tipo de mecanismo, con el fin de establecer también si y bajo qué condiciones sería aceptable.

Al respecto, se debe destacar, ante todo, que la teoría del hecho «pacífico» se funda en una especie de *als ob* que recuerda al pensamiento de VAHNINGER: no se sabe, en efecto, si el enunciado sobre el hecho «pacífico», alegado y no negado, es verdadero o falso. Con todo, se admite —o se pretende— que el juez actúe *como si* ese enunciado fuera verdadero, es decir, *como si* el hecho supuesto y afirmado en la alegación hubiera ocurrido verdaderamente en el mundo de los acontecimientos reales. Como ya se ha dicho, la falta de oposición no determina la verdad del enunciado alegado: el estatus de este enunciado se mantiene epistémicamente incierto, pues la falta de oposición no agrega ninguna información que permita considerar justificada la afirmación de su veracidad.

Por otro lado, no es posible extraer inferencias de este tipo de la pura y simple conducta omisiva de la parte que no se opone a los hechos: aunque según la sabiduría popular «quien calla otorga», no se dice, sin embargo, que el silencio demuestre la verdad de aquello sobre lo que se calla. En realidad, las razones por las que la contraparte no se opone a un hecho alegado pueden ser muy diversas, pero ninguna de ellas parece capaz de determinar la verdad del enunciado que describe ese hecho. Por el contrario, el demandado podría evitar negar un enunciado relativo a un hecho que sabe no verdadero con el fin de ocultar la verdad, colaborando así con el actor en la infracción de la ley. Tampoco se puede excluir, por otra parte, la posibilidad de que el demandado no se oponga a un enunciado de hecho que en realidad es falso, porque crea, erróneamente, que es verdadero. Por tanto, parece evidente que de la falta de oposición no se pueden extraer elementos de juicio (ni tampoco «argumentos probatorios») \*,<sup>277</sup> sobre la verdad del enunciado en cuestión ni, aún menos,

\* *N. de T.*: La expresión italiana *argomenti di prova* designa a las inferencias que se extraen de la conducta de las partes en el proceso. Véase, al respecto la nota del traductor a la versión castellana de TARUFFO, 1992 (Madrid: Trotta, 2002, p. 19). Se ha preferido traducirla aquí como «argumentos probatorios», en lugar de seguir la fórmula utilizada por Jordi FERRER de «inferencias probatorias», por dos razones. En primer lugar porque en los últimos años se ha extendido el uso de esta última expresión

(Nota 277 en página siguiente)

sobre la voluntad, de la parte que no se ha opuesto, de concluir un acuerdo acerca de dicha verdad.

En una situación de este tipo, afirmar que el enunciado de hecho que no ha sido objeto de oposición debe ser tenido por verdadero para los efectos de la decisión, implica un alto riesgo de error. Fundar la decisión en un enunciado de hecho formulado en un momento del proceso en el que nada se sabe sobre su verdad o falsedad, pues no se han aportado aún elementos de prueba a su respecto, implica el riesgo de asumir como verdadero un enunciado que sea, por el contrario, falso. Este riesgo es cuantificable exactamente en un 50 por 100, dado que existe una posibilidad sobre dos de que la decisión fundada en ese enunciado sea errónea. Esta proporción identifica en términos de riesgo la medida del déficit de justicia que se presenta al decidir una controversia sobre la base de un enunciado sobre cuya verdad o falsedad nada se sabe: el riesgo es que de cada dos decisiones una resulte injusta por fundarse en un enunciado falso.

Se plantea, entonces, el problema de establecer si los beneficios prácticos que se obtienen, en términos de simplificación del proceso, al excluir el hecho que no ha sido objeto de oposición del *thema probandum*, son capaces de compensar los costos en términos de justicia de la decisión que se siguen de la asunción como verdadero de un enunciado que tiene el 50 por 100 de probabilidades de ser falso.

Una solución que tomara en cuenta exclusivamente la justicia de la decisión llevaría a negar toda relevancia procesal a la falta de oposición a las alegaciones de hecho y a requerir que los enunciados respectivos sean demostrados como verdaderos o falsos sobre la base de las pruebas, como ocurre con los enunciados de hecho que han sido objeto de oposición. Sin embargo, esta solución podría ser criticada argumentando que desconoce las exigencias de la economía procesal y que impide cualquier simplificación de la determinación de los hechos. Este argumento no carece de toda relevancia, e induce a considerar la existencia de una solución razonable, que reduzca al menos en cierta medida los riesgos más graves de error en la decisión, abriendo, al mismo tiempo, el camino a alguna simplificación significativa del procedimiento.

Esta solución se puede identificar si se reflexiona sobre la circunstancia de que al alegar una parte un hecho, afirmando la verdad del enunciado respectivo, ella asume, en realidad, la carga de demostrar en juicio, con pruebas, que

para designar de modo general a las inferencias sobre la prueba y, en segundo lugar, porque el propio TARUFFO utiliza, en la versión original de este libro, la expresión «*inferenze probatorie*» en ese mismo sentido general.

<sup>277</sup> Parece, por tanto, carente de fundamento la concepción difundida en la jurisprudencia según la cual la falta de oposición sería una conducta capaz de proporcionar al juez «argumentos probatorios» sobre la verdad del hecho que no ha sido objeto de oposición (cfr., también para referencias en este sentido, CARRATTA, 1999: 175, 204; CIACCIA CAVALLARI, 1993: 39; FABIANI, 2008: 1347).

ese enunciado es verdadero, porque el hecho en cuestión ocurrió efectivamente en el mundo real. En otras palabras: el efecto principal de la alegación consiste en que esa parte asume la carga de la prueba respecto del hecho alegado: *onus probandi incumbit ei qui dicit* recita el brocardo y, por tanto, quien alega un enunciado de hecho asume la carga de demostrar su verdad<sup>278</sup>. Paralelamente, la oposición a la verdad de un enunciado tiene el efecto —por decirlo así— de consolidar sobre la parte que ha alegado el hecho la carga de demostrar que verdaderamente ocurrió: la oposición *confirma* (nótese: no crea) el estatus epistémico de incertidumbre del enunciado que ha sido objeto de la alegación, y —como ya se ha dicho— esa incertidumbre sólo se podrá resolver con la determinación del hecho en cuestión a través de las pruebas.

En este terreno se puede hallar una solución razonable al problema práctico que fue formulado precedentemente. Es posible, en efecto, admitir que la falta de oposición a un hecho atenúa o elimina, respecto de la parte que lo ha alegado, la carga de demostrar su existencia, dado que el demandado, con su conducta, no ha desafiado al actor a proporcionar esa demostración. Por consiguiente, se puede admitir que en virtud de la falta de oposición se produce una especie de *relevatio ab onere probandi* en favor de quien ha alegado el hecho que se ha vuelto «pacífico»: dado que con respecto a ese hecho no tiene lugar la dialéctica contradictoria de las partes, el procedimiento se puede simplificar en el sentido de considerar innecesaria la prueba del hecho no negado<sup>279</sup>.

Sin embargo, es importante notar que esto no tiene implicaciones respecto de la verdad o no verdad del enunciado que se refiere al hecho que no ha sido objeto de oposición: su estatus sigue siendo incierto, pero se admite que esa incertidumbre se vuelva irrelevante, en el momento de la decisión, en virtud de la circunstancia de no haber sido objeto de controversia *entre las partes*, pues la contraparte no ha puesto a la parte que realizó la alegación en la situación de tener que demostrar el fundamento de sus propias aserciones. Por otra parte, es claro que de este modo no se elimina el riesgo de error del que se hablaba más arriba: si no subsiste la carga de probar la verdad del hecho alegado y, por consiguiente, este hecho permanece sin demostración, entonces, el enunciado correlativo sigue siendo incierto y persiste la posibilidad de que una de las dos decisiones posibles se funde en un enunciado fáctico falso. Es necesario establecer, entonces, si una consecuencia de este tipo resulta justificada en virtud de la inercia de la parte que habría podido oponerse al hecho y no lo ha hecho. En sentido positivo se podría tal vez decir que esa misma parte

<sup>278</sup> No se trata, en realidad, sólo de una regla de técnica procesal, sino de un principio fundamental que tiene aplicación en todos los campos del saber: cfr. GASKINS, 1992: 2.

<sup>279</sup> En un sentido análogo, cfr. CARRATTA, 1999: 282, quien subraya justamente que una cosa es provocar una *relevatio ab onere probandi* a favor de la contraparte, y otra cosa distinta es vincular al juez a tener por verdadero el hecho que no ha sido objeto de oposición.

es la que asume —con su conducta— el riesgo de ser derrotada por efecto de una decisión fundada en un enunciado falso<sup>280</sup>. Por otra parte, dado que la ley admite, en el art. 2.698 del Código Civil italiano, que las partes pacten una modificación o una inversión de las respectivas cargas probatorias, se puede admitir también que, a través de su conducta, una parte provoque una *relevatio ab onere probandi* en beneficio de la otra parte<sup>281</sup>.

Esto no implica, sin embargo, que se sigan todas las consecuencias que la jurisprudencia suele derivar de la falta de oposición a un hecho alegado, y que maximizan la gravedad y la frecuencia del peligro de error que implica fundar una decisión en la verdad no demostrada de un enunciado de hecho. Se trata, entonces, de prever, en todo caso, la posibilidad de que se determine directamente la verdad o la falsedad del enunciado alegado —y que no ha sido objeto de oposición— cada vez que eso sea posible y oportuno. Así, por un lado, es necesario permitir a las partes oponerse a las alegaciones rivales en cualquier momento del proceso<sup>282</sup>, provocando la imposición de la carga de la prueba sobre la parte que ha alegado los hechos, sin estar sujetas a preclusión alguna. En el caso de que esto ocurra, es necesario, además, que quede siempre a salvo el derecho de la parte que ha alegado el hecho que ha sido subsiguientemente negado, a presentar y hacer que se asuman las pruebas de las que dispone, relativas a ese hecho. Por otro lado, no se puede excluir la práctica de las pruebas admisibles y relevantes sobre la verdad o la falsedad del hecho que no ha sido objeto de oposición, si las partes las han propuesto o si el juez las ha dispuesto de oficio. En todo caso, el hecho no negado debe ser efectivamente objeto de decisión, en el sentido de que el juez puede siempre extraer elementos de juicio sobre su verdad o falsedad de cualquier fuente de información que le sea proporcionada en el curso del proceso. Por otra parte, el juez podrá desconocer su existencia cuando, por ejemplo, le parezca inverosímil que sea verdadero o esté en contradicción con otros hechos que han sido probados. En resumen, el hecho que no ha sido objeto de oposición sólo podrá ser conside-

<sup>280</sup> El demandado tiene libertad para elegir la estrategia defensiva que prefiera (así CARRATTA, 1999: 275) y, por consiguiente, tiene libertad para asumir el riesgo al que se hace referencia en el texto.

<sup>281</sup> Es útil recordar que la norma admite los acuerdos relativos a las cargas probatorias solamente si la causa recae sobre derechos disponibles. Por tanto, sólo bajo esta hipótesis se puede admitir que, en caso de falta de oposición, la *relevatio* se produzca, mientras que si la causa recae sobre derechos indisponibles, la carga originaria de la prueba que incumbe al actor no se ve afectada. Debiera resultar claro, con todo, que de esta forma no se acepta en absoluto la teoría negocial de la falta de oposición.

<sup>282</sup> En sentido contrario se manifiesta la jurisprudencia más reciente, que —a diferencia de lo que ocurría en el pasado— excluye la posibilidad de oposiciones «tardías»: cfr. referencias en CARPI y TARUFFO, 1984: 1192. La doctrina tiende, en cambio, a propósito del art. 167 del Código de Procedimiento Civil italiano, hacia una interpretación relativamente más elástica, en la medida que admite que la oposición pueda tener lugar también después de la primera defensa del demandado, al menos hasta la *udienza di trattazione*, prevista por el art. 183 (véanse referencias en CARPI y TARUFFO, 1984: 513). Tras la reciente reforma de esta norma, se puede admitir fácilmente que la oposición pueda tener lugar también en las memorias depositadas fuera de audiencia en el plazo concedido por el juez de acuerdo a lo dispuesto en el inciso quinto del mismo artículo.

rado verdadero y, por consiguiente, servir de base a la decisión, cuando el juez haya madurado un juicio sobre la verdad del enunciado que lo describe<sup>283</sup>.

Todo esto equivale a decir que la falta de oposición a la alegación de un hecho no tiene en sí ningún efecto vinculante, ni para las partes ni para el juez: no se trata de un negocio estipulado entre las partes, sino de una situación en la que subsiste el valor de la verdad como condición de la justicia de la decisión y en la que es necesario minimizar la posibilidad de que se adopte una decisión sin una determinación efectiva de la verdad de los hechos relevantes.

<sup>283</sup> En sentido análogo, cfr., en particular, CARRATTA, 1999: 266.

## CAPÍTULO IV LA DIMENSIÓN EPISTÉMICA DEL PROCESO

### 1. EPISTEMOLOGÍA E IDEOLOGÍA

La aceptación de la tesis según la cual existen razones válidas para considerar que en el proceso es *posible* determinar la verdad de los hechos en que se basa una controversia y que, incluso, es *necesario* que el proceso se dirija hacia el descubrimiento de la verdad<sup>1</sup>, produce varias consecuencias. Una de esas consecuencias es que nos podemos preguntar si, y eventualmente en qué medida, se puede interpretar el proceso como un instrumento epistemológicamente válido y racional, esto es, si, en sí mismo, el proceso es un instrumento o un método eficaz para el descubrimiento y la determinación de la verdad de los hechos en los que se funda la decisión. En efecto, parece sensato discutir acerca de una *función epistémica* del proceso, considerándolo como un conjunto estructurado de actividades encaminadas a obtener conocimientos verdaderos sobre los hechos relevantes para la solución de la controversia. En este sentido, el proceso podría estar comprendido entre los procedimientos *truth-acquiring* de los que habla WILLIAMS<sup>2</sup>, o bien podría ser considerado, siguiendo a GOLDMAN, como un procedimiento *veritistic*<sup>3</sup>. El interés por la dimensión epistemológica del derecho, y del proceso en particular, suscita cada vez mayor adhesión. Por una parte, destacados epistemólogos como Larry LAUDAN, Alvin GOLDMAN y Susan HAACK se han ocupado de esa dimensión, profundizando en los temas de la verdad y el error en las decisiones judicia-

<sup>1</sup> Para la demostración de esta tesis, véase *supra*, capítulo III, apartado 4.

<sup>2</sup> Cfr. WILLIAMS, 2002: 127.

<sup>3</sup> Cfr. GOLDMAN, 1999: 272.

les<sup>4</sup>. Por otro lado, en el ámbito jurídico existen iniciativas importantes en el mismo sentido, como ocurre con la colección de libros sobre *Epistemología Judicial* editada por Giulio UBERTIS<sup>5</sup>. Asimismo, uno de los mayores estudios ingleses del *law of evidence* destaca con claridad que la epistemología representa una de las dimensiones fundamentales para una aproximación actualizada a los problemas de la prueba<sup>6</sup>, y también en la literatura norteamericana existen indicaciones claras en el mismo sentido<sup>7</sup>. Está emergiendo, por tanto, una perspectiva metodológica muy interesante, que concentra el análisis en lo que puede definirse como la dimensión epistémica del proceso, o bien como un «modelo epistemológico» del conocimiento de los hechos sobre la base de las pruebas<sup>8</sup>. Por otra parte, los métodos en general, los métodos son objeto de evaluación epistémica con el fin de comprobar si son o no son válidos para el descubrimiento de la verdad<sup>9</sup>; también el proceso, si es entendido como un método para la determinación de la verdad de los hechos, puede ser, por tanto, objeto de evaluación epistémica.

Con todo, existen algunas dificultades que deben ser consideradas preliminarmente.

Por un lado, es necesario tener presente que el descubrimiento de la verdad es un fin esencial del proceso y una condición necesaria de la justicia de la decisión<sup>10</sup>, pero no es el único fin que el proceso persigue<sup>11</sup>. En consecuencia, la función epistémica que el proceso puede cumplir es muy importante, pero no es la única. El proceso es, en realidad, también un «lugar» en que se aplican normas, se realizan valores, se aseguran garantías, se reconocen derechos, se tutelan intereses, se efectúan elecciones económicas, se enfrentan problemas sociales, se asignan recursos, se determina el destino de las personas, se tutela la libertad de los individuos, se manifiesta la autoridad del Estado... y se resuelven controversias por medio de decisiones deseablemente justas. Según se adopten perspectivas que privilegian una u otra de estas funciones, se asumen diferentes ideologías del proceso. Lo mismo ocurre con respecto a la adopción de metodologías analíticas particulares: quien comparte la tesis culturalmente imperialista según la cual el análisis económico de los fenómenos jurídicos es el único método sensato, y mira al proceso como un conjunto de actividades guiadas solamente por finalidades económicas y por criterios dirigidos a la maximización del bienestar o de la utilidad individual, tenderá a considerar

que en el proceso no ocurre nada salvo elecciones guiadas económicamente, sobre la base de una ideología para la que el proceso no es sino —precisamente— un lugar en el que se realizan elecciones dominadas por el interés individual<sup>12</sup>.

Estas elecciones ideológicas condicionan no sólo las aproximaciones de los estudiosos, sino también la estructura del proceso y su funcionamiento. Las elecciones ideológicas influyen en las orientaciones de los legisladores que se ocupan del proceso, y que introducen normas diferentes según cuál sea la ideología que de vez en vez adoptan, y también en las orientaciones de la doctrina y de la jurisprudencia, que proporcionan interpretaciones y aplicaciones diversas de las normas procesales según la ideología del proceso en que se inspiran. Entre estas ideologías y lo que se ha definido como la dimensión epistémica del proceso surgen, inevitablemente, tensiones, contradicciones y conflictos. No parece, en efecto, aceptable la tesis recientemente propuesta con insistencia por Alex STEIN, según la cual en el *law of evidence* la relación entre epistemología e ideología (lo que STEIN llama *political morality*) sería de complementariedad, en el sentido de que la *political morality* ocuparía el espacio que la epistemología deja libre<sup>13</sup>. Fuera de la circunstancia que la tesis de STEIN se basa en una concepción fuertemente restrictiva del *law of evidence*, que excluye del mismo todas las normas relativas a las pruebas que pretendan realizar valores ajenos al proceso<sup>14</sup>, la experiencia concreta de muchos ordenamientos —y no sólo de los de *common law* a los que STEIN limita su análisis— demuestra lo contrario. Dejando de lado las convenciones definitorias discutibles, como las que STEIN utiliza, es claro que en todos los ordenamientos procesales existen normas que influyen en la regulación de las pruebas, haciendo prevalecer razones no epistémicas o contraepistémicas, dictadas por elecciones ideológicas en sentido amplio, sobre reglas y métodos que serían epistemológicamente válidos, al ser funcionales a la determinación de la verdad<sup>15</sup>. El problema es, entonces, el de definir cómo se resuelve el conflicto entre reglas epistémicas y reglas probatorias contraepistémicas, esto es, definir cuándo la exigencia de determinar la verdad puede dejarse de lado en nombre de la tutela de valores no epistémicos que entran en conflicto con esa exigencia<sup>16</sup>.

Si se considera, por ejemplo, que la función del proceso se agota en la celebración de un ritual dirigido a legitimar la solución de una controversia en

<sup>12</sup> Para un ejemplo de análisis económico del proceso, cfr. BONE, 2003.

<sup>13</sup> En este sentido, cfr. STEIN, 2005: 11, 39, 48 y *passim*.

<sup>14</sup> Cfr. STEIN, 2005: 25. De esta forma el argumento de STEIN se vuelve circular: si se excluyen del *law of evidence* las normas que afectan a la regulación de las pruebas porque pretenden realizar valores que se contraponen a los epistémicos, entonces resulta automáticamente verdadero que las elecciones de *political morality* ocupan el espacio que dejan libre los criterios epistémicos, y no conciernen al *law of evidence*.

<sup>15</sup> Al respecto, véase, en particular, DAMAŠKA, 2003: 117; CAVALLONE, 2008a: 948.

<sup>16</sup> Sobre el conflicto entre valores epistémicos y no epistémicos, cfr. ampliamente LAUDAN, 2006: 3, 213.

<sup>4</sup> Cfr., en particular, el reciente libro de LAUDAN, 2006; GOLDMAN, 1999: 279; HAACK, 2004: 43; 2008c: 1071; 2007b: 14.

<sup>5</sup> En esa colección, véase, recientemente, AMORETTI y MARSONET, 2007.

<sup>6</sup> Cfr. ROBERTS, 2007: 42.

<sup>7</sup> Cfr., en particular, ALLEN y LEITER, 2001: 1492.

<sup>8</sup> Al respecto, cfr., en particular, GASCÓN ABELLÁN, 1999: 550.

<sup>9</sup> Cfr. GOLDMAN, 1986: 21.

<sup>10</sup> Véase *supra*, capítulo III, apartado 4 y TARUFFO, 2002c: 219.

<sup>11</sup> Cfr. DAMAŠKA, 1997: 175, quien extrae la consecuencia de que los métodos epistémicamente óptimos pueden no resultar adecuados en el contexto del proceso.

un contexto social y cultural específico, eso implica un nítido desprecio o una completa anulación de la dimensión epistémica del proceso, particularmente si en el contexto en cuestión la determinación de la verdad de los hechos no está dotada de algún valor<sup>17</sup>. Análogamente, si se considera que la función del proceso se agota en el desarrollo de una competición procedimentalmente correcta entre individuos privados, la búsqueda de la verdad resulta extraña y no significativa respecto de la dinámica de la libre contradicción entre las partes<sup>18</sup>. Asimismo, si se considera que el fin del proceso es exclusivamente el de poner fin *de cualquier modo* a la controversia, sin que sea relevante la calidad de la decisión que concluye el procedimiento, la búsqueda de la verdad parece irrelevante, o, incluso, contraproducente<sup>19</sup>.

Si la tensión se resuelve a favor de una de esas ideologías del proceso, la consecuencia obvia es que la función epistémica del proceso queda postergada o anulada; en el mejor de los casos, resultaría limitada y modelada de diversas formas en función de lo que se considere oportuno desde la perspectiva de la ideología que se adopta<sup>20</sup>.

En cierto sentido, no hay nada extraño en eso. También la investigación científica, que puede ser considerada como el modelo ideal de actividad epistémica, puede sufrir limitaciones derivadas de la necesidad de realizar valores a los que se atribuya prevalencia, como los que se refieren a la dignidad o a la libertad del hombre o a la tutela de la vida<sup>21</sup>. La cuestión no consiste, entonces, en excluir en absoluto cualquier límite o reserva a la búsqueda de la verdad en el ámbito del proceso. Se trata, más bien, de evaluar qué límites y reservas están justificadas y cuáles, en cambio, —además de resultar epistemológicamente contraindicadas— carecen también de una justificación ideológica aceptable.

Por otra parte, se debe considerar no sólo que existe una amplia variedad de sistemas judiciales y de modelos procesales<sup>22</sup>, sino también que son varias las ideologías que han influido e influyen todavía en la regulación normativa y las modalidades de funcionamiento concreto de los diversos sistemas probatorios. Se podría decir que cada ordenamiento procesal constituye un contexto particular, con sus reglas, sus mecanismos y sus valores, de modo

<sup>17</sup> Véase *supra*, capítulo III, apartado 4.1.

<sup>18</sup> Cfr. DAMAŠKA, 1997: 175.

<sup>19</sup> Sobre estas concepciones del proceso, véase, más ampliamente, *supra*, capítulo III, apartado 4.2.

<sup>20</sup> En este sentido, cfr., p. ej., HAACK, 2004: 49, quien reconoce que el sistema *adversarial* norteamericano es epistemológicamente criticable, pero termina por aceptarlo como un método práctico para resolver controversias. Análogamente, cfr. DAMAŠKA, 1997: 150.

<sup>21</sup> Cfr. LYNCH, 2004: 45.

<sup>22</sup> La existencia de esta diversidad, de la que en seguida se darán varios ejemplos, fija un límite muy fuerte a la validez de tesis que —como la de STEIN, a la que se hizo referencia precedentemente— se construyen a priori sobre la base de un solo sistema de normas relativas a las pruebas.

que el análisis debiera situarse en cada sistema particular y conformarse a él, para, a lo sumo, verificar su coherencia interna. De este modo se adoptaría una perspectiva radicalmente relativista, en virtud de la cual cada sistema procesal tendría su propia historia y se justificaría de forma autorreferencial<sup>23</sup>. En consecuencia, ningún ordenamiento podría ser calificado como mejor o peor que cualquier otro ordenamiento. Y, luego, si uno o más sistemas procesales parecieran epistémicamente inadecuados o ineficaces o, incluso, si la búsqueda de la verdad no estuviera comprendida entre sus fines, eso sería por completo irrelevante. Cada ordenamiento procesal encontraría en sí mismo, y sólo en sí mismo, su propia justificación. Si además prevaleciera, como ocurre en el caso de los Estados Unidos, una ideología del *exceptionalism*<sup>24</sup>, según la cual cada particular ordenamiento procesal (en este caso, el norteamericano) sería *exceptional* y, por consiguiente, no comparable con ningún otro ordenamiento, ni evaluable en sentido positivo o negativo de acuerdo con algún criterio de juicio, eso bastaría para cerrar el paso a toda perspectiva comparatista y, en particular, a cualquier consideración crítica.

Como ocurre con las versiones radicales del multiculturalismo<sup>25</sup>, esta forma de relativismo procesal impide, por un lado, cualquier comparación entre diversos sistemas de justicia y produce, por otro lado, consecuencias paradójicas. Así, por ejemplo, de aquél se seguiría la imposibilidad de juzgar si un sistema probatorio fundado en las ordalías es peor que un sistema fundado en pruebas racionales<sup>26</sup>, o bien la imposibilidad de preferir un procedimiento rápido y eficiente sobre un procedimiento lento y complicado. En particular, se volvería imposible expresar una preferencia por un proceso dirigido hacia el descubrimiento de la verdad, frente a un proceso que fuera ineficiente para determinar los hechos relevantes para la decisión. Contrariamente, sin embargo, es claro que el análisis comparado, combinado con el análisis histórico, no es sólo completamente legítimo sino también muy fructífero en el terreno del cotejo y de la evaluación de los diversos sistemas procesales desde la perspectiva de la forma en que cumplen sus funciones. Y, sobre todo, el análisis epistemológico es el que permite comparar diversos sistemas probatorios desde el punto de vista de su mayor o menor eficiencia para la determinación de la verdad<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> En este sentido, véase, p. ej., CAVALLONE, 2008a: 949.

<sup>24</sup> A propósito del *American Exceptionalism*, con respecto a los métodos de resolución de las controversias, cfr., en particular, CHASE, 2005: 47, 54, 87, 103; 2002: 277; MARCUS, 2005: 709.

<sup>25</sup> Entre la extensa literatura sobre el tema, cfr., en especial, los ensayos recogidos en GALLI, 2006.

<sup>26</sup> Al respecto, véase *supra*, capítulo I, apartado 2. Sobre la ausencia de diferencias entre los dos sistemas, véase, en cambio, CAVALLONE, 2008a: 950, 973.

<sup>27</sup> Cfr. GASCÓN ABELLÁN, 1999: 550.

## 2. LA SELECCIÓN DE LAS PRUEBAS

En todo procedimiento de carácter epistémico tiene importancia decisiva el método, es decir, el conjunto de las formas a través de las que se seleccionan, controlan y utilizan las informaciones que sirven para demostrar la verdad de las conclusiones. En el ámbito del proceso, esto equivale a considerar, sobre todo, las reglas sobre la formación de la prueba y su valoración, esto es, el «derecho de las pruebas» y la equivalente noción angloamericana de *law of evidence*<sup>28</sup>. Estas nociones se utilizan aquí en un sentido general y comprensivo, para designar todas las normas, de cualquier origen y naturaleza, que directa o indirectamente se ocupen del fenómeno probatorio<sup>29</sup>. También el término «prueba» se utiliza aquí en un sentido amplio, que comprende cualquier tipo de dato cognoscitivo, de procedimiento o de medio que produzca informaciones utilizables para la determinación de la verdad de los hechos<sup>30</sup>.

Esto permite dejar de lado desde un comienzo un problema que algunas veces ha preocupado a la doctrina, esto es, si en el proceso es posible utilizar sólo las pruebas «típicas» o «nominadas», es decir, las previstas y reguladas expresamente por la ley, o también las pruebas «atípicas» o «innominadas», así llamadas porque la ley no las prevé. En el proceso civil, la doctrina dominante y la jurisprudencia resuelven el problema afirmando la admisibilidad de las pruebas atípicas, aunque con algunas limitaciones<sup>31</sup>. Una tendencia análoga se ha ido afianzando también en el proceso administrativo<sup>32</sup>, mientras que en el proceso penal el problema fue resuelto explícitamente por el art. 189, que admite la utilización de pruebas atípicas siempre y cuando sean idóneas «para asegurar la determinación de los hechos», y bajo la condición de que no afecten la libertad moral de la persona<sup>33</sup>. La tesis según la cual serían admisibles solamente las pruebas expresamente reguladas por la ley es criticable desde

<sup>28</sup> Las normas sobre las pruebas son, en efecto, un objeto natural de estudio desde una perspectiva epistemológica, pues conciernen al procedimiento a través del cual se determinan los hechos en el proceso. Cfr. ALLEN y LEITER, 2001: 1498.

<sup>29</sup> No parece convincente, y no es acogida aquí, la definición restrictiva del *law of evidence* propuesta recientemente por STEIN (2005: 25), según la cual éste no abarcaría las normas que se ocupan indirectamente de las pruebas, con el fin de realizar valores extraprocesales. Esta concepción está en contradicción con todos los manuales angloamericanos de *evidence*, que consideran también esa clase de normas, e implica no tomar en cuenta normas que, sin embargo, se ocupan de las pruebas, previendo habitualmente la exclusión de algunas de ellas, y que afectan, por tanto, el modo en que pueden ser determinados los hechos en juicio.

<sup>30</sup> Para un examen más analítico de las tipologías probatorias, y para un uso más preciso y riguroso de la terminología respectiva, cfr. TARUFFO, 1992: 425.

<sup>31</sup> Sobre el tema, véase, por todos, y para adicionales referencias bibliográficas, RICCI, 1999: esp. 227 y 459. En sentido crítico, véase, entre lo más reciente, CAVALLONE, 2008a: 958.

<sup>32</sup> Cfr. D'ANGELO, 2008.

<sup>33</sup> Sobre el art. 189 del Código de Procedimiento Penal italiano, cfr. las referencias doctrinales y jurisprudenciales que hacen CONSO y GREVI, 2005: 531. Cfr., además, RICCI, 1999: 74 ss., 524 ss.

varios puntos de vista<sup>34</sup>, y no por casualidad es rechazada por la jurisprudencia, que utiliza regularmente pruebas atípicas<sup>35</sup>. Fuera de otras dificultades, esta tesis tendría también el considerable inconveniente de cerrar el paso al proceso a numerosas pruebas que el progreso científico y tecnológico pone a disposición de las partes<sup>36</sup>, haciendo posible una determinación más completa y fiable de la verdad, hasta que el legislador —tarde o temprano— se dé cuenta de que es necesario preverlos a través de normas expresas. De este modo, por ejemplo, el test de ADN seguiría sin ser utilizable como prueba, sólo porque el legislador no ha dispuesto su admisibilidad a través de una norma específica.

La exclusión de las pruebas atípicas es, en todo caso, inaceptable especialmente desde el punto de vista epistémico<sup>37</sup>: ningún historiador o ningún científico rechazaría considerar algún dato cognoscitivo o alguna información útil sólo porque no existe una regla expresa que le permita específicamente hacer uso de ellos.

### 2.1. El principio de relevancia

Un principio epistémico más bien obvio indica que si se trata de determinar la verdad de un enunciado, es necesario que se puedan utilizar todas las informaciones útiles para alcanzar ese objetivo<sup>38</sup>. En realidad, es evidente que cualquier decisión que pretenda determinar la verdad debe ser *evidence responsive*: esto es, debe fundarse en las pruebas disponibles<sup>39</sup>. Se trata de una aplicación del *total evidence principle*, según el cual la racionalidad de un convencimiento debe fundarse —precisamente— sobre todos los datos

<sup>34</sup> En particular no parece convincente la opinión recientemente sostenida por CARRATTA (2003: 52), según la cual la admisión de las pruebas atípicas violaría el principio de reserva de ley introducido en 1999 al art. 111, inciso primero, de la Constitución italiana. Según CARRATTA, la referencia de la norma al debido proceso «regulado por la ley» excluiría la discrecionalidad del legislador al regular las modalidades del método de instrucción (2003: 53), e impediría al juez utilizar pruebas no previstas por la ley. Se puede concordar en que el juez del procedimiento ordinario no es libre para utilizar otros métodos de instrucción, pero no hay razón para derivar de esta reserva de ley la consecuencia de que el juez carecería de poderes discrecionales en materia de pruebas. En particular, la idea de que el juez no podría utilizar pruebas atípicas porque no están previstas por la ley parece dictada por una suerte de *horror vacui*, en virtud del cual sólo lo que está expresamente regulado puede existir en el proceso. Por el contrario, como se verá más adelante, la forma apropiada de plantear el problema se basa en el principio de que todo lo que es relevante puede ser utilizado como prueba, con la única exclusión de las pruebas que la ley declara inadmisibles. Se debe recordar, por otra parte, que el criterio de la relevancia está previsto por la ley procesal y que, por consiguiente, su aplicación coherente no puede violar ninguna reserva de ley. En un sentido análogo, cfr. también D'ANGELO, 2008: 224.

<sup>35</sup> Para una crítica de la situación de confusión que caracteriza el problema de las pruebas atípicas, véase, recientemente, CAVALLONE, 2008a: 958.

<sup>36</sup> Sobre la utilización probatoria de los conocimientos científicos, véase *infra*, capítulo V, apartado 3.3.

<sup>37</sup> Análogamente, cfr. GASCÓN ABELLÁN, 1999: 129.

<sup>38</sup> Cfr. *ibid.*: 128 ss.

<sup>39</sup> Cfr. GOLDMAN, 1986: 283.

cognoscitivos existentes<sup>40</sup>, o del criterio análogo de *comprehensiveness* o de *completeness*, en virtud del cual las pruebas que justifican una afirmación deben ser completas<sup>41</sup>. Es claro que si existen informaciones útiles que no han sido incorporadas, de las que, por tanto, no se sabe nada salvo que *podrían* contribuir a la determinación de la verdad, el descubrimiento de la verdad se volvería más difícil, incierto y quizás imposible. Un significado análogo tiene el *truth-in-evidence-principle* del que habla Alvin GOLDMAN<sup>42</sup>, según el cual la disponibilidad de un amplio conjunto de pruebas es, en términos generales, un mejor indicador de la verdad de una hipótesis que un conjunto de pruebas más limitado. Por otra parte, si el objetivo que se persigue es solamente la resolución de los conflictos, como ocurre en el ámbito de algunas ideologías del proceso<sup>43</sup>, existirá una menor preocupación por la exactitud en la determinación de los hechos, que «se manifiesta sobre todo en forma de una relativa indiferencia con respecto a la plenitud del material probatorio presentado al juez»<sup>44</sup>.

En sentido opuesto al principio epistemológico de plenitud de las informaciones no vale invocar, como hace, por ejemplo, Alex STEIN<sup>45</sup>, razones de carácter económico, en virtud de las cuales podría haber informaciones útiles que no debieran ser incorporadas si su costo no resultara conveniente. Es cierto que, en la práctica, puede ocurrir que existan razones económicas que impidan que se aporte una información útil, pero esto se traduce, siempre, en un límite al descubrimiento de la verdad. En todo caso, vale la pena precisar que el análisis que aquí se desarrolla, en la medida en que asume un punto de vista epistémico, no tomará en cuenta —salvo alguna referencia ocasional— los aspectos económicos del fenómeno probatorio, sobre la base de la regla según la cual todos los valores que de un modo o de otro pueden estar en conflicto con la búsqueda de la verdad resultan ajenos a la dimensión epistémica<sup>46</sup>. Entre las razones que justifican la falta de atención a los no muy numerosos análisis económicos del problema de las pruebas, se puede mencionar el que ellos han tenido por objeto solamente el *law of evidence* norteamericano<sup>47</sup>, y que no han producido resultados útiles en un plano general. Pero, sobre todo, se debe señalar que esos análisis han utilizado con frecuencia modelos abstractos, tan alejados de la realidad que llegan a resultar descriptivamente inadecuados<sup>48</sup>, se han basado en cuantificaciones hipotéticas e inadecuadas, y no han con-

<sup>40</sup> Cfr. GOLDMAN, 1986: 204. En un sentido análogo, cfr. también LAUDAN, 2006: 121.

<sup>41</sup> Cfr. HAACK, 2004: 46, 56; 1995: 87.

<sup>42</sup> Cfr. GOLDMAN, 1986: 144, 293.

<sup>43</sup> Véase *supra*, capítulo III, apartado 4.2.

<sup>44</sup> En este sentido, DAMAŠKA, 1997: 165.

<sup>45</sup> Cfr. STEIN, 2005: 1, 5, 8, y *passim*.

<sup>46</sup> Cfr. GOLDMAN, 1986: 284.

<sup>47</sup> Cfr., en particular, el estudio que se presenta como el más importante y exhaustivo, esto es, POSNER, 1999.

<sup>48</sup> El caso más evidente es el de POSNER (1999: 1487), quien pretende comparar un «modelo *inquisitorial*» en el que sólo el juez selecciona las pruebas y faltan las partes, con un «modelo *adversarial*»

siderado la incidencia de las reglas sociales, de las tendencias culturales y de los valores epistémicos, tanto en la formulación de las normas relativas a las pruebas, como en su aplicación<sup>49</sup>.

En el contexto del proceso, las reglas epistémicas antes mencionadas tienen como claro equivalente al *principio de relevancia*, según el cual todas las pruebas potencialmente útiles para la determinación de los hechos debieran ser admitidas en juicio. Se debe observar, al respecto, que la relevancia de la prueba no es una cuestión de grado: una prueba, o es relevante o no lo es<sup>50</sup>.

Tradicionalmente se asigna a este principio una función de economía procesal (*frustra probatur quod probatum non relevat*), en la medida que su aplicación evitaría el desarrollo de actividades procesales inútiles. En este sentido, la referencia a la economía es sensata por al menos dos razones: porque se trata aquí de economía *procesal*, y no simplemente de reducción de costos, y, sobre todo, porque el principio en cuestión implica la eliminación preliminar de pruebas que de todos modos no habrían resultado útiles para la determinación de los hechos y, por consiguiente, no impone ninguna limitación a la selección de las informaciones que sirven para determinar la verdad<sup>51</sup>.

Esta justificación *sensu lato* económica vale con respecto a lo que se podría definir como *función exclusiva* del principio de relevancia, en virtud de la cual éste determina la exclusión de las pruebas no relevantes, tal como lo dispone expresamente, por ejemplo, la Regla 402 de las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses<sup>52</sup>. Existe, en cambio, una justificación no económica, sino epistémica, para la *función inclusiva* del principio de relevancia<sup>53</sup>, en virtud de la cual ninguna prueba potencialmente útil debiera ser excluida, y todas las pruebas potencialmente útiles debieran ser admitidas. Esta justificación se intuye fácilmente: la exclusión de informaciones útiles viciaría *ab origine* cualquier procedimiento epistémico, mientras que la única forma de maximizar la fiabilidad de los resultados de esa clase de procedimiento consiste en el uso adecuado de todos los conocimientos disponibles. Con respecto al principio *inclusivo* de relevancia, es necesario destacar que una limitación o una reserva importante al mismo se puede derivar de la estructura del proceso: pues en el proceso *adversarial* la prevalencia del control de las partes implica

que se centra exclusivamente en el jurado. Ninguno de los dos modelos corresponde a la realidad, de modo que su análisis resulta por completo inútil.

<sup>49</sup> Para estas críticas, cfr., en particular, SHAPIRA, 1998: 1607. En sentido claramente crítico respecto de los análisis económicos del sistema probatorio, cfr. también ALLEN y LEITER, 2001: 1511.

<sup>50</sup> Cfr., p. ej., ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 99.

<sup>51</sup> En general sobre el concepto de relevancia y su función, cfr., recientemente, también para ulteriores referencias bibliográficas, FERRER BELTRÁN, 2007: 68. Véase, además, TARUFFO, 1992: 337; 1970; COMOGLIO, 1980: 198; 1976a: 124.

<sup>52</sup> Sobre esta norma, cfr. GRAHAM, 2003: 105 ss.; SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: 402-2.

<sup>53</sup> Sobre la función inclusiva del principio de relevancia, véase, más ampliamente, TARUFFO, 1992: 341 ss.

una menor preocupación por la plenitud de las informaciones que sirven para la determinación de los hechos<sup>54</sup>.

Naturalmente, el concepto de utilidad no es entendido aquí en un sentido trivialmente económico: una información es epistémicamente útil no cuando compensa con beneficios proporcionados los costos necesarios para su identificación y su aportación<sup>55</sup>, sino cuando parece capaz de proporcionar conocimientos relativos, directa o indirectamente, a los hechos del caso. En virtud de consideraciones de este tipo, el principio de relevancia está presente, como criterio fundamental de selección de todas las pruebas admisibles, en todos los ordenamientos procesales y también en la Regla 401 de las *Federal Rules of Evidence* norteamericanas, que lo formula precisamente cuando dispone que es relevante la prueba que tiene «*any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable that it would be without the evidence*»<sup>56</sup>.

Desde una perspectiva epistémica, hay sólo una atenuación «económica» del principio de relevancia entendido en su significado inclusivo que parece razonable. Se trata de la exclusión de una prueba que en sí misma es relevante, cuando resulta evidente que ella es superflua por ser redundante, esto es, cuando en el caso de ser asumida no haría otra cosa que producir elementos adicionales de confirmación de conclusiones ya alcanzadas y adecuadamente justificadas a través de otras pruebas. La prueba superflua es inútil porque no agrega nada nuevo a lo que ya se conoce, de modo que las actividades necesarias para su aportación no serían oportunas. Este criterio puede ser aplicado, por ejemplo, para interpretar correctamente el art. 209 del Código de Procedimiento Civil italiano, en virtud del cual el juez puede excluir la práctica de pruebas ya admitidas cuando la considere superflua sobre la base de las pruebas ya incorporadas<sup>57</sup>. El mismo criterio es utilizado por la Regla 403 de las *Federal Rules of Evidence* norteamericanas, que confiere al juez el poder de excluir pruebas que resulten puramente *cumulative*<sup>58</sup>. Con todo, el criterio en cuestión debe ser interpretado de forma epistémicamente correcta: es claro, en efecto, que una prueba que se refiera al mismo hecho que ha sido objeto de

<sup>54</sup> En este sentido, cfr. DAMAŠKA, 1997: 174 ss.

<sup>55</sup> En este sentido, véase, en cambio, STEIN, 2005: 2 y 8. Lo que STEIN no aclara, sin embargo, es como puedan resultar conmensurables entidades esencialmente diferentes como el costo económico de una información y su valor cognoscitivo. Se puede tratar, a lo sumo, de un criterio práctico bastante genérico, pero subsiste de todas formas el hecho de que la consideración del costo económico debiera compararse no con el valor cognoscitivo de cada información, que no se conoce mientras no haya sido adquirida, sino, eventualmente, con el déficit de conocimiento que su exclusión supondría.

<sup>56</sup> Entre la amplia literatura sobre el tema, cfr., en especial, GRAHAM, 2003: 87 ss.; ROTHSTEIN, RAEDER y CRUMP, 1986: 58; SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: 401-404.

<sup>57</sup> Cfr., en este sentido, TARUFFO, 1992: 347; 1970: 71 ss.; COMOGLIO, 1980: 200 ss. Para concepciones menos rigurosas surgidas en la doctrina y en la jurisprudencia, véanse referencias en CARPI y TARUFFO, 1984: 650.

<sup>58</sup> Al respecto, cfr., en particular, SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: 403-436.

otras pruebas pero que apunte a refutar lo que de esas pruebas ha resultado, o que apunte a proporcionar elementos para una reconstrucción diferente del mismo hecho, no es de modo alguno superflua o redundante y, por consiguiente, no puede ser considerada inútil. Por el contrario, podría aportar elementos relevantes para el conocimiento y la determinación de los hechos y, por consiguiente, no debiera ser excluida.

Parecen en cambio discutibles otros criterios *sensu lato* económicos que algunas veces son utilizados con el fin de limitar la aplicación del principio inclusivo de relevancia, esto es, con el fin de excluir la aportación de pruebas que, sin embargo, serían útiles para la determinación de los hechos. El caso más interesante es precisamente el de la Regla 403, recién mencionada, en la parte en que admite que el juez excluya una prueba relevante no sólo cuando parezca *cumulative*, sino también *by consideration of undue delay* y de *waste of time*. En síntesis, se atribuye al juez un poder ampliamente discrecional<sup>59</sup>, no sujeto ni siquiera a una valoración comparativa entre los inconvenientes que implicaría la práctica de una prueba y los beneficios que ella produciría en términos de determinación de la verdad, para excluir pruebas relevantes por razones que se refieren únicamente a la eficiencia del proceso. Depende, por tanto, sólo de la prudencia del juez que no se excluyan por estas razones pruebas potencialmente decisivas para el descubrimiento de la verdad<sup>60</sup>, aunque sigue siendo válida la observación de que, en todo caso, la exclusión de pruebas relevantes implica un déficit en los conocimientos útiles para una determinación verdadera de los hechos<sup>61</sup>.

## 2.2. La exclusión de pruebas relevantes

En un procedimiento epistémico ideal, el principio de relevancia sería con toda probabilidad suficiente para determinar qué informaciones debieran ser excluidas y cuales debieran ser adquiridas con el fin de maximizar la eficacia de ese procedimiento para alcanzar conclusiones verdaderas. Parece claro, en efecto, que ninguna regla adicional podría ser necesaria en un sistema *truth-driven*<sup>62</sup>, en el que, más bien, «*every rule that leads to the exclusion of relevant evidence is epistemically suspect*»<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Sobre el uso de esta discrecionalidad y, en particular, sobre el *abuse of discretion* al que puede dar lugar, cfr. la amplia casuística citada en SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: 403-9.

<sup>60</sup> Según GRAHAM (2003: 107), al tratarse de un *extraordinary remedy*, este poder debiera ser usado *sparingly*, sólo a requerimiento de parte y bajo la condición de que la parte que ha presentado la prueba tenga la posibilidad de demostrar que existen buenas razones para no excluirla.

<sup>61</sup> En este marco, y con respecto a la Regla 403, alguna razón tiene STEIN (2005: 155), cuando dice que el *law of evidence* norteamericano parece dirigido hacia objetivos de *cost-efficiency* más que hacia la búsqueda de la verdad. La tesis de STEIN no parece aceptable, en cambio, cuando sostiene que la *cost-efficiency* es y debe ser un criterio general imprescindible en cualquier regulación de las pruebas.

<sup>62</sup> Cfr. LAUDAN, 2006: 121.

<sup>63</sup> Cfr. *ibid.*: 19. Análogamente, cfr. GOLDMAN, 1986: 292.

Estos principios de carácter epistémico son significativos también en el contexto del proceso. Existe, de hecho, una tradición que se remonta a Jeremy BENTHAM, según quien «*evidence is the basis of justice: to exclude evidence is to exclude justice*»<sup>64</sup>. BENTHAM criticaba ásperamente la complicación y el formalismo del *law of evidence* inglés de su tiempo, constituido por un conjunto complicado y escasamente racional de reglas que se dirigían principalmente a excluir pruebas relevantes. Según BENTHAM, en cambio, la regulación jurídica de las pruebas podría reducirse ventajosamente al principio según el cual cualquier prueba relevante debe por lo mismo considerarse admisible<sup>65</sup>. De este modo BENTHAM anticipaba el principio epistémico de plenitud del conocimiento al que se ha hecho referencia más arriba. Su pensamiento también ha sido criticado con el argumento de que aun si se admitieran todos los datos de conocimiento, eso no garantizaría el descubrimiento de la verdad<sup>66</sup>. Esto es probablemente cierto, pero también es cierto que excluir la posibilidad de utilizar pruebas relevantes es una forma segura de excluir la posibilidad de descubrirla.

No obstante el claro fundamento epistémico de estos principios, numerosos ordenamientos procesales, tanto en el pasado como actualmente, no los han aplicado de forma rigurosa, y han adoptado en cambio regulaciones jurídicas de las pruebas que con frecuencia son complicadas y se articulan en numerosas disposiciones normativas<sup>67</sup>. No es posible desarrollar aquí un análisis adecuado de estos sistemas normativos, entre otras razones porque presentan grandes diferencias de un ordenamiento a otro. Con todo, es oportuno considerar algún ejemplo, tanto para destacar cómo diferentes ordenamientos, incluso en el interior de una misma «familia» procesal, siguen tendencias diferenciadas, como para verificar qué relación se establece entre las normas que regulan la admisión de las pruebas y la función epistémica del proceso.

Las normas que se refieren a la selección preliminar de las pruebas concierne —también por lo que respecta al lenguaje legislativo— a la *admisibilidad* de las pruebas, aunque se trata en realidad de *reglas de exclusión* de pruebas que, de no existir dichas reglas, debieran ser admitidas al ser relevantes<sup>68</sup>. En efecto, como se ha visto, todas las pruebas relevantes debieran ser admitidas,

<sup>64</sup> Cfr. BENTHAM, 1827: 490; LAUDAN, 2006: 171. En el mismo sentido, cfr. también FERRER BELTRÁN, 2007: 70; TARUFFO, 1992: 337.

<sup>65</sup> La tesis «abolicionista» que se remonta a BENTHAM ha sido criticada por STEIN (2005: 108 ss.), por varias razones. Una de ellas es que STEIN no comparte la idea de BENTHAM, seguida también en estas páginas, según la cual la corrección de las decisiones sobre los hechos sería una finalidad esencial del proceso (2005: 113). Otra razón es que STEIN (2005: 109) tiene temor a la tiranía de los jueces que podría tener cabida en un sistema probatorio que no esté regido rigurosamente por reglas de exclusión. Ambas razones son fuertemente discutibles y, por otra parte, STEIN no se preocupa de justificarlas, más allá de alguna apodíctica profesión de fe.

