

PRÓLOGO

«Pues amarga la verdad,
quiero echarla de la boca;
y si al alma su hiel toca,
esconderla es necedad»

Francisco de Quevedo
«Es amarga la verdad»,

Durante una buena parte del siglo XX los juristas —llamados en estos lares, dogmáticos— aceptaron una división social del trabajo intelectual: ellos harían el trabajo micro-teórico de organizar intelectualmente la materia normativa (legislativa, judicial, administrativa), mientras los más encumbrados teóricos del Derecho mirarían, con algo de piedad, el trabajo de albañilería de los primeros. La mirada piadosa de los teóricos del Derecho, sin embargo, no solía ser, no suele ser, genuina piedad, sino la soberbia de quien, como el águila majestuosa, lo ve todo desde arriba, con la mejor perspectiva panorámica.

No obstante, los teóricos del Derecho también escondían, como podían, y todavía hoy, como pueden, cierta minusvalía respecto de los juristas dogmáticos. Después de todo, los albañiles conocen mucho más de cerca el material que, en diversas formas, tienden a conformar intelectualmente. Son como esos jefes mayores de obra que, al parecer, saben más que los arquitectos (supongamos, los teóricos del Derecho). Pero, ¿qué significa “saber”? En un cierto sentido, estos juristas dominan mejor una materia que los teóricos generales del Derecho; por ejemplo, digamos que es el caso de los teóricos del Derecho procesal penal. Sin embargo, para los teóricos del Derecho, ese “saber” es demasiado ingenuo, inocente en un sentido epistemológicamente censurable.

Gustavo A. Arocena es el ejemplo de un jurista con inocencia interrumpida, hace mucho tiempo. Y, por eso, su libro no puede tratar de otro modo el tema de “la amarga verdad”. ¿En qué radica la amargura? ¿Cuál es esa verdad que produce amargura? Respondería ambas preguntas del modo que sigue: los juristas, los teóricos del Derecho también, los intelectuales en general, la gente común de modo especial, suelen detestar ser impugnados en sus opiniones, ni qué decir en aquello que parece el resultado lastrado de reflexiones: sus creencias. Hay muchas razones de explicación de psicología ordinaria para sostener esta descripción. Una importante, se me ocurre, aunque desde luego no la única, es que tendemos a identificarnos mucho con ciertas opiniones y creencias. Y esta identificación contiene componentes valorativos. Valoramos mucho preservar esas opiniones. Es como si, en algún sentido, nos fuese la vida en ello. Tememos perder algo, si nuestras opiniones se derrumban. Ni qué decir cuando estas opiniones son de orden político o religioso. Sin embargo, los hombres y mujeres de “integridad” recordados por Gustavo Arocena en su cita del trabajo de Susan Haack, deberían revisar las partes apetitivas y doxásticas de sus almas, si quieren mostrar respeto por la verdad, en el orden personal, en el orden social, o en el orden jurídico. No me parece meramente casual que el libro, en su epígrafe, arranque con esa cita sobre la integridad. Porque, antes que predicar de modo fanático que estamos en posesión de alcanzar alguna verdad, lo que Susan Haack —y también Gustavo A. Arocena cuando hace suya esta reflexión como espíritu y guía hermenéutica de su propio libro— está diciendo es que lo que, primero debemos ver, es qué clase de carácter —epistémico y moral— debemos habituarnos a desarrollar, si profesamos un amor por la verdad. Y hablar de integridad, como diré después, es un modo de referir al carácter como complejo entramado de disposiciones virtuosas. Pero atenuemos la prisa. Avancemos cansinos.

