

La complejidad de la verdad.

Algunas observaciones sobre *Simplemente la verdad. El Juez y la construcción de los hechos* (Taruffo, 2010) de Michele Taruffo.

Introducción

Con el riesgo que ello presume, voy a realizar, mi propia narración de la teoría que expone nuestro gentil invitado, el Profesor Michele Taruffo, en torno a la verdad en el proceso, con el objeto de someterla a algunos cuestionamientos que contribuyan al debate sobre el estatuto de la verdad en el mismo; quizás el problema más importante de la teoría del derecho hoy y para el cual su obra constituye un aporte sumamente relevante, aún si podamos diferir en algunos aspectos, los que trataré de exponer aquí, resumidamente, de acuerdo con las reglas del debate propuesto.

Parto de compartir con el autor que esta discusión que vamos a sostener se da en el marco del sistema procesal del genéricamente denominado *estado de derecho*, desde que es en él donde las decisiones judiciales deben ser motivadas y donde la averiguación *fidedigna* de los hechos que dan origen al conflicto que se procura resolver, es considerada un presupuesto ideológico e histórico asentado. También concuerdo en que el proceso judicial posee una dimensión epistémica (aunque en ella no se agote – como el mismo autor dice – la función de la administración de justicia).

A su vez advierto que, tal como nuestro autor señala, su trabajo no asume solamente una función descriptiva sino también una función *normativa o regulativa* (Taruffo, 2010, pág. 217) (aspecto que hemos de retener pues la obra parece discurrir de una a otra función, recordándome a menudo la distinción de Hume).

Los puntos de partida

Comenzaré por advertir lo obvio: lo que sigue se trata sólo de mi narración de la obra de Taruffo, lo que implica admitir que existen otras, como la narración del propio autor

acerca de su narración, que, sin embargo, conforme la teoría de la interpretación que defiende, no será la auténtica ni la decisiva, pues sencillamente no existen tales.

En efecto: lectores de ambas piezas, esta y la de Taruffo (notoriamente más rica y extensa), podrán componer terceras y enésimas narraciones que se irán sobreponiendo la una sobre la otra, constituyendo el ruido de fondo de la producción semiótica, en base a la cual se elaboran los estatutos de lo que se admite como cierto o verdadero al interior de los contextos sociales donde estos discursos se hacen funcionales.

Sostengo que los discursos que con los que se construyen las decisiones judiciales, son análogos a las narraciones de la ficción literaria, o las de la ciencia. Taruffo, si bien aparece como opuesto a tal idea, aporta elementos que parecen apoyarla al referirse, por ejemplo, a las dificultades que causan las llamadas pruebas científicas y al deslinde entre “buena” y “mala” ciencia o pseudociencia que diera origen, por ejemplo, al precedente Daubert en la Corte Suprema de los Estados Unidos y la secuela de debates que le siguiera (Taruffo, 2010, pág. 241).

Sin duda esta introducción podría ganarme el calificativo que el profesor Taruffo adjudica a los partidarios de las teorías deconstructivistas (Taruffo, 2010, pág. 89). Ello no obstante, procuraré demostrar que hay en su planteo un posible error acerca de qué se dice cuando se dice que el estatuto de la verdad está puesto en cuestión. En suma, no se trata de decir que la ciencia no existe, ni que no nos proporcione elementos para adoptar decisiones en muchos campos, entre ellos el judicial, sino que la verdad no surge de esa presunta correspondencia entre el enunciado y la realidad (que asume el carácter representativo del lenguaje), sino que proviene de nuestros acuerdos, de nuestras creencias compartidas, de lo que no se deriva la inexistencia de criterios objetivables de selección, lo que supondría un relativismo, sino que todo criterio es siempre relativo a fines obtenidos y a la coherencia con el resto de la cultura que compartimos.

A lo largo de la obra que he elegido para debatir, Taruffo, con formidable erudición, insiste una y otra vez – examinando las teorías adversas – en que debemos rechazar la teoría de la verdad como coherencia narrativa para optar por el camino que supone la teoría de la verdad como correspondencia.

Es cierto, y hay que advertirlo de antemano, que el autor no ha procurado producir una obra sobre epistemología, o, sobre filosofía del conocimiento; sino una obra que alude a un específico campo en el que el concepto de “verdad” se hace presente y es socialmente decisivo, funcionalmente operativo: el campo de las decisiones judiciales, es decir el relativo a los métodos de resolución de conflictos desarrollados en Occidente a partir ya desde la Alta Edad Media, aunque particularmente adquiriese sus perfiles actuales en la modernidad en una lenta pero incesante evolución.

El magnífico capítulo inicial del texto escogido, por ejemplo, nos deja ver esto con claridad al observar las modificaciones que van desde el siglo VII al XIII, con el progresivo abandono de las Ordalías, marcado por la conjunción de hechos emblemáticos que Taruffo señala ocurrieran en el año 1215 (Taruffo, 2010, pág. 13/44).

Precisamente es la lectura de ese capítulo de la obra, la que me sugirió que hay otro modo de “ver” a las Ordalías, de aquél que nos fuera clásicamente transmitido. La ordalía, vista de este otro modo, cumple el mismo rol que el veredicto del jurado, o la fundamentación sobre hechos del juez: es un recurso a la *verdad* como presupuesto dirimente, que se pone de manifiesto en el resultado de la prueba.

Ello permite “ver” que la verdad (o la pretensión de verdad) es siempre parte del discurso legitimador de las decisiones (y no solo en el campo del proceso judicial), lo que se decide se decide en base a “una” verdad. El problema reside entonces en el estatuto o régimen de la verdad.

No se trata de negar que un enunciado pueda coincidir con la realidad y entonces ser verdadero, según la conocida fórmula de Tarski; se trata de debatir acerca de cómo es posible que lleguemos a hacer esa afirmación (la de la correspondencia). Como dice el autor no es un problema que pueda tratar en la obra que he elegido, pero que actúa siempre, debemos recordarlo, como telón de fondo. Desde la perspectiva que definiendo ello no es posible, y llamamos verdad a las creencias que consideramos justificadas actualmente por encajar mejor con las finalidades pretendidas por los seres humanos, lo que importa su variabilidad.