<sup>66</sup> En este sentido, cfr. HAACK, 2004: 58.

<sup>67</sup> Sobre el tema, cfr. GASCÓN ABELLÁN, 1999: 130; CAVALLONE, 2008a: 948.

<sup>68</sup> Cfr. FERRER BELTRÁN, 2007: 77; TARUFFO, 1992: 337.

salvo que —se puede agregar ahora— una prueba relevante deba ser excluida porque así lo prevé una norma específica. La regla fundamental, que debe ser aplicada con prioridad lógica, es la que hace derivar la admisibilidad de una prueba de su relevancia; las excepciones a esta regla las constituyen las normas que prevén la *inadmisibilidad* de pruebas relevantes<sup>69</sup>.

En términos generales, se pueden distinguir dos grandes categorías de reglas de exclusión de pruebas, de acuerdo a la función que se les atribuye. La primera categoría comprende las normas que pretenden cumplir, de forma exclusiva o no, una función epistémica<sup>70</sup>. Estas normas parecen dirigidas a prevenir o a evitar errores o malentendidos en la determinación del valor probatorio de ciertas pruebas, por parte del sujeto o del órgano que debe formular la decisión final acerca de los hechos. Es claro que la prevención de errores de valoración es un aspecto importante de cualquier procedimiento orientado al descubrimiento de la verdad. La segunda categoría comprende las normas de exclusión que no tienen una finalidad epistémica, ya que no pretenden favorecer el descubrimiento de la verdad; están dirigidas, en cambio, a alcanzar fines de otra naturaleza, más o menos valiosos según los casos, que nada tienen que ver con la correcta determinación de los hechos. Sin embargo, estas normas condicionan directamente la determinación de los hechos, en la medida en que limitan o impiden de varias formas la aportación de pruebas relevantes y tienen, por consiguiente, una clara incidencia negativa desde la perspectiva de la función epistémica del proceso.

a) La categoría de las normas que se caracterizan por poseer alguna finalidad epistémica incluye numerosas reglas de contenido muy variable, dado que los diversos ordenamientos asumen actitudes muy diferentes con respecto a la exclusión de pruebas que se declaran inadmisibles con el fin de evitar errores en su valoración. Basta señalar aquí algún ejemplo particularmente significativo.

Una primera hipótesis está constituida por las normas que, principalmente en el ordenamiento francés pero también —por derivación histórica— en el italiano, excluyen la prueba testifical de los contratos de valor superior a un cierto monto, de los pactos añadidos o contrarios al contenido de un contrato, de los contratos para los que la ley requiere prueba escrita y de los contratos para cuya validez la ley requiere la forma escrita. El origen histórico de estas normas se remonta a la época en que, por varias razones, sobre todo por la difusión de la escritura y el surgimiento de la profesión notarial, se imponía la máxima *lettres passent témoins*, y la prueba escrita se configuraba como más segura, más fácilmente conservable y, por consiguiente, más capaz de proporcionar —también tras un largo tiempo— una demostración veraz del contrato

<sup>69</sup> En este sentido, cfr., p. ej., ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 96.

<sup>70</sup> Cfr. ALLEN y LEITER, 2001: 1500; GOLDMAN, 1986: 293.



la admisibilidad del testimonio de las partes, y de los posibles intervinientes, no se basa en una falta de preocupación epistémica por parte del legislador, sino en el convencimiento —epistémicamente correcto— de que el juez está perfectamente en condiciones de valorar la credibilidad de testigos que tienen un interés en la causa, con la debida cautela respecto de la fiabilidad de sus declaraciones, pero también con la posibilidad de extraer de ellas cuanto pueda resultar razonablemente útil para la determinación de la verdad. Por consiguiente, lo que resulta epistémicamente oportuno es la admisibilidad de estos testimonios, y no su exclusión; su exclusión, que termina por privar al juez de fuentes de conocimiento potencialmente útiles para el juicio sobre los hechos, resulta, en cambio, fuertemente contraindicada<sup>83</sup>.

Los ordenamientos de *common law*, y en particular el estadounidense, comprenden numerosas *exclusionary rules* que persiguen finalidades *sensu lato* epistémicas, en la medida que están dirigidas, sobre todo, a evitar errores de valoración por parte del jurado<sup>84</sup>. Se ha dicho, correctamente, que estas *exclusionary rules* tienen un carácter de «*epistemic paternalism*» con respecto al jurado<sup>85</sup>. En realidad, la mayor parte de las normas que componen el *law of evidence* norteamericano está constituida por una larga lista de excepciones al principio de relevancia establecido por la Regla 401 de las *Federal Rules of Evidence*<sup>86</sup>. Aunque es, obviamente, imposible realizar un análisis detenido de este complejo conjunto de normas, se pueden considerar dos ejemplos particularmente significativos.

El primer ejemplo está constituido por la ya mencionada Regla 403 de las *Federal Rules of Evidence*, en la parte que prevé que el juez pueda valorar si el *probative value* de una prueba resulta *substantially outweighed* por el peligro de que provoque un *unfair prejudice* respecto de una parte, o una *confusion of the issues*, o que pueda inducir a engaño al jurado. Sin examinar analíticamente estas hipótesis<sup>87</sup>, se debe observar, por un lado, que prevén la posibilidad de que se excluyan pruebas que son relevantes (pues, si no lo fueran, resultarían excluidas en virtud de la Regla 401) y admisibles (pues de otro modo resultarían excluidas por una de las normas a las que se refiere la Regla 402) y, por otro lado, que esa exclusión depende de una valoración ampliamente discrecional del juez, que está llamado, además, a confrontar dos entidades no comparables, como el *probative value* de una prueba que no conoce, y el

<sup>83</sup> Sobre los aspectos de inconstitucionalidad de la norma, por violación del derecho a la prueba, cfr., más ampliamente, TARUFFO, 1988: 739; 1984: 81. Para recientes análisis críticos sobre la materia, cfr. LAUDAN, 2006: 121; STEIN, 2005: 228.

<sup>84</sup> Cfr. DAMAŠKA, 1997: 46. Para un amplio análisis de estas normas desde el punto de vista de su naturaleza epistémica, cfr., en particular, LAUDAN, 2006: 19, 122, 142, 147, 171, 194.

<sup>85</sup> Cfr. ALLEN y LEITER, 2001: 1502.

<sup>86</sup> Cfr., en especial, LAUDAN, 2006: 122; SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: 403-9.

<sup>87</sup> Sobre el tema, cfr. GRAHAM, 2003: 110; ROTHSTEIN, RAEDER y CRUMP, 1986: 69. Sobre el peligro de *unfair prejudice*, ROTHSTEIN, RAEDER y CRUMP, 1986: 69, y, en particular, el penetrante análisis crítico de LAUDAN, 2006: 19.

riesgo de que tenga lugar una de las consecuencias indicadas, las que —a su vez— están definidas mediante expresiones más bien vagas, que se prestan a diversas interpretaciones<sup>88</sup>. Incluso si se quisiera justificar esta norma poniendo de relieve que la misma subordina la admisión de cualquier prueba a una evaluación comparativa de costos/beneficios<sup>89</sup>, no se podría olvidar, sin embargo, que con el fin de hacer más razonable y correcta la determinación de los hechos, se atribuye al juez un poder muy amplio para excluir preliminarmente numerosas pruebas que podrían servir justamente para determinar la verdad de esos mismos hechos<sup>90</sup>.

El segundo ejemplo lo representa la regla que constituye el aspecto quizá más característico del *law of evidence* angloamericano, esto es, la llamada *hearsay rule*. En realidad, esta regla ya no está vigente en la justicia civil en Inglaterra, donde ha sido derogada a través de la *Civil Evidence Act* de 1995, mientras que sigue vigente para el proceso penal, al ser reformulada con la *Criminal Justice Act* de 2003<sup>91</sup>. En todo caso, esa regla sigue representando una *magna pars* de la regulación de las pruebas civiles y penales en los Estados Unidos<sup>92</sup>. La *hearsay rule* prevé que se excluyan las pruebas «de segunda mano» o «por haberlo escuchado decir»: la hipótesis principal es la del testimonio *de oídas*, en el que el testigo declara sobre hechos que no ha percibido personalmente sino que le han sido narrados por otra persona<sup>93</sup>. Se han dado diversas explicaciones para esta regla<sup>94</sup>, que pueden ser sintéticamente reducidas a dos: por una parte, se considera que la exclusión de las pruebas *hearsay* está dirigida a evitar que el jurado se vea enfrentado a tener que determinar el valor probatorio de un testimonio sin estar en condiciones de valorar directamente la credibilidad del testigo original<sup>95</sup>; por otra parte, se destaca, en cambio, que la norma está dirigida a impedir los testimonios respecto de los cuales la contraparte no tiene posibilidad de verificar la credibilidad del testigo original, porque no tiene la oportunidad de someterlo a *cross-examination*<sup>96</sup>. En todo caso, se trata de explicaciones que tienen un sentido epistémico, tanto si

<sup>88</sup> También STEIN (2005: 155) destaca que la norma implica en realidad una referencia a numerosas reglas de exclusión.

<sup>89</sup> Así, p. ej., STEIN, 2005: 155. Cfr. también ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 68, con respecto a la regla análoga que rige en el proceso penal inglés.

<sup>90</sup> ROTHSTEIN, RAEDER y CRUMP, 1986: 79, subrayan que la ponderación entre intereses contrapuestos prevista por la norma apunta en el sentido de favorecer la admisión más que la exclusión de pruebas, pero esto no quita, en todo caso, que la ponderación quede entregada a una decisión discrecional del juez, sobre cuya dificultad véase también GRAHAM, 2003: 107. También reconocen que se trata de una valoración *hard-working*, p. ej., ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 97.

<sup>91</sup> Sobre el tema, véase ampliamente ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 580; McEWAN, 1992: 228.

<sup>92</sup> Cfr. las Reglas 801-807 de las *Federal Rules of Evidence*, sobre las que cfr. todo el volumen cuarto de SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002. Sobre la historia de la *hearsay rule* en el *law of evidence* norteamericano, cfr. DONDI, 1979: 110, 224.

<sup>93</sup> Para recientes análisis críticos sobre la materia, cfr. LAUDAN, 2006: 121; STEIN, 2005: 228.

<sup>94</sup> Cfr., p. ej., SCHWIKKARD, 2007: 336.

<sup>95</sup> Cfr. DAMAŠKA, 1997: 49; ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 597.

<sup>96</sup> En este sentido, cfr., p. ej., ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 597.

la *hearsay rule* pretende racionalizar la valoración del jurado, como si pretende hacer posible el control de la credibilidad del testigo por la contraparte, ya que la realización del contradictorio tiene también una función epistémica, al permitir precisamente que se someta a verificación la credibilidad de las informaciones ofrecidas por las pruebas<sup>97</sup>. La *hearsay rule* se funda, por tanto, en la premisa de que un conjunto de legos no puede determinar correctamente el valor de una prueba, y tiende a sobrevalorarla, si es que no presencia la puesta en duda de ese valor a través de la *cross-examination*<sup>98</sup>. Por otra parte, también las numerosas excepciones que esa regla sufre se refieren a toscas nociones de *armchair psychology* según las cuales los jurados no serían, en general, capaces de apreciar correctamente el valor de pruebas *hearsay*, pero se volverían capaces de hacerlo en particulares situaciones<sup>99</sup>. La conexión entre *hearsay rule* y jurado<sup>100</sup> resulta, en todo caso, confirmada tanto por su abolición en Inglaterra de manera coincidente con la virtual desaparición del jurado de la práctica judicial civil, como por el hecho de que en los ordenamientos de *civil law*, en los que el jurado no existe<sup>101</sup>, las pruebas *de oídas* son normalmente admitidas. Esto no significa que los legisladores de *civil law* no comprendan lo delicada que resulta una apreciación adecuada del valor de esas pruebas: ellos confían en la capacidad del juez de distinguir el valor de un testimonio indirecto del de un testimonio directo<sup>102</sup>.

Son, por tanto, numerosas y variadas, en los diversos ordenamientos procesales, las normas de exclusión de pruebas relevantes que se justifican —directa o indirectamente— por la finalidad de prevenir los errores y malentendidos en los que puede incurrir quien está llamado a valorar las pruebas y a formular la decisión final sobre los hechos. *Prima facie* podría ser tentador valorar positivamente que esos legisladores manifiesten preocupaciones epistémicas tan analíticas e intensas, llegando a construir complicados conjuntos de normas dirigidas a prevenir errores y a guiar la valoración de las pruebas en el sentido de la cautela y de la prudencia. Sin embargo, tras un análisis más profundo se vuelve difícil evitar la impresión de estar frente a situaciones paradójicas. Cualesquiera que sean las justificaciones aducidas como fundamento para las varias reglas de exclusión, y cualquiera que sea su capacidad efectiva de prevenir errores de valoración, subsiste en todo caso el hecho de que todas ellas actúan impidiendo al juez de los hechos —juez

<sup>97</sup> En este sentido, cfr. TARUFFO, 1992: 401.

<sup>98</sup> Así, p. ej., WEINSTEIN, 1961: 331. Entre lo más reciente, cfr. MCEWAN, 2007: 202. En sentido crítico, cfr. ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 597 ss.

<sup>99</sup> Para un análisis crítico de la «*amateur psychology*» en que se basan tales excepciones, cfr., en particular, MCEWAN, 2007: 202.

<sup>100</sup> Sobre esta conexión, cfr., en particular, DONDI, 1979: 101.

<sup>101</sup> Al respecto, véase *infra*, apartado 6.1.

<sup>102</sup> Usualmente el juez tiene, en todo caso, el poder de disponer que declare el testigo original. Cfr., p. ej., el art. 257, inciso primero, del Código de Procedimiento Civil italiano (sobre el cual véase CARPI y TARUFFO, 1984: 742; COMOGGIO, 1976a: 419, n. 3 y 465) y el art. 195, núm. 1, del Código de Procedimiento Penal italiano (sobre el cual véase CONSO y GREVI, 2005: 593).

togado o jurado— tomar conocimiento de determinadas informaciones. El problema nace del hecho de tratarse de informaciones *relevantes*, es decir, de pruebas que, si fueran admitidas, podrían influir en la decisión final sobre los hechos de la causa y, en todo caso, contribuirían a maximizar la posibilidad que de esos hechos se determine la verdad. En resumen: para evitar el riesgo de error inherente a la valoración de una prueba se prefiere excluir a priori esa prueba, reduciendo así —quizá de modo decisivo, si se trata de la única prueba disponible— el fundamento cognoscitivo de la decisión sobre los hechos de la causa. La paradoja reside, por tanto, en normas que *parecen* dirigidas a realizar finalidades epistémicas pero que en realidad son epistémicamente contraproducentes, porque impiden utilizar informaciones útiles<sup>103</sup>. La paradoja se suscita de forma evidente cuando el legislador, debiendo elegir entre el riesgo de un error de valoración y la segura posibilidad de una decisión sobre los hechos incompleta en su fundamento probatorio, opta por esta segunda solución<sup>104</sup>. Por consiguiente, parece lícito dudar de la seriedad de las preocupaciones epistémicas de los legisladores que establecen reglas de exclusión de pruebas relevantes, y se puede dudar también de la seriedad de los argumentos que habitualmente se aducen para justificar la existencia de esas normas, dado que producen, en todo caso, un déficit en el fundamento epistémico de la decisión sobre los hechos.

Incluso cabe considerar que, con toda probabilidad, el problema de la corrección de esa decisión no se abordará adecuadamente si se enfrenta con la técnica de la exclusión preventiva de pruebas relevantes, y que podría quizá ser planteado de modos más eficaces y menos paradójicos si se abordara recurriendo a otros aspectos de la regulación de las pruebas, esto es, desde la perspectiva de las formas de asunción y de control de la fiabilidad de las pruebas, y desde la perspectiva de la calidad del sujeto o del órgano que está llamado a actuar como *trier of fact*. Aunque el análisis de estos aspectos se desarrollará más adelante<sup>105</sup>, se puede anticipar aquí que es en ellos, más que en las reglas de exclusión de prueba, donde puede encontrar solución el problema de la corrección de la decisión acerca de los hechos. Así, por ejemplo, en los sistemas que —como el norteamericano— contienen numerosas normas de exclusión de pruebas relevantes dirigidas a prevenir errores de valoración del jurado, cabe preguntarse si sea oportuno mantener el *trial by jury*<sup>106</sup>, si la subsistencia del jurado implica limitaciones sustanciales a la posibilidad de utilizar pruebas relevantes para el descubrimiento de la verdad. En cambio, en un sistema en el

<sup>103</sup> Acerca de la naturaleza contraepistémica de normas como las que han sido consideradas, cfr., en especial, FERRER BELTRÁN, 2002: 47; GASCÓN ABELLÁN, 1999: 125.

<sup>104</sup> Destacan la paradoja, p. ej., ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 97, quienes la justifican por la conveniencia de evitar la práctica de pruebas que puedan «*confuse, mislead or otherwise divert jurors from their proper task*». Por otra parte, aun si esta justificación pudiera valer para el jurado, no vale, con todo, respecto del juez, tanto en el *civil law* como en el *common law*.

<sup>105</sup> Cfr. *infra*, apartados 3 y 6.

<sup>106</sup> En este sentido, cfr. LAUDAN, 2006: 215.

que la valoración de las pruebas se confíe a un juez profesionalmente entrenado, que pueda realizar un control adecuado de la fiabilidad de los testimonios, resultaría por completo superflua una norma como el art. 246 del Código de Procedimiento Civil italiano, mencionado poco antes, y no existirían obstáculos para que fuera admisible el testimonio de las partes.

La preocupación epistémica por asegurar una correcta valoración de las pruebas no se debe expresar, por tanto, a través de normas que impidan la adquisición de pruebas relevantes, ni, aún menos, se puede agotar en la aplicación de normas contraepistémicas. Por el contrario, debe tenerse en cuenta, y ser abordada, en todos los demás momentos del procedimiento probatorio.

b) Todos los ordenamientos procesales comprenden normas que no persiguen una finalidad epistémica pero que implican la posible exclusión de pruebas relevantes o incluso la imposibilidad de probar en juicio hechos que serían relevantes para la decisión<sup>107</sup>. Entre estas normas tienen particular importancia las que se refieren a los secretos<sup>108</sup>, es decir, los *privileges* y las *immunities* del derecho angloamericano, que son cada vez más numerosos y están previstos en variadas normas ordinarias y especiales<sup>109</sup>. Como demuestra el ejemplo que representan los arts. 199-203 del Código de Procedimiento Penal italiano, son diversas y numerosas las situaciones en las que la ley prevé que, de forma excepcional respecto de la obligación general de prestar testimonio, ciertos sujetos estén legitimados para abstenerse de declarar como testigos por razones de parentesco con el imputado<sup>110</sup>, o de declarar sobre hechos que hayan llegado a conocer «por razón de su ministerio, oficio o profesión» o sobre hechos cubiertos por el secreto profesional o por el secreto de Estado<sup>111</sup>. Normas análogas están presentes en todos los ordenamientos<sup>112</sup>, que exhiben, en esta materia, una notable flexibilidad<sup>113</sup>. Es fácil constatar que en el establecimiento y en la aplicación de estas normas entran en juego intereses muy relevantes y ciertamente merecedores de tutela, que van desde la *privacy*

<sup>107</sup> Cfr. GASCÓN ABELLÁN, 1999: 132.

<sup>108</sup> Cfr. *ibid.*: 134.

<sup>109</sup> Sobre los *privileges* y las *immunities* en el derecho inglés, cfr. ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 266.

<sup>110</sup> Mientras los arts. 200-203 del Código de Procedimiento Penal italiano se aplican también en el proceso civil, en virtud de lo dispuesto por el art. 249 del Código de Procedimiento Civil italiano, la facultad de abstenerse de declarar de ciertos parientes del imputado, prevista por el art. 199 del Código de Procedimiento Penal italiano, no vale en el proceso civil. Sobre la remisión que hace el art. 249, cfr. COMOGLIO, 1976a: 452.

<sup>111</sup> Sobre estas normas cfr., también para referencias doctrinales y jurisprudenciales, CONSO y GREVI, 2005: 624.

<sup>112</sup> Con respecto al ordenamiento alemán, cfr. el § 383 de la *Zivilprozessordnung* y véase MURRAY y STÜRNER, 2004: 298. Con respecto al ordenamiento francés, cfr. el art. 206 del *Code de Procédure Civile*.

<sup>113</sup> Significativa resulta, al respecto, la Regla 501 de las *Federal Rules of Evidence* norteamericanas, que junto con reconocer la existencia de los *privileges* remite su identificación al *common law* y al derecho de cada Estado. Cfr. sobre el tema, GRAHAM, 2003:171; SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: 501-8.

individual hasta la protección de los secretos profesionales y de los secretos de Estado. Esto no quita, sin embargo, que muchas de estas normas, o muchas de sus aplicaciones, puedan ser valoradas críticamente desde una perspectiva política y de política del derecho: si es cierto, como dice WILLIAMS, que la mentira siempre debe ser excluida pero que el secreto puede estar justificado<sup>114</sup>, se trata de resolver si, cuándo y bajo qué condiciones un secreto puede estar justificado, al tratarse de una excepción a una obligación general, moral y política, además de jurídica, de decir la verdad<sup>115</sup>. Esta evaluación concierne al valor de los intereses que en cada caso se trata de proteger a través de la técnica del secreto, y a la consiguiente facultad de los eventuales testigos de abstenerse de declarar sobre los hechos cubiertos por el secreto, esto es, a un aspecto que no se relaciona directamente con las consideraciones que aquí se están desarrollando.

En cambio, se debe notar de modo general que cada vez que se aplica una norma que protege un secreto y un testigo ejerce el derecho de abstención que la ley le reconoce, se reduce en la misma medida la posibilidad de determinar un hecho relevante para la decisión<sup>116</sup>. Cualesquiera que sean las razones, más o menos aceptables según los casos, que se invoquen para justificar estas normas, el efecto de su aplicación es, en todo caso, el de provocar un déficit, que puede ser muy relevante, en la veracidad de la decisión sobre los hechos del caso. El problema no se resuelve, sino que incluso en cierto sentido se agrava, por el hecho de que normalmente la decisión de ejercer o no el derecho de abstención —y, por consiguiente, el derecho a no proporcionar las informaciones que serían necesarias para la determinación de un hecho— corresponde a un sujeto que tiende naturalmente a considerar como criterio prioritario de elección su propio interés en no revelar lo que sabe, antes que la exigencia de determinar la verdad de los hechos. Es cierto que usualmente se prevé un control del juez respecto de la legitimidad del ejercicio de este derecho por parte de un cierto testigo, pero si ella concurre, entonces la decisión del testigo se vuelve indiscutible.

Es evidente, entonces, que en todas las situaciones que hasta ahora se han considerado se presentan problemas delicados y complejos de tensión y de ponderación entre valores en conflicto: el valor de la averiguación y la determinación de la verdad de los hechos de la causa, y el valor que en cada caso resulte tutelado a través de la previsión del derecho a negarse a prestar testimonio. Un proceso que estuviera rigurosamente dirigido hacia la averiguación de la verdad no debiera comprender ninguna norma que pudiera impedir la prueba de hechos relevantes con el fin de proteger un secreto, pero eso equivaldría a negar todo resguardo a los intereses que las normas de este tipo pretenden

<sup>114</sup> Cfr. WILLIAMS, 2002: 159.

<sup>115</sup> Sobre esta obligación, véase *supra*, capítulo III, apartado 3.

<sup>116</sup> Cfr., en particular, LAUDAN, 2006: 164, 166, 168.

tutelar. El proceso debe tomar en cuenta, en alguna medida, esas exigencias extrínsecas, contrapuestas a la exigencia de descubrir la verdad: cuál deba ser esa medida, y cuál sea el eventual punto de equilibrio entre los valores en conflicto, son cuestiones que sólo pueden ser resueltas caso a caso, en función de las elecciones políticas realizadas por el legislador. En todo caso, se debe subrayar que la protección de los secretos, cualquiera que sea el secreto en cuestión, no constituye un valor en sí, y que la protección de cada secreto específico no prevalece a priori sobre la exigencia de que en el proceso se determine la verdad. Por el contrario, por regla general esa exigencia debería prevalecer y las normas que excluyan pruebas relevantes para favorecer la protección de secretos debieran ser consideradas como excepciones a esa regla. En efecto, todas las normas que aquí se han considerado son evidentemente contraepistémicas: no están dirigidas a lograr una correcta determinación de los hechos, sino que se orientan a tutelar intereses extra procesales; además, operan típicamente reduciendo o eliminando la posibilidad de que se aporten pruebas relevantes para la determinación de la verdad. Esta posibilidad puede ser, sin embargo, salvaguardada si se prevén mecanismos procesales que permitan al juez de los hechos tomar conocimiento de las pruebas sin violar los secretos que es necesario proteger<sup>117</sup>.

### 3. LA PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS

Un procedimiento epistémico válido requiere que la identificación o la creación de los conocimientos y de las informaciones necesarias para formular conclusiones fiables sean accesibles y controlables, además de —si es posible— repetibles. Un historiador que no revelase las fuentes de las informaciones que utiliza, o un científico que no explicara el procedimiento que ha seguido para llegar a su descubrimiento, no producirían ciertamente conocimientos que merecieran ser tenidos en consideración.

Principios análogos valen también para el proceso, y debieran inspirar aquella parte de la regulación de las pruebas que se refiere a su práctica en juicio y, en ciertos casos, a su propia constitución en el ámbito del proceso.

La aportación de las fuentes de información concierne en particular a las llamadas pruebas preconstituidas, designadas de este modo porque se forman antes y en todo caso fuera del proceso, como ocurre con los documentos de cualquier tipo. Usualmente estas pruebas se practican de modo muy simple, a través de su presentación e inserción en los autos del procedimiento, sin

<sup>117</sup> Es lo que ocurre, por ejemplo, en Alemania, donde se prevé la posibilidad de interrogar testigos en una audiencia que no es pública. Cfr. el § 172 núm. 2 de la *Zivilprozessordnung* con respecto a testimonios necesarios que tienen que ver con secretos profesionales, industriales o fiscales. Sobre el tema, cfr., p. ej., BAUMGÄRTEL, 1989: 1.

que se susciten problemas particulares. Desde un punto de vista epistémico sólo vale la pena notar que todos los sistemas procesales incluyen métodos a los que se recurre en caso que surjan dudas o discusiones con respecto a la autenticidad de un documento: se trata de la llamada verificación de las pruebas documentales<sup>118</sup>, que puede implicar el recurso a procedimientos muy complejos y formales como la *querela di falso*, y que se dirige, en todo caso, a establecer la autenticidad o la falsedad de un documento. Aun sin extenderse demasiado aquí en el análisis de estas técnicas y de la evaluación de su eficacia, se puede observar, en términos muy generales, que desarrollan una función epistémicamente positiva, al estar dirigidas a verificar la autenticidad de las pruebas documentales que contienen informaciones útiles para la prueba de los hechos.

Bastante más complejo es el problema de las pruebas —llamadas *constituende* por la doctrina italiana— que se constituyen *en el* proceso, a través de procedimientos que son a menudo objeto de una regulación bastante detallada. Tampoco en este caso es posible considerar analíticamente los modos particulares en que los diversos sistemas procesales regulan la materia, pero se pueden desarrollar algunas observaciones con el fin de constatar si y en qué casos estas normas son coherentes con la dimensión epistémica del proceso. Cabe hacer referencia, al respecto, aun en forma sumaria, a dos modelos fundamentales de procedimiento utilizados para la práctica de las pruebas orales, y en particular de la prueba testifical.

El primero de esos modelos proviene de una extensa tradición histórica y todavía predomina en los sistemas de *civil law*. Éste se centra en el juez, a quien corresponde la tarea de interrogar a los testigos, como está previsto, por ejemplo, en el art. 253 del Código de Procedimiento Civil italiano<sup>119</sup>. La idea básica es que la prueba testifical es practicada de oficio por el órgano que luego formulará la decisión final sobre los hechos del caso, el que a través de la interrogación obtiene elementos de juicio con miras a esa decisión. Las partes pueden estar presentes pero no pueden interrogar directamente al testigo; a lo sumo pueden solicitar al juez que formule al testigo preguntas dirigidas a clarificar su declaración<sup>120</sup>. Puede dar la impresión de que en este sistema el juez actúa como una especie de inquisidor que va autónomamente en busca de lo

<sup>118</sup> He tomado la definición comprehensiva del título de la conocida obra de DENTI (1957), a la que me remito para el examen de estos métodos en el derecho italiano. Cfr., además, para referencias doctrinales y jurisprudenciales, CARPI y TARUFFO, 1984: 670, 674; COMOGLIO, 1976a: 310, 334.

<sup>119</sup> Sobre los modos de asunción de la prueba testifical en el ordenamiento italiano véase, más ampliamente, TARUFFO, 1988: 751; COMOGLIO, 1976a: 464. El interrogatorio de los testigos por las partes estaba previsto en el «proyecto Liebman» de reforma al Código de Procedimiento Civil italiano, en el art. 218 (LIEBMAN, 1977: 475), pero la propuesta no tuvo acogida.

<sup>120</sup> Cfr. de nuevo el art. 253, incisos primero y segundo, del Código de Procedimiento Civil italiano. Reglas análogas están muy difundidas en los ordenamientos de *civil law* que utilizan la misma modalidad de interrogatorio. Cfr., por ej., los §§ 394, 395 y 397 de la *Zivilprozessordnung* alemana y MURRAY y STÜRNER, 2004: 295.

que los testigos saben, pero la realidad es bastante diferente. En efecto, el juez interroga a los testigos sobre la base de los hechos que las partes han indicado como objeto de la prueba en el momento de la proposición de sus respectivas pruebas testificales<sup>121</sup>. El juez puede ampliar en cierta medida el objeto del interrogatorio, pero este poder no es ilimitado y habitualmente se refiere sólo a la posibilidad de requerir aclaraciones respecto de los hechos sobre los que el testigo ha declarado<sup>122</sup>. En este sentido, resulta excepcional el art. 213 del *Code de Procédure Civile* francés, que faculta al juez a interrogar al testigo sobre todos los hechos que según la ley admiten prueba, aun si no han sido indicados en la resolución que ha admitido su testimonio.

Más allá de estas variaciones, este método de asunción de la prueba testifical se corresponde bastante bien con la idea de que quien debe determinar la verdad de un hecho debiera desarrollar una investigación autónoma e independiente, dirigida a obtener todas las informaciones que puedan ser útiles para esa determinación. Es obvio que interrogar a personas que conocen los hechos es, en este sentido, un método válido y oportuno y, por tanto, el modelo en cuestión parece epistemológicamente correcto. Con todo, para que éste funcione eficazmente deben concurrir algunas condiciones que no siempre se dan en la práctica: *a)* es necesario que el juez sea activo en la búsqueda de la verdad<sup>123</sup>; *b)* que cuente con hipótesis adecuadas acerca de los hechos que se trata de determinar; *c)* que compruebe efectivamente la credibilidad del testigo y la fiabilidad de sus declaraciones; *d)* que profundice el examen del testigo, más allá de las indicaciones proporcionadas por las partes, y *e)* que obtenga, en el curso del interrogatorio, todos los elementos que luego necesitará para determinar el valor probatorio del testimonio. En un proceso real estas condiciones pueden fallar, total o parcialmente. Así, puede ocurrir que el juez asuma una actitud pasiva y que no tenga interés en profundizar el examen del testigo, o bien puede que no se haya hecho una idea lo suficientemente clara de los hechos de la causa (por ejemplo, porque no ha estudiado adecuadamente los autos del procedimiento), o bien puede que no posea los poderes necesarios para desarrollar una investigación eficaz, o que posea estos poderes pero por diversas razones no los ejerza. Entonces, el interrogatorio de los testigos se transforma en un acto burocrático y formalista, inadecuado para obtener todas las informaciones que se necesitarían para determinar la verdad de los hechos.

<sup>121</sup> Cfr., p. ej., el art. 244 del Código de Procedimiento Civil italiano, según el cual la prueba testifical «debe ser presentada mediante indicación específica [...] de los hechos, formulados separadamente», respecto de los cuales cada testigo deberá ser interrogado. Sobre el tema, cfr. TARUFFO, 1992: 748; COMOGLIO, 1976a: 454 ss.

<sup>122</sup> Cfr., p. ej., el art. 253, inciso primero, del Código de Procedimiento Civil italiano y el § 396 (2) y (3) de la *Zivilprozessordnung* alemana.

<sup>123</sup> Como observa DAMAŠKA (1997: 132), la pasividad del juez en la adquisición de las pruebas «se encuentra en evidente contraste con la actitud cognitiva de los individuos que realizan investigaciones empíricas en la vida cotidiana». Por otra parte, la libertad de adquirir las informaciones necesarias es esencial respecto del fin consistente en la determinación de la verdad (DAMAŠKA, 1997: 133).

Desde esta perspectiva, parece evidente que el límite principal que afecta al modelo en cuestión es la falta de alicientes para profundizar el examen del testigo, alicientes que podrían existir si las partes pudieran participar efectivamente en el interrogatorio<sup>124</sup>.

El segundo modelo, característico de los sistemas procesales de *common law*, aunque también ha sido imitado en muchos otros ordenamientos (como, por ejemplo, en el Código de Procedimiento Penal italiano)<sup>125</sup>, se basa en el interrogatorio de los testigos, desarrollado por los abogados de las partes, a través de la secuencia de la *direct-examination* (o *examination in chief*) y de la *cross-examination* (y eventualmente de la *redirect* y de la *re-cross examination*). Cada parte interroga directamente a sus «propios» testigos, obteniendo declaraciones que le resultan favorables, y contrainterroga a los testigos de la parte adversaria, principalmente con el fin de impugnar su credibilidad. Todo ello ocurre frente a un juez «pasivo», cuya función es sólo la de asegurar la correcta aplicación de las pocas reglas que regulan el interrogatorio<sup>126</sup>.

El mito de la *cross-examination* tiene una fuerza casi equivalente a la del jurado, con el que está directamente relacionado. Éste se encuentra consagrado en la citadísima definición de WIGMORE, según la cual la *cross-examination* es «*the greatest legal engine ever invented for the search of truth*»<sup>127</sup>, y ha sido reiterado en innumerables filmes y series de televisión americanas de tema judicial. Es lícito preguntarse, con todo, si el método del interrogatorio cruzado tiene efectivamente validez epistémica y si es realmente el mejor instrumento para la búsqueda de la verdad. *Prima facie* la respuesta podría ser positiva, pues intuitivamente se advierte la utilidad de la impugnación de la credibilidad del testigo que puede realizar la contraparte, y de la profundización del análisis de los hechos que se obtiene por obra de la parte interesada en comprobar la integridad y la fiabilidad de las respuestas obtenidas en la primera fase del interrogatorio. La *cross-examination* se funda en la premisa de

<sup>124</sup> Parece, por otra parte, que en el proceso alemán, en el que en principio es el juez el que interroga a los testigos, existe una participación activa de las partes en el interrogatorio: cfr. MURRAY y STÜRNER, 2004: 296.

<sup>125</sup> Cfr. los arts. 498 y 499 del Código de Procedimiento Penal italiano, sobre los cuales cfr., también para referencias adicionales, CONSO y GREVI, 2005: 1747 ss. En el ámbito de la justicia civil, cfr., en particular, los arts. 302 y 368 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000, que prevé que son los abogados los que deben interrogar a los testigos, y los arts. 306 y 372 del Código de Procedimiento Civil italiano, en los que se prevé que el juez sólo tenga el poder de pedir al testigo aclaraciones sobre hechos que han sido objeto de su declaración.

<sup>126</sup> Las modalidades con las que se desarrolla el interrogatorio de los testigos están previstas por unas pocas normas concentradas en la Regla 611 de las *Federal Rules of Evidence*, sobre la que cfr. GRAHAM, 2003: 253; ROTHSTEIN, RAEDER y CRUMP, 1986: 288; SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: 611-613. Sobre el tema, véase también TARUFFO, 1990: 374. En particular, sobre las modalidades de la *direct examination* cfr. HAYS, 1976: 365 ss.; sobre las modalidades de la *cross-examination*, cfr. BODIN, 1976: 425 ss.; GALLAGHER, 1976: 537 ss.

<sup>127</sup> Cfr. WIGMORE, 1940: 32. Menos citado es el pasaje siguiente, en el que WIGMORE dice que la *cross-examination* ha ocupado el lugar de la tortura medieval.

una profunda desconfianza hacia los testigos<sup>128</sup>, y está dirigida a controlar su credibilidad. La entusiasta opinión expresada por WIGMORE, y por otros innumerables defensores de la *cross-examination*, se puede explicar precisamente desde esa perspectiva: se piensa que el intercambio dialéctico entre las partes puede ser eficaz para hacer que emerjan todos los factores que servirían para valorar la fiabilidad del testimonio y para que se exprese todo lo que el testigo pueda decir sobre los hechos del caso<sup>129</sup>. Con todo, desde el punto de vista del funcionamiento real del método es lícito señalar algunas perplejidades que no carecen de importancia: se ha comentado, en efecto, que ahora éste es «*widely regarded as an obstacle, rather than the royal road to effective forensic fact-finding*»<sup>130</sup>.

Ante todo, se debe notar que la *cross-examination* está íntimamente relacionada con el *adversarial system of litigation*, del que constituye una de las manifestaciones más visibles e importantes<sup>131</sup>. Por un lado, también en este método probatorio se da prioridad al valor fundamental del libre enfrentamiento dialéctico entre las partes, frente a cualquier otro valor, como el de la búsqueda de la verdad, que resulta más bien extraño a la concepción *adversary* del proceso<sup>132</sup>. Por otro lado, si bien este método resulta coherente en el contexto del proceso norteamericano, puede que no ocurra lo mismo en el contexto de un proceso estructurado de otro modo. Nada asegura, en efecto, que se trate de un método fácilmente generalizable, como sugieren algunos resultados dudosos de su introducción en contextos procesales diferentes<sup>133</sup>.

En segundo lugar, se puede mencionar también que es dudoso que el mejor método para el descubrimiento de la verdad pueda consistir en abandonarse al enfrentamiento entre dos sujetos que combaten —por decirlo así— «sobre la piel» del testigo, sin que ninguno de los dos tenga un interés real en el descubrimiento de la verdad. Es sabido, en efecto, que los defensores de las partes pretenden exclusivamente ganar el caso, prevaleciendo sobre el adversario, antes que lograr una reconstrucción neutral y objetiva de los hechos. De hecho, el abogado presenta sólo las pruebas que considera favorables, y quien propone un testigo lo interroga sólo sobre los hechos convenientes para su tesis<sup>134</sup>. Además, que una parte haya indagado y haya descubierto circunstancias relevantes no implica que las comunique al juez, pudiendo la otra parte

<sup>128</sup> Al respecto, cfr. HUNTER, 2007: 261.

<sup>129</sup> Cfr. DAMAŠKA, 1997: 143.

<sup>130</sup> Cfr. ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 215.

<sup>131</sup> Cfr., en especial, HUNTER, 2007: 265.

<sup>132</sup> Al respecto, véase, más ampliamente, *supra*, capítulo III, apartado 4.2.

<sup>133</sup> Es, por ejemplo, el caso de Japón, donde parecen haber fracasado los intentos de «trasplante» de instituciones procesales norteamericanas, entre ellas, precisamente, la *cross-examination*. Cfr. al respecto, TANIGUCHI, 1997: 774. Para una evaluación menos negativa al respecto, cfr. MATSUMOTO, 2008: 142; KOJIMA, 2008: 349. La interrogación de los testigos por las partes fue introducido también por los arts. 370 y 373, núm. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000.

<sup>134</sup> Cfr. DAMAŠKA, 1997: 145.

—naturalmente— hacer lo mismo<sup>135</sup>. Por consiguiente, particularmente en la *cross-examination*, los abogados se sirven de todos los medios para ganar, manipulando en lo posible los testimonios<sup>136</sup>. Esto es tan evidente, que fuera del ámbito de los juristas se ha observado que los objetivos de quienes participan en la *cross-examination* no apuntan hacia la averiguación de la verdad<sup>137</sup>. Por otro lado, se pone de relieve también que en el proceso *adversary* no existe neutralidad de las pruebas: en particular, los testimonios son «de parte» y «polarizados», en la medida que los testigos son elegidos, preparados e interrogados por las partes, de manera que cada uno de ellos preste una declaración favorable a la parte que lo ha propuesto<sup>138</sup>. Tal vez se podrían reconocer las virtudes epistémicas de un método centrado en la contraposición dialéctica de dos o más sujetos, si éstos tuvieran un interés real en el descubrimiento de la verdad, pero ésta no es, ciertamente, la situación que se presenta en el contexto del proceso, y tanto menos en el de un proceso *adversary*.

Por otra parte, es evidente que el objetivo esencial al que se dirige la *cross-examination* no es descubrir la verdad acerca de los hechos. En efecto, quien contrainterroga no puede interrogar al testigo sobre hechos distintos a los que fueron abordados en la *direct-examination*: de este modo, «cada contendiente termina por hacer que aflore sólo una parte de lo que el testigo sabe, ejerciendo un intenso poder de censura sobre el contenido de la declaración»<sup>139</sup>. El verdadero objetivo de la *cross-examination* es atacar al testigo adverso, que en la *direct-examination* ha dado respuestas que favorecen a la parte que lo había propuesto y que perjudican al cliente del abogado que contrainterroga<sup>140</sup>. Este último pretende entonces *impeach* el testigo, es decir, demostrar que no es una persona digna de confianza, que ha mentado, que ha dado respuestas incoherentes y contradictorias, que no ha dicho todo lo que sabía, etcétera<sup>141</sup>. En resumen, lo que está escrito en los manuales que enseñan las tácticas y las estrategias de la *cross-examination* es que ésta debe dirigirse a «destruir» o a «masacrar» el testigo del adversario, sobre todo —y esto es digno de ser notado—, cuando quien contrainterroga sabe que ese testigo ha dicho la verdad<sup>142</sup>. La práctica de la *cross-examination* se presta a abusos y vejaciones de todo tipo, que tienen cabida en el «*mental duel*» y en el «*genuine combat*» que se desarrolla entre el abogado y el testigo<sup>143</sup>: mientras más hábil y desprejuiciado

<sup>135</sup> Cfr. McEWAN, 2007: 4.

<sup>136</sup> Cfr. HUNTER, 2007: 266 ss.; GERBER, 1987: 14.

<sup>137</sup> Cfr. GRICE, 1989: 269, quien por esta razón califica como *spurious* esos objetivos.

<sup>138</sup> Cfr. DAMAŠKA, 1997: 112, 129, 135, 143.

<sup>139</sup> Cfr. DAMAŠKA, 1997: 145.

<sup>140</sup> Cfr. GERBER, 1987: 14. Al respecto, véase, más ampliamente, TARUFFO, 1979: 31.

<sup>141</sup> Sobre el *impeachment* del testigo, cfr. las Reglas 607-609 de las *Federal Rules of Evidence*, sobre las cuales véase GRAHAM, 2003: 202; ROTHSTEIN, RAEDER y CRUMP, 1986: 254; SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: 607-3, 609-6.

<sup>142</sup> Cfr., p. ej., EHRLICH, 1970: 25; APPLEMAN, 1965: 7. Cfr. también TARUFFO, 1990: 375. En un sentido decididamente crítico, cfr. ELLISON, 2001: 104.

<sup>143</sup> Cfr. STRYKER, 1963: 99.

sea el abogado, y más débil psicológicamente sea el testigo, más exitosa será la *cross-examination*, aunque resulte en una prevaricación en perjuicio del testigo<sup>144</sup>. Es útil recordar, desde esta perspectiva, que se ha sostenido que la victoria lograda en una *cross-examination* es la victoria de un «*trained curial assassin ambushing an easy target*»<sup>145</sup>: una expresión algo fuerte, pero que ofrece una idea precisa del fenómeno<sup>146</sup>.

En cambio, parecen ser escasamente aplicadas las reglas establecidas en la Regla 611 (a) de las *Federal Rules of Evidence*, según las cuales el juez debiera asegurar que el interrogatorio de los testigos sea «*effective for the ascertainment of truth*» y debiera, además, proteger al testigo contra «*harrasment or undue embarrassment*». En todo caso, la aplicación de estas reglas queda entregada a la completa discrecionalidad del juez<sup>147</sup>, que, por otro lado, tiende a ser lo más pasivo posible y a dejar libre el campo a la actividad de las partes, para no perder su apariencia de imparcialidad y para no ir en contra de la práctica consolidada del *adversary system*<sup>148</sup>.

Finalmente, se debe notar que, en el sistema del interrogatorio cruzado, de los hechos se revela sólo lo que las partes quieren y nada más que lo que las partes quieren<sup>149</sup>. El jurado ha perdido, además, el poder, que a veces ejercitaba en el pasado, de formular preguntas a los testigos. El juez tiene este poder, previsto, por ejemplo, por la Regla 614 (b) de las *Federal Rules of Evidence*<sup>150</sup>, pero lo utiliza rara vez, para evitar, también en este caso, interferir con la conducción del interrogatorio asumida por los abogados de las partes y poner en riesgo su posición de neutralidad<sup>151</sup>. Por consiguiente, nada asegura que todo lo que los testigos saben sea efectivamente puesto a disposición de quien deberá decidir luego sobre los hechos. En resumen, la decisión de la controversia se basará sólo en lo que las partes han considerado oportuno ha-

<sup>144</sup> No por casualidad en algunos ordenamientos de *common law* se han incorporado normas dirigidas a proteger a los testigos de las agresiones de los abogados durante la *cross-examination*: cfr. HUNTER, 2007: 262. Sobre el tema, cfr. también ELLISON, 2001; ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 280.

<sup>145</sup> Cfr. HUNTER, 2007: 271.

<sup>146</sup> POSNER (1999: 1490) nota que los críticos de la *cross-examination* no comprenden su verdadera función: dado que la *cross-examination* puede «destruir» al testigo, esto implica que los testigos que pueden ser destruidos no debieran ser llamados a declarar. De este modo se economizarían actividades procesales. El argumento es curioso, y no toma en cuenta la posibilidad de que el testigo que puede ser destruido sea importante para la determinación de la verdad: no llamarlo a declarar puede ser económico, pero priva al proceso de una fuente de prueba relevante. POSNER no considera tampoco, por otra parte, la posibilidad de que la *cross-examination* sea conducida de modo que no destruya a nadie, y no opere como valla para la adquisición de testimonios útiles.

<sup>147</sup> Cfr. GRAHAM, 2003: 260; SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: 611-3.

<sup>148</sup> Cfr. HUNTER, 2007: 281, 287; DAMAŠKA, 1997: 127, 130.

<sup>149</sup> En el sistema estadounidense rige la regla según la cual en la *cross-examination* el testigo puede ser interrogado sólo sobre los hechos que han sido objeto de *direct examination*. Son, por consiguiente, las partes, y sobre todo la que ha presentado al testigo, las que delimitan el objeto del testimonio (cfr. TARUFFO, 1979: 31).

<sup>150</sup> Cfr., al respecto, SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: 614-11.

<sup>151</sup> Cfr. GRAHAM, 2003: 303.

cer que emerja durante el examen de los testigos: lo que no ha aflorado en esa sede no puede ser descubierto.

Consideraciones como éstas inducen a poner seriamente en duda la posibilidad de calificar a la *cross-examination* como una técnica dotada de validez epistémica<sup>152</sup>. Por el contrario, puede resultar completamente ineficaz para el descubrimiento de la verdad<sup>153</sup>, pues las reglas del *common law* que la regulan sistemáticamente permiten que ésta «*obscures, distorts and inadequately tests the accounts given by witnesses in court*»<sup>154</sup>. A lo sumo se puede admitir que la *cross-examination* es eficaz para descubrir las mentiras, pero esto no significa que sirva efectivamente para descubrir la verdad<sup>155</sup>. Por consiguiente, parece evidente que la función esencial del interrogatorio cruzado de los testigos por los abogados de las partes no consiste en la búsqueda de la verdad, sino en realizar una especie de *performance* ritual, cuyo objetivo primario es influir sobre la emotividad de los jurados, más que estimular sus hipotéticas facultades racionales y cognoscitivas. De hecho, se ha observado que a través de la *cross-examination* el abogado puede inducir intencionalmente a engaño al jurado<sup>156</sup>. Se trata, en otras palabras, de una representación teatral en la que el Buen Abogado descubre y destruye al Testigo Falso y el Buen Testigo sale indemne de las insidias tendidas por el Abogado Malvado. El público, es decir, el jurado, decide sobre el resultado del espectáculo. Una representación discutible, en todo caso, si EHRENZWEIG pudo definirla como un ritual tragicómico<sup>157</sup>.

Por consiguiente, ninguno de los dos modelos fundamentales de asunción de las pruebas que se constituyen en el proceso parece constituir un método epistémicamente válido y capaz de permitir que se obtengan de forma objetiva, completa, controlada y fiable los datos cognoscitivos necesarios para una determinación verdadera de los hechos<sup>158</sup>. En el modelo centrado en el juez faltan o están atenuados los efectos positivos de una participación activa de las partes, si bien la práctica de las pruebas bajo el control del juez responde mejor a las exigencias de una investigación racional y desinteresada<sup>159</sup>.

Por el contrario, en el modelo centrado en el interrogatorio cruzado falta la función de control y de investigación objetiva que debiera ser realizada por el juez.

Esto no significa, sin embargo, que sea imposible concebir un método epistémicamente válido, que pudiera servir como punto de referencia a

<sup>152</sup> En este sentido, DAMAŠKA, 1997: 129, 137, 140, 146.

<sup>153</sup> En este sentido, HUNTER, 2007: 269.

<sup>154</sup> Así HUNTER, 2007: 285.

<sup>155</sup> En este sentido, cfr. JOLOWICZ, 2003: 2.

<sup>156</sup> Cfr. GOLDMAN, 1999: 297.

<sup>157</sup> Cfr. EHRENZWEIG, 1973: 331.

<sup>158</sup> En un sentido análogo, cfr. DAMAŠKA, 1997: 149.

