

## CAPÍTULO 60

# EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA APLICADA

Enrique CÁCERES NIETO\*

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *Definiciones y presupuestos teóricos.* III. *El proceso judicial como un sistema de hechos institucionales: una visión panorámica.* IV. *Las pruebas (1): Semántica de la palabra “prueba”.* V. *Las pruebas (2): Decisión y normalidad epistémica.* VI. *Las pruebas (3): Clausura de operación cognitiva. Determinación de la verdad (prueba en el sentido 2).* VII. *Los efectos contraepistémicos del derecho positivo y la disyuntiva entre valores epistémicos y valores no epistémicos.* VIII. *El derecho humano a una debida deliberación: La verdad como condición de la justicia.* IX. *Bibliografía.*

*A Larry Laudan*

### I. INTRODUCCIÓN

“*La filosofía del derecho no sirve para nada*”, afirmaba un estudiante en los pasillos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, después de haber salido del aula en que se había practicado el examen final de la asignatura. A juzgar por la escena, que incluía tanto su comunicación verbal, como la no verbal, uno podría asumir que el enunciado contra la filosofía surgía de un estallido emocional derivado de lo mal que había respondido el examen y de su predicción de no poder salir de la licenciatura por culpa de una materia que, a fin de cuentas, es de relleno en el plan de estudios.

Sin embargo, esta actitud se extiende más allá de los alumnos desafortunados e iracundos, y es fácil constatar que está ampliamente extendida en las representaciones sociales tanto de los estudiantes como de los operadores jurídicos prácticos que “*si saben cómo pasan las cosas en el mundo del derecho*”.

\* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

El reclamo no es del todo injustificado si consideramos que mucho de lo que se enseña como filosofía del derecho es gato que se da por liebre. Pero no ocurre así en todos los casos y la misma creencia sobre la inutilidad de la asignatura puede encontrarse cuando se estudia y discute a los grandes pensadores de la filosofía del derecho como es el caso de Kelsen, Hart, o Dworkin.

No es este el lugar para hacer una defensa de la utilidad práctica de las teorías generales del derecho como fuente de esquemas cognitivos y modelos mentales que influyen de manera fundamental en la forma en que organizamos la información que tiene lugar en la práctica jurídica. Más bien me interesa resaltar que el dominio de la filosofía del derecho va más allá del análisis conceptual de esas teorías e incluye a las materias responsables de los cimientos del razonamiento jurídico mismo a través de disciplinas tales como la lógica, la argumentación, la interpretación y la metodología jurídicas.

A este grupo de asignaturas íntimamente vinculadas con el razonamiento práctico en el derecho se suma la epistemología jurídica, la más joven de la familia y que se encuentra en la etapa inicial de su desarrollo.

Al respecto Larry Laudan, uno de los más grandes epistemólogos de los siglos XX y XXI y pionero de la epistemología jurídica, afirma que:

Epistemología Jurídica... apenas existe como una area de investigación reconocida... ha habido muy pocos estudios sistemáticos acerca de la cuestión de si las normas existentes podrían ser cambiadas para mejorar la probabilidad de obtener verdaderos verdicots.<sup>1</sup>

Señalar esta situación es particularmente importante en esta obra, pues normalmente se espera que una enciclopedia dé cuenta del conocimiento cristalizado, con linderos bien definidos y cimientos firmes, lo cual no es posible hacer respecto de la epistemología jurídica dado el estado de conformación en que se encuentra.

Visto desde otro prisma, el reto que representa dar forma precisa a lo que se encuentra en proceso de conformación permite realizar un trabajo propositivo que no se limite a un discurso informativo de lo que ya está dado y en ese sentido contribuir al desarrollo del nuevo dominio de conocimiento. Éste es el objetivo último de este trabajo.

<sup>1</sup> Laudan, Larry, *Truth, error and criminal law*, New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 2-3.

## II. DEFINICIONES Y PRESUPUESTOS TEÓRICOS

### 1. *Definición de “epistemología”*

De forma simplificada “epistemología” (aplicada) denota a un área de la filosofía cuyo objetivo es determinar las condiciones bajo las cuales una creencia puede ser considerada verdadera y justificada.

Aparentemente del hecho de que una creencia (expresable en una proposición descriptiva) sea verdadera debería seguirse que está justificada, pero no es así. Puede haber proposiciones verdaderas que no estén justificadas. Por ejemplo, durante mucho tiempo, previo al desarrollo de la medicina actual, la herbolaría ha sido usada por brujos y chamanes para curar las enfermedades de los miembros de su comunidad. Sin embargo, eran incapaces de explicar por qué curaban. Se limitaban a proporcionar “pseudo-explicaciones” en el sentido de que era debido al contacto que tenían con seres de otra dimensión durante su estado alternativo de conciencia, lo que no puede contar como explicación objetiva. Dicho en otros términos, una verdad por casualidad no está epistémicamente justificada.

La justificación epistémica se obtiene como resultado de procesos confiables para la determinación de la verdad. En el caso de la ciencia esos procesos corresponden al método científico, o, mejor dicho, “los métodos científicos” que varían de disciplina a disciplina. En otras palabras, no hay un único procedimiento para determinar la verdad ni siquiera en la ciencia: los criterios que son útiles para las matemáticas no son iguales a los que requiere un físico o un biólogo. Los procesos de verificación que son confiables para una disciplina científica pueden ser totalmente inútiles en otra.

Sobre la importancia de la prueba en la filosofía de la ciencia como parte de los criterios para la determinación de la verdad, Laudan indica:

Los problemas acerca de las bases epistemológicas y los métodos de la investigación merecen un lugar preferente en las teorías filosóficas acerca de esas actividades... (la historia, las ciencias o las matemáticas)...

Nadie con un mínimo sentido de la responsabilidad intelectual, se plantearía escribir sobre filosofía de las matemáticas sin hablar extensamente sobre la naturaleza de la prueba matemática... Tampoco nadie escribiría sobre la filosofía de las ciencias empíricas sin abordar la naturaleza del experimento o de la corroboración de hipótesis.<sup>2</sup>

Independientemente de la ciencia de que se trate, hablar de condiciones necesarias para la determinación de la verdad presupone todo un universo

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 16.

de elementos que inciden en las prácticas de investigación. Por ejemplo, cierto tipo de microscopio puede ser indispensable para la determinación de la verdad en ciertos experimentos en bio-medicina, o el FMRI para la identificación de la actividad cerebral que tiene lugar al realizar ciertas tareas. Es decir, que el desarrollo de la ciencia y la determinación de la verdad son situados.<sup>3</sup>

Sin que pueda decirse que es totalmente independiente de las prácticas de investigación y de factores ecológicos, existe un elemento fundamental en el proceso de determinación de la verdad que corresponde a lo que aquí referiré con la expresión “normatividad epistémica”, que denota a los procesos cognitivos que deben ser seguidos en el proceso de investigación como una condición ineludible para la determinación de verdades justificadas. En el ámbito de las ciencias, ésta corresponde a la lógica de la investigación. En este sentido, saber en qué condiciones una creencia es verdadera es consecuencia de razonar de cierta manera sobre el material disponible en el proceso de investigación. Precisamente es esta normatividad epistémica la que permite distinguir entre “explicaciones” pseudocientíficas o ideológicas, por una parte, y las científicas, por la otra.

Todo lo dicho hasta aquí tiene sentido referido a la ciencia, pero: ¿qué tiene que ver con el derecho?

## 2. Definición de “epistemología jurídica”

Siguiendo el hilo conductor del epígrafe anterior, se puede avanzar un paso en la definición de “epistemología jurídica” estipulando provisionalmente que denota a un área de la filosofía del derecho cuyo objeto es identificar los procedimientos confiables bajo los cuales una creencia acerca de hechos jurídicamente relevantes puede considerarse verdadera.<sup>4</sup> Desde luego la confiabilidad de esos procesos implica de manera fundamental la justificación de las inferencias que concluyen la verdad de las proposiciones, es decir, contar con un modelo de normatividad epistémica, entre otras cosas.

Con el objetivo de avanzar hacia una estipulación final, es conveniente hacer algunos comentarios aclaratorios al avance de definición expuesto:

<sup>3</sup> El término “situado” se emplea en el sentido de la “teoría de la cognición situada” discutida en la filosofía de la cognición contemporánea, conforme a la cual la cognición es el determinada por el ambiente en el cual se desarrollan los agentes cognoscentes.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 6, 7 y 42.

1) La normatividad epistémica es sólo una parte de los elementos constitutivos de los procedimientos confiables para la determinación de la verdad. Otros están vinculados con las condiciones que hacen posible que el razonamiento que sigue dicha normatividad sea confiable. Por ejemplo, un juez puede realizar inferencias perfectas a partir del material disponible en el expediente, pero que el derecho positivo sea sumamente limitativo en la admisión de pruebas relevantes. Así, un juez en materia electoral podría estar en condiciones de realizar una inferencia correcta sobre la responsabilidad de un partido político respecto de si el contenido de los materiales publicitarios usados en una campaña rompen o no el equilibrio de la contienda electoral. Sin embargo, esta operación lógica sería deficiente si la ley hubiera excluido la presentación de pruebas periciales en psicología social o en mercadotecnia política.

2) La normatividad epistémica tiene una dimensión tanto descriptiva como normativa. El avance de definición proporcionado podría hacer suponer que la epistemología jurídica es una disciplina puramente normativa. Sin embargo, no es el caso ya que un modelo adecuado de normatividad epistémica requiere estar apoyado en un modelo descriptivo y no ser totalmente tejido en el mundo subjetivo de la especulación.

3) La normatividad epistémica es independiente de la normatividad jurídica. Esto significa que las normas jurídicas que pretenden regular las tareas cognitivas que debe realizar un juzgador para tomar sus decisiones no garantizan que esos procesos satisfagan las condiciones de la normatividad epistémica para la determinación de la verdad. Por ejemplo, cuando en los sistemas del *common law* se indica que los miembros de un jurado deben declarar culpable a alguien sólo cuando hayan alcanzado un estado psicológico *subjetivo* equivalente a “más allá de toda duda razonable”. Ello significa que podrían cumplir la ley con base en un razonamiento común, sin haber seguido un razonamiento que pudiera justificar su decisión desde una punto de vista epistémico.

4) En los hechos y en términos generales, los procesos confiables para la determinación de la verdad no siempre han sido incorporados por el derecho procesal. La constante referencia a jueces en el discurso de la epistemología jurídica podría hacer pensar que los procedimientos confiables para la determinación de la verdad están y siempre han estado presentes en los procesos jurisdiccionales, pero no es el caso.

Las decisiones jurídicas sobre culpabilidad<sup>5</sup> o inocencia tienen una historia siniestra de la que dan cuenta prácticas medioevales según las cuales Dios debía interceder para mostrar si alguien era culpable o inocente del delito que se le imputaba. Esto se lograba a través de procesos conocidos como Ordalías, una de cuyas modalidades consistía en meter al presunto responsable en una jaula que se sumergía en aceite hirviendo. Si el sujeto era inocente, Dios haría el milagro de salvarlo y por tanto saldría ileso de la prueba.

Es razonable pensar que el desdén por la determinación de la verdad en las decisiones jurisdiccionales fue producto de una época de superstición y obscurantismo superados, que hoy las cosas operan de manera totalmente distinta y que la determinación de la verdad ocupa un lugar privilegiado en los juicios. Desafortunadamente, no es el caso, y para mostrarlo no hace falta sino referir algunas propiedades de los procesos jurisdiccionales que tienen lugar tanto en la tradición del *common law* como en la tradición romano-germánica.

En ambas familias es frecuente que el estándar para determinar la inocencia o culpabilidad de alguien se exprese mediante términos referidos a estados psicológicos subjetivos de los juzgadores, tales como: “más allá de toda duda razonable”, “convicción íntima”, “certeza moral”, “estar seguros”, “altamente probable,<sup>6</sup> “firmemente convencido”, “completamente persuadido”, “con una conciencia satisfecha”,<sup>7</sup> etc.

Asumir que fórmulas de este tipo corresponden a criterios confiables para la justificación de la decisión resulta tan absurdo como sostener que un método confiable para la verificación de hipótesis en la física corresponde a la convicción íntima del físico de que su hipótesis es verdadera.

En el caso del sistema de *common law* se presenta un problema adicional consistente en que la decisión sobre culpabilidad o inocencia es tomada por jurados constituidos por gente común, que por tanto carece de la preparación y experiencia necesarias para el manejo de métodos confiables para la determinación de la verdad.

<sup>5</sup> En este trabajo no se usa la expresión “culpabilidad” en el sentido técnico del derecho penal, sino en un sentido coloquial equivalente a responsabilidad. Las razones de ello son que el trabajo no versa sobre epistemología del derecho penal, sino del derecho en general y, por otra parte, que las referencias a la epistemología del derecho penal se toman del trabajo de Larry Laudan, quien usa la expresión en el sentido propio del derecho anglosajón, tradición en la que la no se sigue la tradición de la dogmática jurídica penal de corte continental europeo y latinoamericano.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 32-34.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 51.

Bueno, podría decir el lector, seguramente que el asunto es diferente en la tradición romano-germánica debido a que los juzgadores suelen ser jueces profesionales. Desafortunadamente tampoco es el caso, debido a que la propia ley suele establecer desequilibrios y obstáculos epistémicos para la determinación de la verdad; los estándares de prueba vagos y subjetivos también están presentes en esta tradición y por tanto los jueces profesionales tampoco toman sus decisiones con base en una normatividad epistémica bien establecida, que en buena medida aún está por definirse por parte de quienes teorizamos sobre la epistemología jurídica.

5) Las reglas que protegen valores epistémicos no son las únicas que regulan las decisiones y conductas de los operadores jurídicos. Al igual que sucede en el terreno de la ciencia, en el derecho los procedimientos epistémicos que pueden hacer confiable la búsqueda de la verdad se encuentran restringidos por reglas que protegen valores no epistémicos. Por ejemplo, en el ámbito científico hay razones morales que limitan la investigación en humanos, restricción equivalente en derecho, a la impuesta por las reglas para la exclusión de evidencia obtenida de manera ilícita.

6) Los hechos sobre los que versa la actividad epistemológica de los operadores jurídicos son constituidos por el propio derecho. A pesar de sus semejanzas con la ciencia, el derecho presenta una propiedad muy particular que complica extraordinariamente la reflexión epistémica: el derecho es el generador de los propios hechos sobre los que versan las creencias cuya verdad o falsedad hay que determinar. Por ejemplo, si es verdadera o no la proposición que afirma que alguien expresó agravios en un juicio de amparo, dependerá de la definición de “agravio” establecida en la ley, interpretada conforma a lo establecido por la jurisprudencia y la narración de las partes. Presentar agravios es un “hecho” que no existiría en el mundo independientemente de las reglas que los establecen, como sí ocurre, por ejemplo, con la caída de los objetos explicada por la teoría de la gravedad.

Una vez aclarados los puntos precedentes, podemos intentar un paso más en la construcción de la definición de “epistemología jurídica”.

Con relación al problema de la evaluación epistémica del derecho, Laudan, refiriéndose al derecho penal, pero extensible al derecho en general, afirma:

Un juicio criminal es, ante todo, una máquina epistémica, una herramienta para desentrañar la verdad de lo que a menudo inicialmente es un confuso conjunto de indicios e indicadores... si esto es así, entonces cabe preguntarse si los procedimientos y

normas que rigen el juicio son realmente propiciatorios de la verdad... el esfuerzo por responder a esta cuestión constituye lo que ... yo he llamado “epistemología jurídica”.<sup>8</sup> La epistemología propiamente concebida, implica tanto: a) un proyecto descriptivo cuyo objetivo es determinar cuáles normas de las existentes frustran la búsqueda de la verdad y b) uno normativo que propone cambio a las reglas existentes para eliminar o modificar aquellas que resulten ser serios obstáculos para la búsqueda de la verdad.<sup>9</sup>

Una distorsión que debe evitarse a toda costa es considerar que el objetivo de Laudan es analizar tal o cual derecho positivo. Una interpretación de este tipo sería incorrecta, pues el célebre epistemólogo no realiza un trabajo de dogmática jurídica. En estricto sentido, cuando se refiere a normas del derecho se está refiriendo a “instituciones” jurídicas plasmadas en normas de derecho positivo. Se ocupa, por ejemplo, de analizar el papel epistémico de la presunción de inocencia y no de las normas que la regulan en determinado(s) código(s) procesal(es).

Llegados a este punto el lector perspicaz podría preguntarse qué sucede con la definición de epistemología jurídica ofrecida al inicio de este apartado, especialmente enfocada a la normatividad epistémica, si se contrasta con la ofrecida por Laudan.

La pregunta es de gran relevancia pues como se verá más adelante a Laudan no le interesa abordar el problema de la normatividad epistémica, o al menos no de manera explícita. Esto lleva a preguntarse: ¿Cómo pretende Laudan que su proyecto, consistente en proporcionar criterios para evaluar los méritos epistémicos del derecho positivo sea exitoso sin ocuparse del problema de la normatividad epistémica?

La respuesta a estas cuestiones quedará más clara en el transcurso de este trabajo. Sin embargo, se puede adelantar que la evaluación del impacto del derecho en la normatividad epistémica no es la única manera de evaluar si satisface o no procedimientos confiables para la búsqueda de la verdad. Ello puede lograrse también analizando los elementos que el derecho permite o prohíbe para que la normatividad epistémica pueda llevarse a cabo exitosamente.

El objetivo teórico de Laudan es proporcionar criterios para identificar, evitar y corregir los desequilibrios y obstáculos epistémicos (efectos contraepistémicos) con los que ciertas instituciones jurídicas pueden afectar la distribución de errores que la sociedad está dispuesta a admitir entre falsos culpables y falsos inocentes.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 3.



En algún sentido la preocupación de Laudan es complementaria de la que tiene lugar respecto de la determinación de la normatividad epistémica en el derecho. Mientras que la normatividad epistémica se preocupa por los procesos cognitivos o razonamiento de los operadores jurídicos necesarios para determinar cuándo es justificado considerar que una creencia en derecho es verdadera, Laudan se preocupa por la forma en que el derecho incide en las condiciones necesarias (ecológicas) para que esa normatividad se pueda desplegar.

Llegado este punto podemos volver a la definición propuesta anteriormente y leerla con otras gafas que incorporan lo que hemos desarrollado hasta aquí: “Epistemología jurídica” designa a un área de la filosofía del derecho cuyo objetivo es determinar las condiciones que deben satisfacer los procedimientos confiables para la determinación de la verdad en el derecho.

Ahora sabemos que la regulación de dichos procedimientos implica que el derecho incluya instituciones jurídicas (procesales) que i) no produzcan efectos contra-epistémicos, sino que faciliten las condiciones necesarias para que los operadores jurídicos puedan determinar la verdad de los hechos; ii) no interfieran, sino que promuevan, el ejercicio de la normatividad epistémica de los operadores jurídicos; y iii) protejan valores no epistémicos de tal suerte que su protección no imposibilite la determinación de la verdad.

### 3. *Presupuestos teóricos*

#### A. *Constructivismo jurídico*

Desde hace varios años mi investigación principal ha versado sobre la elaboración de un nuevo punto de partida en la comprensión del derecho al que he dado en llamar “constructivismo jurídico”. Su definición es la siguiente: “Enfoque epistémico cuyo objetivo es actualizar nuestra comprensión de la teoría jurídica, del derecho positivo y de la forma en que éstos inciden en los procesos de construcción social de la realidad mediante agentes e instituciones, y determinar estrategias eficaces de intervención en dichos procesos”. El constructivismo jurídico parte de una perspectiva naturalizada que integra supuestos epistémicos, teorías y métodos provenientes de dos disciplinas que están impactando profundamente y de manera

transversal a muchas áreas del conocimiento: las ciencias cognitivas y las ciencias de la complejidad.<sup>10</sup>

El sentido que tiene hablar de actualización se refiere a la necesidad de que el derecho y sobre todo la teoría jurídica respondan a la crisis producida en la filosofía del derecho como consecuencia de las crisis de las dos grandes posturas epistemológicas previas al XX: la epistemología metafísica o especulativa, y la epistemología empirista y su impacto en el iusnaturalismo y el positivismo jurídico.

Más que una teoría, el constructivismo jurídico puede entenderse como la propuesta de nuevas gafas (*weltanschauung*) que permiten explicar al derecho desde una óptica distinta.

Que el constructivismo jurídico parta de un umbral de exigencia de naturalización significa que evita realizar especulaciones que no puedan ser consideradas una continuación de los resultados obtenidos en el terreno de las ciencias cognitivas y de la complejidad.

De manera particular, el recurso a las ciencias cognitivas trata de suplir lo que considero una deficiencia generalizada en la investigación jurídica y en nuestra manera de entender el derecho en general: el hecho de que el derecho tenga como objetivo último la regulación de la conducta humana y los juristas nos hayamos encerrado en una burbuja que nos ha aislado de las actuales explicaciones científicas sobre el binomio entre cognición y conducta.

En ese sentido, el constructivismo jurídico busca poner al derecho en contacto con la ciencia y reformularlo desde ella. Este objetivo implica, además, romper el aislamiento derivado del autoengaño epistémico consistente en creer que el derecho puede ser teorizado únicamente como una cuestión de normas generadas por ciertas instituciones creadas por el derecho mismo.

Una de las finalidades de este trabajo es explorar los alcances explicativos del constructivismo jurídico en el terreno de la epistemología jurídica.

### B. *Cognición y realidad*

No es éste el lugar para tratar con detenimiento la crisis del empirismo clásico y el surgimiento del constructivismo como nuevo punto de partida.

Me referiré a dicha crisis de manera tangencial a mi exposición sobre el papel de la cognición en la construcción de los hechos.

<sup>10</sup> Sobre la naturalización en la teoría del derecho véase el trabajo paradigmático: Leiter, Brian, *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

La psicología cognitiva surge como nuevo paradigma frente al conductismo. En términos generales cuenta con dos grandes modelos explicativos de la cognición íntimamente vinculados con la concepción del hombre como procesador de información: uno se inspira en el funcionamiento de la computadora como metáfora teórica y el otro en el funcionamiento del sistema nervioso. Ambos cuentan con respaldo experimental.

La psicología cognitiva ha centrado su atención en el funcionamiento del cerebro y a grandes rasgos muestra que lo que tradicionalmente consideramos como la realidad “dada ahí afuera” es el resultado de la manera en que procesamos la información que recibimos del contexto en el que estamos inmersos.

Dicho brevemente: los colores de la naturaleza, la armonía de la novena sinfonía de Beethoven, los aromas de los perfumes no existen dados “ahí afuera”, sino que son el resultado de las transformaciones que realiza nuestra cognición corporeizada y de manera especial el cerebro como resultado de nuestra historia evolutiva como especie.

Con base en lo anterior podría pensarse que pertenecer a la misma clase biológica es condición suficiente para que todos los hombres procesemos la información del entorno de la misma manera. Sin embargo, éste no es el caso: Supongamos que entramos a un laboratorio donde un físico está ante una cámara de burbujas y percibimos las mismas manifestaciones perceptivas visuales que él. Sin embargo, si le preguntáramos qué está haciendo, no nos diría que está contemplando burbujas, sino contando procesos subnucleares, lo que para nosotros carece totalmente de sentido (sólo vemos burbujas). Esto significa que nuestra manera de sistematizar cognoscitivamente la información “bruta” que recibimos del mundo (protones, fotones, ondas acústicas, etc.) no sólo es producto de nuestras características como especie, sino que varía en función de los modelos mentales que hemos desarrollado. Con base en ello es posible afirmar que en la ciencia no es verdad que la realidad determine nuestras teorías, sino que es la interacción entre nuestras teorías, esa información “bruta” y la forma en que la organizamos, lo que asumimos como real.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Sobre la concepción constructivista en el derecho véase Cáceres Nieto, Enrique, *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007. El ejemplo de la cámara de burbujas y otros semejantes se pueden ver en las pp. 7-14. Sobre el mismo tema véase Villa, Vitorio, *Constructivismo y teorías del derecho*, presentación de Enrique Cáceres, trad. de Anna Lucía Coppá, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. Sobre las distintas áreas de investigación del constructivismo jurídico, véase Cáceres, Enrique, *Justiniano. Un prototipo de sistema experto en materia de derechos humanos, elaborado con base en una concepción constructivista del derecho*, México, UNAM, 2007.

Llevando esta reflexión al derecho tendríamos el siguiente ejemplo: Empíricamente hablando el mar es sólo mar: olas que van y vienen en un flujo interminable. Sin embargo, los juristas solemos distinguir entre aguas nacionales y aguas internacionales; pero empíricamente, ¿dónde está la línea divisoria? Simplemente no existe, es el resultado de los modelos mentales que en tanto juristas hemos generado a partir del lenguaje plasmado en las normas de los tratados internacionales.

Algunos destacados filósofos del derecho han atacado cierta concepción del constructivismo que, en su concepto, sostiene que las investigaciones científicas son meras construcciones mentales, que la verdad depende de la coherencia entre las proposiciones de la narración y del consenso. Según estos críticos, estos constructivistas “radicales” tratan por todos los medios de no hablar del mundo. En otras palabras, tildan a los constructivistas de nuevos escépticos.<sup>12</sup>

Sin profundizar en ese debate, me permito subrayar que hay otras formas de entender el constructivismo, sustentado en los resultados de la investigación experimental tanto en la biología como en la cognición. Algunos de los autores más representativos a nivel mundial pertenecen a nuestro medio latinoamericano, como es el caso de los chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela.<sup>13</sup> Es decir, al lado del constructivismo criticado asociable a la filosofía posmodernista (como la defendida por Rorty) existe otro tipo de constructivismo fundado en la investigación científica.

No es éste el sitio para profundizar en este constructivismo científico. Por lo tanto, me limitaré a señalar las tesis que caracterizan la versión que suscribo:

- 1) La sistematización cognoscitiva es situada, es decir, se genera y opera en función de la interacción del organismo con su entorno.
- 2) La cognición es corporeizada, lo que significa que no ocurre únicamente dentro de la fría caja de la bóveda craneal, sino que involucra al organismo completo. Este punto es relevante porque mucho de la sistematización cognoscitiva ocurre sin participación del consciente.

<sup>12</sup> Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad. de Daniele Accatino Scagliotti, España, Marcial Pons, 2012, pp. 89-93.

<sup>13</sup> Para una introducción al pensamiento de estos autores véase Maturana, Humberto, *La realidad ¿objetiva o inventada?*, México, Universidad Iberoamericana y Anthropos, 1997; Varela, Francisco, *Conocer. Las ciencias cognitivas: tendencias y perspectivas. Cartografía de las ideas actuales*, España, Gedisa, 1990; Maturana, Humberto y Varela, Francisco, *El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del conocimiento humano*, España, Debate, 1990.

3) Todo lo que consideramos que es el caso en el mundo es necesariamente mediado por procesos cognitivos. Por su importancia me permitiré desarrollar este punto a partir de un experimento mental: Supongamos que en el futuro ocurre una terrible guerra bacteriológica y como medida preventiva algunos padres dejan a sus hijos recién nacidos dentro de submarinos habilitados para que puedan subsistir por muchos años, en los que pasan los efectos de la guerra. Parte de los elementos con que cuentan estos submarinos son robots-nodrizas programados para cuidar de los niños en sustitución de los padres y enseñarles todo lo necesario para sobrevivir dentro del submarino.

Como nunca estuvieron en contacto con el mar, los niños desconocen cómo es y su único contacto con el exterior es a través de pantallas de radar que monitorean la trayectoria de la nave a través de luces que se encienden en función de su interacción con el entorno. De esta manera, a través de atribuciones causales, el niño N 1 de un submarino que individualizaremos con S1, ha aprendido que existe una probabilidad de 8/10 de que cuando se encienda una luz verde del lado derecho de la pantalla, algo colisione con el submarino y produzca una sacudida de mediana intensidad. También ha aprendido que cuando se enciende una luz amarilla el submarino se detiene por un tiempo prolongado, y así sucesivamente.

Otro de los instrumentos del submarino permite tener comunicación entre los niños de diferentes submarinos. De esa forma N1 se entera de que el equipo de radar de un submarino S2 en el que vive un niño N2 tiene una luz roja con la que no cuenta S1 (S2 es más moderno que S1) y durante su conversación N1 se entera de que también N2 ha aprendido que cuando se enciende la luz verde de S2 tiene una probabilidad de 8/10 de colisionar, pero que cuando se encienden simultáneamente la luz verde y la luz roja (de la que carece S1) el submarino no sufre ninguna turbulencia. A partir de ese momento N1 y N2 celebran un pacto por virtud del cual cada vez que N2 perciba una luz roja se lo comunicará a N1 para que éste no se alarme y no pierda tiempo en actividades preventivas como sería proteger objetos para que no caigan, amarrarse a alguna parte de la cabina de control para evitar lastimarse, etcétera.