En este punto, creo, tendremos un desencuentro en cuanto a tal “fondo” con el Profesor Taruffo, ello por cuanto comparto con Humberto Maturana en cuanto que acerca de todo objeto, incluido el debate sobre lo que denominamos verdad, podemos seguir un camino explicativo u otro, pero la elección del camino, no depende de un argumento racional sino que depende de las preferencias, de las emociones, de la disposición interna a aceptar, implícita o explícitamente, una u otra de dos posibles condiciones iniciales: *“a) aceptar las propiedades del observador como dadas, en la objetividad sin paréntesis y b) aceptar el acontecer del vivir en el lenguaje, tanto como instrumento de pregunta, como fenómeno que explicar, en la objetividad con paréntesis¹”*.

Ahora bien, si aceptamos con Maturana que el observador surge en la praxis de vivir en el lenguaje, y si aceptamos el camino de la “objetividad con paréntesis”, entonces veremos que la racionalidad no es una propiedad no analizable de nuestra mente, sino: *“una expresión de nuestra coherencia operacional humana en el lenguaje, y, como tal, tiene una posición central y constitutiva en todo lo que hacemos como seres humanos. Nosotros argumentamos racionalmente en favor y en contra de cualquier caso acerca del que escojamos reflexionar, aun cuando reflexionemos sobre la razón misma, tanto para sostenerla o negarla en un dominio u otro, por el simple hecho de que operamos en el lenguaje. Como resultado, las culturas no difieren en la racionalidad, sino en las premisas, aceptadas implícita o explícitamente, bajo las cuales sus diferentes tipos de discursos, acciones y justificación de acciones, ocurren.²”*

La sociedad es sus comunicaciones y nosotros vivimos en la praxis del lenguaje, es nuestra herramienta de coordinación de acciones y “sistema” es allí un “dominio de coherencias operacionales”, dotado siempre de algún conjunto de premisas cuya elección sólo puede ser explicada a partir de la emoción.

Ello es resultado según nos hace ver el mismo Maturana de habernos vuelto conscientes de que: a) la razón constitutivamente no da, y no puede dar, un acceso a una realidad asumida como independiente de nuestra experiencia; b) el poder convincente de

¹ Maturana Romesín, H. *La objetividad. Un argumento para obligar*. Dolmen Ediciones S.A., Santiago de Chile, 1997, pag.42.

² Maturana Romesín, H. Op.cit.pags.43/44.

la razón que vivimos en nuestra cultura social, resulta de nuestra implícita adopción a priori de ciertas premisas constitutivas que especifican las coherencias operacionales de los dominios conversacionales en los cuales aceptamos los argumentos que consideramos racionalmente válidos; c) no podemos forzar a nadie, a través de la razón, a aceptar como racionalmente válido un argumento que él o ella no haya aceptado todavía como implícitamente válido, aceptando las premisas constitutivas del dominio conversacional³ y d) todo lo que podemos hacer en una conversación en la cual no existe un acuerdo implícito, es seducir a nuestro interlocutor a aceptar como válidas las premisas básicas que definen el dominio en el cual nuestro argumento es operacionalmente válido⁴.

Afirma Maturana que cuando queremos convencer a alguien para que concuerde con nuestros deseos, y no podemos o no queremos usar la fuerza bruta (esta sería para muchos la principal explicación de la aparición del derecho como sistema de control social), ofrecemos lo que llamamos un argumento objetivo o racional: *“Hacemos esto bajo la pretensión implícita o explícita de que el otro no puede rechazar lo que nuestro argumento sostiene, porque su validez se funda en su referencia a la verdad. Y además lo hacemos así bajo el supuesto implícito o explícito de que lo real o la realidad es universal y objetivamente válido, porque es independiente de lo que hacemos, y una vez que es indicado no puede ser negado.”*⁵

Sostenemos, agrega, implícita o explícitamente que nuestros argumentos son racionales y que los contrarios son arbitrarios, ilógicos o absurdos, porque poseemos un acceso privilegiado a la realidad (a la verdad) que hace a nuestros argumentos objetivamente válidos.

Pero, se pregunta: *“¿es esta actitud sobre la razón y lo racional, racionalmente válida?”*, o, agrega: *“¿nos da acaso la razón un acceso a lo real tal que podamos concederle el poder de compulsión u obligación y la validez universal que pretendemos que tiene cuando intentamos forzar a alguien con un argumento racional”*⁶.

³Según entendemos *“dominio conversacional”* es el conjunto de proposiciones, con pretensión de coherencia, construidas a partir de un conjunto de premisas.

⁴ Maturana Romesín, H. Op.cit.pags.46/47.

⁵ Maturana, H., op.cit.pag.13.

⁶ Maturana, H., op.cit.pag.13.

Comparto con Maturana que es esta la cuestión central: las preguntas acerca de qué es lo que llamamos la realidad, o cuál sea el régimen constitutivo de la verdad, desde que hacemos lo que hacemos a partir de los supuestos acerca de ellas, supone *“una respuesta a tal cuestión como la fundación de un argumento racional que usamos para justificar nuestras acciones”*⁷.

El tema que no podemos desarrollar aquí, pero que es punto central de este debate, es que somos siempre observadores y observados que existimos en la praxis del lenguaje, y del lenguaje con sus particularidades. Podemos entonces hablar (o mejor dicho *lenguajear* como diría Maturana) acerca de la objetividad sin y con paréntesis. En la primera lo real existe independientemente de lo que el observador hace, lo contrario en la segunda⁸. En la primera solo hay una Realidad esto es el Uni-Verso, en la segunda, muchas realidades, el Multi-Verso; parafraseando, lenguajeando, una versión o muchas versiones, significa la admisión de mayores o menores competencias de los Otros con los que practicamos el lenguaje, o coordinamos las acciones a través de él. Vivimos al interior de narraciones aceptadas.

Las narraciones y el “mosaico”

Pasemos entonces a nuestro tema.

Taruffo admite expresamente: *“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 esquemas del mundo. (Cf. En particular Bruner, 2002:9, 25), pueden ser entendidas como «construcciones interpretativas de acontecimientos» que dan una forma posible, un modelo, a un conjunto informe de datos. (Cf. Borutti, 2006: 31). Proporcionan una heurística, esto es, un método para descubrir lo que realmente ocurrió. Pero su característica es que proponen sólo posibilidades, sin importar cuán lejos estén de la realidad. Cf. Borutti, 2006:*

⁷ Maturana, H., op.cit.pag.14.

⁸ Maturana, H., op.cit.pag.27, ver especialmente el denominado “Diagrama ontológico”.

