
DISCUSIONES 24

1 - 2020

PRUEBA PERICIAL LA VALORACIÓN JUDICIAL DEL TESTIMONIO EXPERTO



EDITORIAL
DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL DEL SUR

Director

Federico José Arena (Conicet, Argentina)

Secretaría de redacción

Daniela Domeniconi y Samanta Funes (Universidad Nacional de Córdoba)

Comité Científico

Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Pierluigi Chiassoni (Università di Génova, Italia)

José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Francisca Pou Giménez (ITAM, México)

Susanna Pozzolo (Università di Brescia, Italia)

Cristina Redondo (Conicet, Argentina)

Consejo Editorial

Juan Cumiz (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Sofía Pezzano (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Natalia Scavuzzo (Università di Genova, Italia)

Valeria Trotti (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

*Editores de sección**Discusiones: Cortes.*

Flavia Carbonell (Universidad de Chile)

Carolina Vergel (Universidad Externado de Colombia)

Discusiones: Libros.

Lorena Ramírez (Universidad Pompeu Fabra, España)

Janaina Roland Matida (Universidad Alberto Hurtado, Chile)

Discusiones: Balance

Diego Dei Vecchi (Universidad de Girona, España)

Laura Manrique (Conicet, Argentina)

DIRECCIÓN POSTAL

Avda. Colón 50, planta alta, Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, CP B8000HZK, Argentina.

DIAGRAMACIÓN:

Fabían Luzi

DISCUSIONES 24

1-2020

PRUEBA PERICIAL

LA VALORACIÓN JUDICIAL DEL TESTIMONIO EXPERTO



VALERIA TROTTI

(Editora)

ÍNDICE

SECCIÓN I: DISCUSIÓN

- Pericia, razonamiento probatorio y diseño institucional. *Expert Evidence, Evidential Reasoning and Institutional Design* 7
VALERIA TROTTI (*Universidad Nacional de Córdoba, Argentina*)
- El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial. *The Institutional Design of Expert Evidence. Remarks on the Inferential Reasoning of Experts and Judicial Comprehension* 29
CARMEN VÁZQUEZ (*Universitat de Girona, España*)
- Comunidad y contexto epistémico en la prueba pericial. *Epistemic Context and Community in Expert Evidence* 61
FLORENCIA RIMOLDI (*Instituto de Investigaciones filosóficas, UNAM, México*)
- Ni educación, ni deferencia ciega. Hacia un modelo crítico para la valoración de la prueba pericial. *Neither Education, nor Blind Deference: Towards a Critical Model for the Assessment of Expert Evidence* 87
RACHEL HERDY (*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*)
- La división del trabajo cognitivo en la prueba pericial: el juez, las partes, los peritos y las comunidades expertas. *The Division of Cognitive Labor in Expert Evidence: Judges, Parties, Experts and Their Communities* 113
CARMEN VÁZQUEZ (*Universitat de Girona, España*)

SECCIÓN II: **DISCUSIONES: CORTES**

- La moderación judicial como legado constitucional autoritario: el Supremo Tribunal Federal brasileño y las facultades legislativas presidenciales. *Judicial Restraint as an Authoritarian Constitutional Legacy: the Brazilian Supreme Court and Presidential Lawmaking Powers* 143
DIEGO WERNECK ARGUELHES (*Inspere, San Pablo, Brasil*)

SECCIÓN III: **DISCUSIONES: LIBROS**

- Política y autoridad en Bernard Williams. *Politics and Authority in Bernard Williams* 179
PAU LUQUE (*Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México*)

SECCIÓN IV: **BALANCE DE UNA DISCUSIÓN**

- Balance de “¿Cómo fundar una comunidad después del crimen?”. *Review of the Discussion “How to Found a Community After Crime?”* 209
CAROLINA FERNÁNDEZ BLANCO (*Universitat de Girona, España*)
- Instrucciones para las/os autoras/es..... 239

Sección I

DISCUSIÓN

Pericia, razonamiento probatorio y diseño institucional

*Expert Evidence, Evidential Reasoning and
Institutional Design*

Valeria Trotti*

Recepción y evaluación de propuesta: 06/05/2018

Aceptación: 10/06/2018

Recepción y aceptación final: 16/06/2020

Resumen: Este artículo consiste en la presentación del debate entablado entre Carmen Vázquez, Florencia Rimoldi y Rachel Herdy acerca de ciertos modelos de justificación de la prueba pericial. Sobre las bases que estos modelos arrojen, es posible evaluar las herramientas procesales a legislar y el tipo de práctica que cabe emprender respecto de este tipo de prueba en el contexto del proceso judicial. Al final, plantearé algunas reflexiones pendientes sobre esos puntos.

Palabras clave: Justificación de la prueba pericial, diseños institucionales, contexto procesal.

Abstract: This paper consists in an introduction to the debate between Carmen Vázquez, Florencia Rimoldi and Rachel Herdy about different models for the justification of expert evidence. Based on these models' grounds, it is possible to assess which procedural tools should be enacted by the legislator and the type of practice that must be implemented regarding this type of

* Magíster en Derecho y Argumentación, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina y Magíster en Razonamiento Probatorio, Universidades de Girona, España y Génova, Italia. Correo electrónico: valetrotti@hotmail.com.

evidence, in the context of the judicial process. By way of a conclusion, I will point out some pending reflections regarding these points.

Keywords: Expert evidence justification, institutional design, procedural context.

1. Introducción

Bajo un paradigma de racionalidad,¹ una heterogénea comunidad de juristas, filósofos/as, epistemólogos/as y sociólogos/as han elaborado numerosos trabajos sobre los hechos y la prueba en contextos jurídicos. La transversalidad de sus enfoques referidos a estas áreas del conocimiento jurídico ha puesto en debate muchos presupuestos teóricos y normativos que inciden en los sistemas jurídicos y sus prácticas. Actualmente, estos debates presentan nuevos bríos y se orientan a renovar diseños institucionales.

Este número de Discusiones es una muestra a menor escala del trabajo de esa comunidad. A partir de un modelo de comprensión de los elementos que componen el razonamiento pericial, Carmen Vázquez propone un diseño institucional de la prueba pericial que supone la disposición en conjunto de herramientas procesales y la fijación de pautas para la gestión de su práctica. A su criterio, un diseño como este permitirá a los tribunales y a las partes lidiar de mejor manera con el conocimiento experto que producen peritos/as en el proceso. A continuación, Florencia Rimoldi y Rachel Herdy analizan su texto ancladas en modelos de justificación epistémica y normativa, parcial o totalmente, diferente al propuesto por Vázquez. Luego de un contradictorio en diferido, esta última puntualiza y amplía ciertos aspectos de su intervención inicial, especialmente, los referidos a los presupuestos que apoyan su modelo.

Un repaso de textos anteriores de esta autora —y otros que rodean la discusión— muestra al menos tres puntos básicos que operan explícita o implícitamente en este intercambio de opiniones en particular. Uno, la

¹ Aunque todavía impreciso, este paradigma agrupa a una serie de estudios sobre la prueba y los hechos en contextos procesales (Accatino, 2019); una recopilación de las teorías epistemológicas que lo integran, pero a partir de diferentes criterios metodológicos (Marrero, 2015).

importancia de precisar teóricamente el concepto de testimonio experto que subyace en la prueba pericial. Dos, la directiva de institucionalizar ese concepto a partir de las bases epistémicas adecuadas que guían el testimonio experto. Tres, la observación que metodológicamente el debate normativo se asienta en los dos primeros.

En lo sustancial, presentaré al lector o lectora un mapa de la discusión que encontrará sobre estas cuestiones.² Al final, plantearé algunas deudas que quedan pendientes de reflexión para el futuro. En cuanto al mapa, lo que diga al respecto —e incluso más allá de mis propios errores en su formulación— siempre será limitado. Una adecuada comprensión de las ideas de las autoras exige continuar con la más estimulante lectura de las páginas que siguen.

2. Breves notas sobre la justificación racional de la prueba de los hechos en la decisión judicial

En parte, el debate sostenido en esta ocasión pone en cuestión los modelos que deben guiar la justificación racional de la inferencia probatoria contenida en la pericia y que integra el razonamiento probatorio en que se apoya la decisión que resuelve un caso judicial. Una muy breve reseña de las estructuras teóricas y normativas que subyacen a la valoración racional de esa inferencia y la juzgan,³ por un lado, pone en contexto este objeto de

² Resulta una casualidad inusual que estos trabajos salgan a la luz mientras transitamos una pandemia producida por el contagio masivo del virus denominado SARS-CoV-2 que causa la enfermedad infecciosa COVID-19. Esta pandemia nos ha exigido en diversos ámbitos institucionales, sociales y personales tomar decisiones apoyadas, especialmente, en los testimonios de expertos/as. Si bien, como veremos, las autoras han delimitado el debate de la valoración del testimonio experto al contexto judicial, muchos de sus argumentos y conclusiones podrían pensarse respecto de otros contextos decisionales.

³ Más allá de los heterogéneos debates que se libran en orden a las cuestiones que involucra afirmar que un hecho ha sido probado, existe cierto acuerdo terminológico y conceptual que resulta útil para esta presentación. Textos elementales sobre estos debates y acuerdos son, entre otros, Gascón Abellán, 2004; Ferrer, 2005, 2007, 2018; González Lagier, 2018; Bayón, 2009; Dei Vecchi, 2020.

análisis. Pero, por otro, permitirá luego identificar ciertas líneas de trabajo que pueden complementar estos estudios u orientar otros en el futuro.

En este orden, y en cualquier caso, la justificación referida a la prueba de los hechos debe revisarse bajo la idea de que esa tarea coloca a quienes la juzgan en un contexto de incertidumbre insuprimible y, por ello, sus enunciados son falibles indefectiblemente. Sin embargo, esa justificación adquiere diferentes matices según qué tipo de decisión esté en juego, quién la formule y en qué tiempo. Esto particularmente porque, en el marco de un proceso judicial, las probabilidades de acierto de la decisión judicial sobre los hechos del caso se reducen dadas ciertas reglas sobre la prueba⁴ y vista la limitación temporal que impone la resolución institucionalizada del conflicto en un lapso determinado.

Ahora bien, la justificación del enunciado que refiere un determinado hecho (*p*) como parte de la premisa fáctica del silogismo lógico de la decisión judicial final resulta de la aceptación o no de que “*p* está probado”. “Está probado que *p*” es un enunciado cuya corrección resulta, a su vez, del razonamiento probatorio en el que se apoya. Esa corrección del razonamiento probatorio, finalmente, depende del tipo de razones que lo integran.

Bajo los sistemas de valoración racional o sana crítica racional,⁵ estas razones son de dos tipos: explicativas o epistémicas y morales o políticas. En un sentido muy básico, las razones morales o políticas determinan si

⁴ Estas reglas dependen del sentido que se asigne a la expresión prueba. Una distinción ya clásica es entender a la prueba como medio, actividad o resultado (Gascón Abellán, 2004, pp. 84-85; Ferrer Beltrán, 2005, pp. 39-43). Ferrer Beltrán identifica tres tipos de reglas sobre la prueba de acuerdo a esos diferentes significados; según esa identificación, analiza en qué medida esas reglas pueden favorecer o no a la averiguación de la verdad que actúa como uno de los objetivos institucionales del proceso (Ferrer Beltrán, 2005, pp. 40-48, y 2007, pp. 35/36).

⁵ La idea de valoración judicial de la prueba tiene cabida cuando el razonamiento probatorio se estructura mediante una inferencia probatoria empírica según la cual los enunciados de los hechos a probar (o hipótesis) y los elementos de juicio o datos probatorios se correlacionan mediante una conexión o enlace empírico. Otros tipos de enlaces que definen otros tipos de inferencias pueden ser normativos (*i. e.* las presunciones de fuente legal o jurisprudencial) y conceptuales (*i. e.* aquellos que dependen de una definición o relación conceptual), ver González Lagier (2018). Ambos se dejan de lado aquí pues, en definitiva, los elementos de juicio que arrojan las pruebas periciales resultan premisas de las inferencias probatorias empíricas.

las pruebas valoradas (mediante razones epistémicas) en un caso judicial son suficientes para dar por probada una hipótesis y si la distribución de riesgos de error (falsos positivos o negativos) es adecuada. El juicio sobre cuya base se define esa suficiencia probatoria es lo que ampliamente se conoce como estándar de prueba.

Las razones explicativas o epistémicas resultan del uso de criterios propios de la epistemología jurídica. A través de estos criterios es posible evaluar la solidez de los indicios o elementos de juicio según los cuales se avalan o corroboran los hechos a probar o hipótesis afirmadas en el enunciado probatorio.

Más en detalle, la solidez de las premisas de este tipo de inferencia probatoria depende de la revisión de cada uno de sus elementos (*i. e.*, datos probatorios, generalizaciones y hechos a probar). En la inferencia probatoria epistémica, los elementos de juicios se conectan con el hecho a probar mediante un enlace empírico, esto es, mediante un enlace que se identifica con reglas o máximas de experiencias o, más técnicamente, generalizaciones basadas en el conocimiento *científico* o en el sentido común o la experiencia. Finalmente, ese enlace encuentra apoyo en un determinado respaldo o fundamento (González Lagier, 2018).

La identificación y relevancia teórica y normativa de estas distinciones, además, debe evaluarse según se siga una estructura del razonamiento probatorio orientada a partir de concepciones normativas holistas o atomistas del objeto de prueba y de las razones de prueba.⁶ *Grosso modo*, en cualquier caso, el modelo holista atiende especialmente a criterios de coherencia en la definición de la mejor hipótesis probada; en cambio, el modelo atomista, en versiones modernas del *chart method* presentado por Wigmore, categoriza y distingue analíticamente los hechos del caso a probar como *probandum* final (*i. e.*, premisa menor del silogismo judicial), penúltima o intermedia,

⁶ En su reconstrucción de la discusión holismo/atomismo como modelos que inciden en el razonamiento probatorio, Accatino individualiza diferentes sentidos sobre los cuales es posible afirmar, según cada modelo, que se tiene “una concepción (o un conjunto de tesis acerca) del razonamiento probatorio”. Con esas ideas, entiende que la definición de una concepción normativa de la justificación probatoria exige distinguir entre los momentos del razonamiento probatorio, sus perspectivas (*i. e.* descriptivas o normativas) y si a través de él se trata del objeto de la prueba (*probandum*) o de razones probatorias (*probans*) (Accatino, 2014).

a fin de revisar la fuerza de las inferencias probatorias que integran gráficamente la cadena de razonamientos probatorios, pues todas ellas son fuentes potenciales de incertidumbres (Anderson, Schum y Twining, 2015, p. 96).

Por su parte, es relevante distinguir ciertas relaciones entre los sujetos y momentos procesales que operan en el contexto procesal y condicionan la justificación del enunciado probatorio tal como fue expuesto. Estas relaciones, a diferencia de lo anterior, transitan más explícitamente los artículos de Vázquez y los comentarios expuestos por Rimoldi y Herdy.

En efecto, las inferencias probatorias que integran el razonamiento probatorio pueden ser elaboradas por quienes producen la prueba (en la literatura procesal, los órganos de prueba), quienes alegan sobre ellas en razón de sus pretensiones en el juicio (las partes) o quienes deciden finalmente esos casos (los tribunales integrados por jurados o no). Además, estas inferencias se constituyen en el proceso a través de diferentes pruebas que son evaluadas según los momentos procesales que atraviesan (*i. e.*, admisión, práctica y valoración).

Finalmente, el razonamiento probatorio puede integrarse por más de una inferencia probatoria según sea que ellas se refieran a la prueba no del enunciado probatorio (“está probado que p”) sino de los elementos de juicio (o indicios) que configuran premisas de ese razonamiento, como se indicó antes. Cuando estas inferencias probatorias son configuradas a partir de las diferentes variantes de personas procesales y momentos en el marco de la prueba pericial, se la denominará como *inferencia probatoria pericial*. La combinación de esos elementos lleva a que la inferencia probatoria pericial pueda ser formulada por los/as expertos/as, las partes o los tribunales durante la admisión, práctica y valoración.

Esto pone en escena que constituye un problema sumamente complejo conceptualizar y justificar las acciones tomadas por quienes participan en el proceso, especialmente el juez o jueza, vinculadas con el tratamiento de la información probatoria —y otra que la complementa— contenida en esa inferencia y que conducen y definen respectivamente estos sujetos del proceso en sus diversos tiempos. Pero no debe perderse de vista que tales propósitos no deberían ir muy lejos de los presupuestos teóricos y normativos que rigen la justificación del enunciado probatorio.

3. Dificultades y errores en el diseño institucional de la prueba pericial

Ambos artículos de Carmen Vázquez, el inicial y el final, ofrecen una propuesta de trabajo que intenta dar cuenta de las complejidades resaltadas.

En ese sentido, afirma que una decisión judicial —que se apoye en este tipo de prueba— será racional si hubo una adecuada comprensión de las inferencias probatorias periciales. Esa comprensión debe alcanzar prioritariamente los elementos que la conforman, en sus palabras, las generalizaciones expertas, la identificación de los datos relevantes del caso y las relaciones entre estos enunciados. El resultado de esta comprensión resulta una condición necesaria para un adecuado control de la fiabilidad de la evidencia aportada a través de la pericia. De tal estado de cosas se sigue una exigencia suplementaria de *lege ferenda* —o, al menos, de *sententia ferenda*— de identificar, diseñar o rediseñar sistemas normativos que integren herramientas procesales cuyo objeto sea optimizar ese control. De igual modo, considera relevante el manejo y disposición de la información que peritos/as, partes y tribunales posean y sobre la cual versará la pericia.

Su interés por examinar estas cuestiones resulta especialmente de la deficiente regulación que los sistemas jurídicos —en particular, el continental— han dado a la admisión, pero especialmente a la práctica y a la valoración de la prueba pericial. Una muestra de esto la observa en numerosos incentivos procesales que disimulan en todos estos tramos una inadecuada deferencia a los argumentos y conclusiones de los/las peritos/as. Estos incentivos son producto de sistemas jurídicos que prevén medidas de control que no hacen foco en la fiabilidad de la inferencia probatoria pericial sino en la justificación que se encuentra *fuera* de ella.⁷

Estos defectos de los sistemas jurídicos y sus prácticas —esto es, deferencia e incentivos a la deferencia— llevan a Vázquez a presentar una propuesta normativa para resolver estas cuestiones. La revisión de este estado de cosas,

⁷ En su descripción crítica de estos incentivos, Vázquez identifica que los/las jueces/zas cuentan con, o se hacen de, herramientas para admitir, practicar y valorar esta prueba a partir de condiciones referidas a quien realiza la pericia, a pautas formales de los informes periciales (como son la completitud o no contradicción) o al carácter científico o no del objeto pericial, entre otras.

en cambio, puede variar si se siguen modelos teóricos y normativos alternativos a esta prueba como los que oponen Florencia Rimoldi y Rachel Herdy.

Ambas autoras no objetan que sea un punto de interés de los sistemas jurídicos actuales perfilar nuevos diseños institucionales de la prueba pericial o, con más consenso, reforzar los ya existentes. Con acuerdos y desacuerdos de distinto tipo y alcance, reexaminan los “defectos” que identifica Vázquez como tales a partir del contraste que existe entre los presupuestos teórico-epistémicos que ella asume inicialmente y los que consideran adecuados sus comentaristas. Una peculiaridad, que se observa con matices, resulta de la falta de discusión por parte de las comentaristas de las propuestas de Vázquez para incorporar en conjunto a las legislaciones herramientas procesales y acerca de las gestiones que le caben a la práctica de la prueba pericial.

Esa ausencia debería revelar o que los desacuerdos no son genuinos — lo que es difícil de demostrar—, o que existen diferencias sobre esos puntos simplemente omitidas o no desarrolladas suficientemente por límites de espacio y tiempo.

4. Sobre los modelos de justificación de la inferencia probatoria pericial

Las autoras acuerdan en que es diferente que el juez o jueza *posea* información pericial a que la *comprenda*. Desacuerdan, en cambio, sobre qué deben comprender, cómo o cuánto.⁸ Inicialmente, Carmen Vázquez apoya su propuesta normativa en el rechazo de los presupuestos teóricos seguidos por el paternalismo epistémico de Goldman (1991) respecto de la capacidad cognitiva de quienes juzgan y deciden los casos (jueces/zas o jurados/as). Dicho apoyo también se sostiene en elementos propios de la episte-

⁸ Aunque no es del todo claro de qué modo —conceptual o normativamente— inciden esos desacuerdos en los elementos de la inferencia probatoria pericial; ello, particularmente, vistas las configuraciones que modelos atomistas u holistas de la justificación de la decisión judicial traen a colación en orden a los datos probatorios y razones probatorias.

mología del testimonio dado que así se trasmite el conocimiento experto en el contexto judicial.