El libro de Arocena parte de una constatación de la historia de la “ciencia” jurídica, a saber: durante buena parte del siglo XX, la preocupación de los juristas, y esto incluye a los teóricos generales del Derecho, se centraba en la premisa mayor del razonamiento jurídico: las normas válidas; en el caso de los jueces, las normas válidas aplicables. Es verdad que también los teóricos, por caso Kelsen, ya mostraban signos evidentes de preocupación empírica, por ejemplo, por el tema crucial de la eficacia de normas; un tema que, lo queramos o no, invita a revisar las supuestas relaciones causales entre cierta clase de existencia de normas y su cumplimiento efectivo. Es además cierto, que poco a poco, los juristas incorporaron otras piezas más “raras” en su colección de normas: a las nor-

mas típicamente regulativas, reunieron el tratamiento, por momentos perplejo, del estatus de las llamadas normas derogatorias, normas de competencia o las definiciones legales. Esto era así en tanto respecto de estas otras entidades normativas ni siquiera era claro que tuvieran algún parecido de familia con las normas regulativas¹.

Transcurrido el tiempo, los juristas empezaron a darse cuenta de una verdad tan obvia hoy para nosotros que todavía no podemos terminar de entender por qué motivo llevó tiempo considerable detectarla. Se trata de la verdad, si se me permite de tipo conceptual, según la cual las normas, dado que pretenden aplicarse a casos, necesitan ser conectadas con hechos acreditados —probados— para que la conclusión práctica o normativa pueda inferirse. Es aquí donde los juristas abrieron sus ojos, de manera virginal, a lo que podría llamarse el “problema de la premisa fáctica”. Mientras el notorio problema de la premisa mayor, la norma, digamos, a secas, se reducía básicamente a cómo obtenerla por procesos intelectuales fiables de atribución de sentido, de significado, la premisa menor, la fáctica, esto es, los hechos del caso que hay que conectar con la norma si se pretende concluir algo, nos enrostraba con la cuestión de su posible o imposible verdad.

Desde siempre, para los filósofos, y para los juristas sensibles a la filosofía, la verdad, propiamente, ha sido uno de los grandes problemas filosóficos. Es aquí, precisamente, donde la obra de Arocena se infiltra para indagar en las raíces del problema. Y al realizar esta indagación, su autor, decidió abandonar la mirada inocente de aquellos juristas que aspiran a conquistar el mundo de las normas solo a partir de transcribirlas, casi como están, o con alguna mejor organización sistemática, a sus manuales de mayor o menor fortuna intelectual. Gustavo A. Arocena, por el contrario, tiende un puente entre el mundo del jurista y el mundo de los teóricos del Derecho, de los filósofos e, inclusive, de los científicos cognitivos. Porque se da cuenta que la verdad es un problema, un punto de partida, no de llegada y un punto de partida que afecta, que atraviesa, el Derecho, de modos bifurcados, cuando no paradójicos.

Justamente, acabo de emplear la metáfora de la bifurcación para sintetizar el hecho de que la obra de Gustavo, con sensibilidad por la naturaleza de los pro-

¹ La obsesión de muchos juristas y filósofos por las normas morales no la menciono en el cuerpo del texto, pues no es algo reciente como los ejemplos indicados. Más bien, es un tema perenne. Siempre, desde los griegos antiguos en adelante, fue una preocupación cómo balancear exigencias normativas contrapuestas de la moralidad y del Derecho.

blemas filosóficos, ubica su pesquisa, su libro, en la yuxtaposición de líneas en tensión. En lo que sigue, me referiré a alguna de ellas, para, finalmente, concluir con algunas sugerencias abiertas que montaré a partir de recovecos de la obra comentada.

Una primera línea de tensión identificada por Gustavo A. Arocena es que, por un lado, el Derecho, presumiblemente, y diría yo, en su mejor lectura "socrática"², tiende a averiguar la verdad de los hechos para, de esa forma, sentar las bases no arbitrarias y garantistas de aplicación de las normas. Empero, por el otro lado, el Derecho está surcado por una compleja red de limitaciones procesales, sustantivas, constitucionales; institucionales, en una palabra. No cualquier prueba vale, no se admite cualquier forma de recolección de pruebas, ni se les permite a los jueces un tiempo imposible, eterno, para averiguar la verdad.