31). *En este sentido, las narrativas son como la figura que forma, a partir de un montón de piezas de vidrio de colores, un mosaico. (nota: 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 (Taruffo, 2010, pág. 48)."*

La metáfora del mosaico será retomada una y otra vez por Taruffo, pero, en modo desconcertante – o quizás no tanto si se aplican otras categorías de pensamiento – pues parece admitirla y rechazarla al propio tiempo. Y ello se deriva, en mi modo de leer su texto, porque, como el mar, el problema del criterio de “verdad” reviene una y otra vez, dejando ver que tiende a sostener el de una objetividad sin paréntesis. Baste un ejemplo tomado del mismo: *“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”* (Taruffo, 2010, pág. 83).

Sostiene que las historias se «vuelven sospechosas» y peligrosas porque abren la puerta a la imprecisión, a la variabilidad y a la manipulación en la reconstrucción de los hechos, dependiendo del punto de vista, los intereses y los propósitos de los sujetos que las cuentan en un determinado momento y en un cierto contexto. Por eso, en suma, tras analizar cuatro tipologías de relación entre narraciones y verdad, Taruffo advertirá con Menashe y Shamash que el pensamiento narrativo, aunque necesario, es inherentemente defectuoso (Taruffo, 2010, pág. 87).

Mi respuesta a esta advertencia son dos: a) efectivamente todas las historias “...son sospechosas y peligrosas...”, incluidas las de Taruffo o las de quien esto escribe; y b), nada permite pensar que los jueces (o los científicos) sean narradores “diferentes” a las partes del proceso⁹, psicológica, cultural y, por ende, epistemológicamente hablando. Como sostiene Duncan Kennedy debemos tomar la *ideología en serio*, lo que implica principiar por admitir lo obvio: que todo narrador porta una, indispensablemente, y que verá el mundo con los lentes de ella. La famosa tríada platónica del Teetetos reaparece aquí: creencia, verdad y prueba. Planck, por caso, formuló la hipótesis revolucionaria de la teoría cuántica,

⁹ Tampoco los jurados, aunque no estén obligados a hacer expresa su propia narración, aquella en la que fundan íntimamente su veredicto, lo serán.

pero dejó sentado que no creía en ella, a la espera de una más satisfactoria. En tanto algunos físicos actuales emplean la mecánica cuántica por su eficacia explicativa y predictiva, pero no creen que ella ofrezca conocimiento alguno de la realidad (Klimovsky, 1999, pág. 21/22), lo que podría ser un magnífico argumento en favor de la tesis de Rorty.

No se me escapa, de todos modos, que al decir aquello, Taruffo está pensando en las partes del proceso y en las “historias cruzadas” que elaboran con el ánimo de obtener una decisión favorable, mintiendo o exagerando, si lo estimasen necesario (de suyo habitual en los procesos). Pero si, como podemos rápidamente observar, quien escribe la historia “decisiva” es el Juez, que es un narrador al que se le reclama (y atribuye) imparcialidad, parece que deberemos repensar minuciosamente, cómo es que él construye el *storyboard* de la historia que va a ser contada.

Y Taruffo, por cierto, lo hace, y al hacerlo admite que el juez realiza “una de las diversas narraciones posibles”. Narración que puede desglosarse en cuatro niveles que, como afirma, no están yuxtapuestos. El primero es el de los hechos principales, el segundo – no necesario – el de los hechos secundarios, el tercero el relativo a las pruebas practicadas en juicio y el cuarto comprende las circunstancias de las que se pueden extraer inferencias relativas a la fiabilidad de los enunciados que están en el tercer nivel (por ejemplo la credibilidad de un testigo, o la autenticidad de un documento, o, agregando, la validez de una prueba “científica”). La conexión entre niveles, afirma, es inferencial; actividad que siguiendo a Toulmin y Haack corresponde a cualquiera que pretenda determinar racionalmente la verdad de una aserción. El carácter de este proceso inferencial es definido por Taruffo, siguiendo a dichos autores, como *warrant*, que a los efectos de su trabajo traduce como *confirmación*, concepto que dado la calidad y cantidad de pruebas de las que pueda disponer el juez varían, es un concepto *gradual* (Taruffo, 2010, pág. 232 ss.). Pero al referirse a los criterios de inferencia, al hacer alusión al fundamento cognoscitivo en base al cual la inferencia puede ser considerada apta para atribuir un grado considerable de fiabilidad a la conclusión, aparece el problema de las fuentes de estos criterios y la valoración de su fiabilidad (Taruffo, 2010, pág. 237). Y allí Taruffo se ve obligado a retomar la cuestión del sentido común o de las máximas de la experiencia a las que en el discurso

judicial ordinario se recurre con notable frecuencia para *construir* las narraciones del proceso, tanto para asignar valor a las pruebas como si se trata de inferencias presuntivas. Y tal como el propio Taruffo lo ha señalado ya en otro lugar el razonamiento del juez no está no es regido por normas, ni determinados por criterios o factores de carácter jurídico, sino que *“al formular el razonamiento que concluye con la decisión y lo mismo cuando la justifica, emplea como se acostumbra decir, el material y las formas más dispares y heterogéneas: lenguaje técnico y lenguaje común, esquemas y modelos de argumentación, formas deductivas, juicios de valor, instrumentos de persuasión retórica, conocimientos de variada naturaleza, reglas éticas y de comportamiento, interpretaciones, elecciones de diversas especies, etc.- Trátase pues, de un razonamiento estructuralmente complejo y heterogéneo, en el cual se encuentran y se mezclan diversas dimensiones lógicas, lingüísticas, cognoscitivas y de argumentación (Taruffo, Sentido común, experiencia y ciencia en el razonamiento del juez., 2001).”*

La misma descripción de Taruffo permite observar cómo el *background* cultural del juez, incide o incidirá irremisiblemente en el modo en que falle.

Y comparto con él, esa descripción para ir quizás un poco más allá sostener en base a la experiencia propia y la observada, que los jueces trabajan como taxidermistas que crean nuevos animales con retazos de otros, como especies de demiurgos que trabajan un relato con los pequeños rastros de un mosaico (la metáfora es de Taruffo) que han sobrevivido en el expediente, cuyo diseño es reconstruido por ellos, tal como lo hacen los historiadores¹⁰.