La autora entiende que si, como el paternalismo epistémico afirma, quienes deciden muestran defectos cognitivos sistemáticos que les impiden evaluar la calidad de la inferencia probatoria pericial, entonces corresponde revisar la decisión política de mantenerlos en esa función. Así, resulta un sinsentido *desconfiar* de su comprensión, pero *confiar* de su decisión.

Según Vázquez, no es claro que estos defectos cognitivos se sustenten en estudios empíricos que justifiquen su consideración.⁹ En cambio, el estado actual de los sistemas de tradición continental revela que la práctica judicial alrededor de la prueba pericial —por disposición, por contexto o por inadecuada formación universitaria— se asienta en errores e incentivos que llevan a quienes deciden a desvincularse de una mejor valoración de su contenido. A la par de ello, tampoco los sistemas jurídicos actuales —o criterios jurisprudenciales— prevén soluciones para las complejidades propias de este tipo de prueba.

Lo dicho evidencia la necesidad de *educar*, especialmente, a los/as jueces/zas para un mayor y mejor acercamiento al conocimiento experto y diseñar o modificar los sistemas jurídicos mediante ciertas herramientas procesales que favorezcan su comprensión. Dirigir su propuesta a la formación de jueces/zas, según dice luego, es más sencillo que hacerlo respecto de jurados/as que intervienen esporádicamente en la administración de justicia, a la par que ya existen recursos destinados a esos efectos para los/as primeros/as.¹⁰

En adición, Vázquez refiere que el conocimiento experto se trasmite mediante el testimonio del experto en el contexto judicial. Allí, el/la perito/a y el/la juez/a son agentes epistémicos con diferentes roles, el primero

⁹ En cierto sentido, de hecho, en su trabajo final desalienta el uso de estudios empíricos para revisar esta cuestión o, al menos, entiende que su uso debe ser muy cuidadoso teniendo en miras el contexto en el que se producen y sus objetivos. Y más directamente sostiene que no observa en las réplicas a su trabajo algún estudio que dé cuenta de la (in)capacidad de los jueces para comprender el razonamiento pericial.

¹⁰ Vale apuntar que la decisión política de quien debe juzgar los hechos no solo depende de una cuestión epistémica, sino también valorativa. Y en ello, el desplazamiento de los jurados puede resultar una dificultad suplementaria.

actúa como hablante que transmite información, el segundo como su audiencia. Ese contexto facilita la incorporación de elementos para delimitar, hacer circular y comprender la información que es relevante. Esto, otra vez, es importante pues el juez o jueza debe ofrecer *sus propias* razones para coincidir, o no, con las afirmaciones formuladas en el razonamiento inferencial contenido en la pericia.

En sus réplicas, añadirá que el contexto judicial en que todo esto ocurre, y que debe considerarse para analizar ese intercambio de información, es más amplio pues también concurre la acción cooperativa —no como *comunidad*— de las partes y las comunidades expertas. Ello, además, debe analizarse bajo la idea de división del trabajo cognitivo de quienes intervinen en el proceso como agentes cognitivos.

Florencia Rimoldi y Rachel Herdy revisaron estas ideas y delimitaron aspectos relevantes que consideran discutibles. En el marco de esta comunidad epistémica dispuesta a baja escala, sus comentarios resultan atractivos porque han sido elaborados desde perspectivas y criterios metodológicos diferentes, a pesar de lo cual encuentran puntos de contacto. Pero también su diverso tránsito, inicial o más avanzado, renueva y profundiza el debate en la discusión acerca de los modelos de justificación de la prueba pericial enmarcados en los paradigmas de la educación o la deferencia.

Las tres rechazan los extremos que pueden tener lugar dado el tipo de relaciones que existen en el intercambio epistémico entre jueces/zas y peritos/as. Así, niegan que sean pares epistémicos pues resulta un sinsentido pretender jueces o juezas especialistas en todas las disciplinas propias de las ciencias forenses o que puedan adquirir relevancia en un caso judicial. También rechazan que la diferencia epistémica entre ellos sea tal que los primeros están completamente inhabilitados para formular cualquier clase de crítica a los argumentos y conclusiones de los/as peritos/as.¹¹ Sin

¹¹ Aunque serían excepcionales, podrían presentarse casos en los que la sofisticación de cierta teoría involucrada en la inferencia probatoria pericial (como algunas de la física teórica, por ejemplo) impida cualquier revisión crítica de los/as juzgadores/as. En su primer texto, Vázquez afirma que este tipo de conocimiento, dada su imposibilidad de revisión, debería ser *inadmitido* en el proceso. Para un ejemplo del tipo de conocimiento que podría estar excluido, vale recurrir al ensayo sobre divulgación de Ernesto Sábato en *Uno y el universo* (1945). Allí, el autor se imagina intentando explicar la teoría de la relatividad a un amigo

embargo, este consenso básico se desarma al momento de fijar el tipo y grado de comprensión, control o deferencia que cabe asumir en la revisión de diseños normativos de esa interacción, sean actuales o futuros.

Apoyada en ideas propias de la epistemología de la comprensión, Rimoldi incorpora distinciones teóricas a los conceptos de comprensión y testimonio (experto) analizados por Vázquez. Estas distinciones le permiten luego ensamblar su modelo de argumentación deferencial crítica como primera cuestión epistemológica relevante, que a su criterio mejora el contexto epistémico en el que se sitúa la interacción juez/a-perito/a.

Para esta autora, comprender un fenómeno significa captar ciertas relaciones de sus partes entre sí y con el contexto —relevante— con el que están conectadas. En ese orden de cosas, comprender el razonamiento inferencial pericial requiere que el tribunal, a través de reflexiones contrafácticas, sea capaz de revisar los márgenes de error o de probabilidad de cada evidencia en juego y cómo impactaría, en su caso, un mayor margen de error o una menor probabilidad en la decisión final, vistas las opciones de decisión que deba tomar. Finalmente, como la comprensión admite grados, el juez debe buscar una que sea suficiente para valorar adecuadamente la prueba, pero no equivalente a la del experto pues directamente lo sustituiría en su práctica.¹²

Rimoldi traza ese límite con aportes de la epistemología del testimonio que la diferencian, parcialmente, de la propuesta de Vázquez. Su modelo presupone que la aceptación del testimonio experto, como fuente de conocimiento o creencia justificada del juez o jueza, es el resultado de un intercambio epistémico complejo, pues en parte es argumentativo y en parte testimonial del perito al tribunal. Esta dinámica, según afirma, constituye el contexto que enmarca la argumentación deferencial crítica a la que deberían someterse jueces/zas y peritos/as y que, además, permite

mostrando cómo la primera explicación es incomprensible, la segunda es más accesible sin ser exitoso su entendimiento y la última logra finalmente su comprensión, pero de algo muy diferente de lo que la teoría es.

¹² Otras razones adicionales justifican esta limitación. Así, la exigencia de imparcialidad cognitiva de los peritos testeada a través del contradictorio (Vázquez, 2018, pp. 81-90) se vería afectada si el juez evaluara los elementos de la inferencia según sus propios conocimientos.

llevar adelante la meta de obtener una comprensión suficiente para valorar la prueba adecuadamente.¹³

Como segunda cuestión epistemológica relevante, Rimoldi asume que una justificación epistémica *correcta* del razonamiento inferencial pericial debería seguir ciertos postulados contextualistas. Y por ello desarrolla una forma especial de contextualismo que entiende adecuado a esos fines y según la cual cabe identificar cuatro factores importantes (*i. e.*, semánticos, metodológicos o disciplinares, dialécticos y económicos o pragmáticos) que inciden en los intercambios epistémicos entre jueces/zas y peritos/as. Entre esos factores, el dialéctico y el económico o pragmático cobran una relevancia especial para configurar el contexto epistémico que condiciona ese intercambio.

Al comprometerse con estas distinciones teórico-epistemológicas, Rimoldi se diferencia de Vázquez en el grado y tipo de comprensión que cabe exigir a los jueces en el intercambio epistémico que practican con el perito.¹⁴ A lo que adiciona la relevancia de definir los factores que condicionan el contexto en el cual estos agentes epistémicos interactúan.

De modo diferente, Rachel Herdy reconstruye las tesis de Vázquez y ciertos presupuestos que asume se encuentran vigentes en ellas. Frente a ello, presenta sus mayores diferencias con esa propuesta en orden al énfasis que asume se coloca —basado en estudios empíricos— a la capacidad cognitiva de quienes juzgan (tribunales legos o no) y su habilidad para adquirir conocimiento experto; de igual modo, y conectado con este rechazo, niega que estos juzgadores deban ofrecer razones —teórico-epistémicas— de primer orden como las que elaboran los expertos.

Ambas autoras han transitado y son referentes dentro del amplio debate que existe acerca de la justificación de la prueba pericial, enmarcado en los paradigmas de la educación o la deferencia. Es así que Herdy entra a la discu-

¹³ Justifica que esta idea resulta asequible vista la comparación con lo que ocurre con la lectura de un artículo académico orientado a personas ajenas al campo de investigación que se trata. En algún momento, el lector defiere a referencias teóricas que no es razonable que constate.

¹⁴ Sobre esto, luego Vázquez advertirá que la deferencia que invoca remite más bien a la idea de *acordar con otro*. Esta réplica parece mostrar la necesidad de formular mayores precisiones a varios de los conceptos involucrados.

sión detallando sintéticamente el contexto de descubrimiento de este debate al mostrar el origen de esos paradigmas —dado principalmente por el trabajo inicial de Miller y Allen (1994) y la jurisprudencia de la Corte norteamericana (conocida como “la trilogía Daubert”)—¹⁵ para luego reconducirla hacia los principales argumentos que sendos paradigmas siguen.

Al contextualizar ese debate, esta autora señala que ciertas herramientas procesales como las que promueve Carmen Vázquez pueden ser utilizadas en ambos modelos. Pero advierte que muchas de las tesis del modelo de la educación, entre las que sitúa la propuesta de Vázquez, se sostienen según erradas bases empírico-psicológicas y teórico-epistémicas.

Sobre las bases empírico-psicológicas, refiere que Vázquez asume que quienes juzgan el testimonio experto, empíricamente, poseen capacidades para evaluar autónomamente el razonamiento probatorio pericial involucrado o pueden adquirir habilidades a esos efectos. Contextualiza este cuestionamiento en razón de estudios empíricos que muestran que jurados/as, normalmente, para evaluar el testimonio experto siguen una estrategia periférica —esto es, aquella que recurre a indicadores para confiar en el experto o en la información que provee—, y con mucha menos frecuencia recurren a una estrategia central —es decir, aquella que exige revisar cuidadosamente esa información—.

Tal estado de cosas, adelanta Herdy, no cierra la discusión pues podría ser irrelevante cómo jurados/as evalúan esta prueba, sino cómo *jueces/zas* lo hacen o, más precisamente, cómo *podrían* hacerlo si adquieren habilidades a esos efectos. A pesar de que no hay investigación empírica suficiente respecto de la valoración de jueces/zas del testimonio experto, argumenta que igualmente es posible asumir que lo hacen de modo análogo a los/as jurados/as. Esta analogía se funda en que la valoración del testimonio experto de jurados/as no es de menor calidad epistémica que la que hacen los/as jueces/as y, en ese sentido, jueces/zas no lo harían de modo tan diferente.¹⁶ Dada esta analogía en cuanto a las capacidades cognitivas

¹⁵ Sobre estos casos resueltos por la Corte Suprema de Estados Unidos, véase Vázquez, 2015, pp. 96 y ss.

¹⁶ Existen trabajos que —más allá de mostrar sus propias dificultades descriptivas y normativas— presentan interesantes comparaciones de cómo actúan jueces/zas y jurados/as en la toma de decisiones (Bornstein y Greene, 2017, cap. XIII; Seidman y Rose, 2005).

relevantes, al igual que jurados/as, jueces/zas no escogen habitualmente la estrategia central para evaluar el testimonio experto, sino la periférica.

Esta autora añade que la adquisición de habilidades para evaluar de modo central el testimonio experto exige una cargosa inversión de recursos con inciertos resultados en la administración de justicia. Ella es una de las razones que desalientan propuestas de este tipo. Y lo es, además, porque entiende que las bases teórico-epistémicas que demandan esa inversión parten de una idea inadecuada de racionalidad.

Al contrario de lo que sostienen los adherentes a un modelo educacional, Herdy estima que diferir la *autoridad* epistémica en el perito/a no resulta un recurso irracional que deslegitime la decisión judicial. Su modelo deferencial crítico presupone que la ausencia de paridad epistémica entre jueces/zas y peritos/as impide que quienes deciden el caso judicial puedan efectuar una adecuada consideración de razones *de primer orden*. Ello la lleva a sostener que las razones de las que se valen los tribunales en la evaluación de la inferencia probatoria son de segundo orden, que se identifican con indicadores epistémicos (periféricos). A su criterio, este tipo de racionalidades se sostiene en la existencia de criterios precisos de control de esos indicadores, configura un modo habitual de racionalidad práctica en el contexto judicial¹⁷ y posee una mayor legitimidad democrática.

5. Diseño institucional de la prueba pericial

Carmen Vázquez destaca que uno de los objetivos centrales de su texto inicial lo configura la identificación e incorporación de herramientas procesales a las legislaciones para proyectar un diseño institucional de la prueba pericial que contemple de mejor modo sus complejidades. El uso de estas

¹⁷ Puntualmente sobre esto, Carmen Vázquez reflexiona que este tratamiento del argumento de la autoridad presenta dos errores que surgen de “poner el énfasis en el argumento de autoridad y obviar las falacias de autoridad...” y de “no distinguir la autoridad teórica (sobre qué creer) de la autoridad práctica (sobre qué hacer)”. A continuación, expone en qué medida el argumento de la autoridad epistémica en el caso de expertos/as resulta relevante para evaluar la autonomía del razonamiento de quien se apoya en ella.

herramientas reducirá ciertas dificultades que, fundamentalmente, se presentan durante su práctica o valoración.

Entre esas herramientas, enuncia la posibilidad de efectuar preguntas aclaratorias durante el contradictorio, recurrir a asesores expertos para casos complejos, realizar meta-pericias para complementar las pruebas periciales ya practicadas y careos entre expertos para afrontar los desacuerdos entre los mismos. También añade otros modos de gestionar esos desacuerdos entre peritos mediante *hot-tubbing* o junta de peritos, e incluso admite para casos muy complejos, aunque excepcionalmente, la integración del tribunal con un perito.

Estas herramientas, además, deben ser implementadas considerando que el proceso se integra con diferentes agentes cognitivos —juez/a, perito/a, partes y comunidades expertas— entre los cuales se divide el trabajo cognitivo de modo cooperativo, debiéndose revisar cómo optimizar esos esfuerzos de modos compatibles con sus intereses y el objetivo final de lograr una decisión judicial racional.

En adición, la autora advierte que se ha subestimado indebidamente la práctica de esta prueba, la cual es central para sentar las bases de la valoración posterior del juez o jueza. Un diseño de esta prueba como el que presenta encontrará mejor cauce si se disponen ciertas condiciones para su uso.¹⁸

Esta es —reducidamente— su propuesta institucional. Como sugiere Vázquez en sus réplicas, la revisión de la práctica de la prueba pericial y las herramientas que permiten mejorar su comprensión resultan un aporte significativo visto cierto vacío que la literatura procesal ha dejado a ese respecto.

Al margen de cuánto han reflexionado Rimoldi y Herdy sobre ello, ambas han hecho —o es posible inferir que pueden hacer— algunas consideraciones. Estas autoras oponen —o pueden oponer— ciertos reparos a la admisión

¹⁸ Aquí Vázquez muestra que una de esas condiciones resulta de la necesidad de *preparar* su práctica a través de la individualización de qué información se pretende obtener de ella, qué tipo de conocimiento es relevante a esos efectos —y con ello qué expertos/as se requieren— y qué técnicas o métodos lo rigen. Otra condición resulta de la identificación de generalizaciones expertas adecuadamente soportada por información empírica. Para ello se requiere, al menos, inversión de recursos económicos para fomentar el desarrollo de la ciencia forense y tender puentes entre las comunidades expertas y las comunidades judiciales.

de un plan institucional de esta envergadura; también es posible prever que su aplicación tomaría una perspectiva diferente en los casos concretos.

En cuanto a las herramientas procesales, Herdy afirma que ellas pueden incluso resultar compatibles con su modelo de deferencia crítica. Sin embargo, entiendo que bajo ese modelo estas herramientas, primero, serán relevantes en tanto fortalezcan las razones de esa deferencia, pero resultarán menos adecuadas si persiguen un fortalecimiento de la evaluación de la fiabilidad de la información en sí, que es justamente el objetivo de Vázquez. Además, sin mayores distinciones, admite tribunales integrados solo por expertos, algo que Vázquez sostiene como *ultima ratio* y sin desplazamiento de los/as jueces/zas.¹⁹

En diversos tramos, por su parte, Rimoldi *visita* y *revisita* las propuestas de Vázquez en el marco de las dos cuestiones epistemológicas que considera relevantes para la justificación racional de la inferencia probatoria pericial, esto es, su modelo de argumentación deferencial y los postulados del contextualismo epistémico que presenta.

Con base en ese modelo, examina cómo debería ser la gestión de información pericial en la admisión, práctica y valoración de la pericia. Coincide con Vázquez en que la individualización de líneas de trabajo a esos efectos puede hacer más eficiente el intercambio epistémico entre peritos/as y jueces/zas, a los que caracteriza como comunidad epistémica.²⁰ Paralelamente, Vázquez y Rimoldi identifican ciertas decisiones institucionales que deben darse por fuera de los procesos particulares. Puntualmente, aunque en el marco de la constitución de la comunidad o la división de trabajo cognitivo respectivamente, ambas destacan la necesidad de invertir en ciencia forense que, siendo constitutivamente falible, requiere la evaluación constante de sus

¹⁹ Aquí observo cierta inconsistencia entre el modelo de la comprensión que presenta Vázquez y algunas de sus herramientas. Ello en la medida que, como se apunta notas más arriba, niega que información que no puede ser objeto de comprensión del/la juez/a ingrese al proceso; pero, a la par, admite como una herramienta procesal útil integrar el tribunal con peritos/as en casos muy complejos (por la razón que fuere) cuya información al juez o jueza no le sea asequible por otras herramientas.

²⁰ Vázquez en sus réplicas rechaza que la constitución de ese intercambio en términos de “comunidad” resulte adecuada según el modo en que funciona el mundo jurídico. En cambio, como se adelantó, estima que las relaciones entre los sujetos cognitivos —que a más de jueces/zas y peritos/as, también ubica a las partes y a las comunidades expertas— son cooperativas.

márgenes de error de sus conocimientos y métodos. Suplementariamente, y bajo su idea de comunidad, Rimoldi señala que su conformación favorece no solo la comprensión de los jueces como la identifica, sino también permite que los peritos discernan las prácticas judiciales más relevantes, esto es, habilita que aprendan las partes del proceso, sus fines y consecuencias.

Por su parte, Rimoldi, como Herdy, sin excluir la argumentación comprensiva, revisan la utilización de indicadores indirectos en la evaluación de la inferencia probatoria pericial.

De modo central, Herdy apela al argumento de autoridad para articular su modelo de justificación por deferencia al perito, deferencia que resulta crítica —y por ende racional a su modo de ver— en la medida que permite al juez la revisión de los indicadores periféricos antes mencionados que configuran en su esquema razones de segundo orden. En una idea similar, pero en subsidio del elemento argumentativo, Rimoldi refiere que la exigencia de fiabilidad de la inferencia probatoria pericial exige relevar indicadores indirectos vinculados a criterios asociados al perito y al tipo de conocimiento. Las limitaciones que estas autoras reconocen —con diferente grado— a la autonomía de los jueces pueden reducirse a través de la consideración de esos criterios éticos o epistémicos.

Frente a estas ideas, Vázquez ofrece una nueva revisión sobre en qué medida deberían integrarse los criterios “indirectos” al análisis de la prueba pericial según sus ideas iniciales y las nuevas que presenta en sus réplicas. En lo central, niega que haya una distinción tajante entre criterios directos e indirectos, sino que ella es gradual y su uso depende de varios factores. Entre ellos, repara en la división del trabajo cognitivo expuesta en el contexto del caso concreto y de la etapa del proceso.

6. Deudas pendientes en el análisis de la inferencia probatoria pericial

Mis comentarios en este apartado se dirigen a proponer ciertas deudas o caminos pendientes de recorrer en la discusión sobre la justificación de la inferencia probatoria pericial, tal como ha sido planteada.

En primer lugar, se observa cierto grado de desconexión entre los argumentos y conclusiones analizados y las bases teóricas y normativas de la justificación del enunciado probatorio (punto 2). Un ideal de racionalidad al que aspiran los modelos de justificación de la inferencia probatoria pericial, y los diseños institucionales que cabe pensar a partir de ellos, debería poder mostrar cierto apoyo en las reglas —conceptuales, epistémicas y normativas— que rigen la justificación del razonamiento probatorio. Algo que hasta ahora parece menos explorado. Ello podría llevar —o no— a nuevas distinciones relevantes o reformular las utilizadas, o incluso tensar las bases mismas de la justificación racional de la decisión. En cualquier caso, creo que son reflexiones que deberían, al menos, intentarse con más énfasis.