Una segunda línea de tensión, algo vinculada a la de recién, pero con otra especificidad, es que el Derecho no solo simboliza lo mejor de nosotros cuando intentamos domesticar lo salvaje que llevamos dentro, o encarna las más delicadas formas de la razón práctica. Me permitiría decir, inclusive si Gustavo no estuviera de acuerdo, que el Derecho encarna muchas otras cosas. El Derecho puede ser visto como un discurso entramado de poder, como una práctica transida de luchas políticas, más claras, o más opacas. Y el Derecho es, como forma de vida, como extracto de nuestra antropología, una práctica en la que las inferencias que hacemos, las probatorias solo son de una clase específica. Se trata, además, de inferencias cuyo estatus debería poder elucidarse en una malla muy amplia y compleja de (otras) inferencias diversas. Inferencias que, a su vez, pueden combinarse, de modos alambicados, con entidades mentales como los prejuicios, las expectativas racionales (e irracionales) variopintas de los juristas, de la gente de a pie, etcétera. Por ejemplo, Gustavo A. Arocena muestra cómo las llamadas "teorías del caso", o las denominadas ampliamente "estrategias de litigación", entran en liza a competir con el Derecho como práctica encarnada de una supuesta razón práctica angelada. Estas teorías del caso, aquellas estrategias de litigación, ahora comúnmente adoradas bajo la rúbrica del "giro narrativo" del Derecho, entran en tensión con la búsqueda de una verdad objetiva para los hechos ventilados en un proceso. Esto es así porque tales teorías, aque-

² Sintetizable en que es preferible absolver un culpable, que castigar a un inocente. Mi viejo maestro Larry Laudan, no aceptaría de buen grado este enunciado ni sus implicancias. Pero no tengo espacio para discutir sus reparos.

llas estrategias, estos giros narrativos, problematizan aquella visión ingenua según la cual los jueces se enfrentan —purificados de cualquier *idola baconiano*— a unos hechos puros. Más aún, en concomitancia con esa línea de tensión, ocurre aquella otra que confronta el derecho como lugarteniente de la razón imparcial, con el derecho como medio utilizable para “ganar” casos. ¿Es posible conciliar las pretensiones racionalistas de unas teorías de la argumentación con aquellas otras teorías de mayor corte retórico y, en ocasiones, narrativo? ¿Es posible y cómo ensamblar todas estas piezas? ¿Y no será hora, por otra parte, que lo que llamamos con algo de vulgar inquina como “retórica”, bien reconstruida, bajo el perfil de retóricos como Cicerón o Quintiliano, recupere la elocuencia que es necesario para transmitir y motivar a la búsqueda de la verdad?

La tercera línea de tensión, y generalmente con alguna relación con las dos antedichas, es aquella que surge de percatarse que “afirmar que *p* está probado” y que “*p* es verdadero” son cosas analíticamente distintas, y no siempre convergentes. Emerge, así, el tradicional quebradero de cabezas de algunos teóricos del Derecho. Decir que algo está probado, decir que algo es verdadero, parecen enunciados discernibles y, dada cierta índole normativo-institucional del Derecho, se trataría de enunciados en eventual tensión también. La mentada distinción no solo eleva el “monstruo” del escepticismo, razón por la cual, algunos otros preferirán hablar de “falibilismo” y no escepticismo. Ello para precaverse de que, aunque “esté probado” que Dimitri Karamazov mató a su padre, “no es verdad que lo mató”. Desgraciadamente, los jueces, pese a sus ocasionales ínfulas celestiales, como seres que son de carne y hueso, pueden morir pensando que era verdad que Dimitri mató a su padre, o dudarlo y callarlo por vergüenza o miedo a un juicio político. Esta última observación, de tipo existencial, marca algún rasgo del Derecho en tanto práctica de poder³.