¹⁰ Debo esta metáfora a Umberto Eco, quien relata que el ornitorrinco fue “descubierto” en Australia a fines del siglo XVIII, en un primer momento se lo denominaba watermole, duck-mole, ó dukbilled platypus. La ironía borgeana de Eco se manifiesta al referir que cuando aparece el ornitorrinco en Occidente, Kant ya había escritos sus obras y que cuando se empieza a discutir sobre su “naturaleza”, el autor de la crítica de la razón pura había entrado en la etapa de la obnubilación de la misma, en tanto que para cuando se decide la compleja situación del ornitorrinco en el bestiario occidental, Kant hacía ya 80 años que había muerto. Sin embargo, si Kant hubiera vivido unos años más y jugado a Aristóteles intentando realizar su propia taxonomía, se hubiese encontrado con problemas semejantes a los que le planteara a éste el caso del camello, que eludía sistemáticamente las definiciones por género y especie (o diferencia), animal que luego, por casualidad, le permitiría a Luhmann explicar la función del derecho. Cuál habría sido el azoramiento de Kant, se pregunta Eco, si los datos no se adaptaban a ningún esquema precedente: ¿cómo se podían conciliar el pico y las patas palmeadas, con el pelo y la cola de castor, o la idea de castor con un animal ovíparo? El problema para Kant, no hubiese podido parangonarse de mejor modo, según Eco, con el problema de los jueces cuando le toca juzgar “ornitorrinchus casus”. Los términos del problema, dice, se aclararon para aquél sólo en la Crítica del Juicio, el juicio es la facultad de pensar lo particular como subsumido en lo general, si ya está dado lo general

Los hechos

No podemos menos que acordar en que las decisiones del proceso judicial, propio del estado de derecho, se basan en la determinación de los supuestos de hecho obtenidos mediante *pruebas*, pero también en que para que las decisiones se hagan admisibles, la historia del caso debe ser contada, narrada coherentemente y debe ser narrada como parte de una narración más amplia, inserta en otros textos que la sostienen, los jurídicos entre ellos, pero no solamente (los de la ciencia, por ejemplo, serán indispensables), pero tampoco sólo ellos, tal como el propio Taruffo lo ha dicho, los *topoi* de ese vago conjunto de saberes que llamamos sentido común o máximas de la experiencia, serán parte de un bagaje que actúa en esa tela sin fisuras que es lenguaje (Rorty). Y ello hace que el razonamiento del juez (en lo que podríamos llamar el contexto de descubrimiento de la decisión) vaya de las narraciones de los peritos, a las de los testigos y de ellas a las de las partes, formando esos extraños bucles de los que habla Hofstadter, que constituyen lo que llamamos la jurisprudencia; ello aunque luego, en el texto justificatorio, el propio texto decisorio, no aparezca así.

Dice Taruffo, expresamente, al referirse a la diversidad de historias en los procesos: *“Esto es verdad en general (cf. Bruner, 2002: 23) pero es especialmente verdadero en el contexto procesal. Como veremos más adelante un proceso no incluye sólo una narración o story-telling: se trata de una situación compleja en la que varias historias son construidas, contadas por diferentes sujetos, desde diferentes puntos de vista y de distintas maneras. (Véase ampliamente Di Donato: 107 ss.). 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 “.*

(la regla, la ley) el juicio es determinante, pero si está dado sólo lo particular y se debe encontrar lo general entonces el juicio es reflexivo.

Luego, para probarlo, realiza lo que denomina un “experimento mental” que consiste en comparar un relato “ficcional” con uno “no ficcional”. El relato ficcional corresponde a la novela *The Broker* de John Grisham y el no ficcional a una información (ficcionalizada, valga la paradoja) del *New York Times*. Dejando de lado los detalles – que este breve espacio no permite describir – Taruffo propone dos categorías de lectores uno que describe como No Informado (LNI) y otro como Informado (LI), sobre los aspectos contextuales de sendos relatos. En la novela de Grisham el personaje se llama Rudolph Viscovitch, y es un profesor de la Universidad de Bolonia; en la “noticia” del NYT, ese mismo profesor ha sido asesinado por un estudiante. Salvo una muy improbable homonimia algo produce incomodidad ante la “noticia” en el lector informado, se supone que él permanecerá “incrédulo” hasta que se convenza de la correspondencia de lo informado con la realidad material de los hechos (Taruffo, 2010, pág. 49/52).

El consejo es claro: la actitud recomendable será la de “suspensión” del juicio, al modo de la epojé fenomenológica de Husserl, por ello nuestro autor concluye: *“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, y que una buena narración desde el punto de vista literario, puede ser una mala narración desde el punto de vista del derecho (Taruffo, 2010)”*; y agrega con agudeza que el discurso usual sobre narraciones y *story telling*, alude específicamente a los contextos procesales, lo que suele hacer referencia a todos los aspectos del caso y reúne en un todo indiferenciado aspectos jurídicos y aspectos fácticos de la situación que se trata.

El problema se vuelve entonces un problema semiótico; como lo he sostenido en mi trabajo sobre la decisión judicial (Douglas Price, 2012), todos nuestros discursos operan sobre la base de un “discurso de fondo”, un discurso al que lingüistas como Magariños de Morentín, llaman “textos pansemióticos” (textos que, por otra parte, compiten entre sí), o textos *fundadores* en el decir de Eliseo Veron (Veron, 1993); textos a partir de los cuales se produce una recirculación de sentido, una producción semiótica alternativa que continuamente redescubre los hechos a partir de sus telones de fondo, en su caso los mismos discursos de la ciencia.

Y sostengo que una muestra de ello puede verse cuando teorías presuntamente *científicas* compiten entre sí por la *explicación* de los hechos (y tal como Taruffo no me introduzco en la difícil cuestión de definir qué sea un “hecho”¹¹). Por ejemplo en el campo del derecho del trabajo, cuando menos en la Argentina, y más específicamente en el campo denominado de los accidentes de trabajo, se discutió durante mucho tiempo entre los médicos, acerca de la teoría de los *microtraumatismos* como causantes de lesiones incapacitantes; los jueces aplicaban los textos de una u otra corriente médica, de uno u otro autor y según la opción el trabajador resultaba ganador o perdedor (fácilmente podríamos aplicar aquí el criterio de análisis de Duncan Kennedy para observar que las “elecciones” de esos textos que se operan en el contexto de descubrimiento, y muchas veces no se admiten como tales, responden a moldes ideológicos que no tienen que ver con lo científico, aún si – como sostengo – también lo científico responde a moldes ideológicos). Discusiones análogas se daban sobre el modo de atribuir porcentuales de incapacidad a las lesiones o las predisposiciones anatómicas o fisiológicas.