En su faz dinámica, el razonamiento probatorio que justifica el enunciado probatorio, y que se integra a su vez por diversas inferencias probatorias como la pericial, adquiere diferentes dimensiones según los objetivos institucionales en juego, el momento procesal y quien lo formula. Las autoras han destacado muchos de estos factores que, como revelan, hacen a la complejidad de la justificación de esta inferencia probatoria. Pero, incluso bajo esas consideraciones, su fiabilidad al final dependerá del tipo valoración que se adopte y del estándar de prueba que se aplique a la decisión judicial.²¹

Más allá de la posición que se adopte en la materia,²² algunas simetrías o asimetrías deberían revisarse entre los estándares de prueba que rigen el enunciado probatorio y los elementos de juicio obtenidos a partir de la inferencia probatoria pericial. A modo de ejemplo, algunas de las ideas de las autoras se apoyan en nociones tales como creencia y aceptación de un enunciado probatorio, siendo que los vínculos entre ellas son elementales en el análisis de la suficiencia probatoria (Dei Vecchi, 2018, pp. 61-64); por lo que una expedición en ese sentido puede resultar provechosa, incluso para la identificación de los conceptos como comprensión o deferencia.

²¹ Tampoco es menor en los tramos anteriores a la decisión —admisibilidad y práctica— qué enfoque —epistémico o no— debería primar a los efectos de pensar las razones que justifican o no cierto diseño institucional (conf. Bayón, 2009).

²² Solo por mencionar algunos trabajos que cubren el amplio espectro de problemas referidos a los estándares de prueba: Ferrer Beltrán, 2018; González Lagier, 2018; Dei Vecchi, 2020.

En cuanto a la valoración de la prueba, la plausibilidad de todo o parte de los modelos de la comprensión, argumentación deferencial o de la deferencia crítica, estará condicionada a si ellos a su vez se apoyan en alguna versión atomista u holista referida al objeto y razones válidas para la justificación de la decisión judicial.²³ Paralelamente, ello podría reconfigurar el análisis de cada elemento de la inferencia probatoria pericial, esto es, qué datos probatorios y generalizaciones expertas son relevantes y qué tipos de relaciones presentan entre sí.

Por su parte, y sin tomar partido en el problema de la demarcación entre qué es científico y qué no, también sería útil explorar algunas categorías respecto de las generalizaciones expertas, a fin de facilitar la tarea del juez o jueza. Es cierto, como apunta Vázquez, que los decisores y las decisoras muchas veces desconocen las condiciones que rigen la empresa científica o la *expertise*. Un estudio sistematizado de ellas podría evitar o reducir cierto prestigio, ganado con los años, de pruebas periciales basadas en conocimientos, métodos o técnicas poco fiables.²⁴

Finalmente, me queda agradecer a los directores sucesivos de la revista por la invitación a editar y presentar esta sección,²⁵ tarea que me ha enriquecido en el mientras tanto y sin dudas ha resultado muy gratificante al final. Va por ello también mi reconocimiento y gratitud a Carmen Vázquez por aceptar elaborar sus dos interesantes artículos. Y también a Florencia Rimoldi y Rachel Herdy por comprometerse especialmente con el debate de ideas. Ellas tres han conformado un valioso *all-female panel*.

²³ En ese sentido, seguir algunas tesis atomistas, podría condicionar la evaluación de la fiabilidad de los elementos de la inferencia pericial. Por ejemplo, los rangos de error expuestos en las generalizaciones expertas, o la identificación de los datos *relevantes* del caso, o sus relaciones no podrían ser contrastados con otros datos que permitan medir *en el caso* su fuerza probatoria. Del otro lado, si se sigue alguna versión holista, tal vez diseñar instituciones robustas en base a modelos de la comprensión disminuya su sentido, pues allí los esfuerzos argumentales finales responden a otros fines.

²⁴ Un ejemplo de este tipo de errores respecto de la prueba de huellas dactilares, ver Edmond, 2019.

²⁵ A ambos, a Hernán Bouvier con quien inició y a Federico Arena con quien finalizó. Igualmente me gustaría agradecer a Diego Dei Vecchi y Daniela Domeniconi por esas conversaciones itinerantes de las cuales tomé algunas ideas que rondan esta presentación, aunque los errores que puedan observarse son solo mi responsabilidad.

Bibliografía

- Accatino, D. (2014). Atomismo y holismo en la justificación probatoria. *Isonomía*, 40, 17-59.
- Accatino, D. (2019). ¿Somos todos “racionalistas” ahora? *Revus*, 39, 85-102.
- Anderson, T., Schum, D. y Twining, W. (2015). *Análisis de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Bayón, J. C. (2008). Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. *Analisi e Diritto*, 15-34.
- Bornstein, B. H. y Greene, E. (2017). *The Jury Under Fire: Myth, Controversy, and Reform*. New York: Oxford University Press.
- Dei Vecchi, D. (2018). *Problemas Probatorios perennes. Un análisis a la luz del nuevo proceso penal mexicano*. México: Fontamara.
- Dei Vecchi, D. (2020). La no tan sana crítica racional. *En letra: Derecho Penal*, 6(9), 40-55.
- Edmond, G. (2019). Cuando el derecho es poco fiable: respuestas jurídicas a la prueba de huellas dactilares latentes. *Quaestio Facti*, 1, 301-355.
- Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. Ponencia presentada en el marco del *Primer Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio*, Girona.
- Gascón Abellán, M. (2004). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- González Lagier, D. (2018). ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. Ponencia presentada en el marco del *Primer Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio*, Girona, 2018.
- Marrero, D. (2015). Lineamientos generales para una epistemología jurídica. En A. Páez (coord.), *Notas sobre hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica* (pp. 15-36). Bogotá: Universidad de los Andes.

- Seidman, S. y Rose, M (2005). Real Juries. *Annual Review of Law and Social Science*, 1, 255-84.
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Vázquez, C. (2018). La im/parcialidad pericial y otras cuestiones afines. *Isonomía*, 48, 69-107.

El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial

*The Institutional Design of Expert Evidence.
Remarks on the Inferential Reasoning of Experts
and Judicial Comprehension*

Carmen Vázquez*

Recepción: 25/3/2019

Evaluación: 25/4/2019

Aceptación final: 26/5/2019

Resumen: La valoración judicial del conocimiento experto proveniente de una prueba pericial exige que los jueces comprendan el razonamiento inferencial en juego. Ello supone que los jueces controlen tanto las premisas del razonamiento pericial como las inferencias que se hacen a partir de ellas. Toda esta tarea debe realizarse básicamente en la práctica y en la admisión de las pruebas periciales, atendiendo tanto el fundamento de las generalizaciones expertas como a su aplicación al caso concreto. En este escenario, el objetivo será ofrecer a los operadores jurídicos y a los expertos diversas herramientas procesales para construir una práctica dialógica que permita lograr las exigencias que deben satisfacer sobre todo los jueces.

Palabras clave: Prueba pericial, razonamiento probatorio, desacuerdos entre expertos, diseño institucional.

* Doctora en Derecho y Profesora. Universitat de Girona, Gerona, España. Correo electrónico: carmen.vazquez@udg.edu. Agradezco todos los valiosos comentarios que a una versión preliminar me hicieron Edgar Aguilera, Diego Dei Vecchi, Jordi Ferrer Beltrán y Carlo Vittorio Giabardo. También agradezco los útiles comentarios de los dos evaluadores anónimos. Para la realización de este trabajo he contado con el apoyo del proyecto de investigación “Seguridad Jurídica y razonamiento judicial” (DER2017-82661-P), del Ministerio español de Economía y Competitividad.

Abstract: The judicial assessment of expert knowledge underlying expert evidence requires judges' comprehension of the inferential reasoning implied. This presupposes that judges should control both the premises of the expert reasoning and the inferences drawn from them. This whole task should be done during the admissibility stage and in the course of the presentation of the evidence during the trial, looking for the basis of experts' generalizations and assessing how they are applied to the specific case. In this scenario, the aim is to provide some tools in order for legal practitioners and experts to build a dialogic practice allowing both of them to fulfill their obligations, especially those of the judges.

Keywords: Expert evidence, evidential reasoning, disagreements between experts, institutional design.

1. Introducción

La valoración de la prueba pericial supone que los jueces deben *comprender* el razonamiento inferencial realizado por los peritos si están interesados, como deberían estarlo, en tomar decisiones racionales con él. Ello supone identificar las premisas usadas por los expertos para atender a sus fundamentos y las diversas inferencias realizadas a partir de ellas. Desafortunadamente, en los sistemas jurídicos, quizá sobre todo en los de tradición romano-germánica, no se ha delimitado claramente en qué consiste la valoración judicial de las pruebas periciales y, por supuesto, en general no se han desarrollado herramientas procesales con el objetivo de ayudar a los jueces a realizar su tarea (o, pese a su previsión en el ordenamiento, no han sido usadas para lo que deberían ser usadas). En su lugar, se ha incentivado de diversas maneras y distintos grados cierta deferencia hacia los peritos por el hecho de ser tenidos como expertos y, acorde con ello, se han buscado muy diversos criterios, que funcionarían como atajos, para supuestamente justificar el uso de conocimiento experto en las decisiones judiciales sin necesidad de que el juez comprenda el razonamiento inferencial de los peritos. Así tenemos criterios relacionados con el sujeto mismo, como la imparcialidad pericial; con el informe pericial, como su completitud o ausencia de contradicciones; o malos criterios sobre los fundamentos

de lo que afirma un experto, como la científicidad del conocimiento; y un largo etcétera.¹

Los atajos antes mencionados tienen diversos problemas en sí mismos. Por ejemplo, si consideramos la imparcialidad pericial en atención al origen de los expertos, es decir, básicamente a su nombramiento por parte de un juez y no por las partes, algunas veces pareciera que más bien estamos definiendo qué entenderemos por “imparcialidad pericial”. Esto es, un perito será considerado imparcial cuando ha sido designado de alguna manera por el juez; sin embargo, esta suerte de estipulación, obviamente, nada puede decir sobre la calidad de aquello que dice y hace un experto en un proceso judicial. Pero, lo que es peor, por más imparcial que un experto pudiera ser, todavía podría estar utilizando métodos o técnicas no fiables o con grandes rangos de error; un perito imparcial podría estar usando información incompleta sobre el caso; un perito imparcial, equivocarse en un caso concreto, etc. Por ello, la justificación de las premisas usadas por los expertos en su razonamiento tiene que buscarse *fuera* del sujeto (de su experiencia, de sus calificaciones o su pertenencia a una institución).

En los últimos años seguramente se ha dado un paso en la búsqueda de información externa al experto para justificar el uso de conocimiento experto, así algunas decisiones judiciales y/o estudiosos en la materia han acudido a la científicidad de los métodos, técnicas, afirmaciones, etc., que usan o hacen los peritos. Sin embargo, las discusiones que en la filosofía de la ciencia ha habido sobre el supuesto carácter científico de *algo*, conocido como el problema de la demarcación, han mostrado la insuficiencia de los diversos criterios de científicidad que se desarrollaron para delimitar claramente lo que sería científico y lo que no sería científico. Además de ello, no todo lo científico es igualmente fiable y no solo lo científico es fiable, por lo que tampoco podemos asumir que científicidad es igual a fiabilidad. En cambio, para usar en las decisiones judiciales información experta de forma justificada necesitamos precisamente información sobre su fiabilidad, tanto sobre las generalizaciones usadas como en su aplicación al caso concreto en que se aplican.

¹ No es este el espacio para profundizar en estas cuestiones, lo he hecho ya en diferentes trabajos (véase Vázquez, 2016, pp. 92-112; 2018, pp. 69-107).

Es evidente que no basta solo con tener información sobre las premisas implicadas en el razonamiento pericial y sus fundamentos, el juez debe comprender lo que está en juego en el contexto del caso específico que está resolviendo. Es claro que el sistema jurídico solo puede poner un deber cuando este puede ser cumplido (deber implica poder) y, bajo esa consideración, se podría argumentar que los jueces no pueden cumplir con dicha obligación. Una de las explicaciones que se han dado al respecto, muy generalizada en la comunidad jurídica, es que los jueces, al ser legos en el conocimiento experto que subyace a las pruebas periciales, son *incapaces* de comprender las afirmaciones de los peritos.² Tal asunción debería ser tomada muy en serio a la hora de construir nuestros diseños normativos, pues de ser cierta debería suponer un cambio bastante radical en la estructura actual del proceso judicial a efectos de retirar a los incapaces de tomar decisiones que indudablemente afectan a los ciudadanos. Evidentemente tales incapacidades serían una suerte de déficits cognitivos insalvables o difícilmente salvables, no déficits de información que pudieran ser ocasionados por falta de datos relevantes o incluso por desbordes de información.

Sin embargo, parece que cuando se han realizado estudios empíricos sobre la capacidad de los decisores sobre los hechos para valorar las pruebas periciales, los resultados contrastan con la asunción de una incapacidad cognitiva y más bien muestran una y otra vez serios déficits de información por parte de los decisores. En los casos ordinarios, algunas veces la información ausente es cultural, más general y atinente a la concepción que se tiene sobre el funcionamiento del conocimiento experto o de la empresa científica en particular; en algunas otras ocasiones la información ausente es sobre los hechos del caso y la ausencia es generada por ciertas malas prácticas y/o reglas deficientes. Quizá otra es la situación cuando se trata de casos especialmente complejos, donde sería esperable un aumento de las dificultades de comprensión de un juez sobre el conocimiento experto relevante para aquellos, en ese contexto deberíamos preguntarnos si el sistema en que tiene lugar ayuda (o no) para que el juez logre la comprensión de aquello que tiene que resolver.

² Ello, por supuesto, a la vez que se afirma que el juez es “*perito peritorum*” y que de ninguna manera la prueba pericial es vinculante para los jueces.

En mi opinión, cuando se cuestionan las capacidades cognitivas de los jueces para tratar con las pruebas periciales, no solo hay que mostrar empíricamente tal hecho sino también en qué medida influye en ello el sistema jurídico en el que los jueces llevan a cabo su función.

Y, si lo anterior es así, entonces, el sistema jurídico debe ofrecer a sus jueces las herramientas necesarias para reducir o eliminar en la medida de lo posible sus déficits de información, preocupándose por asegurar la completitud de los datos desde la admisibilidad de las pruebas periciales hasta el empleo de diversos mecanismos dialógicos *con* los expertos que participan. El objetivo fundamental de este trabajo será entonces discutir el diseño institucional de un modelo con esos mimbres, bien para tenerlos como propuesta de *lege ferenda* o, en caso de que ya estén previstos, brindar ciertas pautas para su funcionamiento adecuado dado el objetivo de lograr la comprensión judicial. Para ello, en primer lugar, intentaré argumentar que necesitamos diseñar ordenamientos que reflejen un modelo de confianza hacia los jueces, no esparcir una sistemática desconfianza hacia ellos, sobre todo considerando la evidencia empírica que al respecto se tiene y la ausencia de alternativas serias.

En segundo lugar, desarrollaré un conjunto de diversos posibles mecanismos para incentivar la comprensión de los jueces fundamentalmente durante la práctica de las pruebas periciales: preguntas de aclaración durante el contradictorio, asesores expertos para casos complejos, meta-periciales para complementar las pruebas periciales inicialmente presentadas y los careos entre expertos para afrontar los desacuerdos entre los mismos. Por supuesto, garantizando en todo momento una adecuada participación de las partes en la práctica de cada una de tales herramientas.

Debo advertir desde ya que se trata de mecanismos que están individualmente previstos en diversos ordenamientos, tanto del *common law* como de tradición romano-germánica, en ese sentido mi propuesta no es original. Sin embargo, la originalidad radicaría en: (i) la propuesta de su *conjunción* en un mismo ordenamiento para incentivar y lograr la comprensión judicial del razonamiento pericial; y (ii) su aplicación en la práctica de las pruebas periciales durante el juicio oral, y no a efectos de la conformación de una prueba pericial o para decidir su admisibilidad.

Ahora bien, quizá una buena manera de incluso evitar el uso de los mecanismos antes planteados, sea prestar mayor atención a qué se pide a

los expertos y qué información relevante se les brinda para que realicen la función que se les ha asignado. Por ello, en tercer lugar, defenderé que debe haber una mayor preocupación en la determinación del objeto del peritaje, de los datos relevantes que se le brindan al experto para la realización de sus operaciones periciales y en la información que este brinda sobre la fiabilidad de las generalizaciones independientes a los hechos del caso que utiliza.

Los argumentos y las posibles herramientas que aquí se presentan pretenden abonar a una concepción general de la prueba pericial, sin pretender siquiera sugerir que con ellos se terminarán los muy diversos problemas que se afrontan con los distintos tipos de pruebas periciales en los sistemas jurídicos. Por supuesto, cada país afronta problemas distintos con el conocimiento experto que es utilizado por sus tribunales como elemento de juicio: en algunos países el problema es que no hay expertos en un área determinada, las universidades no los han formado o los están formando mal; en otros países el problema son las cargas de trabajo excesivas que hacen imposible que los jueces tengan el tiempo para hacer un análisis concienzudo de estas pruebas; en algunos países el problema es cultural, más general, porque se da más importancia a la magia, a lo divino o a lo esotérico, antes que al conocimiento empírico fundado y/o hay una deficiente formación en la educación básica respecto al razonamiento con generalizaciones empíricas o científicas o fundadas; en otros países el problema es económico, porque no se ha invertido lo suficiente para tener buenos, variados y suficientes expertos y/o laboratorios de calidad. Y todos esos déficits pueden darse conjuntamente en cualquier combinación. Sin embargo, aunque no todos los problemas de la prueba pericial están relacionados con la calidad del conocimiento experto, todo sistema jurídico debería estar interesado en conocer la fiabilidad de los métodos, técnicas, teorías, etc., que son empleados por los peritos, en la completitud de la información con que se toma la decisión y, por supuesto, en que esta sea racional.

2. Un presupuesto: la capacidad de los jueces

Uno de los escenarios donde quizá más se ha debatido sobre la capacidad de los jueces para decidir sobre los hechos del caso es en EUA, donde en general el “juzgador de los hechos” es el jurado.³ Ahí precisamente ha surgido lo que se identifica como “paternalismo epistémico”, es decir la política de tomar medidas para proteger a los jurados de sus malas decisiones.⁴ Esa protección sería, como en todo paternalismo, una protección *de* ellos mismos;⁵ pero, a diferencia de otros paternalismos relacionados con la acción, el objetivo sería evitar un mal razonamiento o una mala conclusión. Goldman, por ejemplo, delimita al paternalismo epistémico hacia los juzgadores de los hechos de la siguiente manera:

Si, en opinión de los legisladores, una cierta categoría de elementos de juicio suele inducir al jurado a error, ellos están facultados para exigir o permitir que tales pruebas se mantengan fuera del alcance de los jurados. Este es un ejemplo de lo que llamo paternalismo epistémico. [...] El tribunal sustituye con su propia expectativa sobre el error del jurado la expectativa del jurado mismo, quienes quizá hubiesen [de haber estado facultados para hacerlo] aceptado información sobre el carácter del acusado, sus antecedentes penales o su retractación de un reconocimiento de culpabilidad previo, considerando que probablemente reduciría su probabilidad de error (Goldman, 1991, traducción propia).

Es decir, bajo el *presupuesto* de que en *determinadas condiciones* el juzgador de los hechos cometerá errores, se *limita* su autonomía epistémica

³ Aunque la inmensa mayoría de los casos se deciden en el *pre-trial* y, por tanto, no hay un juicio oral (*trial*) seguido ante un jurado. Véase al respecto las estadísticas publicadas por el *Bureau of Justice Statistics del U.S. Department of Justice*, accesibles en <https://www.bjs.gov>.

⁴ Una parte de la doctrina considera incluso que las FRE dan perfecta cuenta de ello, véase Schauer (2006, p. 165), Mnookin (2006, pp. 134-145).

⁵ La idea de “protegerse de ellos mismos” es de Hart (1966). Aunque Hart se refería al paternalismo concierne al razonamiento práctico, la idea es aplicable en términos generales al tipo de paternalismo relacionado con el razonamiento teórico, que es el que aquí nos interesa.

con el *fin* de obtener resoluciones correctas sobre el caso en cuestión. En el ejemplo citado por Goldman, dicho límite es impuesto por el legislador y ejercitado por un juzgador profesional que debe “proteger” al jurado de sí mismo seleccionando la información que conocerá para decidir⁶. Por supuesto, hay otras posibles medidas que podrían tomarse, más allá de que el juzgador no tenga conocimiento alguno de la existencia de ciertas pruebas, como indicarle cómo tratar tales pruebas o su valor probatorio; sin embargo, el paternalismo epistémico ha optado por la exclusión de la información.