<sup>159</sup> Cfr. *ibid.*: 148.

los ordenamientos procesales en el caso de que pretendieran encaminarse realmente hacia la búsqueda de la verdad. Este método debiera tender a maximizar, combinándolas, las ventajas presentes en los dos modelos considerados, eliminando, al mismo tiempo, sus aspectos negativos. Esto no parece imposible: se trata de imaginar un sistema en el que las partes tengan el poder de interrogar y contrainterrogar a todos los testigos sobre todos los hechos de la causa, y en el que también el juez tenga el poder de interrogar a todos los testigos sobre cualquier circunstancia relevante para la decisión. Las partes y el juez debieran tener, además, el poder de formular a todos los testigos preguntas que apunten a verificar su credibilidad, su imparcialidad respecto de las partes y del objeto de la causa, y la fiabilidad de sus declaraciones<sup>160</sup>.

#### 4. LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

En un procedimiento dirigido a determinar la verdad de ciertas circunstancias de hecho, la presencia de reglas que establezcan a priori y con eficacia vinculante el valor de ciertas informaciones constituiría ciertamente una rareza. En todo caso, se debería precisar quién, y por qué razones, podría establecer este tipo de reglas, que incluso a primera vista parecen seguramente antiepistémicas. En general, la misma observación vale también en el ámbito del proceso, pues es evidente que las normas que impusieran al juez tener por verdaderos ciertos hechos no podrían contar con la existencia de una decisión racional sobre las circunstancias del caso concreto<sup>161</sup>, aunque es oportuno realizar algunas consideraciones adicionales al respecto.

Como se sabe, con el afianzamiento del principio de libre convencimiento del juez, y con el consiguiente desmoronamiento del sistema de prueba legal que por siglos había dominado en los ordenamientos procesales de Europa continental, se abrió el camino a la valoración discrecional de las pruebas por parte del juez<sup>162</sup>. Una vez que se impuso, con la revolución francesa, el principio de la *intime conviction* en el ámbito del proceso penal, con respecto a la decisión del jurado<sup>163</sup>, la regla de la «libre convicción» del juez se difundió rápidamente también en el ámbito del proceso civil<sup>164</sup>. Por otra parte, se

<sup>160</sup> Un modelo de este tipo fue propuesto en la Regla 29.4, incluida en los *Principles of Transnational Civil Procedure* (AMERICAN LAW INSTITUTE y UNIDROIT, 2006: 144). En un sentido análogo apunta la Ley de Enjuiciamiento Civil española, pues el art. 372, núm. 2, prevé que el juez pueda interrogar al testigo para obtener «aclaraciones y adiciones» respecto de la declaración ya prestada en el interrogatorio conducido por las partes.

<sup>161</sup> Cfr., al respecto, FERRER BELTRÁN, 2002: 49, 67.

<sup>162</sup> Al respecto, véase, más ampliamente, y para adicionales referencias, TARUFFO, 1992: 361; NOBILI, 1974: 17, 81, 145, 180, 200.

<sup>163</sup> Cfr. NOBILI, 1974: 19; FERRAJOLI, 1990: 115.

<sup>164</sup> Cfr. TARUFFO, 1992: 361.

han dado, y se siguen dando todavía, dos versiones muy diferentes de este principio: según la primera de ellas, el juez de los hechos (jurado o juez togado) estaría desligado no sólo de las reglas de prueba legal, sino también de cualquier criterio racional de valoración. La decisión sobre las pruebas, y por consiguiente la determinación de los hechos, sería fruto de una actividad irracional, de una introspección radicalmente subjetiva y esencialmente solipsista, relegada «a la inescrutable esfera de lo individual»<sup>165</sup>. El afianzamiento de esta interpretación, sobre todo en el ámbito del proceso penal, determinó una profunda involución en la forma de concebir la valoración de las pruebas y la decisión sobre los hechos, y constituyó «una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales»<sup>166</sup>.

La segunda concepción se funda, por el contrario, en el presupuesto de que el juez está dotado efectivamente de un poder discrecional en la valoración de las pruebas, pero no está de ningún modo eximido de la sujeción a las reglas de la racionalidad<sup>167</sup>. En consecuencia, no existe antítesis entre el libre convencimiento y la utilización de criterios racionales de valoración. Al contrario: la discrecionalidad de la valoración que el juez está llamado a realizar le impone aplicar las reglas de la razón para lograr una decisión intersubjetivamente válida y justificable<sup>168</sup>.

La concepción irracionalista de la *intime conviction* es evidentemente incompatible con una concepción epistémica del proceso: esta termina motivando y legitimando decisiones puramente subjetivas y, por tanto, sustancialmente arbitrarias, del juez de los hechos<sup>169</sup>. Decisiones de este tipo no tienen nada que ver —obviamente— con la determinación de la verdad<sup>170</sup>.

En cambio, la concepción racional del libre convencimiento del juez es epistémicamente válida, en la medida que admite —e incluso requiere— que la valoración de las pruebas se dirija hacia la determinación de la verdad de los hechos<sup>171</sup>. Entendido de este modo, el principio del libre convencimiento implica la eliminación de normas que, al predeterminar el valor legal de las pruebas, constituirían un obstáculo para esa determinación<sup>172</sup>.

<sup>165</sup> Así NOBILI, 1974: 7, 51, 64, y análogamente TARUFFO, 1992: 370 ss.; FERRER BELTRÁN, 2002: 95; GASCÓN ABELLÁN, 1999: 34, 159. Véase, además, *supra*, capítulo III, apartado 2.2.

<sup>166</sup> Así FERRAJOLI, 1990: 118.

<sup>167</sup> Cfr. NOBILI, 1974: 14, 55, 192; TARUFFO, 1992: 373.

<sup>168</sup> Cfr. FERRER BELTRÁN, 2002: 49; TARUFFO, 1992: 373.

<sup>169</sup> Análogamente, cfr. GASCÓN ABELLÁN, 1999; FERRAJOLI, 1990.

<sup>170</sup> En el centro de la teoría según la cual el juez debiera decidir sobre la base de los movimientos íntimos de su espíritu está lo que Claudio MAGRIS ha definido eficazmente como «*il fascino pacchiano dell'irrazionale e delle fumisterie misticheggianti che invitano ad abdicare alla ragione, promettendo mirabolanti rivelazioni esoteriche, che si rivelano misteri da baraccone*» (MAGRIS, 2008: 101).

<sup>171</sup> Al respecto, véase, más ampliamente, TARUFFO, 1992: 373.

<sup>172</sup> Véase, más ampliamente, TARUFFO, 1992: 368.

Con todo, aunque el principio en cuestión se ha vuelto ampliamente dominante en todos los ordenamientos procesales de *civil law* (y no ha sido jamás puesto en discusión en los de *common law*), existen todavía, en algunos casos, límites significativos a su aplicación. Por consiguiente, vale la pena preguntarse si y en qué medida éstos tienen efectos negativos con respecto a la determinación de la verdad. Estos límites se derivan principalmente de dos tipos de normas: a) normas de prueba legal, y b) normas que hacen depender el valor de una prueba de la conducta de las partes.

a) Son varias las reglas de prueba legal que han sobrevivido, en ciertos ordenamientos, al surgimiento del principio de libre convencimiento. Entre las más difundidas están las que atribuyen valor vinculante a lo que consta en documentos públicos redactados por sujetos específicos con específicas formalidades, como ocurre en el caso de la escritura pública regulado por el art. 2.699 del Código Civil italiano, que le atribuye valor de prueba legal con respecto a los aspectos que se indican en el art. 2.700<sup>173</sup>. Desde el punto de vista epistémico, se podría pensar que las normas de este tipo se derivan de la absolutización de una máxima de experiencia correspondiente al *id quod plerumque accidit*<sup>174</sup>. En efecto, si un documento ha sido redactado por un sujeto investido de una función pública de certificación, se puede presumir que su contenido corresponde a la verdad<sup>175</sup>. Con una máxima de este tipo es posible concordar sin ninguna dificultad. Incluso cabe sostener que a falta de normas como las recién citadas, el juez tendería con toda probabilidad a considerar ese documento como verídico. Pero entonces, surgen dudas respecto de la oportunidad de normas como éstas: por una parte, si se asumiera que la máxima en cuestión tiene validez como ley general, resultarían inútiles, ya que repetirían un criterio de valoración que el juez utilizaría en todo caso; por el contrario, si se asume que la máxima en cuestión no expresa una ley general (y que, a lo sumo, expresa una valoración de probabilidad), de modo que también un documento público podría ser falso, entonces estas normas tendrían un valor claramente contraepistémico, porque constreñirían al juez a tener por verdadero un documento que no se sabe si es o no es verdadero<sup>176</sup>. Además, si esas normas no existieran, el juez podría desestimar el documento si tuviera

<sup>173</sup> Sobre el tema, véase, por todos, COMOGLIO, 1976a: 305.

<sup>174</sup> La correspondencia de las normas de prueba legal con reglas de la experiencia es la justificación tradicional que se ofrece de estas normas. Al respecto, véase, por todos, FURNO (1940: 144, 154). FURNO no nota ninguna diferencia relevante entre la decisión impuesta por una regla de prueba legal y la decisión que el juez adoptaría si es que esa regla no existiera, pues asume que el legislador y el juez razonan conforme a las mismas máximas de experiencia, de modo que no podrían sino llegar al mismo resultado (1940: 153). Por consiguiente, la norma de prueba legal no sería sino un recurso *práctico* que simplifica la decisión (1940: 153, 159) al aplicar la ley del «mínimo esfuerzo» (1940: 130). A favor de considerar a las normas de prueba legal como el fruto de presunciones legales *iuris et de iure*, cfr. FERRER BELTRÁN, 2002: 50.

<sup>175</sup> Cfr. FURNO, 1940: 156.

<sup>176</sup> Sobre el valor no universal de la mayor parte de las máximas de la experiencia, véase *infra*, capítulo V, apartado 3.2.

alguna duda razonablemente fundada, corroborada por pruebas, acerca de su veracidad, o si existieran pruebas que confirmaran una versión diferente de los hechos narrados en el documento. En cambio, las normas que atribuyen valor de prueba legal a un documento actúan impidiendo, precisamente, esa posibilidad: usualmente la falsedad del documento sólo podrá hacerse valer a través de un procedimiento preestablecido, complicado y formalista<sup>177</sup>, y sólo una vez que haya quedado definitivamente establecida eventualmente se podrá probar la verdad de los hechos. Por consiguiente, estas normas operan como mecanismos de simplificación de la decisión, considerando como absoluta una regla de la experiencia que es razonable pero que, en realidad, no tiene alcance general: su verdadera función consiste en evitar que el juez tenga que ocuparse de la veracidad de lo que está escrito en un documento público —salvo en el caso excepcional de la impugnación de autenticidad<sup>178</sup>—. Por otro lado, la divergencia entre la falta de generalidad de la máxima de experiencia y el carácter tendencialmente absoluto de la presunción de autenticidad del documento representa precisamente el margen de error que las normas de prueba legal introducen. En este sentido, cumplen una función contraepistémica.

Otras reglas de prueba legal, como las que atribuyen valor vinculante a la confesión o a las declaraciones juradas de las partes<sup>179</sup>, se basan en mecanismos análogos. En el primer caso, evidentemente se supone una máxima de experiencia según la cual nadie está dispuesto a admitir la verdad de un hecho contrario al propio interés si este hecho no es verdadero<sup>180</sup>. En el segundo caso, se presupone que quien declara un hecho que lo favorece bajo la forma solemne del juramento, arriesgando sanciones religiosas, sociales y penales en el caso de que declarara en falso, está ciertamente declarando la verdad<sup>181</sup>. Se trata, sin embargo, como es fácil observar, de justificaciones que parecen debilísimas desde el punto de vista epistemológico.

Por un lado, existen numerosas razones por las que un sujeto puede confesar un hecho que no es verdadero: cuando esto ocurre, las normas que atribuyen valor vinculante a la confesión constreñen al juez a cometer un error, al no permitirle controlar la veracidad de la confesión. También en este caso, si

<sup>177</sup> Sobre la *querela di falso*, véase, analíticamente, COMOGLIO, 1976a: 310.

<sup>178</sup> En sentido claramente opuesto se manifiesta FURNO, en cuya opinión las normas de prueba legal producen una determinación estable de los hechos, creando una «certeza histórica de valor objetivo, querida por la ley y por ella impuesta al juez» (1940: 160), al fijar establemente el «perfil histórico» de los hechos y determina su existencia (1940: 161). En resumen, la ventaja de la prueba legal es que ella «elimina la incertidumbre» (1940: 164) y permite una «objetivación de la certeza» (1940: 151). Parece evidente que la certeza de que hablaba FURNO no tiene nada que ver con la verdad de los hechos de la que se habla en el texto, y de la que se ha hablado *supra*, en el capítulo III, apartado 2.2.

<sup>179</sup> Cfr. Los arts. 2.733, inciso segundo, 2.734, 2.735 y 2.738 del Código Civil italiano. Sobre el tema, véase, por todos, COMOGLIO, 1976a: 500 ss., 541 ss.

<sup>180</sup> Sobre el tema, cfr. COMOGLIO, 1976a: 499, también para ulteriores referencias bibliográficas; FURNO, 1940: 156.

<sup>181</sup> Al respecto, véase, por todos, COMOGLIO, 1976a: 529, también para referencias adicionales; FURNO, 1940: 156.

la máxima de experiencia es válida, las normas son inútiles, porque el juez podría considerar verdaderas las confesiones igualmente si no existieran; pero, como esa máxima está lejos de tener validez general, las normas en cuestión constriñen al juez al error. Por otra parte, el propio legislador prevé varias hipótesis en que las confesiones pueden ser valoradas libremente por el juez, lo que implica reconocer que su veracidad no siempre se puede presumir y que puede siempre ser controlada discrecionalmente por el juez<sup>182</sup>. Pero, si una confesión no cubierta por una regla de prueba legal puede ser verídica y puede proporcionar informaciones atendibles, no se entiende por qué en ciertas situaciones se debiera volver vinculante y posiblemente fuente de error.

En cuanto al juramento, es muy dudoso que en una sociedad laica la amenaza de la cólera divina resulte eficaz para inducir a quien jura en su propio favor a decir siempre la verdad. Análogamente, la sanción social contra quien jure en falso podría tener eficacia preventiva en contextos sociales pequeños, en los que todos pudieran conocer los hechos y, por consiguiente, verificar la falsedad del juramento, pero esa sanción es ciertamente ineficaz en la sociedad actual, en la que esta posibilidad no existe y en la que la conducta de quien jura en falso podría incluso ser objeto de aprobación, según los criterios de *law and economics*, cuando maximizara su utilidad económica. Por último, el riesgo de una condena penal por falso juramento es tan tenue que no representa una amenaza real para quien jura en falso.

Por consiguiente, tal vez se podría decir que normas como las que atribuyen valor legal a la confesión y al juramento cumplen una función *sensu lato* económica, en la medida que evitan la necesidad de pruebas conformes o contrarias adicionales, y simplifican la tarea del juez, que no deberá preocuparse, en la mayor parte de los casos, de valorar la fiabilidad de las confesiones o las declaraciones juradas<sup>183</sup>. Sin embargo, la validez del argumento es muy dudosa. Por un lado, prueba demasiado: si el fin relevante fuera realmente la simplificación de la decisión sobre los hechos, más valdría volver al álgebra probatoria de los testimonios y de los indicios que caracterizaba a los antiguos sistemas de prueba legal. Como se sabe, esos sistemas cumplían justamente la función de reducir o anular la discrecionalidad del juez en la valoración de las pruebas, sustituyéndola por cálculos elementales en los que se sumaban las fracciones de prueba para comprobar si prevalecía la prueba directa o la prueba contraria<sup>184</sup>. Por otro lado, las normas en cuestión siguen siendo intrínsecamente contraepistémicas: obligan al juez a considerar como verdaderos hechos sobre cuya verdad no se sabe y no se puede saber nada. Es cierto, entonces, que simplifican la decisión sobre los hechos, pero lo hacen a costa

<sup>182</sup> Cfr. los arts. 2.733 inciso tercero, 2.734 y 2.735 del Código Civil italiano, sobre los cuales, véase COMOGLIO, 1976a: 515.

<sup>183</sup> En este sentido, cfr., p. ej., COMOGLIO, 1976a: 499, 529; FURNO, 1940: 130, 153, 159.

<sup>184</sup> Sobre el tema, véase, más ampliamente, TARUFFO, 1992: 361 ss.

de un déficit de verdad cuya gravedad no es siquiera determinable<sup>185</sup>. Todo sumado, tal vez no carecía completamente de sentido la concepción que negaba que la confesión y el juramento fueran realmente medios de prueba y los calificaba como negocios procesales a través de los cuales las partes podían disponer del resultado de la controversia<sup>186</sup>. Esta concepción fue abandonada hace tiempo, y ha prevalecido en cambio la tesis según la cual serían efectivamente medios de prueba<sup>187</sup>. De este modo, se vuelve, sin embargo, evidente su invalidez epistémica, determinada por el valor de prueba legal atribuido a las confesiones y a las declaraciones juradas.

Es necesario considerar, además, la existencia de normas de prueba legal *negativa*, como las que excluyen la posibilidad de atribuir valor probatorio a los indicios o las presunciones que no sean «graves, precisas y concordantes»<sup>188</sup>, y la que permite al juez atribuir a determinadas conductas de las partes tan solo el valor de «argumentos probatorios»\*,<sup>189</sup>. *Prima facie* estas normas parecen cumplir una positiva función epistémica, pues apuntan a regular la formación del convencimiento del juez, asegurando su corrección racional y evitando que incurra en indebidas sobrevaloraciones de elementos de prueba cuyo valor parece particularmente incierto. Con todo, también estas normas están expuestas a algunas consideraciones críticas.

Las normas relativas a las presunciones y a los indicios resultan obvias, y sustancialmente superfluas, cuando se refieren a la «gravedad» y a la «precisión» de estos elementos de prueba. Una inferencia presuntiva que produjera conclusiones no justificadas adecuadamente (es decir, «no graves»)<sup>190</sup> y no referibles unívocamente al hecho a probar (es decir, «no precisas») carecería, en efecto, de valor probatorio también a falta de las normas que prevén estos requisitos. En cuanto a la «concordancia» no parece apropiado considerar que la prueba indiciaria o de presunciones sea utilizable sólo cuando los indicios y las fuentes de presunción resulten múltiples, y las inferencias que se extraigan converjan hacia la misma conclusión. Es cierto que en el caso de que existan varios indicios o varios hechos base, es necesario que haya concordancia, ya que si ellos no convergen hacia la misma conclusión y llevan, en cambio,

<sup>185</sup> De forma muy clara FURNO señalaba que «la ley del mínimo esfuerzo presiona fuertemente en favor de limitar en extensión y en profundidad la actividad del juez dirigida al examen y la valoración del material probatorio» (1940: 129).

<sup>186</sup> Con respecto a la confesión, cfr., también para referencias bibliográficas, COMOGLIO, 1976a: 498.

<sup>187</sup> Cfr. COMOGLIO, 1976a: 498, 529.

<sup>188</sup> Cfr. el art. 2.729 del Código Civil italiano y el art. 192, núm. 2, del Código de Procedimiento Penal italiano. Sobre estas nociones cfr., también para ulteriores referencias, TARUFFO, 1992: 446 ss.; CONSO y GREVI, 2005: 563; COMOGLIO, 1976a: 467 ss.

\* *N. de T.*: Véase *supra*, nota de traducción en p. 149.

<sup>189</sup> Cfr. el art. 16, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil italiano y, sobre este tema, véase, por todos, COMOGLIO, 1976a: 80 ss., 129 ss. y 589 s.; TARUFFO, 1992: 453 ss.

<sup>190</sup> Un grado de confirmación insuficiente no da lugar a la prueba inferencial del enunciado sobre el hecho a probar: véase *infra*, capítulo V, apartados 3.1 y 4.

a conclusiones divergentes, es difícil derivar de esa situación alguna confirmación probatoria. Se trata, sin embargo, de una regla de racionalidad elemental<sup>191</sup>, que tal vez no era necesario formular en una norma específica. No se puede excluir, en cambio, que una sola presunción resulte suficiente para justificar la prueba de un hecho, cuando la inferencia correspondiente resulte adecuadamente precisa y convincente<sup>192</sup>. Nada impide, por otro lado, que presunciones fundadas sobre fuentes diversas conduzcan a conclusiones probatorias relativas a diferentes *facta probanda*. En este caso, cada presunción tendrá su propio valor probatorio según el criterio de inferencia en que se apoye su formulación<sup>193</sup>: cada presunción tendrá, por tanto, valor como prueba si resulta suficientemente grave y precisa. El requisito de la concordancia sólo tiene significado efectivo en la hipótesis de que a partir de varios hechos base de presunción se puedan formular inferencias relativas a un mismo hecho: si éstas no llevan a conclusiones unívocas, no es posible considerar probado el hecho. Por consiguiente, las normas en cuestión, si son correctamente interpretadas, consisten en meras repeticiones de criterios de razonabilidad que debieran ser aplicados en todo caso, también a falta de ellas.

En cuanto a los «argumentos probatorios», el análisis puede ser bastante breve. Se trata de una invención del legislador procesal del año 42 (de la que no hay vestigios en otros ordenamientos), con la que se ha pretendido limitar el valor probatorio que el juez podría atribuir a diversas conductas de las partes que pueden parecer significativas con respecto a la prueba de un hecho<sup>194</sup>. El legislador ha intentado crear un tipo de prueba con un valor particularmente reducido: de acuerdo con la doctrina que asume la misma perspectiva, se trataría de inferencias que no son suficientes para constituir *por sí solas* prueba de un hecho. Los «argumentos probatorios» servirían, por consiguiente, sólo para completar otras pruebas o para facilitar su valoración<sup>195</sup>. Con todo, parece muy difícil, si no imposible, fragmentar el valor de los elementos de prueba de forma tan analítica como para distinguir *in minus* la inferencia probatoria del indicio o de la fuente de presunción simple, como parece hacer el legislador y como hace la doctrina a la que se ha hecho referencia. Se trata, en efecto, de conductas que en ciertos casos sirven como premisas para formular inferencias con respecto al hecho a probar<sup>196</sup>, justamente como ocurre en el caso de los indicios y de las presunciones. En consecuencia, parece razonable

<sup>191</sup> Véase *infra*, capítulo V, apartado 3.1.

<sup>192</sup> En este sentido, con respecto a la prueba indiciaria penal, cfr., también para ulteriores referencias doctrinales y jurisprudenciales, CONSO y GREVI, 2005: 562 ss.; con respecto a las presunciones, cfr. TARUFFO, 1992: 450; COMOGLIO, 1976a: 492.

<sup>193</sup> Véase, más ampliamente, *infra*, capítulo V, apartado 3.2.

<sup>194</sup> Sobre estas conductas, cfr. TARUFFO, 1992: 453; COMOGLIO, 1976a: 80, 129, 589.

<sup>195</sup> Sobre esta concepción, véase, más ampliamente, para ulteriores referencias y consideraciones críticas, TARUFFO, 1992: 457.

<sup>196</sup> Para una crítica de la tesis según la cual un «argumento probatorio» sólo serviría para valorar otras pruebas, y no para probar los hechos, véase TARUFFO, 1992: 458 ss.

reconducir los «argumentos probatorios» a la categoría de las simples presunciones, con lo que se muestra la sustancial inutilidad de la norma que se ocupa de ellas<sup>197</sup>.

b) En ciertos casos, el legislador utiliza, para limitar la valoración del juez, normas que no prevén hipótesis de prueba legal en sentido estricto, pero que pueden producir efectos equivalentes, según la conducta de la parte contra quien son producidas estas pruebas en juicio. Se trata, por ejemplo, del art. 2.702 del Código Civil italiano, según el cual una escritura privada constituye plena prueba, salvo *querela di falso*, si la parte contra la que se presenta reconoce haberla suscrito<sup>198</sup>, y del art. 2.712 del Código Civil italiano, que prevé que las «reproducciones mecánicas» de un hecho constituyen plena prueba si la parte contra la que se presentan no desconoce su conformidad «con los hechos y las cosas en sí»<sup>199</sup>. En ambas hipótesis, el valor de la prueba depende, precisamente, de la condición de que la contraparte no haya impugnado la correspondencia con la verdad del documento o de la reproducción mecánica de que se trata.

Las reglas de este tipo pretenden evidentemente simplificar, de nuevo, en cierta medida, la tarea del juez, y evitar las actividades procesales que se necesitarían para determinar la autenticidad de la firma de la escritura privada o la correspondencia con la verdad de la reproducción, pero carecen —de modo igualmente evidente— de toda validez epistémica. Una firma falsificada sigue siendo falsa aunque su pretendido autor la reconozca o no la desconozca; un fotomontaje sigue siendo un fotomontaje aunque nadie impugne su correspondencia con los hechos que aparecen representados. Así como, en general, la verdad o la falsedad de un enunciado dependen de la realidad del hecho que el enunciado describe, y no del consenso o de la voluntad de alguien<sup>200</sup>, del mismo modo la correspondencia con la verdad de lo que un documento o una reproducción representan no depende del consenso o de la voluntad de la contraparte, sino sólo de la realidad que es representada o —mejor dicho— de la realidad a la que el documento o la reproducción pretenden hacer referencia. De este modo, cuando no se desconoce una firma o no se impugna una reproducción no se le atribuye a estos documentos una autenticidad o veracidad que ellos no poseyeran *ab origine*. La ausencia de desconocimiento o la ausencia de impugnación sólo tienen el efecto de hacer que el juez deba considerarlos auténticos y verídicos aun si no lo son, haciendo irrelevante la posibilidad de que resulten falsos. Cualquiera que sea la utilidad práctica de artilugios de este tipo, subsiste, sin embargo, el hecho de que pueden introducir en la decisión

<sup>197</sup> En este sentido, véase, más ampliamente, TARUFFO, 1992: 461.

<sup>198</sup> Con esta norma debe relacionarse el art. 215 del Código de Procedimiento Civil italiano, que prevé el reconocimiento tácito de la firma, derivado de la falta de un oportuno desconocimiento. Sobre estos temas, véase, por todos, y para ulteriores referencias bibliográficas, COMOGLIO, 1976a: 326, 334.

<sup>199</sup> Sobre el tema, véase, por todos, COMOGLIO, 1976a: 361.

<sup>200</sup> Al respecto, cfr. los argumentos desarrollados *supra*, capítulo III, apartado 1.

un relevante déficit de verdad y, por esta razón, deben ser considerados como antiepistémicos.

## 5. LOS SUJETOS DE LA ACTIVIDAD EPISTÉMICA

Un aspecto relevante de cualquier actividad de carácter epistémico tiene que ver con la identificación y la posición de los sujetos que desarrollan esta actividad. En muchas áreas del saber esto no crea problemas particularmente graves: el conocimiento histórico es obra del historiador y el conocimiento científico es, en cada caso, obra del biólogo, del químico, del físico, etcétera. Es posible discutir —y en efecto se discute— sobre la naturaleza y la validez de los métodos que estos sujetos aplican en el desarrollo de sus respectivas investigaciones, de modo que el «verdadero» historiador es el que aplica correctamente las reglas del método historiográfico, y el «verdadero» científico es el que aplica correctamente las reglas del método científico. No cabe duda, sin embargo, que todos estos sujetos tienen como fin común la búsqueda de la verdad<sup>201</sup>.

Las cosas son muy diferentes, en cambio, en el ámbito del proceso. Es cierto que éste puede ser interpretado como un procedimiento epistémico, al estar dirigido a la determinación de la verdad de los hechos, pero en él actúan diversos sujetos que persiguen diferentes intereses, con frecuencia antagónicos y que a menudo no apuntan hacia la determinación de la verdad. Por consiguiente, la identificación de los sujetos a los que se puede adscribir, en sentido estricto, una función epistémica en el contexto del proceso requiere una profundización adicional, así como vale también la pena considerar las conductas típicas de estos sujetos durante el proceso.

### 5.1. Las partes

En el proceso las partes cumplen —obviamente— una función importantísima que se manifiesta de diversas formas y a través de diversas actividades. Con todo, se puede descartar que se trate de una función epistémica, fundamentalmente porque las iniciativas y las acciones de las partes no están orientadas hacia la búsqueda y el descubrimiento de la verdad. Por consiguiente, un procedimiento con una orientación epistémica debiera estar estructurado a fin de contrarrestar —o al menos minimizar— la tendencia de las partes a distorsionar la verdad<sup>202</sup>.

<sup>201</sup> Sobre estos temas son especialmente importantes las contribuciones recientes de una epistemóloga famosa: HAACK, 2008b; 2007a.

<sup>202</sup> En este sentido, véase DAMAŠKA, 2003: 120.

Los ejes fundamentales que definen la posición de las partes frente a las pruebas y, por tanto, frente a la decisión sobre los hechos, son: la necesidad de satisfacer la carga de la prueba, el consiguiente interés de las partes en demostrar el fundamento de lo que han alegado, y el derecho a la prueba. Vale la pena desarrollar algunas consideraciones adicionales sobre estos tres ejes, con el fin de aclarar que no tienen una función epistémica.

Los complejos problemas relativos a la carga de la prueba no pueden ser discutidos aquí<sup>203</sup>, pero alguna referencia a ella es necesaria en la medida que permite definir el *interés* de cada parte en demostrar el fundamento de sus alegaciones, esto es, en la verificación de la condición necesaria para que sus demandas, o sus excepciones, sean acogidas. Con todo, como se ha visto precedentemente<sup>204</sup>, lo que una parte ha alegado no es necesariamente verdadero, ya que la alegación expresa una pretensión de verdad pero puede perfectamente estar constituida, como suele ocurrir, por enunciados falsos. Sin embargo, si la parte logra probar estos enunciados (tal vez utilizando pruebas falsas), esto es, logra *hacerlos parecer* verdaderos, su objetivo podrá considerarse alcanzado. Si no se diera por supuesto que en el proceso se debe determinar de todos modos la verdad de los hechos, y se tomara en cuenta exclusivamente la iniciativa de las partes<sup>205</sup>, sería perfectamente posible que una parte resultara vencedora al haber sido capaz de hacer parecer como verdaderas alegaciones de hecho que en realidad son completamente falsas. Y si una de las partes pudiera valerse de alguna presunción legal, o de alguna *relevatio ab onere probandi* gentilmente ofrecida por la otra parte<sup>206</sup>, entonces podría resultar vencedora sin siquiera tener que actuar para hacer parecer como verdaderos los hechos no verdaderos que ha alegado. Situaciones de este tipo pueden parecer paradójicas, y son claramente antiepistémicas, pero representan la consecuencia que necesariamente se sigue si se prescinde de la exigencia de determinar la verdad de los hechos, y se concibe al proceso como un juego, que sólo las partes pueden jugar.

El otro aspecto relevante de la relación que se establece entre las partes y las pruebas lo constituye el *derecho a la prueba*, hoy reconocido generalmente como una de las manifestaciones más importantes de las garantías fundamentales de acción y de defensa en juicio<sup>207</sup>. Dado que de la actividad probatoria de las partes depende su posibilidad de satisfacer las cargas probatorias y, por consiguiente, el resultado final de la controversia, es claro que las partes deben

<sup>203</sup> Sobre el tema, véase *infra*, capítulo V, apartado 5.

<sup>204</sup> Véase *supra*, capítulo III, apartado 5.

<sup>205</sup> Sobre la correspondiente ideología del proceso, véase *supra*, capítulo III, apartado 2.2.

<sup>206</sup> Sobre este efecto de la falta de oposición a los hechos alegados, véase *supra*, capítulo III, apartado 5.2.

<sup>207</sup> Sobre el tema, véase, por todos, y para numerosas referencias, COMOGLIO, 1976a: 31 ss., 70, 88. Cfr., además, PICÓ I JUNOY, 1996; TARUFFO, 1984: 74. Para un panorama comparativo, cfr. PERROT, 1983a: 91. El derecho a las pruebas ha sido sustancialmente reconocido también por la jurisprudencia estadounidense: IMWINKELRIED, 1990: 8, 14.

poder valerse de todos los medios posibles para intentar demostrar el fundamento de sus alegaciones de hecho. Parecen ser, por consiguiente, sospechosas de ilegitimidad constitucional, y en todo caso infracciones o restricciones de una garantía fundamental, las normas que excluyen o limitan esta posibilidad, como aquellas —analizadas precedentemente<sup>208</sup>— que, por las más diversas razones, excluyen la admisibilidad de pruebas relevantes. En principio esto vale para todas las normas que actúan de este modo, ya que limitan el derecho de las partes a utilizar todas las pruebas disponibles para demostrar los hechos que tienen la carga de probar. Tal vez se podría admitir alguna excepción, pero —al tratarse de limitaciones de una garantía fundamental— es necesario que estas excepciones estén justificadas por la necesidad de cautelar otros derechos fundamentales o de rango constitucional, y que se demuestre que esta necesidad es tan importante como para prevalecer sobre la realización del derecho a la prueba<sup>209</sup>.

Es claro, con todo, que esto nada tiene que ver con el descubrimiento y la determinación de la verdad de los hechos del caso. Como se ha visto antes<sup>210</sup>, el fin que las partes típicamente persiguen es el de ganar el juicio, sirviéndose del derecho a la prueba y realizando su interés en demostrar lo que tienen la carga de probar, pero este fin se persigue con independencia de la posibilidad de que la decisión se funde en una determinación verdadera de los hechos. Se trata de un lugar común que, sin embargo, refleja adecuadamente la realidad de lo que ocurre en el proceso<sup>211</sup>. Puede ocurrir también que una parte tenga interés en que se determine la verdad, en la hipótesis de que eso pueda llevar a una sentencia que le sea favorable. Esto implica que la otra parte tendrá a su vez un interés contrapuesto equivalente, si es que no más intenso, en que la verdad *no* sea descubierta. En todo caso, se puede descartar que las partes tengan un interés *común* en que la verdad sea determinada<sup>212</sup>. Puede suceder, por el contrario, que ninguna de las dos partes tenga un interés efectivo en que esto ocurra. Cada parte tiene interés en satisfacer la carga de la prueba que pesa sobre ella, pero eso no equivale en ningún caso a decir que las partes dirigen sus actividades procesales hacia la reconstrucción completa y verídica de la situación de hecho en que se basa la controversia. En realidad, lo que a las partes les interesa demostrar es que las alegaciones de hecho que constituyen la premisa fáctica de sus demandas y excepciones son fundadas. Nada garantiza, sin embargo, que las alegaciones realizadas por las partes estén formadas

<sup>208</sup> Véase *supra*, apartado 2.2.

<sup>209</sup> En este sentido, véase, más ampliamente, TARUFFO, 1984: 74.

<sup>210</sup> Cfr. capítulo III, apartado 4.2.

<sup>211</sup> Al respecto, cfr., p. ej., STEIN, 2005: 142; GERBER, 1987: 4.

<sup>212</sup> Para una perspectiva completamente diferente, según la cual el proceso y las partes perseguirían una verdad común y compartida, cfr. MACIOCE, 2005: 214, 226. Con todo, el autor se basa en una concepción muy peculiar de la verdad «de las partes» como «respeto a la estructura comunicativa y coexistencial del proceso» (2005: 234), que no coincide con la concepción de la verdad que se ha presupuesto en el texto.

por enunciados fácticos verdaderos: el actor puede alegar un hecho constitutivo del derecho que pretende que le sea reconocido formulando un enunciado falso, y puede luego intentar demostrar la verdad de este enunciado, con el fin de satisfacer la carga de la prueba que pesa sobre él. Si tiene éxito en esta empresa, gana el juicio, sin que esto tenga nada que ver con el descubrimiento de la verdad de los hechos<sup>213</sup>. La parte que ha realizado alegaciones falsas corre el riesgo de perder el caso, pero sólo porque no ha conseguido proporcionar pruebas suficientes que confirmen sus alegaciones, no porque éstas hayan sido falsas. En resumen: a lo sumo se invita o se obliga a las partes a evitar conductas obstructivas, y se pretende impedir el uso consciente de declaraciones o de pruebas falsas, pero todo esto no equivale ciertamente a imponer a las partes un deber de colaborar activamente en la determinación de la verdad de los hechos<sup>214</sup>.

Por otra parte, parece evidente —y está confirmado históricamente<sup>215</sup>— que el libre enfrentamiento dialéctico entre las partes no constituye un buen método para lograr el descubrimiento de la verdad. Las partes pueden tener diversas razones para manipular, distorsionar u ocultar la realidad de los hechos, y estas razones pueden existir respecto de *ambas* partes. En todo caso, nada asegura que de la competición antagónica de dos sujetos que *no* tienen interés en el descubrimiento de la verdad pueda surgir una reconstrucción verdadera de los hechos del caso, con mayor razón si se considera que el resultado de las actividades probatorias de las partes depende en buena medida de sus habilidades y capacidades, de modo que éste tiende a ser erróneo cuando las partes no tienen la misma fuerza en la contienda por la determinación de los hechos<sup>216</sup>. Quien tuviera un interés real en la determinación de la verdad de un hecho debería, por consiguiente, evitar con el máximo cuidado utilizar un método de este tipo.

Mirjan DAMAŠKA aclara, por otro lado, que si un sistema procesal se basa esencialmente en la dialéctica de las partes, no puede al mismo tiempo estar orientado hacia el descubrimiento de la verdad: «este proceso no busca la precisión en la determinación del hecho como finalidad independiente de la resolución de los conflictos, tampoco dentro del ámbito restringido de las cuestiones definidas por las partes. En el modelo de la resolución de conflictos, la decisión no constituye tanto una descripción del verdadero estado de

<sup>213</sup> Por otra parte, como se ha señalado también anteriormente (capítulo II, apartado 2.3), las partes no tienen ninguna obligación o deber de respetar la verdad en el ámbito de sus actividades procesales, y lo mismo vale para sus abogados.

<sup>214</sup> Incluso el principal partidario del principio de colaboración duda de que la colaboración entre las partes y el juez pueda garantizar que se llegue a la verdad, aunque subraya que puede servir para acercarse a ella. Cfr. GRASSO, 1966: 418.

<sup>215</sup> Cfr. LANGBEIN, 2003: 332.

<sup>216</sup> Cfr., en particular, DAMAŠKA, 1986: 211, quien pone de relieve, de modo general, que «los contendientes personalmente interesados [...] pueden también ser impulsados a ocultar la verdad. Una hábil organización de las pruebas puede oscurecer en lugar de aclarar lo que efectivamente ocurrió».

las cosas, cuanto una decisión que resuelve la discusión de las partes, como un tratado de paz que pone fin a los combates»<sup>217</sup>. Además, continúa DAMAŠKA, «la "verdad" —sin importar cómo se conciba— tiende a ser huidiza y ambigua. Por eso [...] el proceso de resolución de conflictos es indiferente con respecto a la forma en que efectivamente ocurrieron las cosas: *wie es eigentlich gewesen*»<sup>218</sup>.

Por otra parte, desde el punto de vista epistemológico se pone de relieve la existencia de una clara distinción entre la actitud de quien tiende a demostrar una tesis y la actitud de quien persigue de forma desinteresada el descubrimiento de la verdad: Susan HAACK ha trazado claramente la distinción entre la *advocacy*, que tendencialmente nada tiene que ver con el descubrimiento de la verdad, y la *inquiry*, que en cambio está orientada hacia la determinación de la verdad objetiva<sup>219</sup>.

Queda claramente confirmado, entonces, que las actuaciones de las partes no pueden quedar comprendidas en el ámbito de la dimensión epistémica del proceso. Incluso se podría decir que si el proceso está orientado epistémicamente, esto es, si está dirigido hacia la averiguación de la verdad, eso ocurre *no obstante* las actuaciones defensivas que desarrollan las partes. Éstas se encuentran típicamente en una situación que se podría definir, en la terminología de Norbert ELIAS, como de *implicación*, esto es, en la situación típicamente contraindicada para una búsqueda objetiva y desinteresada de la verdad<sup>220</sup>.

## 5.2. Los poderes de instrucción del juez

Resulta evidente que, entre los protagonistas del proceso, el juez es el sujeto al que le compete la función epistémica fundamental, esto es, la determinación de la verdad de los hechos. Esta función requiere que el juez dirija sus actuaciones, en el curso del proceso, hacia esa finalidad. De esto se siguen dos consecuencias principales. Por un lado, al juez le corresponde la tarea de gobernar la admisión y la práctica de las pruebas, además de la de determinar su valor en el ámbito de la decisión final sobre los hechos. Como se ha visto, existe una dimensión epistémica en la admisión de las pruebas sobre la base del principio de relevancia y en las modalidades bajo las que son practicadas: el protagonista de estos aspectos del proceso y —por decirlo así— el garante de su corrección epistémica es precisamente el juez.

<sup>217</sup> Cfr. DAMAŠKA, 1986: 212.

<sup>218</sup> Cfr. *ibid.*: 212.

<sup>219</sup> Cfr. HAACK, 2008a: 564.

<sup>220</sup> Cfr. ELIAS, 1983: 19, 89. Para una aplicación de la noción de *implicación* al contexto probatorio, véase, más ampliamente, TARUFFO, 1996: 267.

Por otro lado, se plantea el problema de determinar qué es lo que el juez puede o no puede hacer de forma autónoma para la búsqueda de los elementos de juicio necesarios para la determinación de la verdad acerca de los hechos, esto es, si puede o debe disponer de poderes de instrucción autónomos. En cualquier procedimiento epistémico este problema carecería de sentido: es obvio que si un sujeto está empeñado en descubrir la verdad de un hecho, entonces debe poder utilizar todos los medios de que dispone para obtener y seleccionar las informaciones necesarias<sup>221</sup>. Sería ocioso preguntarse si el historiador puede o no puede, debe o no debe, buscar las fuentes necesarias para realizar su tarea de reconstrucción de un hecho; sería igualmente ocioso preguntarse si un científico tiene o no el derecho de desarrollar las investigaciones necesarias para descubrir la verdad de un hecho o de una teoría. En cambio, en el proceso las cosas son mucho más complicadas, tanto por la interferencia de opciones ideológicas, como porque el juez no es el único sujeto activo en el contexto del proceso, aun cuando es —como se ha visto poco antes— el único sujeto *sensu lato* «interesado» en que el proceso se concluya con una decisión verdadera.

Las interferencias de las opciones ideológicas, sobre las que se volverá dentro de poco, están relacionadas con las concepciones sobre el proceso y sus finalidades. Así, como se ha señalado varias veces, si se considera que el proceso es un asunto privado entre las partes y que, por consiguiente, éste no está de ningún modo dirigido a la búsqueda de la verdad<sup>222</sup>, entonces se asignará al juez un rol pasivo y no se le atribuirá la función de determinar la verdad<sup>223</sup>. Con todo, es necesario tomar en cuenta que esta ideología ha sido desechada por la mayor parte de los legisladores procesales modernos, precisamente en la medida que se han ocupado del rol del juez con respecto a la determinación de los hechos. A partir de la difundida conciencia de que la sola actividad instructora de las partes no asegura en absoluto el descubrimiento de la verdad, se ha ido afianzando la tendencia a atribuir al juez un rol activo en la asunción de las pruebas que las partes no hayan aportado de su propia iniciativa, con la evidente finalidad de lograr que la verdad pueda ser determinada<sup>224</sup>. Es oportuno, entonces, analizar las principales técnicas normativas que se han utilizado con este fin.

La más difundida entre estas técnicas consiste en la atribución al juez de un poder de disponer de oficio la práctica de pruebas que considera relevantes para la determinación de los hechos pero que no han sido presentadas por las partes. La extensión de estos poderes varía según la amplitud y la intensidad

<sup>221</sup> Al respecto, cfr., en especial, HAACK, 2007a: 97.

<sup>222</sup> Véase *supra*, capítulo III, apartado 4.2.

<sup>223</sup> Cfr., al respecto, DAMAŠKA, 1997: 130 ss.

<sup>224</sup> Al respecto, véase, más ampliamente, y para adicionales referencias, FABIANI, 2008: 350; TARUFFO, 2006b: 458. En sentido crítico, véase, recientemente, CAVALLONE, 2008a: 952.

del rol activo que se pretenda conferir al juez. Su extensión es máxima cuando el juez tiene el poder de disponer de oficio la adquisición de todos los medios de prueba legalmente admisibles, como prevé el art. 10 del *Code de Procédure Civile* francés<sup>225</sup>. Es más reducida, en cambio, cuando se excluye que el juez pueda disponer de oficio la adquisición de cualquier medio de prueba, como ocurre en el caso del juez alemán, que no puede disponer la asunción de una prueba testifical, pero sí puede disponer la adquisición de cualquier otra prueba<sup>226</sup>, o en el caso del juez italiano, que no tiene un poder de instrucción de alcance general (salvo en el proceso del trabajo), pero que cuenta con el poder de ordenar la adquisición de varios medios de prueba específicamente previstos por la ley<sup>227</sup>. Esta técnica normativa es típica de los ordenamientos de *civil law*, pero no está presente sólo en estos ordenamientos: se debe recordar que también las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses atribuyen al juez relevantes poderes de iniciativa probatoria, aunque los jueces americanos tiendan a darles una muy limitada aplicación, para evitar interferir en la actividad de las partes<sup>228</sup>.

Otra técnica muy difundida, que también puede combinarse con la primera, consiste en atribuir al juez el poder de requerir a las partes que presenten las pruebas que el juez considera relevantes y que aquéllas no han aportado. Es lo que puede hacer el juez alemán con respecto a la prueba testifical: no puede disponerla de oficio, pero puede fácilmente inducir a las partes a proponer a los testigos que considere oportuno escuchar<sup>229</sup>. Un poder análogo se confiere también al juez inglés, al que las *Civil Procedure Rules* de 1998 atribuyeron un rol mucho más activo que antes, y que puede inducir de varias formas a las partes a completar sus iniciativas instructoras<sup>230</sup>. La Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000 no ha seguido la tendencia general de los ordenamientos europeos en el sentido de extender los poderes probatorios del juez, e incluso los ha reducido, eliminando las *diligencias para mejor proveer* previstas por el código procesal de 1881, que permitían al juez, una vez practicadas las pruebas presentadas por las partes, disponer de oficio la adquisición de otros medios de prueba que fueran útiles para la decisión<sup>231</sup>. Con

<sup>225</sup> Sobre el tema, véase, más ampliamente, TARUFFO, 2006b: 459. Sobre el rol del juez en el proceso francés, véase, entre lo más reciente, también para numerosas referencias bibliográficas, FABIANI, 2008: 369.

<sup>226</sup> Sobre el rol del juez en el proceso alemán, cfr. FABIANI, 2008: 350, 362; TARUFFO, 2006b: 462.

<sup>227</sup> Para un examen analítico, véase, recientemente, FABIANI, 2008: 568.

<sup>228</sup> Cfr. la Regla 614 (a), en virtud de la cual el juez puede disponer de oficio la práctica de pruebas testificales no presentadas por las partes (sobre ella, cfr. GRAHAM, 2003: 302; SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: 614-7) y la Regla 706, en virtud de la cual el juez puede disponer de oficio la declaración de expertos (sobre ella, véase GRAHAM, 2003: 364; SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: 706-3). Sobre el tema, véase también TARUFFO, 2006b: 464.

<sup>229</sup> Análogamente, cfr. FABIANI, 2008: 362.

<sup>230</sup> Cfr. FABIANI, 2008: 494; TARUFFO, 2006b: 465; PASSANANTE, 2000: 1363.

<sup>231</sup> Sobre el tema, véase, más ampliamente, TARUFFO, 2006b: 466; FABIANI, 2008: 433. En general sobre el rol del juez en el proceso español, véase FABIANI, 2008: 401.

todo, también el juez español tiene, en virtud del art. 429.1 de la ley actual, el poder de requerir a las partes que aporten otras pruebas necesarias para la determinación de los hechos, cuando considere que sus iniciativas probatorias han sido insuficientes<sup>232</sup>.

Estos ejemplos muestran, más allá de las diferentes técnicas utilizadas en cada caso, que diversos legisladores procesales han advertido la necesidad de hacer que la determinación de los hechos sobre la base de las pruebas deje de ser un asunto privado de las partes y deje de depender exclusivamente de sus iniciativas y de sus elecciones tácticas. En otras palabras, esos legisladores han advertido la exigencia de dar a la actividad del juez una orientación marcadamente epistémica, confiándole los poderes necesarios para la búsqueda de la verdad. Sin embargo, esto no significa que se haya producido una conversión general de todos los ordenamientos en el sentido de atribuir al juez una función inquisitiva y lesiva de los derechos y de las garantías que corresponden a las partes<sup>233</sup>. Se debe subrayar, en efecto, que los poderes que se confieren al juez se configuran como accesorios y complementarios respecto de las iniciativas probatorias de las partes<sup>234</sup>. Si, como a menudo ocurre, las partes ejercen cabalmente su derecho a la prueba<sup>235</sup> y aportan todas las pruebas disponibles respecto a los hechos de la causa, el juez no tendrá ocasión de ejercer sus poderes y, por consiguiente, se mantendrá legítimamente pasivo<sup>236</sup>. Sólo en el caso de que descubra (a partir de los materiales del proceso, no por su «conocimiento privado») que existe una prueba relevante que no ha sido presentada por las partes, entonces el juez puede (y probablemente *debe*)<sup>237</sup> disponer de oficio la asunción de esa prueba, o requerir a las partes que la aporten. En ningún caso se prevé que el juez se transforme en un inquisidor en el que se concentren todos los poderes de instrucción y de descubrimiento de la verdad, comprimiendo o incluso anulando los poderes probatorios de las partes. En realidad, su rol es bastante más modesto y razonable, y consiste en comprobar si las partes han aportado todos los datos cognoscitivos disponibles para determinar la verdad de los hechos y en asumir un papel activo si es que eso no ha ocurrido<sup>238</sup>.

<sup>232</sup> Esta norma ha sido objeto de amplias discusiones doctrinales (sobre las cuales, véase FABIANI, 2008: 427), pero parece preferible la tesis según la cual ella establece efectivamente un poder de iniciativa instructora propiamente tal. Sobre el tema, cfr., también para ulteriores referencias bibliográficas, PICÓ i JUNY, 2007: 124.