La cuarta línea de tensión, de nuevo, ligada en forma natural a la anterior, es que algunos juristas inventaron la diferencia entre una verdad “formal” y una “sustancial”, la primera, de los procesos civiles, cuando estos no eran orales, y la sustancial reservada para procesos penales adversariales. Una distinción mal

³ “Poder” es una expresión tan amplia como compleja, cuyas dimensiones no puedo analizar en este contexto. La voluntad de poder es un problema para el Derecho porque la discusión, en términos de filosofía política, es bajo qué condiciones aceptaríamos que tal voluntad es legítima, no meramente una voluntad recubierta de confetis de legalidad. Dicho de forma más directa: en qué términos pensables dicha voluntad no es una enmascarada expresión de la voluntad de unos pocos de dominar opresivamente a otros.

planteada. Pero de los errores de planteo, pueden surgir datos interesantes. Aunque la noción de verdad, idealmente, sea una, y no quepa, en lo que a la verdad concierne, hablar de formal como opuesto a sustancial, en el fondo es como si, mirada caritativamente la distinción, los juristas estuviesen presuponiendo una concepción coherentista de la verdad, *versus* una concepción correspondentista. Y es respecto de una concepción como la correspondentista que Arocena, como cuestión de fe, o sí, soy más neutral, como cuestión lógica, adopta como axioma del cual partir en su libro. O sea, después de todo, Gustavo no es un escéptico epistémico. Cree, aunque decide no argumentarlo, que la realidad empírica externa existe y que cualquier enunciado es verdadero si y sólo si capta correctamente esa realidad externa. Sin embargo, no vayamos tan de prisa. En algún pasaje de la obra, Gustavo desliza una cierta simpatía con lo que decide estipulativamente llamar —por analogía con el realismo jurídico escandinavo o americano— “realismo procesal”. Se trata de un nombre que indicaría algo que parece muy obvio: las pruebas —como las normas tampoco— se aplican por sí solas. Son hombres, aunque sean hombres en toga, los que lo hacen. Y estos hombres, elevados por los sistemas normativos a figura de espectadores imparciales, o sea, a emisores de enunciados desde la perspectiva de la tercera persona, tienen, no siempre, pero por lo general supondré que sí, una perspectiva de primera persona. Esto no es ni más ni menos que tratar a los jueces como agentes, como “sujetos”, como seres revestidos de una subjetividad. Y esa subjetividad percibe, intuye, selecciona aspectos de una realidad, toma decisiones procesales, etcétera, afectando, para bien o para mal, lo que quepa considerarse verdadero —desde la perspectiva de la tercera persona— respecto de unos hechos. Por supuesto, a la tensión entre la perspectiva de la tercera y primera persona, se podría añadir, la de la segunda: el proceso, como práctica adversarial, supone el choque de enunciados, narraciones, historias, descripciones, pruebas, amagues retóricos, elocuencias bien planteadas, fundamentos argumentales mejores o peores. Así, con Donald Davidson, quisiera decir que el Derecho, como práctica, entrecruza lo subjetivo (la primera persona), lo objetivo (la tercera persona) y lo intersubjetivo (la segunda persona). Cómo equilibrar estos tres puntos en una línea que nos devuelva una imagen coherente del Derecho es parte medular del problema. Y digo que es parte del problema, volviendo así a aquellas características complejas del Derecho como modo de vida, como práctica social, y no solo como laboratorio higiénico donde los lógicos o teóricos del Derecho plantean inferencias desligadas de dicha complejidad etnográfica. Al hablar de este modo, parece que cuelo en el texto de Arocena una suerte de relativismo episte-

mológico. O sea, una forma de decir que las verdades de los procesos son “relativas”. Y podría terminar aquí mi prólogo enlazando esta observación con aquella otra presunta simpatía del autor por el realismo procesal. Sin embargo, no es la meta de Gustavo A. Arocena defender, incluso a riesgo de contradicción performativa, una forma larvaria de escepticismo y relativismo en materia de verdad procesal. Por el contrario, creo que Gustavo lo que hace es posicionarse en las líneas de tensión, en las yuxtaposiciones problemáticas comentadas, para después hacer, como una suerte de filósofo que busca el equilibrio reflexivo entre opciones opuestas, la mejor versión posible sobre el asunto.