Una pregunta que surge de inmediato es dónde radicaría la incapacidad de los juzgadores de los hechos, *i. e.*, de qué incapacidad se está hablando. Los factores relevantes a considerar parecerían ser cierto estado o condición de *los sujetos* que supongan límites o déficits cognitivos traducibles en una tendencia *sistemática* al error. Es decir, no se trata simplemente de errores ocasionales,⁷ sino de una cuestión general, sistemática y predecible. Por ello, deben diferenciarse esta tendencia generalizada a los errores de aquello que sobre juzgadores *particulares* enuncia Devis Echandía:

... el riesgo de la pereza física y mental de algunos juzgadores, que no hagan uso de la facultad legal para criticar [a la prueba pericial], sino que se faciliten el trabajo rindiéndole un exagerado servilismo. Pero este riesgo existe igual con otros medios de prueba [que] pueden ser aceptados servilmente o sometidos a rigurosa crítica, según la competencia y la preparación de cada juez. [...] [Es] por esta razón que no puede esgrimirse este peligro como

⁶ En el caso de un proceso judicial el objeto de protección último serían las partes en litigio y/o la sociedad en general. Aunque quizá baste aquí con defender que el interés de las medidas paternalistas epistémicas es acercarse lo más posible a la verdad (o la formación de creencias justificadas). Nótese que el ejercicio de las medidas paternalistas no siempre es posible, por ejemplo, cuando la admisibilidad de las pruebas se decide por el mismo sujeto que las valora.

⁷ Las causas de estos errores podrían ser sumamente variadas, como la mala memoria, la falta de atención, ciertas predisposiciones emocionales, la complejidad del caso o, incluso, la falta de habilidades de un juzgador concreto para cuestionar, etc.

algo exclusivo de la moderna prueba técnica o científica (Devis Echandía, 1972, p. 61).

Sea como sea, primero habría que saber qué capacidades cognitivas podrían considerarse *relevantes* a efectos de analizar si los actuales decisores son o no cognitivamente competentes para realizar la función que se les ha atribuido, es decir, valorar las pruebas periciales. Vale la pena subrayar que al juzgador no se le exige que produzca una prueba pericial, lo que se supone que tiene que valorar es *la calidad de la inferencia* hecha inductivamente a partir de la propia información que la conforma: los hechos relevantes sobre el caso, las generalizaciones independientes a los hechos del caso y las diversas relaciones entre ambas cuestiones.⁸ Esto es, sin duda alguna, considerablemente menos demandante epistemológicamente que lo primero, pues bastaría con determinar que las decisiones inferenciales del experto son (o no) razonables. Si, en cambio, se duda de la capacidad de los jueces para realizar y/o evaluar inferencias, ello tendría consecuencias que irían mucho más allá de la prueba pericial, pues si aceptamos que todo el razonamiento probatorio es inferencial probablemente tendríamos que empezar a pensar en otro tipo de decisores o quizá en distintas estrategias normativas más contundentes sobre la institución probatoria.⁹

Una vez identificada la incapacidad relevante que se atribuye a los juzgadores de los hechos, la justificación del paternalismo epistémico exigiría disponer de datos empíricos sólidos que muestren la existencia de esa incapacidad, y no meras suposiciones al respecto. En el contexto anglosajón se han realizado varios estudios con el objetivo de comprobar o refutar que

⁸ En la misma línea, Dwyer (2008, p. 108). Para Dwyer, ello implicaría que el experto que realiza la inferencia correspondiente identifique los elementos probatorios relevantes, tome decisiones apropiadas sobre las inferencias que podrían ser hechas a partir de tales elementos y asigne probabilidades adecuadas a estas, además de establecer relaciones entre ellas.

⁹ En el contexto jurídico-procesal, la capacidad natural ordinaria del ser humano para hacer deducciones y/o inferencias probabilísticas en general se ha discutido para justificar la libre valoración de la prueba; por ejemplo, desde la psicología se han hecho investigaciones sobre patrones *sistemáticos* o tendencia sistemática de error cognitivo en el razonamiento ordinario, *v. gr.*, la falacia de la afirmación del consecuente o la no consideración de probabilidades *a priori*. Al respecto, véase un brillante artículo de Cohen sobre la libertad en la valoración de las pruebas y su legitimidad (Cohen, 1983).

los *jurados* como juzgadores de los hechos son fácilmente impresionables cuando se les presenta una prueba etiquetada como “científica”. Ahora bien, nótese que la incapacidad que se pretende determinar aquí no es relativa al control de las inferencias realizadas por los expertos, sino una sobrevaloración epistémica sobre un tipo de pruebas periciales que podría tener múltiples causas. De cualquier manera, los resultados de dichos estudios no son de ninguna manera concluyentes (algunos confirman la hipótesis y otros la refutan),¹⁰ lo que no debería ser muy sorprendente si tomamos en cuenta que el jurado es solo una muestra de la sociedad.¹¹

Todo lo anterior no desconoce de ninguna manera que los usos que se han hecho del conocimiento experto en el proceso judicial han conducido a errores en el sistema, pero por causas diversas a la supuesta incapacidad de los jueces de los hechos de controlar las inferencias. Entre ellas se encuentra: que el sistema judicial ha empleado sistemáticamente información de fiabilidad baja o desconocida; que los peritos hacen afirmaciones que no cuentan con apoyo empírico en su área; que los peritos sistemáticamente asumen comportamientos que buscan favorecer a toda costa a su parte; que los peritos sufren de ciertos sesgos cognitivos dada su contaminación con determinada información del caso o que las pruebas periciales tardan mucho en ser realizadas (Duce, 2018); que los litigantes no tienen la formación y/o las destrezas adecuadas para cuestionar a los expertos, o incluso que desconocen el caso que están litigando, etc. Sin embargo, ninguno de esos genuinos problemas apunta directamente a que los jueces son incapaces cognitivamente de realizar su función; apuntan, más bien, a un conjunto de malas prácticas de los diversos actores y quizá a una mala formación de los juristas en general en el ámbito probatorio.

¹⁰ Aparece un listado sumamente completo e interesante de los distintos tipos de estudios realizados en Estados Unidos (Schauer y Spellman, 2013).

¹¹ Un ejemplo realmente llamativo sobre el jurado como muestra de la sociedad es Australia. En un reciente estudio empírico sobre las percepciones de los jurados sobre las pruebas periciales se da cuenta de que el 45,5% de los jurados encuestados habían estudiado ciencias o matemáticas en educación superior y un 4,8% de ellos eran empleados profesionales en un área científica. Mientras que el 74,1% de los jurados tenía conocimientos en ciencias o matemáticas gracias al énfasis en dichas áreas en la escuela australiana. Véase Freckelton, Goodman-Delahunty, Horan y McKimmie (2016, p. 14).

Es más, si los jurados no fuesen capaces de valorar las pruebas periciales todavía podría decirse que la tarea debe ser realizada por jueces profesionales, pero cuando ya la tarea es realizada por un juez profesional y desconfiamos sistemáticamente de este, ¿quién entonces debería realizar la función?, ¿otro experto? Más allá de los problemas prácticos que supondría crear un sistema donde *todos* los jueces fueran expertos en la materia pericial que deben juzgar y que, para ello, deberíamos tener juzgadores *ad hoc*, finalmente todo tipo de jueces, como todo ser humano, es susceptible de sufrir *sesgos cognitivos* en diferentes situaciones donde hay mucha información que se tiene que procesar, cuando se necesita actuar de manera rápida, cuando se tiene que recordar información disponible anteriormente o incluso cuando se llenan lagunas en ausencia de determinada información.¹² Todas esas situaciones están claramente presentes en los procesos judiciales, con independencia del tipo de jueces que se tienen.

Si desconfiamos sistemáticamente de la capacidad de nuestros jueces, entonces, debemos buscar otras maneras para el funcionamiento adecuado de los sistemas y apartar definitivamente a los incapaces de realizar la función en juego; esto supondría, obviamente, repensar toda la estructura del proceso judicial para saber quién tendría que decidir los casos jurídicos que lleguen hasta los tribunales. Lo que no tiene ningún sentido es desconfiar sistemáticamente de la capacidad de los jueces legos (*i. e.* no expertos en el campo de conocimiento del perito) y mantenerlos en la toma de decisiones judiciales. Sin embargo, dado el giro copernicano que esto supondría, los fundamentos que debemos considerar para llevarlo a cabo no deben ser netamente políticos, tiene que haber un sustento empírico que muestre dicha incapacidad, más allá de perezas mentales, incentivos institucionales, corruptelas, etc., de algún juez o conjunto de jueces.

Si adoptamos un sistema de confianza en las capacidades de los jueces para tomar decisiones también con conocimiento experto, entonces, me parece muy urgente dejar la “estrategia victimista” consistente en repetir el mantra “los legos vs. los expertos”, a la vez que de muy diversas maneras justificamos que los primeros realicen pocos o nulos esfuerzos por com-

¹² Sobre los sesgos cognitivos en el razonamiento judicial puede verse Stafford, Jules y Robin (2018).

prender a los segundos. Y, por el contrario, creo que debemos repensar nuestro diseño institucional teniendo muy claros los objetivos que se buscan y los diversos problemas que siempre enfrentaremos, con la prueba pericial y sin ella, como la falibilidad de cualquier sistema por más perfecto que teóricamente pudiese ser y los sesgos cognitivos de los diversos sujetos que participan en el funcionamiento del mismo.

Estas asunciones tienen que ir precedidas por una delimitación previa referente a las pruebas periciales que, aunque quizá es obvia, no siempre se toma en cuenta: es falso que nuestros jueces lidien con *el mundo de la expertise*. En otras palabras, no todo el conocimiento experto que se ha desarrollado en la actualidad tiene cabida en el proceso judicial, solo una pequeña parte del mismo; no todo el conocimiento experto que tiene un experto es relevante para el caso concreto, solo una parte del mismo; no todo el conocimiento del caso concreto es experto, sino que generalmente, además de este, hay disponible otro cúmulo de conocimiento no-experto relevante. Y normalmente el tipo de conocimiento experto que entra al proceso ha sido ya tratado previamente por nuestros jueces al ser *repeat players* y tener como función decidir constantemente casos a partir de él. Esto último no convierte en expertos a nuestros jueces, pero sí les *debería* permitir una mayor sofisticación en el tratamiento de dicho conocimiento.

Es muy posible que los sistemas actuales no estén logrando la sofisticación que se requeriría para tratar las pruebas periciales, pero quizá ello no se deba a la incapacidad de los jueces, sino a una suma de errores, incentivos perversos y desconocimiento sobre el funcionamiento del conocimiento experto que ha configurado el diseño y las prácticas procesales actuales. Y, desde luego, una forma de incidir en todo ello es cambiando el sistema jurídico que regula al menos determinados aspectos de la prueba pericial, lo que, si además fuera acompañado de una estrategia formativa fuerte,¹³ podría darnos mejores resultados en el tratamiento jurídico-pro-

¹³ Me refiero a la educación que deberían recibir jueces, abogados y fiscales sobre el conocimiento experto fuera de los procesos judiciales particulares, en su formación continua ofrecida por las escuelas judiciales, de fiscalía o los colegios profesionales. Es sumamente llamativo, por ejemplo, que estando tan continuamente presente la prueba de ADN en los procesos judiciales, los operadores jurídicos no hayan tenido nunca algún curso que les informe mínimamente sobre la materia.

cesal del conocimiento experto. La formación de los jueces en materia probatoria es una necesidad urgente, pero no es este el lugar para profundizar en ello; mi objetivo es más modesto: hacer algunas sugerencias sobre el diseño normativo actual.

3. Algunas herramientas procesales para ayudar a la comprensión judicial

La prueba pericial como *fuentes de conocimiento* es un testimonio, es decir, obtenemos la información relevante a partir de un tercero.¹⁴ Y aquí cobra importancia tomar en consideración una de las más claras enseñanzas que nos ha dado la llamada epistemología del testimonio, ampliamente desarrollada en los últimos años: las cualidades o insumos epistémicos que ese tercero tiene sobre lo que afirma *no* son heredables para la audiencia que lo escucha. Es decir, las razones que ese tercero tiene para creer que P no son simplemente heredadas por el sujeto que escucha a ese tercero afirmar que P. Si esto fuese así, el núcleo de la epistemología del testimonio radicaría de forma exclusiva en el hablante (concretamente, en la justificación de su estado mental), pudiendo la audiencia heredar la justificación de las afirmaciones realizadas por este. Sin embargo, hay varios argumentos en contra de dicha tesis:

1. Pese a que haya un conjunto de pruebas sobre determinada afirmación, un sujeto puede tener *creencias* sobre esa afirmación contrarias a las pruebas existentes y, a la vez, *fundar* las afirmaciones que realiza en esas pruebas disponibles y no en sus propias creencias. Entonces, pese a que un hablante no tuviera una creencia justificada sobre P, la audiencia podría estar justificada en creer que P a partir únicamente de lo que dice el testimonio respectivo.
2. Aun cuando el hablante tenga creencias justificadas sobre una afirmación, es posible que por diversas cuestiones sea *la propia audiencia* quien impida la transmisión de dicha justificación y, por

¹⁴ Para profundizar en esta cuestión, puede verse Vázquez (2015, pp. 44 y ss., 149 y ss. y 211 y ss.).

ello, pese a la justificación del hablante, la creencia de la audiencia no esté justificada.

3. La creencia transmitida no implica de ninguna manera la transmisión a la audiencia de posibles pruebas o razones que tuviera el propio hablante para *derrotar* dicha creencia o, al menos, cuestionarla.¹⁵

Dados estos serios problemas de la llamada “concepción hereditaria” del testimonio, hay que buscar dar cuenta del conocimiento testimonial considerando a los *dos agentes epistémicos* en juego, es decir, el juez como audiencia y el perito como hablante.¹⁶ En el contexto procesal todo ello se traduciría en que el juez debe tener sus propias razones suficientes para creer justificadamente las afirmaciones o conclusiones periciales; y para ello, la práctica de las pruebas en contradicción es quizá el mejor momento procesal para obtener adecuadamente el tipo de información que requiere. Vamos por partes.

Como se ha dicho antes, la tarea judicial con la prueba pericial consistiría básicamente en controlar el razonamiento inferencial realizado por los expertos, lo que supone controlar también las premisas en juego. Aunque quizá sea simplificar demasiado el razonamiento pericial, una manera que podría resultar asequible para los juristas sea distinguir entre la premisa mayor del razonamiento compuesta por *generalizaciones independientes* a los hechos del caso y una premisa menor compuesta por los hechos del caso, ambas llevarían a una conclusión. Un sencillo ejemplo podría ser “cuando mentimos hay un esfuerzo consciente que se refleja en un aumento de la

¹⁵ Estos problemas son ampliamente analizados por Lackey (2008).

¹⁶ No se trata, como decía Stein en su clásica obra *El conocimiento privado del juez* (1990, p. 62), de que el juez convierta en percepción propia la explicación técnica del perito. Es cierto que el juez, como todo agente, para conocer o entrar en contacto con lo que otros le dicen, con lo que le es comunicado lingüísticamente, depende operativamente de la percepción; pero ¿qué importancia epistémica tendría ver un informe pericial o escuchar lo que dice el perito?, ¿habría que reducir el estatus epistémico de las creencias, la justificación o el conocimiento obtenido mediante el testimonio de un experto a la percepción del juez? Por supuesto, el juez requeriría de la intermediación para conocer del testimonio, oral o escrito, que le es presentado, pero la justificación de la información que mediante este adquiriera es una cuestión distinta.

presión sanguínea”, que era la generalización en juego en el famoso caso *Frye*, donde se pretendía presentar como prueba pericial un entonces novedoso detector de mentiras.¹⁷ Por supuesto, muchas veces la premisa mayor será mucho más compleja que una única afirmación, será un conjunto de afirmaciones cada una de las cuales podría integrar una inferencia inductiva independiente.¹⁸ De cualquier manera, nótese que antes de valorar cómo se ha aplicado al caso concreto, hay que tener los datos relevantes sobre la justificación de la generalización en juego; podríamos decir que esto es condición necesaria pero no suficiente de una valoración judicial sobre las pruebas periciales, todavía faltaría por ver si en el caso concreto, por ejemplo, la medición del aumento de la presión sanguínea de Diego permite inferir que él ha mentado. Sin embargo, cuando la premisa mayor es cuestionada y mostrada inválida, entonces ya no haría falta el análisis de la premisa menor, como en el caso de los detectores de mentiras ejemplificado.

Si somos conscientes de la información que necesitamos, ya podríamos exigir a las partes cómo deben conformar el ofrecimiento de sus pruebas periciales y/o sus informes periciales: explicitando claramente la inferencia o las inferencias en juego. Sin embargo, a efectos de subsanar cualquier déficit de información y para comprender adecuadamente el razonamiento pericial, la práctica de las pruebas periciales será fundamental. La oralidad

¹⁷ El caso *Frye* (1923) fue el primer caso en la experiencia estadounidense donde se estableció jurisprudencialmente un criterio de admisibilidad de las pruebas periciales atendiendo a la calidad de las mismas: la aceptación general de la comunidad experta relevante. Un significativo salto que ha llevado a centrar la atención en las comunidades expertas más allá de los peritos particulares. Al respecto, puede verse Vázquez (2015, pp. 92 y ss.).

¹⁸ Considérese como ejemplo el siguiente listado en casos en los que se debe determinar la edad biológica de una persona sin documentación oficial al respecto: 1. La determinación de la edad de un joven sin ningún registro oficial al respecto solo puede llevarse a cabo mediante estimaciones sobre su edad biológica a partir del grado de maduración de ciertas estructuras anatómicas. 2. Existe consenso en la necesidad de utilizar varias técnicas de diagnóstico, cada una con sus propios medios auxiliares, y en combinar el resultado de todas ellas para sustentar un diagnóstico fiable. 3. Uno de esos métodos es la valoración Atlas de maduración ósea de Greulich y Pyle, consistente en comparar la radiografía del individuo con las radiografías estándar para cada edad y comprobar con qué edad “tipo” coincide. 4. Otro de esos métodos es la radiografía de mano izquierda mediante el método Greulich-Pyle TW2-RUS, basada en el estudio del grado de maduración ósea de los huesos del carpo, etc. Véase el ejemplo completo Vázquez (2015, pp. 190 y ss.).

en combinación con la contradicción puede colaborar a que se incorpore adecuadamente información relevante sobre el razonamiento pericial. Pese a que es el principio de oralidad el que más difusión ha tenido, este no tiene, en sí mismo, efectos epistemológicos, pues puede ser regulado y aplicado de manera tal que no se aprovechen las oportunidades que potencialmente ofrece para una mejor práctica de las pruebas; por ejemplo, obligando a formular y seguir una lista cerrada de preguntas, sin posibilidad de repreguntar o limitando la contradicción exclusivamente para las partes al concebir al juzgador en una actitud totalmente pasiva. Por ello, es fundamental enfatizar la combinación oralidad- contradicción como una estupenda dupla que permitiría tanto a los jueces como a los fiscales y abogados un mejor acercamiento al contenido de las pruebas periciales.¹⁹

El principio de contradictorio es, evidentemente, una de las más importantes garantías procesales de las partes al permitir que cuestionen las pruebas presentadas por su contraparte y también que puedan de alguna manera controlar el razonamiento judicial en aquellos casos en que el juez lo refleja a través de las preguntas que hace a las propias partes, los testigos y los peritos. Por eso el ejercicio del principio de contradictorio también debe servir como herramienta cognoscitiva a los jueces, es decir, les debe permitir subsanar sus déficits de información sobre las pruebas periciales admitidas. Desafortunadamente, no siempre pueden hacer tal subsanación únicamente a través de las partes, por ejemplo, porque no cuestionan adecuadamente y el juez sigue teniendo dudas o incluso cuando pese al cuestionamiento de las partes las dudas persisten. Si asumimos que los jueces deben comprender las pruebas presentadas para tomar una decisión racional, entonces lo mejor que puede pasar a las partes es que los jueces

¹⁹ Como se verá, asumo aquí una visión epistémica del contradictorio, incompatible con las concepciones que lo ven como espacio de combate entre las partes. En la misma línea, por ejemplo, Ferrer sostiene que: “[d]ado que la finalidad institucional principal de la fase de prueba en el proceso judicial es la averiguación de la verdad, el sistema procesal jurídico, como no podía ser de otra manera, importa en forma de instituciones jurídicas los mecanismos epistemológicos necesarios para alcanzar esa finalidad. En este caso, puede decirse que el modo de implementar jurídicamente mecanismos que faciliten la corroboración es el denominado principio de contradicción” (Ferrer, 2007, p. 86). Sobre este tema pueden consultarse un par de trabajos de Tonini (2003; 2011).

resuelvan sus dudas *durante* la práctica de las pruebas y no que, habiéndose quedado con ellas, las satisfagan preguntando a un experto de su confianza o incluso consultando en otras fuentes que, evidentemente, las partes desconocerán y no tendrán ninguna posibilidad de contradecir. Por ello, no podemos aspirar siquiera a que los jueces permanezcan totalmente pasivos durante la práctica de la prueba pericial.