Pero la cuestión no se restringe a las teorías científicas, Paul Roberts, por ejemplo, señala que en materia de prueba pericial es particularmente problemático decidir cuando los peritos designados por las partes están en desacuerdo, y se pregunta: *¿Cómo se supone que el juzgador de los hechos debe resolver con alguna base racional las disputas entre los peritos* (Roberts, 2013, pág. 169)? Y agrega que el problema se agrava cuando el juzgador es un jurado lego, desde que está tratando con la problemática en el curso del proceso penal inglés. En rigor, agrego, en este aspecto los jueces son también legos desde que su capacidad para distinguir entre teorías o procedimientos, o siquiera conclusiones, competitivas en el campo de las disciplinas científicas, es muy restringida, de hecho no son capacitados en ello (recién en las últimas dos décadas han comenzado a introducirse estudios de tal naturaleza).

Un muy breve repaso por otros textos que se introducen en la problemática de las pruebas denominadas *científicas*, nos conduce a análogas conclusiones. Si bien al hacerlo

¹¹ Aun si cabe adelantar que entiendo que no hay “hechos” puros y simples, los hechos son siempre *datos procesados*: solo podemos ver cuando disponemos una teoría que permite ver.

Roberts se refiere a ella como una descripción caricaturesca, desde una visión estándar de la filosofía del conocimiento popperiana la ciencia no prueba nada de manera concluyente en orden a decidir un caso, es más: se admite que el método científico es hostil a la determinación judicial de los hechos que requiere respuestas claras, inequívocas y razonablemente verdaderas para cuestiones fácticas discutidas (Roberts, 2013). El disgusto de los jueces con los peritos que no aportan juicios dirimentes o que, por el contrario, *deciden o pretenden decidir* el pleito, en base a criterios jurídicos sustituyendo al juez en su rol, es un *topos* de la cultura judicial.

El rechazo de Roberts por esta descripción, en mi modo de ver, no logra disminuir su acierto, no cuando menos cuando nos encontramos ante hipótesis de debate científico sobre la prueba en cuestión (o sobre la propia interpretación de los datos de la prueba) y la decisión no está mediada o más bien podríamos decir *facilitada* por la presunción jurídica de inocencia, desde que la culpabilidad – según el conocido estándar anglosajón – deberá ser establecida más allá de toda duda razonable, sino que, como en los procesos civiles (u otros de tipo análogo), la decisión *debe* ser adoptada sin que medie presunción alguna.

Y si tal es el panorama en materia de las pruebas en las que el juez o decisor puede delegar cierta porción de la construcción del relato en el perito, ¿cuánto cabe decir acerca de la prueba testimonial, habida cuenta de los desarrollos en materia de psicología del testimonio? Si bien sus antecedentes datan del siglo XIX y comienzos del siglo XX, época en la cual se puso de manifiesto por primera vez, mediante investigaciones empíricas, la falta de exactitud del recuerdo y los efectos de la sugestión en la memoria visual, ya con la obra de Münsterberg *On the witness stand* (1908) (Erostarbe, 2000, pág. 16), se reclamó la necesidad de una reforma legal basada en la experimentación científica, pues se aceptaba que un testigo, aún actuando de buena fe, podía brindar un testimonio erróneo. Lo cierto que más de cien años después, con muchas investigaciones análogas, y aún con las célebres advertencias de Jerome Frank, poco es lo que se ha progresado en la materia: “*Los jueces o jurados, al considerar la credibilidad (o falta de credibilidad) de los testigos, se encuentran influidos por sus respectivas «idiosincrasias y prejuicios personales» que son inarticulados e inconscientes, pero que usualmente nadie puede desentrañar* (Frank, 1968, pág. 57)”.

Para corroborar lo afirmado por Frank hace ya tantos años, veamos esta cita de Erostarbe: “Se han descrito muchos casos reales de errores judiciales determinados por errores de identificación, Rattner (1985) analizó 205 casos reales para analizar tipos de errores que contribuyen a una convicción errónea. En el 52% de ellos había errores de identificación del autor del hecho, en el 11% perjurio de los testigos y en el 10% errores de los oficiales del sistema judicial. Por todo ello (concluye), un tribunal debería recurrir a pruebas objetivamente más fiables para su apoyo que las aportadas por un testigo” (Erostarbe, 2000).

Por lo tanto ¿cómo establecer *narraciones objetivas*?

[Las reglas para obtención de la verdad en el proceso.](#)

Es cierto, como dice Taruffo, que no debe hacerse una neta distinción entre la búsqueda de la verdad en el proceso y la búsqueda de la verdad fuera de él; que es erróneo sostener que el instituto de la cosa juzgada impide obtener la verdad; que casos pasados en autoridad de cosa juzgada pueden haberlo sido (y así debería ser, afirma) decididos en base a haber determinado la verdad de los hechos condicionales del caso.

Ello es tan cierto como que los jueces se ven compelidos a decidir dentro de los marcos temporales del proceso. Los procesos *deben* culminar y, paradójicamente, una de las principales razones de las demoras que afectan el funcionamiento del entero sistema de justicia, y que el Profesor Taruffo deplora con razón, derivan de las dificultades con las que se hallan los jueces en la *producción de la prueba*.

Algunas son muy serias y vinculadas a los problemas epistemológicos, como las que antes expusimos de modo extremadamente sumario y otras son más pueriles pero no menos deletéreas como las que tienen que ver con la insuficiencia de medios, la desidia de peritos, la resistencia de testigos a responder a las citaciones de los juzgados, la morosidad de los abogados y de los propios agentes del tribunal, etc.; pero, cuando se computan estas diferencias, la búsqueda de la verdad en un proceso judicial tiene diferencias sensibles, al menos de hecho, con la búsqueda de la verdad fuera de él.

Finalmente, si bien es cierto que la cosa juzgada podría no implicar terminantemente el regresar sobre un caso ya juzgado y revisar, precisamente, la probanza

de hechos (como en la Argentina lo constituye el instituto de creación jurisprudencial denominado “cosa juzgada írrita” o el instituto análogo citado por Taruffo inserto en el Código Procesal civil italiano), lo cierto es que esa posibilidad está definida como excepcional y así funciona actualmente. Ello implica dos cosas: a) efectivamente la búsqueda de la verdad podrá perseguirse cuasi indefinidamente (y en ello lleva razón Taruffo), pero b) en la mayor parte de los casos los institutos que determinan el avance temporal del proceso y que impiden volver atrás, como el de la preclusión, resultan indispensables para el funcionamiento de un sistema llamado principalmente a decidir. En suma, esos institutos obligan a clausurar el proceso, haciendo que el juez deba encontrarse con ese mosaico del que habla nuestro autor y aumente exponencialmente la incerteza de sus conclusiones.