Es cierto que el Derecho no es una mera filigrana de razones puras e inferencias lógicas limpias. El Derecho contemporáneo, por ejemplo, conectado de diversas formas con las corporaciones mediáticas, y en momentos álgidos, tan vinculado carnalmente con poderes políticos, parece ser más que la cuna de la verdad, una inagotable usina de posverdades. Un término adoptado, por lo general, para hablar de la tentación a guiarse por emociones poco educadas, que por los hechos tal como son. Aunque Gustavo deplora el fenómeno de la posverdad, y fustiga a la posmodernidad como líquida, yo, algo más cauto, creo que los filósofos posmodernos, como Gianni Vattimo, o Michel Foucault, lo que hacen es mostrarnos el modo complejo en que las subjetividades tejen y destejen parte de la realidad. Y en ese tejido hay temas de poder, y concretamente de política que deben ser examinados con más pausa. Pienso sinceramente que es un enorme error de algunos filósofos analíticos del Derecho haber dejado que cuestiones de esta índole, usualmente agrupadas bajo la palabra “ideología”, hayan quedado—de manera preferente—en manos de una vilipendiada—por estos analíticos— subclase de filósofo del Derecho llamado “crítico”. Y es un error porque estos filósofos no se han interrogado más a fondo el modo en que esta palabra compleja enriquece y complica el análisis conceptual del Derecho como fenómeno social y del poder. Más aún, es un error por razones metodológicas que, curiosamente, pasan como un elegante por la nariz de esta peculiar clase de analítico ignorante, a saber: la filosofía analítica es un método de análisis y no desechada como material de descarte subalterno para escuelas filosóficas rivales como la de los llamados “críticos”⁴.

⁴ Sin quedar claro, desgraciadamente en dicho descarte, que la palabra “crítico” puede aludir a tradiciones tan diversas como la kantiana, la hegeliana, la frankfurtiana, o la

Pero decía que Gustavo, bien leído, no es escéptico ni relativista. Las dosis de escepticismo o relativismo que él desliza constituyen maneras—creo que apropiadas— de dejarse conducir por la naturalidad de los argumentos que le van saliendo al paso. Y estos argumentos indican que hay que balancear, de algún modo, líneas de tensión. Por caso, acordemos que la lectura socrática nos conduce a afirmar que una meta del Derecho es la averiguación de la verdad. Empero, esa meta no fricciona en el vacío sino en una compleja maquinaria institucional, de hombres revestidos de subjetividad, y de anhelos de poder, tal como se ha dicho ya. Quiero defender aquí que un resultado parcial del balance, o equilibrio reflexivo, realizado por Gustavo Arocena es, entonces, el siguiente: más que hablar de verdad relativa, debemos hablar del esfuerzo—y aquí se cuele su idea de integridad— por “aproximarnos” a la verdad. Pero, ¿qué significa “aproximarse” a la verdad de algo? ¿Tolera el Derecho, visto como un todo, una noción asintótica como la que estaría de algún modo presupuesta en la palabra “aproximación”? Me gustaría decir dos cosas al respecto.

Primero, es muy común ver que, para los juristas, inclusive Gustavo comparte el credo, los razonamientos judiciales son idealizados bajo las formas primitivas del silogismo. Sin embargo, como lo vio Aristóteles, si confrontamos sus *Tópicos* con sus *Analíticos posteriores*, hay dos clases más o menos discernibles de silogismo: los deductivos clásicos y los dialécticos. Cierta comodidad de los juristas hace, de manera poco profunda muchas veces, que presenten como silogismos deductivos razonamientos como los de los jueces que están más cerca de ser dialécticos. Una diferencia entre ambos silogismos es que en los deductivos las premisas son verdaderas, pero en los segundos son discutibles. Y a mí me parece que lo segundo describe mejor al Derecho procesal. Si las premisas fueran verdades fácilmente obtenibles, los silogismos de los jueces serían demostraciones científicas siempre. Pero esto dista de ser cierto. Los procesos adversariales parecen más cercanos a la disputa dialéctica que tiene, como Aristóteles mostró en *Tópicos*, su propia metodología.