Dado que N1 y N2 nunca han tenido contacto con el mundo marino, no es difícil asumir que para ellos el mundo está constituido por luces, turbulencias e inmovilidades pasajeras que permiten relacionar su experiencia con lo que marca el radar.

Por otra parte, el hecho de que los radares de cada uno de los submarinos tenga potencialidades diferentes hace que la manera de entender el mundo por parte de N1 y de N2 tengan ciertas diferencias. No obstante

ello, N1 ha generado un modelo del mundo derivado de la transferencia de conocimiento por parte de N2 (aunque él no pueda ver luces rojas en su propia pantalla) por haber constatado lo que N2 le había dicho respecto de la correlación entre la luz verde de S1, el mensaje de N2 y la ausencia de turbulencias en su propio submarino. Es decir, tiene buenas razones para considerar que la creencia de N2, así como la proposición por la que la afirma, es verdadera.

Lo que pretende ilustrar este experimento mental es la forma en que nuestra comprensión acerca de modelos del mundo está determinada necesariamente por lo que podemos percibir (nuestros órganos de percepción), más los artefactos que nos permiten percibirlo (telescopios, microscopios electrónicos, etc.) y que adquirimos teorías acerca del mundo que incorporamos a las propias a partir de lo que han desarrollado los demás y nuestra propia experiencia.

Entender el mundo en términos de luces y correlaciones con la presencia o ausencia de turbulencias equivale a lo que asumimos es el caso en el mundo a partir de nuestros modelos mentales, convalidados por el hecho de que nos permiten conducirnos en un entorno que, a fin de cuentas, desconocemos “tal cual es”.

Si los niños de nuestro ejemplo hubieran tomado un curso de filosofía de la ciencia, habrían aprendido que su modelo mental acerca del entorno no podría ser transferido a como el entorno “*es*”, pues constituye una carta de navegación entre muchas otras posibles, pero que en última instancia no requieren de saber “como es el mundo *per se*” para conducirse en él.

De la misma manera que los niños desconocen si el entorno es estático o es dinámico, o si parte de esa dinámica incluye los cambios producidos por el submarino al desplazarse en el mar, desconocemos cómo será ese mar (que algunos consideran estructurado fuera de nosotros) y si esa estructura es estática o es dinámica, o si se modifica en función de la manera en que interactuemos con el entorno a partir de lo que nuestras pantallas de radar nos permiten entender.

A diferencia de la historia y de que quienes estamos fuera de los submarinos sepamos cómo se ve a simple vista el mundo marino, nadie que no esté condicionado por sus propios radares nos podría decir cómo es el mar que va más allá de nosotros mismos.

Para finalizar este inciso, es útil resaltar que una de las causas de algunas de las distinciones en epistemología, y ahora en epistemología jurídica, es resultado de dejar pasar desapercibido que el término “realidad” se usa para denotar tanto al entorno (el mar) que debemos organizar mediante

sistematización cognoscitiva<sup>14</sup> y a la manera en que lo hemos sistematizado en modelos mentales (el mundo entendido como luces y turbulencias). La otra causa es confundir el mapa con el territorio, la teoría con la realidad en el primer sentido referido.

Como ya hemos adelantado, el derecho presenta problemas importantes en lo que respecta a la diferencia entre la realidad como dimensión susceptible de sistematización y la sistematización misma porque a través de sus normas es constitutivo de esa realidad, de los hechos que la constituyen: algo así como si el submarino fuera construyendo el camino al andar. Volvemos sobre esto.

4) Lo que hay “afuera” es información susceptible de múltiples sistematizaciones cognoscitivas con diferentes tipos de funcionalidad. Esta afirmación, íntimamente vinculada con la anterior, se encuentra en la base de lo que podría llamarse un pluralismo epistémico y metodológico que está detrás del hecho de que la dimensión susceptible de sistematización haya podido producir diferentes modelos a lo largo de la historia, susceptibles de ser descartados como falsos únicamente mediante un proceso de inducción retrospectiva.

En la filosofía tendría un equivalente correspondiente a la diversidad de tradiciones filosóficas y en el derecho a distintas teorías dogmáticas enmarcadas bajo distintas “escuelas”.

5) No toda sistematización cognoscitiva tiene el mismo valor epistémico: algunas son obtenidas mediante métodos confiables para la determinación de la verdad y proporcionan modelos útiles acerca de lo que podemos considerar es el caso en el mundo. Otras, como es el caso de los mitos, son producto de sistematización cognoscitiva meramente especulativa. Una medida del éxito epistémico de unas sistematizaciones sobre otras radica en la manera en que unas nos permiten manipular “al mundo”. Por ejemplo, si una sistematización cognoscitiva correspondiente a una teoría en investigación biomédica es exitosa, permitirá constatar que los micro-organismos objeto de investigación pueden ser destruidos o neutralizados y por tanto los pacientes que eran víctimas de su infección ser curados.

Cuando este tipo de interacción ocurre se suele decir que se ha descubierto algún aspecto previamente oculto acerca del mundo. Pensar de esta manera implica trasladar al mundo la sistematización correspondiente a la teoría, lo cual es equivocado. El que una teoría nos permita organizar la información del entorno de cierta manera funcionalmente útil no significa

<sup>14</sup> La expresión “sistematización cognoscitiva” se toma de: Rescher, Nicholas, *Sistematización cognoscitiva*, 2a. ed., México, Siglo XXI, 1981.  
DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,  
Instituto de Investigaciones Jurídicas

que corresponda a la manera en que el mundo de ahí afuera está estructurado, error del empirismo clásico, hoy considerado ingenuo.

6) La determinación de lo que cuenta como verdad tiene lugar en comunidades epistémicas (por ejemplo, las científicas), cuyos miembros comparten los mismos procedimientos confiables para la determinación de la verdad. Es decir, la verdad no es el producto de un mero consenso, sino una empresa social en la que se ejerce un control intersubjetivo entre los miembros de la propia comunidad. Es esto lo que está en la base de la discusión científica en las revistas especializadas o en los congresos internacionales.

7) Es compatible ser epistémicamente constructivista y metodológicamente empirista. Es decir, es posible suscribir que lo que entendemos como realidad es siempre un constructo y al mismo tiempo asumir que hay formas de sistematización cognoscitiva privilegiadas, como es el caso de los métodos científicos.

Como se verá más adelante, estas consideraciones serán de gran relevancia para entender la epistemología jurídica de distintas formas. Por ejemplo, podemos entender ahora el problema de la determinación de la normatividad epistémica en el derecho como un problema consistente en determinar reglas de sistematización cognoscitiva confiables para la determinación de la verdad en el derecho. De igual forma, resulta relevante para una adecuada conceptualización de los hechos jurídicamente relevantes sobre los que versa precisamente el problema de la verdad.

### *C. Ciencias de la complejidad, auto-organizatividad y emergencia*

El término “auto-organizatividad” denota la propiedad de ciertos sistemas consistente en que sus elementos constitutivos se organizan “por sí mismos”, i.e., sin la participación de un controlador central.

El término “emergencia” denota la propiedad de sistemas auto-organizativos consistente en generar un cambio radical en la dinámica de sistema para dar lugar a otro distinto sin que se puedan rastrear en el sistema inicial las propiedades del sistema emergente.

Por ejemplo, el cloro y el sodio considerados aisladamente son tóxicos para el hombre. Sin embargo, juntos pierden su toxicidad y la ausencia de toxicidad no puede encontrarse en las sustancias por separado. Es lo que subyace a la conocida expresión que dice que el todo es más que la suma de las partes.



Un ejemplo de sistema auto-organizativo y emergente es el de las hormigas. Cada hormiga individualmente considerada es un agente estúpido. Sin embargo, de su auto-organizatividad emerge inteligencia colectiva. Curiosamente, lo mismo sucede con nuestro sistema nervioso ya que cada neurona es un agente estúpido de cuya auto-organizatividad emerge inteligencia.

D. *Reglas regulativas y reglas constitutivas, hechos brutos y hechos institucionales*

Como se ha indicado en otra parte, a pesar de sus semejanzas con la ciencia, la epistemología jurídica enfrenta problemas diferentes derivados de que los hechos jurídicos sobre los que habrá de versar la determinación de la verdad o falsedad no están en el mundo de la misma manera que los fenómenos que estudia un físico, sino que son generados desde el propio derecho. De profundizar en esta idea me ocupo a continuación.

Según el influyente filósofo John Searle,<sup>15</sup> es posible distinguir ciertos hechos “brutos” cuya existencia es independiente de cualquier regla o norma que los constituya. Por ejemplo, supongamos que se inaugura una nueva terminal de taxis y siguiendo una costumbre social para contextos similares, la gente hace una fila para subir en el orden de llegada a la parada.<sup>16</sup>

Este hecho preexiste a cualquier regulación mediante reglas explícitas. Sin embargo, aunque excepcionalmente, también existe gente abusiva que suele no respetar el orden de la fila y se mete delante de la posición que le corresponde aprovechando cualquier descuido.

Ante esta situación, la administración de la terminal de taxis decide poner un sistema de fichas numeradas y un inspector que dé acceso a los autos en estricto orden de numeración progresiva.

En este caso, el hecho bruto consistente en “hacer fila” preexiste a la regulación mediante fichas e inspector. El mismo hecho es regulado posteriormente, sin que dicha regulación haya sido una condición para la existencia del hecho. A este tipo de reglas encargadas de regular hechos preexistentes, Searle los denota con la expresión “reglas regulativas”.

Sin embargo, hay hechos cuya existencia únicamente puede tener lugar a condición de haber sido constituidos por reglas. Es el caso del ajedrez, donde la posibilidad de ver en el mundo un jaque mate presupone necesari-

<sup>15</sup> Véase Searle, John, *Actos de habla*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1980.

<sup>16</sup> El ejemplo está inspirado en uno de Neil MacCormick expuesto en: MacCormick, Neil, *Institutions of Law: an Essay in Legal Theory*, Inglaterra, Oxford University Press, 2007.  
DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,  
Instituto de Investigaciones Jurídicas

riamente las reglas que crearon el juego. Dicho en otros términos, los hechos ajedrecísticos no existen en la naturaleza como las manzanas o las piedras, sino que son creados mediante actos lingüísticos, a través de reglas. A hechos como los ajedrecísticos, Searle los denota con la expresión “hechos institucionales”, y a las reglas que los generan con “reglas constitutivas”.

La función constitutiva de este tipo de reglas tiene importantes consecuencias. Entre ellas:

1) Son condiciones de pensabilidad de los hechos institucionales: sólo puedo pensar en un jaque, enroque o jaque mate porque existen las reglas del ajedrez.

2) Son condiciones de existencia de los hechos institucionales en el mundo: sólo es posible identificar en el mundo un movimiento válido de ajedrez (mover la reina en diagonal varias casillas) y distinguirlo de uno inválido (mover la torre en diagonal), o identificar cuando se ha realizado un jaque mate, gracias a las reglas del juego.

3) Son condiciones de verdad de las proposiciones que describen los hechos institucionales: la proposición “Ricardo ha realizado un jaque mate” es verdadera, sólo si Ricardo ha conseguido una distribución de piezas en el tablero que imposibilita el rescate del rey. La proposición sería falsa si, por ejemplo, en vez de tratarse de un jaque mate, se tratase de un simple jaque que puede ser resuelto en el siguiente movimiento por parte del contrincante de Ricardo.

4) Son condiciones de evaluación: sólo es posible evaluar una jugada por la preexistencia de las reglas constitutivas del ajedrez.

5) Son condiciones de explicación: sólo es posible explicarse por qué A realizó cierta jugada en función de las reglas del juego.

6) Son condiciones estratégicas y por tanto teleológicas: los razonamientos realizados por ambos jugadores con el fin común de ganar la partida sólo tienen sentido por la existencia de las reglas del ajedrez.

La distinción entre ambos tipos de reglas y hechos es de particular relevancia para el derecho, dado que las normas jurídicas y los hechos jurídicos corresponden a la categoría de reglas constitutivas y hechos institucionales, respectivamente. Desde luego, las consecuencias de la constitutividad enumeradas previamente también se siguen para el derecho.

Dos ejemplos podrán ayudar a esclarecer lo que quiero decir:

*Ejemplo 1.* Supongamos que en un momento de su historia, un país enfrenta una profunda crisis económica y en consecuencia el reino necesita

más recursos para poder operar. Como estrategia, la legislatura correspondiente incluye dentro de la legislación fiscal un nuevo impuesto: el impuesto sobre la tenencia de ventanas.

El impuesto está vigente durante varios años, período durante el cual es posible lo siguiente:

- (i) Encontrar en el mundo hechos ilícitos consistentes en el delito de evasión del pago del impuesto sobre ventanas.
- (ii) Pensar en el delito de evasión del pago del impuesto sobre ventanas de manera abstracta, por ejemplo en las clases de derecho fiscal.
- (iii) Emitir proposiciones descriptivas que afirmen que cierto sujeto cometió el delito de evasión del pago del impuesto sobre ventanas, mismas que pueden ser verdaderas o falsas (problema que será dilucidado en tribunales).
- (iv) Evaluar si el cobro del impuesto es o no equitativo.
- (v) Explicar la razón por la cual el vecino tuvo que pagar una cuantiosa multa.
- (vi) Determinar estrategias para reducir el pago del impuesto sin que ello implique evasión por parte de los despachos de abogados fiscalistas.

De todas estas consecuencias nos centraremos aquí básicamente en dos: las reglas constitutivas como condiciones de existencia de hechos institucionales y como condiciones de verdad de las proposiciones que los describen.

La función constitutiva de la regla que establece el impuesto y el consiguiente delito de evasión hace que durante su vigencia sea posible encontrar hechos institucionales consistentes en la evasión del impuesto. De igual manera tiene sentido discutir acerca de si es verdadera o falsa una proposición que afirma que alguien cometió ese delito fiscal.

Con los años, la crisis económica es superada y consecuentemente la norma constitutiva del delito de evasión fiscal por la falta de pago al impuesto sobre ventanas es derogada.

El papel que el derecho juega en los procesos de construcción de la realidad se hace evidente en este caso, pues a pesar de que en el mundo sigan existiendo las mismas ventanas, después de la derogación, es imposible encontrar en el mundo un hecho constitutivo del delito de evasión por falta de pago del impuesto sobre ventanas. Es decir, las ventanas han dejado de ser un observable desde los esquemas jurídicos en tanto que son parte del

hecho imponible. Ello significa, por otra parte, que cualquier proposición descriptiva que afirme que alguien comete ese delito es falsa.

La constitutividad de las normas jurídicas es un tema que se presta a debates interesantes. Por ejemplo, alguien podría afirmar que las normas jurídicas no son constitutivas, sino regulativas ya que lo único que hacen es regular una realidad social preexistente.

El siguiente ejemplo nos ayudará a esclarecer este punto:

*Ejemplo 2.* Desafortunadamente durante toda la historia del hombre siempre ha habido algunos que privan de la vida a otros. Como es bien sabido, el derecho emplea el término técnico “homicidio” para referirse a estos hechos delictivos.

Con base en lo anterior, alguien podría sostener que lo único que hace el derecho penal es regular el hecho bruto (en todos los sentidos de la palabra “bruto”) consistente en privar de la vida a otro, mediante reglas regulativas.

Sin embargo, vistas las cosas con detenimiento, resulta que en el terreno del derecho se distingue entre parricidios, infanticidios, homicidios dolosos, homicidios culposos, etc. Es decir, “para efectos jurídicos” el privar de la vida a otro constituye un homicidio sólo porque así lo han determinado las normas del sistema.

Si por alguna extraña razón en algún sistema jurídico se derogaran las normas constitutivas del delito de homicidio, “jurídicamente hablando” sería imposible encontrar homicidios en el mundo.

Por otra parte, casos como el anterior no constituyen la regla, sino más bien la excepción en el derecho. Piénsese por ejemplo en cuáles podrían ser los hechos brutos meramente regulados que preexistieran a las normas que establecen figuras jurídicas como la caducidad de la instancia, el amparo directo, la tácita reconducción, etc. Simplemente, no preexiste nada.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Al respecto resulta interesante analizar críticamente la forma en que los penalistas aluden a las normas penales como aquellas que “describen” al tipo penal, como si el tipo penal preexistiera a la norma y esta únicamente diera cuenta de ello. Independientemente de que como hemos visto la descripción no es una función normativa, para poder describir algo es una condición necesaria la existencia del objeto a describir, pero ¿qué preexiste a la norma penal? Simplemente... nada. Las normas penales, al igual que las demás normas jurídicas, son constitutivas. Esta arraigada forma de pensar entre algunos penalistas, está basada en supuestos esencialistas de origen platónico que llevan a conclusiones absurdas: Si los tipos preexisten a las normas ¿qué se agrega al sistema normativo legislándolos?, ¿cuántos preexisten que no han sido descritos?, ¿cómo los conozco a todos y con qué criterios “describo”

La relación entre reglas constitutivas y hechos institucionales jurídicos está íntimamente vinculada con las consideraciones constructivistas hechas previamente. Ahora queda claro lo que significa sostener que, a diferencia de lo que ocurre en la ciencia (o al menos algunas de ellas), donde los hechos tienen lugar independientemente de las teorías, en el caso del derecho los hechos institucionales jurídicos no pueden preexistir, en tanto jurídicos, previamente a la constitutividad de las reglas. En el caso de la ciencia, gracias a nuestras propiedades biológicas vemos caer manzanas de los árboles como producto de una sistematización cognoscitiva de primer orden, mucho antes del desarrollo de la teoría de la gravedad (sistematización cognitiva de segundo orden). Posteriormente la misma manzana es comprendida como un objeto atraído por la fuerza de gravedad. Sin embargo, en el mundo del derecho no hay tácitas reconducciones o preterintencionalidades previas al efecto constitutivo de las normas jurídicas que sean equivalentes a las manzanas del ejemplo anterior.

Esta propiedad del derecho marca una diferencia importante porque la determinación de la verdad presupone hechos institucionales jurídicos generados a partir de la constitutividad normativa.

### III. EL PROCESO JUDICIAL COMO SISTEMA DE HECHOS INSTITUCIONALES: UNA VISIÓN PANORÁMICA

Generalmente el foco de atención de los trabajos sobre epistemología jurídica se centra en los problemas relativos al RAZONAMIENTO JUDICIAL.

Aquí se asume un enfoque distinto conforme al cual la determinación de la verdad es resultado de un proceso sistémico en el que interactúan diversas clases de sujetos y operadores jurídicos constituidos por el derecho.<sup>18</sup>

Este sistema del cual depende el éxito o fracaso en la determinación de la verdad opera en una dimensión multinivel.

Uno de esos niveles está constituido por elementos extrajurídicos que corresponden a la normatividad epistémica, que debe orientar los procesos

---

a unos en las leyes y a otros no? Y lo que es peor: si preexisten a las normas ¿qué se deroga cuándo se derogan sus “descripciones”?

<sup>18</sup> Para una introducción a la concepción sistémica del derecho véase Grün, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*, prólogo a la edición México-Argentina de Enrique Cáceres, México-Argentina, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-LExisNexis, 2006; Cáceres, Enrique, *Hacia un modelos de institución nacional para la promoción y protección de los derechos humanos del siglo XXI*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2007.

cognitivos de los operadores jurídicos al determinar la verdad de los hechos.

Otro nivel corresponde a las instituciones jurídicas y al derecho positivo.

Un tercero a la operatividad práctica de los operadores jurídicos y que incluye factores tales como la cultura organizacional de las instituciones legales (por ejemplo, la cultura de la corrupción), carencia de recursos materiales, falta de capacidad para satisfacer la demanda de casos por resolver, etc.

La correcta operación de un proceso confiable para la determinación de la verdad en buena medida depende del grado de coherencia entre estos tres niveles. Por ejemplo, podría suceder que se contara con un buen modelo de normatividad epistémica para la determinación de cierto tipo de hechos jurídicamente relevantes, pero que el derecho positivo contuviera reglas contra-epistémicas que imposibilitaran decidir con base en dicha normatividad, como sucede cuando se indica a los jueces el peso que deben conceder a ciertas pruebas con independencia del caso o el valor de verdad que deben conceder a una presunción. También podría suceder que el derecho positivo contuviera una normatividad epistémicamente correcta, pero que en la práctica esas normas fueran ineficaces, como podría suceder cuando se cuenta con una adecuada regulación de la cadena de custodia de las pruebas que, no obstante, no es observada por investigadores y operadores jurídicos negligentes o corruptos.

Esta descripción deja clara de la enorme cantidad de problemas que deben ser superados para que la determinación de la verdad y la alta probabilidad de errores que pueden ocurrir durante el proceso.

En lo que sigue dejaré de lado las fuentes de errores que pueden ocurrir en la práctica y me conllevará a realizar una caracterización teórica sobre el derecho como sistema de normas y de la normatividad epistémica de los operadores jurídicos.

### 1. *Las fases del proceso*

Independientemente de las propiedades de cada sistema jurídico, las fases de que se componen dichos procesos comprenden una etapa de instrucción que corresponde al acopio de los “insumos” que habrán de ser procesados y que son, básicamente, fundamentos normativos, narraciones de hechos, proposiciones aseverativas de hechos, hipótesis y ofrecimiento de pruebas.

Una segunda etapa se caracteriza por el procedimiento probatorio correspondiente a lo que se conoce como la audiencia.

Finalmente tiene lugar la fase deliberativa que concluye (o debería concluir) con la determinación sobre la verdad o falsedad de la o las proposiciones a probar (*probandum*) como base de la decisión final.

Retomando la idea del proceso como una dimensión multinivel y dejando de lado el problema de los errores en la práctica, se puede sostener que el derecho positivo, e incluso la normatividad epistémica, funcionan como andamios que sirven como trazos o directrices generales de los procesos auto-organizativos y emergentes que van configurando cada caso desde el inicio hasta su fin. Es esta característica, propia de los sistemas complejos, la que subyace a la afirmación de que “cada caso es único”.

Una propiedad de los procesos jurídicos que suele ser señalada como característica del derecho con respecto a otras áreas de determinación de la verdad, es que el derecho establece tiempos predeterminados para agotar las fases del proceso, obliga a los operadores jurídicos a decidir a favor de alguno de los contendientes y constitutivamente da fin a los procesos mediante la institución de la cosa juzgada.

Como se ha indicado previamente, los problemas centrales que debe contestar la epistemología jurídica giran en torno a tres grandes ejes: 1) la determinación de la normatividad epistémica; 2) el análisis y corrección de instituciones jurídicas con efectos contra-epistémicos; y 3) la determinación del equilibrio entre la protección de valores no epistémicos y valores epistémicos.

En lo que sigue se hará una presentación panorámica de los conceptos que caracterizan a la epistemología jurídica, como paso previo a abordar, aunque sea brevemente, las tres problemáticas apuntadas. Para tales efectos analizaremos por separado cada uno de los elementos del sistema.

## 2. *Los participantes en el proceso*

Es frecuente que en los trabajos de epistemología jurídica se centre la atención en las partes litigantes y en el órgano juzgador.

Sin embargo, los procesos tendentes (o que deberían ser tendentes) a la determinación de la verdad suelen depender de muchas variables que incluyen a diversas clases de sujetos normativos y operadores jurídicos diferentes a las partes litigantes y al juzgador. De la actuación en cada uno de los respectivos “roles” de estos sujetos depende el éxito final del proceso completo.

Por ejemplo, en materia penal el trabajo realizado por el fiscal (o ministerio público) es fundamental para la coordinación del proceso de investigación. Sin embargo, la eficiencia de su aportación no sólo depende de

cómo se conduzca él mismo, sino también de la eficiencia, sagacidad y honestidad de los policías encargados de realizar las pesquisas. Asumiendo que la recolección de los indicios y pruebas en la escena del crimen fue exhaustiva (por ejemplo en un homicidio) y la cadena de custodia respetada, dichas pruebas serán más o menos útiles dependiendo del tratamiento que se dé a cada una de ellas por los especialistas en las distintas disciplinas forenses involucradas en el caso (asumiendo que se cuenta con servicios forenses suficientes en cantidad y calidad).

En algunos procesos, también de carácter penal, los operadores jurídicos encargados de determinar las pruebas que habrán de ser admitidas y cuáles no, ya sea en función de lo que establece la ley, o por su relevancia en el caso concreto, son distintos a los que realizan la deliberación sobre la verdad o falsedad de los hechos alegados por las partes. Si el primer operador jurídico considera no relevante una prueba que sí lo era, o si la ley evita la admisión de pruebas importantes para la determinación de la verdad para cierto tipo de casos, el resultado de la deliberación de los juzgadores que toman la decisión final será totalmente distinto. Desde luego que esto se complica notoriamente si se considera la actuación de las instancias superiores y las cadenas de revisión sobre el trabajo realizado por juzgadores de jerarquía inferior.

Si bien el derecho penal es especialmente útil para ejemplificar la propiedad sistémica de los procesos jurídicos, ésta se encuentra presente en prácticamente todos los procesos. Piénsese por ejemplo en el papel de los fedatarios en el derecho civil, los terceros interesados, etc.

Centrando la atención en el subsistema integrado por las partes directamente involucradas: actor, demandado y juez, se ponen de manifiesto otras propiedades sistémicas.

#### A. *Las partes contendientes*

Las partes suelen perseguir intereses distintos a los epistémicos.<sup>19</sup> Su interés es ganar el caso y para ello tratan de presentar los elementos que les resulten favorables. Es esta actitud la que subyace a acciones tales como la preparación de testigos, la comparecencia de testigos falsos, el ocultamiento de pruebas, la contratación de servicios periciales sesgados, etc. Este tipo de situaciones son un buen ejemplo de las áreas en que la epistemología es útil para proponer mecanismos para entenderlas.

<sup>19</sup> Sobre este punto véase Ferrer, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 57.



## B. *Los juzgadores*

Evidentemente, la parte central del trabajo epistémico corresponde al o los operadores jurídicos que deben tomar la decisión sobre la verdad de los hechos.

Como se ha dicho precedentemente, estos operadores suelen agruparse en dos clases fundamentales: 1) jurados y 2) jueces profesionales. Como también se ha indicado, ambos presentan el inconveniente epistémico consistente en una falta de criterios objetivos sobre las condiciones que deben ser satisfechas para determinar que una creencia sobre hechos jurídicos se puede tener por verdadera (estándar probatorio). Esto se debe a que las instituciones jurídicas de derecho procesal suelen exigir criterios subjetivos como estándar de prueba, tales como la convicción íntima, más allá de toda duda razonable, etc.

En el caso de los jurados el problema es más acentuado pues además de estar constituidos por personas comunes, sin entrenamiento epistémico alguno, se desempeñan como parte de procesos de carácter meramente ritual donde la determinación de la verdad resulta irrelevante.<sup>20</sup> En sistemas normativos de este tipo, tiene un peso decisivo un factor ideológico ligado con la creencia de que es democrático que el pueblo sea quien juzgue al pueblo. Este tipo de sistemas, además, recrudece la falta de control intersubjetivo y racional de las deliberaciones del jurado debido a que éstas ocurren a puerta cerrada. Por otra parte, privilegia la teatralidad, la retórica y la manipulación emocional y del sentido común por encima de la argumentación y el ejercicio racional.

Investigaciones en el terreno de la psicología muestran que los jurados deciden con base a la “mejor historia” contada por las partes, más que sobre los méritos epistémicos del caso.

De conformidad con lo anterior, si las partes tienen finalidades distintas a las epistémicas, y en ocasiones abiertamente contra-epistémicas, el papel del juzgador como órgano que persigue la verdad es fundamental. Para ello es necesario que el derecho positivo le brinde la libertad necesaria para la determinación de las pruebas necesarias para corroborar las hipótesis presentadas por las partes e incluso para probar una hipótesis distinta a la expuesta por ellas que él considera plausible. Esta propuesta frecuentemente es atacada con el argumento simplón de que se corre el riesgo de permitir que el juez sea a la vez parte. Sin embargo, esta objeción pertenece al nivel de los vicios de la práctica de los cuales no nos estamos ocupando.

<sup>20</sup> Sobre este tema véase Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 2a. ed., trad. de Jordi

Ferrer, España, Trotta, 2005, p. 81.

Para concluir este epígrafe, un aspecto de sumo interés que frecuentemente pasa desapercibido corresponde a las consecuencias epistémicas de las decisiones colegiadas, donde las reglas de racionalidad operan de manera diferente a como sucede con un juzgador individual. Desafortunadamente no es éste el espacio en el que se pueda abordar tan importante problema.