Dicho lo anterior, podría haber casos complejos en los que el desconocimiento del juez impidiese siquiera generar dudas relevantes para la adecuada comprensión de las afirmaciones periciales. En esos casos, sería muy oportuno que el sistema jurídico previese la posibilidad de contar con un “consultor experto” que pudiera educar básica y rápidamente al juez sobre las cuestiones más elementales de un área de conocimiento. Es decir, no se trataría de un perito sino de un experto con una función muy concreta y distinta a la de ofrecer pruebas sobre los hechos concretos del caso: la función de dar al juez las nociones más básicas de un área o aspectos relevantes de la misma para que posteriormente sea capaz de comprender adecuadamente lo que los peritos le dirán e incluso preguntar razonablemente.²⁰ Un experto así no debería conocer los hechos del caso concreto, evitando con ello cualquier contaminación del conocimiento que pondrá en manos del juez. Por supuesto, habría que discutir cómo sería nombrado y garantizar en todo momento la participación de las partes, no necesariamente contradiciendo sus afirmaciones, pero sí en su nombramiento y en todo contacto que tuviese con el juez respectivo, quien debería comunicar siempre a las partes cualquier reunión con el consultor.

Por otro lado, también podría haber casos en los que el ejercicio del contradictorio trajese más dudas cuya adecuada resolución requiriese más operaciones periciales y, para esas situaciones, podría preverse la posibilidad de realizar lo que podría identificarse como “meta-periciales”. Es

²⁰ Esta figura existe en la práctica procesal estadounidense, aun cuando no está prevista específicamente en la normativa, se considera que las facultades de los jueces para conducir las cuestiones preliminares de los casos en conjunto con la facultad de nombrar expertos les permite nombrar a los llamados “*technical advisors*”. Ahora bien, es una figura que tiene lugar en la etapa de admisión de las pruebas y no en la práctica de las mismas, lo que es relevante puesto que quien la usa no es el juzgador de los hechos, sino el juez que tiene que decidir la admisibilidad de las pruebas.

decir, que haya una nueva prueba cuyo objeto exclusivo de análisis sea dar respuesta a esas preguntas concretas a partir de las pruebas periciales inicialmente admitidas y practicadas. Vale la pena enfatizar que esta opción debería estar disponible únicamente para aquellos casos en que el contradictorio entre las partes genere más dudas sobre las afirmaciones realizadas por los expertos; no se trataría entonces de una tercera prueba pericial que inicia desde cero, sino una revisión sobre lo realizado por los dos expertos u ampliación de lo mismo.

Algunos sistemas actuales tienen al llamado “perito tercero en discordia” que se utiliza cuando el juez tiene alguna duda después de escuchar a los peritos que han participado o cuando hay un desacuerdo entre ellos. Sin embargo, en mi opinión, ese sistema ha generado incentivos perversos para los jueces, quienes a veces dan mayor valor probatorio al tercero en discordia simplemente porque es un perito oficial y, otras ocasiones, resuelven de manera netamente numérica asumiendo como correcto aquello que afirma la mayoría. En este tipo de prácticas podría subyacer la idea de que todo desacuerdo entre los peritos es necesariamente debido a una parcialidad de alguno de ellos, lo que es una concepción sumamente reductivista de los desacuerdos entre los expertos.

Los desacuerdos entre los expertos no son una anomalía en el funcionamiento de la ciencia, al contrario, la historia del progreso del conocimiento está repleta de ellos, son parte integral de la misma.²¹ Son explicables no solo por la existencia de diversas escuelas de pensamiento, sino porque los datos son susceptibles de interpretaciones alternativas o porque todavía no hay un consenso sobre la suficiencia de la evidencia con la que cuentan o porque hay diferentes métodos que pueden ser aplicables para lograr un mismo objetivo o porque se pueden inferir diversas conclusiones a partir de ciertos datos. Ahora bien, también puede haber desacuerdos meramente aparentes porque, por ejemplo, alguno de los expertos ha utilizado información diferente a la utilizada por el otro perito (simplemente porque le fue dada esa y no otra). Por ello, uno de los primeros objetivos a lograr en el análisis de los desacuerdos entre peritos sería identificar si se está frente a un genuino desacuerdo o ante un desacuerdo aparente. En la práctica

²¹ Al respecto puede verse un estupendo libro de Harker (2015) y Dwyer (2008).

esto no se hace, el derecho sistemáticamente ha tratado de huir de los desacuerdos ofreciendo a los jueces distintas salidas para ello, como el perito tercero en discordia o el “perito único”, sin darse cuenta que *no* hay manera de huir: al hacerlo se está optando por uno de los lados disponibles, sin saberlo y, por supuesto, sin hacerlo de manera justificada.

Si asumimos que los desacuerdos entre expertos no solo pueden ser normales sino incluso sanos, dado que nos muestran un panorama más amplio sobre lo que podemos saber respecto de una misma cuestión, habría que buscar maneras de gestionarlos jurídicamente de mejor manera. Y, en mi opinión, una forma de hacerlo es que siempre que se dé tal situación se lleve a cabo una junta para propiciar un escenario de diálogo *entre* ellos y *con* ellos. Esta estrategia no es nada novedosa, desde 1980 en Australia surgió el llamado “*hot-tub*” que, básicamente, es la reunión del juez y las partes con los peritos con el objetivo claro de delimitar y/o aclarar los desacuerdos entre ellos (Hazel, 2013). La idea de base sería algo así como replicar un escenario que debería ser familiar para los expertos: un sano debate de las ideas y/o de la información considerada en sus afirmaciones. Ahora bien, puesto que el proceso judicial no es y no puede ser de ninguna manera un contexto académico, hay que buscar la manera más efectiva para que dicho debate sea informativo para el juez que debe decidir. A esos efectos se le debería pedir a los peritos que desacuerdan que antes de la reunión presenten al juez un informe conjunto sobre sus puntos de acuerdo y de desacuerdo y una suerte de justificación de los mismos,²² de manera que el juez participaría en la reunión con los expertos teniendo la información relevante para dirigir el debate y no viéndose sistemáticamente sobrepasado por los expertos.

Hay distintas maneras de llevar a cabo la junta de peritos: 1) permitir que se pregunten entre ellos; y/o 2) hacer preguntas específicas para ellos; y/o 3) debatir sobre los informes periciales. En el sistema inglés, donde ha estado en práctica desde hace unos años, todas las posibilidades están abiertas para el juez, quien tiene dentro de sus facultades de *case management* elegir la que cree que será la mejor dinámica para afrontar el

²² Esta disposición está actualmente vigente en Inglaterra, véase el artículo 35.12 (3) de las *Civil Procedure Rules* y, sobre todo, los numerales 9.1 a 9.8 de la *Practice Direction* 35.

desacuerdo en ese caso.²³ Los datos que arrojan los estudios que se han realizado sobre la experiencia de jueces y abogados es sumamente positiva, el 83% de los miembros de la judicatura encuestados respondieron que el *hot-tubbing* mejoraba la calidad de las pruebas periciales, mientras que el 84% de los abogados respondió de la misma manera.²⁴ Vale la pena enfatizar que esta técnica se ha mostrado útil para afrontar diferencias sustantivas entre los expertos, pero no para cuestiones relacionadas con su falta de credenciales o experiencia o su falta de independencia o la afectación a algún tipo de sesgos.

La evidencia empírica sobre el funcionamiento del *hot-tubbing* en Inglaterra es claramente persuasiva, pero obviamente no podemos inferir a partir de ella que también funcionará en otros sistemas. En mi opinión, no obstante, debemos probar si funciona en nuestros contextos, dado que constituye un mucho mejor mecanismo para tratar los desacuerdos entre expertos, para lograr una genuina justificación sobre las inferencias que hacemos a partir de ellos. Como cualquier otra regla procesal, una vez implementada deberíamos medir empíricamente su funcionamiento real para conocer sus éxitos, pero también sus debilidades o fracasos y, en su caso, modificarla.

Finalmente, hay algunos tipos de casos en los que la complejidad técnica es tal que, incluso poniendo en práctica todas las herramientas antes mencionadas, se presentan dificultades serias de comprensión para un juez lego. En esos casos queda aún una opción: que un experto sea incorporado como miembro del tribunal. Por supuesto, surgen aquí varias cuestiones: ¿cómo y cuándo se nombrará a un experto que potencialmente hará de juez?, ¿cómo se garantizará la participación de las partes?, ¿su decisión será obligatoria para los jueces legos? Todas son preguntas muy relevantes en una decisión que debería ser muy excepcional y estar bien fundada: la incorporación al tribunal de un experto que, claramente, asumiría las responsabilidades de participar junto con un juez (o conjunto de jueces) en la

²³ Sobre el “*case management*” pueden verse van Rhee (2007), Denyer (2012).

²⁴ Véase “*Concurrent Expert Evidence and ‘Hot-Tubbing’ in English Litigation since the ‘Jackson Reforms’*. A Legal And Empirical Study”, desarrollado por el *Civil Justice Council*, 25 de julio de 2016, pp. 58 y 59.

toma de una decisión judicial. Tampoco esta figura es un invento personal: está prevista en el ordenamiento danés, son llamados *assessors*, expertos que son pagados por el gobierno en casos muy complejos y que de ninguna manera suplen a los peritos de parte (Movin Østergaar, 2016, pp. 319-341).

A diferencia de los consultores mencionados párrafos arriba, los asesores daneses asisten al juicio oral para escuchar las pruebas y luego participan en las deliberaciones judiciales, con el aspecto positivo de que si los “jueces tienen dudas sobre aspectos técnicos del caso, no solo pueden preguntar al experto, sino que también tienen la oportunidad de participar de un genuino debate con los asesores sin preocuparse de revelar su opinión sobre la decisión del caso” (Movin Østergaar, 2016, p. 331, la traducción es mía). Además de esto, los argumentos que se ofrecen para justificar dicha figura en el ordenamiento jurídico son la legitimidad de una decisión en la que explícitamente asumen la responsabilidad el (o los) experto(s) en conjunto con los jueces y el consenso entre los representantes del mundo jurídico y del mundo científico-tecnológico. Según Movin Østergaard, la experiencia danesa está conformada sistemáticamente por decisiones de consenso entre los jueces profesionales y los asesores, sin embargo, cuando se ha dado un disenso y a efectos de la segunda instancia, debe quedar claro quién está en desacuerdo en la decisión tomada (Movin Østergaar, 2016, p. 332).

El nombramiento de un asesor a la danesa tendrá unos u otros problemas en atención al sistema jurídico en el que buscarse implementarse: por ejemplo, no es lo mismo su implementación en un diseño donde se prevé que un solo juez tome la decisión sobre los hechos que en un diseño donde el juzgador de los hechos es colegiado. En un sistema en donde la decisión sea tomada por dos personas, el juez profesional y el asesor incorporado al tribunal, debería primar la decisión del juez lego quien, por obvias razones, deberá ofrecer una motivación reforzada de su decisión con la claridad suficiente en la explicitación de sus razones que permita luego a la segunda instancia realizar una revisión adecuada. Sin dudas, es una figura controversial, pero estaría dotada de mayor legitimación (y racionalidad) que la deferencia a alguien que se tiene como experto y que el mismo sistema prevé que no es quien debe decidir.

Todas estas figuras van más allá de la tradicional opción entre peritos de parte y peritos oficiales, previendo distintos roles para distintas necesidades

de la decisión judicial, buscando a la vez incentivar una genuina sana crítica hacia los expertos a la vez que nos tomamos en serio su conocimiento y participación. Evidentemente, hay que tener en cuenta que no en todos los casos están en juego todas las piezas de este escenario; para la activación de las distintas figuras habría que tomar en cuenta algunos factores como la complejidad del conocimiento experto en juego, el carácter determinante de la prueba pericial para el caso, el monto del litigio, el tiempo disponible, el grado en el que haya una significativa diferencia de opiniones entre los peritos, etc. De cualquier manera, un sistema jurídico que prevea las diferentes opciones aquí mencionadas está ofreciendo a los jueces herramientas necesarias para afrontar diversos grados de complejidad que pueden presentarse en las pruebas periciales y, quizá más importante aún, indicando explícitamente que el objeto de valoración de las pruebas periciales son las afirmaciones realizadas por los expertos.

4. Sobre la información que funda una prueba pericial

Como se mencionó anteriormente, las diversas herramientas presentadas en el epígrafe anterior pueden ser complejas, costosas económicamente e implicar también costos de tiempo para el proceso. Por ello, deben ser empleadas con prudencia y solo cuando la complejidad técnica del caso lo aconseje. Antes de llegar a la utilización de esas herramientas, sin embargo, conviene que de forma general nos ocupemos de las pruebas periciales desde el primer momento: qué se pregunta a los expertos, qué información sobre el caso les brindamos para sus operaciones periciales y cuáles son las obligaciones que les imponemos en toda su actividad. Veamos cada una de estas cuestiones.

En una reciente encuesta a expertos que han participado como peritos en los tribunales estadounidenses, cuando se les preguntó sobre las razones por las cuales habían rechazado participar como peritos en un proceso judicial determinado, el 49% respondió que habían rehusado dado que “la cuestión estaba fuera de mi área de *expertise*” (Seidman y Lempert, 2018, p. 45). Una respuesta muy preocupante, puesto que toda la actividad

pericial dependerá de este primer acercamiento entre los expertos y los juristas. Aunque en el mundo ideal ni siquiera debería mencionarse, es obvio que los abogados deben conocer amplia y profundamente el caso que defenderán: solo de esta manera serán capaces de identificar las lagunas probatorias que deben suplir y evaluar a qué tipo de expertos deben recurrir. Seidman y Lempert concluyen, a partir del dato arrojado por su encuesta, que la frecuencia de la respuesta sugiere que “un sistema que ayuda a los abogados y a los jueces a identificar a reconocidos expertos con conocimiento específicamente relevante para el caso incrementaría la eficiencia en la búsqueda de asesoramiento y podría promover la mejora de las pruebas periciales en el proceso judicial” (Seidman y Lempert, 2018, p. 45, la traducción es mía); lo que no resulta nada claro es cómo sería el sistema que sugieren, ¿están pensando en un mero listado de expertos disponibles para peritar, que ya existe en la mayoría de nuestros sistemas? o ¿la propuesta es más sofisticada y piensan en algún ente que ayude a identificar el experto adecuado *para* el caso específico?

Si tomamos en cuenta la experiencia que se ha tenido en muchos de nuestros países con el nombramiento del perito oficial y la dificultad de gestionar los listados, parecería poco aconsejable optar por esa estrategia para la selección de cualquier experto.²⁵ En mi opinión, no habría que priorizar el ofrecimiento de esos mecanismos a las partes sino establecer un diseño institucional que favorezca la tarea de los abogados, por ejemplo, para determinar claramente cuál será el objeto del peritaje y para disponer de la información relevante para la realización de la prueba pericial, lo que se conseguirá si mejoramos en general las actividades que llevan a la conformación del conjunto de pruebas.

Si el juicio oral consistirá en una audiencia concentrada, entonces el caso debe llegar a ella lo más claro y pulido posible; y, a esos efectos, los actos procesales anteriores a aquella son determinantes para la conformación del conjunto de elementos de juicio que dará forma a las cuestiones de hecho y de derecho. Siempre podría suceder que en dicha dinámica las partes lleguen a un acuerdo o se determine que no hay un caso litigioso,

²⁵ Sobre las dificultades de un sistema de nombramiento de expertos por los jueces, véase Vázquez (en prensa).

pero para ello hay que tener toda la información relevante disponible que permita tomar las decisiones de la manera más racional posible. En este sentido, disponer de un conjunto de información completa debe ser la aspiración de cualquier diseño institucional serio: no se trata solo de tomar decisiones con *cualquier* conjunto de información, sino que la decisión se adopte con toda la información relevante disponible.²⁶

Tradicionalmente en nuestros sistemas esa preocupación ha sido de alguna manera puesta en manos del juez, a través del ejercicio de algunos de sus poderes probatorios; sin embargo, en los últimos años las reformas procesales que hemos vivido han disminuido sistemáticamente el poder del juez de ordenar la incorporación de pruebas no solicitadas por las partes o incluso de sugerir la incorporación de pruebas que complementarían el conjunto presentado por las partes y, en cambio, han aumentado el control de las partes sobre la presentación de pruebas. En ese escenario, si al desiderátum epistemológico de tomar decisiones con un conjunto de pruebas completo sumamos una preferencia por evitar a toda costa que las partes terminen ganando un caso simplemente por utilizar argucias litigiosas, como sacar información nueva de forma sorpresiva durante el juicio oral o esconder información relevante, hay que establecer medidas para que las partes conozcan lo antes posible cuáles son las pruebas disponibles que fundan o refutan sus pretensiones, que tengan acceso a ellas y, por supuesto, que se cierre lo antes posible el conjunto probatorio que estará en juego durante *todo* el proceso judicial.

En los sistemas anglosajones, en los que tradicionalmente las partes han controlado las pruebas que presentan en un juicio, se ha impulsado mediante la institución del *discovery* o *disclosure* (que ha sido traducida como “descubrimiento probatorio”) los objetivos de lograr la completitud del conjunto de pruebas y de evitar el “*risk of surprise at the trial*”. Como su nombre sugiere, tiene como objetivo que las partes se descubran mutuamente la información que tienen durante el llamado *pre-trial*. Según

²⁶ Ello supone que el objetivo de la institución probatoria es la averiguación de la verdad y que el proceso judicial no es meramente un instrumento para resolver disputas personales entre las partes. Si el objetivo fuera únicamente ese, por supuesto, no necesitaríamos un diseño institucional refinado, dado que no importaría la corrección sustantiva de la decisión, sino la conformidad de las partes sobre la decisión.

Glaser, los partidarios del *discovery* estadounidense le atribuyen diversos beneficios:

Desde el punto de vista de los litigantes, permitiría traer información y pruebas no conocidas de otra manera, reduciendo el factor sorpresa en el juicio. Desde el punto de vista de la administración de justicia, el descubrimiento probatorio aliviaría las cargas de casos de los tribunales incrementando los acuerdos y reduciendo las apelaciones de veredictos, todo ello con el aumento en la calidad de los acuerdos y de los juicios... (Glaser, 1968, p. 83, la traducción es mía).

No es este el espacio para ahondar en esta figura procesal. Baste decir que con un mecanismo de este tipo las partes pueden tener un panorama amplio para evaluar de la mejor manera si necesitan una prueba pericial y qué información darán al experto, sin ir a ciegas o con información incompleta derivada únicamente de la poca información que en la práctica se suele dar en la demanda o en su contestación, cuando de un caso civil se trata, o por no haber tenido acceso a la llamada *unused information* obtenida en la investigación policial, cuando estamos ante un caso penal.²⁷ Por supuesto, no tener toda la información relevante disponible en el momento en que las partes deciden si presentan o no una prueba pericial puede conllevar que no se elija bien la *expertise* pertinente dado que lo que será el objeto del peritaje es incierto o parcial y, por supuesto, que el contenido

²⁷ La “*unused information*” es la información obtenida mediante las investigaciones policiales que la propia policía o el fiscal encargado de la investigación desecha por considerar irrelevante para la presentación de su caso pero que, sin embargo, la parte investigada podría considerar relevante y a la que debe tener acceso, de cualquier manera, para juzgar su relevancia.

En algunos sistemas en los que los fiscales tienen el deber de actuar imparcialmente, se podría argumentar que no hace falta asegurar el acceso a la *unused information* porque debería ser información genuinamente irrelevante. Sin embargo, la carga excesiva de trabajo de los fiscales o incluso un mero descuido humano podrían llevar a descartar como irrelevante información que es genuinamente relevante y, por ello, aún en esos sistemas es importante el acceso de las partes a esa información.

de un peritaje sea fragmentario como resultado simplemente de que la información que el experto tuvo a disposición fue también incompleta.²⁸

Ahora bien, no solamente hay que empoderar a las partes en lo relativo al acceso a la información para que planteen su caso de la mejor manera, sino que también se debería establecer una relación mucho más fluida con el juez a efectos de determinar el objeto del peritaje. Es decir, se podría pensar en un modelo y/o práctica en el que haya cierto control judicial genuino sobre qué información del caso van a considerar los expertos que han sido seleccionados por las partes e incluso decidir que haya un único experto que reciba instrucciones de ambas partes.²⁹ Si las partes no se pusieran de acuerdo en las instrucciones al experto, entonces sería el juez el encargado de decidir el objeto del peritaje, asumiendo que finalmente la prueba pericial tiene como objetivo brindar información relevante *para* la decisión judicial.