El segundo aspecto para mencionar pone de resalto otra línea de tensión insinuada por el propio Gustavo, pero no explotada en su texto hasta sus máximas consecuencias. Si la premisa mayor suele ser transportada a razonamientos de tipo deductivo, las premisas menores, las que hay que probar factualmente, pa-

marxiana. Y no solo a la mezcolanza, buena o mala, de tendencias filosóficas, como la practicada por autores como Duncan Kennedy.

recen próximas al razonamiento inductivo y las inferencias probabilísticas. Surgen así dos problemas conceptuales, en mi opinión. El primero es cómo combinar dos flujos lógicos rivales: la deducción normativa con la inducción fáctica. El segundo es cómo compatibilizar el ideal de un *Rule of Law* fuerte, aherrojado en garantías, y en ideales de igualdad y seguridad jurídicas, si la conclusión del silogismo judicial, en el fondo, “no elimina alternativas”. Una deducción elimina alternativas. La conclusión deductiva es monotónica, necesaria, satisface leyes como el *modus ponens*. Pero una inducción no elimina alternativas. No eliminarlas es equivalente conceptualmente, en cierto sentido, a la idea de Gustavo de “aproximación” a la verdad. Pero, entonces, ¿condenamos sujetos de modo aproximado, es decir, con conclusiones prácticas sobre sus vidas que no eliminan la posibilidad del error dañino? Y que hay errores lo sabemos. Como el propio Gustavo indica, de la mano de psicólogos cognitivos, cada vez conocemos mejor los sesgos que distorsionan el conocimiento proposicional, y no proposicional de los jueces, y el modo en que sus intuiciones y percepciones captan o no, fiablemente o no, hechos del mundo a probar. A propósito de esta última afirmación, quisiera decir al paso, que los juristas y teóricos generales del Derecho que se toman más en serio los problemas de filosofía de la mente, y ciencias cognitivas, siguen dejando a un lado temas como la percepción y su ínsita complejidad. De a poco, por suerte, cuestiones como la justicia del testimonio, y tópicos de injusticia epistémica en general, van metiéndose por las ventanas de las oficinas de los juristas, a menudo algo burocráticas en lo que a pensar a fondo se refiere.

Pero este prólogo comienza a hacerse demasiado largo para mi gusto presente. Y por eso deseo ir cerrando. Al comienzo del mismo, resaltaba el acierto de la cita que hace Arocena de Haack y su ponderación de la integridad. Más que un libro sobre la verdad, más que un libro de epistemología jurídica, el libro de Gustavo parece un libro de ética jurídica. Porque es un libro sobre cómo, advertidos de las complejidades del mundo del Derecho, continuar embarcados en la búsqueda de la verdad. Pero más que la verdad, como producto, le interesa a Gustavo cierta “integridad” en el proceso de buscarla. Como insinué en las primeras líneas, la integridad es otro nombre para el carácter. Para Aristóteles, a quien me permito traer libremente otra vez a este prólogo, el carácter es bueno si es virtuoso. La integridad es otro nombre para la virtud. Las virtudes pueden ser dianoéticas (epistémicas, o intelectuales) y morales. Me da la impresión de que unas notas a pie de página de esta importante obra de Arocena apuntan a temas epistémicos entrelazados con temas éticos. ¿Qué debería hacer el

buen juez, el juez de carácter íntegro, si quiere, al menos, que sus enunciados fácticos no sean groseramente falsos, o irrazonablemente erróneos? Esta es una pregunta de epistemología moral. Y algún día llegará en que, así como las ciencias cognitivas dicen cosas interesantes al jurista, la teoría del conocimiento, y la ética, ayuden a reconstruir, por lo menos idealmente, qué clase de carácter nos enorgullecería alabar en los jueces. Decir carácter, empero, no es eliminar del mapa concepciones basadas en la responsabilidad de los jueces con fundamento en reglas, o menoscabar la relevancia de algunos juicios de tipo utilitario como cuando decimos que el juez *S* logró maximizar un *stock* de verdades *X* en el proceso *P*. Con todo, cuán posible y necesario sea combinar una epistemología de virtudes, con una de responsabilidad basada en reglas y/o con razonamientos consecuencialistas sobre la prueba y la verdad judiciales, remite a una pregunta que ya no puedo responder aquí.

GUILLERMO LARIGUET

Córdoba, otoño, en el año de la Peste de escala planetaria