<sup>233</sup> Véase, más ampliamente, TARUFFO, 2006b: 468.

<sup>234</sup> En este sentido, cfr., p. ej., FABIANI, 2008: 501; TARUFFO, 2006b: 458.

<sup>235</sup> Sobre el cual, véase *supra*, apartado 5.1.

<sup>236</sup> Es lo que le ocurre, por ejemplo, al juez francés, aun cuando esté dotado —como se ha visto— de poderes de instrucción muy amplios: cfr. BEARDSLEY, 1986: 489.

<sup>237</sup> En este sentido parece apuntar la reciente jurisprudencia de la Corte de Casación, según la cual el juez tiene un poder-deber de asumir las pruebas necesarias para la determinación de los hechos: véase, en particular, Cass. S.U. de 12 de junio de 2004, núm. 11.353, en *Fofo Italiano*, 2005, I, 1135 ss., con comentario de FABIANI (2005).

<sup>238</sup> Esto hace absolutamente fantástico, y por consiguiente errado e inútil, el análisis económico del modelo *inquisitorial* desarrollado por POSNER (1999: 1487).

Desde una perspectiva epistémica esto resulta por completo obvio, pues sería contradictorio —como se ha indicado poco antes— que quien tiene la responsabilidad de determinar la verdad de un hecho no tenga la posibilidad de obtener los conocimientos necesarios para este fin, que otros sujetos —que, además, no persiguen las mismas finalidades— no le han proporcionado.

El discurso se podría cerrar con estas observaciones más bien triviales, si no existieran otras dos cuestiones que ameritan al menos una sintética consideración. La primera cuestión ha sido planteada ya desde hace tiempo por los teóricos del principio dispositivo, y se suscita a partir de la tesis según la cual la atribución al juez de poderes de instrucción violaría este principio y, sobre todo, reduciría la imparcialidad del juez y su independencia de juicio<sup>239</sup>. En relación con el primer punto, es posible observar que el problema está mal planteado, ya que la disponibilidad de las pruebas pertenece a la dimensión epistémica del procedimiento, esto es, a la técnica del proceso, y no al principio dispositivo en sentido estricto<sup>240</sup>. De esto existen confirmaciones históricas, en la medida que, contrariamente a lo que muchos creen, la regla según la cual el juez debe juzgar *secundum alligata et probata* no hacía ninguna referencia al monopolio de las partes sobre las pruebas<sup>241</sup>. Por otra parte, la experiencia de los ordenamientos que —como se ha visto poco antes— han extendido los poderes probatorios del juez demuestra que esto no ha afectado de ninguna manera la actuación del principio dispositivo. Esto es particularmente claro, por ejemplo, en el ordenamiento francés, en el que la generalización de los poderes probatorios del juez es perfectamente compatible con el principio dispositivo enunciado en los arts. 1, 4 y 5 del *Code de Procédure Civile*<sup>242</sup>.

El segundo punto se funda en una premisa que desde el punto de vista epistemológico resulta más bien curiosa, según la cual el juez, al disponer de oficio la adquisición de un medio de prueba, manifestaría parcialidad en favor de una parte, de modo que tampoco estaría entonces en condiciones de valorar objetivamente y de forma neutral el resultado de esa prueba<sup>243</sup>. Si esto fuera cierto, y a menos que consideremos al juez como una especie de *minus habens*, entonces se tendría que considerar que un historiador que decidiera estudiar ciertos documentos o que un biólogo que decidiera realizar un cierto

<sup>239</sup> Se trata de afirmaciones recurrentes en la doctrina procesalista. Una clara y articulada formulación de esta tesis se encuentra en el conocido ensayo de LIEBMAN (1962: 12), aunque véase también MONTESANO, 1978: 189; FAZZALARI, 1972: 193. Sobre el tema, véase, recientemente, PICÓ I JUNOY, 2007: 99 y, además, TARUFFO, 2006b: 479.

<sup>240</sup> En un sentido análogo, cfr., p. ej., PICÓ I JUNOY, 2007: 102, así como PICÓ I JUNOY, 1996: 217. Sobre el tema, véase, recientemente, el amplio y documentado análisis de FABIANI, 2008: 107, 228.

<sup>241</sup> Véase *supra*, capítulo I, apartado 6, y en particular, la demostración analítica que ofrece PICÓ I JUNOY, 2007: 35.

<sup>242</sup> Cfr., también para otras referencias, TARUFFO, 2006b: 459; FERRAND, 2005: 9.

<sup>243</sup> En este sentido, cfr., en especial, los escritos de LIEBMAN (1962), FAZZALARI (1972) y MONTESANO (1978). Sobre el tema, véase también FABIANI, 2008: 195.

experimento perderían, por esta única razón, su equilibrio mental y dejarían de estar en condiciones de valorar objetivamente los resultados de sus investigaciones. Si, como parece evidente, esto no es así, entonces no se entiende por qué razón un juez que dispusiera la exhibición de un documento, o el examen de un testigo, por esa misma razón dejaría de estar en condiciones de interpretar correctamente el contenido de ese documento o de valorar racionalmente la credibilidad de ese testigo. Esta concepción se funda en nociones psicológicas, por decir lo menos, «ingenuas» y, sobre todo, carentes de fundamento<sup>244</sup>, según las cuales quien intenta obtener informaciones sobre un hecho pierde inmediatamente la capacidad de valorar correctamente el contenido y la fiabilidad de las informaciones que adquiere. Esta idea no sólo es extremadamente superficial, sino que no toma en cuenta los estudios que desde hace tiempo se han venido realizando sobre la psicología de la decisión y sobre los criterios y modelos que ayudan a racionalizar las elecciones<sup>245</sup> y también, por consiguiente, a controlar los errores en los que el decisor podría incurrir, aun los que pudieran deberse a la parcialidad en la valoración. Es cierto que existe el *confirmation bias* y que todos corremos el riesgo de tender a confirmar aquello de lo que estamos convencidos<sup>246</sup>, pero el remedio ciertamente no consiste en impedirnos buscar elementos o informaciones adicionales para determinar racionalmente qué es verdadero y qué es falso. Por otra parte, en el caso del juez, cabe notar que es posible que en el momento en que dispone de oficio la adquisición de un medio de prueba no esté convencido de nada: simplemente ha descubierto que ese medio de prueba podría ser útil para la determinación de los hechos. Esto no implica ciertamente que en la valoración del resultado de la prueba él deba ser parcial en favor de una u otra parte.

En todo caso, parece evidente que el remedio para estos peligros (en realidad más temidos que reales) no consiste en privar al juez de todo poder de instrucción, sino en someter a controles adecuados el ejercicio de estos poderes. Es aquí donde se vuelve esencial la garantía de los derechos de las partes, y donde el principio del contradictorio cumple una relevante función epistémica, constituyéndose en una técnica esencial de control racional sobre el uso que el juez hace de sus poderes<sup>247</sup>. En otras palabras, es necesario que las partes estén en condiciones de controlar la relevancia y la admisibilidad de las pruebas que el juez dispone de oficio en ejercicio de esos poderes, que estén en condiciones de aportar pruebas contrarias o diferentes respecto de las dispuestas por el juez, y que tengan por último la posibilidad de discutir el resultado y el valor de estas pruebas. La solución correcta del problema parece residir, por tanto, en la vigencia integral de la garantía del contradictorio, más que en la anulación de

<sup>244</sup> No ha sido en absoluto demostrada, por ejemplo, la «incompatibilidad psicológica entre investigación y decisión», de la que habla LIEBMAN, 1962: 13.

<sup>245</sup> Cfr., p. ej., RUMIATI, 2000: 16; 1990: 115, 167, 235; RUMIATI y BONINI, 2001: 107, 153.

<sup>246</sup> Cfr. DAMAŠKA, 1997: 139 ss.; TARUFFO, 2006b: 481.

<sup>247</sup> En este sentido, véase, más ampliamente, TARUFFO, 1992: 401 ss.

los poderes probatorios del juez. Se podría incluso sostener que desde el punto de vista epistémico la mejor solución posible consiste en maximizar al mismo tiempo tanto la realización del derecho de las partes a la prueba —en todas sus manifestaciones, incluyendo las que se refieren al control de las partes sobre el ejercicio de los poderes de instrucción del juez—, como los poderes de instrucción autónomos de los que el juez debiera disponer<sup>248</sup>. Se debe notar que estas dos estrategias no están en conflicto la una con la otra y que pueden, en cambio, combinarse para garantizar que la adquisición de los datos cognoscitivos necesarios para la determinación de la verdad sea lo más completa y lo más racional posible. Los poderes de instrucción de las partes y los del juez no forman parte de un *unicum* en el que si se incrementan los primeros se limitan necesariamente los segundos, o viceversa, como si el incremento en los poderes de instrucción del juez implicara una limitación de los derechos de las partes<sup>249</sup>. Por el contrario, se trata de instrumentos diversos que pueden ser utilizados por sujetos diversos y que bien pueden ser aplicados contemporáneamente con el fin de maximizar la obtención de los datos probatorios necesarios para la decisión. Parece, además, evidente que los numerosos ordenamientos que han atribuido un rol activo al juez en la adquisición de las pruebas no se propusieron ciertamente como objetivo eliminar su imparcialidad<sup>250</sup>: simplemente han considerado, y con buenas razones, que ejerciendo poderes autónomos el juez no deja de ser imparcial. Por otro lado, parece convincente una argumentación en cierto sentido opuesta a la que apunta hacia el riesgo de parcialidad del juez en el ejercicio de poderes de instrucción de oficio. Como se ha visto precedentemente<sup>251</sup>, una reflexión profunda sobre el concepto de imparcialidad lleva no sólo a excluir que exista contradicción entre imparcialidad y búsqueda de la verdad, sino también a concluir que la búsqueda de la verdad es un elemento esencial de la imparcialidad del juez. Por consiguiente, si es verdad —como parece indudable— que la atribución al juez de poderes de instrucción autónomos responde a una clara exigencia de carácter epistemológico, es necesario excluir que esos poderes estén en conflicto con la imparcialidad del juez. Por el contrario: la búsqueda de la verdad que esos poderes hacen posible pone al juez en una posición de imparcialidad (que no equivale a neutralidad o a pasividad) en la búsqueda de la verdad de los hechos.

El otro asunto del que es oportuno ocuparse brevemente ha sido puesto de relieve recientemente por algunos exponentes de la doctrina italiana y de la doctrina en lengua castellana (para los que parece apropiada la calificación

<sup>248</sup> Sobre el tema, véase, más ampliamente, TARUFFO, 2006b: 479.

<sup>249</sup> Para recordar una metáfora utilizada en otro lugar (véase *ibid.*: 478), no existe una «tarta» formada por los poderes de instrucción, que se deba dividir entre las partes y el juez, de modo tal que el trozo que corresponda al juez implique una reducción proporcional del trozo que le toque a las partes, y viceversa. Esta metáfora refleja la forma más difundida de pensar acerca de estos problemas, pero debiera mostrar que ella es errónea.

<sup>250</sup> Cfr. TARUFFO, 2006b: 480.

<sup>251</sup> Véase *supra*, capítulo III, apartado 4.5.

de *neo-vetero-liberales*) y ha dado lugar a un debate bastante vivaz<sup>252</sup>. Según esta línea de pensamiento, surgida en los últimos años (de modo que puede definirse como *neo-*), una característica esencial de los sistemas procesales liberales, y por tanto democráticos, sería la ausencia de poderes de instrucción autónomos atribuidos al juez. El monopolio absoluto de la iniciativa probatoria debiera corresponder, por consiguiente, en forma exclusiva, a las partes, como precisamente ocurría en los códigos procesales del siglo XIX, esto es, en la época liberal clásica dominada por el individualismo privatista y por la correlativa concepción del proceso como un asunto privado de las partes (de donde se sigue la calificación como *vetero-*). Cuando esto no ocurre, es decir, cuando se dota al juez de poderes de instrucción autónomos, se produciría —de acuerdo con la misma concepción— una transformación del sistema en sentido autoritario que debiera ser criticada y rechazada como antiliberal y antidemocrática.

Tras remitir a otro trabajo<sup>253</sup> para una más completa discusión de esta tesis, podemos limitarnos a indicar sintéticamente aquí dos razones por las que ésta parece carente por completo de fundamento. La primera razón es de carácter histórico-comparatista, y se vuelve evidente si se considera la evolución histórica y la situación actual de los numerosos ordenamientos que —como se ha visto poco antes— han atribuido al juez un rol activo en la adquisición de las pruebas con miras a la determinación de la verdad de los hechos. Es claro, y no vale la pena extenderse al respecto, que Francia, Alemania y Estados Unidos en los años setenta, e Inglaterra y España en los años noventa, no han sufrido ninguna transformación en sentido autoritario y antidemocrático. Si esta tesis se confronta con la realidad de estos ordenamientos, resulta evidentemente infundada.

La segunda razón es de carácter sistemático y se funda en el hecho de que —como ya se ha indicado— la presencia de amplios poderes de instrucción del juez no afecta de ningún modo la vigencia del principio dispositivo ni la efectividad de la garantía del derecho a la prueba y del principio del contradictorio. En realidad, la existencia de poderes probatorios del juez no entra en conflicto con los derechos de las partes sino con otra cosa, esto es, con el monopolio exclusivo de las partes sobre las iniciativas probatorias. Por otra parte, este monopolio no está establecido por ningún principio general del proceso, ni es objeto de ninguna garantía constitucional. Se trata solamente de un aspecto de una ideología específica del proceso que tuvo gran difusión en Europa en el siglo XIX, pero que, por diversas razones, ha sido superada por la historia y parece difícilmente recuperable en el ámbito de la justicia civil moderna<sup>254</sup>.

<sup>252</sup> Al respecto, véase, más ampliamente, y para las referencias bibliográficas necesarias, FABIANI, 2008: 301; TARUFFO, 2006b: 453.

<sup>253</sup> Cfr. TARUFFO, 2006b: 453. Sobre el tema, véase, entre lo más reciente, FABIANI, 2008: 693.

<sup>254</sup> Análogamente, cfr. FABIANI, 2008: 702.

El problema de los poderes de instrucción del juez se puede sintetizar entonces en estos términos: la atribución de estos poderes y su efectivo ejercicio —con riguroso respeto, naturalmente, a los derechos procesales de las partes— corresponden a una necesidad epistémica, tratándose de instrumentos dirigidos a obtener el fin de la determinación de la verdad. Viceversa, la oposición a un rol activo del juez en la adquisición de las pruebas parece motivada exclusivamente por opciones ideológicas: estas opciones, aparte de resultar histórica y políticamente infundadas, se configuran en términos claramente antiépistémicos.

## 6. EL JUEZ DE LOS HECHOS

En un procedimiento epistémico tienen indudable relevancia las características subjetivas de aquel o de aquellos a quienes se confía la tarea de descubrir y de determinar la verdad. La capacidad de gobernar los varios aspectos a través de los cuales se articula el procedimiento y, sobre todo, la capacidad de valorar racionalmente los resultados que se derivan de él, con el fin de determinar si la verdad ha sido o no descubierta, son, obviamente, requisitos esenciales que los sujetos en cuestión deben poseer, y de los que depende directamente la fiabilidad del resultado del procedimiento.

También desde esta perspectiva, sin embargo, el contexto del proceso plantea problemas particulares, no sólo porque —como ya se ha visto— entran en juego varias reglas procedimentales que en no pocos casos impactan negativamente en la búsqueda de la verdad, sino también porque existen —además de diversos modelos de procedimiento— también diversos «modelos de juez». En particular, existen variaciones relevantes en lo que respecta a la configuración del sujeto que actúa como «juez de los hechos» y que, en ejercicio de esa función, tiene la tarea de valorar las pruebas y de formular la decisión final sobre la verdad de los hechos del caso.

Dado que es imposible desarrollar aquí un completo análisis comparatista de las varias figuras de «juez de los hechos» que existen en los diversos ordenamientos, podemos limitar el discurso a dos modelos principales: el que se basa en la presencia de un juez profesional y el que se centra en la presencia del jurado<sup>255</sup>.

### 6.1. El juez profesional

La figura del juez-jurista, experto en derecho pero investido también de la función de decidir sobre todos los aspectos de la controversia, y por tanto

<sup>255</sup> Sobre el tema, véase, en particular, DAMAŠKA, 1997: 119.

también sobre las *questiones facti*, tiene en Europa una historia muy larga que no puede ser recorrida ni aun de forma sumaria. Este modelo de juez ya está presente, por ejemplo, en las cortes longobardas y del *Regnum Italiae*<sup>256</sup>, así como en muchas cortes y tribunales de los varios ordenamientos judiciales europeos de los siglos sucesivos<sup>257</sup>. Como juez único o como miembro de un tribunal colegiado, este juez determina ante todo, sobre la base de las pruebas adquiridas en el proceso y sin recurrir a su propio conocimiento privado, como se desarrollaron los hechos en que se basa la controversia (*iudex secundum alligata et probata, non secundum conscientiam, iudicare debet*)<sup>258</sup>, y aplica a los hechos así determinados la regla de derecho que rige la situación sustantiva deducida en juicio. *Quaestio facti* y *quaestio iuris* son conceptualmente distinguibles, pero representan aspectos estrechamente interrelacionados de una decisión homogénea que formula el mismo órgano de enjuiciamiento.

Con la caída del *ancien régime*, y en particular con las reformas napoleónicas del ordenamiento judicial<sup>259</sup>, que fueron tomadas como modelo por muchos otros Estados europeos, la figura del juez-jurista se enriquece de nuevos rasgos que hasta hoy la caracterizan: el juez es un funcionario del Estado, inserto en una organización burocrática de estructura piramidal, pero sobre todo es elegido, y progresa en su carrera, sobre la base de su preparación técnico-jurídica. Se conserva, en todo caso, en la figura del moderno juez de *civil law* el rasgo de mayor relevancia en el presente contexto, esto es, el poder de decidir tanto las cuestiones de hecho como las cuestiones de derecho.

Se podría objetar que esta descripción de la figura típica del juez de *civil law* es demasiado simple, en particular porque existen varios órganos judiciales compuestos también o exclusivamente por legos carentes de formación jurídica. Es, por ejemplo, el caso de los *arbeitsgerichten* alemanes, que son órganos colegiados de composición mixta<sup>260</sup> y, en Italia, de las *sezioni specializzate agrarie*. En Francia existen ejemplos importantes, constituidos por los *conseils de prud'hommes* en materia de trabajo, los *tribunaux de commerce* y los *tribunaux paritaires des baux ruraux*, todos compuestos solamente por legos, sin participación de jueces togados<sup>261</sup>. Por consiguiente, es verdad que los jueces expertos en derecho no tienen el monopolio absoluto de la jurisdicción, pero esto no incide en el aspecto de mayor relevancia en este contexto. Por un lado, se puede observar que la presencia de miembros legos está motivada

<sup>256</sup> Al respecto, véase *supra*, capítulo I, apartados 2.1 y 3.

<sup>257</sup> Sobre el juez profesional en la época comunal, véase, entre lo más reciente, PICARDI, 2007b: 1485. Entre la amplia literatura sobre el tema, cfr., además, ASCHERI, 1989, *passim*; CASTELLANO, 2004: 179; ROYER, 1995: 28, 72, 105.

<sup>258</sup> Sobre el real significado del brocardo, véase *supra*, capítulo I, apartado 6.

<sup>259</sup> Sobre el tema, cfr., en particular, ROYER, 1995: 409, 424, 440.

<sup>260</sup> Cfr. MURRAY y STÜRNER, 2004: 41.

<sup>261</sup> Sobre estos órganos, sobre su composición y su funcionamiento, cfr. PERROT, 1983b: 106, 117, 126.

por diversas razones: algunas veces, como ocurre en los tribunales del trabajo alemanes y en los *conseils* franceses, se tiende a realizar, en el interior del órgano que juzga, una especie de representación de las categorías contrapuestas interesadas en la controversia; otras veces, como ocurre en los tribunales de comercio, se trata de jurisdicciones corporativas, en las que las controversias son resueltas por miembros de la corporación a la que pertenecen las partes, o al menos una de ellas; con mayor frecuencia, como ocurre en el caso de las secciones especializadas y los tribunales de menores, y en varios otros, el órgano colegiado es integrado por expertos en las materias particulares que son objeto de controversia. Se trata, en todo caso, no obstante el número y la variedad de estos órganos, de excepciones respecto de la regla fundamental según la cual el juez de *civil law* es un profesional del derecho: no por casualidad en Francia estos órganos especiales son calificados como *jurisdictions d'exception*.

Por otro lado, y con respecto a lo que aquí interesa principalmente, se debe destacar que en los sistemas de *civil law* no existe ningún órgano judicial civil con participación de legos en el que se distinga entre la decisión de la *quaestio iuris* y la decisión de la *quaestio facti*, y se reserve eventualmente esta última a los miembros laicos de los órganos colegiados mixtos. En todos los casos, por el contrario, el órgano de composición mixta o de composición exclusiva de legos decide de forma unitaria y homogénea sobre todos los aspectos de la controversia. Por consiguiente, la presencia de jueces legos no afecta, por sí sola, la forma en que la decisión es formulada. Vale para todos estos casos el modelo de decisión integrada que es típico del juez-jurista de la tradición de *civil law*.

Desde el punto de vista de la función epistémica que este tipo de juez cumple, se debe observar que, por regla general, éste no dispone de una preparación profesional específica relativa a la decisión sobre los hechos. Su formación concierne esencialmente al conocimiento del derecho, y no es ni historiador ni científico<sup>262</sup>. Esto podría inducir a pensar que este tipo de juez no es el más adecuado para realizar una función estrictamente epistémica. Una opinión que parecería confirmada por la práctica judicial de diversos ordenamientos, en la que la consideración por las cuestiones de derecho, incluso por las de escasa importancia, supera en gran medida la atención que se presta a las cuestiones de hecho, aun cuando éstas sean verdaderamente decisivas.

Varias consideraciones contrarrestan, al menos en parte, esta valoración negativa. Ante todo se debe considerar que una parte relevante de la formación técnico-jurídica del juez se refiere a la regulación de las pruebas, que constituye una parte importante del derecho procesal civil y penal. Es cierto que con

<sup>262</sup> Sobre las discutibles analogías entre el juez y el historiador y entre el juez y el científico, cf. TARUFFO, 1992: 303 ss.

frecuencia los jueces estudian las normas antes que los métodos epistémicos de determinación de los hechos, pero, en todo caso, deben aprender cómo se interpretan y cómo se aplican las normas que regulan la metodología procesal de formación de la decisión sobre los hechos.

Luego, es necesario tener en consideración que a menudo el juez togado pasa varios años desarrollando su función en órganos judiciales de primera instancia, en los que la asunción de las pruebas y la determinación de los hechos constituyen por regla general el núcleo esencial del proceso. Es, entonces, esta experiencia formada en la práctica judicial la que hace al juez experto en la búsqueda y en la determinación de la verdad: el contacto cotidiano, extendido en el tiempo, con las pruebas y con los problemas relativos a los hechos puede proporcionar al juez los conocimientos y las capacidades necesarias para desarrollar adecuadamente la función epistémica<sup>263</sup>.

*Last but not least*, no se debe olvidar que el juez de *civil law* está obligado, también en virtud de principios constitucionales presentes en diversos ordenamientos, a motivar sus decisiones. Obviamente esta obligación vale también para los aspectos de la decisión que se refieren a la determinación de los hechos: esto implica que el juez debe proporcionar «buenas razones», fundadas en las pruebas y en un convencimiento racional, de modo que la determinación de la verdad de los hechos resulte objetiva y lógicamente justificada<sup>264</sup>. Si bien es cierto que la motivación de la sentencia por regla general se redacta en un momento posterior al de la adopción de la decisión, el buen juez sabe que deberá justificar sus elecciones relativas a la valoración de las pruebas y a las conclusiones sobre los hechos y, por consiguiente, tenderá —se puede suponer— a orientar *ex ante* sus razonamientos en el sentido de un análisis racional de los elementos de prueba y de los criterios de valoración que pueden justificar una reconstrucción verdadera de los hechos del caso<sup>265</sup>.

Por tanto, es posible asumir, al menos en principio, que el juez de *civil law* cuenta con las herramientas para desarrollar correctamente la función epistémica consistente en la búsqueda de la verdad. Las modalidades concretas que presente de hecho el desarrollo de esta función en la realidad judicial de los diversos ordenamientos pueden ser diferentes, en función de múltiples factores, que van desde la regulación jurídica específica de los diferentes medios de prueba, hasta el grado de preparación profesional del juez individual, sin olvidar —como se ha visto poco antes— la existencia o la falta de poderes

<sup>263</sup> En sentido contrario, esto es, a favor de la idea de que la experiencia llevaría al juez a actuar de forma apresurada y superficial en la determinación de los hechos, cf. POSNER, 1999: 1494 ss. Con todo, esta afirmación no es justificada y, en todo caso, está referida solamente a los jueces que POSNER conoce, es decir, a los jueces estadounidenses. En sentido opuesto, cf. STEM, 2005: 139.

<sup>264</sup> Sobre la exigencia de motivación, con especial referencia al juicio sobre los hechos, véase *infra*, capítulo V, apartado 6.

<sup>265</sup> Más ampliamente, sobre las relaciones entre razonamiento decisorio y razonamiento justificativo, cf., también para ulteriores referencias bibliográficas, TARUFFO, 2002d: 323.

eficaces de iniciativa probatoria atribuidos al juez. Se confirma, entonces, que el juez de *civil law* puede ser un investigador eficiente de la verdad, en la medida en que los otros factores que afectan la regulación y el funcionamiento del proceso se lo permitan.

Por último, cabe mencionar que las consideraciones anteriores son sustancialmente válidas también respecto de los órganos judiciales que tienen participación total o parcial de miembros legos y, en particular, respecto de los órganos que incluyen expertos en materias específicas o que están compuestos por sujetos que tienen experiencia práctica respecto de tipos específicos de controversias. El modelo de decisión en estos órganos es, como ya se ha dicho, el mismo que el que vale para los jueces togados. Pero además, los jueces legos aplican también reglas que se refieren a la adquisición de las pruebas, desarrollan sus funciones por periodos bastante extensos y, en todo caso, suficientes para que puedan adquirir una experiencia adecuada, y —por último— motivan también sus decisiones sobre los hechos de la controversia. Por consiguiente, se puede concluir que *todos* los órganos judiciales de los sistemas de *civil law* son al menos potencialmente capaces de desarrollar de forma eficaz la función epistémica relativa a la determinación de la verdad de los hechos.

## 6.2. El jurado

En el sistema inglés también existe una antigua tradición, que se remonta al menos a las reformas judiciales de Enrique II en la segunda mitad del siglo XII, que ve en los jueces expertos en derecho el fulcro de la jurisdicción y, en particular, de la jurisdicción real. Es sabido, sin embargo, que, a partir de la conquista normanda, el aspecto más original, más celebrado y en muchos sentidos más importante del sistema inglés, y luego también del sistema estadounidense, es la presencia del jurado como *trier of fact*, de modo que al juez togado le corresponde tomar nota del veredicto del jurado sobre los hechos, para determinar sus consecuencias jurídicas. Tradicionalmente, la distinción entre *issues of law* e *issues of fact* ha recalado precisamente la distinción entre la función del juez y la función del jurado, y la separación entre juez y jurado constituye uno de los aspectos distintivos más importantes del proceso de *common law*<sup>266</sup>. En lo que respecta a la determinación de la verdad de los *facts in issue*, es necesario preguntarse, entonces, si el jurado es un órgano capaz de desarrollar válidamente la respectiva función epistémica.

En los primeros siglos de su existencia el jurado inglés desarrolló efectivamente una función de este tipo. Los *homines de vicineto* eran testigos de los hechos antes que jueces de los hechos: ellos comunicaban al juez *in eyre*

<sup>266</sup> Sobre el tema, cfr., en particular, DAMAŠKA, 1997: 43; CHASE, 2005: 55; HAZARD y TARUFFO, 1993: 151; TARUFFO, 1988: 368; WEINER, 1966: 1867; JOINER, 1962: 14.

lo que la comunidad sabía con respecto a las circunstancias que habían dado lugar a la controversia. Estaban —y debían estar— al corriente de estas circunstancias, directamente o indirectamente, y daban noticia de ellas al juez<sup>267</sup>. Con el correr del tiempo, sin embargo, la función del jurado se modificó progresiva pero sustancialmente, hasta asumir la fisionomía que hoy conocemos. Los jurados dejaron de ser testigos de los hechos para transformarse en *triers of fact*, encargados de valorar las pruebas que otros proporcionaban y de formular, sobre la base de esas pruebas, sus conclusiones acerca de los hechos del caso. Al mismo tiempo, fue aflorando y se fue consolidando la que podría definirse como *función política* del jurado. Más allá del mito construido en torno al famoso capítulo 29 de la *Magna Charta*, un mito que según un historiador inglés superó con creces a la realidad<sup>268</sup>, el jurado inglés asumió un rol de protección del ciudadano frente a un poder soberano despótico y cruel, sobre todo al atenuar los efectos de un derecho penal excesivamente duro. En las colonias norteamericanas el jurado se transformó en el símbolo de la protección de las libertades de los colonos contra el poder inglés, lejano y opresivo, y luego asumió de forma más general una función de tutela de los derechos de los ciudadanos frente al poder estatal. La configuración del derecho a ser juzgado por un jurado, proclamado en la VI enmienda de la Constitución de los Estados Unidos con respecto al proceso penal, y por la VII enmienda con respecto al proceso civil<sup>269</sup>, representa la culminación de esta larga y compleja evolución del jurado, desde un grupo de testigos del hecho a una institución de garantía de las libertades democráticas<sup>270</sup>.

Esta transformación profunda en la función del jurado invita, sin embargo, a preguntarse si en la situación actual éste está en condiciones de cumplir una función epistémica dirigida a la determinación de la verdad de los hechos. Considerando que el jurado ha desaparecido hace tiempo de la justicia civil inglesa<sup>271</sup>, y sólo ocasionalmente interviene en los procesos penales<sup>272</sup>, es al jurado norteamericano al que hay que dirigir la atención.

En los Estados Unidos el jurado es objeto de recurrentes discusiones<sup>273</sup>, pero cumple todavía diversas funciones relevantes<sup>274</sup>, la más importante de las cuales parece ser de naturaleza *simbólico-ritual*. El aspecto simbólico se

<sup>267</sup> Sobre estos aspectos de la historia del jurado, cfr., también para adicionales referencias, *supra*, capítulo I, apartado 4.

<sup>268</sup> Cfr. PLUCKNETT, 1929: 25.

<sup>269</sup> Al respecto, véase, por todos, el amplio estudio de WOLFRAM, 1973: 639.

<sup>270</sup> Sobre el tema, cfr., en especial, SWARD, 2001: 157 ss.

<sup>271</sup> El fenómeno se había iniciado ya alrededor de mediados del siglo XIX. Cfr. HANLY, 2005: 153.

<sup>272</sup> Cfr. JACKSON, 2007: 297.

<sup>273</sup> La bibliografía acerca del jurado estadounidense es inmensa, y no es posible ofrecer aquí indicaciones significativas. A continuación sólo se citarán las fuentes que tengan directa conexión con lo que se dice en el texto.

<sup>274</sup> Sobre las diversas funciones que el jurado desarrolla en el sistema norteamericano, cfr. SWARD, 2001: 23 ss.

refiere al mito del jurado como institución que permite al pueblo administrar directamente justicia, aplicando sus criterios de valoración y tutelando, por consiguiente, a los ciudadanos contra un poder —el del Estado— percibido como formalista y opresivo<sup>275</sup>. En síntesis, el pueblo se protege a sí mismo a través de sus representantes que forman parte del jurado: de aquí la función del jurado como escudo de las libertades y garante de la democracia, y como institución que hace posible la participación directa del pueblo en la administración de la justicia<sup>276</sup>.

El aspecto ritual se refiere a los elementos en sentido amplio teatrales que caracterizan al *trial by jury* y que se han hecho conocidos para el gran público a través de innumerables filmes y series televisivas, en las que los abogados que se enfrentan ante los jurados y en presencia de un juez togado que actúa como árbitro de la competición<sup>277</sup>. Esta representación tiene un doble fin: mostrar a todos que la justicia es administrada de forma libre y pública, por obra, esencialmente, de ciudadanos normales<sup>278</sup>, y, de este modo, legitimar el sistema de administración de justicia, y las decisiones que éste produce, en el contexto social<sup>279</sup>. El jurado norteamericano cumple también otras funciones, como la de fijar sumas elevadísimas en concepto de daños punitivos a favor de ciudadanos individuales que aparecen como víctimas del extremo poder de las grandes *corporations*<sup>280</sup>, pero no cabe duda de que su función principal es la de proveer de legitimación social y *flavor* democrático a la administración de justicia<sup>281</sup>.

Se trata de resolver, entonces, si junto a estas funciones el jurado estadounidense cumple también una función epistémica, o si, en cambio, estamos frente a una hipótesis en la que la tensión entre epistemología e ideología se resuelve con un claro predominio de la ideología y con la anulación de la función epistémica de una institución fundamental del proceso norteamericano.

Ante todo es oportuno mencionar, con el fin de evitarlo, un posible equívoco basado en una evidente petición de principio. En síntesis: si se asume a priori la premisa de que las decisiones del jurado corresponden siempre y por

<sup>275</sup> Sobre el jurado como «*antistatist institution*», cfr. CHASE, 2005: 56.

<sup>276</sup> Sobre la función de democracia representativa y participativa desarrollada por el jurado, cfr. en particular, SWARD, 2001: 52 ss.; ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 64.

<sup>277</sup> Sobre la función ritual desarrollada por el jurado, cfr., en particular, CHASE, 2005: 121. Véase también *supra*, capítulo III, apartado 4.1.

<sup>278</sup> Como nota justamente CHASE (2005: 56), el jurado es «*populist*», y constituye una forma de participación de los ciudadanos en el ejercicio directo del poder.

<sup>279</sup> En este sentido, con respecto al jurado penal inglés, cfr. ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 63. quienes hablan precisamente de «*a moral theater of accountability*». Sobre la función legitimadora del procedimiento, véase, más ampliamente, *supra*, capítulo III, apartado 4.1.

<sup>280</sup> De ahí los intentos de limitar la discrecionalidad de los jurados en la determinación del monto de las indemnizaciones de perjuicios, sobre los cuales, cfr. SWARD, 2001: 302.

<sup>281</sup> Como ha subrayado CHASE (2005: 55), el jurado presenta de modo «*historic and iconic*» los rasgos de una institución igualitaria, populista, antiestatalista e individualista.

definición a la verdad, porque el jurado representa al pueblo y el pueblo no puede equivocarse, se llega obviamente a la conclusión que el jurado cumple siempre una función epistémica, porque determina siempre la verdad de los hechos. Se advierte en seguida, sin embargo, que este argumento no demuestra nada. Se trata, en realidad, de un acto de fe, legítimo pero no necesario, que deja intacto el problema de la función epistémica del jurado.

Dejando de lado los actos de fe, la cuestión de si el jurado está o no en condiciones de lograr decisiones verdaderas sobre los hechos del caso es muy debatida desde hace tiempo: los que defienden la capacidad del jurado como *trier of fact* y los críticos del jurado como juez racional de los hechos, en particular cuando se trata de juzgar controversias complejas valorando pruebas científicas, se contraponen desde hace tiempo en la literatura estadounidense<sup>282</sup>. La opinión que parece más difundida es la que sugiere que, no obstante los límites intrínsecos que caracterizan a la institución del jurado, los jurados están en condiciones de formular valoraciones razonables<sup>283</sup>. Con todo, las opiniones de quienes niegan esta capacidad del jurado tienen a veces gran difusión, como ocurre con la recurrente cita de un fragmento famoso en el que Jerome FRANK formuló algunas críticas devastadoras al jurado, en relación, precisamente, con la imposibilidad de que éste determine la verdad de los hechos<sup>284</sup>. Por otra parte, parece haber varias razones para creer que exista una *lay disability*<sup>285</sup>, esto es, para dudar que el jurado esté en condiciones de cumplir eficazmente una función epistémica referida a la determinación de la verdad de los *facts in issue*.

Las razones principales que aquí pueden ser consideradas son esencialmente dos. La primera, a la que ya se ha hecho referencia<sup>286</sup>, es que al intentar proteger a los jurados contra los riesgos de error en la valoración de las pruebas, el *law of evidence* norteamericano termina por prever la exclusión de muchas pruebas relevantes para la determinación de los hechos. De este modo el jurado se vuelve la causa de importantes limitaciones en la adquisición de las pruebas<sup>287</sup>, y termina por formular sus decisiones sobre la base de un material probatorio limitado, del que han sido excluidas informaciones que podrían ser decisivas para la determinación de la verdad. La segunda razón consiste en que la decisión del jurado se forma en una especie de *black box* en el que suceden cosas y se realizan elecciones que nadie conoce, fundamentalmente porque el veredicto del jurado nunca se motiva. Por consiguiente, aun si los

<sup>282</sup> Para una síntesis de la discusión, y para ulteriores referencias bibliográficas, cfr. SWARD, 2001: 15, 32. Cfr. también CHASE, 2005: 58.

<sup>283</sup> Cfr., p. ej., SWARD, 2001: 34.

<sup>284</sup> Cfr. FRANK, 1950: 110.

<sup>285</sup> La eficaz expresión es de DAMAŠKA, 1997: 46. Sobre el tema, véase también MCEWAN, 2007: 207.

<sup>286</sup> Véase *supra*, apartado 2.2.

<sup>287</sup> Al respecto, cfr., ampliamente, LAUDAN, 2006: 214.

jurados decidieran su veredicto lanzando al aire una moneda, nadie lo sabría, y la decisión sería, en todo caso, válida, a pesar de no tener nada que ver con la realidad. Por otra parte, al no estar obligados a motivar su decisión, los jurados tampoco son inducidos a formular valoraciones e inferencias controladas racionalmente con el fin de determinar la verdad de los hechos<sup>288</sup>. De esto se sigue que las evaluaciones positivas de la capacidad del jurado de juzgar los hechos de forma rigurosa y racional, valorando correctamente las pruebas, pueden ser fruto de suposiciones que a veces son razonables, pero carecen de una efectiva justificación, que es imposible de proporcionar<sup>289</sup>. Resulta, además, bastante curioso, desde la perspectiva de un observador externo, el contraste entre la variedad y la complejidad de las normas que se aplican antes de que las pruebas sean practicadas y durante su adquisición y el hecho de que el juicio sobre los hechos se adopte a través de una «*enigmatic decision*» que constituye «*an inarticulate, impenetrable epilogue*» de la determinación de los mismos<sup>290</sup>.

En realidad no faltan instrumentos dirigidos a prevenir o a limitar en alguna medida la arbitrariedad de las decisiones del jurado, pero no parecen eficaces para orientar efectivamente al jurado hacia la búsqueda racional de la verdad<sup>291</sup>.

Los extensos, complejos y costosos procedimientos de *voir dire*, en los que a menudo se utilizan psicólogos expertos en la selección de los jurados, apuntan a evitar que puedan ser parte del jurado sujetos negativamente *biased* con respecto a una u otra parte<sup>292</sup>. Dentro de los límites con que funcionan efectivamente, estos procedimientos apuntan, por tanto, a lograr que el jurado

<sup>288</sup> La falta de motivación del veredicto representa una de las razones principales de la invalidez epistémica del sistema basado en el jurado: cfr. LAUDAN, 2006: 142. STEIN (2005: 38), señala que el *justification requirement* vale también para las decisiones del jurado sobre los hechos, pero de esta exigencia no hay rastro, dado que —precisamente— el veredicto no es motivado. No falta, por otra parte, quien considera que la falta de motivación del veredicto resulta adecuada, particularmente cuando el jurado debe enfrentar cuestiones de difícil solución, ya que al no motivar se sustrae a las críticas (cfr., p. ej., SWARD, 2001: 24 ss.). Una opinión curiosa, ésta, que se apoya evidentemente en la función simbólica del jurado, más que en el fundamento y en la aceptabilidad de sus decisiones.

<sup>289</sup> POSNER (1999: 1493) sostiene que el jurado es un *trier of fact* adecuado, sobre todo porque doce cabezas (trece si se cuenta la del juez) son mejores que una. El argumento es, con todo, inconsistente, en el caso de que doce cabezas razonen mal y solo la número trece razonen bien. Por lo demás, habría que decir entonces que un jurado compuesto sólo de seis miembros, a menudo utilizado por ser más práctico, no decidirá tan bien como el tradicional jurado compuesto de doce miembros y que un jurado compuesto por veinticuatro miembros razonaría dos veces mejor... y así sucesivamente.

<sup>290</sup> Cfr. DAMAŠKA, 1997: 63.

<sup>291</sup> Hay quien considera que existe un arsenal de remedios, entre los que estarían los que se indican *infra* en el texto, suficientes para asegurar que el juicio del jurado sea correcto. En este sentido, cfr., p. ej., STEIN, 2005: 38, 139, quien no ofrece, sin embargo, ninguna justificación que avale esa opinión, que parece quedar comprendida entonces en la lista de los actos de fe a los que se hizo mención poco antes en el texto.

<sup>292</sup> Cfr. la Regla 47 de las *Federal Rules of Civil Procedure* y el § 1870 del *Title 28 del United States Code*. Sobre las modalidades de selección de los miembros del jurado, cfr., p. ej., BODIN, 1976: 211, 225; HAZARD y TARUFFO, 1993: 153; BLOOMSTEIN, 1968: 60; McCART, 1965: 28.

sea imparcial. Se trata de una condición necesaria para que el jurado llegue a una decisión correcta, pero no parece suficiente por sí sola para asegurar que el veredicto final se funde en la determinación de la verdad.

Por su parte, el juez no entra en la *jury room*, y cuenta con limitadas posibilidades de orientar las decisiones del jurado. Estas posibilidades se concentran en las *instructions* que el juez imparte al jurado inmediatamente antes de que se retire a decidir, y que el jurado debiera seguir<sup>293</sup>. Las *instructions* pueden referirse a aspectos jurídicos de la decisión, en los no infrecuentes casos en los que el jurado debe aplicar normas de derecho para formular el veredicto, pero, sobre todo, se refieren a los aspectos de hecho de la controversia, como ocurre cuando el juez recomienda no tomar en cuenta una prueba indebidamente asumida, o cuando pone en guardia al jurado contra la posibilidad de que realice inferencias no admitidas por la ley, como las que podrían derivarse del silencio del imputado<sup>294</sup>, o cuando indica que el veredicto de culpabilidad sólo puede ser adoptado si la responsabilidad del imputado ha sido demostrada *beyond any reasonable doubt*<sup>295</sup>. Se trata de instrucciones que tienen la finalidad de guiar al jurado hacia la utilización de criterios correctos de valoración de las pruebas, para lograr, por consiguiente, que se formulen veredictos verdaderos<sup>296</sup>. Con todo, cualquier indicación dada por el juez respecto de posibles criterios de valoración termina por ser inevitablemente genérica<sup>297</sup> y —sobre todo— no existe posibilidad alguna de verificar si efectivamente el jurado las toma en cuenta<sup>298</sup>. Como se ha dicho antes, el veredicto del jurado nunca es motivado. Esto implica que cada jurado no se sentirá inducido, sino por su propia conciencia individual, a valorar las pruebas racionalmente y según las *instructions* del juez, pues sabe que nadie le pedirá justificar *ex post* la propia decisión.

El juez cuenta, en realidad, con algunos otros poderes que también puede utilizar para controlar, al menos en parte, las modalidades de decisión del

<sup>293</sup> Cfr. la Regla 51 de las *Federal Rules of Civil Procedure*. Sobre el tema, cfr. SWARD, 2001: 260. Sobre las *instructions* del juez al jurado en el proceso medieval inglés, cfr. IBBETSON, 1996: 97. Sobre el poder de *sum-up* con respecto al resultado de las pruebas, y de *comment* acerca de ellas, de los que dispone el juez inglés, cfr. ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 77, quienes observan que se trata de un modo eficaz de orientar el juicio del jurado.

<sup>294</sup> Al respecto, LAUDAN (2006: 147) habla de «*lobotomized jurors*» para subrayar que se tiende a impedir a los jurados desarrollar razonamientos que serían obviamente admitidos en otros contextos.

<sup>295</sup> El problema de los estándares de prueba será discutido más adelante (véase *infra*, capítulo V, apartado 4).

<sup>296</sup> Con todo, en los Estados Unidos ha sido sustancialmente eliminado el poder del juez de expresar su opinión (*comment*) sobre el resultado de las pruebas, por el temor de que ello pudiera influir en las valoraciones del jurado. Cfr. ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 79.

<sup>297</sup> Lo demuestra la historia de la aplicación concreta del estándar de prueba *beyond reasonable doubt*, que no ha logrado ser formulado de forma suficientemente precisa: cfr. el extenso análisis de LAUDAN, 2006: 29.

<sup>298</sup> Para una evaluación positiva de la influencia que las *instructions* pueden tener para guiar al jurado hacia una correcta valoración de las pruebas, cfr. DAMAŠKA, 1997: 57. Las investigaciones desarrolladas sobre el tema han producido resultados inciertos y contradictorios: cfr. MCBWAN, 2007: 209. Para la tesis de la ineficacia de las *instructions*, cfr. POSNER, 1999: 1520.

jurado. Así, por ejemplo, en lugar de solicitar un *general verdict*, con el que el jurado decida conjuntamente todos los aspectos de hecho y de derecho de la controversia, el juez puede requerir un *special verdict*, con el que el jurado decide sólo sobre los hechos, sin aplicar normas, o bien un *verdict with interrogatories*, con el que el jurado responde a cuestiones específicas sobre hechos singulares, o bien un *directed verdict*, en el que el juez predetermina la decisión del jurado si no existen pruebas o si las pruebas son tan claras que no admiten otras decisiones<sup>299</sup>. Además, el juez tiene el poder de no considerar el veredicto, y de disponer la realización de un nuevo *trial* frente a un jurado diferente, si el veredicto parece clamorosamente contrario al resultado de las pruebas<sup>300</sup>. Parece claro, sin embargo, que se trata de remedios que pueden tener algún efecto, pero que no resuelven el problema de fiabilidad característico del juicio sobre los hechos formulado por el jurado. Aun cuando el veredicto sea específico, no existe ninguna garantía respecto de su fundamento; y, por otra parte, la posibilidad de que el juez declare que ha existido *mistrial* y ordene un nuevo *trial* es marginal, y sólo tiene lugar en caso de errores groseros del jurado<sup>301</sup>.

Dada la falta de garantías efectivas de que el jurado pueda lograr una determinación verdadera de los hechos, no parece casualidad que se haya subrayado recientemente el carácter sustancialmente ordálico de su decisión: el veredicto no se funda en una justificación racional, sino que se presenta como un objeto de fe en el que la voz del pueblo ha tomado el lugar de la voz de Dios<sup>302</sup>. De forma análoga, se ha dicho que los veredictos de los jurados son considerados como si fueran «*written on Mosaic tablets*»<sup>303</sup>.

Aunque los veredictos de los jurados no son motivados, o tal vez precisamente por esta razón, no faltan estudios que han intentado analizar, sobre la base de suposiciones, pero también a partir de experimentos psicológicos, de qué forma adopta el jurado sus decisiones sobre los hechos<sup>304</sup>. El aspecto de estos estudios que parece más interesante, y que es en mayor grado relevante desde la perspectiva que aquí se considera, es el que muestra que los jurados, al formular sus decisiones, no siguen una metodología analítica, que supone reconstruir cada circunstancia de hecho sobre la base de las inferencias probatorias específicas que sean referibles —precisamente— a cada una de esas circunstancias, sino que utilizan en cambio una aproxi-

<sup>299</sup> Cfr. la Regla 49 de las *Federal Rules of Civil Procedure*. Sobre estas instituciones, cfr. SWARD, 2001: 299; TARUFFO, 1990: 372.

<sup>300</sup> Cfr. SWARD, 2001: 11, 295; TARUFFO, 1990: 372.

<sup>301</sup> Cfr. HAZARD y TARUFFO, 1993: 172.

<sup>302</sup> Cfr. DAMAŠKA, 1995: 353.

<sup>303</sup> Cfr. LAUDAN, 2006: 217, quien pone en evidencia lo paradójica que resulta esta forma de concebir los veredictos de los jurados, cuando en realidad los jurados son considerados como unos «*impressionable fools*» o unos simplones incapaces de formular valoraciones razonables, como demuestra la variedad de normas y artilugios dirigidos a prevenir los errores del jurado o a ponerles remedio.

<sup>304</sup> Cfr., en particular, HASTIE, PENROD y PENNINGTON, 1983; BENNETT y FELDMAN, 1981.

mación *holista*, a través de la cual tienden a construir *stories* completas, en el interior de las cuales ordenan y organizan las singulares circunstancias de hecho. Estas *stories* son construidas utilizando esquemas, estereotipos, *scripts* y situaciones típicas que forman parte del *stock of knowledge* con el que los miembros del jurado cuentan en la medida que pertenecen a un determinado ambiente social y cultural. De este modo, las circunstancias singulares que definen los hechos del caso se articulan en narraciones globales que corresponden a lo que los miembros del jurado consideran normal y verosímil<sup>305</sup>.