### 3. Modelos mentales

#### A. Conceptualización

El término “modelo mental” es usado por primera vez por Kenneth Craik en 1943.<sup>21</sup> Algunas definiciones de la expresión son: “representaciones mentales del mundo real o situaciones imaginarias”; “representaciones de la realidad que la gente usa para comprender un fenómeno específico”; “representaciones psicológicas del mundo real o situaciones hipotéticas o imaginarias”; “explicación acerca de los procesos de pensamiento de alguien acerca de la forma en que funciona el mundo real”; “modelos declarativos acerca de la forma en que está organizado el mundo y muchos contienen conocimiento general o abstracto y casos concretos”.<sup>22</sup>

Todos tenemos modelos mentales acerca del mundo en el que vivimos, acerca de la historia patria, sus héroes y sus episodios; de lo que es una catedral gótica o, más específicamente, Notre Dame; de la distribución de los espacios en nuestra casa, etc. Los modelos mentales son las cartas de navegación que determinan la manera en que interactuamos con el mundo y los demás.

Las teorías científicas también son modelos mentales de carácter abstracto que permiten comprender, predecir y manipular el mundo.

Modelos de esta clase son, más que un estado, un proceso continuo de acoplamientos estructurales entre esquemas abstractos y experiencias:<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Craik, Kenneth, *The Nature of Explanation* (Cambridge University Press, 1943).

<sup>22</sup> Van Merriënboer, J.J. G., Clark, R.E., & De Croock, M.B.M., “Blueprints for Complex Learning: The 4C/ID-model”. *Educational Technology, Research and Development*, vol. 50, núm. 2, 2002, pp. 39-64.

<sup>23</sup> Peñalosa, E. y Castañeda, S. “El Análisis Cognitivo de Tareas, Base para el Diseño de Instrumentos de Evaluación en el Aprendizaje en Línea”. *Revista Iberoamericana de Evaluación Educativa*, vol. 2, núm. 1, 2009, pp. 162-185. (<http://www.rinace.net/riee/numeros/vol2-num1/art9.pdf>), y Castañeda, S., “A Cognitive Model for Learning Assessment.” *International Journal of Continuing Engineering Education and Life-long Learning*, vol. 12, núm. 1-4, pp. 94-106.

*Modelos mentales.* Los modelos mentales son representaciones declarativas de cómo está organizado el mundo y pueden contener tanto conocimiento general, abstracto como casos concretos que ejemplifican ese conocimiento. Así, los modelos robustos permiten tanto el razonamiento abstracto como el basado en casos.<sup>24</sup>

Es posible distinguir diferentes clases de modelos mentales: modelos mentales conceptuales, estructurales, causales y mixtos:

Los modelos mentales pueden ser vistos desde distintas perspectivas y pueden ser analizados como modelos conceptuales, modelos estructurales o modelos causales. Primero, los modelos conceptuales (*¿qué es esto?*) se centran en cómo las “cosas” están interrelacionadas y permiten la clasificación o descripción de objetos, eventos o actividades... Segundo, los modelos mentales estructurales (*¿cómo está organizado esto?*) describen cómo están relacionados entre sí planes para alcanzar objetivos particulares. Los planes se pueden distinguir en scripts (lo que pasa, *¿cuándo?*) que se centran en cómo los acontecimientos se relacionan en el tiempo y ayudan a entender y a predecir comportamiento, y en módulos o plantillas (*¿cómo está constituido esto?*) que se centran en cómo los objetos están relacionados en el espacio... Tercero, los modelos causales (*¿cómo funciona eso?*) se centran en cómo principios se afectan mutuamente y ayudan a interpretar procesos, dar explicaciones de los acontecimientos y a hacer predicciones...<sup>25</sup>

### B. *Modelos mentales de sentido común*

Parte de nuestras propiedades cognitivas naturales implican reglas de procesamiento de información de sentido común que genera modelos mentales que no son validados epistémicamente. Son lo que soportan las supersticiones, las leyendas, los mitos, etc. En otras palabras, las representaciones sociales comunes y corrientes.

Algunos autores suelen confundir estos modelos mentales con las narraciones que se generan a partir de ellos en los procesos de comunicación que tienen lugar en los procesos jurídicos. La diferencia es relevante ya que narraciones y modelos mentales constituyen objetos de estudio diferentes, que requieren ser abordados con metodologías distintas, con finalidades teóricas diferentes. Mientras que la narración es estudiada mediante técnicas de análisis del discurso, los modelos mentales lo son mediante el análisis de tareas cognitivas. De las narraciones nos encargaremos más adelante.

Los modelos mentales de sentido común constituyen lo que Schauer refiere como una “Sopa” compuesta de *scripts* (tramas), estereotipos y generalizaciones sin soporte estadístico, *i. e.*, tienen su base en creencias no justificadas.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Van Merriënboer, J. J. G. *et al. op. cit.*, p. 48.

<sup>25</sup> *Idem.*

<sup>26</sup> Frederick Schauer referido por Taruffo en Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 11, pp. 73 y 74.

Según Taruffo, este *stock of knowledge*, como él le llama, invita a la cautela, ya que buena parte del mismo no contiene conocimiento sino mitos, prejuicios, generalizaciones sin soporte alguno y está lejos de ser un conjunto claro, ordenado y coherente de conocimientos. En él existen infinitas cosas que se contradicen. Del mismo *stock* se pueden extraer materiales distintos, construir un número indeterminado de historias diferentes y está sujeto a rápidas variaciones en el tiempo.<sup>27</sup>

Por otra parte, pensar en un solo stock es una abstracción ya que distintos contextos culturales tienen su propio stock en cierto tiempo y distintas culturas pueden coexistir en el mismo lugar.<sup>28</sup> Algunos son hegemónicos y producen el efecto de imponer como normales situaciones, comportamientos y criterios de valoración que se prestan a manipulaciones.<sup>29</sup>

### C. Modelos mentales y normatividad epistémica

Como se indicó anteriormente, las teorías y explicaciones científicas también son modelos mentales. Sin embargo, a diferencia de los de sentido común, son obtenidos a partir de la normatividad epistémica que rige a la actividad científica. Una nota importante de los modelos mentales científicos es que su elaboración y uso pueden y deben realizarse al margen de los modelos mentales de sentido común.

En lo que respecta al derecho, como se ha dicho, parte de los objetivos de la epistemología jurídica es la determinación de la normatividad epistémica que debe regir a la elaboración de modelos mentales acerca de lo que fue, es o será el caso en el mundo. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre en la ciencia, en el derecho no es posible desactivar del todo los modelos mentales de sentido común ya que el derecho tiene que ver con la vida cotidiana. Esta situación suele tener efectos perniciosos cuando los jueces toman sus decisiones incorporando sus modelos de sentido común o teorías implícitas. Por ejemplo, en materia de divorcio pueden incidir las creencias del juzgador acerca del rol que debe jugar la mujer en el matrimonio, o en un caso de robo sus generalizaciones acerca de la relación entre nivel económico bajo y la predisposición a robar.

Definir la interacción entre ambos tipos de modelos, el de sentido común y el técnico, es un problema de suma importancia y prácticamente desatendido. En algún sentido el propio derecho positivo genera la necesi-

<sup>27</sup> *Ibidem.* p. 77.

<sup>28</sup> *Ibidem.* pp. 77 y 78.

<sup>29</sup> *Ibidem.* p. 78.

dad de integrar ambos tipos de modelos de mundo cuando impone a los juzgadores la obligación de decidir con base en “máximas de la experiencia”. Estas “máximas de la experiencia” pueden referirse tanto a los modelos mentales de sentido común que corresponden a representaciones sociales abiertas o a las generalizaciones, estereotipos, etc. surgidos en la experiencia judicial. Por ejemplo, la generalización de cierto nerviosismo como revelador de un testigo es falso.

Por otra parte, el problema de la incidencia epistémica de los modelos mentales de sentido común va más allá de los juzgadores y tiene que ver con la propiedad sistémica del proceso referida previamente, pues todos los participantes en el proceso cuentan con sus propios modelos mentales de sentido común. Investigaciones empíricas han mostrado la tendencia de la policía a detener a personas de ciertas extracciones socioeconómicas como sospechosos de un delito. Desde luego tener como punto de partida en un caso a un detenido por corresponder a un estereotipo incrementa el riesgo de sentenciar a un falso culpable al final del proceso.

La determinación del papel que deben jugar los modelos mentales de sentido común adquiere relevancia especial en un contexto en el que el POSITIVISMO JURÍDICO está en crisis y cada vez se insiste más en la “humanización” de los operadores jurídicos.

#### 4. *Narraciones y verdad en el derecho*

Generalmente el proceso inicia con una demanda o denuncia en la que se afirma que ciertos hechos ocurrieron en el mundo en una secuencia temporal determinada. Inicia con una narración de hechos a la que corresponde una narración diferente por la contraparte.

La relación entre la construcción de la narración y lo referido previamente sobre constitutividad en el derecho es muy importante, ya que para que tenga sentido jurídico, la narración no habrá de versar sobre cualquier clase de hecho, sino sobre los hechos institucionales jurídicos relevantes al caso. Por otra parte, para ser admisibles las narraciones deben ser verosímiles, entendiendo por “verosímil” “aquello que se corresponde con el funcionamiento normal de las cosas”.<sup>30</sup>

Respecto de la relación entre verosimilitud y verdad es conveniente aclarar que lo que es verosímil puede ser falso y lo que no es verosímil verdadero.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 19, p. 505.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 506.

La narración de hechos está íntimamente vinculada con lo referido previamente respecto de modelos mentales:

...no existe una narración descriptiva, pasiva, abstracta o neutral, las narraciones son siempre construidas por sus autores, construyen su versión de la realidad, dan forma a la realidad.<sup>32</sup>

Sin embargo, la construcción de narraciones en derecho adquiere una propiedad adicional ya que como se ha dicho precedentemente las narraciones de las partes en el proceso están sesgadas por su interés en ganar el caso, lo que incide en la selección de la información a partir de la cual construir la narración, el ocultamiento de ciertos hechos, etc.

La narración, como punto de partida del proceso, puede estar condicionada por el derecho positivo como sucede cuando exige cierta estructura para las demandas y contestaciones de demanda. Por ejemplo, cada hecho debe ser expuesto de manera independiente y relacionado con las pruebas que lo soportarán, etc.<sup>33</sup>

A la narraciones de las partes, se van sumando otras narraciones por parte de otros sujetos que intervienen en el proceso. Por ejemplo, las declaraciones de los testigos, el parte de la policía, etc. Con respecto a los testigos, en función del sistema jurídico en cuestión, las testimoniales pueden ser una exposición estructurada o el resultado de un rompecabezas que se va armando a partir de las respuestas de los testigos al interrogatorio que tiene lugar durante la audiencia.<sup>34</sup>

En otro tipo de procesos, la narración de lo que ocurrió no es el producto de una exposición fluida, sino que se va construyendo a partir de los elementos que surgen durante el proceso de investigación, como ocurre en el caso de descubrimiento de un cadáver y la narración derivada de la reconstrucción por parte de los investigadores.

Con base en lo anterior, es claro que el proceso adquiere la dimensión de un sistema dinámico y evolutivo en el que la interacción entre los modelos mentales de los participantes, que genera una serie de acoplamientos estructurales que el juzgador deberá ir adaptando con base en la dialéctica y dialógica del caso, hasta llegar a la clausura de sus procesos cognitivos y tener un modelo mental de lo que fue el caso en el mundo y por tanto determinar si puede considerar como verdadera alguna de las versiones de las partes o, incluso, una distinta generada por él.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>33</sup> Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 11, p. 60.

<sup>34</sup> Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 11, p. 63.

Un aspecto relevante al momento de considerar las narraciones es que el hecho de tener una buena historia, coherente, clara, bien articulada, etc. no es garantía de que sea verdadera, pues puede haber narraciones coherentes y falsas.<sup>35</sup> Esta propiedad de las narraciones es tomada como blanco para realizar un ataque indirecto a las teorías de la verdad de corte coherentista que señalan que la verdad de una proposición es el resultado de su coherencia respecto del sistema proposicional en que se inserta.

En relación a los distintos tipos de juzgadores, hay que señalar que, como se indicó previamente, los jurados deciden fundamentalmente en base a la narración, más que sobre los méritos epistémicos del caso.<sup>36</sup>

Con respecto al problema de la relación entre narraciones y verdad, Taruffo hace la siguiente clasificación: a) narración buena y falsa (importantes para abogados, para jurados y para jueces sin compromiso epistémico); b) narración mala y falsa; c) narración buena y verdadera (importante para jueces con compromiso epistémico); d) narración mala y verdadera (importante para el juez, que, de ser analítico, tendría que reconstruir la narración).<sup>37</sup>

Esto significa que las narraciones son necesarias, pero no suficientes para considerar a ciertas creencias sobre hechos como verdaderas. Veamos los demás elementos.

## 5. *Proposiciones descriptivas de hechos institucionales jurídicos*

### A. *Proposiciones descriptivas primarias y secundarias*

Una proposición descriptiva es aquella que afirma algo acerca del mundo y es susceptible de ser evaluada como verdadera o falsa. Por ejemplo: “La nieve es blanca”, o, en derecho: “Juan le robó a Pedro 500 pesos”.<sup>38</sup>

Las narraciones en derecho son sistemas de proposiciones descriptivas que afirman que ciertos hechos institucionales jurídicos ocurrieron en el mundo. Sin embargo, no todas las proposiciones de las narraciones expuestas en los casos son jurídicamente relevantes. Alguien podría narrar: “A las ocho de la noche iba rumbo a la panadería ‘La Paloma’”, recordando lo bonita que estuvo la fiesta de quince años de mi hija y cómo todo salió conforme a lo programado: primero llegamos mi marido y yo al salón de fiestas, después sus compañeros del baile, posteriormente el pastel y, al final, ya que

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 83 y 84.

<sup>38</sup> Véase Cáceres, Enrique, *Lenguaje y derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

todo estaba preparado para la sorpresa... llegó mi hija. De pronto sentí un jalón y vi cómo un sujeto escapaba corriendo con mi bolsa.

La anterior es una narración constituida por varias proposiciones descriptivas: “A las ocho de la noche iba rumbo a la panadería La Paloma”, que podría ser falsa si se dirigía a la panadería a las 8:30; “primero llegamos mi marido y yo al salón de fiestas”, que podría ser falsa si primero llegaron los empleados de la panadería llevando el pastel, etc.

Esto significa que la narración o narraciones que se cuentan en un proceso jurídico son las jurídicamente relevantes por aseverar hechos institucionales jurídicos, es decir que pueden ocurrir por virtud del efecto constitutivo del derecho.

En el caso anterior la proposición relevante es: “sentí un jalón y vi cómo un sujeto escapaba con mi bolsa”, porque se refiere a un hecho institucional generado a partir del tipo penal de “robo”.

En función del contexto algunas proposiciones que no están directamente vinculadas con normas jurídicas pueden jugar un papel secundario pero relevante para determinar si otra proposición puede o no ser considerada verdadera. En el ejemplo, la proposición: “A las ocho de la noche iba rumbo a la panadería ‘La Paloma’”, no refiere a ninguna norma jurídica que establezca la obligación de ir a la panadería a las ocho. Sin embargo, se vuelve relevante a partir del contexto, pues de mostrarse que es falsa y que la señora se había dirigido a la panadería a las 5:00 de la tarde, cuando el presunto responsable se encontraba en su trabajo, contribuiría de manera fundamental para la determinación de la falsedad de la proposición principal.

A la proposición que refiere directamente el contenido de una norma se le denota con la expresión “proposición descriptiva de hecho institucional jurídico principal o directa” o, brevemente, “proposición principal o directa”; y a aquella cuya verdad o falsedad contribuye a determinar la verdad o falsedad de la proposición principal, “proposición secundaria o indirecta”.

### B. *Proposiciones descriptivas contrastables con manifestación perceptiva y proposiciones no contrastables con manifestación perceptiva*

En apartados anteriores expusimos y criticamos a la teoría coherentista de la verdad como aquella que considera que una proposición es verdadera en función del sistema proposicional al que pertenece (puede haber narraciones coherentes y falsas).



Existe otra teoría de la verdad que establece que la verdad de las proposiciones depende de su correspondencia con el mundo. Conforme a esto la proposición “la nieve es blanca” es verdadera si y sólo si la nieve (en el mundo) es blanca. A pesar de su aparente obviedad y muy probablemente debido al extendido uso de ejemplos tan simples como el anterior, la verdad por correspondencia es frecuentemente mal comprendida y trivializada. El punto es que no en todos los casos se cuenta con referentes en el mundo con una manifestación perceptiva tan clara como en el caso de la nieve. Incluso en casos como éstos, la simple correspondencia entre percepción y proposición puede ser insuficiente, como ocurre con un hueso que se vuelve relevante para una teoría de la filogénesis no por ser un hueso perceptible empíricamente, sino por su relevancia a partir del modelo mental proporcionado por la teoría filogenética.

En su inmensa mayoría, las proposiciones de los ámbitos científico y técnico simplemente no cuentan con ningún referente tan simple como una porción de nieve o un hueso. Por ejemplo, una proposición del tipo: “La crisis económica iniciada en 2008 incrementó la tasa de desempleo en España hasta un 25% en 2012” no puede ser mapeada con nada en el mundo que corresponda a la tasa referida; simplemente no hay referente para la tasa. Desde luego el histograma que representa las conclusiones de los estudios económicos no puede considerarse referente en el mismo sentido que el hueso del ejemplo anterior. La determinación de la verdad de la proposición sobre el desempleo en España es producto de la sistematización cognoscitiva realizada por ciertos especialistas que procedieron con base en la normatividad epistémica propia de la economía, de cuya clausura de operación cognitiva emergió el modelo mental relativo al incremento del desempleo referido, mismo que se comunica al exterior en forma de histograma.

En el derecho ocurre algo semejante: el hecho de ver a una persona disparar sobre otra y privarla de la vida no es suficiente para determinar la verdad o falsedad de ninguna de las proposiciones siguientes: “el sujeto es responsable por haber cometido homicidio”. Al igual que ocurre con el hueso y la filogénesis, la manifestación perceptiva no es suficiente para la determinación de la verdad de una proposición aseverativa de hechos institucionales jurídicos. ¿Cómo saber por esa percepción si el sujeto no se encontraba en estado de inimputabilidad por estado de inconsciencia transitoria y por tanto la proposición es falsa?

La relación entre manifestaciones perceptivas y la determinación de la verdad de una proposición en derecho, al igual que en la ciencia, es el resultado de procesos de sistematización cognoscitiva que generan un modelo

mental de lo que fue el caso en el mundo mediante la integración coherente entre manifestaciones perceptivas, de cuya conexión con muchas otras posibles manifestaciones perceptivas, depende la emergencia del modelo mental que servirá de base para la determinación de la verdad de la proposición principal. Por ejemplo, el hecho de ver un golpe en un auto no es suficiente para mostrar la verdad de la proposición que afirma: “X se estrelló contra mi auto”, que referiría al delito “daño en propiedad ajena”. Debe haber otras manifestaciones, tales como el mismo color de pintura del auto que supuestamente se estrelló, marcas de llantas derrapadas, etc.

No en todos los casos la verdad o falsedad de las proposiciones descriptivas puede ser determinada a partir de manifestaciones perceptivas. Es el caso de las proposiciones que afirman estados mentales. Por ejemplo: “X empujó a Y a las vías del tren con la intención de matarlo”, que a nivel normativo refiere al tipo de homicidio. En este caso, parte de la afirmación se refiere al estado mental correspondiente a la intencionalidad de X, pero ¿qué manifestación perceptiva podría corresponder a dicho estado? Simplemente ninguna, no podemos ver los estados mentales. Sin embargo hay que demostrar las proposiciones que los afirman, base, por ejemplo, de una sentencia por conducta dolosa.

Otro ejemplo de proposiciones sin manifestación perceptiva son las que afirman ciertos estados derivados de la performatividad del lenguaje. Por ejemplo, en el caso de: “El juez revocó la sentencia” no hay manifestación perceptiva para el acto ilocucionario correspondiente a “haber revocado”. No hay que confundir el texto de la resolución de segunda instancia con la manifestación del acto de habla, pues podría suceder que el juzgador hubiera emitido dicha sentencia sin saber que había sido removido de su cargo horas antes y por tanto no haber revocado nada.

Denotaremos con la expresión “proposiciones descriptivas contrastables con manifestación perceptiva” a las que hemos expuesto en primer término y con “proposiciones descriptivas no contrastables con manifestación perceptiva” a las segundas.

### C. *Proposiciones descriptivas y tiempo*

Una propiedad adicional de las proposiciones descriptivas de hechos institucionales jurídicos es que suelen ser ex post-fácticas. Es decir, se emiten respecto de hechos que ocurrieron y se extinguieron en el pasado y sobre las que, no obstante, hay que determinar si pueden ser o no consideradas

verdaderas. Sobre esta base hay quienes han sostenido que la función de los jueces es semejante a la del historiador.

La propiedad ex post-fáctica de algunas proposiciones hace imposible tratarlas como el caso de “la nieve es blanca”, debido a la desaparición de los hechos.

Sin embargo, la determinación de la verdad de las proposiciones sobre hechos institucionales jurídicos no sólo tiene lugar respecto del pasado.

Alguien puede afirmar que en ese momento se “están robando un banco”, lo cual sería relevante para la determinación de la verdad de la narración de los policías que afirman haber detenido a los delincuentes *in fraganti*, como parte del material probatorio que finalmente impactará en la determinación de la verdad.

Algo distinto ocurre con proposiciones predictivas cuyo valor de verdad se determina en función de la probabilidad de que un hecho jurídicamente relevante pueda ocurrir en el futuro.<sup>39</sup> Por ejemplo, en el caso de responsabilidad objetiva sobre el grado de peligrosidad derivado de la conducta de un sujeto como sería el caso de: “X puede producir un incendio debido a las fogatas que hace en el parque que está frente a mi casa”. En este caso, el punto no está relacionado con la proposición que afirma que “X hace fogatas”, sino con la proposición que asevera la probabilidad de que ocurra un incendio y cause daño en propiedad ajena y tal vez lesiones e incluso la muerte.

Por último, puede haber proposiciones que afirman la realización de actos de tracto sucesivo, como sucede en el caso de la afirmación: “Los constantes conflictos hacen la vida conyugal imposible”, como ejemplo de una causal de divorcio.<sup>40</sup>

#### D. *Proposiciones moleculares y narraciones*

Como ha sido indicado, una narración es un sistema de proposiciones descriptivas. Esto implica que varias de las proposiciones previamente referidas podrían estar involucradas en la determinación de la verdad. Por ejemplo: “X estrelló su coche contra el mío con la intencionalidad de privarme de la vida debido a que soy el nuevo esposo de su ex mujer”. En este caso, tendríamos una proposición con manifestación perceptiva (el golpe en el auto), una afirmación de estado mental que hace referencia al agravante normativo correspondiente a “dolo” (con la intención de privarme de la

<sup>39</sup> Ferrer, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, España, Marcial Pons, 2007, p. 33.

<sup>40</sup> Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 19, pp 143-147.

vida) y dos sobre actos ilocucionarios sin manifestación perceptiva (soy el esposo de su ex mujer, lo que implica que el acto de habla: “Los declaro marido y mujer” fue afortunado, y otro correspondiente a “Declaro disuelto el vínculo matrimonial” con la primer pareja).

A este fenómeno lo denotaremos con la expresión “estructura molecular de las proposiciones descriptivas”.

#### E. *Proposiciones y silogismo hipotético*

Otra manera en que las proposiciones pueden estar relacionadas consiste en una cadena inferencial que implica lo que en lógica se conoce como silogismo hipotético, cuya estructura es: Si A, entonces B; si B, entonces C; si C, entonces D; por lo tanto, si A, entonces D.

La diferencia de esa relación proposicional con respecto a las proposiciones moleculares es que, en este caso, habiéndose probado una de las proposiciones “se activa” la cadena inferencial.

Por ejemplo: Si Juan estaba en Acapulco al momento en que se cometió el asalto al banco, entonces no podría haber estado junto con los miembros de la banda al cometerse el crimen; y si no estaba en la banda al cometerse el crimen, no pudo haber participado en el mismo en calidad de cómplice como se afirma. Se muestra que Juan estaba en Acapulco al momento en que se cometió el asalto al banco, de modo que la proposición que afirma “Juan auxiliaba a los miembros de la banda avisándoles si se aproximaba alguna patrulla” es falsa.<sup>41</sup>

#### F. *Proposiciones probandum e hipótesis*

Como se ha indicado, dentro de las narraciones suele haber ciertas proposiciones que constituyen el núcleo central del trabajo epistémico. En el caso del robo de la bolsa es precisamente que el presunto responsable se haya apropiado de la bolsa de la denunciante. A esta proposición que se corresponde con las proposiciones principales referidas y cuya demostración da sentido a la demostración de todas las demás la denotaremos con la expresión “proposición *probandum*”.

El grado de confirmación sobre la probabilidad de que la proposición *probandum* pueda ser considerada como verdadera varía a lo largo de la dinámica del proceso. En sus fases iniciales corresponde simplemente a una hipótesis de lo que pudo haber sido el caso en el mundo.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 276.

La forma en que ese valor epistémico se va robusteciendo o debilitando depende de lo que ocurra durante la dinámica del proceso, pero de manera especial, del material probatorio, tema que abordaremos en los siguientes tres apartados.

#### IV. LAS PRUEBAS (1): SEMÁNTICA DE LA PALABRA “PRUEBA”

##### 1. *Diferentes sentidos de la palabra “prueba”*

Una palabra polisémica es aquella que tiene más de un significado. Por ejemplo “derecho”, que tiene el sentido coloquial como opuesto a izquierdo, pero también los jurídicos correspondientes a derecho objetivo y a derecho subjetivo.

Una palabra ambigua pertenece a una clase de polisemia que se caracteriza porque uno de sus sentidos denota un proceso, otro a un producto y el producto denotado por el segundo sentido se obtiene a partir del proceso denotado con el primero. Por ejemplo “a mí me gusta la pintura” puede significar: 1) “me gusta realizar la actividad de pintar”, soy pintor (proceso), pero también puede significar: 2) “me gustan los cuadros” (producto obtenido a partir del sentido uno de la expresión). Puede suceder que además de la ambigüedad, haya polisemia adicional. “Me gusta la pintura” puede referirse al insumo enlatado que se usa para pintar.

La palabra “prueba” es ambigua y tiene una polisemia adicional. Es ambigua porque denota al proceso durante el cual se realizan las actividades tendentes a probar la verdad de una proposición, sentido que usamos al hablar del proceso o período de prueba (“prueba” en sentido 1).

Pero también denota al resultado final de ese proceso correspondiente a haber obtenido la prueba de los hechos (“prueba” en sentido 2).

Por otra parte, también presenta una polisemia adicional consistente en denotar los insumos que se usan durante el proceso probatorio para alcanzar la prueba de los hechos. Dentro de este sentido, incluso se puede distinguir entre prueba en sentido genérico, por ejemplo al hablar de la prueba confesional en general (“prueba” en sentido 3), y en sentido específico, como cuando nos referimos a una prueba en particular, como sucede al referirnos a la confesional desahogada por X (“prueba” en sentido 4).<sup>42</sup>

<sup>42</sup> Ferrer, Jordi, *op. cit.*, nota 18, pp. 20-27.

Además de las anteriores, “prueba” tiene sentidos coloquiales equivalentes a desafío y otro equivalente a test de conjeturas.<sup>43</sup>

A continuación me ocuparé de los distintos sentido de “prueba”, iniciando por su sentido de insumo y, dentro de este, por su sentido 3 equivalente a prueba en general.

## 2. “Prueba” en sentido general (sentido 3)

### A. Pruebas preconstituidas y pruebas procesales.

Siguiendo a Taruffo,<sup>44</sup> las pruebas se pueden clasificar en:

1) Pruebas preconstituidas: Se generan antes y fuera de juicio, como sucede con las cerraduras rotas en caso de robo.

2) Pruebas procesales: Se entregan y producen durante el proceso; por ejemplo, las testimoniales derivadas de absolver el pliego de posiciones por parte de los testigos, o las obtenidas durante la *cross examination* (interrogatorio cruzado), las pruebas científicas, las periciales desahogadas durante la audiencia, etc.

### B. Pruebas reproductivas.

A su vez pueden ser:

1) Pruebas reproductivas directas: Registran y dejan constancia fiel de los hechos brutos tal como acontecieron; por ejemplo, la filmación de un asalto por una cámara de seguridad bancaria, las grabaciones en audio de un chantaje, fotografías de unos sujetos descargando una entrega de armas, etc.