En todo caso, los jueces deberían observar con atención la información que se ha brindado a los peritos, ahí podrían encontrar explicaciones a los desacuerdos entre informes periciales e incluso adelantarse a ellos evitándolos en fase de admisión. Ello debería implementarse a través de una audiencia entre las partes, el juez y los expertos para dilucidar cuál debe ser la información brindada o incluso para delimitar de mejor manera los extremos del peritaje. En los sistemas de justicia actuales la situación prevista está muchas veces muy lejos de esto: a las partes se les pide, en ocasiones, simplemente que digan cuál sería el objeto del peritaje que proponen, para hacer luego una designación oficial del experto, con el que el juez no tendrá ningún contacto hasta que este le haga llegar su informe pericial. Quizá nos podríamos ahorrar muchos recursos de distinto tipo y sacar más provecho al experto si contáramos con su propia ayuda para establecer los extremos del peritaje y en ello participaran también ambas partes.

Lo anterior podría conllevar que las partes terminasen presentando conjuntamente un solo experto. Pero, entiéndase bien, no se trata solo de

²⁸ Aunque no es el uso habitual, también podría decirse en este caso que el testimonio es parcial. El término “imparcialidad” pericial es un término complejo que puede tener distintos significados, al respecto puede verse Vázquez, 2018) y Dwyer (2008).

²⁹ Esta regla se encuentra vigente en el sistema inglés, véase la regla 35.7 de las *Civil Procedure Rules* y el numeral 7 de la *Practice Direction 35*.

incentivar que las partes se pongan de acuerdo en el nombramiento de un perito, a diferencia de lo que están haciendo muchos sistemas jurídicos, sino de que el experto participe en una reunión con las partes donde debata el objeto del peritaje y la información relevante que debe considerar.³⁰

Dicho lo anterior, no basta con preocuparnos por los extremos del peritaje, hay que tomar en consideración la fiabilidad de los métodos, técnicas, etc., que empleará o ha empleado el experto. En esa línea, a partir de la experiencia estadounidense con la llamada trilogía Daubert,³¹ se ha planteado que todos los sistemas jurídicos deberían tener una admisibilidad más exigente para las pruebas periciales a efectos de evitar que entre al proceso conocimiento de baja o nula calidad. Por supuesto, ello supondría que el legislador correspondiente establezca claramente en el código procesal qué criterios jurídicos deberán considerar los jueces en adelante; pero, mientras eso no pase, debemos ver de qué manera podemos avanzar en la tarea con las herramientas con las que ya contamos, como el criterio de la relevancia o pertinencia previsto en todos nuestros ordenamientos. Y es que, en mi opinión, solo puede considerarse relevante aquel conocimiento experto cuya fiabilidad sea susceptible de conocerse por quienes tienen que decidir y, si es así, entonces las partes deben argumentarlo desde que ofrecen la prueba. Efectivamente, si entendemos que un elemento de juicio es relevante si, y solo si, permite fundar en él (por si solo o conjuntamente con otros elementos) una conclusión sobre la verdad del enunciado fáctico a probar, entonces, ¿cómo podríamos fundar una decisión sobre información cuya fiabilidad no se ha argumentado adecuadamente?

Y en este punto nos topamos con un gran problema en el uso de al menos parte del conocimiento experto que se utiliza en el proceso judicial: desconocemos su fiabilidad y desconocemos que desconocemos su

³⁰ Hay que lograr un balance entre los incentivos y desincentivos para acudir al litigio. Si los incentivos para acudir son grandes, entonces, el sistema adversarial y la oralidad se ponen en riesgo puesto que ambos son inherentemente *time-consuming* y caros. Hay que tomar en cuenta: los costos, los retrasos (*delay*) y que pueden hacerse públicas cuestiones que se hubiere preferido guardar en la privacidad, los malos ratos que se pueden pasar en tribunales, etc.

³¹ Sobre esa parte de la experiencia estadounidense puede verse Vázquez (2016) y la literatura ahí citada.

fiabilidad. Métodos y técnicas que han sido tradicionalmente usados en los procesos judiciales, como la identificación de huellas dactilares o las pruebas caligráficas, no han sido sujetas a estudios controlados que muestren que: I. en condiciones adecuadas es posible prever que alcanzarán resultados consistentes en X número de veces, y II. que tienen la capacidad de establecer lo que pretende establecer. Es decir, no tenemos información empírica sobre su fiabilidad: el único test que hemos aplicado a la *expertise* es la propia *expertise*, esto es, la preocupación suele girar en torno a si el sujeto puede ser considerado “realmente” un experto, si tiene la formación o habilidades correspondientes, si tiene los conocimientos suficientes, etc. Ninguno de dichos elementos provee información sobre cuán fiable es la técnica o el método usado por el experto y cuáles son las limitaciones del mismo, sus fuentes de error y grados de error.

En la mayoría de los procesos judiciales, cuando bien nos va, los expertos explican cómo supuestamente funcionan sus métodos o técnicas, pero hay muy poca información empírica sobre el funcionamiento real de los mismos. Uno de los mayores esfuerzos que se hicieron al respecto puede verse en el reporte “Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward” realizado por el National Research Council of the National Academies y que, como su título indica, está dedicado al análisis de las ciencias forenses en el contexto estadounidense. En él se denuncia que, con excepción del ADN,³² no solo hay una falta de estudios controlados y/o otras pruebas que establezcan la fiabilidad de muchas de las ciencias forenses usadas cotidianamente en los procesos judiciales de los Estados Unidos, sino que además hay una tremenda divergencia en los tipos de titulación,³³ certificación, formación, protocolos y metodologías empleadas por aquellos que llevan a cabo tales pruebas y participan como peritos en los juicios. Ello, por supuesto, dificulta la correcta identificación de los

³² Esta excepción no implica que las pruebas genéticas estén exentas de problemas. Sobre los diversos problemas que podrían encontrarse específicamente en las pruebas de ADN puede verse Murphy (2015).

³³ Esta situación no es propia de Estados Unidos, en España, por ejemplo, recientemente se ha llamado la atención sobre la importancia del título oficial del perito criminalístico nombrado por el juez. En ese sentido, véase Lucena, Franco, Iglesias, Pombar, y García Corrochano (2018).

delincuentes y pone en riesgo la corrección de las decisiones, aumentando los riesgos de las condenas falsas.³⁴

¿Qué puede hacer el sistema jurídico para avanzar en el paso prioritario de contar con generalizaciones expertas bien soportadas por información empírica contrastada? Desde mi punto de vista, se deberían hacer dos labores, una vez que se ha tomado conciencia de su falta: exigir la inversión de mayores recursos económicos para la ciencia aplicada de utilización forense; y acudir a las comunidades expertas, pues es imposible que dicha información sea generada por expertos individuales. Los puentes que hasta ahora se han tendido entre la comunidad jurídica y la comunidad científica se han limitado la inmensa mayoría de las veces a que la primera le solicite a esta el envío de listados de expertos dispuestos a fungir como peritos, lo que es un acercamiento no sustantivo. Por el contrario, lo que deberíamos hacer es acercarnos para pedir detalles sobre cómo validan su conocimiento y cuáles son los resultados de dicha validación; y, en caso de que no se cuente con ese tipo de información, saber las razones de tal situación para evaluar cómo el sistema jurídico tiene que proceder.³⁵

Todo lo anterior, por sí mismo, no resolverá los problemas de la prueba pericial, debe acompañarse de una adecuada formación de jueces y abogados. Tal como afirma Edmond, “para que las reformas procesales puedan lograr los objetivos deseados, es necesario que haya un cambio en la cultura y en los niveles de sofisticación técnica de los abogados y los jueces. Los abogados y los jueces deben entender por qué las prácticas tradicionales son inadecuadas y ser capaces y estar dispuestos a cambiarlas” (Edmond, 2012, p. 30, la traducción es mía). En otras palabras, los operadores jurídicos deben ser capaces de entender la necesidad de someter a las pruebas periciales a una sana crítica, pero aún más, deben entender que ello supone comprender adecuadamente el razonamiento pericial y no exclusivamente valorar al sujeto que lo dice o la forma en que lo dice a través de su informe.

³⁴ El *Innocence Project* ya ha puesto sobre la mesa incluso algunos números que muestran en la realidad estas terribles consecuencias, véase los datos en <https://www.innocenceproject.org/causes/misapplication-forensic-science/>. Sobre este punto también llama la atención Duce (2018).

³⁵ Por ejemplo, una de las opciones sería excluir sistemáticamente las pericias que se basen en métodos o técnicas cuya fiabilidad desconocemos. Vale la pena recalcar el aspecto social del desconocimiento en juego.

Una vez que los operadores jurídicos son conscientes de ello, entonces corresponde ofrecerles un diseño normativo acorde a las exigencias.

5. Conclusiones

Los jueces deben valorar el razonamiento inferencial realizado por los peritos, sin embargo, la construcción de nuestros diseños normativos y de muchas de nuestras prácticas han apuntado a que los jueces se centren en valorar cuestiones diversas a ello. Como consecuencia, tenemos decisiones judiciales con conocimiento experto que no están justificadas. Es indispensable hacer un profundo cambio en dichas prácticas, un cambio que supone muy diversas líneas de acción, desde la educación en razonamiento probatorio para los operadores jurídicos, hasta la modificación de las herramientas que el sistema jurídico les ofrece para afrontar los grandes desafíos que su tarea exige. Tanto los jueces como los abogados y los fiscales parecen tener deficiencias importantes de información relevante a la hora de afrontar las pruebas periciales, pero no estamos ante deficiencias cognitivas insalvables. Hay mucha información empírica que pone sobre la mesa serios problemas en el uso de conocimiento experto, pero la manera en la que pueden afrontarse no es simplemente cambiando de sujeto, poniendo jueces expertos o comisiones de expertos que decidan las controversias jurídicas, sino empoderando a los actores para que cada uno desde su trinchera sea capaz de usar de manera racional conocimiento experto fiable.

Bibliografía

- Cohen, L. J. (1983). Freedom of Proof. En Twining, W. (ed.), *Facts in Law* (pp. 1-21), Wiesbaden: Franz Steiner Verlag GMBH.
- Denyer, R. (2012). *Case Management in Criminal Trials*. Inglaterra: Hart Publishing.
- Devis Echandía, H. (1972). Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1, 41-66.

- Duce, M. (2018). Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema. *Política criminal*, 13(25), 42-103.
- Dwyer, D. (2008). *Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Edmond, G. (2012). Is Reliability Sufficient? The Law Commission and Expert Evidence in International and Interdisciplinary Perspective: Part 1. *International Journal of Evidence & Proof*, 16(1), 30-65.
- Ferrer, J. (2007). *Valoración racional de la prueba*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Freckelton, I., Goodman-Delahunty, J., Horan, J. y McKimmie, B. (2016). *Expert Evidence and Criminal Jury Trials*. Oxford: Oxford University Press.
- Glaser, W. (1968). *Pretrial Discovery and the Adversary System*. New York: Russell Sage Foundation.
- Goldman, A. (1991). Epistemic Paternalism: Communication Control in Law and Society. *Journal of Philosophy*, 88(3), 113-131.
- Harker, D. (2015). *Creating Scientific Controversies*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hart, H. L. A (1966). *Law, Liberty and Morality*. Stanford: Stanford University Press.
- Hazel, G. (2013). Getting to the truth: experts and judges in the “hot tub”, *Civil Justice Quarterly*, 32, 275-299.
- Lackey, J. (2008). *Learning from Words. Testimony as a Source of Knowledge*. Oxford: Oxford University Press.
- Lucena Molina, J. J., Franco Rodríguez, J. C., Iglesias García, M. J., Pombar Crespo, F. J. y García Corrochano, C. (2018). *La relevancia del título oficial del perito criminalístico nombrado por el juez en la jurisdicción penal española*. Madrid: Dykson.
- Mnookin, J. (2006). Bifurcation and the Law of Evidence. *University of Pennsylvania Law Review Pennumbra*, 155, 134-145.
- Movin Østergaard, J. (2016). An assessor on the tribunal: how a court is to decide when experts disagree. *Civil Justice Quarterly*, 35(4), 319-341.
- Murphy, E. (2015). *Inside the Cell: The Dark Side of Forensic DNA*. New York: Nation Books.

- Schauer, F. (2006). On the Supposed Jury-Dependence of Evidence Law. *University of Pennsylvania Law Review*, 155, 165-202.
- Schauer, F. y Spellman, B. (2013). Is Expert Evidence Really Different? *Notre Dame Law Review*, 89(1), 1-26.
- Seidman, S. y Lempert, R. (2018). When Law Calls, Does Science Answer? A Survey of Distinguished Scientists & Engineers. *Daedalus*, 147(4), 41-60.
- Stafford, T., Holroyd, J. y Robin, S. (2018). Confronting Bias in Judging: A Framework for Addressing Psychological Biases in Decision Making. *Manuscript*.
- Stein, F. (1990). *El conocimiento privado del juez*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- Tonini, P. (2003). Prova scientifica e contraddittorio. *Diritto penale e processo*, 12, 1459-1465.
- Tonini, P. (2011). Dalla perizia ‘prova neutra’ al contraddittorio sulla scienza. *Diritto penale e processo*, 3, 360-369.
- van Rhee, C. H. (2007). *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, Cambridge: Intersentia.
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Vázquez, C. (2016). La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert. *Jueces para la democracia*, 86, 92-112.
- Vázquez, C. (2018). La im/parcialidad pericial y otras cuestiones afines, *Isonomía*, 48, 69-107.
- Vázquez, C. (en prensa). Los peritos de designación judicial a propósito del caso español. Los jueces, los grupos de expertos y el contexto procesal. En J. Ferrer Beltrán y C. Vázquez (eds.), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Comunidad y contexto epistémico en la prueba pericial

*Epistemic Context and Community in
Expert Evidence*

Florencia Rimoldi*

Recepción: 4/10/2019

Evaluación: 12/10/2019

Aceptación final: 12/11/2019

Resumen: En este comentario deseo abordar el trabajo de Vázquez a partir de consideraciones epistemológicas que, según mi propuesta, son relevantes para comprender el contexto judicial de averiguación de hechos y sus exigencias. Utilizo estas consideraciones para iluminar algunos aspectos de la práctica que pueden tener impacto en la apreciación de la propuesta de la autora. Para esto, este comentario se divide en tres partes. En la primera, ofrezco una síntesis crítica de la propuesta de Vázquez. En la segunda, argumento que algunas discusiones provenientes de la epistemología deberían incorporarse al modelo epistemológico ofrecido por la autora para dar una imagen más completa de las diferentes interacciones epistémicas que tienen

* Doctora en Filosofía. Instituto de Investigaciones filosóficas, UNAM, Ciudad de México, México. Correo electrónico: florencia.r@filosoficas.unam.mx. Programa de Becas Posdoctorales en la UNAM, Becaria del Instituto de Investigaciones Filosóficas, asesorada por el doctor Miguel Ángel Fernández Vargas. Me gustaría expresar aquí mi agradecimiento a la revista *Discusiones*, especialmente a Valeria Trotti y a Hernán Bouvier, por convocarme a comentar este artículo de Vázquez. Como epistemóloga, he aprendido muchísimo de su trabajo, y he disfrutado enormemente pensar el tema de la prueba pericial a partir de mi área. En este sentido, cualquier error que haya podido cometer en la interpretación de las tesis de la autora es completa responsabilidad mía, pero si he realizado algún aporte significativo a sus propuestas es gracias a lo que he aprendido “argumentativo-deferencialmente” de la lectura de sus trabajos.

lugar durante el proceso en cuestión. En la tercera retomo las propuestas más salientes de Vázquez relacionadas con estos puntos para considerarlas a la luz de los mismos.

Palabras clave: Testimonio experto, justificación epistémica, contexto epistémico, comunidad.

Abstract: In this set of comments I want to take issue with Vázquez's work from the point of view of epistemological considerations that, as I see them, are relevant for the proper understanding of the judicial context of fact-finding and its demands. I use these considerations to shed light over some aspects of such practice that may have an impact in the author's proposal. To do so this paper is divided in three sections. The first section presents a critical synthesis of the Vázquez's proposal. In the second section I argue that some discussions originated in epistemology should be included in the epistemological model offered by the author, in order to present a more complete image of the different epistemic interactions that take place during the process in question. In the third part I go back to consider the most salient proposals from Vázquez related to these issues in order to approach them from the point of view of these discussions.

Keywords: Expert testimony, epistemic justification, epistemic context, community.

En este comentario deseo abordar el trabajo de Vázquez a partir de consideraciones epistemológicas generales que, según mi propuesta, son relevantes para comprender el contexto judicial de averiguación de hechos y sus exigencias. El propósito del comentario es utilizar estas consideraciones para iluminar algunos aspectos de la práctica que pueden tener impacto en la apreciación de la propuesta de la autora. En algunos casos, reforzando sus conclusiones, y en otros motivando un alejamiento de algunas propuestas puntuales. Para esto, este comentario se divide en tres partes. En la primera ofrezco una breve síntesis crítica de la propuesta de Vázquez, ampliando algunos puntos epistemológicamente relevantes de la misma, como el concepto de comprensión. En la segunda parte, argumento que hay algunas discusiones provenientes de la epistemología que deberían incorporarse al modelo epistemológico

ofrecido por la autora, para dar una imagen más completa de las diferentes interacciones epistémicas que tienen lugar durante el proceso en cuestión. Con ese propósito, primero abordaré la pregunta de si la epistemología del testimonio puede explicar exhaustivamente el vínculo epistémico entre jueces/zas y peritos/as, y argumentaré que una imagen más completa de dicho intercambio surge si pensamos en un modelo que llamo “argumentativo-deferencial”. Luego, desarrollaré brevemente los *insights* de un tipo especial de contextualismo en relación con la justificación epistémica, y argumentaré que el contexto en el que se da el intercambio epistémico entre jueces/zas y peritos/as debe ser reconocido como un genuino contexto epistémico cuyas reglas y estándares de justificación no pueden extrapolarse del contexto científico. En la tercera parte, retomaré las propuestas más salientes de Vázquez relacionadas con estos puntos para considerarlas a la luz de los mismos.

1. Las propuestas de Vázquez

El artículo de Vázquez se enmarca en una línea de trabajo que la autora viene desarrollando sistemáticamente en distintos lugares (Vázquez, 2015, 2016, 2018) y que da lugar a una posición compleja y comprensiva de las múltiples facetas del uso de testimonio experto en el ámbito judicial. La posición es compleja y comprensiva porque, siendo sensible a las particularidades de cada etapa procesal, de cada operador jurídico involucrado, con sus distintos posibles roles dentro del proceso judicial y dentro de cada etapa, y a las exigencias y problemas epistemológicos de cada una (aplicando con rigor *insights* centrales de la epistemología del testimonio y la filosofía de la ciencia), ofrece a la vez la posibilidad de conectar todas estas complejas facetas en una visión global del uso del testimonio experto en el contexto de la práctica judicial. Esta conexión está dada por el énfasis permanente de Vázquez en comprender cómo y en qué sentido cada parte de su análisis se conecta con las otras para dar lugar a una concepción general de la prueba pericial, asociada a una práctica judicial con las características epistémicas que queremos —o deberíamos querer— que esta tenga.

En este contexto más general, este trabajo se centra en ofrecer herramientas procesales vinculadas al tratamiento de la prueba pericial en las

etapas de admisión y, sobre todo, a su práctica, que generen un contexto epistémicamente favorable para la última etapa de valoración. Fundamentalmente, sus propuestas y argumentos se centran en la consecución de una meta epistémica específica y, según ella, necesaria para que el juez o la jueza pueda decidir racionalmente en la valoración: la comprensión del razonamiento inferencial utilizado por los expertos y las expertas. La diferencia, señalada por la autora, entre meramente poseer una información determinada (por ejemplo, sobre cada una de las premisas del razonamiento probatorio) y *comprender* a dicho razonamiento es de crucial importancia si lo que buscamos es que el juez o la jueza sea capaz de tomar una decisión racional respecto del caso teniendo en cuenta la totalidad de la evidencia.

Me gustaría ampliar esta última observación, para comprender cabalmente su importancia. Comprender es un fenómeno epistémico que no se agota en la mera posesión (incluso justificada) de cierta información (aunque esta sea verdadera). Una persona puede aceptar con justificación una serie de proposiciones (por ejemplo, porque una autoridad epistémica competente se las facilitó testimonialmente) y no ser capaz de conectarlas entre sí de manera de captar cómo están vinculadas (lógica o epistémicamente), ni cómo esa relación permitiría comprender un fenómeno determinado. Una persona puede saber, gracias a la palabra de su médico o médica, que tiene una determinada patología *X*, que esa patología incluye los síntomas *a*, *b* y *c*, y que en parte está relacionada con las características fisiológicas *d* y *e*, y ambientales *f* y *g*. Sin embargo, puede no comprender *por qué* tiene *X*, y tampoco comprender a *X* como fenómeno médico (qué es *X*, cómo se relacionan los síntomas *a*, *b* y *c*, y las características *d*, *e*, *f* y *g* entre sí para dar lugar a *X*, etc.). La epistemología de la comprensión nos permitirá sistematizar un poco esta idea. Para Kvanvig (2003), por ejemplo, comprender un fenómeno redundante en captar ciertas relaciones explicativas y de coherencia entre sus partes. Según Riggs (2003, p. 20), “requiere de una apreciación profunda [...] de cómo sus partes encajan entre sí, qué rol juega cada una en el contexto del todo, y el rol que juega en el esquema más grande de las cosas”.¹ Grimm (2011) intenta clarificar esta idea de captación o apreciación de la relación entre partes, enfatizando que se trata

¹ Las traducciones de este comentario son mías.

de una habilidad para (1) entender el impacto que ciertos cambios de las partes podrían, o no, tener en el sistema entero, y (2) para hacer inferencias correctas sobre los modos en los que las diferencias en los valores de verdad de las proposiciones involucradas influirían en las inferencias que se dan en el mundo actual. Estas habilidades, entonces, requieren de un pensamiento contrafáctico (qué pasaría si las cosas fueran diferentes) en relación con las partes del fenómeno a comprender y con el resto de las cosas con las que dicho fenómeno está conectado.