No viene al caso discutir aquí la fiabilidad de estas hipótesis sobre el modo en que los jurados reconstruyen los hechos. Aun admitiendo que sean fiables, dan pie a nuevas reflexiones críticas sobre la posibilidad de que el jurado cumpla efectivamente una función epistémica. Ante todo, se puede observar que el sentido común del que se sirven los jurados, y que es apreciado como un aspecto positivo porque ellos razonan como razonaría el pueblo que en cierta forma representan<sup>306</sup>, incluye estereotipos, prejuicios, concepciones erradas, falsas generalizaciones, y muchos otros elementos cuya utilización acrítica e inconsciente puede dar lugar a una cantidad considerable de errores. Con todo, el sentido común constituye el único recurso cognoscitivo e interpretativo del que dispone el miembro del jurado: no posee ninguna preparación profesional y no puede adquirir tampoco experiencia como *trier of fact*, dado que es nombrado solamente para cada proceso en el que desarrolla su función<sup>307</sup>. Por otro lado, es justamente en función de sus características de *naïveté* que el jurado es elegido e investido de la función de decidir sobre los hechos valorando las pruebas según los criterios de sentido común. En resumen, el jurado desarrolla sobre todo una función política, consistente en expresar en el veredicto los valores regresivos y conformistas típicos de la ideología dominante y representados por el estereotipo del *average man*<sup>308</sup>. Pero nada asegura que una versión de los hechos construida según criterios de normalidad y de verosimilitud resulte también una historia verdadera: no es infrecuente que lo verosímil sea falso y verdadero lo que a primera vista parece inverosímil, ya que a menudo la realidad no se adapta al *id quod plerumque accidit*<sup>309</sup>. Además, la teoría holista afirma que los jurados se sirven de su *stock of knowledge* también para colmar las lagunas que se derivan de los incompletos datos cognoscitivos proporcionados por las pruebas: en síntesis, aun si algunas circunstancias de hecho no han sido probadas, el jurado igualmente las «da por verdaderas»,

<sup>305</sup> Sobre estos aspectos de la construcción de las narraciones de los hechos, cfr. el capítulo II, apartado 4.

<sup>306</sup> Cfr., en particular, HASTIE, PENROD y PENNINGTON, 1983: 4.

<sup>307</sup> Cfr. LAUDAN, 2006: 216.

<sup>308</sup> Cfr. BECKER, 1970: 304.

<sup>309</sup> Sobre la distinción entre verdad y verosimilitud, véase, más ampliamente, *supra*, capítulo III, apartado 2.3.

recurriendo a modelos arquetípicos de sucesos o a situaciones de algún modo similares a la que está reconstruyendo<sup>310</sup>.

Por consiguiente, la aproximación holista que parece ser típica de la forma en que los jurados adoptan sus decisiones está muy lejos de constituir un método racionalmente válido para el descubrimiento de la verdad de los hechos. Parece, por el contrario, que esta aproximación funciona como un poderoso instrumento de manipulación, en virtud del cual la verdad de los hechos es adaptada y «reinventada» de varias formas para hacerla coincidir con los estereotipos del sentido común. Naturalmente, nada excluye que pueda existir —como de hecho existe— un ambiente cultural e ideológico en el que este modelo de decisión sea aceptado, entre otras posibles razones, porque el mito democrático del jurado persiste, y prevalece sobre cualquier argumento en contrario. No obstante, dado que son notorios los defectos del jurado desde el punto de vista epistémico, se suscita «*the irony of a system that models the virtue of trial by jury, the "palladium" of our system of justice, all the while arguing that jurors are too stupid, naive or immature to be trusted with complex arguments*»<sup>311</sup>.

Frente a estas observaciones se podría replicar, por un lado, que la intervención del jurado es cada vez menos frecuente, también en los Estados Unidos<sup>312</sup>, de modo que no sería ya apropiado considerar al *trial by jury* como el arquetipo del proceso norteamericano y, por otro lado, que —como muchos afirman— la forma en que los jurados adoptan sus veredictos no es sustancialmente diferente de la que utilizan los jueces para decidir sobre los hechos cuando no hay jurado<sup>313</sup>.

En relación con el primer punto, se debe observar que cuando el juez decide por sí solo, el proceso se desarrolla en todo caso *in the shadow of the jury*, de modo que se aplican también todas las reglas de exclusión de pruebas, incluidas las que estarían dirigidas a evitar los errores y los malentendidos del jurado<sup>314</sup>. Con respecto al segundo punto, se puede observar que, si fuera verdad que las decisiones de los jurados y de los jueces no divergen sustancialmente, surgirían algunos problemas significativos. Por ejemplo, nos podríamos preguntar por qué razón las partes se embarcarían en un bastante más prolongado y costoso *trial by jury* si no es en virtud de la fundada esperanza de obtener del jurado un veredicto más favorable del que prevén obtener del juez. Por otra parte, nos podríamos preguntar si son los jurados los que adoptan los

<sup>310</sup> También sobre este punto véase, más ampliamente, *supra*, capítulo II, apartados 2.3 y 6.

<sup>311</sup> Cfr. LAUDAN, 2006: 218, y, análogamente, DAMAŠKA, 1995: 132.

<sup>312</sup> Cfr. SWARD, 2001: 12 ss.

<sup>313</sup> Ésta es la tesis fundamental de la clásica investigación de KALVEN y ZEISEL (1966). Sobre el tema, véase, recientemente, STEIN, 2005: 139, que no cita a KALVEN y ZEISEL pero que, aunque afirma que las técnicas de control sobre el jurado son eficaces, reconoce, sin embargo, que los jueces juzgan mejor sobre los hechos en virtud de su preparación profesional.

<sup>314</sup> Cfr. HAZARD y TARUFFO, 1993: 174 ss.

modelos decisorios de los jueces, o si en cambio serían estos últimos los que imitarían a los jurados. Esta duda parece irresoluble, pero si fuera válida la primera hipótesis, esto implicaría la disolución de la función del jurado consagrada por el mito, que se centra en el uso de criterios de decisión extraídos del sentido común, diferentes de los criterios técnicos formalistas que serían aplicados por el juez togado. Si, en cambio, valiera la segunda hipótesis, esto significaría que también los jueces formulan decisiones inescrutables, holistas y oraculares, que no difieren en estos aspectos de los veredictos de los jurados. No se puede excluir, con todo, que las cosas sean efectivamente así, dado que en el sistema estadounidense tampoco los jueces togados motivan sus decisiones sobre los hechos del caso.

Los varios aspectos que han sido puestos en evidencia a propósito del sistema del jurado, y de los modelos de decisión que en él están presentes, ilustran algunos importantes factores del *procedural exceptionalism* del sistema norteamericano<sup>315</sup>. Para un jurista de *civil law*, y en particular desde una perspectiva epistémica, esos aspectos pueden parecer difícilmente comprensibles o incluso criticables, en la medida que hacen sustancialmente imposible que el jurado desarrolle verdaderamente una función dirigida a la determinación de la verdad de los hechos<sup>316</sup>. Con todo, parece que el jurado sigue teniendo un amplio respaldo de los abogados y de los jueces, y también de la opinión pública en general<sup>317</sup>: evidentemente el mito persiste y —como todos los mitos— tiene poco que ver con la verdad.

## 7. CONCLUSIONES

Las consideraciones que se han desarrollado en las páginas precedentes confirman sustancialmente la premisa que había servido como punto de partida, esto es, que la dimensión epistémica del proceso existe y tiene una importancia fundamental, aunque en esa dimensión no se agote, evidentemente, un fenómeno multiforme y complejo como la administración de justicia. También se ha notado, por otra parte, que esta dimensión no asume sólo una función descriptiva, sino sobre todo una función *normativa* o *regulativa*<sup>318</sup>: el análisis del proceso, o de sus instituciones, desde una perspectiva epistémica permite comprobar cuán cerca o cuán lejos están los procesos concretamente existentes de un modelo ideal, epistemológicamente válido, de procedimiento funcionalmente orientado a la determinación de la verdad. A la inversa, per-

<sup>315</sup> En este sentido, cfr. CHASE, 2005: 55.

<sup>316</sup> No por casualidad el jurado cumple una función que, desde un punto de vista epistémico, ha sido definida como *extraveritistic*: cfr. GOLDMAN, 1999: 311 ss.

<sup>317</sup> Cfr. CHASE, 2005: 58.

<sup>318</sup> Sobre la función normativa de la epistemología jurídica, cfr. LAUDAN, 2006: 3; ALLEN y LEITER, 2001: 1498.

mite comprobar también cuándo y en qué medida la influencia de factores extraños a la dimensión epistémica, y en particular de factores ideológicos ligados a las diversas concepciones de la función del proceso y del rol de los sujetos que participan en él, puede afectar y comprimir —anulándola, algunas veces, completamente— la función epistémica que, sin embargo, el proceso podría y debería cumplir.

El mismo análisis permite identificar además tipos de normas procesales epistemológicamente contraindicadas que existen en numerosos ordenamientos, así como evaluar críticamente su justificación. En este sentido, un aspecto paradójico resulta del hecho —subrayado precedentemente— que varias normas que implican la exclusión de pruebas relevantes estén presentes en algunos ordenamientos y en otros no: se vuelve así evidente la relatividad histórico-cultural de estas normas, que —lejos de ser necesarias e inevitables— son evidentemente contingentes y variables. Es difícil entender, por ejemplo, qué sentido pueda tener una *hearsay rule* que en Inglaterra no rige ya en el proceso civil pero que rige todavía en el proceso penal<sup>319</sup>, pero que subsiste para ambas clases de proceso en los Estados Unidos, aunque con decenas de excepciones. Del mismo modo, es difícil entender qué sentido pueda tener la subsistencia del art. 246 del Código de Procedimiento Civil italiano, que sólo existe en Italia y que tiene una justificación discutible y debilísima. Cabría pensar que si se tratara de normas dotadas efectivamente de un fundamento general o que sirvieran verdaderamente para lograr fines esenciales al proceso, deberían entonces existir en todos los sistemas procesales modernos, o al menos en la mayor parte de ellos. El análisis comparatista demuestra, sin embargo, que no es así y, por tanto, sugiere también cuán débiles son las justificaciones que se invocan a favor de la conservación de dichas normas.

Esto lleva a sostener que el análisis de los diversos mecanismos probatorios en clave epistemológica puede proporcionar también importantes sugerencias *de iure condendo*, tanto en el sentido de una radical simplificación de estos mecanismos, como en el sentido de su posible armonización sobre la base de principios comúnmente compartidos.

Naturalmente, se puede considerar que todo esto carece de sentido, pero sólo bajo la condición de negar su premisa: el *veriphobic* que niega a priori la posibilidad de que el proceso esté orientado hacia la búsqueda de la verdad de los hechos no podrá y no deberá compartir nada de cuanto se ha dicho hasta ahora.

<sup>319</sup> Sobre el tema, véase, ampliamente, ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 580.

## CAPÍTULO V DECIDIR LA VERDAD

### 1. DUDA Y DECISIÓN

Si «el derecho es el mundo de la decisión»<sup>1</sup>, el proceso es el contexto jurídico en el que este rasgo del derecho se manifiesta con mayor evidencia. La decisión es, en efecto, un elemento estructural del proceso, que puede ser entendido como un mecanismo intrínsecamente dirigido a producir una decisión. El contradictorio procesal genera la duda, al presentar diversas soluciones del conflicto entre las partes<sup>2</sup>, pero el proceso no puede terminar dejando esta duda sin resolver. En realidad, en muchos casos no se llega a una decisión, pero se trata de casos teóricamente excepcionales, aunque relativamente frecuentes en la práctica, en los que el proceso se detiene antes de concluir porque, por ejemplo, las partes han llegado a un acuerdo extrajudicial. En todo caso, la decisión implica siempre la elección de una solución entre las diversas soluciones posibles<sup>3</sup> y pone fin a la suspensión del juicio, a la *ἐποχή*<sup>4</sup>, que caracteriza el desarrollo del proceso hasta el momento en que el juicio es formulado y la decisión elimina la duda.

Durante el proceso el juicio está suspendido, pero esto no significa que el procedimiento se desarrolle en el vacío y que el juez permanezca en una especie de *tabula rasa* hasta la decisión final. Como el proceso se lleva a cabo en un cierto tiempo, y a menudo en un tiempo demasiado largo, también lo que

<sup>1</sup> Así IRTI, 2001: 64.

<sup>2</sup> Cfr. *ibid.*: 69.

<sup>3</sup> Cfr. *ibid.*: 64.

<sup>4</sup> Cfr. RIGOTTI, 2006: 33, sobre la situación de la «suspensión» del juicio.

lleva luego al resultado de la decisión final se desarrolla en un cierto tiempo. El punto inicial de este desarrollo corresponde al momento en que se formula la primera narración de los hechos del caso<sup>5</sup>; la siguen luego otras narraciones, modificaciones, ajustes, hipótesis y contrahipótesis, confirmaciones y falsificaciones, en un flujo que termina sólo con la construcción de la narración que el juez establece como fundamento de la decisión final. No es posible examinar aquí de forma analítica las complejas modalidades de desarrollo de este flujo, entre otras razones porque varían profundamente de caso en caso<sup>6</sup>. Más bien vale la pena concentrar la atención en el momento final, esto es, el momento de la decisión conclusiva que el juez formula sobre los hechos de la causa, para destacar algunos aspectos particularmente relevantes. Pero antes son oportunas algunas precisiones preliminares, dirigidas a clarificar la perspectiva que se adoptará en las páginas siguientes.

En primer lugar, es necesario precisar, aunque parezca obvio, que la decisión final sobre los hechos no se concibe como el resultado de una especie de adivinación. El juez no decide a través de la interpretación del vuelo de los pájaros, o del examen de la posición de los astrágalos, o de la observación del comportamiento de un pollito envenenado<sup>7</sup>. La decisión no se concibe tampoco como el resultado casual de la suerte: el juez no hace apuestas, no participa en sorteos, ni tampoco —con la excepción de algún epígono tardío de Bridoye<sup>8</sup>— decide lanzando los dados. Por otra parte —recordando aquí las observaciones que se realizaron precedentemente<sup>9</sup>—, la decisión sobre los hechos no puede ser tampoco el fruto de una intuición irracional, o de una introspección a través de la cual el juez penetra en los pliegues más recónditos de su espíritu para emerger con una certeza subjetiva (tal vez calificable como «moral» o «absoluta»), inescrutable y misteriosa, sobre la verdad de los hechos<sup>10</sup>.

Por el contrario, al estar orientada hacia la determinación de la verdad de los hechos<sup>11</sup>, la decisión debe constituir el resultado de un procedimiento racional, que se desarrolla conforme a reglas y principios, esto es, conforme a un método que permita someterla a control y que determine su validez. Quienes pretenden determinar la verdad: «*make informed conjectures about the possible explanation of the phenomena that concern them, check out how well these conjectures stand up to the evidence they already have and any further*

<sup>5</sup> Sobre la narración inicial de los hechos formulada por el actor, véase *supra*, capítulo II, apartado 2.3; sobre la alegación de los hechos, véase *supra*, capítulo III, apartado 5.

<sup>6</sup> Sobre el tema, véase, más ampliamente, TARUFFO, 2002a: 235.

<sup>7</sup> Esta última referencia es a la práctica de la tribu de los azande que fue mencionada *supra*, capítulo III, apartado 4.1.

<sup>8</sup> Sobre el juez Bridoye y su decisión a través del lanzamiento de los dados, véase también *supra*, capítulo III, apartado 4.1.

<sup>9</sup> Cfr. capítulo IV, apartado 4.

<sup>10</sup> Sobre el tema, véase *supra*, capítulo III, apartado 2.2.

<sup>11</sup> Véase *supra*, capítulo III, apartado 4.3.

*evidence they can lay hands on, and use their judgment whether to stick with their conjecture, drop it, modify it, or what. They need imagination, to think up plausible potential explanations of problematic phenomena, to devise ways to get the evidence they need, and to figure out potential sources of error; care, skill and persistence, to seek out any relevant evidence no one yet has, as well as relevant evidence others have; intellectual honesty, the moral fiber to resist the temptation to stay out of the way of evidence that might undermine their conjectures, or to manipulate unfavourable evidence they can't avoid; rigorous reasoning, to figure out the consequences of their conjectures; and good judgment in assessing the weight of evidence, unclouded by wishes or fear or hopes of getting tenure or resolving a case quickly or pleasing a patron or mentor or becoming rich and famous»<sup>12</sup>.*

Esta definición, propuesta desde una perspectiva epistemológica de carácter general con el fin de trazar una especie de retrato del buen investigador, se ajusta también, con mínimas adaptaciones, al juez: podría incluso interpretarse como una especie de decálogo para el juez que debe determinar la verdad de los hechos al concluir un proceso.

Una segunda y oportuna precisión preliminar sugiere que, a pesar de lo compleja y problemática que pueda ser la formulación de la decisión final sobre los hechos del caso, se trata de una decisión adoptada «en condiciones de incertidumbre» pero dirigida a eliminar la incertidumbre. La incertidumbre, es decir, la duda entre verdad y falsedad, caracteriza a las narraciones de los hechos que se proponen al comienzo o en el curso del proceso: como se ha visto anteriormente, éstas consisten en enunciados hipotéticos que tienen pretensiones de verdad pero que pueden ser verdaderos o falsos<sup>13</sup>. En cambio, esto no es válido respecto de la narración en que el juez expone su propia reconstrucción de los hechos, porque constituye el resultado que él extrae de los datos cognoscitivos adquiridos a través de las pruebas. Como se ha dicho poco antes, el juez no apuesta, no hace pronósticos, no juega y no arriesga: su tarea es «dar certeza», es decir, resolver la duda acerca de la verdad o a la falsedad de las hipótesis sobre los hechos. Elige entre alternativas originalmente inciertas, pero decide cuál de las alternativas se puede considerar «cierta» porque su verdad o falsedad ha sido demostrada por las pruebas.

En tercer lugar, es oportuno precisar preliminarmente que en las páginas siguientes se intentará mostrar cuáles son las características principales de la decisión sobre los hechos desde una perspectiva rigurosamente epistémica, esto es, sin adoptar una aproximación de tipo psicológico al tema de la decisión judicial. Es cierto que en el ámbito de los análisis psicológicos de la decisión se encuentran con frecuencia referencias a modelos racionales, de modo que la

<sup>12</sup> Cfr. HAACK, 2007a: 97.

<sup>13</sup> Véase *supra*, capítulo II, apartados 2 y 5.

psicología de la decisión no implica necesariamente una remisión a perspectivas de subjetivismo irracional<sup>14</sup>. Pero, por otra parte, no es la psicología la que determina si las inferencias u otros procesos cognitivos son fiables<sup>15</sup>, pues su validez depende de su fundamento cognoscitivo y se determina de forma objetiva, independientemente de los procesos psicológicos del sujeto que los formula<sup>16</sup>. Esta observación permite precisar que, no obstante ser de gran interés, el análisis psicológico de la decisión, y de la decisión judicial en particular<sup>17</sup>, no resulta relevante a efectos de precisar las modalidades de una decisión racional que apunte a determinar la verdad acerca de los hechos del caso.

## 2. QUÉ HECHOS

El análisis de la decisión sobre la verdad o la falsedad de los hechos en el ámbito del proceso tiene que comenzar con la identificación de «qué hechos» se trata, o mejor dicho —como se ha visto precedentemente<sup>18</sup>—, con la construcción de las narraciones relativas a los hechos de la causa. La cuestión es mucho menos simple de lo que se piensa habitualmente, y requiere cierta profundización.

Ante todo, se debe descartar una opinión bastante común, a la que también se ha hecho referencia anteriormente<sup>19</sup>, según la cual el juez debería decidir simplemente eligiendo una de las dos narraciones de los hechos propuestas por las partes. Si el problema se formula en términos de determinación de la verdad, esta opinión resulta claramente insostenible: presupone que una de las dos narraciones propuestas por las partes sea verdadera, y que hacia ella —por consiguiente— oriente el juez su elección. Con todo, esta premisa carece de fundamento: como se ha visto, nada asegura que las narraciones ofrecidas por las partes sean verdaderas, ni que al menos una parte haya narrado la verdad, mientras que es perfectamente posible que ambas partes hayan propuesto narraciones falsas<sup>20</sup>. En este caso, se constreñiría al juez a asumir como verdadera una narración falsa, pero este resultado no es aceptable epistémicamente. En consecuencia, la opinión en cuestión sólo resulta coherente con una ideología del proceso que sea por completo indiferente a la verdad<sup>21</sup>.

<sup>14</sup> Cfr. RUMIATI y BONINI, 2001: 107, 153; RUMIATI, 2000: 16; 1990: 115, 167, 235. Sobre el problema de la racionalidad de la decisión, cfr., en particular, BERTHOZ, 2003: 15.

<sup>15</sup> Cfr. HAACK, 2007a: 309.

<sup>16</sup> Esto no impide, con todo, que en el ámbito de la psicología de la decisión se puedan estudiar los errores de juicio y los métodos para evitarlos. Sobre el tema, cfr. RUMIATI, 1990: 77, 207, 235; RUMIATI y BONINI, 2001: 67, 239.

<sup>17</sup> Cfr. CATELLANI, 1992.

<sup>18</sup> Cfr. *supra* capítulo II, apartado 2.

<sup>19</sup> Véase *supra*, capítulo III, apartado 4.2.

<sup>20</sup> Al respecto, véase, más ampliamente, *supra*, capítulo III, apartados 2.3 y 5.

<sup>21</sup> Como se vio precedentemente, no faltan las ideologías de este tipo: véase *supra*, capítulo III, apartado 4.2.

Naturalmente, nada excluye que el juez elija una de las narraciones propuestas por las partes<sup>22</sup>, pero esto puede ocurrir sólo si el juez ha determinado que esa narración es verdadera, y no porque el juez esté de algún modo obligado a permanecer dentro del marco de las narraciones de las partes.

Otra respuesta muy común a la pregunta sobre qué hechos son objeto de decisión consiste en la remisión al supuesto de hecho definido por la norma que se asume como criterio jurídico de decisión: serían, por consiguiente, objeto de decisión los hechos que se califican como *jurídicamente relevantes*, esto es, los hechos a los que «se aplica» la norma en cuestión<sup>23</sup>. En términos generales esta respuesta no es errónea, pero parece excesivamente simplista e insuficiente para determinar con la debida precisión qué hechos son objeto de decisión.

Por un lado, se debe observar que la decisión no versa sólo sobre los llamados hechos principales, es decir, los hechos que son calificados jurídicamente, sino también sobre los llamados hechos secundarios (o simples), que son lógicamente relevantes en la medida que constituyen las premisas de inferencias probatorias relativas a los hechos principales. También los hechos secundarios son objeto de decisión, entre otras razones porque deben ser determinados (a fin de ser «conocidos» en el sentido del art. 2.727 del Código Civil italiano) para poder constituir las premisas para la formulación de inferencias válidas relativas a otros hechos (esto es, los hechos a los que el mismo art. 2.727 califica como «desconocidos») <sup>24</sup>.

Sin embargo, es sobre todo la identificación de los hechos (especialmente de los hechos principales, pero no sólo de ellos) la que hace surgir problemas de difícil solución. Por una parte, es necesario considerar que un «hecho» no es nunca una entidad simple y homogénea, definible de forma exhaustiva a través de un enunciado elemental del tipo «x existe». Cada hecho se identifica a través de una variedad de circunstancias (de tiempo, de lugar, de temperatura, de color, de sonido, de conducta, de conexión con otras circunstancias) que, por decirlo así, *componen* el hecho de que se trata. Por consiguiente, no existe una narración apropiada de un hecho: como dice Susan HAACK, respecto de cada suceso no existe una descripción verdadera, sino que existen muchas <sup>25</sup> (fuera de, obviamente, un mayor número aún de descripciones falsas). De esto se sigue que cada hecho puede ser narrado —en principio— en una infinita variedad de formas, según las circunstancias que sean tomadas en cuenta y los diversos puntos de vista desde los que se describa el hecho. Incluso un enunciado simple como «el gato está sobre la alfombra», que ha llamado la aten-

<sup>22</sup> En este sentido, véase DI DONATO, 2008: 202.

<sup>23</sup> Más ampliamente, al respecto, cfr. TARUFFO, 1992: 74.

<sup>24</sup> Sobre el art. 2.727 del Código Civil italiano, cfr., más ampliamente, TARUFFO, 1992: 97.

<sup>25</sup> Sobre el tema, véase *supra*, capítulo II, apartado 5.

ción de numerosos filósofos<sup>26</sup>, es elemental sólo en apariencia. Éste se podría articular en numerosos otros enunciados mucho más específicos relativos al gato (raza, edad, color, hábitos, preferencias alimentarias, si está durmiendo o no, etcétera), a la alfombra (color, dimensión, diseño, proveniencia, autenticidad, de así sucesivamente), a la disposición del gato sobre la alfombra, a la ubicación de la alfombra (en una oficina, en una sala), etcétera.

La situación se complica aún más si se toman en cuenta al menos otros dos factores. El primero es que el hecho puede ser *complejo*, tanto en sentido *objetivo*, porque incluye conjuntos o concatenaciones de eventos o de conductas que se extienden en el tiempo y en el espacio (piénsese, por ejemplo, en la administración de una empresa o en el cumplimiento de un contrato que supone prestaciones periódicas), como en sentido *subjetivo*, porque involucra a una pluralidad de sujetos, eventualmente en situaciones jurídicas diferentes (piénsese en las varias hipótesis de litisconsorcio), como, por último, en *ambos* sentidos<sup>27</sup> (piénsese por ejemplo en una *mass tort class action*)<sup>28</sup>. No es infrecuente, además, que el hecho relevante para la decisión esté constituido no por un solo evento singular, sino por una «historia» que se desarrolla en el tiempo y en el espacio, y que es objeto de una narración que comprende una serie de sucesos y de conductas descritos en un contexto narrativo<sup>29</sup>.

El segundo factor es que el hecho en cuestión puede ser objeto de diversos niveles de análisis, que pueden ir desde el nivel *micro* de los genes o de las partículas subatómicas, al nivel *macro* de un desastre aéreo, de una contaminación causada por la explosión de una central atómica o de una crisis financiera internacional, a lo largo de una escala que comprende una variedad tendencialmente ilimitada de grados intermedios. Además, estos grados intermedios, y también los niveles que se asumen convencionalmente como extremos, no resultan objetivamente distinguibles y separables, ya que pueden estar estrechamente conectados entre sí. Piénsese, por ejemplo, en lo que los teóricos de la complejidad llaman «efecto mariposa», esto es, en la relación desproporcionada entre causas y efectos en virtud de la cual el movimiento de las alas de una mariposa en Nueva York provoca un terremoto en China<sup>30</sup>. Puede suceder que un evento «micro», como la degeneración de una célula por la presencia de fibras de amianto en el cuerpo de una persona, provoque un evento «macro», como la muerte de esa persona; del mismo modo, la pulsación por error de una tecla en el ordenador puede provocar una crisis finan-

<sup>26</sup> Para una deliciosa parodia de los ejercicios filosóficos en torno a la existencia y la percepción del gato, cfr. BARBERY, 2006: 52.

<sup>27</sup> Sobre la complejidad del hecho, véase, recientemente, el extenso análisis de GAMBA, 2008: 191, 417, 468, y, además, TARUFFO, 1992: 121.

<sup>28</sup> Sobre los aspectos peculiares de la *mass tort class action*, cfr. FEDERAL JUDICIAL CENTER, 2004: 413.

<sup>29</sup> Véase *supra*, capítulo II, apartado 3.5, y, en particular, GAMBA, 2008: 399.

<sup>30</sup> Sobre el «efecto mariposa», cfr., p. ej., SMITH, 2007: 2, 8, 11, 18, 190; GLEICK, 1987: 25; MORRIS, 1991: 215.

ciera de grandes dimensiones. A la inversa, un evento «macro» algunas veces sólo se puede explicar remontándonos hacia atrás de una larga cadena causal que tiene origen en un evento «micro».

Estas observaciones ciertamente no agotan los alcances del problema, pero son suficientes para mostrar cómo la identificación de los hechos sobre los que versa la decisión es fruto de operaciones de un alto nivel de complejidad, no sólo por la variedad y la multiplicidad de los factores relevantes para la construcción de cualquier narración fáctica<sup>31</sup>, sino también por la variedad tendencialmente indeterminada de las narraciones que pueden tener por objeto la misma situación de hecho.

Frente a esta variedad, el problema fundamental concierne a la elección de una narración que pueda ser asumida como fundamento de la decisión. Nótese que el criterio de la verdad es —en este contexto— necesario pero no suficiente: la narración que se elige debe ser verdadera, por las razones discutidas precedentemente<sup>32</sup>, pero dado que —como ya se ha dicho— pueden existir numerosas narraciones verdaderas del mismo hecho, y no todas pueden ser tomadas en consideración en el mismo momento, es necesario que se identifique la narración *más adecuada* para la decisión que debe resolver la controversia. La referencia a la norma que se adopta como criterio jurídico de decisión resulta obvia, pero está lejos de proporcionar una solución simple y satisfactoria. El llamado supuesto de hecho legal (la *abstrakte Tatbestand* de la dogmática alemana)<sup>33</sup> no constituye un esquema predeterminado y preexistente que se pueda utilizar como una especie de red para «capturar» aquella parte de la realidad que puede fundamentar la aplicación de la norma. Como se sabe, cada disposición normativa —también las que aparentemente son menos «vagas», y también las que no contienen cláusulas generales o conceptos indeterminados<sup>34</sup>— es necesariamente objeto de interpretación, de modo que el supuesto de hecho legal es identificado y determinado a través de la actividad interpretativa<sup>35</sup>. Por otra parte, cuando una norma es interpretada para ser aplicada a un caso concreto<sup>36</sup>, como ocurre en el proceso, son los hechos de la situación singular los que guían la elección de la norma y de su interpretación, dado que a esos hechos debe ser aplicada la norma: entre las interpretaciones posibles de una misma disposición normativa es necesario identificar, entonces, la que parezca más apropiada como criterio de calificación jurídica de los

<sup>31</sup> Sobre el tema, véase *supra*, capítulo II, apartado 3.

<sup>32</sup> Véase *supra*, capítulo III, apartado 4.

<sup>33</sup> Sobre el tema, cfr., p. ej., también para ulteriores referencias bibliográficas, TARUFFO, 1992: 78, 82.

<sup>34</sup> Sobre el tema, cfr., por todos, LUZZATI, 1990.

<sup>35</sup> Que el significado de las disposiciones normativas se determine a través de la interpretación es, a estas alturas, un lugar común en la teoría del derecho. Sobre el tema, véase, por todos, TARELLO, 1980, así como LUZZATI, 1999: 87; GUASTINI, 1993: 323, y recientemente, GUASTINI, 2004.

<sup>36</sup> Sobre la interpretación-aplicación, cfr., en particular, TARELLO, 1980: 42; GUASTINI, 2004: 82.

hechos<sup>37</sup>. Las interpretaciones que no puedan ser referidas a los hechos del caso son evidentemente inútiles como criterios de decisión de la controversia singular; si ninguna interpretación de una norma es referible a los hechos del caso, entonces esa norma no es aplicable a ese caso. Por otra parte, como se ha visto anteriormente<sup>38</sup>, en el proceso los hechos no son entidades empíricas objetivamente determinadas (como sucede en el momento en que ocurren, fuera y antes del proceso), sino que son en realidad narraciones relativas a hechos en las que se afirma que ellos han ocurrido en el mundo exterior: es necesario determinar entonces cuál de estas narraciones es la que mejor corresponde a una posible interpretación aplicativa de la norma en cuestión.

Los análisis del razonamiento judicial habitualmente han sido una especie de *by-product* de las teorías del razonamiento jurídico y, por consiguiente, han estado fuertemente *rule-centered*: los filósofos del derecho se han ocupado esencialmente de la interpretación y de la aplicación de las normas, sin profundizar particularmente el análisis de los hechos, salvo en términos de reconducción (o de subsunción) de ellos a los supuestos de hechos normativos.

Recientemente se ha contrapuesto a esta tendencia tradicional, y ampliamente predominante, una concepción diferente y muy difundida, que se designa con la denominación comprensiva de *particularism*, aunque existen varias versiones del mismo<sup>39</sup>. Según esta concepción, las decisiones versan siempre sobre situaciones específicas, conciernen a personas particulares, y deben ser justificadas haciendo referencia a las circunstancias del caso concreto<sup>40</sup>. Por consiguiente, el buen juez debiera actuar con vistas a maximizar las posibilidades de que todos sus aspectos reciban la debida atención<sup>41</sup>. De esto se sigue una concepción «particularista» de la decisión judicial, que concentra su atención en los hechos específicos de cada situación deducida en juicio y que pone en primer plano «*the irriducible particularity of the context of application*» de las normas<sup>42</sup>. Se destaca, entonces, que el juez debe tomar en consideración personas y acontecimientos particulares, antes que abstracciones, concentrándose en los detalles del caso individual<sup>43</sup>. En las versiones más radicales, esta concepción implica «*to regress to a sort of fetishism of the particular*»<sup>44</sup>, en la medida que llega a afirmar que la decisión debiera considerar *solamente*

<sup>37</sup> Toma forma así el procedimiento, que ha sido descrito como círculo hermenéutico o como espiral hermenéutica, a través del cual se instaura una conexión dinámica entre hecho y norma: sobre el tema, cfr., también para ulteriores referencias bibliográficas, TARUFFO, 1992: 78, y recientemente, GAMBA, 2008: 342.

<sup>38</sup> Cfr. *supra* capítulo II, apartado 2.2.

<sup>39</sup> Sobre el tema, y para ulteriores referencias bibliográficas, cfr. SCHAUER, 2003: ix, 19.

<sup>40</sup> Cfr., en especial, MACCORMICK, 2006: 3, 9.

<sup>41</sup> Cfr. MACCORMICK, 2006: 10; BANKOWSKI, 2006: 12.

<sup>42</sup> Cfr. WALKER, 2006: 56.

<sup>43</sup> Cfr. DETMOLD, 2006: 86.

<sup>44</sup> Así MELISSARIS, 2006: 129.

los aspectos particulares de cada situación, evitando cualquier referencia a normas, reglas o criterios generales<sup>45</sup>. Esta referencia, provocaría la exclusión indebida de aspectos del caso particular que debieran tener relevancia en el contexto de la decisión<sup>46</sup>.

La tendencia particularista ha tenido una notable difusión en el ámbito de las teorías postmodernas de la decisión judicial<sup>47</sup>, así como en las relativas al juicio ético, y presenta aspectos interesantes, en la medida que pone de relieve la importancia esencial que se debe atribuir a los hechos específicos de la situación particular que es objeto del juicio. Con todo, algunas veces es formulada en términos que hacen que suscite dudas que requieren alguna reflexión adicional.

Por un lado, al menos en el contexto de la decisión judicial, la referencia a normas y principios y, por consiguiente, a reglas generales, no puede evitarse, al menos mientras sigamos situados en el contexto de sistemas fundados en el principio de legalidad. Una decisión que tomara en consideración *solamente* la especificidad del caso concreto, se apoyaría exclusivamente en el sentido individual de equidad del juez particular y sería, por consiguiente, sustancialmente arbitraria. Sin perjuicio del contenido ético de una decisión de este tipo, sostenida en la pura subjetividad del juez, la misma sería difícilmente calificable como «jurídica». No es necesario ser positivistas y formalistas para sostener que el derecho implica la aplicación de reglas jurídicas, cualquiera que sea la naturaleza o la configuración de estas reglas. No por casualidad filósofos como Frederick SCHAUER<sup>48</sup> y Neil MACCORMICK reconocen la relevancia del particularismo, pero consideran que en la decisión judicial es inevitable el recurso a reglas generales o, en todo caso, a criterios de juicio universalizables. Incluso la decisión que parece más directamente vinculada con los hechos del caso concreto, como es la que se funda en precedentes<sup>49</sup>, debe, en todo caso, hacer referencia a criterios generalizables, pues lo requiere la racionalidad global del sistema jurídico<sup>50</sup>. Por consiguiente, parece justificada la llamada

<sup>45</sup> Cfr. PAVLAKOS, 2006: 163.

<sup>46</sup> Cfr. CHRISTODOULIDIS, 2006: 108.

<sup>47</sup> Cfr. MÜNDA, 1995: 220, 224, 233, 277, 286, 297, 305.

<sup>48</sup> Cfr. SCHAUER, 2003: 75. SCHAUER señala incluso que el libro tiene por objeto discutir la tendencia particularista y reivindicar la necesidad de recurrir a categorías y generalizaciones (2003: ix).

<sup>49</sup> A diferencia de lo que ocurre en Italia, donde prevalece la citación de máximas doctrinales abstractas, el precedente en sentido estricto se basa en la comparación entre los hechos del caso ya resuelto y los hechos del caso por decidir: sobre el tema, cfr., p. ej., TARUFFO, 2007b: 709.

<sup>50</sup> Cfr. MACCORMICK, 2006: 17. En un sentido semejante, SCHAUER se refiere a la necesaria generalidad del derecho (2003: 291 ss). Una confirmación indirecta de lo que se sostiene en el texto se sigue del ejemplo que representan las cortes de *equity* que, en Delaware, deciden controversias societarias: se trata de decisiones que siguen el criterio de la máxima coherencia con las peculiaridades de los hechos específicos de cada controversia, y que en consecuencia no son idóneas para constituir precedentes para decisiones sucesivas. En este sentido, la adhesión a los hechos particulares de cada caso termina por parecer inversamente proporcional a la posible aplicación de la regla del *stare decisis*. Sobre esta interesante y peculiar experiencia jurisprudencial, cfr. ampliamente GAMBA, 2008: 200, 241.

a atribuir importancia a los hechos específicos del caso singular, pero esto no implica que estos hechos no puedan y no deban ser calificados jurídicamente haciendo referencia a las normas aplicables.

Por otro lado, la referencia insistente a los *particulars* del caso concreto parece irremediamente vaga e indeterminada. Quienes apoyan esta concepción parecen partir de la premisa de que los hechos del caso constituyen una entidad material y objetiva que, como tal, se presenta a la vista del juez en todos sus aspectos. El juez debería examinar este «objeto» y considerar todos sus aspectos, sin excluir ninguno por aplicación de criterios generales, pues esto implicaría seleccionar algunos *particulars* y excluir indebidamente otros. Sin embargo, una premisa de este tipo carece evidentemente de fundamento. Ante todo, como se ha dicho antes<sup>51</sup>, el juez no percibe los hechos en su materialidad empírica: él se enfrenta a descripciones, es decir, a narraciones construidas por varios sujetos con modalidades complejas y variables. Del conjunto de estas narraciones pueden aflorar varios aspectos particulares de la situación de hecho que es objeto del juicio, pero con certeza el juez no llega a conocer todos los *particulars* que corresponden a las modalidades empíricas específicas de esa situación. Esto no sucederá ni aun en el caso —por completo hipotético— de que el juez dispusiera de poderes ilimitados y de tiempo infinito para intentar conocer todos los aspectos de ella.

Por otra parte, como se ha dicho ya<sup>52</sup>, de los hechos en cuestión no existe ni puede existir una descripción *completa* en la que se indiquen todos los *particulars* del acontecimiento de que se trata, de modo que el juez pueda tomarlos en cuenta<sup>53</sup>. De los mismos hechos existen varias descripciones, diversas en amplitud, contenidos y niveles de análisis, y es respecto de estas descripciones que el juez formula sus valoraciones. La referencia a los *particulars* del caso no excluye, por consiguiente, en absoluto, la necesidad de que se elijan los aspectos de aquél que se consideran relevantes, en la medida que se supone que la decisión debiera tomarlos en cuenta. Se trata, necesariamente, de los *particulars* que, por decirlo así, parecen importantes desde la perspectiva de quien requiere al juez tomarlos en cuenta. De este modo, el núcleo del problema sigue siendo el de la elección de los *particulars* que debieran ser considerados relevantes, y el de los criterios conforme a los cuales ellos debieran ser seleccionados.

<sup>51</sup> Cfr. *supra*, capítulo II, apartado 2.2.

<sup>52</sup> Véase *supra*, apartado 1.

<sup>53</sup> Todas las descripciones verdaderas a las que se refiere HAACK (1998: 157), y todas las biografías del mismo sujeto de las que habla BORGES (1952: 201), son necesariamente parciales. Solamente la suma de todas las posibles descripciones, o de todas las posibles biografías, que resulta obviamente imposible porque es infinita, o al menos indefinida, podría ser *completamente* verdadera. En realidad, las descripciones y las biografías pueden ser verdaderas con respecto a lo que dicen, pero son inevitablemente falsas por defecto, esto es, a causa de lo que no dicen del suceso o del sujeto que pretenden describir.

Cuando las feministas estadounidenses critican la doctrina y la jurisprudencia porque son machistas, esto es, porque no prestan atención a las diferencias de género ni, por consiguiente, a la especificidad de las mujeres y de las situaciones en que llegan a encontrarse, se refieren a un tipo de *particulars* claramente identificado —el sexo de las personas involucradas— que, en su opinión, no es tomado debidamente en cuenta, mientras que *debiera* ser relevante en el contexto de la decisión (o incluso, en las versiones más radicales, *debiera* ser el único criterio de decisión)<sup>54</sup>. No se trata aquí de una invitación genérica a tomar en cuenta los *particulars* de la situación de hecho, sino de la precisa y específica indicación de un factor que *debiera* condicionar la decisión. Análogamente, los defensores de la *critical race theory* no afirman que el juez deba tener en cuenta todos los *particulars* de cada caso concreto, sino que la pertenencia racial de los sujetos involucrados *debiera* constituir un factor (tal vez el único factor) relevante para la decisión<sup>55</sup>.

Si parece excesiva la idea de que el sexo o la raza (o ambos) de las personas involucradas constituyan en todos los casos el único criterio de decisión, entonces el problema es determinar qué *particulars* son relevantes según el contexto en que la decisión se sitúa. Así, por ejemplo, que se trate de una mujer es ciertamente un aspecto relevante en un caso de discriminación en el lugar de trabajo, o si se invoca el *battered woman syndrome*, pero es lícito dudar que sea relevante si se trata de determinar la validez o el contenido de un contrato de compraventa o de establecer la responsabilidad en un accidente de tráfico. Análogamente, el hecho de que un sujeto pertenezca a una minoría étnica es ciertamente relevante en casos de discriminación racial, o si se trata de delitos culturalmente motivados<sup>56</sup>, pero no lo es si se trata de la infracción de una prohibición de aparcar o de la estipulación de un contrato de trabajo.

En términos más generales, no todo *particular* (admitiendo por hipótesis lo imposible, esto es, que puedan ser identificados todos) merece ser tomado en consideración. Las condiciones atmosféricas en el momento *t* en el lugar *l* no interesan en relación con la validez del contrato que es estipulado en el despacho de un notario en ese momento y en ese lugar, pero pueden ser significativos (por ejemplo, si había neblina espesa y hielo en el asfalto) si se trata de determinar la dinámica de un accidente automovilístico. Todo esto parece bastante obvio, pero remite a una cuestión de fondo, esto es, a la elección de los hechos que deben ser tomados en consideración a efectos de una decisión que tenga adecuadamente en cuenta la situación real que es objeto del juicio.

La opinión expresada al respecto, por ejemplo, por MACCORMICK, siguiendo la huella de Adam SMITH, y según la cual el juez debiera hacer uso de la

<sup>54</sup> Al respecto, cfr., para una descripción sintética, pero también para ulteriores referencias bibliográficas, MINDA, 1995: 213.

<sup>55</sup> Sobre el tema, cfr. *ibid.*: 277, 305.

<sup>56</sup> Sobre esta noción, cfr., en particular, DE MAGLIE, 2005: 3.

intuición para aprehender los *particulars* del caso concreto<sup>57</sup>, parece insatisfactoria. La intuición, genéricamente considerada, no sigue ningún criterio: es inevitablemente subjetiva, y nada asegura que sea capaz de seleccionar los *particulars* que merecen ser tomados en consideración para efectos de la decisión. El hecho de que alguien «intuya» un detalle de un acontecimiento (como el peinado de la señora que ha atropellado a un peatón), no demuestra que ese detalle sea importante. La misma objeción se puede dirigir contra la tesis según la cual el juez debiera servirse de la *φρόνησις* aristotélica<sup>58</sup>: el hecho de que el uso de la sabiduría y del buen sentido, o de la sensibilidad moral y cultural, induzca a aprehender un particular aspecto específico de un acontecimiento no demuestra de ninguna manera la importancia de ese aspecto para la decisión.

Tal vez, en lugar de apoyarse en la sensibilidad subjetiva o en la sabiduría del observador —en nuestro caso: del juez—, una perspectiva útil puede consistir en identificar criterios que resulten lo más objetivos posible para la selección racional de los hechos sobre los que debiera recaer la decisión. Un posible criterio podría apoyarse en la combinación de dos factores. Por una parte, la necesidad de que la decisión sea *true to facts* para ser justa<sup>59</sup> implica que los hechos del caso deben ser definidos de la forma más precisa y más completa posible. De este modo, se puede decir que la justicia de la decisión es función del esmero con que sean identificados los hechos, es decir, de la cantidad y de la calidad de los *particulars* que sean tomados en consideración. La indicación principal que se deriva de las versiones razonables del particularismo apunta precisamente en el sentido de que los hechos deben ser determinados, si es posible, en todos sus aspectos significativos, aun de detalle. Naturalmente, se debe tratar de los aspectos *significativos*, no de la multitud de detalles inútiles, agregados solamente *ad colorandum*, que con frecuencia se halla en muchas narraciones procesales. En el desarrollo de este análisis, como ya se ha dicho antes, el juez no tiene frente a sus ojos el «hecho» como acontecimiento empírico del que pueda «percibir» los particulares. El juez debe «construir» (o reconstruir) los hechos sobre la base de los elementos de los que dispone, es decir: *a*) las alegaciones relativas a los hechos principales y secundarios realizadas por las partes; *b*) las informaciones que resultan de las actuaciones procesales, y en particular de las pruebas (de las declaraciones de los testigos, de los dictámenes periciales, de los documentos típicos y atípicos), y *c*) las nociones proporcionadas por la experiencia y por el sentido común. Con respecto a estas nociones, cabe notar que el juez puede servirse de su propio «conocimiento privado» dentro de los límites indicados por el inciso segundo del art. 115 del Código de Procedimiento Civil italiano. Si exis-

<sup>57</sup> Cfr., en particular, MACCORMICK, 2006: 5, 10, 12, pero también TADROS, 2006: 179 ss.; LACEY, 2006: 247 ss.; JACKSON, 2006: 226 ss.

<sup>58</sup> En este sentido, cfr., p. ej., MICHELON, 2006: 123 ss.

<sup>59</sup> Al respecto, véase *supra*, capítulo III, apartado 4.

ten razones válidas para considerar que habitualmente el evento E produce la consecuencia C, o que normalmente el hecho H se deriva de la causa D, el juez puede suponer que C o D han tenido lugar y, por consiguiente, puede tomarlos en cuenta —si existe confirmación probatoria— a efectos de la decisión<sup>60</sup>.

Frente a estos problemas, es tentador responder que en realidad no existen: para determinar qué hechos deben ser objeto de decisión parecería suficiente atender a las alegaciones de las partes, y eventualmente a la oposición a los hechos alegados<sup>61</sup>. Con todo, una respuesta de este tipo parece excesivamente simplista y sustancialmente inadecuada. Por un lado, como se ha visto anteriormente<sup>62</sup>, la alegación —considerada en sí misma— no tiene ningún valor normativo o dispositivo, y consiste exclusivamente en la formulación de enunciados fácticos. Si una alegación es o no lo suficientemente específica para que se puedan identificar todos los hechos relevantes para la decisión es una cuestión que no se resuelve simplemente leyendo los enunciados que formalmente han sido objeto de la alegación. Fuera del caso límite de completa ausencia de identificación de los hechos, que acarrea la nulidad de la citación de acuerdo con el art. 164, inciso cuarto, del Código de Procedimiento Civil italiano, la alegación puede ser más o menos específica (esto es: puede incluir más o menos *particulars*) y más o menos completa como narración de la situación real de hecho en que se basa la controversia. Nada excluye, por tanto, que una parte, eventualmente a requerimiento del juez en virtud del art. 133, inciso cuarto, ofrezca «aclaraciones», profundizando y ampliando la alegación inicial a fin de proporcionar una descripción más adecuada de la situación. Por otro lado, comúnmente se reconoce al juez el poder de determinar el exacto *nomen iuris* de la situación jurídica que es objeto del juicio, de forma que no se puede descartar que esto implique una identificación autónoma de los hechos sobre los que debe versar la decisión<sup>63</sup>. El juez puede —como se acaba de ver— pedir aclaraciones a las partes, y puede, además, tomar en cuenta todas las circunstancias que surjan de las actas del proceso. El criterio que el juez debe seguir, para estos efectos, es el de la identificación de todos los hechos que hayan ocasionado efectivamente el conflicto entre las partes, es decir, de todas las circunstancias que constituyen la base de la controversia. Una indicación importante se puede extraer de un criterio que se ha ido afianzando particularmente en el ámbito del derecho societario, pero que se puede considerar válido de forma general: se trata de la *eficiencia* de la decisión, esto es, del hecho de

<sup>60</sup> Esto no elimina los problemas y los riesgos de error inherentes al uso de nociones de sentido común, sobre los cuales véase *infra*, apartado 3.2. Lo que se quiere decir es que un uso correcto de esas nociones puede ser útil para efectos *heurísticos*, es decir para la formulación de hipótesis sobre las modalidades de desarrollo de un cierto hecho, que luego serán corroboradas a la luz de las pruebas (véase *supra* capítulo III, apartado 4).

<sup>61</sup> Sobre el tema, véase *supra*, capítulo III, apartado 5.

<sup>62</sup> Véase *supra*, capítulo III, apartado 5.

<sup>63</sup> En sentido crítico respecto de la «indiferencia» del juez hacia la efectiva naturaleza fáctica del conflicto, cfr. GAMBA, 2008: 161 ss., 409 ss., 437 ss.

que mayor es la capacidad de cumplir su función de justa solución de la controversia que se reconoce a la decisión judicial<sup>64</sup>, cuanto mayor es la medida en que toma en cuenta todos los hechos que constituyen la base del conflicto específico y efectivo que ha dado lugar al proceso<sup>65</sup>.

### 3. EL JUEZ Y LA CONSTRUCCIÓN DE LOS HECHOS

Como se ha visto precedentemente<sup>66</sup>, las narraciones que se construyen en el proceso son *conjuntos ordenados* de enunciados que describen las modalidades y las circunstancias de los hechos que dieron origen a la controversia. Se trata de *conjuntos*, porque por regla general el hecho no está constituido por un acontecimiento singular relativamente simple (como «llovía sin cesar sobre Brest ese día» o como «hay un gato sobre la alfombra»), sino por un acontecimiento complejo que sólo puede ser descrito a través de una serie más o menos extensa de enunciados relativos a circunstancias simples. Se trata de conjuntos *ordenados* porque los enunciados que los componen no están distribuidos de forma casual (como si se lanzaran sobre una mesa las piezas de un *puzzle* o los fragmentos de un mosaico), sino que tienden a ser dispuestos —como ya hemos visto— según un orden narrativo, esto es, a componer *historias*<sup>67</sup>.