2) Pruebas reproductivas indirectas: A diferencia de las anteriores no dejan un registro objetivo y fiel de lo que ocurrió en el mundo, sino que corresponden a la reconstrucción de lo que supuestamente sucedió a partir de lo que percibieron personas que presenciaron los hechos; por ejemplo, las narraciones de las partes, confesiones, testimonios, etc.<sup>45</sup> Una propiedad interesante de este tipo de pruebas ha sido puesta de relieve por la psicología (y especialmente la psicología de testigos) al mostrar que la memoria humana es más reconstructiva que reproductiva, pues tiene la tendencia a organizar nuestras percepciones con base en experiencias previas y a llenar

<sup>43</sup> Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 19, pp. 451-452.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 452-468.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 466.

huecos con material que nosotros mismos agregamos para obtener coherencia en las reconstrucciones.

### C. *Pruebas no reproductivas (vestigios)*

Son elementos que ayudan a la generación de una representación mental de lo que fue el caso en el mundo. En algún sentido son equivalentes a los vestigios dejados por civilizaciones desaparecidas, a partir de los cuales ciertos especialistas como los arqueólogos, historiadores, etc., “reconstruyen” cómo se cree que eran esas civilizaciones. Por ejemplo: huellas dactilares en el arma, pólvora en las manos, marcas de llantas, etc.<sup>46</sup> Corresponden a las manifestaciones perceptivas referidas previamente.

### D. *Pruebas documentales*

Éstas dejan constancia de cierto estado de cosas jurídicamente producido o constatado. Por ejemplo: las actas de matrimonio, las actas de nacimiento, los poderes notariales, los contratos, etc. A su vez se suelen distinguir entre públicas (si son generados por instituciones legales) y privadas (si son generados por particulares).

### E. *Pruebas científicas*

Son el resultado del procesamiento y sistematización cognoscitiva derivada de la normatividad epistémica que caracteriza al razonamiento científico. Generalmente la información a procesar corresponde a pruebas no reproductivas. Por ejemplo, a partir de tejido obtenido de los restos de un cadáver calcinado se puede obtener una muestra de ADN que permita identificar a una víctima.<sup>47</sup>

## 3. “Prueba” en sentido específico y su valoración particular (sentido 4)

Un tema de sumo interés en el ámbito de la epistemología jurídica está vinculado con el estudio de la normatividad epistémica que debe regir la valoración de cada tipo de prueba en general y cada sub-clase en particular.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 467 y 468.

<sup>47</sup> Para un trabajo específico sobre la prueba científica véase Taruffo; Michele, “La prueba científica en el proceso civil”, *Estudios sobre la prueba*, en Jordi Ferrer *et al.*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 135-186.

Desarrollar aquí este tema en extenso es imposible. Sin embargo, sí es posible dar una idea de la importancia de este tipo de estudios a través de una referencia a la prueba científica.

Como consecuencia del enorme prestigio de objetividad que caracteriza a la ciencia, se suele pensar que se debe trasladar el peso epistémico de sus conclusiones a la o las hipótesis que soportan las pruebas científicas en el derecho.<sup>48</sup>

Esto no es tan sencillo como pudiera parecer a simple vista, pues el valor del reporte científico puede no ser concluyente y estar determinado por múltiples factores que deben ser considerados por el juzgador. Entre ellos se encuentran la teoría, método o técnica seleccionada por el científico cuando hay diversidad de teorías, métodos y técnicas para analizar el fenómeno objeto de estudio. Algunos métodos pueden recoger avances recientes y no haber satisfecho aún el estándar necesario para hacerlos totalmente confiables. Otro factor es el de la selección de la teoría, método o técnica adecuada para el objeto de estudio. Si en la referencia anterior el problema se vinculaba a la elección de una teoría, método o técnica entre varios candidatos posibles, aquí se trata de la atinencia entre el método seleccionado y el objeto de análisis. Por último, se encuentra el grado de pericia con el que se haya realizado el dictamen. Podría suceder que entre las técnicas disponibles se haya seleccionado la mejor y más novedosa, que además sea la adecuada para el tipo de análisis requerido, pero que, sin embargo, el perito aplique dicha técnica en forma negligente.

Por otra parte, el peso epistémico de una prueba científica dentro del proceso de determinación de la verdad de la proposición *probandum* principal puede ser modesto o auxiliar. Por ejemplo, la determinación de si una persona estuvo o no presente en una fiesta en la que ocurrió un crimen a partir de las huellas digitales dejadas en las copas puede ser contundente, pero sólo ayudar a mostrar que esa persona estaba en la fiesta, no que haya sido él quien perpetró el delito.<sup>49</sup>

Otro factor que puede marcar una gran diferencia en la aportación epistémica de un perito tiene que ver con la sagacidad del juzgador al momento de interrogar al científico para obtener información útil para corroborar las hipótesis del caso de acuerdo al modelo mental que está tratando de generar acerca de lo que fue el caso en el mundo, como condición para la determinación de lo que podrá o no considerar como verdadero.

<sup>48</sup> *Idem.*

<sup>49</sup> *Idem.*



Un ejemplo reciente que muestra las dificultades que pueden estar involucradas en la prueba científica es un nuevo método de identificación de mentiras basado en la relación entre la actividad cerebral y el reconocimiento de imágenes denominado “Evaluación Computarizada del Conocimiento” (ECC). Se trata de una novedosa tecnología que mide el incremento o decremento en la amplitud de una onda cerebral conocida como P300. La P300 fue descubierta en los años 60’s y su amplitud varía cuando una persona reconoce un sonido, olor o imagen que le son familiares. Con base en este descubrimiento, el Doctor Lawrence Farwell desarrolló un método al que denominó “huellas cerebrales”, que está siendo probado por el FBI y la CIA con el objetivo de integrarlo a la lucha contra el terrorismo. La idea central es que si un sospechoso de actividades terroristas es sometido a la observación de imágenes correspondientes a un campo de entrenamiento, por ejemplo de Al-Qaeda, que sólo quienes fueron entrenados ahí podrían reconocer, la variación de amplitud de la onda P300 de su cerebro registrada por el sistema desarrollado por Farwell, contaría como prueba de que el sujeto ha estado involucrado en actividades terroristas.

Más allá de la lucha contra el terrorismo, el sofisticado “detector de mentiras” ha empezado a tener impacto en el mundo jurídico en general.

En el año 2000 su uso fue admitido por el juez Timothy O’Grady de la Corte de Distrito de Pottawattamie (Iowa) en una audiencia para solicitar un nuevo juicio por Terry Harrington, quien había sido sentenciado a cadena perpetua por un homicidio que afirmaba no haber cometido. Sin embargo, el juez determinó que el abogado de Harrington había fallado al probar que la P300 o cualquier otra evidencia podían cambiar el fallo original y negó la apertura del nuevo juicio solicitado.

En la actualidad hay varios esfuerzos por extender el uso de la ECC. El senador Ron Wyden de Oregon y el congresista Michael Honda de California promueven la inversión para explorar el uso de la ECC en la lucha contra el terrorismo. Steven Kirsch, un multimillonario filantrópico y abogado de Silicon Valley, ha sugerido que la ECC combinada con el escaneo del iris podría ser usada en los aeropuertos para identificar terroristas antes de que perpetren sus atentados.

A pesar de las espectaculares expectativas generadas por la ECC, la respuesta de buena parte de la comunidad científica ha sido crítica debido a que la fiabilidad de dicha metodología se puede ver comprometida por la calidad de las imágenes empleadas al motivar la reacción del sujeto a prueba. Por otra parte, la variación en la amplitud del P300

puede corresponder a interferencias cognitivas del sujeto debidas a la influencia de imágenes vistas en la televisión, o experiencias traumáticas de otro tipo.

Además de los problemas relativos a la confiabilidad de la prueba, se presentan otros relacionados con el equilibrio entre la protección de valores epistémicos y valores no epistémicos que tienen que ver con la violación del derecho a la libertad de pensamiento por el uso de estas tecnologías.<sup>50</sup>

El campo de investigación sobre la valoración particular de las pruebas es una extensa área poco explorada. Su amplitud se pone de manifiesto si consideramos el crecimiento exponencial que significa el estudio de cada tipo de prueba científica (ADN, pruebas informáticas, genéticas, dactiloscópicas, psicológicas, etc.) y su distinta valoración para casos distintos.

A. *Sistematización cognoscitiva, conexionismo y pruebas específicas (sentido 4)*

Sin haberlo hecho explícito, cuando nos referimos a las proposiciones moleculares, nos referimos a cierta clase de conectividad proposicional, en la que diferentes proposiciones se integran en una estructura compleja.

Otro tipo de conexión entre proposiciones no es complementaria como en el caso anterior, sino de carácter confrontativo, como sucede entre un sujeto que afirma: “X realizó espionaje industrial” y X dice: “Yo no realicé espionaje industrial”.

Por razones de espacio no nos ocuparemos detalladamente de la oposición entre proposiciones, que de alguna manera quedará comprendida mediante el análisis de la confrontación probatoria.

De manera semejante a lo que ocurre entre las proposiciones, las pruebas ofrecidas por cada una de las partes se conectan con las proposiciones que caracterizan su narración de lo que fue el caso en el mundo.

La conexión entre pruebas pertenecientes a cierta clase y proposiciones de cierto tipo puede ser de gran relevancia para la atribución de pesos epistémicos a cada una de las hipótesis.

Por ejemplo, una proposición descriptiva contrastable con una manifestación perceptiva adquiere su mayor grado de corroboración si se la

<sup>50</sup> Gazzaniga, Michael, *The Ethical Brain*, EUA, Dana Press, pp. 108-114.

conecta con una proposición reproductiva directa. Por ejemplo, “X afirma que Y lo golpeó en la cara, lo que le dejó una cicatriz permanente”. La conexión de una prueba pericial que constate la existencia de la lesión y su grado de permanencia simplemente probaría que “alguien” provocó una lesión a X con resultados permanentes, pero no que fue Y. Si en soporte a esa proposición *probandum* se contara con una testimonial que afirmara haber visto que alguien que parecía haber sido Y golpeó a X, entonces el valor de confirmación (peso epistémico) de la proposición molecular aumentaría en el sentido de que además de que alguien golpeó a X, lo hizo Y. Pero, si se contara con una prueba reproductiva directa correspondiente a la filmación proveniente de una cámara de seguridad vial, entonces la proposición descriptiva contrastable con manifestación perceptiva correspondiente a la lesión adquiriría un peso epistémico o grado de corroboración difícil de derrotar.

La conexión entre pruebas y proposiciones cumple una función diferente en etapas distintas del proceso: en la etapa de ofrecimiento de pruebas, en la etapa del desahogo de las pruebas y en la de la ponderación probatoria previa a la decisión final.

En la etapa de ofrecimiento de pruebas, la conexión entre proposiciones y pruebas específicas se limita a determinar si una prueba es o no relevante para soportar una o algunas de las proposiciones en que se descompone la narración de cada una de las partes. En condiciones epistémicamente ideales no debería haber limitaciones en la admisión de cualquier tipo de prueba susceptible de contribuir a la determinación de la verdad y sólo deberían ser excluidas las redundantes, es decir, aquellas que no agregan ningún valor epistémico dado el resto de pruebas disponibles. Por ejemplo, contar con 10 testimoniales que repiten lo mismo, cuando dos pueden ser suficientes.

En esta etapa el operador jurídico no realiza la valoración de la prueba en sentido estricto y se limita a realizar un proceso cognitivo de tipo hipotético que implica responder a la pregunta: ¿El desahogo de esta prueba en la audiencia podría contribuir a soportar alguno de los supuestos presentados por las partes?

La valoración final de las pruebas es la que tendrá lugar durante la fase de deliberación previa a la sentencia que es en donde tiene lugar el proceso de adminiculación probatoria.

La conexión entre clases de proposiciones y clases de pruebas constituye otro de los campos de investigación ofrecidos por la epistemología jurídica que no podemos abordar con más detalle en este trabajo.

No obstante, es posible proponer un marco teórico general sobre la relación entre conectividad proposicional y probatoria, con base en las definiciones que se exponen a continuación.

### B. *Conexión entre proposiciones y pruebas*

#### a. Proposiciones y pruebas confirmatorias

Se conectan con una proposición con el fin de atribuirle un peso epistémico confirmatorio. Por ejemplo, una prueba de ADN para probar la verdad de una proposición que afirma que “X es padre de x”, en un juicio de pensión alimenticia.

#### b. Proposiciones y pruebas refutatorias

Se conectan con una proposición con el fin de mostrar que es falsa. Por ejemplo, cuando se ofrece una reproductiva directa (filmación) en la que queda constancia de que a la hora en que se cometió el robo de una obra de arte en un museo, X estaba actuando en una obra de teatro. Con esto se refutaría a la proposición “X se robó la obra ‘El grito’”.

Desde luego la combinatoria entre proposiciones y pruebas es muy extensa y comprende la conexión entre pruebas y proposiciones primarias y secundarias.

#### c. Proposiciones y pruebas convergentes

El conjunto de pruebas confirmatorias que se conectan con una misma proposición. Por ejemplo, una prueba dactiloscópica (huellas en el arma), una prueba de rodizonato de sodio (rastros de pólvora en las manos del presunto responsable) y una prueba de Walker (instancia en que se realizó el disparo respecto de la lesión en el cuerpo de la víctima), en conexión con la proposición que afirma: “X disparó a quemarropa a Y”.

### C. *Conexión entre pruebas*

#### a. Definiciones de “meta-prueba” y “prueba objeto”.

Se estipula para “prueba objeto”, aquella prueba cuyo valor epistémico busca ser convalidado o refutado por otra prueba. Se estipula para “meta-prueba” aquella que busca convalidar o refutar el peso epistémico de otra prueba.

### b. Meta-pruebas confirmatorias

Son meta-pruebas cuyo objeto es convalidar que una prueba objeto tiene un peso epistémico tal que soporta la atribución de verdad de la proposición con la que se conecta. Por ejemplo, la prueba pericial grafológica (meta-prueba) que se ofrece para mostrar que una documental pública (prueba objeto) es auténtica.

### c. Pruebas refutatorias

Son meta-pruebas cuyo objeto es determinar que una prueba objeto carece de peso epistémico para soportar o corroborar la asignación de verdad de la proposición a la que se encuentra conectada. Por ejemplo, la prueba pericial (meta-prueba) que se ofrece para mostrar que una documental pública (prueba objeto) es una falsificación.

Desde luego, los términos “meta-prueba” y “prueba objeto” son relacionales. Es decir, la prueba que en una conexión inter-probatoria podría ser considerada “meta-prueba”, en otra podría operar como “prueba-objeto”. Por ejemplo, cuando una pericial ofrecida por la parte demandada para refutar el valor de otra pericial ofrecida por la parte actora, es revisada por un peritaje que mandó practicar el juzgador ante ciertas dudas que le dejó la segunda pericial. En este caso, la pericial encargada por el juez sería una meta-prueba, con respecto a la prueba pericial de la parte demandada, que sería la prueba objeto con respecto a la solicitada por el juez. Esta misma pericial objeto (la del demandado) es la que habría operado como meta-prueba con respecto a la ofrecida por el actor.

### D. *Sistematización cognoscitiva y confrontación.*

Los problemas relativos a la determinación de la verdad en el derecho suelen ser asociados sólo a la confrontación entre las partes.

En sentido estricto, esa atribución no es correcta. Si pensamos en el derecho administrativo, podemos encontrar situaciones en las cuales una institución del Estado sea la competente para determinar si la proposición por la que se afirma haber satisfecho los requisitos exigidos por la ley para obtener una licencia administrativa es verdadera o no. En situaciones como ésta, el ciudadano no está en conflicto con ninguna otra parte. Sin embargo, la autoridad administrativa se enfrentará al problema consistente en determinar si es verdad o no que el ciudadano ha satisfecho las exigencias legales para producir el acto administrativo solicitado.

Sin embargo, es claro que la controversia u oposición entre las partes es la más característica para el estudio de la epistemología jurídica, razón por la cual centraremos en ellas nuestra atención.

Como se ha dicho previamente, es habitual que cada una de las partes elabore su propia sistematización cognoscitiva sin estar guiados necesariamente por un compromiso epistémico, sino por su intención de ganar el caso. La manifestación externa de esta sistematización, de la que emerge un modelo mental de lo que supuestamente ocurrió en el mundo, se expresa en la narración de sus respectivas versiones.

En términos generales, las confrontaciones pueden ser de dos tipos:

a. Confrontación dialógica y derrotante

Se caracteriza por una oposición claramente contradictoria entre las narraciones de las partes y por tanto entre algunas o todas las proposiciones que la integran. Por ejemplo, X afirma: “Y me dio un cheque sin fondos” e Y sostiene: “Es falso que no hubiera fondos en mi cuenta bancaria al momento de extender el cheque”. De forma simplificada, mientras X afirma que “p” es verdadera, Y afirma que “p” es falsa.

b. Confrontación entre modelos explicativos excluyentes

A diferencia de la anterior, en la que hay una clara contradicción entre las partes, puede ocurrir que haya dos o más modelos o explicaciones mutuamente excluyentes acerca de lo que fue el caso en el mundo.

Este tipo de situaciones se presenta no cuando hay narraciones enfrentadas, sino cuando los investigadores tienen que explicar las evidencias y por tanto formarse un modelo mental de lo que fue el caso en el mundo y tienen más de una explicación aceptable. En estos casos, la decisión no es en función de la verdad de una proposición o proposiciones en contradicción con otra u otras, sino en función de cuál de los dos o más modelos proporciona una mejor explicación.

Por ejemplo, piénsese en el caso en que hay un cadáver y el peritaje correspondiente encuentra una sustancia tóxica en su interior. El mismo hecho bruto podría ser explicado como: 1) un suicidio, 2) un homicidio por envenenamiento, 3) una inducción al suicidio.

Desde luego cada uno de los modelos excluyentes confrontados puede contener confrontaciones dialógicas internas.

Es importante señalar que en ambos tipos de confrontación, la oposición entre los diferentes elementos enfrentados opera en una dimensión multinivel que incluye proposiciones contra proposiciones, pruebas confir-

matorias contra pruebas refutatorias cuya evaluación repercute en el peso de las proposiciones enfrentadas.

### E. *La dinámica probatoria (“prueba” en sentido 1).*

Como se recordará, hemos iniciado el tratamiento de la prueba haciendo referencia a las propiedades semánticas de la palabra “prueba”. Hasta ahora nos hemos ocupado de sus sentidos como insumo cognitivo, tanto genérico como específico (4 y 3).

En su momento dijimos que se trataba también de una palabra afectada de ambigüedad que denota tanto el proceso por el que se prueba como el estado de prueba final.

Ahora toca el turno de analizar, aunque sea someramente, la dinámica o proceso probatorio, es decir el contexto en que “prueba” se usa en sentido 1 y que corresponde a la etapa procesal de la audiencia principal.

En los apartados precedentes se ha presentado un modelo de las pruebas y sus conexiones como si fueran una red estática.

Sin embargo, el proceso por el cual se va generando el modelo mental final de lo que fue el caso en el mundo por parte del juzgador es sumamente dinámico e involucra a diversos actores en diversas fases del proceso.

Algunas analogías que facilitan la comprensión de los procesos involucrados serían la comprensión de un texto y el juego de ajedrez.

La lectura de un texto, como una novela, implica procesos que pueden ser explicados como andamios cognitivos que sirven de base para la integración de otros andamios más complejos que no se sobreponen simplemente, sino que generan acoplamientos estructurales mediante los que se van co-definiendo los andamios precedentes junto con los posteriores y emergen nuevas estructuras o significaciones. Así, de un conjunto de letras emerge el significado unitario de una palabra, de la cual, junto con otras palabras, emerge el significado de una proposición, de la cual, junto con otras proposiciones, emerge el significado de un párrafo, de un conjunto de párrafos una narración, etc. La dinámica de los modelos mentales emergentes a partir de estos procesos no son tan rígidos y estructurales como podría suponerse a partir de lo anterior. Las representaciones emergentes, las escenas de la “película mental” que se va integrando tienen su propia dinámica y pueden incidir en la reconfiguración del significado global de toda la novela. Por ejemplo esto ocurre en una buena novela policiaca, que nos ha inducido la construcción de varias representaciones mentales sobre diferentes posibles culpables cuyo grado de sospecha ha ido fluctuando a lo

largo de la historia, y finalmente descubrimos que el asesino era de quien menos sospechábamos.

Eliminando el contenido de la explicación anterior, el modelo mental del juzgador obedece a una dinámica cognitiva propia de un sistema complejo como el ejemplificado con la novela; i.e., es dinámico, evolutivo, emergente y codependiente.

La otra analogía que permite simplificar la explicación de los procesos cognitivos involucrados en la dinámica probatoria es el juego de ajedrez. A pesar de que aparentemente el ajedrez se juega en un tablero, en estricto sentido no es necesario que sea así. El tablero se puede considerar un auxiliar para la memoria y es posible imaginar a dos jugadores con una memoria privilegiada que juegan expresando las coordenadas correspondientes a sus movimientos. Este pequeño experimento mental pone de manifiesto que en realidad la dialéctica del juego opera a nivel de los sucesivos acoplamientos estructurales ocurridos en los modelos mentales de los jugadores, como producto de los ajustes en sus sistematizaciones cognoscitivas resultantes de su interacción.

Algo semejante ocurre en el derecho con la intervención de diversos participantes en el proceso probatorio.

Dicho proceso se va generando a lo largo de todo el proceso jurídico, hasta la decisión final, pero tiene su momento cumbre durante la fase correspondiente a la audiencia. En ella interactúan las partes como si participaran en un juego de ajedrez que admite múltiples jugadores que se influyen recíprocamente.

Desde esta óptica, la apariencia estática de la conectividad probatoria desaparece para dar paso a una comprensión dinámica de la prueba. Algo así como si hubiéramos congelado la película mediante un comando de “pausa” que al ser desactivado, permite ver a las partes interrogar y refutar las pruebas periciales ofrecidas por su contraparte; a cada una de las partes interrogando a los testigos de su contraparte, quien a su vez puede interrogar a los propios; al juzgador interrogando al presunto responsable sobre aspectos de la narración que no le quedaron claros; a una parte denunciando contradicciones al interior de la narración de su oponente, etc.

Como se ha dicho, a pesar de que la fase principal del proceso probatorio tiene lugar en la audiencia, no debe perderse de vista que procesos cognitivos como los referidos han sido importantes en las fases previas, que han servido para la generación de los modelos que se confrontan durante la audiencia. Un ejemplo puede ser útil en este punto: Unos detectives acuden a una llamada en la que se informa que hay un cadáver en una carretera,



cerca de donde se encuentra un auto volcado, huellas de llantas derrapadas y una verja rota. El médico forense, quien “sabe leer” al cadáver, encuentra que no todas las lesiones, particularmente las del rostro y los nudillos de la víctima, corresponden al accidente, pues son anteriores a éste, lo que se infiere por el distinto grado de cicatrización que presentan. Como consecuencia de la toma de huellas dactilares del cadáver por parte de otro especialista y la consulta a la base de las mismas en la unidad de servicios periciales, por una experta distinta, se conoce la identidad de la víctima. Del análisis de sus llamadas telefónicas se conoce que frecuentaba un bar todos los fines de semana. Los detectives asisten al bar y el cantinero les informa que una semana atrás el ahora occiso había tenido una riña con el miembro de un peligroso cártel. El ministerio público ha podido integrar de manera coherente la información proporcionada por su equipo de investigadores en una sistematización de la que emerge un modelo mental de lo que pudo haber sido el caso en el mundo. A partir de él elabora una narración, soportada en la conexión entre pruebas y proposiciones, con la que participa en la dinámica de la audiencia en la que presenta como sospechoso del homicidio al narcotraficante con el que la víctima había tenido el altercado. Éste, por su parte, podría alegar haber estado inconsciente en un hospital debido a una herida de arma de fuego ocurrida durante un asalto del que fue víctima días antes del accidente del automóvil. Como es de suponerse, en la dinámica probatoria estarán presentes otros participantes como peritos, testigos y, desde luego, el juzgador.

Durante la audiencia, las pruebas (sentido 4) son procesadas cognitivamente en función de la dinámica propia de la interacción entre las partes. Es en función de esa dinámica que la declaración de una de las partes podrá ser contradicha por su contraparte; que mediante el proceso de interrogación se pretenderá obtener de un testigo las respuestas que integren la narración que el interrogador desea obtener; la búsqueda de respuestas diferentes por la contraparte durante el interrogatorio cruzado para propiciar una narración que contradiga la anterior y le reste credibilidad a la primera; donde un perito refutará el valor científico de la pericial que soporta la versión de su oponente, etc.

En condiciones epistémicamente ideales, el juzgador deberá actuar como un buscador de la verdad que participe activamente en la dinámica de la audiencia incluso solicitando material probatorio adicional al ofrecido por las partes en caso de tener una hipótesis que explique los hechos diferente a la ofrecida por los litigantes. Esto significa que el juez debe estar en condiciones de participar en el proceso de sistematización cognoscitiva del que emergerá su modelo mental de lo que fue el caso en el mundo activamente, y no limitarse simplemente a tratar de contrastar y evaluar la manifestación de los modelos

mentales de cada una de las partes o lo que en derecho penal se conoce como sus respectivas “teorías del caso”.

Como muchos temas importantes, no puede ser revisada aquí con detenimiento la dinámica que ocurre durante el proceso probatorio, pero al menos es posible mencionar algunos ejemplos ilustrativos, como son el hecho de que en ocasiones las proposiciones a probar se encuentran estructuradas a manera de una cadena inferencial, lo que implica que al probar la primera se prueba la última (silogismo hipotético). Parte de estas cadenas inferenciales pueden incluir proposiciones correspondientes a presunciones o a máximas de la experiencia.

En el caso de proposiciones principales, su verdad o falsedad puede ser demostrada mediante la prueba de una proposición secundaria, como sucede cuando se demuestra una coartada.

En el caso de las proposiciones sobre estados mentales que no involucren necesariamente dictámenes neurológicos, psiquiátricos o psicológicos, se prueba su verdad mediante la prueba indirecta de ciertas conductas realizadas por el presunto responsable que no sería posible explicar desde la hipótesis de su inocencia. Por ejemplo, esto sucede en el derecho penal en el caso de los delitos dolosos.

## V. LAS PRUEBAS (2): DECISIÓN Y NORMATIVIDAD EPISTÉMICA

Como se ha indicado, uno de los problemas fundamentales de la epistemología jurídica es el relativo a la determinación de los procesos cognitivos o métodos confiables para la determinación de la verdad en el derecho. Parte central de esos procesos corresponde a lo que se ha dado en llamar el problema de la valoración racional de la prueba.

Dicho problema consiste en determinar él o los procedimientos confiables para alcanzar un estándar probatorio suficientemente objetivo para considerar como verdadera una proposición jurídicamente relevante con base en las pruebas disponibles.

Constituye una reacción a lo que se conoce como criterios de valoración irracional de la prueba caracterizados por estándares de prueba subjetivos como los representados por expresiones tan vagas como “más allá de toda duda razonable”, “conforme a la convicción íntima”, “con base en la preponderancia probatoria”, etc.

La solución de este problema dista de contar con unanimidad en el grado de desarrollo actual de la epistemología jurídica, donde se han propuesto distintos modelos, algunos de los cuales se suelen clasificar en modelos matemáticos y modelos no matemáticos. A continuación se hace una presentación y discusión muy somera de los mismos:<sup>51</sup>

### 1. *Modelos matemáticos*

Buscan aplicar en el derecho métodos matemáticos que han mostrado ser de utilidad en otros dominios del conocimiento. Los más conocidos son:

#### A. *Estadística frecuentista*

Su objetivo es determinar el grado de probabilidad de que haya ocurrido un acontecimiento dada la frecuencia estadística con que eventos de la misma clase han tenido lugar.

Por ejemplo, si la correlación entre el evento “E1” y el evento “E2” ha ocurrido en un 90% de los experimentos realizados, entonces, si en un caso concreto ha tenido lugar un evento correspondiente a la clase “E1”, se infiere que la probabilidad de que haya ocurrido el evento “E2” es de un 90%.

Este enfoque recuerda una de las tesis principales del realismo americano, según la cual el derecho se caracterizaba por el conjunto de las proposiciones predictivas acerca del sentido en que los jueces resolverían con base en las soluciones precedentes para casos de la misma clase.

La crítica a esta postura es semejante a la que se dirige al modelo frecuentista en el derecho: Cuando un juez dicta sentencia no fundamenta su decisión en la probabilidad con la que habría de resolver el caso teniendo en cuenta la frecuencia estadística de la manera en que se han resuelto casos semejantes, sino con base en los méritos del caso concreto.

Del hecho de que en un 90% de casos semejantes hayan ocurrido E1 y E2 no se puede inferir que en un caso concreto esté presente esa correlación. Es más, ni siquiera una frecuencia estadística del 100% permitiría hacer esa predicción dado que siempre puede ocurrir que el nuevo caso constituya una excepción a los precedentes.

<sup>51</sup> Se toma como base para el desarrollo de este epígrafe a la investigación presentada por

Ferrer en: Ferrer, Jordi, *op. cit.*, nota 38.