Para ser coherentes diremos que todo esto es parte del “telón de fondo” de la teoría procesal establecida y que bien podría ser cambiado, tanto como que es imposible imaginar que el período probatorio pudiera ser extendido *sine die* a la espera de la verdad perdida. Por otra parte, con un criterio que supongo es compartible, la Corte Suprema de Justicia de la Argentina ha forzado, por ejemplo, el fin de los procesos, en materia penal, cuando estos han demandado un tiempo considerado irracional.

Al final, los hechos.

Es cierto, como dice Taruffo, que los hechos *deben ser tomados en serio*, es cierto que muchos casos se ganan o se pierden en la prueba de los hechos. Es cierto que muchos casos son *hard cases* porque los hechos son demasiado complejos para ser subsumidos en una regla jurídica. Ello es tan cierto como que también es el juez el que, tomando una parte del mosaico hasta ayer considerada irrelevante, transforma un caso fácil en uno difícil. Esto es lo que me lleva a decir que así como todas las palabras son potencialmente vagas, todos los casos son potencialmente difíciles. Y que ello es el resultado de que lo que llamamos cultura es el acúmulo de nuestras distinciones, y nuestras distinciones se renuevan constantemente según lógicas muy diversas, como nos lo podrían recordar Borges o Foucault, son el resultado de nuestra práctica milenaria de distinguir lo Mismo y lo Otro (Foucault, *Las palabras y las cosas*, 1985).

Por ello debemos debatir qué significa *tomar los hechos en serio* porque si tomar los hechos en serio va a significar, parangonando a Dworkin, que en cada caso habrá una y solo una historia verdadera, tendremos que reconocer que estamos en problemas. En primer lugar porque si, como parece proponer Taruffo, la historia es verdadera, porque es la historia contada por el juez en base a las pruebas del caso, hallaremos que la solución del problema es circular: la verdad del proceso es la contada por el juez...porque la cuenta el juez. Y si no es circular y es verdadera porque las pruebas están justificadas, entonces el problema se traslada a la justificación de las pruebas, lo que por un lado resulta una obviedad y por el otro demarca un problema sobre el que la teoría del derecho oficial no se expide. Admito que en ello hay un enorme valor en el esfuerzo de Taruffo, ello a condición de que tomemos, insisto, su teoría como prescriptiva. Volvería aquí sobre las advertencias de Jerome Frank: que la mayor parte de los pleitos versan en rigor sobre hechos y los hechos, a los fines de la sentencia, no son necesariamente los reales (sin que retorne aquí sobre el debatido tema filosófico de la “realidad”), ellos son, afirmaba “*las creencias del juez de primera instancia o del jurado sobre esos hechos reales pasados* (Frank, 1968, pág. 26)”.

Pero aún más: el presupuesto de todo proceso es uno: finalmente, el juez dirá cuál es la *historia verdadera*, la confianza del público en el sistema de justicia se apoya en ello. Pero eso no significa que no haya otra historia, el relato judicial es presentado casi siempre en la forma binaria, verdadero/falso, pero ello es porque la estructura del proceso, su concepción como estructura de decisión, exige esa forma, y no porque los conflictos humanos se presenten “sólo” bajo esa forma. En materia de conflictos de familia, es posible ver más de dos relatos, tanto como más de dos partes (lo que caracteriza a los procesos complejos) y una de las dificultades de no reconocer por parte del derecho esa dificultad, la de la complejidad, suele partir, incluso, de la insistencia en el establecimiento de “una” verdad, lo que reduce considerablemente las chances de resolverlos o, como prefiero decir, reconducirlos en algún modo que sea productivo para la vida de las personas en él involucradas.

Y la exigen no porque sea esa “la” forma de las prácticas humanas que dieron origen al proceso (de suyo más diversas, disímiles y hasta contradictorias que lo que la lógica de

las normas condicionales, propia del derecho, permite), sino porque el sistema del derecho fue construido como un sistema para adoptar decisiones en caso de conflicto y se construyó bajo esa forma binaria, bajo la lógica de vencedor/vencido que ya estaba presente en la justa medieval, pero eso no significa que no haya otras formas.

Por tal “lógica” y otras razones vinculadas, el sistema jurídico construye “ficciones” que faciliten decidir aún si la certeza no está presente. ¿Qué significa si no el aforismo “lo que no está en las actas no está en el mundo”? ¿Qué significa el instituto de preclusión de las etapas procesales, en particular de aquella relativa a la producción de prueba, que lleva a decidir el proceso con pruebas no realizadas?, ¿no es justamente porque el derecho hace un uso funcional de las ficciones tal como las concebía Hans Vahinger, esto es: como esquemas conscientemente falsos?

La experiencia judicial indica que en muchas ocasiones, con o sin voluntad de cooperación de las partes, con o sin voluntad (y posibilidad jurídica¹²) del juez en producir pruebas adicionales, sencillamente no queda prueba para producir y el juez tendrá que decidir.

Sin caer en ejemplos remanidos de esas ficciones y ateniéndonos a ejemplos procesales: ¿qué significa, desde la perspectiva que defiende el profesor Taruffo, el que en caso de falta de contestación de la demanda el juez esté autorizado a considerar como verdaderas las alegaciones de la parte actora que consistan en la afirmación de la producción de hechos lícitos por parte del demandado?; ¿qué significa que la falta de respuesta o la respuesta evasiva a una posición del cuestionario relativo a la prueba confesional, el juez pueda interpretarlo en disfavor del absolvente? Sé que se me podrá decir que significa que el mismo dispositivo procesal procura que las partes *digan la verdad*, sí, consiento, tanto como que esos mismos dispositivos se han desarrollado para brindar elementos a la argumentación del juez en torno a los hechos, que permitan llenar los espacios vacíos del “mosaico”.