Las partes construyen y narran sus historias con un fin muy preciso: justificar su versión de los hechos de forma que induzca al juez a acoger sus demandas y a satisfacer sus pretensiones. Las historias narradas por las partes no necesitan ser verdaderas: tienden a ser convincentes, y si lo son pueden considerarse «buenas»<sup>68</sup>.

El juez se encuentra en una situación completamente diferente: no debe persuadir a nadie y no cuenta con ninguna tesis preconstituida que demostrar. El juez debe justificar su decisión, aunque ésta sigue siendo ampliamente discrecional, y la motivación de la sentencia no tiene una función persuasiva<sup>69</sup>. Además, esperamos que no construya cualquier narración de los hechos del caso, sino que construya una narración *verdadera*<sup>70</sup>.

Es oportuno, entonces, formular algunas observaciones adicionales respecto de los rasgos distintivos de esta narración. Ésta encabeza un texto que

<sup>64</sup> Sobre esta finalidad de la decisión, véase, ampliamente, *supra*, capítulo III, apartado 4.2.

<sup>65</sup> Al respecto, cfr., también para ulteriores referencias bibliográficas, GAMBÀ, 2008: 157 ss., 301 ss.

<sup>66</sup> Véase *supra*, capítulo II, apartado 2.

<sup>67</sup> Véase *supra*, capítulo II, apartado 5.

<sup>68</sup> Al respecto, véase nuevamente *supra*, capítulo II, apartado 5.

<sup>69</sup> Véase *infra*, apartado 6.

<sup>70</sup> Véase *supra*, capítulo III, apartado 4.3.

se inserta normalmente en la motivación de la sentencia, aunque las peculiaridades de la motivación de los hechos serán consideradas más adelante<sup>71</sup>. Lo que interesa aquí es subrayar algunos rasgos estructurales de la narración que construye el juez, con el fin de poner en evidencia algunos aspectos de la *actividad* que el juez realiza para construirla, y para aclarar cuándo y bajo qué condiciones esta actividad puede definirse como racional.

La narración que el juez construye puede entenderse como un conjunto ordenado de enunciados, donde un factor importante de orden lo constituye la distribución de estos enunciados en cuatro niveles distintos:

— En el *primer nivel* están los enunciados que describen *hechos principales*. Se trata de los enunciados que se refieren a cada una de las circunstancias (es decir, de los *particulars*) cuya combinación constituye la narración del hecho principal. Cada hecho es descrito a través de la descripción de las circunstancias que lo constituyen: el conjunto de los enunciados referidos a estas circunstancias (que, obviamente, es algo más que su simple suma o enumeración)<sup>72</sup> constituye la narración del hecho (en realidad, una de las diversas narraciones posibles). Esto vale de modo general, y también vale cuando se trata de un hecho constitutivo, impeditivo, modificativo o extintivo del derecho que ha sido hecho valer en juicio. Por ejemplo, el «hecho ilícito» que es constitutivo del derecho a la indemnización del daño de acuerdo con el art. 2.043 del Código Civil italiano se determina a través de la identificación de las circunstancias de tiempo y de lugar, de las conductas y de los acontecimientos, con sus respectivos nexos causales, que han dado lugar al percance que produjo el daño. O bien el contrato cuya ejecución es requerida se determina al identificar el tiempo, las modalidades y el contenido del acuerdo que tuvo lugar entre las partes; etcétera. Por consiguiente, se puede decir que cada hecho principal del caso se narra a través de un grupo de enunciados que describen las circunstancias que lo componen. Naturalmente, se trata de las circunstancias relevantes a efectos de la decisión, pues no hay por qué incluir los detalles carentes de significado en la narración que el juez construye para efectos de la decisión.

— En el *segundo nivel* están los enunciados que describen *hechos secundarios*. Este aspecto de la narración del juez es sólo eventual: no existe, en efecto, cuando no hay hechos secundarios de los que se puedan extraer inferencias relativas a la verdad o falsedad de enunciados sobre hechos principales. Si hay hechos secundarios (esto es: indicios o hechos base de presunciones), los enunciados correspondientes deben distinguirse de los que se refieren a hechos principales, pues la premisa de una inferencia no se debe confundir con la conclusión que de ella se extrae.

<sup>71</sup> Véase *infra*, apartado 6.

<sup>72</sup> Véase *supra*, capítulo II, apartado 4.

— El *tercer nivel* de la narración del juez comprende los enunciados que resultan de las *pruebas* practicadas en el juicio: se trata, por ejemplo, de las declaraciones prestadas por los testigos, o de las afirmaciones contenidas en un documento o en un dictamen pericial.

— El *cuarto nivel*, cuya presencia es en principio eventual, aunque de hecho resulta frecuente, comprende las circunstancias de las que se pueden extraer inferencias relativas a la credibilidad o a la fiabilidad de los enunciados que están en el tercer nivel (referidas, por ejemplo, a la credibilidad de un testigo o a la autenticidad de un documento).

Estos niveles de la narración no se yuxtaponen simplemente según un orden casual y monodimensional. Están interrelacionados a través de inferencias probatorias, que se pueden esquematizar del siguiente modo: *a)* los enunciados del segundo nivel representan las premisas de inferencias probatorias que permiten arribar a conclusiones relativas a enunciados del primer nivel. En efecto, los hechos secundarios se toman en consideración en la medida que resulten lógicamente relevantes como fuentes de prueba indirecta de un hecho principal; en caso contrario, ellos no se incluyen en la narración de los hechos<sup>73</sup>; *b)* los enunciados del tercer nivel representan informaciones útiles para la determinación de los hechos descritos en el primer nivel (es el caso de la prueba directa de un hecho principal), o bien informaciones útiles para la determinación de hechos descritos en el segundo nivel (es el caso de la prueba de un hecho secundario, es decir, de la prueba indirecta de un hecho principal)<sup>74</sup>, y *c)* por último, los enunciados del cuarto nivel representan informaciones útiles para controlar la fiabilidad de los enunciados probatorios que se ubican en el tercer nivel, y eventualmente permiten fundar inferencias dirigidas a controlar el valor de esas informaciones<sup>75</sup>.

### 3.1. La confirmación

Como se acaba de ver, la conexión que vincula los diversos niveles de la narración construida por el juez es de naturaleza inferencial. El carácter fundamental de las inferencias se comprende fácilmente si se considera el concepto epistemológico general de *warrant*, que fue propuesto tiempo atrás por Stephen TOULMIN como núcleo fundamental de un modelo general de argumentación<sup>76</sup>, y que recientemente ha sido retomado y analizado por Susan HAACK<sup>77</sup>. Se trata de un concepto generalísimo que no está referido sólo a la

<sup>73</sup> Véase, más ampliamente, TARUFFO, 1992: 97.

<sup>74</sup> Cfr. TARUFFO, 1992: 426.

<sup>75</sup> En este caso se puede hablar de prueba subsidiaria: cfr. TARUFFO, 1992: 431.

<sup>76</sup> Cfr. TOULMIN, 1958: 91.

<sup>77</sup> Cfr. HAACK, 2007a: 60. La misma autora había desarrollado ya, en términos sustancialmente análogos, un extenso análisis de la estructura de la inferencia justificativa en HAACK, 1993: 73. En esta

actividad de investigación del científico, sino también a la actividad de cualquiera que deba determinar racionalmente la verdad de una aserción. Según HAACK, entre la investigación científica y la investigación de la verdad que se desarrolla en cualquier otro ámbito de la experiencia existen diferencias de grado, pero no existen diferencias sustanciales<sup>78</sup>. Por consiguiente, el concepto de *warrant* —que de forma técnicamente no rigurosa, pero sí adecuada para el presente contexto, se puede traducir al castellano como «confirmación»<sup>79</sup>— se puede aplicar también a la averiguación de la verdad que realiza el juez. No por casualidad HAACK, al referirse a la *physical evidence* en la que puede fundarse el *warrant*, incluye en su discurso pruebas de carácter jurídico<sup>80</sup>, y también TOULMIN hace referencia con frecuencia a las argumentaciones utilizadas en el contexto judicial<sup>81</sup>. Recientemente, el mismo modelo ha sido aplicado directamente a las inferencias probatorias, en particular por Daniel GONZÁLEZ LAGIER<sup>82</sup>.

El *warrant* se refiere a la conexión que se instaura entre una afirmación, que inicialmente tiene carácter hipotético, y las pruebas que confirman su veracidad, según el esquema  $W = E \rightarrow H$  (donde *W* indica el *warrant*, *E* indica las pruebas disponibles y *H* indica la hipótesis en cuestión)<sup>83</sup>. Dado que la cantidad y la calidad de las pruebas referibles a una hipótesis pueden variar según las circunstancias, la confirmación es un concepto *gradual*: una afirmación puede resultar más o menos confirmada en función de las pruebas que a ellas se refieran en un cierto momento<sup>84</sup>, o bien según el grado de *supportiveness* que las pruebas posean en relación con esa hipótesis<sup>85</sup>. Por consiguiente, el grado de confirmación depende de cuántas y cuáles pruebas se encuentran disponibles con respecto a todas las pruebas posibles<sup>86</sup>, de modo que si hay

obra, que constituye una de las contribuciones fundamentales a la epistemología contemporánea, el análisis de la inferencia justificativa representa el aspecto central del *foundherentism*, es decir, de la teoría con la que Susan HAACK pretende lograr una conciliación entre fundacionalismo y coherentismo en las teorías del conocimiento científico.

<sup>78</sup> Cfr. HAACK, 2007a: 95, 125, 300; 2008b: 38.

<sup>79</sup> Para un examen en profundidad del concepto de *confirmation*, cfr. *ibid.*: 75.

<sup>80</sup> Cfr. *ibid.*: 61.

<sup>81</sup> Cfr., p. ej., TOULMIN, 1958: 15.

<sup>82</sup> Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, 2005: 55.

<sup>83</sup> Sustancialmente análogo es el esquema de TOULMIN (1958: 92), según el cual el *warrant* *W* es el nexo que une los *data* *D* (es decir, las informaciones disponibles) con la conclusión *C*, que representa el resultado del argumento. En el texto se usa un esquema simplificado de la estructura de la inferencia, que es suficiente para explicar sus rasgos principales. Esquemas más analíticos son propuestos y estudiados por TOULMIN (1958) y por GONZÁLEZ LAGIER (2005).

<sup>84</sup> Cfr. HAACK, 2007a: 60, 62, 64; 1995: 77, 81; 2008b: 27. Análogamente cfr. GONZÁLEZ LAGIER, 2005: 71, 77.

<sup>85</sup> Cfr. HAACK, 2007a: 66.

<sup>86</sup> Esto equivale a decir que un aspecto esencial de la inferencia probatoria fundada en el *warrant* se refiere a la calidad, a la cualidad y a la fiabilidad de las informaciones en que se apoya la inferencia. En el contexto del proceso, se trata de determinar la fiabilidad y la corrección de los enunciados relativos a la existencia de los indicios o los hechos-base de presunción que constituyen las premisas de la inferencia. Al respecto, véase, más ampliamente, GONZÁLEZ LAGIER, 2005: 81.

pocas pruebas —y faltan informaciones que serían relevantes— la confirmación de la hipótesis puede ser débil o dudosa<sup>87</sup>. Además, cada prueba que se agrega a otras incrementa el grado de confirmación de la hipótesis<sup>88</sup>. Se podrá decir, ciertamente, que cada prueba adicional que confirma el resultado de pruebas ya asumidas agrega una confirmación decreciente<sup>89</sup>, y se llegará a un punto en el que una nueva prueba pueda parecer superflua porque no haría otra cosa que confirmar algo que ya se conoce con un grado de confirmación suficiente<sup>90</sup>. Con todo, no hay duda de que en el plano epistémico vale la regla según la cual el grado de confirmación de una hipótesis aumenta con la adquisición de pruebas adicionales, dado que la situación óptima es aquella en la que todas las pruebas posibles han sido adquiridas<sup>91</sup>.

Es necesario, además, que las pruebas disponibles sean, en lo posible, convergentes, ya que las pruebas incoherentes terminan por carecer de valor demostrativo<sup>92</sup>. Por último, se debe tener en cuenta la posibilidad de que la confirmación de una afirmación dependa no sólo de las pruebas que se refieran a ella directamente, sino también de otros enunciados que dan —precisamente— sustento a la afirmación en cuestión<sup>93</sup>. En otras palabras, es necesario que la afirmación que se configura como hipótesis conclusiva de la inferencia no resulte excluida, falsificada o contradicha por hipótesis alternativas referidas al mismo hecho<sup>94</sup>.

El concepto de *warrant* es particularmente útil en el presente contexto, ya que permite hacer referencia, en el análisis del razonamiento del juez, a reglas y principios epistemológicos de carácter general que han sido objeto de una amplia elaboración teórica. Sin embargo, cabe recordar que un concepto útil de confirmación se puede obtener también a través de la aplicación al razonamiento del juez del concepto de probabilidad lógica, que —justamente— designa el grado de confirmación que las pruebas pueden atribuir a los enunciados relativos a los hechos del caso<sup>95</sup>.

En todo caso, es fácil constatar que el concepto de confirmación lógica de la hipótesis sobre la base de las informaciones disponibles refleja fielmente la situación en que se encuentra el juez: las hipótesis que se trata de confirmar son los enunciados relativos a los hechos principales que constituyen el primer nivel de la narración del juez; las pruebas dan lugar a los enunciados que

<sup>87</sup> Sobre el carácter epistémico del concepto «inclusivo» de relevancia de las pruebas, véase *supra*, capítulo IV, apartado 2.1.

<sup>88</sup> Cfr. HAACK, 2007a: 75.

<sup>89</sup> Cfr. TARUFFO, 1992: 278; GOLDMAN, 1986: 346.

<sup>90</sup> Véase, al respecto, *supra*, capítulo IV, apartado 2.2.

<sup>91</sup> Al respecto, véase *supra*, capítulo IV, apartado 2.1.

<sup>92</sup> Cfr. HAACK, 2007a: 65.

<sup>93</sup> Cfr. *ibid.*: 67.

<sup>94</sup> Cfr., en especial, GONZÁLEZ LAGIER, 2005: 88.

<sup>95</sup> En este sentido, véase TARUFFO, 1992: 199, 266.

componen el tercer nivel de la narración, y que confirman directamente los enunciados del primer nivel, así como los enunciados relativos a los hechos secundarios que están en el segundo nivel; estos últimos, a su vez, atribuyen confirmación inferencial a los enunciados sobre los hechos principales. Por último, los enunciados que aparecen en el cuarto nivel tienen la función de atribuir confirmación, en términos de fiabilidad a los enunciados que expresan los resultados reducidos por las pruebas.

### 3.2. Los criterios de inferencia

Las inferencias que permiten conectar las informaciones disponibles, esto es, las pruebas, con las hipótesis que se trata de confirmar fundan su validez y su fiabilidad en los criterios que son utilizados para establecer esa conexión, cuyo resultado permitirá, eventualmente, decir que la hipótesis-conclusión fue confirmada. No es casualidad que uno de los mayores teóricos de este modelo de inferencia, Stephen TOULMIN, haya dedicado particular atención a lo que él llama *backing del warrant*, es decir, el fundamento cognoscitivo en virtud del cual la inferencia puede considerarse fundada y apta para atribuir un grado considerable de fiabilidad a la respectiva conclusión<sup>96</sup>. Por consiguiente, un aspecto fundamental del modelo de inferencia probatoria que aquí ha sido sugerido está constituido por las nociones que se utilizan como fundamento de esa inferencia, es decir, como criterio de confirmación de la hipótesis en cuestión sobre la base de las informaciones disponibles. El problema más importante que al respecto se plantea es el de la determinación de las fuentes de estos criterios y la valoración de su fiabilidad.

De sentido común, *background knowledge* y máximas de la experiencia se ha hablado ya en otro lugar<sup>97</sup>, a propósito de la construcción de las narraciones en el ámbito del proceso, y no es necesario repetir aquí lo que se ha dicho antes. Con todo, se retomará su análisis porque en una notable cantidad de casos, esto es, cada vez que no sea posible recurrir directamente a pruebas científicas<sup>98</sup>, son estas nociones las que proporcionan los criterios a través de los cuales el juez formula las inferencias probatorias, tanto si se trata de valorar el resultado de las pruebas, como si se trata de inferencias presuntivas<sup>99</sup>. Con el fin de clarificar algunas cuestiones relativas a la determinación del grado de confirmación que las pruebas atribuyen a las hipótesis sobre los hechos, se pueden distinguir varias situaciones<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> Cfr., en particular, TOULMIN, 1958: 95.

<sup>97</sup> Véase *supra*, capítulo II, apartado 3.

<sup>98</sup> Sobre el tema, véase *infra*, apartado 3.4.

<sup>99</sup> En un sentido semejante, es decir, con respecto a las numerosas hipótesis en las que el *warrant* está constituido por máximas de la experiencia, cfr. GONZÁLEZ LAGIER, 2005: 56, 61.

<sup>100</sup> Las observaciones que siguen se desarrollan con mayor amplitud en TARUFFO, 2008a: 187. Véase también TARUFFO, 1992: 195.

a) Puede ocurrir que las nociones de la experiencia común correspondan en realidad a leyes científicas de carácter universal, que se presenten vulgarizadas. Que los cuerpos pesados caen desde arriba hacia abajo es algo que resulta también de la experiencia, aunque la ley de Newton sea más precisa y esté formulada en términos universales. Se trata, en todo caso, de una regla general y la inferencia que se fórmula a partir de ella sigue el modelo *nomológico-deductivo* descrito por HEMPEL<sup>101</sup>. Esta inferencia puede atribuir certeza deductiva a su conclusión<sup>102</sup>.

b) En otras ocasiones, las nociones de la experiencia común corresponden a generalizaciones no universales, pero caracterizadas por un alto grado de probabilidad, confirmado por una elevada frecuencia estadística. Si se ha demostrado que X produce Y en el 98 por 100 de los casos, entonces la generalización correspondiente fundamenta una inferencia que sigue un modelo *cuasi nomológico-deductivo*. La conclusión que se deriva de ella es altamente fiable, y puede considerarse dotada de certeza práctica (aunque no de certeza deductiva propiamente tal)<sup>103</sup>.

c) A menudo las nociones de sentido común se fundan en meras generalizaciones que expresan el *id quod plerumque accidit*, es decir, lo que aparece como la «normalidad» de determinados acontecimientos o conductas<sup>104</sup>, pero que no tienen carácter universal ni cuasi-universal. En estos casos, la inferencia que se puede extraer con respecto a un caso particular no tiene carácter deductivo (ni tampoco cuasi deductivo), y produce conclusiones que pueden tener un grado variable —pero no particularmente elevado— de fiabilidad. Las nociones relativas a la «normalidad» de algo tienen amplios márgenes de incertidumbre, pueden estar influidas por juicios de valor<sup>105</sup>, son fácilmente falsificables por una multiplicidad de ejemplos contrarios, y pueden no corresponder en absoluto a los acontecimientos o a las conductas específicas que el juez debe determinar. A lo sumo ellas confieren un modesto grado de confirmación a las conclusiones que se derivan<sup>106</sup>.

d) Por último, aunque no se trata ciertamente de casos excepcionales, las nociones de la experiencia común pueden corresponder a generalizaciones *espurias*, es decir, a pseudoreglas que carecen de fundamento en la realidad empírica<sup>107</sup>. Se trata de las numerosas situaciones en que estas nociones no expresan sino prejuicios de la naturaleza más diversa: de género, de raza, de religión y de cualquier otro carácter, que están difundidos en un cierto ambiente social, en un determinado momento histórico. Estos pseudoconocimientos no

<sup>101</sup> Sobre las generalizaciones de carácter universal, cfr. SCHAUER, 2003: 7.

<sup>102</sup> Sobre la aplicación del modelo nomológico-deductivo, cfr. STELLA, 1948: 339; TARUFFO, 2006a: 114; GASCÓN ABELLÁN, 1999: 98.

<sup>103</sup> Sobre la aplicación de este modelo, cfr. STELLA, 1948: 346; TARUFFO, 2006a: 117.

<sup>104</sup> Sobre el tema, cfr., en particular, SCHAUER, 2003: 7, 10, 55, 108, 131.

<sup>105</sup> Sobre la ambigüedad inherente al concepto de «normalidad», cfr. HACKING, 1990: 160.

<sup>106</sup> Sobre las inferencias probabilísticas, cfr., en particular, GASCÓN ABELLÁN, 1999: 105.

<sup>107</sup> Sobre las generalizaciones espurias, cfr., en especial, SCHAUER, 2003: 7, 12, 17, 137, 152.

tienen en realidad ningún contenido cognoscitivo. En consecuencia, ninguna inferencia que tenga la pretensión de alcanzar conclusiones fiables puede fundamentarse en esa clase de generalizaciones. Por el contrario, cualquier inferencia que se fundara en ellas conduciría a conclusiones completamente erradas, obviamente carentes de cualquier grado de confirmación apreciable<sup>108</sup>.

Incluso una distinción esquemática y simplificada como ésta deja en evidencia que el valor cognoscitivo que se atribuye a las conclusiones derivadas de inferencias probatorias depende directamente del valor cognoscitivo que las nociones que se adoptan como criterios para su formulación. Se trata de una observación más bien obvia, que, sin embargo, proporciona un criterio general de racionalidad que debiera regir la valoración de los resultados que estas inferencias producen. Así, por ejemplo, si con respecto a una hipótesis constituida por un enunciado de hecho se dispone de una sola prueba, pero el *warrant* que conecta esa prueba con el hecho descrito por el enunciado es una regla universal o cuasi general, el grado de confirmación que el enunciado recibe a través de la inferencia es particularmente elevado. Por el contrario, si se trata de una prueba que puede ser conectada con el hecho en cuestión sólo por medio de una regla que corresponde a una baja frecuencia estadística, o que posee en todo caso un valor cognoscitivo bajo, es evidente que el enunciado recibe de esta prueba un grado de confirmación muy poco elevado, o incluso nulo en el caso —al que se acaba de hacer referencia— de que la regla de inferencia sea una generalización radicalmente espuria, y como tal carente de cualquier valor cognoscitivo. El mismo discurso se aplica también respecto de cualquier prueba referida a cualquier enunciado hipotético de hecho. De este modo, en caso de que existan varias pruebas —y por consiguiente varias inferencias— referidas al mismo enunciado, es necesario que se determine ante todo qué grado de confirmación atribuye a este enunciado la inferencia relativa a cada prueba singular; luego se deberá comprobar si todas las inferencias convergen en el sentido de confirmar el mismo enunciado<sup>109</sup>, caso en que éste obtendrá un grado de confirmación probatoria particularmente alto, o bien si las inferencias no son convergentes, caso en que se deberá comprobar si al menos una de esas inferencias es suficiente para confirmar el enunciado, o si la divergencia de las varias inferencias excluye que se le pueda atribuir un grado de confirmación suficiente. La variedad de las posibles situaciones concretas es infinita, ya que puede variar indefinidamente la cantidad y la calidad de las pruebas disponibles, y también la calidad de las reglas de inferencias a las que se puede recurrir. En

<sup>108</sup> Sobre estas características, presentes en la mayor parte de las máximas de la experiencia que son comúnmente utilizadas, véase, en especial, TWINING, 1994: 310, 338, 443; VAN ZANDT, 1991: 795; TARUFFO, 2002b: 132; 2002d: 195.

<sup>109</sup> Cfr. HAACK, 2007a: 65; sobre el principio análogo de concordancia de las presunciones simples, cfr. TARUFFO, 1992: 448, y véase también *supra*, capítulo IV, apartado 4. Desde una perspectiva histórica, cfr., además, ROSONI, 1995: 203, 235.

todo caso, estos ejemplos demuestran que el grado de confirmación que un enunciado recibe a partir de las informaciones probatorias disponibles es el aspecto fundamental de las inferencias que vinculan esas informaciones con la hipótesis fáctica de cuyo fundamento se discute, y que un factor decisivo en este sentido está constituido por las reglas de inferencia a las que en cada ocasión se hace referencia.

Una indicación adicional, que no debe ser olvidada, advierte que la pertenencia de una cierta noción, regla o máxima, al ámbito del sentido común, no ofrece por sí misma ninguna garantía de fiabilidad, con independencia del número y de la calidad de las personas que le den crédito, y del tiempo por el que se haya mantenido la creencia respectiva. Los prejuicios más difundidos, más tradicionales y más enraizados no dejan de ser, por esta sola razón, prejuicios, cuyo efecto es manipular y esconder la realidad, y no ciertamente favorecer su conocimiento. El juez debe estar especialmente consciente de todo esto y de los riesgos de error que implica el uso incauto del sentido común y la experiencia: el valor de verdad de los juicios que el juez formula depende directamente del fundamento racional y cognoscitivo de las inferencias de las que esos juicios se derivan. Cuanto más profundo sea el análisis crítico de las nociones que el juez utiliza<sup>110</sup>, tanto más fiables serán las inferencias probatorias que llevan a confirmar las hipótesis sobre los hechos<sup>111</sup>.

### 3.3. El uso probatorio de la ciencia

Si bien es cierto que entre el conocimiento científico y el conocimiento común no existen diferencias sustanciales, sino sólo diferencias de grado<sup>112</sup>, también es cierto, sin embargo, que desde hace tiempo la ciencia ha alcanzado niveles de altísima sofisticación y ha ampliado sus campos de investigación a áreas y sectores cada vez más nuevos y vastos. Una de las muchas consecuencias de este fenómeno, que en el último tiempo ha alcanzado una rapidez y una amplitud hasta hace poco imprevisibles, se refiere directamente a las modalidades de determinación de los hechos en el ámbito del proceso. Cada vez es más frecuente, y en muchos tipos de controversias es habitual, que se recurra a tests, a experimentos o a investigaciones científicas. Basta pensar en el ejemplo de la prueba de ADN: utilizada por primera vez en un contexto judicial en 1986, hoy se ha vuelto de uso común cada vez que se trata de determinar la identidad de un sujeto, tanto en el proceso civil como el proceso penal. Esta evolución implica una reducción del recurso a las nociones proporcionadas por la experiencia y por el sentido común, que es proporcional a la ampliación

del uso de metodologías científicas: si el fin es el de determinar la verdad de la manera más racional posible y con las mejores garantías de fiabilidad, parece claro que cuando se dispone de nociones o de métodos convalidados por la ciencia el sentido común debe hacerse a un lado.

Con todo, y contrariamente a lo que muchos piensan, el recurso a la ciencia en el proceso no sólo no es suficiente por sí solo para resolver todos los problemas, sino que suscita otros nuevos, de no fácil solución. No es posible abordar aquí todas las complicadas cuestiones que surgen a propósito del uso probatorio de la ciencia<sup>113</sup>; pero al menos se puede hacer alguna mención de los problemas más importantes que éste suscita.

Ante todo, se tiene que precisar a qué ciencia se hace referencia cuando se habla, como hoy se hace comúnmente, de prueba científica (la *scientific evidence* de la literatura norteamericana). Por un lado, es necesario distinguir entre la «buena ciencia» y la «mala ciencia» o pseudociencia (o *junk science*), es decir, entre métodos y conocimientos dotados de efectiva validez científica y pretendidos métodos o conocimientos que se presentan como dotados de dignidad científica, pero que no han sido validados científicamente. No se trata sólo de la cartomancia o de la lectura de los posos del café (que, sin embargo, son consideradas como prácticas capaces de descubrir la verdad, y son utilizadas como tales por miles o millones de personas)<sup>114</sup>, que ninguna persona dotada de buen sentido consideraría como equivalentes a una metodología científica. La cuestión se refiere también a otras técnicas, como la grafología<sup>115</sup>, que tradicionalmente se han considerado idóneas para producir determinaciones atendibles, pero a las que actualmente se niega efectiva validez científica. Por otra parte, en una situación en que cada día surgen nuevas técnicas de análisis o de investigación, se plantea en muchos casos y de formas cada vez más complejas el problema de saber cuáles son científicamente fiables y cuáles no<sup>116</sup>.

Este tipo de cuestiones ha asumido desde hace tiempo particular importancia en los Estados Unidos, sobre todo después de la sentencia sobre el caso *Daubert*, dictada en 1993 por la Corte Suprema. En esta sentencia la Corte intentó resolver el problema de la exclusión de la *junk science* de las salas de audiencia, por la vía de indicar una serie de criterios que el juez debería aplicar para controlar la validez científica de las pruebas propuestas y excluir de forma preliminar las que no cumplieran esos criterios y que, por tanto, no parecieran

<sup>113</sup> Entre la literatura italiana reciente, cfr. DOMINIONI, 2005; TARUFFO, 2005c: 3; 2005b: 1079; 2004: 485. Entre la extensa literatura norteamericana sobre el tema, véanse, en particular, los ensayos recogidos en FEDERAL JUDICIAL CENTER, 2000, y en FAIGMAN, KAYE SACKS, SANDERS y CHENG, 1997.

<sup>114</sup> Como señala FAIGMAN (1999: 62), el peor método para determinar si una práctica posee fiabilidad cognoscitiva consiste en preguntarlo a quien la desarrolla, ganando incluso dinero.

<sup>115</sup> Sobre la falta de estatus científico de la grafología, cfr. FAIGMAN, 1999: 2 ss., 62 y 77 ss.

<sup>116</sup> Sobre el tema, cfr., en particular, FAIGMAN, 1999: 76 ss.

<sup>110</sup> Al respecto, cfr., en particular, WAGENAAR, VAN KOPPEN y CROMBAG, 1993: 61, 73, 237.

<sup>111</sup> Acerca de posibles criterios para el uso correcto de las máximas de experiencia, cfr. TARUFFO, 1992: 203.

<sup>112</sup> En este sentido, cfr. HAACK, 2007a: 95, 125, 300.

científicamente fiables<sup>117</sup>. Esta sentencia ha sido muy discutida y también criticada desde el punto de vista epistemológico, y ha dado lugar a una jurisprudencia sucesiva no uniforme<sup>118</sup>. Con todo, reviste notable importancia no sólo como un intento interesante de proveer criterios de científicidad que los jueces debieran aplicar, sino también porque indujo al legislador federal a modificar la Regla 702 de las *Federal Rules of Evidence*, en el sentido de hacer más estrictas las condiciones para la admisión a juicio de la *scientific evidence*<sup>119</sup>.

Otra cuestión muy importante que se vincula con la definición del ámbito de aplicación del concepto de prueba científica se refiere a las ciencias llamadas sociales, o humanas, o *soft*, como la psicología, la sociología, la economía, la historia, la antropología. Estos sectores de la investigación y del conocimiento pueden sin duda caber en un concepto amplio de «ciencia», en la medida que persiguen la verdad, aunque sirviéndose de metodologías diferentes de las que utilizan las ciencias naturales<sup>120</sup>. De esta forma el concepto de prueba científica se extiende hasta comprender, por ejemplo, pericias psicológicas y varias otras técnicas de análisis y de valoración, sin excluir ámbitos que podrían a primera vista parecer inusuales, como la historia del arte<sup>121</sup>. Con todo, se debe subrayar que esto implica dificultades considerables en relación con la valoración de la fiabilidad científica de estas «formas de conocimiento», pues es evidente que no les resultan aplicables los mismos criterios de control empírico, de cálculo y de verificación cuantitativa que son comunes en las ciencias naturales. La circunstancia de que en algunas de las ciencias humanas —como la economía y, a veces, la sociología— se utilicen métodos matemáticos muy sofisticados, o se hagan también análisis cuantitativos, no implica que estas ciencias se vuelvan similares o iguales a la física o la genética. No por casualidad se recurre habitualmente a la distinción entre ciencias de la *explicación* y ciencias de la *comprensión*, situando a las ciencias humanas en la segunda categoría, para destacar que los métodos de investigación propios de las primeras no son aplicables a las segundas<sup>122</sup>. De esto se sigue que cuando se utilizan en el proceso pruebas científicas que pertenecen al área de las ciencias humanas, se requieren criterios adecuados para valorar la fiabilidad de los conocimientos que el juez debiera utilizar para determinar la verdad de los hechos.

El otro problema de fondo que merece ser recordado se refiere a las modalidades con las que los conocimientos científicos son incorporados al proceso para ser utilizados como elementos de prueba.

<sup>117</sup> Desde 1993 se ha ido acumulando una literatura inmensa sobre el caso *Daubert*. En el ámbito italiano, cfr. TARUFFO, 1996: 230; DONDI, 1996: 261 (donde se encuentra también la traducción del texto de la sentencia).

<sup>118</sup> Cfr., en especial, HAACK, 2007a: 233.

<sup>119</sup> Cfr. GRAHAM, 2003: 340; ROTHSTEIN, RAEDER y CRUMP, 1986: 353; DOMINIONI, 2005: 197.

<sup>120</sup> En este sentido, véase, en especial, HAACK, 2007a: 153; 2008b: 37.

<sup>121</sup> Cfr. TARUFFO, 2005c: 5; 1996: 230; 2005b: 1086; MONAHAN y WALKER, 1985: 83, 108, 279.

<sup>122</sup> Cfr., en particular, BORUTTI, 1999: 8, 21; 2006: 24, 31.

Este problema se ha planteado con particular gravedad en los Estados Unidos, no sólo por la mayor frecuencia con que desde hace tiempo se recurre en ese ordenamiento a las pruebas científicas, sino también por algunas peculiaridades de ese sistema procesal que deben ser recordadas con el fin de comprender mejor las razones y la naturaleza del problema. En los Estados Unidos el método usual para aportar conocimientos científicos al proceso consiste en la utilización de expertos que son elegidos por las partes, retribuidos por ellas, e inducidos —en consecuencia— a sostener «científicamente» las razones de las partes que los han designado<sup>123</sup>. Los expertos presentados por las partes son interrogados y contrainterrogados por los abogados con las mismas modalidades utilizadas para el interrogatorio de los testigos (de ahí que se defina al perito como *expert witness*): se espera que de la contienda entre expertos «parciales» emerjan los conocimientos científicos necesarios para la decisión. El juez estadounidense tiene el poder, reconocido por la Regla 706 de las *Federal Rules of Evidence*, de designar expertos neutrales e imparciales<sup>124</sup>, pero rara vez lo utiliza, para evitar interferir en la libre competición de las partes, que debe poder desarrollarse sin limitaciones, también cuando se trata de obtener nociones científicas<sup>125</sup>. Este sistema ha dado lugar a varios inconvenientes. Existe un floreciente mercado de expertos en diversos sectores, listos para vender sus competencias a las partes (usualmente sólo a los demandantes o sólo a los demandados, como ocurre en los casos de *mass torts*). Naturalmente nadie espera que estos expertos expresen opiniones imparciales y objetivamente fundadas; resulta, entonces, muy difícil impedir que incorporen al proceso informaciones que no son fiables y que carecen de todo fundamento científico. Una dificultad adicional se deriva del hecho de que en muchos casos la decisión final es tomada por el jurado: paradójicamente, un grupo de personas cualquiera debe resolver complicados problemas científicos, que por definición van más allá de los conocimientos del ciudadano medio. No es sorprendente, por tanto, que muchos expertos verdaderamente calificados rechacen someterse al cruel ritual de la *cross-examination* ante la mirada de un grupo de «ignorantes» (donde puede ocurrir que un joven *litigator* inculto y agresivo exija a un premio Nobel explicar las razones por las que su opinión debiera ser tomada seriamente en cuenta).

Estos problemas no se plantean en los sistemas procesales de *civil law*, donde si bien existen los peritos de parte, la adquisición de los conocimientos técnicos o científicos que el juez considera necesarios para la decisión se realiza, por regla general, recurriendo a expertos imparciales elegidos y nombrados por el mismo juez. Esto no significa, sin embargo, que la calidad científica de los conocimientos que el juez adquiere quede asegurada siem-

<sup>123</sup> Sobre el tema, cfr., en especial, GROSS, 1991: 1113.

<sup>124</sup> Cfr. GRAHAM, 2003: 363; SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: 706-3.

<sup>125</sup> Cfr. GRAHAM, 2003: 364; SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: 706-3.

pre automáticamente. En efecto, puede ocurrir que el perito nombrado por el juez no sea efectivamente imparcial<sup>126</sup>, o bien que carezca de una preparación técnico-científica suficiente para dar adecuada respuesta a las preguntas que se le formulen<sup>127</sup>. Corresponde, por tanto, al juez la tarea de garantizar la calidad y la validez científica de las informaciones que adquiere a través del perito, verificando con máximo cuidado la especialización y las capacidades de éste. Estos problemas adquieren especial relevancia, además, si se atribuyen también al perito tareas de valoración jurídica de los hechos, como ha ocurrido con recientes reformas del proceso civil italiano<sup>128</sup>.

Por último (*but not least*), un conjunto adicional de problemas concierne a la valoración de la fiabilidad de las informaciones proporcionadas al juez por los expertos. Se ha mencionado ya la paradoja que resulta del hecho de que un jurado de ciudadanos que carecen de toda cultura científica esté llamado a definir el resultado del enfrentamiento entre los expertos de las partes. Una dificultad similar afecta también al juez, que —como cualquier ciudadano medio— no tiene una cultura científica específica y que ha nombrado al perito judicial justamente para adquirir conocimientos de los que él mismo carece. El brocardo según el cual el juez es *peritus peritorum* no elimina la dificultad. Esto significa que el juez no está obligado a aceptar las conclusiones del perito<sup>129</sup>, pero adquiere un cariz paradójico si se considera que el juez debe recurrir, para valorar la opinión del experto, precisamente a los conocimientos científicos de los que carece. Pero la paradoja sólo es aparente: en realidad no se espera que el juez repita lo que ya hizo el perito (experimentos, investigaciones, cálculos) ni tampoco que compruebe el contenido de las evaluaciones que éste haya formulado. La tarea del juez consiste en controlar la validez científica y la corrección del método que el perito ha aplicado, esto es, en verificar el fundamento racional y epistémico de lo que el perito ha hecho. El juez no debe —ni, por otra parte, podría— ocupar el lugar del perito, pero debe controlar la fiabilidad científica del procedimiento que éste ha aplicado y de los resultados que ha conseguido. Se podrá decir que un control de este tipo es difícil de desarrollar, que no está al alcance de todos y que requiere conocimientos apropiados sobre el método de las investigaciones científicas que en cada caso se efectúen, pero se trata de un problema que concierne a la

<sup>126</sup> Es lícito, en efecto, dudar de que las hipótesis de abstención y de recusación del perito, que son las mismas previstas para la abstención y la recusación del juez (arts. 51 y 192 del Código de Procedimiento Civil italiano, sobre los cuales véase CARPI y TARUFFO, 1984: 156 y 623), sean suficientes para asegurar en todo caso que el perito designado de oficio sea efectivamente independiente e imparcial. Hay otros factores que, de hecho, pueden afectar el juicio del experto, induciéndolo a favorecer a una parte en perjuicio de la otra.

<sup>127</sup> Las modalidades con las que se realiza la inscripción de los peritos en los listados no asegura, en realidad, un nivel particularmente adecuado de preparación profesional (véase, más ampliamente, TARUFFO, 2005b: 1107).

<sup>128</sup> Cfr. los nuevos arts. 696 y 696 bis del Código de Procedimiento Civil italiano, sobre los cuales véase, también para ulteriores referencias bibliográficas, CARPI y TARUFFO, 1984: 1969, 1971.

<sup>129</sup> Sobre el tema, cfr. COMOGLIO, 1976a: 681 ss.

cultura y a la formación profesional del juez. No parece excesivo, por otra parte, requerir a un juez que vive en la sociedad actual, dominada por la ciencia y la tecnología, con una presencia cada vez más frecuente de la ciencia en los asuntos procesales, un nivel adecuado de información epistemológica<sup>130</sup>.

Si todas las dificultades que han sido señaladas hasta ahora se han evitado o se han resuelto, el juez contará con información dotada de validez científica y, por tanto, fiable. Ahora bien, la fiabilidad científica de una prueba no coincide automáticamente con el grado de confirmación del enunciado fáctico al que se refiere la prueba.

Por ejemplo: si una prueba de ADN ha sido practicada correctamente, según las reglas, los protocolos y los cálculos que requiere, tenemos garantía de la validez científica de su resultado. Si éste, como puede ocurrir, establece que la identificación del sujeto en cuestión es cierta en un 98 por 100, esta proporción atribuye un grado de confirmación muy elevado (*casi* equivalente a la certeza) al enunciado según el cual «fue Ticio el que dejó ese rastro de sangre» o «Ticio es el padre de Cayo». En cambio, si de una investigación epidemiológica correctamente practicada resulta que existe una probabilidad de un 10 por 100 de que el hecho F provoque la consecuencia C, se cuenta con garantía de la validez científica de esta afirmación, que resulta, por tanto, plenamente fiable. Pero su valor probatorio cambia en función del tipo de enunciado que se trata de confirmar: si el enunciado versa sobre el llamado aumento de riesgo, es decir, sobre el hecho de que en una cierta población el riesgo de C aumenta cuando ocurre F, entonces la investigación epidemiológica le atribuye a ese enunciado un alto grado de confirmación. En cambio, si el enunciado se refiere a la llamada causalidad individual o específica y afirma que «a Ticio F le ha provocado C», entonces la misma información epidemiológica le atribuye al enunciado en cuestión un grado de confirmación muy débil, porque el hecho de que en una dada población exista un aumento del riesgo del 10 por 100 no dice casi nada con respecto a la posibilidad de que a Ticio F le haya provocado C<sup>131</sup>.

Por consiguiente, una verdadera prueba científica garantiza un alto grado de fiabilidad de la información que produce, pero no por eso atribuye un grado determinado de confirmación, o un grado de confirmación particularmente elevado, al enunciado que es objeto de la prueba. Por decirlo así, el carácter científico de la prueba demuestra con tendencial certeza la veracidad de su resultado. Pero el grado de confirmación que confiere al enunciado fáctico que se trata de probar depende, en cambio, del *contenido* de ese resultado, y puede fluctuar entre un nivel muy alto, como ocurre en el caso de la prueba de ADN, y niveles modestos o bajos, o incluso cero (sería el caso de una prueba

<sup>130</sup> Sobre estas cuestiones véase, más ampliamente, TARUFFO, 2005b: 1109 ss.

<sup>131</sup> Sobre el problema de las frecuencias bajas, cfr., en particular, STELLA, 1948: 350 ss.

científica que demostrara con certeza que no existe ninguna confirmación del enunciado que se trata de probar: si la ciencia concluyera de forma fiable que el hecho X tiene una probabilidad = 0, esa prueba no atribuiría ningún grado de confirmación al enunciado sobre la realización de X). En estos casos, no se discute, en realidad, la validez científica de la prueba, que puede estar fuera de duda, sino su utilidad como elemento de confirmación del enunciado que se querría probar.

#### 4. GRADOS DE CONFIRMACIÓN Y ESTÁNDARES DE PRUEBA

Como ya se ha dicho, los enunciados referidos al hecho principal (que integran el primer nivel de la narración del juez) son originalmente hipótesis que, en cuanto tales, pueden ser verdaderas o falsas. La decisión final sobre los hechos, esto es, la narración construida por el juez, resuelve esta incertidumbre, al atribuir a cada hipótesis el grado de confirmación que le corresponde sobre la base de las pruebas que se refieren a ella. Al respecto, se pueden distinguir seis posibilidades para cada hipótesis H: a) H no ha obtenido ninguna confirmación; b) H ha obtenido una confirmación débil; c) H ha obtenido una confirmación fuerte; d) la falsedad de H no ha obtenido ninguna confirmación; e) la falsedad de H ha obtenido una confirmación débil, y f) la falsedad de H ha obtenido una confirmación fuerte. En rigor, las situaciones a) y f) no debieran ser tomadas en cuenta en la reconstrucción conclusiva de los hechos: si un hecho principal no resulta probado, o resulta probada su inexistencia, éste no debiera ser tenido en cuenta. Análogamente, tampoco debieran considerarse las situaciones b), d) y e), ya que la verdad de H no resulta suficientemente confirmada, pero tampoco su falsedad resulta adecuadamente demostrada por las pruebas. Con todo, en el ámbito del proceso hay razones por las que el juez debiera mencionar también los hechos cuyas descripciones han resultado falsas o no sostenidas por una confirmación probatoria adecuada. Si esos hechos habían sido alegados por las partes, su suerte probatoria debe ser explicitada por el juez y, en todo caso, su falta de confirmación suficiente tiene relevancia para efectos de la aplicación de las reglas sobre carga de la prueba<sup>132</sup> y también a efectos de la motivación de la decisión sobre los hechos<sup>133</sup>.

Por otra parte, la distinción entre las seis situaciones recién esquematizadas parece útil en la medida que representa también el cuadro de compatibilidades que se pueden presentar según los resultados probatorios: así, por ejemplo, a) es compatible con d), e) y f); b) es compatible con d) y e) pero no con f); c) es compatible con d) y e) pero no con f). El examen de estos nexos de compatibilidad/incompatibilidad es relevante a efectos de la coherencia del

<sup>132</sup> Véase *infra*, apartado 5.

<sup>133</sup> Véase *infra*, apartado 6.

razonamiento que el juez formula con respecto al grado de confirmación probatoria que le corresponde a cada hipótesis referida a un hecho principal del caso.

Con todo, es claro que el contenido principal de la narración del juez está constituido por los enunciados de hecho que han resultado confirmados sobre la base de las pruebas. Surgen al respecto dos problemas particularmente importantes: el primero se refiere a la determinación del grado de confirmación que le corresponde a cada enunciado; el segundo se refiere al grado de confirmación que cada enunciado debe alcanzar para poder ser considerado probado.

El primer problema ha sido y sigue siendo objeto de una amplia literatura que no puede ser adecuadamente discutida en esta sede<sup>134</sup>. Sin embargo, algunas consideraciones sintéticas pueden ser suficientes para clarificar los términos en que éste debiera plantearse.

Ante todo, es oportuno recordar que el principio de libre convencimiento del juez, de aplicación ampliamente predominante en los ordenamientos procesales modernos, no implica en ningún caso que el juez esté desvinculado de los criterios de racionalidad que deben regir su razonamiento: ese principio admite que el juez valore las pruebas haciendo uso de un amplio poder discrecional, pero esto no significa que él pueda confiar en una intuición subjetiva —que sería sustancialmente arbitraria— al determinar si la hipótesis referida a un hecho ha resultado o no ha resultado confirmada por las pruebas disponibles<sup>135</sup>.

En el ámbito de las concepciones racionalistas de razonamiento probatorio debe subrayarse —en contraste con una tendencia que parece muy difundida sobre todo en los Estados Unidos— que el grado de confirmación probatoria de un enunciado no puede ser cuantificado en términos probabilísticos, ni en particular a través de la aplicación del teorema de Bayes<sup>136</sup>. En términos más generales, existen serias razones para dudar que el grado de confirmación sea determinable en términos de frecuencia estadística: la posibilidad de emplear datos estadísticos como pruebas directas de acontecimientos singulares ha sido desde hace tiempo objeto de discusión, pero prevalece la tendencia a reconocer que esto es razonablemente posible sólo en casos muy especiales, y sólo en la medida que concurren las condiciones específicas de validez del cálculo estadístico y de aplicabilidad del mismo al caso concreto<sup>137</sup>.

<sup>134</sup> Sobre el tema, cfr. entre lo más reciente, también para ulteriores referencias bibliográficas, FERRER BELTRÁN, 2007: 91, y, además, TARUFFO, 1992: 266 ss.

<sup>135</sup> Al respecto, véase también *supra*, capítulo IV, apartado 4.

<sup>136</sup> Con respecto a los argumentos que pueden aducirse en este sentido, véase, ampliamente, TARUFFO, 1992: 168; FERRER BELTRÁN, 2007: 98; GASCÓN ABELLÁN, 1999: 162. En el mismo sentido, véase, recientemente, HAACK, 2007a: 75.

<sup>137</sup> Entre la amplia literatura sobre el tema, cfr., también para ulteriores referencias bibliográficas, FROSINI, 2002.

De esto se sigue que la difundida costumbre de atribuir valores numéricos (en decimales o en porcentaje) a los grados de confirmación que las pruebas atribuyen a los enunciados fácticos carece de fundamento. Dicha costumbre se funda en la ilusión (por completo falaz) de que todo puede cuantificarse numéricamente, y de que lo que se traduce en números (a menudo sin ningún fundamento) es más exacto y por tanto más racional que lo que no se puede «contar»<sup>138</sup>. Nada impide en realidad que se usen decimales o porcentajes también para indicar grados de confirmación probatoria, siempre que se tenga claro que se trata sólo de símbolos que expresan diferencias de grado (como ocurriría si nos expresáramos utilizando tonos de color, notas musicales, o cualquier otro método de comunicación): estas expresiones numéricas no corresponden, por tanto, a determinaciones cuantitativas precisas y no están sujetas a ningún tipo de cálculo.

En realidad, como se ha dicho antes a propósito del concepto de *warrant*, el grado de confirmación de un enunciado resulta de inferencias lógicas que toman en cuenta la cantidad y la calidad de las pruebas disponibles respecto de un determinado enunciado, su grado de fiabilidad y su coherencia<sup>139</sup>. Se trata de un análisis racional que se funda en argumentos y contraargumentos, en valoraciones y comparaciones, al final del cual se determina cuál es el grado de fundamentación racional que corresponde a ese enunciado<sup>140</sup>. Al respecto es posible hacer referencia útilmente al concepto de probabilidad *lógica* (o *baconiana*) como grado de confirmación de un enunciado sobre la base de los elementos de prueba que se refieren a él<sup>141</sup>. Es claro, sin embargo, que este concepto se refiere a la lógica de las inferencias entre proposiciones<sup>142</sup>, y no implica ninguna cuantificación.

Existen casos en que una confirmación probatoria débil puede tener algún efecto jurídico. Por ejemplo, el art. 2.736, núm. 2, del Código Civil italiano permite al juez disponer la práctica del juramento supletorio en el caso de que exista, respecto de un hecho, una *semiplena probatio*, es decir, si el enunciado

<sup>138</sup> Se trata del síndrome de «lo que no se puede contabilizar no existe», eficazmente criticado por TRIBE, 1971: 1361, y sobre el cual véase también TARUFFO, 1992: 181, 192.