La comprensión, entonces, es un estado epistémico mucho más sofisticado que el mero conocimiento proposicional, y para el caso que nos compete, que es el razonamiento inferencial pericial, queda claro que comprender un razonamiento incluye una capacidad que se encuentra por encima y por debajo de la mera constatación de las premisas, y de la pretensión de que de las premisas se siga una cierta conclusión relevante para el caso. En este sentido, el juez o la jueza debería ser capaz de relacionar las premisas entre sí, de manera de comprender por qué se sigue de ellas la conclusión, con qué fuerza, cuál es el grado de probabilidad de cada premisa, y cómo se relaciona el razonamiento y sus partes con el resto de la evidencia, con la cuestión de si la parte demandada es culpable y con la decisión judicial que debe tomarse. Esto último requiere de la habilidad contrafáctica mencionada al final del párrafo anterior, toda vez que el juez o la jueza no solo debe considerar los márgenes de error o la probabilidad de cada pedazo de evidencia, sino que, en relación con estos, debe considerar cómo impactaría en la decisión final la posibilidad (contemplada en el concepto de *margen de error*) de que la evidencia sea falsa después de todo. Todas estas consideraciones forman una parte central de la valoración de la evidencia y es por ello que resulta crucial el señalamiento de la autora en relación con la necesidad de buscar la comprensión del razonamiento inferencial pericial para una correcta valoración de la prueba pericial, pues esas capacidades contrafácticas son precisamente las involucradas en esta etapa. Sin esa comprensión, no se podrá valorar adecuadamente la prueba, y por ende no se podrá tomar una decisión racional respecto del caso.

Un último punto importante en relación con la definición de la meta epistémica perseguida es una suerte de cualificación relacionada con la comprensión buscada. La comprensión es un fenómeno que viene en gra-

dos (ver Gordon, 2017), y en ningún caso sería deseable que la comprensión buscada por el juez o la jueza equivalga a la que puede tener el experto o la experta. Como afirma la autora, esto exigiría del juez o la jueza que sean capaces de producir la prueba, lo cual es no solo innecesario sino sencillamente impracticable, pues se convertirían en el experto o la experta. Podemos decir, entonces, que la comprensión buscada en este caso debe ser la *suficiente para valorar la prueba adecuadamente*. Volveré sobre este punto en la segunda parte de este trabajo.

Luego de argumentar que no hay razones serias para pensar que los jueces o las juezas sean incapaces de comprender el razonamiento inferencial (lo cual justificaría la actitud deferencialista que se suele tener hacia los peritos o las peritas, pero a la vez, y por lo dicho en los párrafos anteriores, tornaría a la valoración misma de la prueba en una etapa que está en flagrante contradicción con la etapa de la práctica, toda vez que en la práctica se estaría asumiendo la falta de una capacidad que es prácticamente *definitoria* de la etapa de valoración), la autora pasa a ofrecer una serie de herramientas procesales que deberían estar disponibles en las etapas de práctica y admisión —o que, si ya lo están, deberían estar mejor gestionadas— para favorecer la consecución de la *comprensión suficiente para valorar la prueba adecuadamente*.

Es importante señalar que todas las propuestas de la autora se dan en un marco de consideraciones epistemológicas de diverso tipo, que no solo facilitan la comprensión de los intercambios entre los/as distintos/as agentes involucrados/as (por ejemplo tomando las conclusiones más relevantes de la epistemología del testimonio y del desacuerdo entre pares epistémicos) sino que determinan cuáles son las exigencias que es razonable tener (por ejemplo en la fundamentación de los informes periciales) y cuáles no (por ejemplo la demostración de cientificidad o la exigencia de certezas).

Las propuestas, entonces, se dividen en dos grupos. Aquellas que se ofrecen en la etapa de la práctica de la prueba, de las cuales me interesa señalar aquellas dos que más apuntan a fortalecer el intercambio epistémico entre jueces/zas y peritos/as: (1) permitir preguntas aclaratorias por parte del juez o la jueza durante el contradictorio, y (2) gestionar eventuales desacuerdos entre peritos/as de manera que se contemplen las distintas causas posibles del mismo. La primera propuesta es importantísima porque

siguiendo, en concordancia con la fundamentación de sus propuestas, un modelo según el cual el/la juez/a es un/a agente epistémico/a autónomo/a que busca la comprensión, restringir sus intervenciones o intentar regular el contradictorio en relación con ellas, resulta absolutamente inapropiado y pernicioso desde el punto de vista epistémico. La segunda propuesta contempla varias alternativas, de las cuales me interesa recalcar la de contemplar la posibilidad de realizar juntas entre peritos/as y jueces/zas para que los/as primeros/as puedan considerar juntos/as cuáles son exactamente los puntos en los que desacuerdan, y que quienes juzgan puedan en función de esto retomar algunas preguntas y cuestiones aclaratorias.

Las propuestas que, por su parte, se ofrecen en la etapa del *pre-trial*, tienen que ver fundamentalmente con dos cuestiones. La primera se conecta con una necesidad de contar cuanto antes con la información completa del caso, para que peritos/as y juez/a puedan contar con que comparten la misma información, y estén de acuerdo sobre cuál es el objeto del peritaje. Esto evitaría la generación de desacuerdos no-genuinos entre peritos/as. Para esto, se sugiere que como mínimo haya un cierto control judicial sobre la información brindada a los/as peritos/as, y como máximo una audiencia entre partes, peritos/as y juez/a para tratar estos puntos. Creo que esta sugerencia es más importante que lo que la misma autora reconoce, porque es otro punto nodal de intercambio epistémico entre peritos/as y juez/a que, como veremos en las siguientes secciones, resulta crucial para generar el contexto epistémico adecuado. La segunda propuesta tiene que ver con admitir solo aquellas pruebas periciales que argumenten adecuadamente a favor de su fiabilidad. Esta propuesta se sigue naturalmente de la idea de que el/la juez/a no solo puede, sino que debe comprender el razonamiento inferencial para tomar una decisión racional. Sin embargo, Vázquez parece sugerir (en la introducción) que los criterios indirectos para evaluar la confiabilidad (criterios asociados al/a la perito/a, o al tipo de conocimiento en el que se basa) no serían tan necesarios ni eficaces. Cuestionaré en la tercera sección este aspecto negativo de su propuesta.

En la siguiente sección realizaré algunas consideraciones epistemológicas que sentarán las bases para revisitar, en la tercera sección, las propuestas de Vázquez.

2. Consideraciones epistemológicas

En esta sección deseo introducir más elementos epistemológicos al análisis de la prueba pericial que, si bien complejizan aún más el modelo propuesto por la autora, creo que permiten apreciar con mayor claridad la importancia de incentivar todas aquellas propuestas que vuelvan más robusto el contexto epistémico compartido por los/as distintos/as operadores/as y en especial por peritos/as y jueces/as, y por otro lado parecerían demandar evaluaciones del/la perito/a que vayan más allá de la fiabilidad de la prueba que este presenta. Estos puntos los retomaré en la siguiente sección. Ahora me centraré en discutir dos cuestiones epistemológicas y su relevancia para la cuestión de la prueba pericial. Discutiré: (2.1) el modelo de intercambio epistemológico que resulta adecuado para comprender la dinámica entre el/la juez/a y el/la perito/a; y (2.2) los aportes contextualistas y pragmatistas a la cuestión de la justificación epistémica.

2.1. Hacia un modelo de *argumentación deferencial crítica*

Al inicio de la sección 3 de su trabajo, la autora señala la relevancia de comprender adecuadamente la dinámica epistémica que tiene lugar en la interacción entre el/la juez/a y el/la perito/a antes de embarcarse en la empresa de mejorar normativamente la práctica que tiene lugar en el proceso judicial de averiguación de hechos. Para esto, propone analizar el intercambio entre el/la juez/a y perito/a en términos de la epistemología del testimonio, teniendo en cuenta el hecho fundamental de que “La prueba pericial como *f fuente de conocimiento* es un testimonio, es decir, obtenemos la información relevante a partir de un tercero” (sección 3).

La autora, en este sentido, se apoya en la teoría del testimonio de Lackey (2008) para explicar las distintas facetas involucradas en el testimonio pericial, que, lejos de constituir una mera transferencia de conocimientos de una parte a la otra, requiere de la participación crítica y autónoma de dos agentes epistémicos/as. Esto significa que quien recibe el testimonio, en este caso el juez o la jueza, no puede deferir ciegamente ante lo que le dicen, sino que debe evaluar críticamente el contenido del testimonio, y tener

razones positivas para aceptarlo, para que el resultado del intercambio testimonial realmente constituya conocimiento o una creencia justificada.²

Para comprender mejor lo que quiero decir a continuación, haré una distinción entre el fenómeno epistémico del testimonio y el testimonio pericial como un fenómeno en principio diferente del anterior.³ Lo que haré, entonces, es dar sentido a esto último mostrando que si bien el testimonio pericial tiene un elemento testimonial importante, contiene un elemento argumentativo igualmente relevante que debemos considerar. Para esto, es importante volver para atrás y recordar que la meta epistémica del juez en relación con la prueba pericial es la comprensión del razonamiento inferencial. En este sentido (para tomar el mismo ejemplo que la autora) si la conclusión del razonamiento es *p*: “el acusado mintió”, se espera que el juez o la jueza comprenda suficientemente las razones que sostienen esa conclusión, y que surgen de la comprensión general que tiene del razonamiento pericial involucrado ofrecido por el perito o la perita.

Contrastemos esta necesidad con el fenómeno epistémico del testimonio, que puede describirse como una de las formas básicas por las cuales circula la información entre las personas:

Un/a hablante H le dice a un/a oyente O que p, en virtud de lo cual O pasa a creer que p.

La característica distintiva del testimonio, aquello que lo diferencia de otros intercambios epistémicos entre personas, es precisamente el hecho de que pasamos a formar creencias a partir de la palabra de otras personas, y no, por ejemplo, a partir de los argumentos que nos ofrecen, o a partir de estrategias de disuasión. La diferencia entre el testimonio y los otros

² Por una cuestión de simplicidad, dejo de lado aquí la discusión respecto de cuál es el estado epistémico relevante para el juez o la jueza. Para un desarrollo más profuso de esta discusión, ver Vázquez (2015, cap. 1). Como hemos argumentado (Rimoldi y Bouvier, 2017) parece que la creencia no es una actitud ni necesaria ni suficiente para que el juez o la jueza pueda tomar decisiones racionales.

³ No utilizo aquí la distinción propuesta por Coady (1992) entre testimonio natural y testimonio formal porque creo que este último es más amplio que el pericial, toda vez que incluye también al testimonio lego.

dos casos, es que la persona afirma “p” y es en virtud de ese acto que pasamos a creer que p.⁴ En los otros dos casos, se ofrecen razones o motivos (diferentes de p) que nos *inducen* a aceptar p (ya sea racionalmente, como es el caso de la argumentación, o por otros medios, como es el caso de la disuasión). Incluso cuando una persona nos ofrece un argumento y afirma p como conclusión del mismo, esa afirmación *no* constituye un testimonio puesto que ni se afirma p con la intención de dar a conocer p a partir de dicha afirmación (sino que se espera que se acepte p a partir de las razones esgrimidas), ni tampoco se pasa a creer que p en virtud de que H lo dijo (sino que se pasa a creer que p en virtud de las razones esgrimidas).⁵

Si, como decíamos anteriormente, se espera que el juez o la jueza no solo obtenga el conocimiento (o la creencia justificada) de que p, sino que comprenda hasta cierto punto por qué p, mediante la comprensión del razonamiento inferencial involucrado, entonces el testimonio pericial no se agota ni consiste necesariamente en un intercambio testimonial en el sentido recién desarrollado, sino que incluye, y de manera importante, un intercambio de tipo argumentativo, el cual consiste en el ofrecimiento de razones positivas a favor de p, para *mostrar o exhibir* que p.⁶ El perito o la perita, la mayoría de las veces, debe compartir no solo su conclusión de que “el acusado mintió” sino las razones que apuntan directamente a esto, en la forma de un razonamiento inferencial.

La complejidad del caso del testimonio pericial, sin embargo, no se agota en el reconocimiento de la dimensión argumentativa del mismo porque, como bien señala la autora, la prueba pericial es una *f fuente de*

⁴ Esto es una simplificación, el acto de habla puede no ser la afirmación, y la persona puede testificar que p a pesar de no decir explícitamente “p” de muchas maneras que no vienen al caso. Véase Lackey (2008, cap. 1); Welbourne (2001, caps. 5 y 6).

⁵ Estas consideraciones pueden verse con mayor exhaustividad (Welbourne, 2001, caps. 5 y 6).

⁶ Este aspecto argumentativo no puede ser absorbido ni siquiera por teorías del testimonio robustas como las de Lackey, que demandan razones positivas para aceptar el testimonio. Esto es así porque, para no perder la esencia del testimonio (*i. e.* pasar a creer que p en virtud de que alguien lo dijo) y hacer solapar su teoría con el fenómeno de la argumentación, Lackey exige razones positivas *para aceptar el testimonio de que p*, pero no razones directas a favor de p (ver Lackey, 2008, pp. 181-183). Las primeras son solo razones indirectas a favor de p, y consisten en información sobre la confiabilidad de la persona, su veracidad, etc. Volveré sobre esta diferencia en la sección 3 de este comentario.

conocimiento para el juez o la jueza. Esto quiere decir que, en muchos casos (si no en la mayoría) el perito o la perita cumple una doble función difícil de conciliar: la de *argumentar* a favor de una cierta conclusión, y la de educar al juez o la jueza en cuestiones centrales para evaluar la solidez de los mismos argumentos que esgrime. Un ejemplo para entender esta complejidad puede surgir si pensamos en casos más sencillos. Cuando dos pares epistémicos (es decir, dos personas que comparten aproximadamente la misma evidencia, las mismas competencias o *expertise* respecto de la cuestión a discutir) se encuentran en un intercambio argumentativo, las premisas del razonamiento que lleva a concluir que *p* son conocidas por ambos de manera independiente. Esto quiere decir que el par que recibe el argumento solo debe evaluar la validez o calidad del mismo para aceptar *p*. Las premisas y su plausibilidad están dadas por sentido o representan el conocimiento común que ambos tienen. En el caso de la prueba pericial, sin embargo, el juez o la jueza no tiene conocimiento previo de muchas de las premisas centrales del razonamiento ofrecido (todas aquellas que surjan del conocimiento especializado que forma parte de la *expertise* del perito/a),⁷ sino que las *recibe testimonialmente* por parte del perito o la perita, ahora sí, en el sentido del intercambio testimonial epistémico descrito anteriormente. Esta situación de dependencia epistémica es ineludible, pues aun cuando el perito o la perita justifique mediante razones –es decir, mediante otros razonamientos inferenciales– la verdad de alguna de las premisas involucradas –por ejemplo la de ciertas generalizaciones independientes de los hechos del caso– en algún punto se detendrá (pues la cadena inferencial no puede ser infinita) y realizará alguna afirmación autoritativa (“este es el método más usado en el campo”, “tres métodos diferentes, y respectivos experimentos replicados en cantidad de veces, apoyan tal generalización”, “existe consenso en la necesidad de utilizar varias técnicas de diagnóstico para dar con un resultado fiable”, “en los artículos x, y, z, se exhibe la correlación entre los fenómenos a y b pero no

⁷ Es decir, todas aquellas que no representen los hechos del caso, cuestiones de sentido común, el conocimiento común que se presupone compartido, o hechos notorios, o conocimiento especializado adquirido por el juez o la jueza dada su experiencia con otros casos similares.

se prueba la relación causal”, etc.).⁸ Llegado este punto, el juez o la jueza no tiene otra opción que deferir. Y es aquí donde se plantea una especie de enigma o situación dilemática para el juez o la jueza. Pues, respectivamente, puede evaluar de manera autónoma la calidad del razonamiento en términos de su validez (si asumo que las premisas son verdaderas, ¿me comprometo a aceptar p, o al menos que p es probable?), y puede tener razones independientes para aceptar algunas de las premisas (ya sea porque son los hechos del caso, o porque el perito o la perita le ha dado razones adicionales para aceptarlas), pero habrá algunas premisas o presupuestos del razonamiento cuya verdad la obtiene testimonialmente de la misma persona que le está brindado el argumento. Aquí, su capacidad general para evaluar razonamientos no le alcanza para tener completa autonomía sobre el razonamiento, toda vez que debe deferir tarde o temprano hacia el perito o la perita, y esta deferencia se transfiere de premisas a conclusión, casi de la misma manera en que lo hace la verdad. Si llamamos a esta dinámica “argumentación deferencial”, cabe realizarnos la siguiente pregunta: ¿de qué forma puede un juez o jueza aceptar de manera epistémicamente virtuosa una conclusión p surgida de una argumentación deferencial?

Si no comprendemos bien cómo esta dinámica puede resultar en un intercambio epistémico virtuoso, entonces podríamos tener derecho a sospechar que la meta buscada, a saber, *la comprensión suficiente para valorar la prueba adecuadamente*, no es completamente asequible. Pero hay un modelo en el que una dinámica similar se da y, *prima facie*, nos parece un intercambio virtuoso. La “argumentación deferencial” ocurre cuando leemos un artículo académico orientado a personas ajenas al campo de investigación del que trata, en el que se brindan argumentos muy completos y detallados que somos capaces de evaluar, pero tarde o temprano nos topamos con afirmaciones que solo están sustentadas por notas al pie que contienen referencias que no es razonable que busquemos, luego de

⁸ Aun cuando dichas afirmaciones cuenten con las referencias apropiadas en el informe escrito, lo que estas referencias permiten es una posible constatación independiente de la verdad de lo dicho. Pero mientras que esta constatación no se realice (y entiendo que esto *por default* no se hace), desde el punto de vista epistemológico la aceptación de esas premisas será un caso de aceptación surgida de un intercambio testimonial.

lo cual compartimos críticamente las conclusiones del autor o la autora.⁹ La tarea, entonces, es entender qué herramientas procesales permiten que el juez o la jueza se asemeje más a una persona competente que lee un artículo científico y comparte críticamente las conclusiones de los autores o las autoras, y menos a una persona competente que lee un artículo pseudocientífico —por ejemplo negando la injerencia del hombre en el cambio climático— y comparte críticamente las conclusiones de los autores o las autoras, lo cual no es epistémicamente virtuoso. Retomaré esta cuestión en la siguiente sección.

2.2. La justificación epistémica: aportes contextualistas

Existe un supuesto epistemológico universalista muy arraigado no solo en la tradición epistemológica analítica sino también en el “sentido común” de las personas, académicas o no, de que para cualquier conjunto evidencial E (es decir, cualquier conjunto compuesto por distintos trozos de evidencia), si no tuviéramos limitaciones cognitivas, ni físicas, ni de tiempo, sería verdadero que para toda proposición empírica p, E apoya p en cierto grado de manera *objetiva*. Esto significa que, dado E, habría solo una actitud racional hacia p porque las reglas epistémicas (las que determinan cómo y de qué forma un tipo de evidencia apoya a una determinada conclusión) son universales. Aunque este supuesto ha sido cuestionado desde muchos lugares, el supuesto universalista se cuele, en versiones más o menos sofisticadas, en muchos de los presupuestos de nuestros razonamientos y en la autoconcepción de nuestras prácticas. Esto es especialmente cierto en el caso de algunos/as científicos/as.