¹² Existe en cuanto a ello una profusa literatura acerca del rol del juez en el proceso que no es dable reproducir aquí, pero que se concentraría sobre la definición del mismo como pasiva o arbitral, o como activa y productora. Sin duda Taruffo se inclina por esta última, yo también, pero convengamos que no es materia pacífica y que lo que decide las posiciones son valoraciones claramente ideológicas.

La verdad como requisito decisorio.

No cabe duda de ello, y no se trata de negar los motivos por los cuales la “verdad” apareció como un requisito de la decisión. Ya lo advertimos más arriba con Maturana. Como bien dice Michel Foucault, y muestra de modo erudito Taruffo, el tránsito de un proceso decisorio a otro proceso significó el abandono, o cuando menos el relegamiento, del recurso al azar o a la magia, para ser sustituido por ese camino que aparece por primera vez en el relato de Edipo Rey. En la *Ilíada* todavía la prueba consiste en el juramento, es decir la decisión está “en manos de los dioses” y hasta en la misma obra de Sófocles, Creonte desafía a Edipo a jurar, pero cuando se hace necesario saber quién es el asesino de Layo, el consultado no es Apolo sino Tiresías un testigo paradójicamente ciego, pero el ajuste del juego de mitades se realiza finalmente con el testimonio de un esclavo y un pastor. Este juego permite hacer entrada en escena la mirada del testigo, del que “ve”, de aquél al que no había apelado Homero en su relato (y también al pueblo llano). Pero Edipo es también el rey filósofo de Platón, el que “sabe” porque es capaz de reunir en sí toda la verdad; Occidente negará esta relación entre saber y poder, pretenderá que *“allí donde están el saber y la ciencia en su pura verdad, jamás puede haber poder político”*. (Foucault, 1983, pág. 37/59).

Tal tránsito aparece notoriamente enriquecido en el muy erudito capítulo primero de la obra de Taruffo, en forma coincidente con la tercera conferencia de Foucault (Foucault, 1983, pág. 63/88). Allí se puede ver la “matriz” funcional del sistema jurídico: las ordalías no eran “pruebas de Dios” que se usaban indiscriminadamente frente a cualquier conflicto, eran recursos para adoptar una decisión que no convenía fuese asumida por autoridad política o religiosa alguna. Mediante el recurso de vincular el azar con la intervención divina, se obtenía un resultado indisputable, que es el objeto final, valga la redundancia, de todo sistema de resolución de disputas. El propio Taruffo admite que en las culturas donde se utilizaban prácticas adivinatorias o las mismas ordalías, podemos suponer que se pensaba que con ellas se descubría la verdad *“de modo que no se puede decir que la idea de verdad estuviera completamente ausente en esos contextos culturales (Taruffo, 2010, pág. 97)”*.

Con todo, insistirá Taruffo, en que se trata de ideas de la verdad algo “peculiares”, que si bien es posible que los antiguos auríspices y los jueces medievales, así como el cardenal Belarmino, 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 obtenían conclusiones verdaderas, ello no implica, sostiene, que más allá del consenso o no que cada uno tuviere, Belarmino estaba errado y Galileo acertado.

El punto es, sin embargo, que la tesis de Ptolomeo había sido aceptada como verdadera por mucho tiempo y si bien la descripción del sistema astronómico del que la tierra formaba parte si bien había sido previamente cuestionada por Copernico, tardará un tiempo en ser aceptada *como verdad*, de no haber abjurado, Galileo hubiese perdido porque su tesis no era verdadera (lo que llevó a colocar en el index a los textos de Copernico). Es todo un topos sancionar a Belarmino por su relación con el poder, tal como lo ha hecho notar Horkheimer, yo también lo hago, pero su pecado es la intolerancia, no el error, aunque resulte significativo que el segundo cargo contra Galileo sea que *“La proposición de no ser la Tierra el centro del mundo, ni inmóvil, sino que se mueve, y también con un movimiento diurno, es también absurda, filosóficamente falsa, y teológicamente considerada, por lo menos, errónea en la fe”*.

El criterio de verdad

¿Qué significa esto? Significa que lo que llamamos verdad tiene un estatus provisional (con lo que Popper podría coincidir) y si este es el estatuto del conocimiento fuera del proceso, no podría diferir el régimen de verdad que se admite dentro de él. En mi parecer las relaciones de poder que señalara Foucault en sus conferencias, se replican aquí bajo otra cara: el poder de Edipo se traslada al juez, al juez que sostiene el poder de un Estado que es todopoderoso, precisamente, porque detenta “la” verdad. Es en ello donde asiento la idea de una cierta superioridad epistémica del rol del jurado por sobre la del juez monocrático (otra puede ser la visión en los cuerpos colegiados), bien que no podamos extendernos aquí sobre el punto.

Taruffo, por su parte, afirma categóricamente que no es posible aceptar un concepto relativista de verdad, bien que al hacerlo se refiere a lo que denomina *un relativismo nihilista*, para asumir finalmente como válido, el criterio de verdad propuesto por Tarski. Pero seguidamente expone, lo que llama distinciones inútiles, y aclara que la *Verdad* absoluta o con mayúscula no es cosa humana y que es evidente que ella no pertenece al mundo del derecho o del proceso. Asegura que mientras esta admisión hace caer al absolutista en el escepticismo; nosotros tenemos que admitir que sólo podemos enfrentarnos con verdades relativas (Taruffo, 2010, pág. 99).

Mas dará un nuevo giro y sostendrá que debe insistir en que la verdad, en todo caso, es *objetiva*; que 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 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 la cantidad y calidad de las informaciones de que se disponga y sobre las cuales se funde el conocimiento; y afirma sin hesitar: *“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. 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 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* (Taruffo, 2010, pág. 99)“.

No puedo menos que acordar y disentir con el Profesor Taruffo en este punto, acordar en que podrá existir una mayor o menor aproximación a la verdad de todo enunciado, él mismo ha admitido que un enunciado podría ser verdadero aún sin estar fundado, y uno, como el del cardenal Belarmino, ser falso aunque estuviese fundado. Pero la pregunta, como el mar, reviene: ¿cómo los puede distinguir el juez?, ¿cómo distingue el juez entre el enunciado de Ptolomeo y el de Galileo?, ¿cómo distingue el juez entre el de un médico que dice que las lesiones que padece el obrero son consecuencias de

microtraumatismos y otro que dice que tal teoría es falsa, que la dolencia obedece al degeneración ósea propia del paso de los años?, ¿cómo entre uno que le dice fundado en una teoría psicológica que el sujeto de derecho posee capacidades para conducirse autónomamente y otro que, fundado, en la misma teoría pero en otros test, o en distinta teoría, le dice que no?¹³.