### B. *Probabilidad bayesiana o subjetiva*

Para la estadística frecuentista los parámetros son tomados como valores absolutos y son resultantes de un número determinado de experimentos que han permitido observar rigurosamente la frecuencia y correlación entre las variables estudiadas.

Para la probabilidad bayesiana, los parámetros no son considerados valores absolutos sino que son determinados en función de las creencias subjetivas iniciales de un sujeto y las modificaciones que sufren en función de su observación de datos posteriores.

De manera simplificada se puede decir que la probabilidad bayesiana vincula la probabilidad de que haya ocurrido el evento A dado el evento B con la probabilidad de que haya ocurrido el evento B dado el evento A. Por ejemplo: sabiendo la probabilidad de que un arma tenga las huellas de una persona que disparó, se podría saber (si se tiene algún dato más), la probabilidad de que una persona haya disparado si el arma tiene sus huellas.

La modificación de las creencias subjetivas operaría de la manera siguiente: Alguien podría tener la creencia inicial de que la probabilidad de que alguien disparó un arma es muy alta dado que se encontraron sus huellas. Conocer que el inculpado podría estarse autoinculpando para proteger a su hijo modificaría sus creencias sobre la probabilidad de que el presunto responsable hubiera sido quien disparó el arma, a pesar de que fueran sus huellas las que estuvieran en la misma.

La fórmula para el cálculo de probabilidad bayesiana ofrecida por Ferrer es la siguiente:  $P(H|E) = P(E|H) \times P(H) / P(E/-H)$

Que se lee:

La probabilidad del evento “H” dado el evento “E” es igual a la probabilidad del evento “E” dado el evento “H” por la probabilidad de “H”, entre la probabilidad del evento “E” dada la no ocurrencia de “H”.

Algunas críticas a los modelos matemáticos son que, por un lado, resultan antinaturales, lo que los hace poco aptos como modelos de normatividad epistémica que los operadores jurídicos puedan seguir; y, por el otro, no dan cuenta de las propiedades de cada caso, ni de fenómenos tales como la combinatoria probatoria que caracteriza a cada caso en particular.

## 2. *Modelos no matemáticos: La inducción Baconiana.*

Me limitaré a presentar el propuesto por Jordi Ferrer, basado en la inducción Baconiana.

Para este autor, la probabilidad de que un hecho haya tenido lugar se obtiene de la verificación de la predicción que se siga a partir de la conjunción de hipótesis iniciales (H), supuestos auxiliares (SA) y las condiciones iniciales (CI) presentes en a cada caso. Su representación formal es la siguiente:

$$H \text{ \& \& SA \& CI} \rightarrow P$$

El mismo autor proporciona dos ejemplos de la forma en que opera este modelo, uno en el ámbito de la medicina y otro en materia penal:

El primero lo toma de Hempel, quien se refiere a la investigación realizada por Ignaz Semmelweis sobre las causas de una alarmante diferencia en la morbilidad entre la Primera y la Segunda división de maternidad del Hospital General de Viena entre 1844 y 1848, atribuida a la fiebre puerperal.

Las hipótesis para explicar la gravedad de los acontecimientos fueron varias, descartadas sucesivamente al no satisfacerse las predicciones correspondientes, hasta encontrar la explicación correcta.

La primera hipótesis de Semmenweis, ampliamente aceptada en esos tiempos, era que la fiebre puerperal era causada por “influencias epidémicas” que se propagaban por distritos enteros. Sin embargo, esta hipótesis fue rechazada porque no explicaba la gran diferencia de mortalidad en los pabellones prácticamente contiguos del mismo hospital.

Una segunda hipótesis consistió en suponer que podía deberse a la intervención de estudiantes poco cuidadosos. De ser el caso, la suspensión de la participación de los estudiantes provocaría un cambio en los índices de morbilidad. Se procedió a efectuar dicha suspensión, pero sin ningún cambio favorable, sino, al contrario, con un aumento en la tasa de muertes.

Una tercera hipótesis consistió en suponer que podría deberse a un efecto psicológico provocado por el paso de un sacerdote y su monaguillo tocando una campana fúnebre atravesando por la Primera división cada que tenía que dar los santos oleos a una enferma de la Segunda división, lo que podría deprimir el sistema inmunológico de las pacientes. Se solicitó al sacerdote que por un tiempo diera un rodeo para evitar atravesar por la Primera división, pero no ocurrió ningún cambio.

Finalmente, surgió una nueva hipótesis a raíz de que un médico de la misma división se hiciera un corte con el escalpelo, quien murió después de

presentar los mismos síntomas que las pacientes de la Primera división. A partir de este hecho Semmelweis formuló la hipótesis de que el alto índice de muertes podría deberse a falta de medidas higiénicas en el instrumental y ordenó que todo el personal lo desinfectara con sal clorada, lo que hizo que al fin la mortalidad descendiera estrepitosamente.

El segundo ejemplo, proveniente del derecho penal, es el siguiente: Si la policía detiene a un hombre que se sospecha es autor de un homicidio a tiros ocurrido minutos antes, se suele hacer la siguiente predicción. Si el sujeto es el autor del delito (hipótesis inicial), dado que no usaba guantes al momento de ser detenido (condiciones iniciales) y que pueden identificarse restos de pólvora en sus manos con los procedimientos adecuados (supuesto auxiliar), entonces puedo predecir que si la hipótesis de culpabilidad es correcta se encontrarán rastros de pólvora en alguna de sus manos (predicción). Si la predicción se verifica, entonces se confirma la hipótesis. De no ser el caso, puede ser que la hipótesis no haya sido la correcta o que las condiciones iniciales no hayan sido las adecuadas (el sujeto sí tenía guantes al disparar y los arrojó antes de su detención).

Según Ferrer, este modelo permite decidir entre casos con confrontación excluyente o hipótesis rivales cuando una de las hipótesis es soportada por la verificación de una predicción que no puede ser soportada por otra u otras de las hipótesis en competencia. De esta manera la comprobación de una predicción robustece la hipótesis y permite formular nuevas predicciones y descartar hipótesis rivales.

Con respecto a los matemáticos, este modelo presenta la ventaja de ser intuitivo y compatible con el razonamiento no matemático que caracteriza a la mayoría de los jueces. Sin embargo, enmascara la complejidad de los procesos cognitivos involucrados en el razonamiento jurisdiccional, que tienen que ver con la dialógica de los procesos jurídicos y el carácter constitutivo del derecho.

En fenómenos naturales como el de la fiebre puerperal carece de sentido suponer que el *explanandum* se puede comportar de maneras diversas y contrapuestas. La regularidad en el comportamiento del mundo es un presupuesto necesario para generar explicaciones de este tipo. No es lo mismo tener dos o más modelos mentales que pretenden explicar un mismo fenómeno empírico de primer nivel (las muertes) que tener que decidir cuál es el correcto entre uno de varios posibles comportamientos del mismo mundo construidos por los sujetos en litigio.

Por otra parte, las explicaciones científicas son heteroexplicativas, es decir, sus resultados son contrastados con un cambio en el mundo que es

ajeno a la teoría. Ese cambio es el resultado de la intervención o manipulación del mundo que genera el cambio deseado y que corresponde al pronóstico que, de ser satisfecho, confirmará la hipótesis. En otras palabras, corresponde la observación del comportamiento de la variable dependiente ante la manipulación de lo que ha sido identificado como su variable independiente. De esta manera, si  $y$  es igual a la variable dependiente y  $x$  a la variable independiente, entonces:  $y = f(x)$ . En el ejemplo de la fiebre puerperal, el número de decesos (variable dependiente) dependería del número de instrumentos desinfectados con sal clorada (variable independiente).

A diferencia de lo que ocurre en la ciencia, en el derecho los jueces no experimentan con diversas manipulaciones del mundo para observar el comportamiento de la relación entre variables dependientes e independientes con el objeto de establecer relaciones causales.

Por otra parte, y fuera de los ejemplos típicos del derecho penal, la inmensa mayoría de los casos jurídicos carecen de cambios heterocorrectivos equivalentes a los de una investigación experimental. ¿Qué cambio perceptible en el mundo me indica que efectivamente ocurrió una violación a la libertad de expresión?, ¿qué tipo de experimento me permitiría identificar la variable independiente que al ser manipulada me lleva a observar el cambio en el comportamiento de una variable dependiente correspondiente a violación al derecho a la información?

Por otra parte, la propiedad constitutiva del derecho rompe con la independencia entre hechos con comportamiento independiente de la teoría, pues en el derecho los hechos institucionales son posibles únicamente a partir de la función constitutiva del propio sistema normativo que establece las condiciones de posibilidad e identificación de hechos institucionales jurídicos tales como la violación a la libertad de expresión o derecho a la información referidos previamente.

A diferencia del científico, el juez debe decidir sobre dos versiones distintas de lo que se supone fueron los mismos acontecimientos en el mundo, lo que no tiene equivalente con el dato objetivo de la ciencia (las muertes por fiebre puerperal). El juzgador se enfrenta a dos modelos contrapuestos que en la mayoría de los casos no pueden ser contrastados con nada que sea perceptible con independencia de aquello a lo que los propios esquemas en conflicto permiten percibir.

Retomemos el ejemplo del homicida. La alusión a la predicción sobre las huellas de pólvora en las manos simplifica el hecho de que la predicción jurisdiccional se realiza más bien sobre el resultado positivo de una prueba (que técnicamente no es concluyente por sí misma) y que puede ser contradicha por una meta-prueba refutatoria que emplee una técnica pericial

distinta o incluso la misma con una variación en la ejecución por parte del experto. De esta manera, la predicción resulta refutada no por su no satisfacción en el mundo, sino por una meta-prueba refutatoria.

También podría suceder que los resultados de rastros de los distintos elementos químicos dejados por un disparo (no sólo la pólvora es relevante como se cree comúnmente) estuvieran presentes en las manos del presunto responsable, pero que la contraparte mostrara que éste trabaja en un laboratorio con sustancias químicas que incluyen al menos parte de las identificadas en sus manos como prueba del delito.

Si la hipótesis de culpabilidad fuera correcta, entonces el resultado de una pericial sería positivo y la soportaría parcialmente, pero estaría supeditada a que la contraparte no presentara una pericial en contrario que la refutara o se mostrara que el presunto culpable trabaja en la industria farmacéutica. Si esto se llegara a probar, entonces soportaría la hipótesis de inocencia, pero estaría supeditado a que el fiscal no presentara una prueba en la que se mostrara que en la industria en la que trabaja el presunto responsable no tiene acceso a esas sustancias. Si se probara esto, entonces se soportaría la hipótesis del fiscal siempre que el abogado defensor no mostrara que excepcionalmente el día anterior su cliente había tenido acceso a dichas sustancias dentro del propio laboratorio, etc.

Por otra parte, del hecho de que no hubiera habido resultados positivos en la prueba para identificar pólvora tampoco se seguiría que el presunto responsable no hubiera disparado el arma, pues siempre podría haber ocurrido que hubiese usado guantes. Si los hubiera usado, entonces la predicción sería que estos deberían encontrarse cerca del lugar de los hechos. Pero aun si se encontraran, la contraparte podría presentar una meta-prueba refutatoria indicando que en la zona hay varios hospitales y los guantes podrían haber sido empleados por algún cirujano que los arrojó al contenedor de basura donde se encontraron.

También podría suceder que un testigo afirmara haber visto a alguien con las características del presunto homicida correr cerca de la escena del crimen con un abrigo azul, pero que el testigo ofrecido por la contraparte afirmara que tenía un abrigo rojo. Esto implicaría una relación de confrontación entre una prueba y una meta-prueba refutatoria, ambas candidatas a ser convergentes con respecto a otras pruebas. Por ejemplo, ambas podrían ser convergentes con una prueba pericial no contundente que a su vez fuera refutada por otra pericial tampoco contundente, y ambas testimoniales ser refutadas por una meta-prueba refutatoria consistente en la declaración del policía que detuvo al presunto responsable y así sucesivamente.



Como se puede observar, en los procesos jurisdiccionales se presenta una compleja combinatoria dialógica y derrotante entre proposiciones contradictorias o derrotables por virtud de la ley (como sucede en el caso de las eximentes de responsabilidad en materia penal o de exclusión de la obligación alimentaria en el derecho de familia), entre pruebas confirmatorias aisladas o convergentes y meta-pruebas refutatorias que a su vez pueden ser refutadas por otras ofrecidas por la contraparte para soportar otras proposiciones.

A diferencia de lo que ocurre en el modelo sencillo de la verificación de predicciones, la decisión jurisdiccional se toma de manera “holística”, mediante sistematización cognoscitiva, considerando los pesos y contrapesos de los diferentes elementos integrantes de los modelos presentados por las partes.

En síntesis, la adaptación de la inducción útil para la investigación científica al derecho es poco adecuada debido a: 1) el carácter constitutivo del derecho, lo que implica una falta de heterocorrectividad respecto de hechos institucionales distintos a los que el propio derecho hace posibles; 2) el hecho de que los jueces deban decidir a partir de enunciados ex -post-fácticos, lo que implica que los acontecimientos en el mundo susceptibles de verificación perceptiva (que nunca pueden ser percibidos, en tanto jurídicos, al margen del derecho) se han extinguido; 3) el hecho de que más que predicciones, los jueces tengan que realizar post-dicciones la mayoría de las veces; i.e., actuar sobre el pasado en vez de constatar una predicción en el futuro; 4) el hecho de que sus decisiones tengan que ser tomadas a partir de modelos diferentes y excluyentes contruidos por las partes. Es decir, a diferencia de lo que ocurre en la ciencia, los jueces no toman sus decisiones a partir de lo que constatan empíricamente en el mundo mediante manifestaciones perceptivas (los decesos descenden, el envío de señales por fibra óptica permite la comunicación entre dos personas en distintas regiones del mundo, se genera un nuevo combustible con menores índices de contaminación, etc.). Los jueces deben decidir con base en el modelo mental que se genera acerca de lo que fue el caso en el mundo, a partir de lo que les permiten los modelos presentados por las partes, el derecho y la teoría jurídica.

### 3. *Modelos naturalizados como una nueva propuesta: El modelo mental conexionista del razonamiento judicial romano-germánico*<sup>52</sup>

Como dije anteriormente, la versión de constructivismo jurídico que propongo tiene la propiedad de ser naturalizada, lo que significa que se basa en los resultados de la ciencia y muy particularmente en las ciencias cognitivas y ciencias de la complejidad.

En este sentido, el tratamiento de los problemas de la epistemología jurídica desde el constructivismo jurídico constituye más un programa de investigación que comprende la elaboración tanto de modelos descriptivos como de modelos normativos (de normatividad epistémica).

En este apartado me ocupo de presentar brevemente mi propuesta de un modelo del razonamiento judicial basado en las teorías conexionistas de la memoria, teoría de los modelos mentales de la psicología cognitiva aplicada y la teoría de las redes neuronales artificiales.

#### A. *Modelos mentales, auto-organización cognitiva y razonamiento judicial*

Las investigaciones realizadas por Dan Simon en el terreno de la psicología experimental y las que yo mismo he realizado en el de la inteligencia artificial aplicada al derecho presentan resultados muy similares acerca de las propiedades auto-organizativas que tienen lugar tanto entre jurados (sistema de precedentes) como en los jueces profesionales (tradicción romano-germánica). Las características más relevantes son: 1) la activación y adaptación de patrones cognitivos previos para resolver nuevos casos; 2) desplazamientos coherentistas inconscientes que permiten conectar información aparentemente inconexa; por ejemplo, relacionar distintas clases de evidencia; 3) cambios en los estados mentales a través del proceso, de acuerdo con los argumentos y contra-argumentos de las partes, pruebas y contra-pruebas, etc.; 4) la forma interdependiente en que son asignados los valores a los medios probatorios; 5) la influencia de elementos que son secundarios para el caso (como puede ocurrir con prejuicios raciales) en cambios de estado del sistema; y 6) el hecho de que el mismo caso pueda producir diferentes modelos mentales a pesar de estar aplicando el mismo derecho.

<sup>52</sup> El modelo se encuentra expuesto con una representación gráfica resultante de la elicitación y representación del conocimiento en: Cáceres, Enrique, "Steps towards a Constructivist and Coherentist Theory of Judicial Reasoning in Civil Law Tradition", *Law and Neuroscience*, Freeman, Michael (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 459-482.

### B. *Modelos mentales, elicitación y representación del conocimiento*

El tipo de modelo mental que presento en este trabajo fue obtenido a partir de las siguientes técnicas de investigación cualitativa: 1) entrevistas semiestructuradas; 2) autoseguimiento (*shadowing self*); 3) interrupción de análisis y 4) mapas mentales.

### C. *Arquitectura y dinámica de modelos mentales de razonamiento judicial*

El modelo mental resultante es una red compleja heterogénea cuyos elementos son los siguientes: 1) proposiciones descriptivas de los hechos; 2) proposiciones normativas; 3) medios de prueba; 4) conceptos de la teoría general del delito; 5) decisión final.

La interconectividad entre estos distintos componentes fue modelada como una red neuronal con diferentes capas para cada uno de los elementos previamente mencionados: i) una capa de entrada que corresponde a las proposiciones relevantes para dar cuenta de los hechos; ii) una capa de salida que consiste en la activación de dos neuronas binariamente excluyentes; iii) una capa oculta jerárquicamente superior a la que contienen las proposiciones y que representa los medios probatorios; iv) una capa jerárquicamente superior a la anterior que corresponde a las proposiciones normativas; y v) una capa jerárquicamente superior a la precedente que representa a las circunstancias exculpatorias del delito en cuestión.

Las conexiones son bidireccionales, inter-capa, intra-capa y reiterativas. La densidad de la conectividad es alta y opera entre todas las capas.

La dinámica del sistema asume que la activación de las diferentes neuronas trabaja de acuerdo con la satisfacción del umbral necesario para obtener el estado activo que corresponde a un determinado valor epistémico (creer que “p” es plausible, creer que es probable que “p”, estar probado que “p”, considerar que “p” es verdadero, etc.). Se asume que la intensidad de las conexiones neuronales no trabaja de manera determinista, sino difusa. Las conexiones sinápticas pueden ser inhibitorias o excitativas. Esta característica es muy importante dado que el razonamiento judicial es dialógico y derrotante. En otras palabras, implica la oposición entre los diversos componentes de la red cuyo procesamiento (en muy buena medida auto-organizativo) debe alcanzar una estructura coherente que corresponda a la decisión final expresada a través de la sentencia.

Un ejemplo muy simplificado de la dinámica sería el siguiente:

El señor Juan Pérez asiste a la delegación de policía a presentar denuncia por el homicidio de su hermano Abel a manos de otro sujeto llamado Caín.

El ministerio público gira instrucciones a la policía investigadora para que asista al lugar de los hechos.

En un callejón oscuro encuentran a un grupo de personas rodeando un cadáver. Después de haber realizado las diligencias necesarias, el cuerpo sin vida es trasladado al servicio forense.

Después de las indagaciones correspondientes encuentran a Caín y lo llevan detenido a la delegación.

Caín confiesa que durante cierto tiempo había estado trabajando para Abel como vendedor de la droga que éste le proveía, pero que había decidido dejar de dedicarse a esa actividad, lo que enfureció a Abel. Por otros miembros del cártel sabía que había jurado matarlo porque una regla del “negocio” era que nadie podía dejarlo.

Después de haber estado oculto por un tiempo fuera del país, Caín afirma que tuvo que volver al vecindario debido a que su hermano le había hablado para decirle que su madre se encontraba en fase terminal y quería despedirse de todos sus hijos antes de morir.

Afirma también que después de salir de la casa de su madre y haber caminado unos 5 minutos rumbo a la estación de tren, al dar la vuelta en el callejón en el que ocurrieron los hechos, Abel lo interceptó, le dijo que nadie lo podía traicionar y seguir vivo y acto seguido sacó un revólver. Antes de que éste pudiera activar el gatillo, Caín dice que disparó el arma que tenía preparada en la bolsa de su abrigo previendo el desafortunado encuentro. Caín informa a la policía el lugar en que había escondido el arma y sostiene que el dueño de una tienda, quien es su tío, había presenciado los hechos.

Emplearé la notación siguiente para explicar la dinámica del caso:

Nodos proposicionales:

N(p) para neuronas proposicionales correspondientes a las narraciones.

N(e) para las neuronas correspondientes a las pruebas, seguido de un símbolo correspondiente al tipo de prueba. Para las pruebas con manifestación perceptiva: N(em); las científicas N(ec); las reproductivas N(er); las semi-reproductivas N(es); las constatativas N(ek).

N(n) para las neuronas normativas. En este ejemplo evito las neuronas correspondientes a la capa de la teoría del derecho para evitar complicar innecesariamente la explicación.

Nodos proposicionales:

N(p1): Caín disparó un arma de fuego.

N(p2): Caín disparó contra Abel

N(p3): El disparo realizado fue el causante de la muerte de Abel.

N(p4): Caín actuó en legítima defensa.

N(e):

1) Pruebas con manifestación perceptiva:

N(em1): El cadáver.

N(em2): La bala alojada en el cuerpo sin vida.

- N(em3): El arma.
- 2) Pruebas científicas:
- N(ec1): Abel murió por disparo de arma de fuego. (Obtenida por aplicación de la técnica pericial T1 a N(em1)).
- N(ec2): El arma tenía huellas de Caín. (Obtenida por aplicación de la técnica pericial T2 a N(em3)).
- N(ec3): La mano derecha de Caín tenía rastros químicos correspondientes a un disparo (Obtenida por aplicación de la técnica pericial T3 a Caín)
- N(ec4): La bala alojada en el cadáver fue disparada con el arma de Caín. (Obtenida por aplicación de la técnica T4 a N(em3)).
- 3) Pruebas semi-reproductivas:
- N(es1): Disparé un arma de fuego (confesión de Caín)
- N(es2): Abel me amenazó de muerte (confesión de Caín).
- N(es3): Abel sacó un arma (confesión de Caín).
- N(es4): Privé de la vida a Abel (confesión de Caín)
- N(es5): Actué en legítima defensa (confesión de Caín).
- N(es6): Abel amenazó de muerte a Caín (testimonio del tío de Caín).
- N(es7): Abel sacó un arma de fuego (testimonio del tío de Caín).
- N(es8): Caín disparó antes de que disparara Abel (testimonio del tío de Caín).
- 4) Pruebas constataivas:
- N(ek1): Ficha de Abel con antecedentes por tráfico de droga y homicidio.

Conexión entre la capa de pruebas y la proposicional. El símbolo para la conexión será: “ $\bowtie$ ”.

La conexión entre proposiciones y sus respectivas pruebas convergentes de distintas clases, es la siguiente:

- N(p1)  $\bowtie$  [N(em3), N(ec2), N(ec3), N(es1), N(es8)]
- N(p2)  $\bowtie$  [N(ec4), N(es4), N(es8),]
- N(p3)  $\bowtie$  [N(em1), N(em2), N(ec1), N(ec4), N(es8)]
- N(p4)  $\bowtie$  [N(es2), N(es3), N(es5), N(es6), N(es7), N(es8)]

El peso epistémico atómico (es decir el concedido a cada una de las pruebas individualmente consideradas) es alto para todas las conectadas con N(p1), N(p2) y N(p3), por lo que cada una de estas proposiciones adquiriría un valor de confirmación alto que alcanzaría el umbral o estándar probatorio suficiente para considerar que es verdad que “p”. En este caso, es verdad que Caín disparó un arma N(p1), en contra de Abel N(p2) y la causó la muerte N(p3).

Sin embargo, el valor epistémico de confirmación de la proposición relativa a la legítima defensa es bajo debido a que las pruebas presentadas, semi-reproductivas, dependen de la confesión de Caín y de un familiar que seguramente mentiría para encubrirlo: su tío.

Ahora podemos considerar los nodos normativos. Son básicamente tres:

N (n1): Comete el delito de homicidio quien priva de la vida a otro.

N(n2): Si alguien priva de la vida a otro en legítima defensa, entonces no es responsable de homicidio.

N (n3): Caín es responsable del delito de homicidio (y por lo tanto debe ser sancionado).

La conexión entre nodos proposicionales y normativos sería la siguiente:

$N(n1) \bowtie [N(p1), N(p2), N(p3)]$

$N(n2) \bowtie [N(p4)]$

La activación o no del nodo normativo relativo a la responsabilidad N (n3) dependerá de si el peso epistémico confirmatorio de las N (n1) y N (n2) es suficiente para satisfacer el umbral requerido para activar la N (n3) o si, por el contrario, el peso inhibitorio de N (n2) es suficiente para evitar que se alcance dicho umbral.

La representación completa del modelo mental a partir N (n1) y N (n2) queda como sigue:

$N(n1) \bowtie \{ [N(p1)] \bowtie [N(em3), N(ec2), N(ec3), N(es1), N(es8)] \bowtie [N(p2)] \bowtie [N(ec4), N(es4), N(es8), ] \bowtie [N(p3)] \bowtie [N(em1), N(em2), N(ec1), N(ec4), N(es4), N(es8)] \}$   
 $N(n2) \bowtie \{ [N(p4)] \bowtie [N(es2), N(es3), N(es5), N(es6), N(es7), N(es8)] \}$

En el modelo mental descrito hasta el momento (correspondiente a la acusación) el peso inhibitorio de N (n2) (legítima defensa) no sería suficiente para neutralizar el peso de N (n1); por tanto, la “sinapsis” de N (n1) superaría el umbral necesario para que se disparara y activaría N (n3) i.e., el nodo correspondiente a la creencia justificada y considerable como verdadera de que Caín era responsable de homicidio y por tanto debería ser sancionado.

Ahora, supongamos que en el juicio el abogado defensor de Caín aporta un nuevo elemento consistente en un vídeo tomado desde una cámara de seguridad vial donde se observa el momento en que Abel amenaza a Caín y saca el arma antes de que éste le dispare.

Este nodo correspondiente a una prueba reproductiva directa sería:

$N(er1)$  y se conectaría con las demás pruebas conectadas con N (p4):

$N(p4) \bowtie [N(es2), N(es3), N(es5), N(es6), N(es7), N(es8), N(er1)]$ .

La representación completa, integrando al nuevo elemento sería:

$N(n1) \text{ } \varpi \{ [N(p1)] \text{ } \varpi [N(em3), N(ec2), N(ec3), N(es1), N(es8)] \text{ } \varpi [N(p2)] \text{ } \varpi [N(ec4), N(es4), N(es8), ] \text{ } \varpi [N(p3)] \text{ } \varpi [N(em1), N(em2), N(ec1), N(ec4), N(es4), N(es8)] \}$   
 $N(n2) \text{ } \varpi \{ [N(p4)] \text{ } \varpi [N(es2), N(es3), N(es5), N(es6), N(es7), N(es8), N(er1)] \}$ .

Con esta nueva prueba, N (2), correspondiente al concepto de legítima defensa, adquiere un peso confirmatorio suficiente para neutralizar la activación de N (n3) i.e., la creencia de que es una verdad justificada que Caín ha sido responsable y por tanto debe ser sancionado.

Un aspecto sumamente importante en este ejemplo consiste en señalar la ausencia de confrontación dialógica y derrotante entre las proposiciones de la parte acusadora y la defensa. En ningún momento existe una proposición por parte de Caín en la que niegue haber privado de la vida a Abel. Si ése hubiera sido el caso, entonces el peso confirmatorio de una de las proposiciones hubiera neutralizado el peso confirmatorio de la proposición contradictoria.

En el ejemplo que estamos viendo, las proposiciones contrapuestas adquieren un valor epistémico de verdad justificado: es verdad tanto que Caín privó de la vida a Abel como que Caín actuó en legítima defensa. Sin embargo, en virtud de lo establecido por el derecho positivo o la dogmática penal, la proposición correspondiente a la eximente de responsabilidad es suficiente para neutralizar la activación de la N (n3).

#### D. *La normatividad epistémica del modelo conexionista y el estándar probatorio*

Hasta este punto pareciera que la utilidad del modelo conexionista es puramente descriptiva y por tanto carece de una propuesta de normatividad epistémica. Sin embargo, no es el caso como pretendo mostrar a continuación.

Antes debe recordarse que el término “estándar probatorio” denota el umbral de confirmación que requiere ser alcanzado a partir de la evidencia para poder considerar justificadamente que una proposición es verdadera.

Laudan nos proporciona algunos ejemplos de estándares de prueba que tienen la virtud de apartarse de la subjetividad que caracteriza a lo que se ha dado en llamar criterios de valoración irracional de la prueba:

“1) En el derecho romano, para obtener un grado de convicción suficiente para condenar a alguien por un delito debía contarse con dos testigos presenciales que corroboraran la hipótesis o una confesión plausible por parte del inculpado.