<sup>139</sup> Vale al respecto la regla epistemológica según la cual la combinación de varios elementos de prueba tiene mayor valor que la confirmación que cada elemento de prueba singular puede atribuir a la conclusión, de modo que la combinación de diversos elementos de prueba, cada uno de los cuales atribuya a la conclusión un grado de confirmación débil, puede, sin embargo, producir un grado de confirmación conjunto bastante fuerte. Esta posibilidad depende de varios factores, como la intensidad con que cada elemento de prueba individual confirma la conclusión, la fiabilidad de cada elemento de prueba considerado en sí mismo y la cantidad de elementos de prueba disponibles. Para un examen analítico de estas condiciones, cfr., recientemente, HAACK, 2008d: 282, y además HAACK, 2007a: 67.

<sup>140</sup> Sobre el tema, cfr., en particular, FERRER BELTRÁN, 2007: 120 ss.

<sup>141</sup> Sobre este concepto, cfr., en particular, COHEN, 1977. Véase también TARUFFO, 1992: 201. Sobre la distinción entre los dos conceptos fundamentales de probabilidad, esto es, probabilidad estadística y probabilidad lógica, cfr., por todos, HACKING, 1975. En sentido crítico respecto de esta distinción, cfr. TOULMIN, 1958: 69.

<sup>142</sup> En este sentido, véase, p. ej., HAACK, 2007a: 67.

relativo a ese hecho ha recibido alguna confirmación (se podría hablar de una confirmación «débil»), pero la misma no es suficiente para que el hecho en cuestión se pueda considerar probado<sup>143</sup>. Ahora bien, es importante no confundir una hipótesis fáctica que tiene un bajo grado de confirmación probatoria con una hipótesis verosímil: como se ha señalado ya, decimos que un enunciado es verosímil si corresponde al *id quod plerumque accidit*<sup>144</sup>, pero esto no es equivalente a ningún grado (bajo o alto) de confirmación probatoria.

En el extremo opuesto, existen situaciones en las que se requiere un grado de confirmación probatoria particularmente elevado. Es, por ejemplo, el caso de la *clear and convincing evidence* que algunas veces se exige respecto de ciertas hipótesis en las que se considera que el hecho debe ser determinado con un grado elevado de confirmación<sup>145</sup>. Con todo, el ejemplo principal es el criterio que requiere para condenar, en un proceso penal, la prueba de la culpabilidad del imputado *beyond any reasonable doubt*. Se trata del criterio usualmente aplicado por las cortes norteamericanas, y que ha sido «importado» recientemente por el proceso penal italiano<sup>146</sup>. El significado exacto de este criterio es incierto: por un lado, no es posible saber cómo lo aplican efectivamente los jurados norteamericanos, que no motivan sus veredictos; por otro lado, la definición de «duda razonable» es todo menos clara, y los intentos de atribuirle una cuantificación no han producido resultados. El argumento más frecuente (extraído de BLACKSTONE), según el cual es preferible que veinte culpables sean absueltos antes que condenar a un inocente, de modo que la prueba requerida para condenar debiera tener una probabilidad superior al 95 por 100, es claramente falaz (fuera de que para VOLTAIRE la proporción debía ser de dos a uno, y para Moisés MAIMÓNIDES debía ser de mil a uno)<sup>147</sup>. Se trata, por tanto, de un estándar de prueba cuya aplicación ciertamente no es fácil, y que da pie a numerosas incertidumbres. Con todo, el significado central que se expresa a través de ese estándar es evidente: éste requiere un grado particularmente alto de confirmación probatoria de la culpabilidad del imputado, que se aproxima a la certeza, dado que sólo admite la presencia de dudas «irrazonables», con la evidente intención de reducir al mínimo el riesgo de condena de un inocente.

Cuando no existen normas o principios que determinen el estándar de confirmación que se considera necesario o suficiente para que se produzcan

<sup>143</sup> La norma afirma, de manera impropia, que la hipótesis en cuestión se verifica cuando «la demanda o la excepción no resultan plenamente probadas, pero no carecen del todo de prueba». Esta norma tiene sentido si es referida no a las demandas y a las excepciones, sino a los enunciados relativos a los hechos en que se basan las demandas y las excepciones. Con respecto al juramento supletorio, véase, también para adicionales referencias, COMOGLO, 1976a: 551.

<sup>144</sup> Véase *supra*, capítulo III, apartado 2.3.

<sup>145</sup> Cfr. JAMES, HAZARD y LEUBSDORF, 1965: 339; ROTHSTEIN, RAEDER y CRUMP, 1986: 141; CLERMONT, 1987: 115.

<sup>146</sup> Sobre el tema, véase, en especial, STELLA, 1948: 154 ss., 195 ss.

<sup>147</sup> Para amplias y justificadas críticas a la aplicabilidad de este criterio, cfr. LAUDAN, 2006: 29.

ciertos efectos, la decisión de considerar un enunciado fáctico como adecuadamente probado debe tomarse según criterios racionales.

Uno de estos criterios es el de la *preponderance of evidence* (o también *preponderance of probability, balance of probabilities* o *greater weight of evidence*) que se aplica en el proceso civil estadounidense, según el cual el juez debe elegir la hipótesis fáctica que haya recibido el sustento relativamente mayor, respecto de cualquier otra hipótesis<sup>148</sup>. Un criterio sustancialmente similar, aunque no idéntico, es el de la «probabilidad prevaleciente», o de «más probable que no», según el cual una hipótesis fáctica debe preferirse si su probabilidad prevalece sobre la probabilidad de cualquier otra hipótesis, y en particular sobre la probabilidad de la hipótesis contraria<sup>149</sup>. El primero de estos criterios parece algo vago, aunque resulta intuitivamente sensato, mientras que el segundo también resulta intuitivamente sensato, pero parece muy ligado a una concepción cuantitativa de la probabilidad<sup>150</sup>. Ambos criterios no parecen, por consiguiente, sustancialmente erróneos, pero requieren de un análisis más profundo, que se puede emprender distinguiendo algunas de las diversas situaciones que pueden presentarse.

La situación más simple se presenta cuando se trata de resolver, sobre la base de las pruebas disponibles, si el enunciado relativo al hecho X es verdadero (VX) o es falso (FX). Si VX ha recibido una confirmación probatoria fuerte, puede ocurrir: a) que FX no haya recibido confirmación; b) que FX haya recibido una confirmación débil, o bien c) que también FX haya recibido una confirmación fuerte. En los casos a) y b) es claro que es racional elegir VX, ya que tanto en términos de *preponderance of evidence*, como en términos de probabilidad prevaleciente, VX es la única alternativa racional, que cuenta con un grado de confirmación más alto que el de las hipótesis referidas a FX. El caso c), que se presenta, por ejemplo, cuando algunos testimonios creíbles han confirmado VX, y otros testimonios creíbles han confirmado FX, resulta, en cambio, de más difícil solución, pues las dos hipótesis contrapuestas exhiben un alto grado de confirmación: la duda sólo podría resolverse comparando los respectivos grados de confirmación y determinando si es más elevado el que se refiere a VX o el que se refiere a FX<sup>151</sup>.

En el caso de que VX haya recibido una confirmación probatoria débil, puede ocurrir: a) que FX haya recibido una confirmación fuerte; b) que FX haya recibido también una confirmación débil, o bien c) que FX no haya recibido confirmación. En el caso a) es claro que la elección racional debiera

<sup>148</sup> Sobre el tema, cfr. CLERMONT y SHERWIN, 2002: 243, 268; FAIGMAN, 1999: 66; JAMES, HAZARD y LEUBSDORF, 1965: 339; ROTHSTEIN, RAEDER y CRUMP, 1986: 140; GRAHAM, 2003: 54. Acerca de la aplicación del mismo estándar en el proceso inglés, cfr. REDMAYNE, 1999: 167, 174.

<sup>149</sup> Sobre este criterio, cfr., en especial, STELLA, 1948: 308; TARUFFO, 1992: 272.

<sup>150</sup> Rectifico aquí lo que había escrito antes al respecto, utilizando notaciones numéricas que, *re melius perpensa*, pueden inducir a error (véase, en efecto, TARUFFO, 1992: 270).

<sup>151</sup> Al respecto, véase, más ampliamente, TARUFFO, 1992: 274.

favorecer a FX, que ha recibido una confirmación probatoria relativamente mayor. El caso b) está destinado a permanecer en la incertidumbre, porque ninguna de las dos hipótesis contrapuestas ha recibido una confirmación probatoria relativamente mayor, y también se mantiene incierto el caso c), ya que ninguna de las dos hipótesis ha recibido una adecuada confirmación<sup>152</sup>. Estas situaciones de incertidumbre no permiten que se determine, en sentido estricto, la verdad o la falsedad del enunciado de hecho X. Al subsistir la incertidumbre, y no existir confirmación positiva de la verdad del enunciado, sólo se podrá tomar una decisión recurriendo a las reglas sobre carga de la prueba<sup>153</sup>.

Por último, se puede presentar la situación de que VX no haya recibido ninguna confirmación probatoria, mientras: a) FX haya recibido una confirmación fuerte; b) FX haya recibido una confirmación débil, o bien c) que tampoco FX haya recibido confirmación. En el caso a), la elección racional no puede ser sino en favor de FX; los casos b) y c) se mantienen inciertos, el primero porque FX no ha recibido una confirmación probatoria suficiente, el segundo porque ninguna de las hipótesis contrapuestas ha recibido confirmación. También en el caso de estas incertidumbres, esto es, de estas situaciones en las que la verdad de un enunciado no ha recibido una adecuada confirmación, la decisión sólo puede ser adoptada mediante la aplicación de las reglas sobre carga de la prueba.

El mismo tipo de análisis puede ser aplicado, aunque con complicaciones bastante mayores, en las diversas situaciones en las que respecto de una misma circunstancia no exista una sola hipótesis, que puede ser verdadera o falsa, sino que existan varias, es decir —por ejemplo—, X, Y, Z. Aun sin desarrollar en todos sus detalles el esquema que se ha aplicado poco antes a la situación más simple, es posible poner en evidencia algunas posibilidades que parecen particularmente importantes.

Si, por ejemplo, VX, VY y VZ han obtenido solamente confirmaciones débiles o ninguna confirmación, la elección deberá favorecer a FX, FY y FZ si estas hipótesis han obtenido confirmaciones fuertes, o bien a la que, entre ellas, haya obtenido una confirmación fuerte (que las otras no hayan obtenido), o bien a la que, entre las mismas, haya obtenido una confirmación relativamente más fuerte respecto de las otras hipótesis F. Si FX, FY y FZ han obtenido confirmaciones débiles, o no han obtenido confirmación, las situaciones respectivas se mantienen inciertas, y la decisión final sólo puede ser adoptada aplicando las reglas sobre carga de la prueba.

Si, en cambio, una de las hipótesis VX, VY y VZ obtiene una confirmación fuerte, y las otras obtienen una confirmación débil o no obtienen confir-

<sup>152</sup> Al respecto, véase, más ampliamente, *ibid.*: 275.

<sup>153</sup> Véase *infra*, apartado 5.

mación, la elección racional favorece obviamente a la hipótesis F que haya obtenido una confirmación fuerte.

Si dos de las hipótesis VX, VY y VZ, o las tres, obtienen confirmaciones probatorias fuertes, la elección racional debe recaer sobre la hipótesis que haya obtenido el grado de confirmación relativamente más alto. Varias hipótesis sobre el mismo hecho pueden ser, en efecto, verdaderas, pero en el ámbito del proceso una sola debe ser asumida como fundamento de la decisión, y es racional preferir la que haya recibido mayor apoyo de las pruebas disponibles.

Naturalmente, la situación óptima, esto es, aquella en la que la elección racional resulta más sencilla, es la situación en la que la verdad de una sola de las hipótesis en juego obtiene un alto grado de confirmación, mientras que las otras hipótesis obtienen sólo una confirmación débil o nula. Si una hipótesis resulta fuertemente confirmada como verdadera (por ejemplo: VX), y otra hipótesis resulta fuertemente confirmada como falsa (por ejemplo: FY), no se plantea ningún problema, pues es evidente que la primera de las dos hipótesis resulta racionalmente preferible.

## 5. LA DECISIÓN FINAL

Por razones de simplicidad hasta ahora el análisis ha sido esquematizado de forma de tomar en cuenta, primero, un solo enunciado de hecho y, luego, algunas situaciones referibles a varios enunciados diversos que conciernen, sin embargo, a la misma circunstancia de hecho. Pero, claramente, la inferencia probatoria dirigida a determinar el grado de confirmación proporcionado por las pruebas debe ser formulada respecto de *todos* los enunciados que se incorporen a la narración del juez, conforme a los criterios que se han indicado precedentemente. Es necesario, entonces, que respecto de cada enunciado singular se identifiquen las pruebas que se refieren específicamente a él, y se determine el grado de confirmación que ellas le atribuyen. Esto vale para las circunstancias que constituyen los hechos principales de la causa, dado que estos enunciados representan el objetivo final de todo el conjunto de las inferencias probatorias. Pero el mismo discurso vale también respecto de los enunciados relativos a los hechos secundarios, ya que también respecto de estos enunciados debe existir una confirmación probatoria adecuada, sin la cual éstos no podrían constituir premisas de inferencias referidas a los enunciados sobre hechos principales.

Si se piensa en una controversia basada en situaciones de hecho relativamente complejas, o muy complejas, es evidente que el esquema de análisis propuesto puede alcanzar grados muy altos de complejidad, pues las situaciones que se han supuesto en abstracto se pueden presentar respecto de

cada enunciado referido a todas las circunstancias singulares que deben ser determinadas. Se trata, con todo, de una dificultad que puede superarse una vez que el análisis de los hechos y de las pruebas se haya desarrollado según criterios determinados racionalmente y dirigidos claramente a lograr que sean elegidas las hipótesis que —sobre la base de las pruebas— alcancen un grado relativamente más alto de confirmación, y puedan ser consideradas como más cercanas a la determinación de la verdad.

Como resulta evidente, con estas observaciones se adopta una perspectiva marcadamente *analítica*, según la cual cada hecho relevante para la decisión (sea principal o secundario) debe ser objeto de determinación específica, sobre la base de las pruebas que confirman la veracidad del enunciado respectivo. Por otra parte, es fácil notar que la perspectiva analítica se asume durante todo el curso del proceso: las partes alegan, y eventualmente se oponen a, enunciados específicos que se refieren a circunstancias de hecho particulares<sup>154</sup>; además, las pruebas son propuestas y admitidas en función de su relevancia respecto de hechos específicos que deben ser probados<sup>155</sup>, y —como se acaba de ver— el juez debe determinar su valor probatorio respecto de diversos y específicos enunciados de hecho cuya verdad o falsedad debe ser determinada.

La narración de los hechos que el juez construye se compone, pues, de un conjunto ordenado —en el sentido señalado más arriba— de enunciados fácticos, cada uno de los cuales ha obtenido de las pruebas disponibles, racionalmente valoradas, una confirmación probatoria suficientemente fuerte. En estas circunstancias hay razones válidas para considerar que, en el contexto del proceso, esos enunciados pueden considerarse como verdaderos. Esto vale para cada enunciado singular, así como para el conjunto de los enunciados que componen la narración del juez. Al respecto, cabe mencionar el principio hermenéutico fundamental según el cual cada parte individual de un discurso adquiere su sentido en función de su ubicación en el todo al que pertenece, con la consecuencia de que el todo es algo más y algo diferente respecto de la simple suma de las partes que lo componen<sup>156</sup>. Un mosaico «vale» más que la suma de sus piezas, y el «valor agregado» corresponde al diseño según el cual se ubican las piezas individuales<sup>157</sup>. Con todo, esto no implica adoptar una perspectiva *holista*, alternativa a, y en contradicción con, la perspectiva analítica<sup>158</sup>. En realidad, entre las dos perspectivas no se da, en el proceso, una verdadera y propia contradicción, sino más bien una relación dialéctica:

<sup>154</sup> Véase, más ampliamente, *supra*, capítulo III, apartado 5.

<sup>155</sup> Véase *supra*, capítulo IV, apartados 2 y 2.1.

<sup>156</sup> Véase *supra*, capítulo II, apartado 4.

<sup>157</sup> Un modelo análogo, si bien más complejo y rico en implicaciones epistemológicas, es el esquema de palabras cruzadas propuesto por HAACK, 1993: 81.

<sup>158</sup> Sobre la disyuntiva entre perspectiva analítica y perspectiva holista, véase, más ampliamente, *supra*, capítulo II, apartado 4.

por un lado, como se acaba de señalar, las pruebas se admiten y se valoran adoptando una perspectiva rigurosamente analítica: por seguir con la metáfora, si no existen las piezas el mosaico no se puede formar. Por otro lado, en el momento de la decisión final el juez debe construir una narración que dé cuenta de la situación de hecho completa que ha sido objeto de determinación: si, como se ha dicho, todos los enunciados referidos a los hechos del caso han sido adecuadamente confirmados por las pruebas, entonces están todas las piezas necesarias y el juez puede formar el mosaico de su reconstrucción de los hechos. En el interior de éste cada enunciado encuentra su posición apropiada y adquiere el significado que le corresponde en el contexto de la narración total. En la hipótesis de que el conjunto de todos los enunciados que han sido confirmados por las pruebas pudiera dar lugar a narraciones diversas (así como las piezas de un mosaico pueden formar a veces diseños diferentes), la elección deberá favorecer a la versión de los hechos que parezca más coherente narrativamente<sup>159</sup>.

### 5.1. Las cargas probatorias

Si la decisión final sobre los hechos de la causa puede resultar compleja en los casos en que todos los enunciados relativos a los hechos relevantes para la decisión han obtenido una confirmación probatoria adecuada, problemas de aún más difícil solución surgen en el caso —para nada infrecuente— de que uno o más enunciados sobre los hechos de la causa no alcancen una confirmación probatoria lo suficientemente fuerte y falte, por consiguiente, el fundamento necesario para que puedan ser considerados verdaderos. Puede ocurrir además, como se ha visto poco antes, que tampoco su falsedad resulte adecuadamente corroborada y que, por tanto, se presenten situaciones de incertidumbre no resolubles sobre la base de las pruebas de las que el juez dispone en el momento de la decisión. En el ámbito de la investigación científica la incertidumbre es frecuente, y en este caso la solución se posterga hasta que se disponga de pruebas suficientes, o bien se formulan hipótesis diferentes<sup>160</sup>. En el proceso las cosas se dan de otra manera: por un lado, *interest reipublicae ut sit finis litium* y, por consiguiente, la decisión no puede ser pospuesta indefinidamente con la esperanza de que entre en juego una nueva prueba que resuelva la duda (con todo, se debe notar que si en el proceso han sido adquiridas todas las pruebas relevantes, como debiera ocurrir<sup>161</sup>, esta esperanza sería infundada); por otro lado, en los sistemas procesales modernos el juez

<sup>159</sup> Al respecto, véase *supra*, capítulo II, apartado 5. A favor de considerar a la coherencia de la narración como un criterio válido de elección, pero sólo entre versiones de los hechos que sean igualmente verdaderas desde una perspectiva analítica, véase también TARUFFO, 1992: 293.

<sup>160</sup> Cfr. HAACK, 2007a: 73.

<sup>161</sup> Véase *supra*, capítulo IV, apartado 2.1.

no puede limitarse a pronunciar un *non liquet*, y debe en todo caso resolver la incertidumbre, decidiendo definitivamente la controversia<sup>162</sup>.

Con el fin de hacer posible que el juez formule siempre una decisión final, aun a falta de confirmación probatoria de uno o más hechos principales<sup>163</sup>, la mayor parte de los ordenamientos prevé —enunciándolas explícitamente como normas generales<sup>164</sup>, o admitiéndolas como principios implícitos en el sistema y regulando supuestos de hecho particulares<sup>165</sup>— «reglas de juicio» que se basan en la asignación, a las partes, de la carga de la prueba<sup>166</sup>: quien no demuestra la verdad de los hechos que tiene la carga de probar es derrotado, pues el juez debe establecer las consecuencias de la falta de prueba de los hechos que una parte ha alegado, decidiendo en su contra.

El principio fundamental que se sigue en numerosos ordenamientos se expresa tradicionalmente a través del brocardo *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Se trata de la versión procesal de una regla generalísima de *fairness*, en virtud de la cual, quien hace una afirmación debe estar listo y dispuesto, si es requerido, a demostrar la verdad de lo que ha afirmado. Una de las máximas que —según GRICE<sup>167</sup>— regulan la calidad de la conversación requiere que no se afirme aquello de lo que no se tienen pruebas adecuadas: esto implica que, cuando sea necesario y oportuno, esas pruebas deben ser proporcionadas. En efecto, se comporta de forma incorrecta quien hace una afirmación con la pretensión de que sea asumida como verdadera sin proveer ninguna demostración, descargando en quien disiente de ella la carga de probar su falsedad. Prescindiendo del hecho de que la falta de demostración de la falsedad de una afirmación no equivale a la prueba de su verdad, se trata en todo caso de una conducta arbitraria y prevaricadora, que no es aceptable en el contexto de una comunicación racional y correcta. Esa conducta parece todavía menos aceptable en la medida que de la afirmación —no demostrada— de un hecho se hicieran derivar consecuencias jurídicas negativas respecto de otro sujeto: esto es lo que ocurriría si se admitiera que la demanda del actor pudiera ser

<sup>162</sup> Sobre el origen y la historia de la prohibición de pronunciar un *non liquet*, véase, en particular, MICHELI, 1966: 4, 12, 25, 151. Sobre la necesidad de que el juez decida incluso en la hipótesis de incertidumbre respecto de los hechos, cfr., especialmente VERDE, 1974: 57; COMOGLIO, 1976a: 177.

<sup>163</sup> Si falta la prueba de un hecho secundario las consecuencias son diferentes: ese hecho no podrá ser utilizado como premisa de una inferencia referida a un hecho principal. Sólo en el caso de que esa inferencia hubiera sido la única confirmación del enunciado relativo al hecho principal, la consecuencia será la falta de prueba de este hecho.

<sup>164</sup> Es lo que ocurre, por ejemplo, en el ordenamiento italiano con el art. 2.697 del Código Civil (sobre el cual, véase PATTI, 1987: 83; TARUFFO, 2005d: t. II, 5505), y en el ordenamiento español con el art. 217, 1-3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 (sobre el cual, véase la literatura citada *infra*, en la nota 187).

<sup>165</sup> Es el caso del ordenamiento alemán, sobre el cual véase, también para otras referencias bibliográficas, TARUFFO, 1995: 67, y el amplio análisis de BAUMGÄRTEL, 1991.

<sup>166</sup> Sobre la regla de carga de la prueba como regla de juicio, cfr., en particular, MICHELI, 1966: 19, 151, 213, 265; VERDE, 1974: 26, 35; COMOGLIO, 1976a: 169, 178; TARUFFO, 1995: 73.

<sup>167</sup> Cfr. GRICE, 1989: 27.

acogida sin que éste probara la verdad de los hechos que ha alegado y, por tanto, se admitiera que el demandado pudiera perder el caso sin que el actor haya probado tener razón «en los hechos». Atribuir, en el proceso, la victoria a quien ha alegado un hecho sin demostrarlo parece un privilegio carente de justificación.

Por otra parte, la regla general sobre la carga de la prueba tiene una evidente función epistémica: apunta ante todo a imponer a quien haya alegado un hecho la carga de demostrar con pruebas que ese hecho ocurrió verdaderamente. Esta regla está dirigida, entonces, a favorecer la determinación de la verdad y a lograr que la decisión final se funde en esa determinación. Presiona a la parte que ha alegado un hecho para que suministre su prueba, amenazándola —por decirlo así— con la derrota en el caso que el hecho no resulte probado. Tan sólo en esta situación la regla prevé que se adopte, en todo caso, una decisión, a falta de una determinación verdadera del hecho.

Vale la pena subrayar al respecto que esta falta de prueba tiene lugar tanto en el caso de que resulte demostrada la falsedad de X, como en el caso de que no resulte demostrada la verdad de X (lo que ocurre también cuando no existe prueba suficiente de la verdad de X, y no sólo cuando no existe prueba alguna de la verdad de X). Como se ha señalado poco antes, los enunciados respectivos no son equivalentes desde un punto de vista lógico y epistémico, pero en el ámbito del proceso son considerados —salvo alguna excepción<sup>168</sup>— como funcionalmente equivalentes, dado que se trata de formas diferentes en las que puede tener lugar la falta de prueba de la verdad de un enunciado de hecho<sup>169</sup>.

Desde un punto de vista general, la regla fundamental según la cual quien hace una afirmación asume la carga de demostrar que la misma es verdadera, podría ser suficiente para resolver el problema de definir, en el contexto del proceso, qué parte asume el riesgo de la falta de prueba de un hecho que ha alegado. En efecto, esa regla permitiría determinar *en cada caso* el resultado de la controversia, sobre la base de un criterio relativamente simple.

No obstante, el problema de la carga de la prueba es uno de los más complejos que se presentan en el ámbito del derecho procesal. Las razones de esto son variadas y no pueden examinarse aquí en forma exhaustiva, pero vale la pena hacer una sintética referencia a algunas de ellas, que tienen mayor impacto en el resultado final de la controversia.

Por una parte, con frecuencia ocurre que, más allá de la formulación netamente procesal invocada poco antes —que impone la carga de la prueba a

<sup>168</sup> Cfr., p. ej., el art. 530, núms. 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal italiano, sobre el cual cfr. CONSO y GREVI, 2005: 1879.

<sup>169</sup> Véanse *supra*, apartado 4.1, y, además, TARUFFO, 1995: 66.

quien ha *alegado* un hecho—, el problema se desplaza hacia la determinación de qué parte tenía *la carga de alegar* un cierto hecho. Debiera resultar claro que alegar un cierto hecho y demostrar con pruebas la verdad de lo alegado son cosas muy diferentes, de modo que también la carga de alegación (admitiendo, pero no concediendo que una carga de este tipo exista)<sup>170</sup> y la carga de la prueba debieran ser cosas muy diferentes. Es cierto que si se dice que una parte tiene la carga de alegar un hecho, y lo alega en concreto, tiene entonces también la carga de demostrar que ese hecho ha ocurrido efectivamente, pero se trata en todo caso de actividades diferentes. Si el actor tiene la carga de alegar el hecho constitutivo del derecho que hace valer (de acuerdo con el art. 163, núm. 4, del Código de Procedimiento Civil italiano), tendrá también la carga de probar que ese hecho ha ocurrido, pero las consecuencias de no satisfacer cada carga son diferentes: si el actor no alega el hecho constitutivo, el acto de iniciación del proceso es nulo (de acuerdo con el art. 164), pero si lo ha alegado y no lo ha probado, entonces el acto de iniciación del proceso es válido, pero el actor es vencido por una cuestión de fondo, conforme al art. 2.697 del Código Civil italiano.

Con todo, es usual que se pase por alto esta trivial distinción, y que el problema de «quién debe probar qué cosa» se convierta en el problema de «quién debe alegar, y por consiguiente probar, qué cosa», o bien que la carga de la prueba sea referida *tout court* no a los hechos alegados, sino a los hechos que en todo caso una parte *habría debido* alegar, y luego probar, como fundamento de sus demandas o excepciones. De este modo, el problema de la carga de la prueba se termina formulando no respecto de las posiciones procesales que las partes han asumido a través de sus alegaciones, sino respecto de sus posiciones en relación con el *supuesto de hecho sustantivo* que ha sido invocado en el proceso. De esto se derivan problemas extremadamente complejos —que no pueden ser abordados aquí—, como los que conciernen a la clasificación de los hechos sobre la base de las normas sustantivas que regulan cada supuesto de hecho y, en particular, a la identificación del hecho impeditivo<sup>171</sup>. Se deriva también la necesidad de recurrir al supuesto de hecho sustantivo para determinar de caso en caso qué cargas probatorias le corresponden a cada parte, como ocurre con la llamada *Normentheorie*, según la cual cada parte tiene la carga de proveer la prueba de los hechos en los que se funda la norma que la misma parte invoca como criterio para la determinación de consecuencias jurídicas a su favor<sup>172</sup>.

<sup>170</sup> COMOGGIO (1976a: 75) nota justamente que no hay rastro de una carga tal en el derecho positivo italiano, y que —a lo sumo— éste se presupone como premisa implícita de la carga de la prueba. En un sentido crítico respecto de la existencia de una carga de alegación, véase, entre lo más reciente, FABIANI, 2008: 242.

<sup>171</sup> Sobre el tema, cfr., en especial, MICHELI, 1966: 272; TARUFFO, 1995: 68; VERDE, 1974: 179, 267, 371; PATTI, 1987: 97; COMOGGIO, 1976a: 185.

<sup>172</sup> Al respecto, cfr., también para referencias a la doctrina alemana que ha elaborado esta teoría, TARUFFO, 1995: 67; PATTI, 1987: 85.

Por otra parte, se debe subrayar también que son frecuentes las hipótesis en las que la regla general de distribución de las cargas probatorias no es aplicada.

Algunas veces esto sucede en razón de los rasgos estructurales de cada sistema procesal, como en el caso de los ordenamientos de *common law*. En Inglaterra la regla en cuestión algunas veces se aplica, pero desde hace tiempo la jurisprudencia le ha introducido numerosas reservas y adecuaciones, en una pluralidad de supuestos de hecho particulares<sup>173</sup>. En los Estados Unidos la regla no existe, y es entonces el juez quien determina caso a caso qué parte tiene la carga de probar qué hecho, sobre la base de varios criterios, el principal de los cuales se refiere a la mayor facilidad con que una parte puede acceder a los conocimientos necesarios o disponer de la prueba<sup>174</sup>.

En los ordenamientos de *civil law* la regla del *onus probandi* es, en principio, generalmente reconocida como válida, pero terminan por ser más importantes las reservas que se le insertan, y las consiguientes modificaciones de lo que podría considerarse como la distribución «originaria» de las cargas probatorias. Este fenómeno se presenta en numerosas situaciones, y por varias razones. Algunas veces se trata de facilitar la tutela de los derechos de sujetos que son considerados como particularmente «débiles», y que se encontrarían en graves dificultades —o incluso en la imposibilidad— de proporcionar la prueba sobre los hechos en que se fundan sus pretensiones; otras veces se plantea la necesidad de hacer que proporcione una prueba la parte que está en posesión de ella o que puede conseguirla más fácilmente; otras veces se advierte la necesidad de reequilibrar —en el interior del proceso— situaciones caracterizadas por la existencia de una diferencia significativa de posibilidades de defensa entre las partes. Muchas veces, por otra parte, se toma en cuenta una combinación de razones diversas, de entre las que han sido mencionadas. De esta forma se llegan a identificar varias posiciones procesales en las que la aplicación rigurosa de la regla fundamental del *onus probandi* llevaría, con toda probabilidad, a que fueran derrotados los sujetos que, sin embargo, se supone que son titulares de los derechos, a causa de las dificultades o de la imposibilidad de probar su fundamento fáctico<sup>175</sup>. Se trata, en particular, del trabajador<sup>176</sup>, de quien demanda la eliminación una discriminación<sup>177</sup>, y de

<sup>173</sup> Cfr. KIRALFY, 1987.

<sup>174</sup> Cfr., en particular, JAMES, HAZARD y LEUBSDORF, 1965: 343. Para la comprensión del problema en el ámbito del proceso norteamericano, es necesario tener presente que existe tanto una carga de producir pruebas (*burden of production*; *burden of going forward with the evidence*), cuya satisfacción es condición para que el proceso pueda proseguir hasta el *trial*, como un *burden of proof* (o *burden of persuasion*) propiamente tal, que es la carga de demostrar la verdad de un hecho. Sobre esta distinción, cfr. JAMES, HAZARD y LEUBSDORF, 1965: 337; TARUFFO, 1995: 73.

<sup>175</sup> Para una visión panorámica del tema, cfr. CENDON y ZIVIZ, 1992: 757.

<sup>176</sup> Cfr., en particular, VALLEBONA, 1988; 1992: 809; KIRALFY, 1987: 146.

<sup>177</sup> Cfr., en especial, en Italia, el art. 4, punto 5, de la ley de 10 de abril de 1990, núm. 125, referido a acciones positivas de protección de la paridad en el lugar de trabajo, sobre el cual, véase, también para

todos quienes, en la moderna «sociedad del riesgo», están expuestos a sufrir perjuicios de la más diversa naturaleza<sup>178</sup>, pero tienen dificultades para hacer valer en juicio con éxito sus derechos, a causa de la dificultad de demostrar la existencia de los hechos en que esos derechos se fundan. Desde esta perspectiva, se podría incluso decir que la modificación de las cargas probatorias puede tener relevancia constitucional, si está dirigida a facilitar el acceso a la tutela jurisdiccional de los derechos<sup>179</sup>.

Con todo, cabe formular algunas observaciones con respecto a la relación entre el régimen de las cargas probatorias y la dimensión epistémica de la decisión final sobre los hechos.

Una primera observación quizá obvia pero importante, es que la asignación de las cargas probatorias entre las partes determina directamente el resultado de la controversia, ya que —como se ha señalado— por regla general será derrotada la parte que no logre probar el hecho que ha alegado. Por otra parte, también las excepciones a la regla determinan el resultado de la controversia, al señalar quién debe perder el caso si no prueba el hecho que tenía la carga de probar, y que no hubiera debido probar de acuerdo con la regla general<sup>180</sup>. Si así no fuera, no se explicaría por qué se introducen tantas excepciones a esta regla: su justificación reside, precisamente, en la voluntad de facilitar el éxito de un determinado sujeto, que difícilmente lo conseguiría si se aplicara la regla general.

En todo caso, dado que las excepciones a la regla general determinan directamente la decisión final, tiene sentido preguntarse si éstas favorecen o bien se oponen a la determinación de la verdad de los hechos, teniendo presente que la alteración de las cargas probatorias se realiza predominantemente bajo dos modalidades diversas<sup>181</sup>.

En muchos casos es el legislador el que interviene, usualmente a través de la técnica de las presunciones legales relativas, por medio de normas en virtud de las cuales se presume el hecho que una parte debiera probar, y se atribuye a la otra parte la carga de demostrar lo contrario<sup>182</sup>. Los ejemplos son numero-

teriores referencias bibliográficas, TARUFFO, 1992: 481. Acerca de la reciente ley española en materia de igualdad, cfr. PÉREZ GIL, 2008: 211. Sobre la jurisprudencia norteamericana en materia de prueba de la discriminación, véase, en particular, GASKINS, 1992: 47.

<sup>178</sup> Cfr., en particular, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, 2004; TARUFFO, 1995: 76.

<sup>179</sup> En este sentido, cfr. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, 2004: 24.

<sup>180</sup> Cfr. GASKINS, 1992: 22.

<sup>181</sup> No se toma aquí en cuenta, sobre todo en razón de su escasa relevancia práctica, una tercera modalidad, consistente en los acuerdos sobre la carga de la prueba que las partes pueden estipular en virtud de lo dispuesto en el art. 2.698 del Código Civil italiano (sobre el cual, véase TARUFFO, 1995: 74). Por las mismas razones no se tiene en cuenta aquí, tampoco, el fenómeno de la inversión unilateral voluntaria de la carga de la prueba, que tiene lugar cuando una parte asume conscientemente, soportando el riesgo, la carga de probar un hecho que debiera ser probado por la otra parte (sobre el cual, véase TARUFFO, 1995: 75).

<sup>182</sup> Sobre la función de la prueba contraria en el contexto de las reglas sobre carga de la prueba, véase, en especial, DANOVÍ, 2004: 212.

sos en todos los ordenamientos, y no es necesario extenderse en el análisis de supuestos de hecho específicos<sup>183</sup>. El mecanismo básico de la presunción legal relativa es simple: una norma impone al juez tener por verdadero un hecho alegado por una parte, sin que exista ninguna prueba sobre él (en particular por iniciativa de la parte que lo ha alegado) y la verdad de este hecho continúa siendo vinculante para el juez si es que la otra parte no prueba lo contrario. Se podría decir, entonces, que las normas que establecen presunciones hacen que la decisión final se ocupe de los hechos sólo cuando se han aportado pruebas contrarias. A falta de alguna prueba contraria, la decisión no considera los hechos, ya que se deriva directamente de la aplicación de la norma que establece la presunción. Considerada en sí misma, la presunción parece por tanto intrínsecamente *contraepistémica*, en la medida que pretende evitar que se pruebe el hecho presumido. Por otro lado, la eventual falta de prueba contraria, que hace efectivamente aplicable la norma que prevé la presunción, no asegura en modo alguno la verdad del hecho, y más bien la excluye<sup>184</sup>. Esto ocurre también en los casos —no infrecuentes— en que la presunción se basa en una regla de experiencia según la cual los hechos como el que es presumido tienen lugar bajo las condiciones indicadas por la norma que establece la presunción. Dejando de lado el hecho de que no siempre lo que la ley presume corresponde al *id quod plerumque accidit*, incluso cuando esto ocurre la presunción tiene una naturaleza *contraepistémica*. La norma que establece una presunción impone al juez tener *siempre* por verdadero un hecho, y de esa forma se asemeja a las normas de prueba legal, y es *contraepistémica* en el mismo sentido en que éstas lo son<sup>185</sup>: en efecto, en ambos casos existe una diferencia entre la generalidad de la norma y la falta de generalidad de la regla de experiencia que la norma presupone, y esta diferencia determina el margen de error que las normas imponen al juez y que se refleja en el déficit de veracidad que afecta, en consecuencia, a la decisión final sobre los hechos<sup>186</sup>.

Cuando es el legislador el que interviene en la distribución de las cargas probatorias, facilitando así el éxito de una u otra parte, sus decisiones son, obviamente, susceptibles de crítica, ya que puede haber disenso respecto de la preferencia que el legislador ha asignado a ciertos sujetos y no a otros, o bien

<sup>183</sup> Véase, p. ej., PATTI, 1987: 112; TARUFFO, 1995: 76, también para ulteriores referencias.

<sup>184</sup> En sentido análogo, cfr. PERELMAN, 1974: 340.

<sup>185</sup> Véase *supra*, capítulo IV, apartado 4.

<sup>186</sup> Estas consideraciones valen con mayor razón cuando un hecho está cubierto por una presunción legal absoluta —o *iuris et de iure*— que no admite prueba en contrario, y cuando una norma prevé una ficción jurídica. En el primer caso el déficit de verdad de que se habla en el texto no puede ser eliminado por la prueba contraria, que no es admisible, y una situación análoga se presenta cuando un hecho es objeto de una *factio* normativa. Ambos tipos de normas operan, en efecto, evitando que el hecho en cuestión sea objeto de determinación a través de pruebas. En particular, a propósito de las ficciones, véanse los numerosos ensayos recogidos en el libro *Le finzioni del diritto* (D'USSEAU, 2002). Aquí no se consideran directamente estas situaciones, en la medida que no tienen efectos que se refieran a la distribución de las cargas probatorias, y conciernen más bien a la regulación jurídica de la situación sustancial, afectando directamente la decisión que se adopta sobre ella.

se puede discrepar de la opción de hacer depender la decisión de mecanismos *contraepistémicos* y no de la determinación de la verdad. De este modo, el discurso se sitúa en el plano de la política del derecho sustantivo y de los criterios mediante los cuales el legislador regula el juego de los intereses contrapuestos en el ámbito de los diversos supuestos de hecho. En estos casos, el proceso y el juez se mantienen —por decirlo así— en el trasfondo, al tratarse simplemente de ejecutar ciertas elecciones de política del derecho que han sido adoptadas antes y fuera del proceso. Así, por ejemplo, quien concuerde con el valor de la igualdad está legitimado para considerar favorablemente las normas sobre cargas probatorias que faciliten la prueba de la discriminación, del mismo modo que quien valora la tutela de los derechos de los individuos respecto de los perjuicios que éstos pueden sufrir en la «sociedad del riesgo», podrá sentirse inclinado a considerar positivamente las normas que faciliten el acceso a la tutela judicial de los consumidores o de quienes tengan un interés directo en la tutela del medio ambiente.

Muy diferentes son los problemas que se plantean cuando no es el legislador el que interviene regulando la distribución de las cargas probatorias, y son en cambio los jueces los que determinan caso a caso, discrecionalmente, qué parte tiene la carga de probar ciertos hechos.

Esta posibilidad no crea dificultades en aquellos ordenamientos —como el inglés y el norteamericano, mencionados poco antes— en los que tradicionalmente corresponde al juez el poder de asignar a las partes las respectivas cargas probatorias. Tampoco se suscitan dificultades particularmente relevantes en los ordenamientos, como el español, en los que el legislador atribuye al juez algún poder discrecional en materia de cargas de la prueba. Así, el art. 217.1, 2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 regula analíticamente las cargas probatorias correspondientes a la regla tradicional del *onus probandi*, pero luego, en el art. 217.5, se prevé la posibilidad de que normas específicas distribuyan en forma diferente las cargas probatorias entre las partes y, especialmente, en el art. 217.6, se admite que, al aplicar las reglas sobre la materia, el juez tome en cuenta «la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio», y atribuya, por consiguiente, caso a caso la carga respectiva a la parte que esté en condiciones de proporcionar de manera más sencilla la prueba de un hecho<sup>187</sup>. Se trata de una norma que expresamente reconoce y legitima el poder discrecional del juez, pero que —al regularlo— delimita su campo de aplicación: en resumen, sólo en el caso en el que conste la *facilidad probatoria* de una parte el juez puede descartar la aplicación de la regla general.

<sup>187</sup> Sobre el art. 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española véase, en particular, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, 2004: 23 ss. Sobre las reglas referidas a la carga de la prueba en el proceso español, cfr., además, CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA y TAPIA FERNÁNDEZ, 2001: 786; DE LA OLIVA SANTOS y DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 298; MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO y BARONA VILAR, 2001: 255.

Dificultades significativas surgen, en cambio, en los ordenamientos, como el italiano, en los que existen normas generales que distribuyen las cargas en cuestión sobre la base de la regla tradicional del *onus probandi*, y que no prevén expresamente un poder del juez para apartarse de esa regla. Frente al art. 2.697 del Código Civil italiano (y sin perjuicio de las normas que específicamente prevén presunciones legales) no es fácil reconocer al juez el poder discrecional de asignar esas cargas de un modo diverso al previsto por la ley. Si el art. 2.697 señala que debe ser el actor el que pruebe el hecho constitutivo del derecho que hace valer, no se vislumbra en función de qué razón el juez podría dejar de aplicar esta norma e imponer al demandado la carga de la prueba contraria, eximiendo al actor de su carga probatoria. En otras palabras, parecen existir buenas razones para dudar de la legitimidad de las llamadas presunciones jurisprudenciales<sup>188</sup>, es decir, de las presunciones que son creadas por los jueces, no por el legislador, haciendo excepción (*rectius*: haciendo infracción) a las normas que —como el art. 2.697 en el ordenamiento italiano— ya prevén una distribución diferente de las cargas probatorias. Parece claro, en efecto, que de este modo los jueces adoptan reglas de juicio diferentes de las que la ley prevé, y se autoatribuyen un poder discrecional que ninguna norma les ha conferido.

No obstante estas dificultades, las concepciones que admiten que los jueces manipulen caso a caso la distribución de las cargas probatorias entre las partes, determinando así de forma discrecional las posibilidades de éxito de una u otra parte, tienen amplia difusión en diversos ordenamientos. Junto a las *presunzioni giurisprudenziali* de la experiencia italiana, se puede señalar también la llamada *carga dinámica de la prueba* conocida en algunos ordenamientos de lengua española<sup>189</sup> y la *Anscheinsbeweis* (o prueba *prima facie*), en virtud de la cual el juez alemán invierte la carga de la prueba si el hecho alegado por una parte corresponde a un acontecimiento «típico» que ocurre con cierta frecuencia<sup>190</sup>.

Estas manipulaciones de las cargas probatorias por obra de los jueces pueden depender de diversas razones. En algunos casos se fundan en valoraciones *sensu lato* equitativas (o, en la peor hipótesis, judicialistas), en virtud de las cuales el juez considera justo y equitativo reequilibrar la posición de las partes a fin de hacer posible, o de facilitar, la tutela del derecho de un sujeto procesalmente débil. Otras veces se considera oportuno atribuir la carga de la prueba a la parte que dispone del medio de prueba o que está más «cerca» de él. Otras veces se considera que no vale la pena pedir a una parte que pruebe algo que

<sup>188</sup> El fenómeno de las presunciones jurisprudenciales afecta a diversos supuestos de hecho, y es conocido desde hace tiempo por la doctrina italiana. Sobre el tema, cfr., en especial, VERDE, 1974: 135. Véase también VALLEBONA, 1992: 816; VALLEBONA, 1988: 23, 153; TARUFFO, 1995: 77.

<sup>189</sup> Sobre el tema, cfr., en particular, GARCÍA GRANDE, 2005.

<sup>190</sup> Sobre la *Anscheinsbeweis*, cfr., también para referencias a la rica literatura alemana sobre el tema, TARUFFO, 1992: 483.

a primera vista parece «normal», y que, en cambio, es oportuno requerir a la parte que ha alegado un hecho «anormal» o excepcional que proporcione su demostración.

Con todo, justificaciones como éstas parecen bastante débiles. Por una parte, suponer que corresponda al juez una especie de poder general de manipular las posiciones probatorias de las partes en favor de la parte que el juez considere que merece ganar el caso, en razón de sus cualidades subjetivas, significa atribuir al juez un poder equitativo (o judicialista) muy amplio, que no se concilia adecuadamente con la debida imparcialidad del juez con respecto a las partes<sup>191</sup>. Una cosa es que sea el legislador —sobre la base de opciones de política jurídica que siempre pueden ser discutidas, pero que al menos tienen la ventaja de ser expresas y de ser formuladas en términos generales— quien modifique a través de presunciones la distribución de las cargas probatorias entre las partes, mientras algo muy diferente sucede cuando quien lo hace es el juez, sobre la base de sus preferencias subjetivas respecto de la solución justa de la controversia en el caso concreto.

También es débil la justificación que se funda en la mayor «proximidad» de una parte a un medio de prueba y, por tanto, en la necesidad de facilitar la aportación de esa prueba al proceso. Este argumento podría parecer epistémicamente válido, pues apunta a favorecer la adquisición de la prueba en juicio. Esta incrementaría efectivamente la posibilidad de que la decisión final sobre el hecho se funde en la prueba, más que en la falta de prueba, pero este fin se perseguiría de un modo errado y excesivo. Para alcanzarlo no es necesario manipular las cargas probatorias: es suficiente prever una obligación de *disclosure*, adecuadamente sancionada, en virtud de la cual cada parte deba producir todas las pruebas relevantes que posea o que estén disponibles, comprendidas las pruebas que producirían efectos desfavorables hacia ella<sup>192</sup>. Si se trata de lograr que una parte pueda utilizar las pruebas que estén disponibles para la otra parte, tampoco es necesario intervenir en la distribución de las cargas probatorias: sería suficiente —y más correcto— prever una orden de exhibición, efectiva y adecuadamente sancionada<sup>193</sup>, que impusiera a la parte que dispone de la prueba que sería útil a la otra parte aportarla al juicio.

<sup>191</sup> En el capítulo III, apartado 4.5, se mostró cómo la imparcialidad del juez resulta compatible con la búsqueda de la verdad de los hechos, y en el capítulo IV, apartado 5.2, se ha visto como un rol activo del juez en la disposición de pruebas de oficio es, a su vez, compatible con la imparcialidad del mismo juez. Es lícito dudar, en cambio, que pueda mantenerse verdaderamente imparcial el juez que modifica la distribución de las cargas probatorias entre las partes con vistas a favorecer la victoria de una de ellas y la derrota de la otra.

<sup>192</sup> El *duty of disclosure* está previsto de forma analítica por una de las normas fundamentales que regulan el proceso civil norteamericano, esto es, la Regla 26 (a) de las *Federal Rules of Civil Procedure*, que impone a las partes la obligación preliminar de comunicar a las otras partes todas las informaciones relativas a las pruebas de que dispone.

<sup>193</sup> En este sentido, cfr., en particular, GRAZIOSI (2003: 202, 279).

También el criterio según el cual no sería necesario requerir prueba de lo que es «típico» (como en la *Anscheinsbeweis* alemana) o «normal», como ocurre en los Estados Unidos en las hipótesis de la llamada *res ipsa loquitur* en materia de responsabilidad civil<sup>194</sup>, parece apoyado por una justificación muy débil. Como se ha visto ampliamente en otro momento<sup>195</sup>, lo que parece corresponder a acontecimientos típicos o al *id quod plerumque accidit* puede ser falso en el caso concreto: por consiguiente, lo que ha ocurrido (normal o anormal, típico o atípico) debiera probarse, en todo caso, de forma específica. El actor no tendrá la carga de probar la ley de Newton (que pertenece al ámbito de lo notorio), pero deberá en todo caso probar que su automóvil ha sido golpeado por una maceta caída desde lo alto por un descuido imputable al demandado; no deberá ser éste quien pruebe que la maceta caída de su balcón quedó suspendida en el aire o que cayó en otra parte, y pierda el juicio si fracasa esa prueba.

Además de fundarse en justificaciones muy débiles, como las que aquí se han considerado, la práctica judicial de inventar presunciones que la ley no prevé, o de manipular de cualquier modo la distribución de las cargas probatorias, está expuesta a otras objeciones de naturaleza estrictamente procesal.