Para Taruffo, lo que es relativo o puede calificarse de relativo es el conocimiento, en la medida que se basa en 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 enunciado”* y agrega: *“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 al mundo tal cual es”* (Taruffo, 2010, pág. 100).

Pero, ¿Cómo se puede determinar la “aptitud” de ese convencimiento? ¿Cómo se puede determinar cuáles proposiciones representan al mundo tal cual es? (Y dejo aquí de lado los problemas inherentes al lenguaje y al significado). El problema del Juez es cómo corroborar que la nieve es blanca; aceptada la fórmula de Tarski o no, el problema es el mismo: la primera parte del enunciado se refiere a un enunciado, la segunda al objeto y lo que llaman verdad en un proceso es la verificación de que p es el caso.

Para Taruffo en el contexto del proceso es apropiado hablar de verdad relativa y objetiva, relativa porque se funda en las pruebas que fueron acercadas al mismo, *pero es*

¹³ Si de paradojas se trata, me parecen paradigmáticas las advertencias que formula el DSM-IV “Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales”, que podrían resumirse en estas cuatro: a) los criterios diagnósticos específicos de cada trastorno mental son directrices para establecer el diagnóstico, puesto que se ha comprobado que su uso aumenta el entendimiento entre clínicos e investigadores, pero la correcta aplicación de estos criterios requiere de un entrenamiento especial que proporcione conocimientos y habilidades clínicas; b) estos criterios diagnósticos y la clasificación de trastornos mentales reflejan un consenso en este campo, pero no incluyen todas las situaciones que pueden ser objeto de tratamiento o de investigación; c) su propósito es proporcionar descripciones claras de las categorías diagnósticas, para diagnosticar, intercambiar información y tratar los trastornos mentales y d) la inclusión de ciertas categorías diagnósticas (como ludopatía y pedofilia) no implica que cumplan criterios legales o no médicos y, he aquí la mayor paradoja: “...Las consideraciones clínicas y científicas usadas para categorizar estas alteraciones como trastornos mentales pueden ser irrelevantes a la hora de pronunciarse sobre temas legales, como responsabilidad individual, intencionalidad o competencia”. (el subrayado es mío).

objetiva porque no se funda en las preferencias subjetivas o 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. (Taruffo, 2010, pág. 100).

Nuevamente se puede preguntar: ¿cómo se obtienen esos datos? La respuesta, en la tradición occidental, para ser congruente con la tesis de Taruffo, solo puede ser una: a partir del método científico. Pero aquí el problema reviene, como el mar. En primer lugar el método científico es aplicable a unas pruebas y no a otras (como los testimonios, aún si se avanzan métodos para reducir los errores); en segundo lugar el método es una tradición, una tradición que ha dado importantes técnicas para la sobrevivencia humana, pero, como se sabe desde Kuhn, una tradición que vacila, que no es unívoca, como el estudio de la historia de las condiciones de producción y validación de “los” métodos nos revela. Como decía Klimovsky, refiriéndose a Kuhn: *“a su entender los criterios de aceptación de una teoría deben basarse en factores tales como el consenso de la comunidad científica, de los cual resultaría que lo procedimientos mediante los cuales se obtiene, se discute y se acepta el conocimiento resultan de una intrincada mezcla de aspectos no sólo lógicos y empíricos sino también ideológicos, psicológicos y sociológicos* (Klimovsky, 1999, pág. 30)”.

Los jueces, no sé si por desgracia o por fortuna, no cargan como bagaje habitual de su conocimiento problemas epistemológicos como contexto de descubrimiento, contexto de justificación, o criterio de demarcación, etc.; a los jueces apenas si se nos enseña derecho conforme moldes que tampoco suelen ser sometidos a crítica como también ha señalado Duncan Kennedy, bastaría irónicamente recordar que la pretendida ciencia del derecho lleva es apodada “dogmática”, la que – como ha señalado Luhmann – tiene como objeto el de “descargar necesidades de argumentación”.

El punto, me parece, es que cuando un juez intenta averiguar la naturaleza de un caso, puede siempre padecer del mismo problema de aquel sabio del British Museum, que al recibir por primera vez el cuerpo disecado de un ornitorrinco, azorado, como aquellos dirán que se trata del hábil engaño de un taxidermista que ha confeccionado este extraño ser con retazos de otros animales (Eco, pág. 279 ss.).

Los jueces cuando confeccionan sus sentencias se enfrentan al mosaico con el que se enfrentan los historiadores, tanto los de lo humano como los de la naturaleza. Taruffo, lo admite pero insiste en que el procedimiento es (o debiera) ser otro. Y a pesar de que él mismo ha advertido sobre la *Gran Distinción* de Hume, parece que voluntaria o involuntariamente cayera en ella.

Pero aún si asumiera que decididamente la teoría de Taruffo es prescriptivista y está pretendiendo indicar a los jueces que deben saber más epistemología y más ciencia, y admito que así debe ser, creo que a su vez coincidirá Taruffo en que los métodos para evaluar las pruebas del proceso, aun cuando puedan ser conocidos, son en muchos casos inciertos, y que ello aumenta las dificultades de los jueces para construir el mosaico del caso que terminará en muchas ocasiones insinuando la también dudosa figura de un ornitorrinco.

Y para agregar más dudas en este bestiario tenemos al instituto del *bonus fumus iuris*, asociado a los institutos procesales vinculados con medidas urgentes, pero eso ya es *otra narración*.

Bibliografía

Douglas Price, J. (2012). *La Decisión Judicial*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Eco, U. (s.f.). *Kant y el Ornitorrinco*.

Erostarbe, I. (2000). *Psicología del testimonio*. Donostia: Erein.

Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Foucault, M. (1983). *La verdad y las formas jurídicas*. México: Gedisa.

Klimovsky, G. (1999). *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*. Buenos Aires: A-Z.

Roberts, P. (2013). ¿Fue el bebé sacudido? Prueba, pericia y epistemología jurídica en el proceso penal inglés. En C. Vázquez, *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. (pág. 134/180). Madrid: Marcial Pons.

Rorty, R., & Engel, P. (2007). *¿Para que sirve la verdad?* Buenos Aires: Paidós.

Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons.

Veron, E. (1993). *La semiosis social. Fragmentos de una teoría de la discursividad*. Barcelona: Gedisa.