- 2) Si hay evidencia inculpatoria o un testimonio creíble que podría ser muy difícil explicar si el inculpado fuera inocente, y no hay evidencia o testimonio exculpatorio que podría ser muy difícil de explicar si el inculpado fuera culpable, entonces condena; de lo contrario, absuelve.
- 3) Si la historia del fiscal acerca del crimen es plausible y no puedes concebir una historia *no* plausible que dejara al inculpado inocente, entonces condena. De lo contrario, absuelve.
- 4) Resuelve si los hechos establecidos por el fiscal se corresponden con cada hipótesis razonable que puedas pensar acerca de la inocencia del inculpado. Si es el caso, condena; en caso contrario, absuelve”.<sup>53</sup>

Los modelos matemáticos y la inducción baconiana también son ejemplos de estándares de prueba que parecen satisfacer la virtud de no depender de un meta-análisis de los estados subjetivos del juez, aun cuando puedan ser objeto de críticas en otro sentido.

Sin embargo, como es fácil observar, la mayoría de los estándares de prueba propuestos consisten en recetas demasiado generales, que rayan en el abstraccionismo y que no explicitan elementos fundamentales para servir como criterios normativos de la decisión jurisdiccional. A pesar de su aparente objetividad se centran en una subjetividad cognitiva expresada en términos sumamente vagos tales como: “muy difícil explicar”, “no poder concebir una historia *no* plausible”, “poder pensar una hipótesis razonable”, los cuales no distan mucho de “más allá de toda duda razonable”.

Por otro lado, si como hemos indicado en otra parte, la determinación de la verdad depende de las evidencias disponibles y la satisfacción o no del estándar probatorio, las propuestas de estándar referidas adolecen de falta de cobertura explicativa. Ninguna de ellas describe los problemas relativos a la sistematización cognoscitiva que implica la conectividad y dinámica entre pruebas, derecho positivo, teoría del derecho y las narraciones de las partes, que son los elementos constitutivos del espacio cognitivo dentro del cual ocurren las operaciones de juzgadores epistémicamente comprometidos. El modelo mental que emerge de esos procesos es el que sirve de base para determinar si es posible considerar o no a la proposición *probandum* como verdadera y justificada.

<sup>53</sup> Laudan, Larry, *op. cit.*, pp. 81-83.



La normatividad epistémica propuesta por el modelo conexionista deliberadamente evita ser compactada en una receta general y cumple la función de constituir una guía inductora de procesos cognitivos emergentes que sean racionales e intersubjetivamente controlables. Esto significa que no constituye un algoritmo que deba ser, ni pueda ser observado rígidamente para todos los casos. Su función es dar estructura al equilibrio reflexivo que tiene lugar cuando el juzgador realiza la sistematización cognoscitiva de cada caso mediante un proceso codependiente que va de los insumos cognitivos aportados “desde el exterior” al ajuste interno del modelo mental del juzgador y viceversa de manera recursiva hasta alcanzar la clausura de operación cognitiva previa a la decisión final. Algo semejante a lo que sucede con un pintor que, lejos de limitarse a plasmar en el exterior una imagen nítidamente definida en su interior, va produciendo su obra con pinceladas que se co-definen unas a las otras, plasmando las subsecuentes en función de las anteriores, detallando en el proceso el esbozo mental que las orienta y se codefine en el acto pictórico. En este sentido tanto pintor como juzgador “hacen camino al andar”, siguiendo un bosquejo de mapa.

El hecho de que distintos sujetos cognoscentes puedan organizar de múltiples formas la misma información es un fenómeno ampliamente conocido en el terreno de la cognición. La ideología detrás de la uniformidad invariantista de quienes pretenden “cientificar” el razonamiento judicial enmascara estos procesos reales, labrados en nuestra especie a lo largo de siglos de evolución.

La creencia de que los jueces deciden mal porque deciden distinto respecto de otro criterio que sirve de parámetro de referencia no necesariamente es verdadera. En muchas ocasiones creemos que los jueces resuelven mal como consecuencia de los presupuestos invariantistas que suscribimos, pero no porque la diversidad de criterios vaya en contra de lo que es una decisión racional.

La normatividad epistémica del modelo conexionista podría expresarse de la manera siguiente: 1) Identifica las proposiciones relevantes de las narraciones del caso; 2) Identifica las pruebas de las partes; 3) Conecta pruebas y proposiciones con las normas jurídicas y proposiciones de teoría jurídica relevantes; 4) Asigna pesos epistémicos a las pruebas de modo holístico i.e., considerando que sus valores son definidos de modo codependiente; 5) Realiza el análisis de pesos excitativos e inhibitorios de cada una de las neuronas; 6) Determina si la dinámica de los pesos permite o no superar el estándar probatorio correspondiente a la etapa procesal o a la decisión final del caso en cuestión.

Con respecto a la asignación de los pesos epistémicos (confirmatorios o disconfirmatorios) a las distintas neuronas del modelo, debe entenderse que no estoy pensando en los pesos *per se* que deban darse a las pruebas independientemente del caso.

La metodología que se propone para la asignación de los pesos epistémicos parte de un recurso metodológico consistente en suponer que se cuenta con un máximo de “unidades de peso” disponibles para el caso en cuestión, asignado en números enteros del 1 al 10 (o si se prefiere en múltiplos de 10).

A efecto de que la asignación de pesos pueda satisfacer valores infinitos, los valores asignados a cada nodo pueden ser decimales.

La distribución de los pesos se asigna de manera “holística” mediante un equilibrio reflexivo ligado al caso particular.

Sobre una posible crítica contra la aparente imposibilidad de asignar valores numéricos a estados subjetivos, se recuerda que ello constituye un recurso metodológico estándar en la investigación cualitativa.

A efecto de ilustrar de manera sencilla la operación del modelo, retomemos el ejemplo de Caín y Abel: El modelo mental judicial correspondiente al estado inicial del caso podría haber implicado una distribución inicial de pesos para  $N(n1) = 5$  y  $N(n2) = 5$ , sobre un máximo de 10 unidades iniciales, lo que significa que ambas partes inician en estado de igualdad epistémica (por razones que serán esclarecidas más adelante, evitamos la asignación del peso por *de fault* correspondiente a la presunción de inocencia).

Como se recordará en el caso de Caín y Abel, las pruebas confirmatorias de la hipótesis de la legítima defensa presentadas en una etapa del juicio correspondían a dos semi-representacionales: la confesional del propio Caín y la testimonial de un familiar, su tío. En este supuesto, el valor epistémico a favor de la hipótesis de legítima defensa podría haber correspondido a un peso epistémico de 1 para la confesional y de 2 para la testimonial, lo que haría que el total de las unidades de peso epistémico para la hipótesis de culpabilidad fuera de 3. Por su parte, supongamos que el peso epistémico de las pruebas confirmatorias de la hipótesis de la responsabilidad de Caín correspondiera a un valor de 6 unidades de peso epistémico. En este supuesto, la clausura de operación del modelo mental, en esta fase del proceso, hubiera hecho que la hipótesis de la legítima defensa fuera derrotada por la hipótesis de la responsabilidad por el delito de homicidio cometido por Caín.

Sin embargo, como se recordará, la dinámica de los modelos mentales es co-dependiente respecto de las turbulencias y reacomodos que en los mismos pudieran provocar nuevos insumos cognitivos; por ejemplo, nuevas pruebas. Como se recordará, en el caso de referencia, durante la audiencia de desahogo de pruebas, el abogado del presunto responsable presentó una prueba superveniente consistente en un video registrado por una cámara vial (reproductiva) donde quedó grabado el incidente.

Con esta nueva prueba, el peso epistémico a favor de la hipótesis de la legítima defensa se ve sustancialmente modificado ya que tanto las reproductivas indirectas previas como la reproductiva directa constituyen nuevas pruebas confirmatorias a favor de dicha hipótesis con un peso epistémico que podría corresponder a 9, lo que disminuiría el peso epistémico de las pruebas sobre la hipótesis de la responsabilidad a 1.

Debe señalarse que a efecto de no complicar innecesariamente la ejemplificación de la dinámica del modelo conexionista nos hemos limitado a la confrontación entre las hipótesis de presunta responsabilidad y a la eximente de responsabilidad correspondiente a la legítima defensa. La verdad de la proposición “Caín privó de la vida a Abel”, se tiene por verdadera como condición necesaria para que tenga sentido analizar la verdad o falsedad de las hipótesis de presunta responsabilidad y eximente de responsabilidad.

Una distribución de pesos diferentes hubiera tenido lugar en caso de oposición dialógica entre proposiciones relativas a la comisión o no del homicidio de Abel, como podría haber ocurrido si Caín afirmara no haber sido él quien cometió el delito, sino su hermano gemelo. En este caso, la confrontación hubiera sido entre “Caín mató a Abel “ y “ Caín no mató a Abel”, y los pesos asignados en función de las pruebas confirmatorias de cada hipótesis hubieran implicado una correlación en la que los valores de una impactarían en el incremento o decremento de los de la otra y consecuentemente en la dinámica de las proposiciones relativas a la responsabilidad de Caín y su posible sanción.

Volviendo al ejemplo, y en términos más técnicos: en el estado del modelo mental correspondiente a la fase de la audiencia, se neutralizó el flujo del valor epistémico de  $N(n1)$  a  $N(n3)$ , de tal suerte que no se activó la neurona correspondiente a la responsabilidad de Caín  $N(n3)$ , condición previa para aplicar la sanción.

A efecto de evitar interpretaciones equivocadas acerca de la dinámica del modelo conexionista, debe aclararse que la diferencia de pesos asignada a una neurona respecto de otra con la que está en oposición dialógica no implica una transferencia de las unidades no asignadas a su contraparte de manera automática. Que una de las partes no presente pruebas a favor de

la proposición “p1” y la otra parte presente una confirmatoria de la proposición “p2” con un valor epistémico de 1, no implica que los 9 pesos no asignados a “p1” se transfieran a “p2”. La idea de contar con un número total de unidades de valor epistémico no implica que en cada caso se tengan que “gastar” todas las unidades distribuyéndolas entre las pruebas presentadas por las partes. Por ejemplo, puede ser el caso de que una de las partes no ofrezca pruebas y el peso epistémico de las pruebas presentadas por la otra sea de 1. En otras palabras, puede ser que las pruebas presentadas por las partes sean insuficientes para satisfacer el estándar probatorio y el caso se encuentre en indefinición epistémica. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en la investigación científica, en la que la determinación de una proposición como verdadera o falsa puede permanecer abierta por tiempo indefinido, en el caso del derecho es necesario decidir en tiempos perentorios para no afectar valores no epistémicos tales como la libertad de una persona detenida durante el procedimiento.

En situaciones de este tipo, es cuando se justifica la utilidad de reglas para la protección de valores no epistémicos tales como el principio *in dubio pro reo*. Sobre la función de estas razones no epistémicas volveremos más adelante cuando revisemos, aunque sea someramente, las críticas por quienes las consideran fuente de desequilibrios epistémicos.

Por último, es importante resaltar que el modelo conexionista evita proponer un estándar probatorio determinista, con el fin de ser compatible con una aproximación contextualista que refleje lo que frecuentemente refieren los jueces cuando sostienen que es difícil dar recetas para ejercer la función jurisdiccional, *pues cada caso es distinto*. Esto, desde luego, no significa que el modelo conexionista defienda una postura subjetivista ni irracional respecto del estándar probatorio dado que los modelos mentales de jueces individualmente considerados están sujetos a una racionalidad general acotada por las distintas capas del modelo conexionista, al control intersubjetivo de la comunidad epistémica de los demás juzgadores, incluyendo a los de mayor jerarquía, y a la comunidad jurídica en general (facultades de derecho, investigadores, etc.).

Una finalidad adicional del modelo conexionista es rescatar a la función jurisdiccional de las distorsiones a que puede llevar la tesis que sostiene que la valoración probatoria ha sido y es irracional, hasta antes de la llegada de los teóricos de la epistemología jurídica, que son quienes les pueden decir a los jueces cómo deben realizar de manera racional el trabajo que siempre han realizado.

Como se ha visto, la caracterización de la irracionalidad en las decisiones judiciales parte de la vaguedad de los términos correspondientes a estándares tradicionales como “más allá de toda duda razonable”, “conforme a la íntima convicción”, etc., que quedan al arbitrio subjetivo de los juzgadores. Sin embargo, al menos en el caso de sistemas con jueces profesionales, la clausura de operación cognitiva correspondiente a la duda razonable no se da en el limbo del capricho subjetivo, pues está acotada por una estructura compleja que es la que precisamente pretende describir el modelo conexionista. Dicho en otras palabras, la normatividad epistémica propuesta parte de la adecuada operación de los procesos cognitivos que efectivamente son realizados por los jueces como parte de una racionalidad general acotada, mismos que son descritos por el modelo.

Con respecto a la validación del modelo, cabe decir que las investigaciones exploratorias realizadas con jueces han mostrado que al considerar las prescripciones de la normatividad epistémica del modelo conexionista, se activan procesos de sistematización cognoscitiva de los que emergen modelos mentales con una alta frecuencia de convergencia respecto de cuál sería la decisión correcta, a pesar de divergencias en las asignaciones de pesos.

La explicación a este fenómeno es que los elementos constitutivos del modelo mental surgidos a lo largo de cada caso funcionan como restrictores de sistematización y clausura cognitiva. Trataré de ilustrar lo que esto significa de la siguiente manera: supongamos que a un grupo de personas se les invita a pensar en “chocolate”. Entre las asociaciones algunos podrían pensar en chocolate con leche, otros en chocolate en polvo, otros en chocolate en barra, etc. Supongamos ahora que se introduce la instrucción “piensen ahora en chocolate en barra”. Con este nuevo elemento los procesos cognitivos relacionados con la memoria eliminan del espacio de búsqueda representaciones correspondientes a chocolate en polvo, chocolate con leche o chocolate con agua, pero aún se puede pensar en distintos tipos de chocolates en barra: chocolate a la francesa, chocolate amargo, chocolate con avellanas, etc. Supongamos que ahora se introduce un nuevo restrictor y se emite la nueva instrucción “piensen en chocolate en barra amargo marca Cocolat”.

En este experimento mental, los participantes irán convergiendo en sus respuestas en función de los restrictores cognitivos que se vayan introduciendo. En el mismo sentido, los elementos constitutivos del modelo conexionista, nodos, capas y conexiones constituyen restrictores cognitivos que determinan las posibles formas de sistematización y clausura cognitiva con grados importantes de consenso respecto del resultado final. A diferen-

cia de otras propuestas de normatividad epistémica, el modelo conexionista propone una estrategia basada en la emergencia del estado correspondiente a la clausura de operación propia de la decisión, debida a los constrañimientos que el propio derecho y la teoría jurídica establecen a los operadores jurídicos. En este sentido, no pretende prescribir procesos de razonamiento ajenos al razonamiento judicial, sino que parte de los propios procesos cognitivos de los juzgadores para determinar las condiciones bajo las cuales una creencia sobre lo que ha sido al caso en el mundo puede ser justificada como verdadera.

Quedarían muchas cuestiones por desarrollar respecto del modelo conexionista, pero es momento de detenerse aquí.

## VI. LAS PRUEBAS (3): CLAUSURA DE OPERACIÓN COGNITIVA. LA DETERMINACIÓN DE LA VERDAD (PRUEBA EN SENTIDO 2).

Recapitulando lo expuesto acerca de la prueba, hemos partido de que “prueba” es una palabra polisémica. De sus significados se han considerado relevantes cuatro para este trabajo y también hemos señalado que, dentro de su polisemia, adolece de ambigüedad proceso-producto. Dos de sus sentidos corresponden a insumos: a “prueba” en sentido genérico y a “prueba” en sentido específico. Otro de sus sentidos corresponde a la apreciación, evaluación y ponderación probatoria, con lo que hemos agotado el sentido “proceso” de la ambigüedad de la expresión. Nos queda por revisar el sentido de “prueba” como producto, que corresponde a la fase final de la decisión acerca de si se cuenta o no con la prueba de los hechos y la relación de este sentido con el de verdad.

### 1. *Teorías de la Verdad*

Hablar de verdad es un tema complicado. Contemplada desde el prisma de la filosofía, la respuesta a preguntas del tipo: ¿“es verdad que ‘p’”?; ¿“no es verdad que ‘p’”?; ¿“es falso que ‘p’”?; etc., carece de un criterio único debido a la existencia de distintas teorías de la verdad defendidas por algunos de los más grandes filósofos: Russell, Austin y Tarski (defensores de diferentes versiones de correspondentismo); Blanshard y Neurath (defensores de diferentes teorías coherentistas); Peirce, James y Dewey (defensores de dife-

rentes teorías pragmáticas); Ramsey, Davidson y Quine (defensores de distintas versiones de teorías deflacionarias). Como es de suponerse, entre estos autores hay complejas discusiones que no es posible abordar aquí.

Dadas estas dificultades, la estrategia que seguiré consistirá en dar un marco general de referencia en el cual ubicar a las dos teorías de la verdad que son más referidas en la epistemología jurídica: la coherentista y la correspondentista.

Según García Suárez,<sup>54</sup> las teorías de la verdad se pueden clasificar en sustanciales y deflacionarias. Las primeras son aquellas que sostienen que la verdad se define en términos de alguna propiedad o conjunto de propiedades, y se oponen a las deflacionarias, para las cuales el predicado “es verdadera” nos es un predicado genuino.<sup>55</sup>

Las teorías sustanciales se clasifican a su vez en realistas y no realistas. Según el mismo autor:

Una teoría *realista* de la verdad afirma que un enunciado es verdadero si, y sólo si, se da el estado de cosas que expresa, con independencia de la existencia de cualquier mente o de cualquier esquema conceptual. La mayoría de las teorías de la verdad por correspondencia caen en este apartado.<sup>56</sup>

#### A. *Teorías correspondentistas realistas*

Con base en lo anterior, una teoría correspondentista realista sostendría que las montañas, los mares, etc. corresponden a estados de cosas que se dan con independencia de cualquier mente que pudiera pensarlos. Es decir, que ocurrirían aún cuando no hubiera existido especie alguna que pudiera percibirlos, ni pensar en ellos o pretender explicarlos.

La tesis central de las teorías de la correspondencia de esta clase consiste en sostener que “un enunciado es verdadero si, y, solo si, se corresponde con los hechos”.

La principal objeción a estas teorías se dirige a considerar los hechos como entidades extralingüísticas, o extracognitivas.

Frege, por ejemplo, usa la metáfora de una pintura para poner de relieve la equivocación. Un cuadro figurativo, como sería el caso de una pintura paisajista o un retrato, puede considerarse verdadero debido a una propiedad relacional con respecto a lo que busca representar. Sin embargo, una proposición que predica verdad no es relacional: “no se trata aquí de que tengamos primero que descubrir el estado de cosas que pretende describir y

<sup>54</sup> García, Alfonso, *Modos de significar*, España, Tecnos, 1977.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 188.

<sup>56</sup> *Idem*.

luego comparar la oración con él para ver si corresponde o no...¿Qué es un hecho? Un hecho es un pensamiento que es verdadero”.<sup>57</sup> Si el pensamiento expresado por la oración “*p*” es verdadero, entonces es un hecho que *p* y no hay dos cosas distintas que sirvan de términos de comparación, ya que decir ‘Es un hecho que “*p*” es equivalente a decir “El pensamiento de que *p* es verdadero”.<sup>58</sup>

### B. *Teorías correspondentistas no realistas*

“Una teoría no realista puede ser una teoría de la correspondencia, pero entonces negará que el estado de cosas expresado por el enunciado sea independiente de nuestras mentes o de nuestro esquema conceptual”.<sup>59</sup>

### C. *Teorías coherentistas idealistas o racionalistas*

Al igual que las pragmatistas, las versiones paradigmáticas de este tipo de teorías son no realistas.

Los principales defensores de las teorías coherentistas de esta clase suelen ser idealistas o racionalistas y su tesis central implica que si la realidad fuera algo completamente externo a la mente nos llevaría al escepticismo dado que sería imposible conocer algo.<sup>60</sup>

De ahí se sigue que para que el mundo pueda ser conocido requiere ser pensado en algún grado. Si a esto se agrega el supuesto de que el mundo es coherente, entonces nuestras creencias serán verdaderas en la medida en que sean coherentes con otras creencias con las que conforman un sistema.<sup>61</sup>

Para defensores de esta versión de coherentismo, como es el caso de Blanshard la verdad absoluta es inalcanzable y consecuentemente es posible hablar de grados de verdad.

### D. *Teorías coherentistas “realistas” o “cientificistas”*

<sup>57</sup> Gottlob Frege, “Der Gedanke”, en *Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus*, vol. 1, 1918-9, pp. 58-77 (traducido al español por Margarita Valdéz como “Pensamiento”, en Margarita Valdez (ed.) *Pensamiento y Lenguaje*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986, pp. 25-48.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 192.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 188.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 207.

<sup>61</sup> *Idem*.



No todas las teorías coherentistas comparten los supuestos de las versiones idealistas o racionalistas referidas previamente.

Filósofos analíticos de la talla de Neurath y Carnap sostuvieron también una teoría coherentista después de rechazar la idea ampliamente aceptada en su tiempo de que había proposiciones básicas que servirían como sustento de la ciencia toda vez que se referían a lo dado inmediatamente en la experiencia. Si esto fuera el caso, se presentaría el problema de fundar la ciencia en experiencias privadas y por tanto no se podría explicar el control intersubjetivo que tiene lugar durante la comunicación.

De ahí sostuvieron una tesis reduccionista según la cual las proposiciones básicas deberían referirse no a experiencias privadas sino a objetos o eventos públicos, físicos.

Con esto, las proposiciones básicas perderían su estatus privilegiado ya que si una proposición básica llegara a entrar en conflicto con otra proposición jerárquicamente superior como es el caso de una ley de la física, habría que desechar a la proposición básica. Esta idea está en la base de la refutación de las observaciones perceptivas cuando chocan con los resultados de la ciencia. Por ejemplo, al introducir un bastón en una piscina alguien podría afirmar que el bastón se ha ondulado a juzgar por el cambio en su apariencia. Ello chocaría con la explicación proporcionada por los fenómenos de refracción estudiados por la óptica, con lo que el enunciado básico debería ser rechazado al contradecir a un enunciado de la física.

Como objeción a esta versión de coherentismo se opuso que podría haber dos o más sistemas coherentes y contradictorios, a lo que Neurath y Carnap respondieron que el criterio para decidir entre ellos lo proporcionaría la ciencia.<sup>62</sup>

## 2. *Teorías de la verdad y epistemología jurídica*

Una gran mayoría de los especialistas en epistemología jurídica afirman suscribir una teoría de la verdad por correspondencia. Sin embargo, resulta llamativo que no explicitan el tipo de correspondentismo al que se adhieren.

En este apartado haré una somera revisión de la relación entre los problemas relativos a la determinación de la verdad en el derecho y las teorías de la verdad referidas previamente.<sup>63</sup> El objetivo será identificar el modelo

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 209.

<sup>63</sup> El alcance de las consideraciones realizadas sobre verdad y el derecho se circunscribe al terreno tradicional de la epistemología jurídica aplicada, es decir, a las relativas a proposiciones descriptivas de hechos institucionales jurídicos que han acaecido o son susceptibles

que tiene el mayor poder explicativo para el mundo del derecho. Iniciaré por la teoría más referida.

*A. La teoría de la verdad por correspondencia realista y la epistemología jurídica*

Como se recordará, esta teoría de la verdad afirma que un enunciado es verdadero si, y sólo si, se da el estado de cosas que expresa, con independencia de la existencia de cualquier mente o de cualquier esquema conceptual.

Como es fácil percibir, una teoría de este tipo es defendible en el terreno de las ciencias de carácter natural, como es el caso de la física o de la química, donde tiene sentido asumir que los fenómenos que pretenden explicar existirían aun cuando no hubiera ningún ser humano capaz de percibirlos o pensarlos. A pesar de las críticas que podría recibir dicha concepción desde una perspectiva constructivista (que no desarrollaré aquí), forma parte del sentido común suponer, por ejemplo, que los fenómenos astrofísicos existieron antes de la aparición del hombre.

Sin embargo, las cosas son muy distintas en el caso del derecho donde, como hemos visto, los hechos y prácticas jurídicas tienen lugar en el ámbito de los hechos institucionales, mismos que tienen como condición de existencia la constitutividad de las reglas que los crean.

Esta propiedad hace que en el derecho no pueda ser satisfecha la principal característica exigida por una teoría de la verdad por correspondencia de corte realista, pues si no hubiera mentes que incorporaran a su sistema de creencias y por tanto a sus modelos mentales el contenido de las normas constitutivas, sería imposible identificar en el mundo hechos jurídicos que pudieran operar como condiciones de verdad de las proposiciones que afirman que han sido el caso en el mundo.

Recuperando el ejemplo presentado cuando se expusieron los conceptos de reglas constitutivas y hechos institucionales, de no haber mentes en el mundo que hubieran incorporado a sus modelos mentales la existencia del delito de defraudación fiscal, como consecuencia del poder constitutivo del

---

de acontecer en el mundo. Por tanto, se dejan fuera de consideración los problemas relativos a la determinación de la verdad de proposiciones metalenguísticas sobre enunciados del derecho positivo, como sucede al afirmar: “Conforme al artículo 10 del código penal mexicano a quien cometa el delito de homicidio se le sancionará con pena de 10 a 20 años de prisión”. En este caso la verdad o falsedad dependerá de que efectivamente la norma contenida en dicho código establezca que “a quien cometa el delito de homicidio se le sancionará con pena de 10 a 20 años de prisión”.

derecho positivo, simplemente sería imposible encontrar en el mundo un hecho de esa naturaleza.

Por esta razón, una teoría correspondentista como la referida resulta inapropiada para dar cuenta de la determinación de la verdad en el derecho.

B. *La teoría de la verdad coherentista, narración y epistemología jurídica*

Como hemos visto, las críticas a la concepción coherentista de la verdad por parte de la comunidad de la epistemología jurídica suele dirigirse a una versión de narración atacada con el irrefutable argumento de que una la coherencia proposicional de una narración puede y a la vez ser falsa, lo que hace que este modelo sea también inadecuado para dar cuenta de lo que acontece en el derecho, donde los hechos institucionales pertenecen a una dimensión diferente a la meramente lingüística o proposicional. Un cadáver, por ejemplo, no es una entidad proposicional y constituye una condición imprescindible para la determinación de la verdad de una proposición que afirma que alguien cometió un homicidio.

C. *Pasos hacia una teoría de la verdad correspondentista y constructivista en el derecho*

Las dos clases de teorías analizadas previamente, la correspondentista y la coherentista, pueden considerarse como los polos más distantes en un gradiente que contiene otras teorías intermedias. Tal es el caso de las teorías correspondentistas no realistas y del coherentismo “realista” o científicista expuestos anteriormente.

En mi opinión, una adecuada teoría de la verdad para el derecho se ubica en esta zona intermedia. Sin embargo, no podría corresponder a una postura coherentista “realista” o científicista, por el hecho de que los hechos institucionales jurídicos se encuentran en el dominio de los artefactos culturales cuya verificación empírica escapa a los métodos tradicionales de la ciencia natural. Por ejemplo, ¿qué podrían decir los métodos de la física o de la química para resolver la pregunta de si un contrato es o no válido? Por esta razón, no considero que la teoría coherentista “realista” pudiera ser una buena candidata a explicar las condiciones bajo las cuales se determina la verdad en el derecho.

Nos resta considerar una teoría de la verdad por correspondencia no realista (en el sentido de realismo señalado previamente).

Al respecto, señala García Suárez: “Una teoría *no realista* puede ser una teoría de la correspondencia, pero entonces negará que el estado de cosas

expresado por el enunciado sea independiente de nuestras mentes o de nuestro esquema conceptual”.<sup>64</sup>

El problema de esta caracterización para toda teoría de la correspondencia no realista es que resulta insuficiente para dar cuenta de las implicaciones que esta afirmación tiene en el derecho.

El problema central que enfrentaría una interpretación no caritativa de esa afirmación es que pareciera estar defendiendo una postura relativista en la que la mente de los sujetos cognoscentes “es la medida de todas las cosas”. La relevancia de este problema se pone de manifiesto si formulamos la siguiente pregunta: ¿Qué distingue la representación mental de la escena de un evento que nunca pasó (por ejemplo, imaginar haber comido ayer un helado de chocolate), de un recuerdo sobre algo que efectivamente aconteció (haber comido ayer helado de chocolate)? Solemos afirmar que el evento que realmente aconteció fue real, mientras que el segundo fue meramente imaginado. Ambos son constructos cognitivos, pero algo los distingue; ¿qué es?