Por un lado, se debe considerar que mientras las presunciones legales están formuladas en términos generales, y por consiguiente son conocidas por las partes aun antes de que éstas den inicio al proceso, las presunciones judiciales son formuladas caso a caso, sobre la base de consideraciones que se refieren a las peculiaridades de cada situación hecha valer en juicio. Esto podrá complacer a los sostenedores de la tesis según la cual la decisión debiera fundarse exclusivamente en los *particulars* de cada caso<sup>196</sup>, pero vuelve imprevisible —para las partes y para cualquiera— el resultado de la controversia. En otras palabras: frente a una presunción fijada por la ley las partes tienen la posibilidad de evaluar, con un elevado grado de previsibilidad, cuál será la distribución de las cargas probatorias y tienen, por consiguiente, la posibilidad de construir sus estrategias procesales y probatorias sobre la base de esta previsión. Esto no ocurre, en cambio, cuando el juez manipula discrecionalmente las cargas probatorias, procediendo caso a caso: las partes no pueden prever lo que hará el juez y, por tanto, no pueden prepararse adecuadamente frente a los criterios que el juez adoptará como regla de juicio. En el sentido opuesto no es válido replicar que en muchos supuestos de hecho existe una jurisprudencia consolidada y que, por consiguiente, las presunciones jurisprudenciales no serían entonces tan distintas —desde el punto de vista que aquí se considera— de las presunciones legales. Este argumento es profundamente falaz: por una parte, antes de que una jurisprudencia se consolide no existe, y por consiguiente no

proporciona ninguna regla estable de referencia<sup>197</sup>; por otra parte, es notorio que la jurisprudencia —en particular la italiana— es variable y mutable<sup>198</sup>, de modo que, ciertamente, la referencia a ella no es tan fiable como la referencia a una norma legal que establece una presunción<sup>199</sup>. Por otra parte, siempre es posible que cada juez considere que no debe resolver de modo uniforme con la jurisprudencia consolidada, cuando ésta exista, y que, por consiguiente, se vuelvan vanas las previsiones de las partes al respecto.

Por otro lado, es usual que el juez manipule las cargas probatorias sólo al llegar el momento de la adopción de la decisión final, cuando determina qué hechos han sido probados y por quién, y define sobre cuál de las partes debe recaer la consecuencia de la falta de prueba de un cierto hecho. Si la decisión se formula sobre la base de normas jurídicas preexistentes, no se plantea ningún problema, en la medida que —como se acaba de señalar— las partes estaban en condiciones de prever el resultado de la controversia sobre la base de los resultados producidos por las pruebas y, por consiguiente, estaban en condiciones de defenderse teniendo en cuenta una imagen fiable de sus situaciones procesales. Esto no ocurre, evidentemente, cuando la distribución de las cargas probatorias es redefinida por el juez en el momento de formular la decisión final, atribuyendo a una de las partes una carga probatoria que ésta no habría tenido según el art. 2.697 del Código Civil italiano, y declarándola perdedora porque el hecho en cuestión no ha sido probado. Una situación de este tipo parece particularmente injusta cuando ocurre al final del proceso, esto es, en un momento en el que la parte que ha resultado gravada por una carga que le es impuesta por el juez no está ya en condiciones de satisfacerla, ni siquiera en el caso de que dispusiera de una prueba idónea en tal sentido. Es claro que de este modo el juez viola la regla del contradictorio, pues adopta un criterio de decisión *ad hoc* y deja prácticamente en la imposibilidad de defenderse a la parte a la que atribuye una carga probatoria no prevista por la ley. Por ejemplo: el demandado que ha confiado en la derrota del actor, porque éste no ha podido probar los hechos que había alegado, termina perdiendo el caso porque no lo ha demostrado lo contrario de lo que el actor habría debido demostrar, y no lo ha demostrado porque el mismo demandado no supo oportunamente que —según el juez— debía haberlo hecho. Se trata de una situación por decir poco paradójica en la que —de hecho— el juez termina por atribuir la victoria o la derrota de forma sustancialmente arbitraria, no sólo manipulando el resultado de la controversia sino también violando las garantías fundamentales de las partes.

<sup>197</sup> Es lícito imaginar que la primera vez que un juez inglés consideró a la isla de Menorca como parte de la ciudad de Londres eso haya sido motivo de sorpresa, y que esta decisión resultara difícilmente previsible. Sobre este caso, cfr. CHIASSONI, 2002: 60.

<sup>198</sup> Cfr. al respecto, también para ulteriores referencias bibliográficas, TARUFFO, 2007b: 714.

<sup>199</sup> Un ejemplo muy significativo es el de las oscilaciones de la jurisprudencia en materia de carga de la prueba en el ámbito de la responsabilidad del médico por los perjuicios sufridos por el paciente. Sobre el tema, cfr., p. ej., SCALAMOGNA, 2005: 361. Cfr. también ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, 2004: 71.

<sup>194</sup> Cfr. JAMES, HAZARD y LEUBSDORF, 1965: 345; GASKINS, 1992: 27 ss.

<sup>195</sup> Véase *supra*, capítulo III, apartado 2.3.

<sup>196</sup> Sobre el tema, véase *supra*, apartado 2 en este mismo capítulo.

Estos inconvenientes son muy graves, pero no se presentarían si los jueces se abstuvieran de manipular la distribución de las cargas probatorias entre las partes, y se limitaran a aplicar las reglas que la ley enuncia a este respecto. Con todo, si el impulso al judicialismo del caso concreto fuera tan irresistible como para que no se pudiera evitar la manipulación de las cargas de la prueba, esto al menos debiera ocurrir de modo tal que no afectara el derecho de defensa de las partes. En otras palabras, el juez que pretendiera ejercer su supuesto poder de intervenir sobre las cargas de la prueba debiera al menos comunicar esta intención a las partes con la mayor anticipación posible, a fin de permitirles preparar sus actividades defensivas y probatorias teniendo en cuenta la regla de juicio que el juez prevé adoptar<sup>200</sup>.

## 6. DECISIÓN Y MOTIVACIÓN

En las páginas precedentes se han delineado algunas de las modalidades principales con las que un juez racional construye su narración conclusiva de los hechos del caso. Se ha dedicado particular atención a los aspectos en virtud de los cuales esta narración se presenta como verdadera, en la medida que los enunciados que la componen encuentran en las pruebas un grado adecuado de confirmación. El discurso debe completarse ahora para precisar que esta construcción se expresa en un texto en el que los hechos del caso son narrados: este texto corresponde a la parte de la motivación de la sentencia que concierne a los hechos y a las razones por las que resultan probados y —en consecuencia— determinados. Sobre las características más relevantes de este texto vale la pena realizar algunas consideraciones adicionales.

Ante todo, es necesario que este texto exista, esto es, que la decisión sobre los hechos sea motivada. Si, como ocurre en los casos de *jury trial* (pero también en los casos en que el juez estadounidense de primera instancia decide sin jurado), no existe motivación de la valoración de las pruebas ni de la decisión final sobre los hechos<sup>201</sup>, el problema —evidentemente— no se plantea siquiera: el *trier of fact* formula su decisión de modos no conocibles (y, por tanto,

<sup>200</sup> Si fuera aplicada con adecuada seriedad (lo que no ocurre) la regla fijada por el art. 185, inciso cuarto, del Código de Procedimiento Civil italiano, según el cual el juez indica (*rectius*: debe indicar) a las partes las cuestiones advertidas de oficio que considera oportuno tratar, se seguiría que el juez tendría la obligación de comunicar a las partes la intención (del mismo juez) de dar lugar a una manipulación de las cargas probatorias, determinándolas de modo diferente al previsto por las normas generales o por las normas particulares que regulan el supuesto de hecho en cuestión. Es cierto que no se trataría, en sentido técnico, de una cuestión que pudiera ser advertida de oficio, pero parece evidente que se trata de una variación de la regla de juicio que, al determinar el resultado de la controversia, afecta decisivamente la posibilidad de las partes de desarrollar una defensa efectiva y oportuna en relación con los hechos del caso. Sobre los problemas relativos a la infracción del contradictorio que se derivan de un uso inadecuado de los poderes del juez en materia de pruebas, véase, más ampliamente, TARUFFO, 1992: 405, y, en particular, FERRI, 1984: 82, 101.

<sup>201</sup> Al respecto, véase *supra*, capítulo IV, apartado 6.2.

posiblemente casuales o irracionales), y la decisión final es oracular, apodíctica, no justificada. En estos casos es claro que todo lo dicho hasta ahora, y lo que se dirá enseguida, carece de sentido: ni siquiera sería apropiado hablar de «narración», dado que nadie narra nada respecto de los hechos que son objeto de decisión. Ciertamente es que no faltan investigaciones e hipótesis con respecto a la forma en que se supone que los jurados deciden<sup>202</sup>, pero nada demuestra que en realidad los jurados (como, por lo demás, los jueces) construyan un razonamiento sobre las pruebas y sobre los hechos, y no decidan en cambio por intuiciones o preferencias subjetivas, o incluso de manera casual.

Con todo, en la mayor parte de los ordenamientos procesales modernos se impone a todos los órganos jurisdiccionales la obligación de motivar sus resoluciones, y no es infrecuente que esta obligación esté prevista a nivel constitucional, como es el caso del art. 111, inciso sexto, de la Constitución italiana<sup>203</sup>. En otros ordenamientos, como en Inglaterra, no existe una obligación expresa de motivar pero sí existe una práctica judicial consolidada en tal sentido. En todos estos casos el juez debe justificar su decisión enunciando las razones por las que debe considerarse válida y racionalmente fundada. La obligación de motivar se refiere en particular al juicio sobre los hechos<sup>204</sup>, y es sobre este aspecto que vale la pena desarrollar algunas observaciones.

Ante todo, como cualquier texto (lo mismo valdría para una novela o una poesía), la motivación no reproduce ni da cuenta de los procedimientos mentales, de la secuencia de pensamientos ni de los estados psicológicos que han llevado al autor construirlo. El texto es el producto de una actividad que puede ser incluso muy compleja, pero no es la descripción o la reproducción de esa actividad. Del mismo modo, la motivación —contrariamente a lo que muchos piensan<sup>205</sup>— no es un recuento del llamado *iter* lógico-psicológico que el juez ha seguido para llegar a la formulación final de su decisión. Fuera de que esto sería, por razones obvias, imposible, a nadie le interesa la dinámica de las sinapsis que se han producido entre las neuronas del juez, como tampoco son relevantes sus humores, sus sentimientos, y cualquier otra cosa que haya podido suceder *in interiore homine*. Por poner un ejemplo entre los infinitos posibles: no interesa saber si el juez intuyó que un cierto testigo era creíble a las cuatro de la mañana saliendo de un bar después de abundantes libaciones. Lo que interesa verdaderamente es el resultado de todo eso: el texto que narra los hechos del caso, esto es, la versión de los hechos que el juez considera

<sup>202</sup> Véase *supra*, capítulo II, apartado 4; capítulo IV, apartado 6.2.

<sup>203</sup> Sobre el significado de la garantía constitucional de la motivación, véase, más ampliamente, TARUFFO, 1999: 772, 776; 1975: 392; ANDOLINA y VIGNERA, 1990: 193.

<sup>204</sup> Cfr. TARUFFO, 1999: 782; 1992: 408 ss.

<sup>205</sup> Una concepción de este tipo aflora de vez en cuando en la jurisprudencia (cfr. TARUFFO, 1999: 778), y tiene bastante difusión entre las concepciones positivistas tradicionales del razonamiento del juez (sobre las cuales véase, en sentido crítico, JACKSON, 2006: 223). A favor de la idea de que la motivación *deba* corresponder al *iter* a través del cual el juez ha llegado a formular la decisión, cfr., p. ej., IACOVIELLO, 1997: 58.

correspondiente a la verdad de los acontecimientos narrados, y que explica las razones por las que el juez considera esos hechos como verdaderos, valorando, por ejemplo, como creíble a ese testigo.

No se trata sólo, sin embargo, de una narración caracterizada por una pretensión de verdad. Como se ha señalado precedentemente<sup>206</sup>, la narración del juez está estructurada en varios niveles, y se organiza a través de una red ordenada de inferencias probatorias. A través de esta estructura la narración del juez proporciona una justificación de los enunciados sobre los hechos principales del caso.

En las páginas precedentes se han examinado los principales criterios que el juez debiera seguir para llegar a formular la decisión final sobre los hechos del caso de forma racionalmente justificada. Es decir, se ha hecho referencia a la racionalidad de un procedimiento *heurístico*, por medio del cual el juez descubre y formula una decisión apropiada y verdadera sobre los hechos. Pero no se ha descrito este procedimiento en su desarrollo lógico y cronológico. Así, por ejemplo, no se ha hablado de la inferencia abductiva<sup>207</sup>, mediante la cual se formulan las hipótesis destinadas a ser luego verificadas o falsificadas por las pruebas, y no se ha hablado del *trial and error* (o del galileano «*provando e riprovando*») con el que se falsifican y se descartan las hipótesis que no han sido confirmadas. Estos aspectos conciernen a las modalidades con las que el juicio de hecho se va formando en el curso del proceso y, por consiguiente, al procedimiento a través del cual «se encuentra» y se confirma una versión de los hechos, pero no son necesariamente relevantes en el contexto de la narración «justificada» que constituye su resultado final.

Naturalmente, nada impide que el juez construya esta narración utilizando también criterios, inferencias, opciones y valoraciones que ha formulado en la fase heurística de su razonamiento. Es más: el juez que sabe que deberá motivar su decisión sobre los hechos justificándola racionalmente tenderá evidentemente —si no es por otra razón, al menos para no desperdiciar energías— a aplicar ya en esa fase criterios racionales, alcanzando así una conclusión confirmada ya por «buenas razones»<sup>208</sup>. Todo esto no quita, sin embargo, que entre la fase heurística y la narración justificativa que constituye la fase siguiente del razonamiento del juez no existe necesariamente correspondencia.

La parte de la motivación de los hechos que comprende los enunciados sobre las circunstancias que constituyen los hechos principales del caso representa un aspecto esencial de lo que se puede definir como la *justificación*

*interna* de la decisión en conjunto<sup>209</sup>: se trata del llamado supuesto de hecho concreto que cae dentro del ámbito de aplicación de la regla jurídica adoptada como criterio de decisión. La justificación interna de la decisión final está constituida por la correlación (deductiva, subsuntiva) que se instaura entre la premisa de derecho y la premisa de hecho, de las que se sigue la decisión<sup>210</sup>.

Es claro, con todo, a diferencia de lo que algunas veces se supone, que la pura y simple *formulación* de los enunciados referidos a los hechos principales no agota en absoluto la obligación de motivación. Si, como se ha señalado precedentemente<sup>211</sup>, la decisión es justa en la medida que se funda en una determinación verdadera de los hechos del caso, ciertamente no basta «enunciar» estos hechos para establecer la verdad de su descripción. Como también se ha señalado<sup>212</sup>, un enunciado puede ser aceptado como verdadero bajo la condición de que haya sido adecuadamente confirmado por las pruebas disponibles: faltando esta confirmación, el enunciado no puede considerarse ni verdadero ni falso y no constituye, entonces, un fundamento válido para la decisión final. Por consiguiente, los enunciados que narran los hechos principales del caso deben estar justificados: deben explicitarse, pues, las razones por las que es racional considerar que son verdaderos. En otras palabras: se deben indicar las inferencias probatorias que atribuyen grados adecuados de confirmación a esos enunciados. Esto lleva a descartar, especialmente en lo que respecta al juicio sobre los hechos, la difundida concepción según la cual la motivación no sería otra cosa que un discurso retórico-persuasivo, dirigido no a justificar racionalmente la decisión sino a convencer a alguien de aceptarla. Esta concepción parece excesivamente reductora y sustancialmente inaceptable: al motivar, el juez no debe persuadir a nadie y, en cambio, debe proporcionar las razones por las que su decisión pueda parecer fundada frente a un control intersubjetivo de validez y de fiabilidad. En lo que respecta particularmente a la motivación de los hechos, no apunta a crear en la mente de alguien un estatus psicológico de creencia subjetiva (o persuasión) de que los hechos en cuestión son verdaderos. La motivación debe señalar las razones por las que el juez ha considerado que los hechos resultan probados según criterios objetivos y racionalmente controlables, es decir, las razones en virtud de las cuales el juez justifica su propia decisión haciendo referencia a las pruebas; no es su tarea —ni aún menos podría estar «obligado» a hacerlo— persuadir a alguien para que crea que esos hechos

<sup>209</sup> Sobre la distinción entre justificación interna y justificación externa, cfr., también para ulteriores referencias bibliográficas, TARUFFO, 1999: 777; 1975: 277; COMANDUCCI, 1992: 195.

<sup>210</sup> En el texto se hace referencia, evidentemente, al esquema tradicional de la decisión como resultado de la aplicación de las normas a los hechos. La situación es, evidentemente, diferente cuando la decisión se funda en la referencia a un precedente, ya que en tal caso el esquema fundamental de la justificación se basa en la analogía que se establece entre las circunstancias de hecho de los dos casos concretos que el juez toma en consideración. Al respecto, véase, también para ulteriores referencias bibliográficas, TARUFFO, 2007b: 712 ss.

<sup>211</sup> Véase *supra*, capítulo III, apartado 4.

<sup>212</sup> Véase *supra*, apartado 4.

<sup>206</sup> Véase *supra*, apartado 3.

<sup>207</sup> Sobre este tipo de inferencia, cfr. PEIRCE, 2003: 435, 455; BONFANTINI, 2003: 289; y, recientemente, TUZET, 2006: 66, 115, 199.

<sup>208</sup> En este sentido, cfr., p. ej., ANDRÉS IBÁÑEZ, 2005: 97. Sobre la motivación como texto que aduce «buenas razones» en apoyo de la decisión, cfr., p. ej., COMANDUCCI, 1992: 55; IACOVIELLO, 1997: 115, 239; TARUFFO, 1999: 779.

son verdaderos. Naturalmente, nada excluye que la motivación de la sentencia, al ser un discurso expresado en lenguaje común y no en un lenguaje formalizado, contenga también aspectos, pasajes, argumentos y referencias de carácter retórico, que pueden ser agregados *ad colorandum* o en el intento de hacer más asequible el discurso<sup>213</sup>. Sin embargo, estos elementos son sustancialmente superfluos, y —sobre todo— no son idóneos para colmar eventuales lagunas en la argumentación justificativa desarrollada por el juez.

Esto lleva a subrayar que, con independencia de eventuales figuras retóricas, la obligación de motivar requiere que la justificación de la decisión sobre los hechos *exista*, sea *completa* y sea, además, *coherente*.

La existencia de la motivación no es sólo *formal*, equivalente a la presencia de palabras que acompañen la parte dispositiva afirmando que los hechos principales han ocurrido de tal y tal manera, sino sobre todo *material*, consistente en la presencia efectiva de un razonamiento justificativo apto para mostrar que esos enunciados se pueden considerar como verdaderos sobre la base de las pruebas que los confirman. La falta formal de motivación de los hechos puede considerarse como un caso límite, pero es frecuente su posible falta material.

Puede existir, por ejemplo, una motivación *ficticia* (la *Scheinbegründung* de la doctrina alemana), si el juez dice algo, pero lo que dice no constituye una justificación de la decisión sobre los hechos. No son infrecuentes, en verdad, los casos en que el juez no expresa en realidad las razones de esa decisión, y no se refiere a las pruebas en que debiera fundarse.

Una carencia análoga se presenta en la hipótesis de la motivación *implícita*, admitida a menudo por la jurisprudencia<sup>214</sup>, que tiene lugar cuando la determinación de un hecho o la valoración de una prueba, a los que el juez no se refiere, serían incompatibles con otro hecho, o con otra prueba, a los que la motivación sí hace referencia. En realidad, la motivación implícita es una no-motivación, ya que la determinación de un hecho incompatible o la valoración de una prueba contraria, no implican que esté justificada la exclusión —de la motivación— de toda referencia a otro hecho o a otra prueba. Si X es incompatible con Y, la enunciación de Y no explica en absoluto por qué razones se ha descartado X: la exclusión de X carece entonces de justificación. El juez debiera, al menos, explicar por qué X e Y son incompatibles. Análogamente, la afirmación según la cual es convincente la prueba de la verdad de X no explica en modo alguno por qué razón el juez no ha considerado convincente la prueba de la falsedad del mismo enunciado, o la prueba de la verdad de Y, en la hipótesis de que Y sea incompatible con X.

<sup>213</sup> Al respecto, véase, más ampliamente, TARUFFO, 1975: 114, 191, 202.

<sup>214</sup> Cfr., para referencias, CARPI y TARUFFO, 1984: 1031. Cfr., además, TARUFFO, 1999: 785; 1975:

Además, la motivación también es inexistente si es formulada *per relationem*, es decir, cuando el juez (normalmente, el juez de apelación) no motiva su decisión aduciendo *sus* razones en sustento de ella, sino que reenvía a las razones expresadas por otro juez (normalmente, el juez de primera instancia). Aunque la jurisprudencia tienda a admitir este fenómeno —requiriendo, en el mejor de los casos, que el juez explique por qué acoge la motivación de otro juez<sup>215</sup>—, parece claro que también en este caso concurre una inexistencia sustancial de justificación de la decisión, ya que la motivación no expresa las razones por las que el juez ha decidido de ese modo específico sobre los hechos del caso.

La plenitud de la motivación sobre los hechos implica, ante todo, que exista una justificación adecuada de cada enunciado relativo a las circunstancias que constituyen los hechos principales<sup>216</sup>. En otras palabras: cada enunciado que se presenta como verdadero debe ser confirmado por las inferencias probatorias de las que constituya la conclusión. Lo mismo vale para cada enunciado cuya falsedad haya sido confirmada por las pruebas, ya que también los enunciados falsos resultan de inferencias probatorias. Por otra parte, también los enunciados que han obtenido confirmaciones probatorias débiles, o que no han obtenido ninguna confirmación probatoria, deben ser tomados en cuenta: el juez debe explicar las razones por las que las pruebas no son suficientes para conferirles confirmación probatoria<sup>217</sup>. Dado que en estas situaciones el juez debe decidir la controversia aplicando, como ya se ha señalado, las reglas sobre carga de la prueba, debe justificar esta decisión explicando las razones por las que la prueba de ciertos hechos no ha sido alcanzada. Con mayor razón aún, el juez debe explicar las razones por las que ha considerado oportuno descartar la aplicación de las reglas que regulan las cargas probatorias, disponiendo una distribución diferente de esas cargas entre las partes<sup>218</sup>.

Otro aspecto importante de la plenitud de la motivación de los hechos se refiere a las pruebas y a su valoración: se trata de un elemento necesario de la justificación de la decisión, pues las pruebas representan el fundamento de la inferencia que determina la confirmación de los enunciados fácticos. En este sentido, no resulta aceptable la difundida concepción según la cual el juez podría limitarse a hacer referencia a las pruebas que confirman su reconstrucción de los hechos. Se trata de una especie de consagración del *confirmation bias*, o bien de la «tendencia a la verificación» o «síndrome de la primera impresión»<sup>219</sup>, es decir, de la inclinación a tomar en cuenta sólo los elementos que confirman una tesis preconstituida y a omitir o infravalorar todo lo que contras-

<sup>215</sup> Véanse las referencias bibliográficas en CARPI y TARUFFO, 1984: 1031. Véase, además, TARUFFO, 1975: 422.

<sup>216</sup> Al respecto, véase, más ampliamente, TARUFFO, 1999: 778.

<sup>217</sup> Para los respectivos criterios, véase *supra*, apartado 3.2 en este mismo capítulo.

<sup>218</sup> Véase *supra*, apartado 4.2.

<sup>219</sup> Cfr. sobre el tema, RUMIATI, 2000: 29, 41.

te con ella. Según Susan HAACK esta actitud caracteriza la *advocacy* parcial e interesada, pero es incompatible con una investigación independiente dirigida hacia la búsqueda de la verdad<sup>220</sup>. En efecto, para afirmar que una hipótesis ha sido confirmada por pruebas adecuadas es necesario explicar también por qué razones no deben considerarse atendibles las pruebas que contrastan o divergen respecto de ellas: como se ha dicho poco antes, el hecho de que el juez haya considerado fiable el testimonio de Ticio nada dice sobre las razones por las que no ha considerado fiable el testimonio diferente o contrastante de Cayo. El silencio acerca de las pruebas que no han sido tenidas en cuenta deja abierta la duda sobre el real fundamento de la reconstrucción de los hechos que ha sido acogido como verdadero. Por consiguiente, *todas* las pruebas de las que se disponía para la decisión deben ser consideradas expresamente, y su valoración también debe ser adecuadamente justificada. En resumen, el juez debe explicar por qué razones ha considerado fiables determinadas pruebas (ya que la simple afirmación apodíctica de que Ticio era creíble no justifica nada), y también cuáles son las razones por las que no ha considerado fiables otras pruebas. Análogamente, deben explicitarse y justificarse todas las inferencias presuntivas que el juez haya formulado para derivar conclusiones relativas a la verdad de los enunciados sobre los hechos principales del caso.

Justificar la valoración de una prueba, o una inferencia presuntiva, requiere que se expliciten los criterios según los cuales han sido formuladas, mostrando que están racionalmente fundamentadas, pues se apoyan en criterios objetivamente aceptados y con los que es posible concordar. En el caso, muy frecuente, de que se deba recurrir a nociones de sentido común o de la experiencia normal<sup>221</sup>, estas nociones deben ser explicitadas, y su utilización debe estar justificada<sup>222</sup>. Esto no implica ningún regreso al infinito: pero es necesario, en todo caso, que los criterios en que se funda la valoración de las pruebas sean examinados críticamente: si una máxima de experiencia no cuenta con un sólido fundamento cognoscitivo no puede ser utilizada para justificar ninguna inferencia probatoria. Ésta debe ser descartada, y la búsqueda de una justificación aceptable debe proseguir hasta que se identifique un criterio sólidamente «anclado» en el contexto cultural de referencia<sup>223</sup>. Si no se encuentra algún criterio fiable y epistémicamente fundado, la única consecuencia posible es que ninguna inferencia puede ser formulada.

Siempre a propósito de la plenitud de la motivación de los hechos, vale la pena subrayar que si el razonamiento del juez sobre las pruebas y sobre los hechos comprende —como a menudo ocurre— la formulación de juicios de valor, también estos juicios deben ser justificados, explicitando los criterios

valorativos que los han guiado y las razones por las que estos criterios se consideran preferibles respecto de otros criterios de valoración.

No es válida, por otra parte, la opinión según la cual la valoración de las pruebas incluye —sobre todo si existe contacto directo del juez con el medio de prueba, como ocurre, por ejemplo, con el testigo— elementos de intuición subjetiva que no podrían ser racionalizados y que, por tanto, no podrían ser objeto de motivación específica<sup>224</sup>. Si este argumento fuera referido, como hacen los defensores de la *intime conviction*, a toda la valoración de las pruebas y, por consiguiente, a todo el juicio sobre los hechos, nos encontraríamos de nuevo en el ámbito de una concepción irracionalista de la decisión, según la cual el juicio sobre los hechos no es sino un acto de inescrutable intuición subjetiva, no susceptible, en cuanto tal, de justificación racional. Ya han sido recordadas más arriba las razones por las que una concepción de este tipo no es aceptable<sup>225</sup>. Algunas veces se propone, en cambio, una versión más débil y más limitada de esta concepción, según la cual en la valoración de las pruebas —y, en particular, la prueba testifical— intervendrían en todo caso factores intuitivos que afectan la decisión del juez pero que no serían racionalizables, precisamente por su irreductible subjetividad<sup>226</sup>. Al respecto, se podría responder, parafraseando a Inocencio III, que *quod dictum non est in sententia non est de hoc mundo*, para indicar que lo que no puede ser expresado y justificado a través de argumentos racionales no puede ser considerado como relevante a efectos de la decisión: lo que no se puede expresar, y por consiguiente no se puede justificar, simplemente no existe<sup>227</sup>. En otras palabras, el juez no puede fundamentar su decisión sobre los hechos invocando simplemente factores de los que no está en condiciones de hablar porque pertenecen a su impenetrable subjetividad.

Por último, como se ha dicho, es necesario que la motivación del juicio de hecho sea congruente y coherente: resulta intuitivo, en efecto, que un conjunto caótico de enunciados y de argumentos carentes de conexión y contradictorios entre sí, no puede cumplir ninguna función justificativa. La jurisprudencia predominante utiliza, sin embargo, un criterio excesivamente simplista y fuertemente restrictivo, y considera que existe contradicción en la motivación solamente cuando ésta contiene argumentos entre los que el conflicto es tan radical como para que se anulen recíprocamente<sup>228</sup>. Sin perjuicio de que en realidad en este caso no existiría motivación, parece bastante curiosa la idea de que dos argumentos en conflicto se anulen recíprocamente. En realidad una argumentación no anula a la argumentación opuesta: a lo sumo queda sin

<sup>220</sup> Cfr. HAACK, 2007a: 339.

<sup>221</sup> Sobre el tema, véase *supra*, apartado 3.2.

<sup>222</sup> Véase, más ampliamente, TARUFFO, 1999: 777.

<sup>223</sup> Cfr. WAGENAAR, VAN KOPPEN y CROMBAG, 1993: 61, 73, 237; VAN ZANDT, 1991: 797.

<sup>224</sup> Sobre este tema, cfr., en sentido crítico, ANDRÉS IBÁÑEZ, 2005: 191.

<sup>225</sup> Véase *supra*, apartado 4.1 y capítulo IV, apartado 4.

<sup>226</sup> Al respecto, cfr., en especial, ANDRÉS IBÁÑEZ, 2005: 203 ss., quien habla eficazmente de «decisionismo intimista» (2005: 9).

<sup>227</sup> En este sentido, cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, 2005: 219.

<sup>228</sup> Véanse referencias en CARPI y TARUFFO, 1984: 1032.

solución la duda sobre cuál de los dos argumentos pretendió sostener el juez. En todo caso, el discurso justificativo puede ser incoherente, y por tanto inadecuado para cumplir su función, de muchas otras formas<sup>229</sup>: pueden existir pseudoinferencias en las que las conclusiones no se siguen de las premisas, enunciados verdaderos que se tengan por falsos y enunciados falsos que se tengan por verdaderos, enunciados incompatibles sobre el mismo hecho insertos en el mismo contexto, términos usados sin justificación con significados diversos, acontecimientos narrados de modo que resultan recíprocamente discordantes, lagunas narrativas, cambios injustificados en los roles de los personajes, pruebas que se consideran fiables y no fiables en el mismo contexto, juicios de valor no justificados o no coherentes con otros juicios de valor, y así sucesivamente a lo largo de las infinitas trampas y posibilidades de patología de la argumentación racional<sup>230</sup>. Todas estas situaciones, y muchas otras que sería tedioso enumerar, afectan la coherencia de la argumentación justificativa de la decisión sobre los hechos y, por consiguiente, influyen negativamente en la racionalidad de esa decisión.

Si, en cambio, la motivación de los hechos existe efectivamente, es completa y es coherente, entonces se puede decir que la narración de los hechos construida por el juez cuenta con una válida justificación racional, en la medida que resulta confirmada por el análisis crítico de todas las pruebas disponibles.

En este sentido, se podrá decir que enuncia la verdad.

<sup>229</sup> Cfr. TARUFFO, 1975: 561 ss.

<sup>230</sup> Sobre la infinita variedad de las falacias argumentativas, cfr. ATIENZA, 1999.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMSON, J., 1994: *We, the Jury. The Jury System and the Ideal of Democracy*, Cambridge-Mass.-London: Harvard University Press.
- ABU HAREIRA, M. J., 1986: «An Early Holistic Conception of Judicial Fact-finding», en *Juridical Review*.
- AGAZZI, E., 2007: «Verità e conoscenza scientifica», en AMORETTI, M., y MARSONET, M. (eds.): *Conoscenza e verità*, Milano: Giuffrè.
- ALLEN, R.; KUHN, R. B., y SWIFT, E., 1997: *Evidence. Text, Cases and Problems*, New York: Aspen.
- ALLEN, R., y LEITER, B., 2001: «Naturalized Epistemology and the Law of Evidence», en *Virginia Law Review*, 87.
- AMERICAN LAW INSTITUTE y UNIDROIT, 2006: *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge: Cambridge University Press.
- AMORETTI, M., y MARSONET, M., 2007: «Introduzione. Un percorso tra conoscenza e verità», en AMORETTI, M., y MARSONET, M. (eds.): *Conoscenza e verità*, Milano: Giuffrè.
- AMSTERDAM, A., y BRUNER, J., 2002: *Minding the Law*, Cambridge, Mass.-London: Harvard University Press.
- ANDOLINA, I., y VIGNERA, G., 1990: *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*, 2.ª ed., Torino: Giappichelli, 1997.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., 2005: «Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica)», en ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: *Los «Hechos» en la Sentencia Penal*, México, D.F.: Fontamara.
- 2008: «Teoría/Práctica de la jurisdicción. Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica)», en *XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá.
- APPLEMAN, J., 1965: *Cross-Examination*, Fairfax, Virginia: Coiner.
- ARBIB, M., y HESSE, M., 1986: *The Reconstruction of Reality*, Cambridge: Cambridge University Press. Citado por la traducción italiana de CASARI, G.: *La costruzione della realtà*, Bologna: Il Mulino, 1992.

- ARRUDA ALVIM WAMBIER, T., y GARCÍA MEDINA, J., 2003: *O Dogma da Coisa Julgada. Hipóteses de Relativização*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- ASCHERI, M., 1989: *Tribunali, giuristi e istituzioni. Dal Medioevo all'età moderna*, Bologna: Il Mulino.
- ATIENZA, M., 1999: *La guerra de las falacias*, 2.<sup>a</sup> ed., Alicante: Compás, 2004.
- AZZARA, C., 2002: *L'Italia dei barbari*, Bologna: Il Mulino.
- BANKOWSKI, Z., 2006: «In the Judgment Space: The Judge and the Anxiety of the Encounter», en BANKOWSKI, Z., y MACLEAN, J. (eds.): *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Aldershot: Ashgate.
- BARBERY, M., 2006: *L'Élégance du hérisson*, Paris: Gallimard. Citado por la traducción italiana de CAILLAT, E., y POLI, C.: *L'eleganza del riccio*, Roma: Edizione E/O, 2007.
- BARKER, R., y ALEXANDER, O., 1996: *Evidence in New York State and Federal Courts*, St. Paul, Minn.: West Group Publishing.
- BARTLETT, R., 1986: *Trial by Fire and Water. The Medieval Judicial Ordeal*, Oxford: Clarendon Press.
- BAUMGÄRTEL, G., 1989: «"Geheimverfahren" im Zivilprozess zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen nach Schweitzer Vorbild?», en *Festschrift für W. Habscheid*, Bielefeld.
- 1991: *Handbuch der Beweislast im Privatrecht*, Aufl.-Köln-Berlin-Bonn-München: Heymann.
- BAYLES, M., 1990: *Procedural Justice. Allocating to Individuals*, Dordrecht-Boston-London: Kluwer Academic Publishers.
- BEARDSLEY, J., 1986: «Proof of fact in French Civil Procedure», en *American Journal of Comparative Law*, 34.
- BECKER, TH., 1970: *Comparative Judicial Politics. The Political Functionings of Courts*, Chicago: Rand-MacNally.
- BENNETT, W., y FELDMAN, M., 1981: *Reconstructing Reality in the Courtroom*, New Brunswick: Rutgers University Press.
- BENTHAM, J., [1827]: *Rationale of Judicial Evidence*, 7 vols., editado a partir de manuscritos por DUMONT, E., Paris: Hector Bossange, 1830.
- BENVENUTI, F., 1953: *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova: Cedam.
- BERTHOZ, A., 2003: *La décision*, Paris: Odile Jacob. Citado por la traducción italiana de NIOLA, F.: *La scienza della decisione*, Torino: Codice Edizioni, 2004.
- BETHMANN-HOLLWEG, M., [1868]: *Der germanisch-romanische Zivilprozess. 1. Von fünften bis achten Jahrhundert; 2. Von achten bis elften Jahrhunderts: Die Carolingier und Ihre Nachfolger (in Italien)*, Bonn, 1871.
- BILOTTA, B., 2000: *Forme di giustizia tra mutamento e giustizia sociale*, 2.<sup>a</sup> ed., Milano: Giuffrè, 2008.
- BLINKA, D., 2003: «Trial by Jury in the Eve of Revolution: The Virginia Experience», en *University of Missouri-Kansas City Law Review*, 71.
- BLOOMSTEIN, M., 1968: *Verdict. The Jury System*, New York: Dodd, Mead & Co.
- BODIN, H., 1976: «Selecting a Jury», en BODIN, H. (ed.): *Civil litigation and trial techniques*, New York: Practising Law Institute.
- 1976: «Principles of Cross-examination», en BODIN, H. (ed.): *Civil litigation and trial techniques*, New York: Practising Law Institute.
- BONE, R., 2003: *The Economics of Civil Procedure*, New York: Foundation Press.

- BONFANTINI, M., 2003: «Peirce e l'abduzione», nota introductoria a PEIRCE, Ch. S., *Opere*, edición y traducción de BONFANTINI, M., Milano: Bompiani.
- BORGES, J., 1952: *Otras inquisiciones*, Madrid: Alianza, 1998.
- 1980: *Siete noches*, Buenos Aires: Emecé, 2005.
- BORUTTI, S., 1999: *Filosofia delle scienze umane. Le categorie dell'Antropologia e della Sociologia*, Milano: Mondadori.
- 2006: *Filosofia dei sensi. Estetica del pensiero tra filosofia, arte e letteratura*, Milano: Raffaello Cortina.
- BOUGARD, F., 1995: *La justice dans le royaume d'Italie de la fin du VIIIe siècle au début du XIe siècle*, Rome: Ecole Française de Rome.
- BOULET-SAUTEL, M., 1965: «Aperçus sur le système des preuves dans la France coutumière du Moyen Age», en *Recueil de la Société Jean-Bodin*, XVII.
- BOVE, M., 2002: «Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"», en *Rivista di diritto processuale*, 57 (2).
- BROOKS, P., y GEWIRTZ, P. (eds.), 1996: *Law's Stories. Narratives and Rhetoric in Law*, New Haven-London: Yale University Press.
- BRUNER, J., 2002: *Making Stories. Law, Literature, Life*, Cambridge, Mass.-London: Harvard University Press.
- BRUYNING, L., 1984: «Il processo longobardo prima e dopo l'invasione franca», en *Rivista di storia del diritto italiano*, 57.
- BUONCRISTIANI, D., 2001: *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino: Giappichelli Editore.
- BURNS, R., 2005: «Fallacies on Fallacies: A Reply», en *International Commentary on Evidence*, 3 (1).
- BURROW, J., 2000: *The Crisis of Reason. European Thought, 1848-1914*, New Haven-London: Yale University Press.
- CAMPITELLI, A., 1994: «Gli interventi del legislatore canonico in tema di processo», en *L'educazione giuridica*, VI. *Modelli storici della procedura continentale*, t. II, *All'ordo iudiciarius al codice di procedura*, Napoli: Esselibri-Simone.
- CAPPELLETTI, M., 1962: *La testimonianza delle parti nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria dell'utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano.
- CAPPONI, B., y VERDE, V. (eds.), 2002: *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- CARNELUTTI, F., 1915: *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico*, Milano: Giuffrè, 1992.
- CARPI, F., y TARUFFO, M., 1984: *Commentario breve al codice di procedura civile*, 5.<sup>a</sup> ed., Padova: Cedam, 2006.
- CARRATTA, A., 1995: *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano: Giuffrè.
- 2003: «Prova e convincimento del giudice nel processo civile», en *Rivista di diritto processuale*, 58 (1).
- CARTER, I., 2005: «Verità e potere in Williams e Lukes», en BORUTTI, S., y FONNESU, L. (eds.): *La verità. Scienza, filosofia, società*, Bologna: Il Mulino.
- CASTELLANI, E., 2005: «Verità e scienze fisiche», en BORUTTI, S., y FONNESU, L. (eds.): *La verità. Scienza, filosofia, società*, Bologna: Il Mulino.
- CASTELLANO, C., 2004: *Il mestiere di giudice. Magistrati e sistema giuridico tra i francesi e i Borboni (1799-1848)*, Bologna: Il Mulino.

- WAGENAAR, W.; VAN KOPPEN, P. J., y CROMBAG, H. F. M., 1993: *Anchored Narratives. The Psychology of Criminal Evidence*, Harvester-Wheatsheaf: St. Martin's Press.
- WALKER, N., 2006: «The Burden of Universalism», en BANKOWSKI, Z., y MACLEAN, J. (eds.): *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Aldershot: Ashgate.
- WALPIN, G., 2003: «America's adversarial and jury systems: more likely to do justice», en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 26.
- WATZLAWICK, P. (ed.), 1988: *La realtà inventata. Contributi al costruttivismo*, Milano: Feltrinelli.
- WEINER, S., 1966: «The Civil Jury Trial and the Law-Fact Distinction», en *California Law Review*, 54.
- 1968: «The Civil Non-Jury Trial and the Law-Fact Distinction», en *California Law Review*, 55.
- WEINSTEIN, J., 1961: «Probative Force of Hearsay», en *Iowa Law Review*, 46.
- WICKAM, C., 1986: «Land disputes and their social framework in Lombard-Carolingian Italy, 700-900», en DAVIS, W., y FOURACRE, P. (eds.): *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*, Cambridge: Cambridge University Press.
- WIGMORE, J., 1940: *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1, 3.<sup>a</sup> ed. revisada, Boston-Toronto: Little Brown and Company, 1983.
- WILLIAMS, B., 2002: *Truth and Truthfulness. An Essay in Genealogy*, Princeton-Oxford: Princeton University Press.
- 2005: «Truth, Politics and Self-Deception», en HAWTHORN, G. (ed.): *In the Beginning Was the Deed. Realism and Moralism in Political Argument*, Princeton-Oxford: Princeton University Press.
- WINTER, S., 2001: *A Clearing in the Forest. Law, Life and Mind*, Chicago-London: The University of Chicago Press.
- WOLFRAM, Ch., 1973: «The Constitutional History of the Seventh Amendment», en *Minnesota Law Review*, 57.
- WROBLEWSKI, J., 1969: «Facts in Law», en WROBLEWSKI, J., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, 2.<sup>a</sup> ed., Helsinki: Jurídica, 1983.
- ZAGREBELSKI, G., 2008: *Contro l'etica della verità*, Bari: Laterza.
- ZUCKERMAN, A., 2004: *Civil Procedure*, London: Sweet & Maxwell.

## ÍNDICE ANALÍTICO

- abogado  
 ética profesional del, 58  
 función del, 57-58, 64, 119, 125-126  
 narraciones del, 57, 61-62, 85  
 obligación de decir la verdad del, 58-59.  
 actos ilocucionarios, 61-62, 65, 145-146.  
 ADN, 240, 245  
 véase también prueba.
- adversarial system, 118, 125, 130, 180, 182  
 ideología del, 125, 126  
 y averiguación de la verdad, 127-129, 131, 195  
 véanse también abogado, juez, jury, procedimiento, procedural justice, proceso, verdad.
- alegación de hechos  
 carga de la, 257  
 naturaleza de la, 141, 143-145, 194-195, 231  
 véanse también abogado, oposición, hecho, narraciones.
- American Exceptionalism, 159, 217.  
 argumento probatorio, 149, 190-191.  
 ars dictamini, 26-27.  
 Assize, 32-33.
- Bewersurteil, 17, 20, 23.
- causalidad, 68-69.  
 carga de la prueba, 62, 150-152, 193, 194-195, 254-256  
 modificaciones de la, 258-266  
 véanse también decisión, juez, prueba.
- certeza, 102  
 absoluta, 103-104  
 moral, 103-104.
- Cisne Negro, 106.  
 compurgatio, 15, 34.  
 confirmación (grado de), 235, 239, 246-252  
 véanse también inferencia probatoria, prueba
- confesión, 187-188  
 coniuradores, 15, 18, 21, 34.  
 contradictorio (principio del), 201, 203.  
 cosa juzgada, 101-102.  
 cross-examination, 63, 64, 121, 171, 179-183, 243  
 véanse también direct-examination, testigo
- «debido proceso», 134-137  
 e imparcialidad, 137-138  
 véanse también decisión, procedimiento, procedural justice, verdad.
- decisión, 119, 120-121, 123, 219-220, 227, 268  
 calidad de la, 119, 127, 131, 133, 135, 173-174, 268  
 eficiencia de la, 231-232  
 final, 252, 259  
 formulación de la, 268  
 justa, 119, 121, 123-124, 135-136, 141-142, 230  
 legal, 132-134, 227  
 psicología de la, 221-222

- y duda, 219  
véanse también confirmación (grado de), carga de la prueba, prueba, verdad.
- derecho a la prueba, 193-194, 199, 202-203  
véanse también contradictorio (principio del), prueba.
- derecho romano, 27-28.
- Dios (juicios de), 15-16, 23  
véase también ordalías.
- direct-examination*, 63, 179  
véanse también *cross-examination*, testigo.
- documento, 18, 21-24, 28, 167-168, 176-177  
falsedad del, 177, 186-187, 234  
valor legal del, 186-187  
véase también prueba.
- duelo judicial, 20-21, 29-31  
véase también ordalías.
- efecto mariposa, 224.
- escritura privada, 191  
véanse también documento, prueba.
- estándar de prueba, 249, 250  
véanse también carga de la prueba, probabilidad, prueba.
- estereotipos, 73-74, 77-78  
véase también *stock of knowledge*.
- expert witness*, 243  
véanse también *cross-examination*, *direct-examination*, prueba, testigo.
- generalizaciones, 74-75  
espurias, 75, 238-239  
estadísticas, 76  
véanse también *id quod plerumque accidit*, inferencia probatoria, *stock of knowledge*.
- Grand Narratives*, 89.
- hearsay rule*, 171-172  
véase también testigo.
- hecho, 223  
alegación del, 140-141  
bruto, 71  
complejo, 56, 224  
«del caso», 55  
determinación del, 55-56  
enunciados de, 49-51, 54, 70  
jurídicamente relevante, 55, 144, 223, 233  
lógicamente relevante, 55, 223, 233  
narración del, 60-61
- oposición al, 140-141  
pacífico, 141, 145  
psicológico, 56  
verdad de los, 99-100  
y derecho, 53-54  
véanse también decisión, narraciones, prueba, verdad.
- Id quod plerumque accidit*, 50, 75, 105-106, 186, 215, 238, 260, 264  
véanse también inferencia probatoria, *stock of knowledge*.
- incertidumbre, 219.
- indicio, 189  
véase también presunción.
- inferencia probatoria, 234, 239, 248, 269, 271-272  
conclusión de la, 236-237  
criterios de la, 237-240, 272  
modelo zoológico-deductivo de la, 238  
véanse también decisión, presunción, probabilidad, prueba, *warrant*.
- invasiones bárbaras, 15.
- inquisitio*, 23, 25, 32, 38, 43-44.
- intime conviction*, 104, 184-185, 273  
véanse también juez, «libre convencimiento», prueba.
- juez  
activo, 178  
como *peritus peritorum*, 244  
del hecho, 36, 173, 204  
imparcialidad del, 137-140, 200-202  
lego, 204-208  
narraciones del, 65, 85, 221, 232-234, 253-254  
neutralidad del, 140  
pasividad del, 139, 178, 197  
poderes de instrucción del, 139, 196-204  
profesional, 21, 204-208  
rol del, 126, 133  
véanse también decisión, *jury*, motivación, prueba, *officium iudicis*, verdad.
- juramento, 21, 23, 25, 187-188  
véase también prueba.
- jurisdicción, 133  
véase también juez.
- jurisdictiones d'exception*, 205-206.
- jury*, 14, 33, 35-37, 121, 216  
como *trier of fact*, 33, 35, 208-217  
e *instructions*, 213

- función testimonial del, 33, 36  
función política del, 36-37, 209  
veredicto del, 37, 66  
y juez, 216  
y narraciones de los hechos, 85  
y tipos de *veredict*, 214  
y valoración de las pruebas, 79-80, 170-172, 211, 214-215  
véanse también *American Exceptionalism*, hecho, juez, motivación, prueba, *story-telling*.
- justice in eyre*, 32, 208-209.
- justificación, 95-96, 103, 110  
véanse también inferencia probatoria, motivación.
- legalidad (principio de), 132-133, 227  
véanse también decisión, verdad.
- «libre convencimiento», 184, 247  
véanse también decisión, *intime conviction*, prueba, verdad.
- lógica, 26-27, 29.
- Magna Charta*, 13-14, 35.
- motivación, 207, 266  
completa, 270-273  
coherente, 245  
ficticia, 270  
formal, 270  
implícita, 270  
material, 270  
naturaleza de la, 267-269  
obligación de, 267  
*per relationem*, 271  
y justificación, 268-270  
y veredicto del jurado, 211-212, 266-267  
véanse también inferencia probatoria, juez, justificación.
- narraciones, 46, 53, 56, 232  
buenas, 83-87, 232  
coherencia de las, 51, 81  
concepción holística de las, 80-81, 214-216, 253-254  
construcción de las, 67, 225, 230, 232  
culturales, 72  
del juez  
de los testigos, 63  
elección de las, 225  
falsas, 83-87, 128, 222  
lingüísticas, 69  
malas, 83-87
- mediante categorías, 67  
persuasivas, 83  
pretensión de verdad de las, 61, 268  
sociales, 71  
tipos de, 50  
verdaderas, 52, 82-87, 232, 253  
véanse también abogado, hecho, juez, *story-telling*, verdad.
- Notarius*, 28.
- officium iudicis*, 42, 205  
véanse también juez, prueba.
- oposición a los hechos alegados, 141, 231  
efectos de la falta de, 147, 148-153  
naturaleza de la, 145-146  
véanse también alegación, hecho, verdad.
- ordalías, 15-18, 25-26  
el ocaso de las, 28, 31, 32, 38-39  
irracionalidad de las, 16, 32  
prohibición de las, 14, 29-30  
racionalidad de las, 16-17  
véanse también *Beweisurteil*, Dios (juicios de), prueba.
- ordines iudicariii*, 40-41.
- ordo iudiciorum*, 40.
- ordo probatorum*, 41-42.
- particularism*, 226-230, 264.  
postmodernismo, 89, 92, 227  
véanse también *Grand Narratives*, narraciones, verdad.
- prejuicios, 74  
véase también *stock of knowledge*.
- presunción  
jurisprudencial, 261-262, 264  
legal, 259-260  
simple, 190-191  
véanse también carga de la prueba, decisión, indicio, prueba.
- principio dispositivo, 131, 144, 200  
véanse también juez, proceso, prueba.
- privileges*, 174  
véanse también hecho, testigo, prueba.
- probabilidad, 106-108  
estadística, 108, 247, 36  
lógica, 236  
prevaleciente, 250  
véanse también certeza, inferencia probatoria, verdad, verosimilitud.
- procedimiento, 117  
debido, 119