Sin poder profundizar en este interesante problema, trataré de explicarlo conectándolo con un ejemplo proporcionado previamente. Lo primero que hay que hacer es recordar que nuestras percepciones más básicas, incluyendo el mundo que percibimos en colores, son el resultado de las propiedades cognitivas que caracterizan a nuestra especie. En estricto sentido, los colores no están “afuera”, pues “afuera” lo único que existe es el espectro electromagnético del que algunas longitudes de onda pueden ser captadas por los fotorreceptores de la retina del ojo humano, que las envían como señales nerviosas al cerebro para que las interprete en términos de percepción visual. Esto significa que nuestra percepción de un hueso que parece estar ahí afuera tal cual es, con independencia de una mente que lo perciba, no es sino una construcción cerebral, de la misma manera que lo es la teoría filogenética que lo convierte en un hueso relevante para la investigación científica. La diferencia entre hueso y teoría es que en el caso del sistema proposicional que es la teoría, no hay intervención del proceso de construcción perceptiva que tiene lugar al “ver” a ese hueso en concreto.

Esto significa que lo que consideramos real es el resultado de una sistematización cognoscitiva que da coherencia a insumos cognitivos que pueden ser de diferentes clases, provenir de distintas fuentes e involucrar procesos cognitivos diferentes. Algunos de estos pueden ser proposicionales (como es el caso de la teoría filogenética), pero otros pueden corresponder a

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 188.

información distinta. En el caso del hueso, las ondas electromagnéticas que organizamos para tener la percepción de un hueso corresponden a una dimensión distinta a la proposicional por la que se expresa la definición de la palabra “hueso”.

En este sentido, podemos sostener que existe una construcción incluso de las ciencias empíricas, cuya interpretación puede ser determinada en función de un marco proposicional de referencia.

Si en el caso de la ciencia, es la teoría la que determina los datos empíricos que podemos considerar como reales, en el caso del derecho, el marco proposicional corresponde a las proposiciones contenidas en las capas del modelo mental de la teoría conexionista correspondientes tanto al derecho positivo como a la teoría del derecho y a la narración de los hechos expuestos por las partes participantes en el proceso. *Sens data* tales como las heridas de un cadáver, las lesiones en el rostro, el daño a un automóvil como consecuencia de un hecho o un acto jurídico, etc., dan cuenta de cambios en los estados de cosas del mundo que se ubican en la dimensión de los hechos institucionales jurídicos. Estos datos, en algún sentido, pueden entenderse como vestigios de conductas o hechos jurídicamente relevantes, de la misma manera que ocurre con los vestigios arqueológicos de una civilización desaparecida. En ambos casos, dichos vestigios (o mejor dicho la representación de esos vestigios) son parte de una sistematización cognoscitiva en la que los elementos percibidos adquieren significado en función de la manera en que son codependientemente definidos conjuntamente con el sistema proposicional correspondiente a una teoría conceptual o al modelo mental jurídico dentro del cual se insertan.

Lo anterior no debe ser entendido como que los *sens data* (el hueso filogenéticamente relevante o el cadáver resultante de un homicidio) son el único tipo de elementos que cuentan como vestigios por corresponder a cambios en el mundo físico o natural. También puede haber vestigios de carácter meramente simbólico, como sucede en el caso de la determinación de la verdad de una proposición que afirma que un sujeto es responsable del delito de lavado de dinero, en cuyo supuesto los datos serían los “vestigios” dejados como resultado de los movimientos financieros registrados en las bases de datos del sistema bancario internacional.

Por otra parte, no debe suponerse que la teoría de la verdad propuesta opera únicamente respecto de proposiciones ex-post-fácticas. De ser así, no daría cuenta de proposiciones emitidas respecto de la probabilidad de eventos a futuro, como podría ocurrir en un caso en el que se emite una proposición predictiva respecto de un evento que podría ocurrir. Por ejemplo, en el caso de la prisión preventiva por haber razones de peso suficien-

tes para asumir que el presunto responsable podría intentar evadir la acción de la justicia.

Esto significa que la correspondencia con el mundo no opera mediante un mapeo directo, sino respecto de lo que percibimos y sabemos acerca del mismo. En el caso de una proposición predictiva probabilística, como acontece con la que afirma que existe una probabilidad importante de evasión, la proposición no necesita ser mapeada con el hecho de que el sujeto no pueda ser localizado, sino con lo que sabemos acerca de la probabilidad que existe de que dadas ciertas condiciones, los presuntos responsables tienden a huir de la ley, con base en experiencias previas.

Desde esta perspectiva, la determinación de la verdad en el derecho queda explicada por una teoría de la verdad por correspondencia de corte constructivista que presupone que aquello que consideramos verdadero es el resultado de operaciones de sistematización cognitiva que organizan de manera coherente información tanto de tipo proposicional (normas jurídicas, teorías del derecho, jurisprudencia, narraciones de las partes, etc.) como empírica (el golpe en un auto-causado por otro, el cambio fisiológico derivado de una intervención quirúrgica negligente, etc.). De esta forma, en la teoría propuesta quedan integrados satisfactoriamente algunos elementos de la teoría de la correspondencia que ve con recelo entender a la verdad como producto de operaciones de coherencia proposicional que tienen lugar de manera auto-contenida en el sistema cerrado de nuestra mente, así como de la teoría coherentista, sin que ello implique excluir los elementos empíricos. La tesis que se rechaza de las teorías de la verdad por correspondencia realistas es aquella que consistente en suponer que una proposición es verdadera, al menos en derecho, cuando corresponde con un aspecto del mundo que sería al caso con independencia de cualquier mente que lo percibiera o pensara.

D. *“Determinar es verdad que ‘p’” y “Es verdad que ‘p’”*

Uno de los temas más repetidos en textos del derecho procesal, que en algún sentido se ocupaban de problemas epistémicos de manera “proto-epistémica”, es la dicotomía conceptual entre distintos tipos de verdad en el derecho (verdad histórica y verdad judicial). Desde el prisma de la epistemología contemporánea, el tema sigue estando en el centro de debate. Sin que sea posible dar un tratamiento exhaustivo aquí, trataré de esbozar una respuesta desde el enfoque del constructivismo jurídico.

El punto de partida consistirá en volver a visitar los conceptos de reglas constitutivas y reglas regulativas, hechos brutos y hechos institucionales.

Partiré del supuesto de que es posible distinguir dos tipos de condiciones de verdad para proposiciones aseverativas de hechos jurídicamente relevantes, ligadas al concepto de constitutividad.

Sin que ello vaya en detrimento de su función constitutiva, el núcleo semántico de algunas reglas constitutivas presenta una convergencia respecto de la definición no jurídica de las conductas normativas. Por ejemplo, las propiedades de una conducta expresada mediante “privar de la vida a otro” corresponden a la expresión no jurídica ‘matar’. Obviamente en el mundo ha habido actos de privación de la vida por parte de seres humanos sobre sus congéneres, antes de la existencia de lo que hoy consideraríamos derecho. Esto significa que las condiciones de verdad para una proposición del tipo “Tuc mató a Puc” no están condicionadas a una regla constitutiva y corresponden simplemente al hecho de que efectivamente Tuc haya causado la muerte de Puc.

La convergencia entre el contenido de las reglas constitutivas jurídicas y estas definiciones implica que, a pesar de contener prácticamente las mismas propiedades definitorias, el hecho de estar contenidas en una norma jurídica hace que adquieran un efecto constitutivo para el mundo jurídico. En el caso que nos ocupa, las propiedades ya no definen una mera conducta, sino un delito denotado con el término técnico “homicidio”.

El hecho de que en el mundo preexista un “recorte” que posteriormente es “constitutivizado” por una norma jurídica no significa que el mundo sea igual con y sin dicha “constitutivización”. La diferencia en ambos supuestos es de orden sistémico. Si, por ejemplo, la norma que establece el tipo de homicidio fuera derogada, nadie podría ser enviado a prisión por dicho delito, aun cuando continuaran realizándose privaciones de la vida.

Sostengo que las proposiciones aseverativas de hechos institucionales jurídicos del tipo del homicidio cuentan con condiciones de verdad independientes de la constitutividad de las reglas jurídicas. Es decir, una proposición “x cometió un asesinato” y “x cometió homicidio” convergentes con las condiciones de verdad respecto del núcleo semántico: “x privó de la vida a y”.

Por otra parte, existen reglas constitutivas que no presentan esta correspondencia con definiciones extra-jurídicas y por tanto sus hechos institucionales jurídicos tampoco tienen equivalente en el mundo de los hechos brutos. Por ejemplo, la proposición que afirma: “el juez no realizó una adecuada adminiculación probatoria”.

A diferencia de las anteriores, las proposiciones aseverativas de hechos institucionales jurídicos de este tipo tienen condiciones de verdad dependientes de la constitutividad de las reglas que constituyen sus condiciones de existencia.

Con base en esta diferencia es posible abordar la diferencia entre “Determinar que es verdad que ‘p’” y “Es verdad que ‘p’”.

La determinación de la verdad de ‘p’ presupone la operación de la normatividad epistémica que hemos referido previamente. Es decir, corresponde al proceso de sistematización y clausura de operación cognitiva realizado por un juzgador. Sin embargo, en el caso de proposiciones con condiciones de verdad independientes de constitutividad, puede acontecer que el hecho de “determinar que es verdad que ‘p’” no corresponda con “es verdad que ‘p’”. Por ejemplo, puede suceder que el homicidio hubiera sido cometido como producto de una persecución política global como la que tuvo lugar durante la tristemente célebre “Operación Cóndor” en la época de las dictaduras latinoamericanas, durante la que se suministraban cardiotónicos a sujetos que se oponían al sistema, y que eran públicamente relevantes con el objeto de inducirles la muerte por un infarto cardiaco, sin dejar rastro de homicidio.

En estos casos, ante la ausencia de material probatorio, un juez que conociera de un caso de homicidio por inducción de infarto tendría que determinar que “x fue víctima de homicidio” es falso, a pesar de haber sido verdadero, es decir, a pesar de que en el mundo hubiera sido al caso de que una persona hubiera sido privada de la vida.

Ahora, si suponemos que pasado algún tiempo, y gracias a los avances de la biología molecular, es posible determinar si una persona fue o no víctima de un infarto inducido, entonces ya existiría la posibilidad de determinar que “x fue víctima de homicidio por inducción de infarto cardiaco”, es verdadera. Algo sumamente importante es que ello sería factible aun cuando dentro de las reglas de exclusión de evidencia del sistema jurídico en cuestión se hubieran prohibido las pruebas periciales en biología molecular.

Esto significa que la posibilidad de coincidencia entre “Determinar que es verdad que ‘p’” y “Es verdad que ‘p’” depende de los recursos epistémicos disponibles, no sólo en los casos en concreto, sino en general dependiendo de la robustez epistémica del sistema jurídico en cuestión.

En el nuevo estado de cosas, la determinación de la verdad y la verdad no pertenecen a universos diferentes y es posible identificar si un juez ha cometido un error epistémico al determinar que ‘p’ es falso.



A diferencia de lo que acontece con las proposiciones aseverativas de hechos institucionales jurídicos con condiciones de verdad independientes de constitutividad, en las dependientes de constitutividad, no existen criterios extrajurídicos que permitan distinguir entre “Determinar que es verdad que ‘p’” y “Es verdad que ‘p’”, pues dicha determinación se obtiene mediante procesos jurídicos “auto-contenidos” en el derecho. En el ejemplo de la impugnación por una inadecuada adminiculación probatoria, la determinación de la verdad de la proposición aseverativa no podría ser declarada verdadera fuera de los procesos que posibilita el propio derecho, incluyendo, desde luego, los de sistematización cognoscitiva y clausura de operación cognitiva.

En este tipo de proposiciones, a diferencia de lo que ocurre con las independientes de constitutividad, no existe un hecho dado desde el inicio del proceso equivalente a haber privado de la vida a otro. En principio, nadie, ni el presunto responsable puede saber si es verdad o no que no adminiculó adecuadamente las pruebas presentadas en primera instancia. En estos casos, la determinación de la verdad no cuenta con criterios distintos al propio derecho y sobre todo al seguimiento de la normatividad epistémica y el control intersubjetivo de la propia comunidad jurídica, en especial la del poder judicial. En casos como éste, se suele asumir que siempre fue verdad que ‘p’ y el juez lo que hizo fue descubrirlo.

Llegados a este punto de la exposición, es posible dar un paso más y distinguir entre los términos introducidos en el debate epistémico jurídico por Jordi Ferrer,<sup>65</sup> pero con algunas matizaciones semánticas: “tener por probado que ‘p’”, “estar probado que ‘p’” y “es verdad que ‘p’”.

Un juez puede tener por probado que ‘p’ cuando ha determinado que ‘p’ es verdadero, sin haber alcanzado el estándar probatorio exigido por la normatividad epistémica del caso. Por ejemplo, si en los pesos epistémicos a favor de la hipótesis de la culpabilidad el material probatorio arroja un peso epistémico de 1. Para casos de este tipo diremos que ha ocurrido una arbitrariedad judicial por insuficiencia epistémica.

Está probado que ‘p’, cuando se satisface el estándar probatorio exigido por el adecuado seguimiento de la normatividad epistémica dentro de las restricciones impuestas por las normas del sistema en cuestión. Tal como se ha indicado, las condiciones para determinar que está probado que ‘p’ podrán o no ser suficientes para coincidir con “Es verdad que ‘p’”. En casos de este tipo, es posible tener decisiones jurídicamente válidas que no sean verdaderas.

<sup>65</sup> Ferrer, Jordi, *op. cit.*, nota 17.

“Es verdad que ‘p’” presupone haber alcanzado el estándar de prueba necesario para justificar epistémica y no sólo jurídicamente la creencia de que es verdad que “p”. Los estándares cambian en función de si se trata de proposiciones con condiciones de verdad independientes de constitutividad, o si son dependientes de constitutividad. En el caso de las primeras, la determinación de “es verdad que ‘p’” presupone haber satisfecho las condiciones necesarias para tener por justificada dicha creencia, con independencia de los que pudiera establecer el sistema normativo; por ejemplo, haber realizado las periciales en biología molecular en el caso de homicidio por inducción de infarto. En el caso de las independientes de constitutividad, las condiciones para tener por justificada la creencia de que “p” es verdadera, más allá de las deficiencias epistémicas que pudiera tener el derecho positivo, podría provenir de fuentes distintas a las instituciones judiciales; por ejemplo, de la comunidad académica.

En síntesis: los términos epistémicos “tener por probado ‘p’”, “estar probado ‘p’”, “ser verdad que ‘p’”, “estándar probatorio” y “estándar de prueba” guardan la siguiente relación:

1) “Tener por probado ‘p’” implica un error epistémico consistente en que la decisión no satisface ni siquiera las condiciones necesarias para ser jurídicamente válida. Esto significa que, además de una falta de justificación epistémica, carece de justificación normativa jurídica. Equivale a una decisión arbitraria por insuficiencia epistémica.

Debe subrayarse que el hecho de tener por probado “p” no excluye necesariamente que la decisión haya coincidido con la verdad. Por ejemplo, podría suceder que un funcionario con una sobrecarga de trabajo decidiera la declaración de inocencia o culpabilidad a un cara o cruz y que el resultado haya coincidido con el resultado epistémico correcto. Sin embargo, de lo que adolecería dicha decisión es de una justificación. Hay que recordar que como dijimos al principio, el hecho de que una proposición sea verdadera no es suficiente para que esté epistémicamente justificada.

2) “Estar probado que ‘p’” implica que la decisión ha sido tomada respetando las normas jurídicas requeridas para tales efectos, incluso a pesar de ser normas jurídicas con efectos contraepistémicos: Esta propiedad estaría presente, por ejemplo, en las decisiones tomadas por juzgadores que respetan un sistema tasado o reglas de exclusión de evidencia relevante. En estos casos, las decisiones serían jurídicamente válidas y podrían ser además verdaderas dependiendo de las virtudes epistémicas del derecho positivo en cuestión.

3) “Ser verdad que ‘*p*’” implica que la decisión es tanto verdadera como justificada desde el punto de vista epistémico, con independencia de lo que establezca el derecho positivo (recuérdese el ejemplo de la pericial en biología molecular). Es importante subrayar aquí el desuso en que han caído las teorías de la verdad correspondentistas basadas en un realismo ingenuo que asume que puede haber verdades absolutas en función de su correspondencia con un mundo tal cual está dado con independencia absoluta de los sujetos cognoscentes. Desde luego lo ideal es que las normas jurídicas de derecho positivo y la normatividad epistémica requerida para la determinación de la verdad sean convergentes para producir decisiones tanto válidas jurídicamente como verdaderas epistémicamente.

4) Estándar probatorio y estándar de prueba. Las decisiones verdaderas constituyen una garantía mínima de justificación epistémica que no puede ser disminuida sin caer en arbitrariedad judicial por insuficiencia epistémica. Sin embargo, a partir del umbral de dicho estándar la sociedad puede definir distintos grados de exigencia congruente con la distribución de errores epistémicos que esté dispuesta a aceptar.

## VII. LOS EFECTOS CONTRAEPISTÉMICOS DEL DERECHO POSITIVO Y LA DISYUNTIVA ENTRE VALORES EPISTÉMICOS Y VALORES NO EPISTÉMICOS

### 1. *Normatividades presupuestas y efectos contraepistémicos*

Quizá como una extensión de la creencia de que el conocimiento se encuentra dividido en parcelas correspondientes a diferentes ciencias (hoy en profunda revisión), el derecho, pero sobre todo, su pretensión de cientificidad, por mucho tiempo ha reclamado su propio territorio:<sup>66</sup> las normas jurídicas como centro de la actividad práctica y unidad de análisis teórico.

Es innegable que dicha concepción, cristalizada sobre todo en el positivismo jurídico, permitió tener grandes avances en nuestra caracterización y comprensión del derecho. Sin embargo, tal vez haya llegado el momento de considerarla como una escalera wittgensteiniana que debemos arrojar desde el segundo nivel al que nos ha permitido ascender.

Entre los efectos perniciosos de dicha concepción se encuentra un aislamiento del derecho de otras áreas del conocimiento que hoy se entrelazan

<sup>66</sup> Quizá el ejemplo más claro de esta pretensión sea el concepto de pureza metódica defendido por Hans Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho*.

cada vez más para ofrecer explicaciones inter y transdisciplinarias. Resulta sumamente llamativo que, siendo el objetivo central del derecho la conducta humana, los juristas hayamos dado la espalda a los avances en las ciencias de la conducta contemporáneas que están impactando de manera transversal en diversas disciplinas e, incluso, nos están llevando a revisar profundamente la concepción que tenemos sobre nosotros mismos. Es así que, por ejemplo, en diversas tradiciones de dogmática penal, nos hemos atrevido a generar nuestra propia psicología, poblada de conceptos especulativos que nada tienen que ver con lo que sabemos actualmente gracias a las ciencias cognitivas.

Otro de los efectos de dicha postura consiste en la ingenua fe que tenemos en nuestra capacidad de modelar la vida social a partir de nuestras elucubraciones normativas, sin tener la capacidad de modelar la forma en que efectivamente incidiremos en la dinámica de los sistemas que pretendemos crear o transformar. Por esta razón, frecuentemente generamos efectos contraproducentes que ni siquiera estamos en aptitud de percibir. Desde la visión de túnel proporcionada por nuestros modelos mentales jurídicos nos contentamos con asumir que el mundo cambiará a partir de la generación de normas, como hemos imaginado que lo hará.

Así, no es inusual que la emisión de normas que pretenden regular la dinámica de las bolsas de valores genere disfunciones en sus procesos de operación natural con efectos negativos, o que el deseo de promover la inversión extranjera traiga como consecuencia un impacto pernicioso en los ecosistemas, que nunca se calculó.

En ocasiones, la normatividad presupuesta no es ajena a la constitutividad jurídica y opera en la dimensión de los hechos institucionales jurídicos. Esto ocurre, por ejemplo, cuando en ciertas sociedades con una matriz cultural proclive a la corrupción se pretende erradicar el delito de cohecho aumentando las sanciones y, por no tomar en cuenta las reglas de racionalidad económica, lo que se consigue es encarecer las transacciones corruptas basadas en esquemas ganar-ganar.

Uno de los problemas centrales de la investigación en epistemología jurídica sobre el que ha llamado la atención poderosamente Larry Laudan tiene que ver con cuestiones de este tipo, pues ha mostrado que el desconocimiento de los principios básicos en epistemología suele traer aparejados efectos contraepistémicos que los juristas ni siquiera sospechan.

Como se recordará, al inicio de este trabajo definimos a la epistemología jurídica (aplicada) como un área de la filosofía del derecho cuyo objeto es

identificar los procedimientos confiables para determinar cuándo una creencia acerca de hechos jurídicamente relevantes puede considerarse verdadera.

Un punto neurálgico de la definición corresponde a la expresión “procedimientos confiables”, misma que denota: 1) los procedimientos cognitivos de los que nos hemos ocupado previamente bajo el rubro de normatividad epistémica, y 2) los procedimientos normados por el derecho con efectos epistémicos y de los que dependen las condiciones que hacen posible que la normatividad epistémica pueda operar exitosamente.

Existe un problema especialmente complejo en el que se entrelazan ambos tipos de procedimientos: la normatividad epistémica y la regulación jurídica ocurre cuando el derecho positivo pretende ir más allá de la regulación de la conducta externa de los operadores jurídicos y trata de regular su actividad cognitiva. Los sistemas normativos que pretendían tasar el valor epistémico de cada prueba son un ejemplo de este fenómeno. El hecho de estipular que la prueba confesional era la reina de las pruebas y que hacía prueba plena, salvo prueba en contrario, en términos cognitivos equivale a prescribir: “Cree lo que se diga en una confesión, en tanto no sea derrotado por otras pruebas en contrario”.

Lo paradójico de estos intentos por regular la actividad cognitiva, la estructuración y dinámica de los modelos mentales de los juzgadores es que, como se ha puesto de relieve en estas páginas, la normatividad presupuesta relativa a la valoración racional de las pruebas es un problema abierto sobre el cual todavía queda mucho por decir. Esto significa que el derecho pretende regular una dimensión cuya normatividad presupuesta aún está en proceso de definición.

En todo caso, no será de este problema del que me ocuparé en adelante, sino de los procedimientos normados por el derecho con efectos epistémicos, de los que dependen las condiciones que hacen posible que la normatividad epistémica pueda operar exitosamente. Ello implica la revisión de las instituciones fundamentalmente de derecho procesal con impacto contraepistémico, tema en el que seguiré muy de cerca al pionero en este tipo de análisis: Larry Laudan.

Como se recordará, para este autor: “El objetivo de la epistemología jurídica es responder si las normas que regulan los juicios genuinamente propician la verdad...”; propiamente concebida (la epistemología jurídica), implica dos proyectos:

- a) el descriptivo que busca determinar cuáles de las reglas existentes promueven y cuáles frustran la búsqueda de la verdad y b) el normativo que propone cambios en las reglas existentes para eliminar o modificar aquellas que terminan siendo obstáculos para encontrar la verdad. Lo que conduce a una disyuntiva (al menos aparente) consistente en

elegir entre la reducción de errores epistémicos y el respeto a los derechos tradicionales de los acusados.<sup>67</sup>

## 2. *Validez procesal y verdad en el derecho*

Del hecho de que las normas jurídicas puedan tener efectos contraepistémicos, es decir, que constituyan obstáculos para la determinación de la verdad se sigue una consecuencia muy importante: respetar lo establecido por las normas jurídicas que regulan los juicios no implica necesariamente que la decisión final esté epistémicamente justificada. Es decir, que el derecho mismo puede generar que proposiciones aseverativas de hechos jurídicamente relevantes sean declaradas como falsas aunque sean verdaderas y viceversa. Dicho en otros términos, puede suceder que decisiones válidas formalmente por el hecho de respetar al derecho positivo lleven a resultados contraepistémicos.

En relación a esta situación, Laudan propone una interesante dicotomía sobre los resultados binarios de todo procedimiento: culpables materiales (Cm) y culpables probatorios (Cp), inocentes materiales (Im) e inocentes probatorios (Ip). Los primeros corresponden al estatus real de la decisión, es decir a una correcta determinación de verdad o falsedad, mientras que los segundos son simplemente el resultado de respetar las normas jurídicas.

Respecto a la relación entre los modelos mentales de razonamiento judicial y los conceptos de validez procesal y verdad podría decirse que la competencia epistémica de dichos modelos dependerá de las virtudes epistémicas del derecho positivo en cuestión. Un sistema que contenga normas con efectos contraepistémicos será fuente de modelos mentales con procesos de sistematización y clausuras de operación cognitivas válidas, mientras que sistemas normativos epistémicamente correctos posibilitarán decisiones que, además, sean verdaderas. Desde luego, es difícil sostener que esta relación sea tipo todo o nada y tal vez sea más adecuado suponer que la incidencia entre las propiedades epistémicas del derecho positivo y la operación de los modelos mentales es una cuestión de grado que opera de modo semejante a los procesos de defusificación de la lógica difusa. Sin embargo, más allá de estas consideraciones conceptuales, es un tema abierto a la investigación.

Desde luego, lo ideal sería que el derecho positivo fuera epistémicamente correcto y por tanto la declaración de Cm y Cp; Im e Ip coincidieran.

<sup>67</sup> Laudan, Larry, *op. cit.*, nota 1, pp. 2 y 3.

Sin embargo, esta posibilidad se ve frecuentemente frustrada por diversos errores que dificultan, si no imposibilitan, la determinación de la verdad.

### 3. *Verdad y error en el derecho*

Como se ha dicho en otra parte de este trabajo, es común asociar los problemas epistémicos a la racionalidad judicial, lo que constituye una hipersimplificación de un problema mucho más complicado.

La determinación de la verdad es un problema sistémico y complejo que involucra a múltiples agentes, tanto operadores jurídicos, con sus respectivos modelos mentales, como a agentes no jurídicos y a diversas instituciones.

Esta multiplicidad de factores implica una gran diversidad de errores que pueden frustrar la determinación de la verdad.

En algún sentido, la probabilidad de determinar la verdad en el derecho es una magnitud correspondiente a una variable dependiente, cuyo valor depende de los valores de eficiencia asignados a una diversidad de variables independientes.

Entre las variables independientes más importantes se encuentran las siguientes.

#### A. *Los recursos materiales disponibles*

Tal como sucede en la ciencia, la determinación de la verdad puede depender de la presencia o ausencia, así como de la calidad de diversos artefactos requeridos durante el proceso epistémico.

Por ejemplo, contar o no con un microscopio de cierta clase puede marcar una enorme diferencia en el resultado obtenido en casos que requieren de pruebas científicas.

A veces el problema no estriba en la presencia o ausencia de los medios, sino en su disponibilidad. Por ejemplo, el hecho de que el costo de una prueba de ADN corra por cargo de las partes puede ser un obstáculo para la determinación de la paternidad si una de las partes es una persona de escasos recursos económicos.

#### B. *Factores organizacionales*

Parte de la función constitutiva del derecho se traduce en la generación de instituciones legales: las secretarías de estado del Poder Ejecutivo, los congresos, los tribunales, etc.

Como sucede con todo organismo, su eficiencia operativa puede ser muy distinta a como se pensó originalmente debido a la dinámica en que se ven inmersas.

Por ejemplo, puede suceder que la capacidad de respuesta de una institución esté muy por debajo de la demanda de servicios por parte de los ciudadanos y que su eficiencia sea medida en términos de resultados “estadísticos” plasmados en reportes de actividades. En casos como éste es frecuente que los operadores busquen “atajos” para realizar su trabajo lo más rápido posible y cumplir con los plazos exigidos por la propia ley, lo que genera disfunciones en la calidad de su trabajo que frecuentemente llegan a institucionalizarse.

Por ejemplo, un recurso ampliamente extendido es el de usar formularios o machotes de manera obligatoria (e incluso automatizada), lo que se traduce en la inducción de modelos mentales rígidos que pueden llegar a adolecer de ceguera cognitiva. Es decir, dejar de ver información relevante en un caso particular por tratarlo como uno más de la clase en la que se le ha encuadrado.

### C. *Negligencia*

Surge cuando la exigencia de eficiencia de una institución es baja y posibilita que los operadores jurídicos actúen sin la diligencia requerida en el ejercicio de sus funciones. Por ejemplo, cuando no se presta atención a la recolección de pruebas en la escena del crimen, o no se realiza la planimetría en forma adecuada, o no se cuida la cadena de custodia de las pruebas, debido a que tales “descuidos” no tienen trascendencia para el funcionario.

### D. *Corrupción*

Funcionalmente es semejante a la negligencia, pero con la diferencia de que las consecuencias contraepistémicas son deliberadamente buscadas por el operador. Esto ocurre, por ejemplo, cuando las instituciones de procuración e impartición de justicia en materia penal han sido infiltradas por el crimen organizado y parte del trabajo de los infiltrados o los “convertidos” consiste en bloquear, desaparecer o adulterar evidencia, o simplemente presentar una teoría del caso con sustento epistémico débil a efecto de que sea derrotada en el juicio.

### E. *Incompetencia cognitiva*



Desde luego resolver adecuadamente un caso requiere de habilidades que van más allá de una adecuada formación técnica e implican las competencias cognitivas generales propias de los operadores jurídicos. Es lo que en el mundo de la literatura, pero traducible a la realidad, marcaba la diferencia entre Little John, el jefe de Scotland Yard y Sherlock Holmes, a quien recurría aquel en los casos que él mismo, a pesar de su formación policiaca, no podía resolver.

Algo semejante ocurre entre los abogados que se enfrentan en un juicio oral, donde la inteligencia verbal superior de una de las partes, y no tanto sus conocimientos técnicos, puede darle el triunfo en una audiencia.

#### F. *Incompetencia técnica*

Debida a una inadecuada formación profesional de los operadores jurídicos en alguna o varias de las distintas capas de sus modelos mentales: desconocimiento de la ley, la jurisprudencia, la doctrina, la teoría general del derecho, o de técnicas argumentativas y de valoración probatoria.

Parte de los factores que intervienen en esta variable se deben a una inadecuada pedagogía en la enseñanza del derecho, sobre todo en los países de tradición romano-germánica donde, en vez de una enseñanza basada en casos y problemas, se sigue apelando a la clase magistral de corte enciclopédico, especulativo y mnemotécnico.

#### G. *Intereses no epistémicos*

Tienen lugar sobre todo en las partes en litigio, cada una de las cuales está más interesada en ganar el juicio que en la determinación de la verdad, lo que suele traducirse en una serie de estrategias contraepistémicas. Por ejemplo, preparar a testigos falsos, ocultar pruebas, proporcionar narraciones falsas, etc.

#### H. *Normatividad contraepistémica*

Esta variable, ya referida, consiste en los errores epistémicos causados por el propio sistema normativo y es de la que nos ocuparemos en adelante.

Desde luego, todas estas variables pueden generar una combinatoria de errores sumamente compleja, que se traduce en una disminución inversamente proporcional de la probabilidad de determinación de la verdad. Un ejemplo no muy lejano de lo que ocurre en ciertos sistemas jurídicos podría ser el siguiente: Volvamos a retomar el ejemplo de las pandillas e imaginemos que durante una batalla campal tuvieron lugar varios homicidios. Da-

do que la policía de la jurisdicción no tiene suficientes elementos para atender todos los casos que se le presentan, tarda mucho en llegar a la escena de los hechos y llega cuando ya ha habido alteración de las pruebas. A su arribo no acordonan la zona adecuadamente, lo que propicia la aparición de curiosos que alteran la escena; no puede acudir un perito fotógrafo y el registro de la escena se sustituye por un reporte verbal muy poco detallado. No se hace una búsqueda exhaustiva de las pruebas y las que se obtienen se envían a servicios forenses, donde no se cuenta con los reactivos necesarios para hacer pruebas químicas de sangre. El fiscal está presionado por los términos legales y por el procurador, quien a su vez lo está por la prensa. A pesar de sus deficiencias el fiscal presenta el caso ante el juez de garantías. El juez recibe de las partes narraciones distorsionadas a su favor, desecha pruebas que podrían haber sido relevantes por considerar que fueron obtenidas ilegítimamente y escucha testimoniales falsas. Decide vincular a proceso y envía el caso al juez de oralidad, quien tiene que generar un modelo mental sobre las narraciones alteradas, testimoniales falsas, pruebas incompletas y sin recibir las periciales que habrían sido decisivas para alcanzar el estándar probatorio de alguno de los presuntos responsables. Tiene que respetar una presunción de inocencia que no pudo ser derrotada mediante la carga de la prueba que corría a cargo del fiscal, a pesar de que extrajudicialmente sabe de la culpabilidad de algunos de los participantes a quienes casualmente escuchó alardear sobre lo acontecido en la fila de pago en una farmacia de su jurisdicción.

A pesar de la interesante problemática que presenta el modelo expuesto sobre distintas clases de errores con efectos contraepistémicos, en lo sucesivo me referiré al sentido de “error” teórico al que hace alusión Laudan: errores en la declaración de verdad de proposiciones que afirman que alguien es culpable, cuando es falsa y viceversa. Siguiendo la terminología de Laudan: la declaración de falsos inocentes y falsos culpables.

Como se puede apreciar, los distintos tipos de error expuestos corresponderían a las variables independientes, cuyas variables dependientes serían los dos tipos de errores fundamentales señalados por Laudan, pues su resultado final serían falsos inocentes o falsos culpables.

Con respecto a los conceptos de validez y verdad, así como a Cm, Cp, Im, Ip, obviamente Laudan se está refiriendo a falsos culpables y falsos inocentes materiales.

#### 4. *Estándar de prueba y estándar probatorio*

En este trabajo hemos empleado la expresión “estándar probatorio” para denotar al umbral de peso epistémico necesario para que una clausura de operación cognitiva determine que una proposición es verdadera.

A pesar de que otros autores emplean el término “estándar de prueba” en lugar de “estándar probatorio” con ese mismo sentido, he realizado esta estipulación para distinguir el significado de esta expresión del atribuido por Laudan a “estándar de prueba”.

En relación con lo apuntado en epígrafes anteriores, para este autor el estándar de prueba constituye un mecanismo para la distribución de errores en la declaración de falsos inocentes y falsos culpables.

Partiendo del supuesto de que existen la probabilidad de que ocurran errores en el proceso, lo que se busca con este concepto es determinar la distribución de los falsos inocentes y falsos culpables con base en lo que determine la sociedad.

De esta manera, si una sociedad prefiere que haya 9 falsos inocentes libres (es decir, 9 culpables no sancionados), por cada falso culpable (o inocente en la cárcel) entonces el estándar para la determinación de la culpabilidad será muy alto.

El hecho de que el estándar de prueba o nivel de exigencia epistémica sea determinado por la sociedad puede dar la impresión de que la verdad se determina de manera consensual y no por constreñimiento racional de la normatividad epistémica.

Sin embargo, este problema se puede evitar si asumimos que existe una relación entre los conceptos de “estándar probatorio” y “estándar de prueba” por la que el estándar probatorio opera como una garantía epistémica mínima que no podría ser disminuida por un acuerdo social.

A efecto de ilustrar lo que quiero decir, veamos un ejemplo:

Supongamos que en una sociedad dada el pandillerismo constituye un grave problema y que los delitos cometidos por miembros de esos grupos son considerados por la ley como delitos graves, particularmente el homicidio en riña (lo que generalmente ocurre entre pandillas). En este supuesto es razonable pensar en un estándar probatorio bajo para declarar culpable de homicidio al miembro de una pandilla.

Supongamos un caso (simplificado) en el que se acusa a Caín de haber matado a Abel en un pleito entre pandillas, pero no existe ninguna prueba más allá de la simple denuncia de un familiar de Abel, que refiere una vieja enemistad entre ambos como líderes de pandillas rivales, así como una amenaza de muerte proferida por parte de Caín en contra de Abel en una

fiesta que terminó en trifulca y en la que aquel llevó la peor parte a manos de su enemigo.

En este supuesto, aun considerando que el estándar de prueba es bajo, el estándar probatorio no tendría el peso suficiente para declarar a Caín responsable del delito de homicidio.

Supongamos ahora que el pariente de Abel presenta como prueba su confesión más la declaración de un tío de la víctima quien afirma haber visto que fue Caín quien mató a Abel. Tampoco en este supuesto sería razonable pensar que se ha alcanzado el estándar probatorio necesario para declararlo culpable a pesar de que el estándar de prueba exigido por la sociedad fuera bajo.

Pensemos ahora que además de su prueba confesional y la testimonial del tío de Abel, se presentan las testimoniales de un sacerdote y un notario que afirman haber presenciado el momento en que Caín mataba a Abel, más el resultado de una prueba dactiloscópica que identifica huellas de Caín sobre el arma empleada en el crimen. En este caso sería razonable suponer que el estándar probatorio ha sido alcanzado y que hay una convergencia entre la exigencia de este estándar probatorio y el estándar de prueba socialmente deseado.

Finalmente, consideremos que como consecuencia de los programas destinados a erradicar el pandillerismo ocurrieron una serie de abusos por los que personas inocentes fueron enviadas a prisión al tiempo que el procurador daba entrevistas en la televisión hablando de los éxitos obtenidos por su programa de tolerancia cero.

Tras haberse dado a conocer esta situación en los medios, es de esperar que la sociedad deseara un estándar de prueba más exigente.

En esta nueva situación, las mismas pruebas presentadas en el ejemplo precedente podrían no ser suficientes para alcanzar el estándar de prueba a pesar de haber alcanzado el estándar probatorio, dado el incremento en la exigencia epistémica social. Bajo este nuevo estándar de prueba podrían ya no ser suficientes las pruebas requeridas por el estándar anterior y, por ejemplo, exigir que la pericial dactiloscópica fuera administrada con otras pruebas científicas, para evitar la práctica a la que habían recurrido policías abusivos, consistente en poner un arma en manos de gente inocente para que dejaran sus huellas en ellas.

Sin duda el concepto de estándar de prueba propuesto por Laudan es sumamente sugerente. Aún así, abre la puerta a una serie de preguntas cuyas respuestas requieren de una mayor reflexión. Por ejemplo ¿es posible sostener que hay algo así como una homogeneidad tal en la sociedad que se

pueda llegar a un acuerdo respecto de estándares de prueba? Las diferencias entre grupos liberales y conservadores presentes en casi todas las comunidades políticas parece indicar lo contrario. ¿Es posible hablar de un solo estándar de prueba o hay varios en función de distintas clases de ilícitos? Incluso, la investigación empírica muestra que en casos de la misma clase suelen presentarse diferentes escenarios respecto de los cuales podría pensarse en diferentes estándares de prueba. ¿Realmente es una buena estrategia que los estándares de prueba sean determinados por la sociedad, o es una cuestión de políticas públicas que requiere de la participación de especialistas? Dejo las preguntas abiertas como muestra del vasto terreno aún inexplorado de esta novedosa disciplina.

### 5. *Algunas instituciones del derecho con efectos contraepistémicos*

Como se recordará, para Laudan la finalidad de la epistemología jurídica es determinar qué reglas o procedimientos jurídicos pueden ser promotores de la verdad y cuales pueden obstaculizar su conocimiento, así como hacer propuestas correctivas.

No es este el sitio para realizar un análisis y ni siquiera un resumen de las muy interesantes ideas de este autor. Mi intención es, simplemente, ilustrar el sentido de esta función de la epistemología jurídica aplicada a algunas de las instituciones presentes, tanto en sistemas de tradición romano-germánica como de la anglosajona. Mi mención a algunas instituciones de esta última familia jurídica será aún más somera.

#### A. *La presunción de inocencia*

Con acierto Laudan hace notar que esta institución se refiere a la inocencia material, no a la inocencia probatoria. En términos cognitivos equivale a una prescripción del tipo “cree que el acusado es inocente, en tanto no se muestre lo contrario”. Lo cual es muy distinto a “asume como si el acusado fuera inocente”.<sup>68</sup>

La congruencia con la prescripción cognitiva sobre la inocencia material genera problemas y paradojas: por ejemplo, si se presume la inocencia en ese sentido, entonces muchos actos procesales previos a la sentencia serían irracionales, tal como sucede con la detención provisional, o cualquier otro acto de molestia al acusado.

<sup>68</sup> Laudan, Larry, *op. cit.*, nota 1, p. 99.

Un segundo problema, también señalado por Laudan, estriba en la indeterminación del peso inicial de la presunción. Esto genera problemas adicionales respecto a la prescripción epistémica referida ya que si hay que creer que el acusado es inocente, entonces, ¿cómo se puede hablar de grados iniciales de presunción? Se es inocente o no.

Un tercer problema tiene que ver con la fase procesal en que la presunción de inocencia tiene sentido. En el caso del derecho anglosajón, señala Laudan, tiene sentido ante el jurado y no en ninguna otra fase del procedimiento.

En el caso de la tradición romano-germánica, si como su nombre lo indica es una presunción, entonces no puede operar en la fase de la decisión final, cuando ya se cuenta con todo el material probatorio necesario para determinar la verdad o no de la imputación. Sin embargo, frecuentemente se considera que la presunción de inocencia implica una especie de peso epistémico por *de fault* cuya derrotabilidad puede ocurrir hasta al momento de la sentencia.

Una forma de evadir los problemas mencionados consiste en entender a la presunción de inocencia referida a una inocencia probatoria y no a una inocencia material.

Esto significa que la prescripción cognitiva sería: “No asignes pesos epistémicos a la hipótesis de culpabilidad por el simple hecho de la imputación”. Es decir, no presumas que el acusado es culpable sino mantén una actitud de neutralidad y atente al material probatorio que se vaya presentando durante el juicio”.

### B. *La carga de la prueba*

Constituye otra fuente de desequilibrio epistémico que adquiere diferentes dinámicas en distintas áreas del derecho.

Este efecto contraepistémico se hace especialmente evidente en el derecho penal, donde el fiscal tiene que probar la culpabilidad del acusado, sin que éste tenga que probar nada a favor de la hipótesis de su inocencia.

Esto es, a favor de la hipótesis de inocencia y en contra de la hipótesis de culpabilidad operan tanto la presunción de inocencia material como la carga de la prueba por parte del fiscal.

Sin embargo, como bien señala Laudan, este aparente beneficio a favor de la hipótesis de inocencia puede tener efectos contraproducentes, pues puede privar al presunto responsable de robustecer los pesos epistémicos a favor de su inocencia, en contra de una acusación muy robusta por parte del fiscal.

Tal vez sería más interesante considerar mecanismos semejantes a lo que en el derecho anglosajón se conoce como “defensas afirmativas”, consistente en la obligación de la parte acusada de probar hasta cierto grado la hipótesis de su inocencia.<sup>69</sup>

### C. *Doctrina del doble peligro*

Sostiene que no se puede poner en riesgo de ser sentenciado a alguien que ya haya sido absuelto. Su origen se encuentra en casos de absolución de pena de muerte en el derecho anglosajón.

El hecho de que el fiscal no pueda apelar una sentencia absolutoria genera asimetría epistémica frente a la posibilidad de apelación de sentencias por parte de los acusados.

Una consecuencia práctica de esta doctrina es que los jueces tienden a absolver más que a condenar por el temor a las apelaciones y al impacto que las revisiones de sus superiores pudieran tener en su carrera y prestigio profesional.<sup>70</sup>

### D. *El beneficio de la duda*

Al igual que sucede con la presunción de inocencia, se suele considerar un beneficio epistémico por *de fault* a favor del acusado, lo que sumado a la carga de la prueba termina por romper totalmente el equilibrio epistémico.

Sin embargo, como ya se mencionó, no es necesario concebir a esta institución de esta forma. Un encuadre alternativo consiste en interpretarla como criterio de decibilidad en estados de parálisis epistémica, es decir, cuando no se cuenta con los pesos epistémicos suficientes para alcanzar el estándar de prueba por ninguno de los litigantes. Una anécdota contada en el ambiente jurídico en México (desconozco si con base histórica o no) puede ilustrar el estado de parálisis epistémica al que me refiero: Se cuenta que al final de un juicio muy complicado el juez que conocía del caso, en las conclusiones de su sentencia, estableció: “La parte actora probó sus acciones, la parte demandada sus excepciones...¿éste tribunal se declara perplejo!”.

Es ante circunstancias de este tipo, derivadas del estado epistémico y no del estado psicológico subjetivo dubitativo del juez, donde el beneficio de la duda puede funcionar de manera adecuada.

<sup>69</sup> *Ibidem*, pp. 110-114.

<sup>70</sup> *Ibidem*, pp. 193-196.

Mientras que en las ciencias la determinación de la verdad puede esperar siglos, como ha sido en el caso de la resolución de muchos problemas matemáticos, en el derecho no se puede dejar en estado indefinido el estatus epistémico de una proposición inculpatória por las graves consecuencias que ello traería aparejado en detrimento de los acusados. Por esta razón es necesario un criterio de decibilidad, aun cuando éste no sea epistémico, función que se puede atribuir al beneficio de la duda.

6. *Algunas instituciones jurídicas que constituyen obstáculos para la determinación de la verdad*

A. *Reglas de exclusión de evidencia obtenida de manera ilegal*

Se contienen en normas jurídicas que impiden la presentación de pruebas obtenidas sin respecta lo establecido por la ley.

En algunos sistemas se extiende no sólo a las pruebas originalmente obtenidas de manera ilegal, sino a todas aquellas pruebas lícitas que pudieran haberse obtenido a partir de las ilícitas, lo que se conoce como la “doctrina del árbol envenenado”.<sup>71</sup>

Por ejemplo, si se irrumpe en una casa sin mediar orden de cateo y se encuentra un arsenal de armas de las cuales se toman fotografías o video-grabación (prueba ilegal), y después se obtiene una orden de cateo para tomar las armas, éstas no podrían presentarse en juicio (fruto envenenado).

Su justificación original se encuentra en contener la práctica de la tortura para arrancar confesiones. Sin embargo, su radio de acción se ha ampliado hasta alcanzar casos en los que puede constituir un obstáculo epistémico difícilmente justificable.

B. *Testigos privilegiados*

Son aquellos a quienes el propio derecho exime de la obligación de aportar pruebas debido a razones que pueden ser de tipo personal o en función del tipo de información. En el primer supuesto caen los familiares que no pueden ser obligados a presentar pruebas contra sus parientes, así como los sacerdotes respecto de la información proporcionada bajo confesión, o los

<sup>71</sup> Sobre este tema en particular véase Gascón, Marina, “Freedom of proof?. El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, *Estudios sobre la prueba*, Ferrer, Jordi *et. al.*, cit., pp. 47-88.



periodistas con respecto a sus fuentes. En el segundo caso se incluiría información relacionada con temas de seguridad nacional.<sup>72</sup>

### C. *Confesiones rendidas ante la policía*

El origen de negar confesiones ante la policía también se encuentra en el ánimo de luchar contra la práctica de la tortura. Sin embargo, hoy suele abracar cualquier tipo de confesión, incluyendo la rendida voluntariamente.

### D. *Jurados “lobotomizados”*<sup>73</sup>

En el sistema anglosajón, si el acusado confesó extrajudicialmente, el jurado no debe ser informado de ello y si se le informa de esa confesión durante la audiencia, sus miembros deben pretender que no la escucharon.<sup>74</sup>

### E. *Jurados hipersensibles*

También en el sistema anglosajón existen algunas reglas basadas en generalizaciones espurias acerca de la competencia cognitiva de los jurados para guardar imparcialidad ante cierto tipo de evidencia.

Por ejemplo, está prohibido presentar pruebas que pudieran “inflamar su ánimo” en contra del acusado, tales como fotografías muy aparatosas del lugar del crimen, o proporcionar información sobre el pasado criminal del mismo, a pesar de su utilidad para la determinación de la personalidad y grado de peligrosidad del presunto responsable. Ello con la finalidad de no sesgarlos en su “objetividad”.

### F. *Plea bargain*

En ese mismo sistema y particularmente en el norteamericano existe la posibilidad de un acuerdo entre el fiscal y el acusado con el objetivo de evitar un largo y complicado proceso consistente en que a cambio de una reducción en la sanción, el acusado se declare culpable de un delito, incluso menor del que realmente cometió, en detrimento de la verdad.

### G. *Las instituciones jurídicas que constituyen obstáculos para la determinación de la verdad y el contractualismo*

<sup>72</sup> Laudan, Larry, *op. cit.*, nota 1, pp. 163-170.

<sup>73</sup> La expresión la tomo de Larry Laudan.

<sup>74</sup> *Ibidem*, pp. 154-162.

Para Laudan, estos seis problemas se podrían evitar si se estableciera un estándar probatorio “objetivo”, tema del que ya nos hemos ocupado en páginas anteriores.

Desde una perspectiva filosófica contractualista, para Laudan, la normatividad contraepistémica puede ir en contra del pacto social en el que se ha fijado una cierta distribución de errores. Sin duda la idea es atractiva, pero abre la puerta a un nuevo problema objeto de investigación: Si en los estados constitucionales donde se tiene establecido un mecanismo de representación indirecta las normas contraepistémicas son producidas por los legisladores, quienes encarnan la voluntad del pueblo ¿De qué tipo de manifestación de la voluntad social estaríamos hablando que podría verse afectada por dicha normatividad?<sup>75</sup>

#### VIII. EL DERECHO HUMANO A UNA DEBIDA DELIBERACIÓN: LA VERDAD COMO CONDICIÓN DE LA JUSTICIA

En cuanto a su contenido y desde una perspectiva teleológica, el derecho positivo puede considerarse un sistema tendiente a proteger tanto valores epistémicos como a valores no epistémicos. En este sentido, las normas jurídicas que los protegen constituyen razones para la toma de decisiones.

Sin duda alguna, uno de los problemas centrales en la investigación de la epistemología jurídica consiste en la definición de criterios que emitan un adecuado equilibrio entre la protección de razones epistémicas y razones no epistémicas ya sean éstas de índole moral, política o meramente prudenciales.

Como tema abierto a la investigación, no es fácil hacer generalizaciones acerca de ese estado de equilibrio. Sin embargo, pareciera que el problema consistente en afectar valores epistémicos por proteger valores no epistémicos no se centra tanto en la propiedad excluyente de los mismos, o al menos no en todos los casos, sino en el tipo de presupuestos que se tiene acerca de las estrategias de protección.

Detrás de muchas de las normas que sacrifican valores epistémicos, como indica Laudan, se encuentra la preocupación por salvaguardar la integridad moral de los funcionarios que participan en la aplicación de la ley o

<sup>75</sup> Véase, Laudan Larry, “The Social Contract and the Rules of Trial: Re-Thinking Procedural Rules” *Evidence & Evidentiary Procedure eJournal* 12/2007.

en evitar producir falsos culpables. Ello sin duda es muy importante; la pregunta es si la única estrategia para realizar esa salvaguarda consiste en el sacrificio epistémico. La respuesta en muchas ocasiones tal vez sea “no”, y la explicación de dichas estrategias se deba simplemente a ignorancia sobre la epistemología jurídica. Desde el punto de vista epistémico, una prueba ilegalmente obtenida puede ser, sin duda, un elemento importante para la determinación de la verdad. En ese mismo nivel de importancia se puede ubicar el respeto a la propiedad privada. Si es así, ¿por qué no aceptar una prueba ilegal y regular de manera adecuada a las conductas ilícitas de los funcionarios, tal vez mediante programas de capacitación o incluso un régimen disciplinario más eficiente? ¿No podría acaso ser tema objeto de ponderación y decisión consciente de un funcionario aceptar la sanción correspondiente a cambio de atrapar a un peligroso narcotraficante?

Una propuesta de regla es: “Sacrifica un valor epistémico para salvaguardar un valor no epistémico importante, es decir, considerado a nivel de derecho humano, si y sólo si no encuentras una forma alternativa de protegerlo”.

Por otra parte, ya adentrados en el ámbito de los derechos humanos, me permito repetir aquí lo que he defendido en otros foros: considerar que como una condición del disfrute de derechos humanos tales como el derecho a la dignidad o a la libertad se encuentra el derecho humano a una debida deliberación. Es decir, que la declaración de culpabilidad o inocencia de un hombre sea consecuencia de la determinación de la verdad a partir de los constreñimientos impuestos por una correcta normatividad epistémica y un sistema normativo libre de reglas con efectos contraepistémicos.

Visto desde la perspectiva de la filosofía general, la aparente colisión entre valores epistémicos y valores no epistémicos colapsa si adquirimos conciencia de que la determinación de la verdad es una ineludible condición de la justicia.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN, Ronald y LEITER Brian, “Naturalized Epistemology and the Law of Evidence” *Virginia Law Review*, vol. 87, núm. 8, 2001.
- CÁCERES, Enrique, *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

- \_\_\_\_\_, *Justiniano. Un prototipo de sistema experto en materia de derecho humanos, elaborado con base en una concepción constructivista del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- \_\_\_\_\_, *Hacia un modelo de institución nacional para la protección y promoción de los derechos humanos del siglo XXI*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2007.
- \_\_\_\_\_, *Lenguaje y derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- \_\_\_\_\_, “Constructivismo jurídico sociorepresentacional (propuesta para abordar el estudio de la incidencia del derecho en los procesos de construcción social de la realidad)”, *Bases psicológicas del comportamiento jurídico en México*, Cáceres, Enrique y Rodríguez Graciela, ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas- Facultad de Psicología, 2008.
- \_\_\_\_\_, “Psicología y constructivismo jurídico: apuntes para una transición paradigmática interdisciplinaria”, *Violencia social*, Muñóz de Alba, ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- \_\_\_\_\_, “Steps toward a Constructivist and Coherentist Theory of Judicial Reasoning in Civil Law Tradition”, *Law and Neuroscience*, Freeman, Michael ed., UK, Oxford University Press, 2010.
- \_\_\_\_\_, “The Right to a due deliberation, mental models of judicial reasoning and complex systems, (en prensa, Springer).
- CRAIK, Kenneth, *The Nature of Explanation*, UK, Cambridge University Press, 1943.
- CRESTO, Eleonora, A Theory of Evidence for the Legal Context; Uncertain Probabilities, Decisions and Explanations, (Keynote talk), *First Latin American Conference of Legal Epistemology*, Bogotá, Junio 2013.
- GARCÍA, Alfonso, *Modos de significar*, España, Tecnos, 1997.
- GASCÓN, Marina, “Freedom of proof?: El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”. *Estudios sobre la prueba*. México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- GAZZANIGA, Michael, *The Ethical Brain*, USA, Dana Press, 2005.
- GIUDICE, Michael, “Legal Epistemology” en Kaldis, E. (ed). *Encyclopedia of Philosophy and the Social Sciences*. Vol. 12, California, SAGE Publications, 2013.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Argumentación y prueba judicial”, *Estudios sobre la prueba*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

- GRÜN, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- FERRER, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, España, Marcial Pons 2007 (N36).
- \_\_\_\_\_, “La valoración de la prueba”, *Estudios sobre la prueba*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- \_\_\_\_\_, *Prueba y verdad en el derecho*, España, Marcial Pons, 2005.
- FERRER, Jordi et al., *Estudios sobre la prueba*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- HO, Lai, *A philosophy of evidence*, Nueva York, Oxford University Press, 2008
- LAUDAN, Larry, *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, USA, Cambridge University Press, 2006.
- \_\_\_\_\_, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Argentina, Hammurabi, 2011.
- LAUDAN, Larry et. al., *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2010.
- LEITER, Brian, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on Legal Realism and Naturism in Legal Philosophy*, USA, Oxford University Press, 2007.
- MATURANA, Humberto, *La realidad: objetiva o construida*, México, Universidad Iberoamericana-ITESO-Anthropos, 1995.
- MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco, *El árbol del conocimiento: las bases biológicas del conocimiento humano*, España, Debate, 1990.
- PEÑALOSA, Eduardo y CASTAÑEDA, Sandra . “El Análisis Cognitivo de Tareas, Base para el Diseño de Instrumentos de Evaluación en el Aprendizaje en Línea”. *Revista Iberoamericana de Evaluación Educativa*, vol. 2, núm. 1, 2009, <http://www.rinace.net/rie/numeros/vol2-num1/art9.pdf>.
- \_\_\_\_\_, “A Cognitive Model for Learning Assessment.” *International Journal of Continuing Engineering Education and Life-long Learning*, vol. 12, núm. 1-4.
- RESCHER, Nicholas, *Sistematización cognoscitiva*, trad. de Carlos Rafael Ruíz, México, siglo XXI, 1981.
- SAMUEL, Geoffrey, *Epistemology and method in law*, UK, Ashgate publishing, 2003
- SEARLE, John, *Actos de habla; ensayo de filosofía del lenguaje* , trad. de Luis Valdés Villanueva, Madrid, Cátedra, Colección Teorema, 1994
- SIMON, Dan, “A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 71, 2004.

- STEIN Alex, *Foundation of Evidence Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2005
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, 2a. ed., trad. de Jordi Ferrer Beltrán, España, Trotta, 2005.
- \_\_\_\_\_, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal* Argentina, Hammurabi, 2011.
- \_\_\_\_\_, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad. de Daniela Accatino Scagliotti, España, Marcial Pons, 2010.
- VAN MERRIËNBOER, J.J. G., CLARK, R.E., & DE CROOCK, “Blueprints for Complex Learning: The 4C/ID-model”. *Educational Technology, Research and Development*, vol. 50, núm. 2, 2002.
- VARELA, Francisco, *Conocer*, España, Gedisa, 1990.
- VILLA, Vittorio, *Constructivismo y teorías del derecho*, trad. Anna Lucia Coppa, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.