De las críticas que existen al universalismo, me interesa señalar aquí una originada en una forma especial de contextualismo defendida por Williams (2007), a la que él llama “contextualismo wittgensteiniano”, tomando varios *insights* de Wittgenstein en *On Certainty* (Wittgenstein, 1969). Según Williams, lo único que hay son prácticas justificatorias (*i. e.*, prácticas de dar y pedir razones) que si bien tienen un aire de familia, no

⁹ Quizás este modelo sea aplicable a ciertos contextos formativos superiores, como cursos de doctorado.

sería legítimo unificarlas en algo como una teoría general de la justificación, que ofreciera reglas generales para el buen razonamiento, o determinara de una vez y para siempre los principios epistémicos que dicen cuándo una proposición está apoyada por un conjunto evidencial determinado, y contra los cuales todas las prácticas locales podrían compararse, explicando hasta qué punto se acercan hacia ese ideal, y considerando los factores “no epistemológicos” que explican por qué se alejan de este (por ejemplo institucionales, de tiempo, éticos, de poder, etc.). Esto va más allá del reconocimiento de la existencia de metodologías diferentes según el campo disciplinar (que es compatible con el universalismo toda vez que este reconozca tipos de conocimiento), y apunta a cuestionar la relevancia y, sobre todo, la pertinencia de intentar asociar y extrapolar atribuciones de justificación de un contexto a otro, incluso en contextos disciplinares similares. La justificación de teorías, creencias, hipótesis o proposiciones depende *siempre* del contexto particular o disciplinar en el que se estén considerando, y en este sentido una teoría, hipótesis, etc., puede estar justificada para un cierto contexto, pero no estarlo para otro.

No es este el lugar para defender aquí esta posición, pero sí creo dos cosas. La primera es que definitivamente esta es la posición más razonable que se puede tener, si uno no desea postular normas epistémicas que floten en un magma de “realidades filosóficas” que están por encima y por debajo de los fenómenos empíricos que, por supuesto, incluyen nuestras distintas prácticas sociales e institucionales.¹⁰ La segunda es que, si una posición como esta es la correcta, entonces esto tiene consecuencias muy relevantes para la cuestión de los intercambios epistémicos entre el/la juez/a y el/la perito/a y su gestión. Para apreciar mejor esta relevancia, veamos con algo más de detalle cuáles son los elementos que permitirían determinar el contexto en virtud del cual se puede juzgar si una creencia está o no justificada.

En general, lo que determina en qué contexto justificatorio estamos es todo aquello que se *presupone* en dicho contexto y, por ende, no será cuestionado. Los presupuestos de un contexto pueden ser explícitos o estar escasamente articulados, e incluyen principios metodológicos o epistémicos, y

¹⁰ Para ver argumentos a favor de una posición como esta (aunque no específicamente a favor de esta posición) consultar Rimoldi (en prensa).

también proposiciones particulares que se dan por sentadas. En este sentido, Williams señala cuatro tipos de factores que moldean el contexto justificatorio en el que estamos y, por ende, determinan los presupuestos del mismo.

Factores semánticos. Determinan qué tipo de cuestionamientos resultan inteligibles para un contexto y cuáles no. El tipo de factores que pertenecen a este grupo es de lo más diverso. Puede incluir verdades matemáticas, pero también ciertos juicios perceptivos. Lo que distingue a estos factores es que, si se cuestionaran en el contexto determinado por ellos, sencillamente no sabríamos cómo interpretar ese cuestionamiento. Por poner solo un ejemplo para el contexto judicial, sería difícil entender qué estaría cuestionando exactamente una parte que, en mitad de un juicio, le preguntara al juez “¿Cómo sé que usted es *realmente* un juez?”.

Factores metodológicos o disciplinares. Determinan qué tipo de cuestionamientos resultan legítimos en función de la investigación que estamos llevando a cabo, y de cuál es la dirección de la misma. Los presupuestos en este caso constituyen aquellas cuestiones *a partir de las cuales* podemos avanzar en la búsqueda de conocimientos. En este sentido, y como observa Wittgenstein (1969, §163), no cuestionar la legitimidad *general* de las fuentes documentales es una necesidad metodológica de, por ejemplo, la investigación historiográfica sobre los últimos años de Napoleón. Y en el contexto judicial, no sería legítimo cuestionar en medio de un juicio la fiabilidad *general* de las cadenas de custodia. Porque esto impediría llevar adelante la investigación, por ejemplo, respecto de la culpabilidad o inocencia del demandado. Tal como afirma Williams (2007) “las necesidades metodológicas son presuposiciones que están en pie de tal modo que cuestionarlas nos llevaría a cuestionar la competencia entera de la forma de investigación que ellas permiten. En este sentido, determinan el meta-contexto disciplinar de tales prácticas...” (p. 102).¹¹

¹¹ Es importante señalar que estos presupuestos no son “intocables”, incluso dentro de un mismo contexto. Con el tiempo, los presupuestos pueden corroborarse empíricamente (si una investigación que presupone a p arroja resultados importantes, entonces p se considera indirectamente validada hasta cierto grado) y también cuestionarse y revisarse de manera individual. Lo que no puede hacerse sin cambiar de contexto es cuestionar todas las presuposiciones a la vez.

Factores dialécticos. Determinan qué tipo de cuestionamientos son apropiados en función del estado actual de la discusión en el campo disciplinar, las técnicas disponibles, los hallazgos y problemas relevantes, etc. Es decir, son todas aquellas presuposiciones que no quedan excluidas del campo mismo de investigación, y que dado el estado actual de esta no se cuestionan, pero podrían cuestionarse más adelante. La ciencia está plagada de ejemplos de cambios en este sentido. Por poner solo uno, durante mucho tiempo no tuvo sentido cuestionar la idea de que las neuronas no se regeneran una vez que el organismo está completamente desarrollado, y esto fue un presupuesto de múltiples investigaciones hasta que en 1998 nuevas investigaciones dieron lugar al descubrimiento de la neurogénesis. En el contexto jurídico, podría estar sucediendo algo similar con el valor probatorio de las confesiones. Pero esto es una mera especulación mía.

Factores económicos o pragmáticos. Estos presupuestos determinan fundamentalmente (aunque no exclusivamente) los estándares requeridos para considerar una proposición suficientemente justificada, y por ende, qué desafíos relacionados con esto son legítimos y cuáles no. Una vez que admitimos la falibilidad de nuestros métodos, y nos damos cuenta de que la búsqueda de certeza está fuera de lugar, la pregunta por cuándo una proposición está suficientemente justificada, nos lleva a preguntarnos, “justificada, ¿para qué?”. Y es en este sentido que las consideraciones pragmáticas determinan cuáles son los desafíos apropiados y cuáles no. Consideraciones de tiempo y de recursos entran dentro de estos factores. Pero quizás la consideración más importante de todas tiene que ver con cuáles son las consecuencias pragmáticas, éticas y morales de aceptar p, e, igualmente importante, de aceptar p y estar equivocado respecto de p. Y aquí quizás sea conveniente tomar como ejemplo la misma proposición en dos contextos diferentes. Quizás un científico o una científica, en un procedimiento de rutina para saber qué sangre transfundir a un/a paciente, considere justificada la proposición “esta muestra de sangre es de tipo cero negativo” con la mera evidencia que le provee el haber realizado una sola vez el examen de tipificación ABO. Esto porque el examen es muy confiable y la posibilidad de error no tiene consecuencias mayores dado que cualquier persona puede recibir sangre tipo cero negativo. En el contexto jurídico, sin embargo, la misma evidencia podría ser insuficiente para afirmar con justificación

que la muestra de sangre es de tipo cero negativo. Por ejemplo, porque de aceptar esa proposición, se condenaría al acusado por asesinato, y el riesgo de estar equivocado es mucho más alto dado que involucraría condenar a un inocente por un delito mayor (y dejar al verdadero asesino suelto).

Debería resultar claro, a partir de lo visto, que el contexto en el que el intercambio epistémico entre jueces/zas y peritos/as tiene lugar es un contexto epistémico genuinamente diferente que como tal debe ser analizado en sus particularidades. Este contexto tiene como meta fundamental la *comprensión suficiente para valorar adecuadamente la prueba*. De todos los factores analizados, dos parecen ser los más problemáticos en caso de no atender a las diferencias contextuales. El primero es el dialógico. El juez o jueza no solo no es un científico o científica, sino que, como vimos anteriormente, debe aprender del perito o perita y evaluar autónomamente lo que dice. Por esta razón, el tipo de desafíos que será legítimo realizar dependerá fundamentalmente del estado de la “investigación”, entre peritos/as y juez/a, respecto de la cuestión a analizar. El modelo de “argumentación deferida” propuesto anteriormente podría darnos alguna pauta sobre las formas posibles de estos desafíos.

El segundo factor relevante es el económico o pragmático. Si no se presta suficiente atención a las diferencias contextuales, un perito puede realizar evaluaciones de confiabilidad que no son apropiadas para el contexto, y esto puede llevar al juez o a la jueza a valorar inadecuadamente la prueba. Si no atendemos suficientemente al modo en que estas diferencias en el contexto pragmático producen un genuino contexto epistémico diferente, el juez o la jueza puede no ser capaz de valorar la prueba porque el desconocimiento del perito o la perita de cuáles son los estándares de justificación adecuados dado el contexto impactará en la confianza de sus afirmaciones y esta ignorancia se transferirá al juez o a la jueza. Es decir, el juez o la jueza se verá incapacitado/a de *comprender suficientemente* los hechos relevantes, para decidir en base a esos hechos. Un perito o una perita que no entiende las diferencias contextuales puede afirmar que un determinado examen tiene una probabilidad del 0.01 de margen de error. Sin embargo, la confianza en (i) la corrección de ese valor, y, sobre todo, en (ii) cómo impacta ese valor en la probabilidad de que este test en particular, realizado en esta muestra particular, tenga ese margen de error, y (iii) el

significado exacto que tiene el resultado de este test —¿nos permite identificar una persona en particular, o más bien un tipo de persona?— puede —o debería— verse severamente afectada por el contexto pragmático en el que se está. En la siguiente sección retomaré estas consideraciones.

En esta sección he argumentado que el intercambio epistémico entre el/la juez y el/la perito/a responde al modelo que he llamado “argumentativo deferencial” y que dicho intercambio genera un contexto epistémico genuinamente diferente del científico. Las preguntas que deben responderse son (i) ¿Cómo dar cuenta del modo en que dicho modelo permite un intercambio epistémico virtuoso que dé lugar a la comprensión buscada? (ii) ¿Qué consecuencias tiene en la práctica el reconocimiento de la existencia de un contexto epistémico genuinamente diferente? Responderé a estas preguntas en la siguiente sección, retomando las propuestas de Vázquez mencionadas en la primera sección.

3. Las propuestas de Vázquez revisitadas

En las últimas páginas de su artículo, Vázquez realiza dos observaciones altamente significativas.

La primera es que cualquier esfuerzo por mejorar las prácticas epistémicas nunca será suficiente si no se mejora la calidad del conocimiento científico-forense desde el principio: esto es, más inversión para realizar los estudios necesarios para evaluar apropiadamente la calidad y el alcance de los métodos utilizados, mayores controles, mayor estandarización, etc. Esto es sumamente importante e iluminador, porque pone el dedo sobre dos cuestiones que, creo, deben tenerse en cuenta por todos los actores involucrados en este proceso. La primera es que cualquier criterio que se proponga para mejorar las prácticas epistémicas de las distintas etapas de admisión, práctica y valoración de las pruebas, por más óptimo que sea, no está libre de error. En el caso del manejo de la prueba pericial, esto significa que el juez o la jueza puede hacer todo bien, desde el punto de vista epistémico, y aun así incorporar como evidencia una prueba pericial que tiene una conclusión falsa. Esto nos lleva al segundo punto, que es la falibilidad de la ciencia y de sus métodos. La ciencia, por más rigurosa

que sea, tampoco está libre de error. Esto significa no solo que teorías y métodos que se consideran hoy como fuera de discusión el día de mañana pueden probarse falsas o inválidos, sino que además dichos métodos son falibles (tienen margen de error), y, quizás lo más importante de todo para el caso que nos compete, *la evaluación de esos márgenes de error también es falible*. Todo esto demanda no solo poner los mayores esfuerzos en mejorar la ciencia pericial, sino además tomar una decisión, a nivel legislativo, de cómo se va a distribuir ese margen de error.

La segunda observación refiere a la importancia de fortalecer los puentes entre la comunidad jurídica y la comunidad científica. Creo que las propuestas de Vázquez relacionadas con incentivar el intercambio epistémico entre juez/a y peritos/as, deben apreciarse en su importancia no solo en relación con la cuestión de fomentar la comprensión del juez o la jueza, sino además con fomentar la creación de espacios *comunes* entre jueces/as y peritos/as, en los que pueda producirse una genuina comunidad nueva que fortalezca la práctica que da lugar al contexto epistémico mencionado en la sección anterior. En este contexto, la asimetría de conocimientos entre juez/a y perito/a no es unidireccional, pues el perito o la perita debe aprender conocimientos y presupuestos relevantes de la práctica judicial, sin los cuales no puede ser un/a agente epistémico/a completamente funcional en este contexto, que no es el del laboratorio. En este sentido, no solo importa que el perito o la perita comprenda las partes relevantes del proceso judicial, sus fines, y las consecuencias del error, sino también que se cuente con información empírica sobre los tipos de errores más comunes presentes en las investigaciones periciales, incluidos los errores originados en excesos de confianza. Sería interesante invertir también en estudios y bases de datos que recopilen esta información.

Como he sugerido en la sección anterior, las reglas epistémicas surgen con posterioridad a la constitución de una práctica. No tiene sentido preguntarse *a priori* cuáles son las mejores reglas y los estándares adecuados. Esto nos hace pensar que cuanto más se estimule la creación de una comunidad epistémica perito-judicial, mayor será la calidad de cualquier criterio propuesto por el legislador atendiendo, por ejemplo, a las presuposiciones (semánticas, metodológicas, dialécticas y económicas) compartidas por dicha comunidad. Sin embargo, y habida cuenta de que los intercambios

epistémicos entre jueces/as y peritos/as ya existen (de lo que se trata es de fortalecerlos), me permito cuestionar la sugerencia de la autora relacionada con prestar más atención a la fiabilidad de los métodos y técnicas, y menos a los criterios “indirectos” como la evaluación del/la perito/a y sus credenciales o la científicidad del conocimiento que este/a detenta.

Si bien comparto con ella plenamente la necesidad de que el juez o la jueza comprenda suficientemente los razonamientos involucrados, y la necesidad de que se tenga razones de primera mano para juzgar la confiabilidad de los métodos y el conocimiento utilizado, creo que, si recuperamos el modelo argumentativo-deferencial que he examinado en la sección anterior, podemos apreciar que las limitaciones que este modelo impone al ejercicio de la autonomía solo pueden minimizarse si adoptamos criterios “indirectos” para evaluar la confiabilidad de aquellas afirmaciones del/la perito/a que el/la juez/a no tiene manera de juzgar por sí mismo.

En la sección anterior, me preguntaba cómo el intercambio entre el/la juez/a y peritos/as puede ser epistémicamente virtuoso, asemejándose más al del convencimiento razonado a partir de un artículo científico y menos al convencimiento razonado a partir de un artículo pseudocientífico. Como dije anteriormente, ningún criterio, ni ningún conjunto de criterios, puede ofrecernos garantías absolutas. Pero mientras que el criterio que apunta a juzgar la confiabilidad de los métodos y generalizaciones involucradas en el razonamiento pericial nos permite eliminar una posible fuente de error vinculada al elemento argumentativo de la prueba pericial, las limitaciones de autonomía que tiene el modelo argumentativo-deferencial requieren criterios indirectos que nos permitan aceptar de manera crítica toda aquella información que recibimos de manera testimonial, para la cual no tenemos razones de primera mano, sino solo la palabra del/la perito/a. Es aquí donde, para el caso de los artículos científicos, importa dónde está publicado el artículo, en qué revista, si la revista tiene arbitraje ciego, quién es el/la autor/a, cuáles son sus credenciales, qué otras publicaciones tiene, si es honesto/a, si es responsable desde el punto de vista epistémico, etc. Ninguno de estos factores por separado garantiza que el testimonio sea confiable, y un testimonio puede ser confiable a pesar de no cumplir alguno de estos criterios. Algunos criterios, sin embargo, vinculados al/la autor/a, parecen ser excluyentes. Por ejemplo si el/la autor/a es deshonesto/a o irres-

ponsable epistémicamente, no deberíamos deferir ante él/ella en absoluto. Pero cuando estos criterios se cumplen y varios de los otros están presentes, entonces parece razonable deferir ante el/la autor/a en algunas cuestiones, y juzgar por nosotros/as mismos/as la calidad de sus argumentos. Si, luego de haber leído críticamente el artículo, acompañamos la conclusión del/a autor/a, creo que esta actitud es perfectamente razonable, y lo seguiría siendo a pesar de que luego la conclusión resultara falsa. Y esto es lo más que se puede pedir a un/a agente epistémico real, tener las creencias que, dado el contexto, es racional creer.¹²

Aunque no sería legítimo extrapolar estos mismos criterios para la evaluación y admisión de un/a perito/a, lo cierto es que, vistos a la luz del modelo argumentativo-deferencial, los criterios Daubert para la etapa de admisión no parecen para nada inapropiados. Sin embargo, creo que hay dos tipos de criterio que no deberían ser exclusivos de una sola etapa. En relación con el informe pericial, creo que una breve evaluación mínima de la calidad de los argumentos presentados podría tener lugar en la admisión, a modo de “filtro”. Es decir, a la exigencia sugerida por Vázquez de que en el informe pericial la fiabilidad sea susceptible de conocerse (dejando la tarea de la evaluación de ese informe a una etapa posterior) podría sumarse una exigencia adicional de que la argumentación ofrecida sea sometida a un mínimo análisis preliminar tal que, si se encuentran errores o saltos argumentales evidentemente no justificados, el/la juez/a tenga la potestad de excluir la evidencia sin más.

De la misma manera, los criterios de honestidad y responsabilidad epistémica deberían estar vigentes en todas las etapas del proceso. La importancia de que un/a perito/a sea responsable en sus dichos y en la estimación de los márgenes de error es casi tan alta como la confiabilidad de los métodos utilizados. Una persona sensible al contexto, sensible a los argumentos de los otros, a la evidencia contraria a sus propuestas, abierta a la crítica y a

¹² Creo que la consecuencia más importante del así llamado “escándalo Sokal” es precisamente que nunca se puede ser demasiado *cauto* cuando nos encontramos con una argumentación con la “apariencia correcta”. Si la revista *Social Text* hubiera tenido en ese entonces la política editorial de evaluación por pares, el artículo muy probablemente no se habría publicado. Pero otra consecuencia igual de importante es que todas las prácticas presuponen la buena fe de los participantes. Sin este presupuesto de base, ninguna práctica puede tener lugar.

la evaluación de pares, es la única capaz de ofrecer el testimonio confiable que la corte precisa. En este sentido, Anderson (2011) afirma:

La responsabilidad epistémica es la rendición de cuentas [accountability] sensible a la comunidad de investigadores. Las propias afirmaciones son sospechosas si uno no se somete y rinde cuentas a las demandas de justificación hechas por la comunidad de investigadores. Insistir en hacer ciertas afirmaciones, mientras se ignora evidencia y argumentos contrarios ofrecidos con pericia relevante, es ser dogmático. Ofrecer dichas afirmaciones como cosas que otros deberían creer por el sólo hecho de que nosotros lo decimos, mientras rechazamos rendir cuentas al respecto, es ser arrogante. Los dogmáticos no son confiables porque hay razones para creer que ellos están usurpando títulos de autoridad epistémica (p. 5).

La responsabilidad epistémica es una característica que evita varios vicios epistémicos muy perniciosos como por ejemplo el exceso de confianza en las conclusiones a las que se llega. Así como la comunidad médica está poniendo esfuerzos en prevenir la enorme cantidad de errores de diagnóstico producidos por el exceso de confianza en los médicos o las médicas, la comunidad jurídica debería estar preocupada en prevenir algo similar en el caso de los peritos o las peritas. Cassam (2017), al respecto del caso médico, realiza, como Anderson, una asociación importante entre arrogancia y exceso de confianza. Quizás podamos sistematizar un poco estas ideas atendiendo al modo en que puede evaluarse la responsabilidad epistémica en las diferentes etapas procesales.

En la etapa de admisión, la responsabilidad epistémica de un perito o una perita podría rastrearse con datos como si la persona tiene suficientes publicaciones sujetas a revisión de pares;¹³ si no ha defendido teorías o realizado investigaciones en campos disciplinares ajenos al propio; o si no

¹³ En este sentido, las publicaciones con revisión de pares cumplen un doble propósito: son índice —hasta cierto punto— de la confiabilidad de la teoría o investigación propuesta, y son índice de responsabilidad epistémica.

se ha asociado públicamente con instituciones o personalidades de cuestionable reputación.¹⁴

En la etapa de la práctica, y nuevamente atendiendo a las propuestas de Vázquez en relación con incentivar el intercambio epistémico entre jueces/as y peritos/as, el juez o la jueza debería estar atento a signos de irresponsabilidad epistémica, como la irracionalidad dialógica (tanto con él/ella como con otros/as peritos/as); la arrogancia; y afirmaciones de certeza sobre las conclusiones y sobre los márgenes de error. En caso de encontrar estos signos, el juez o la jueza debería desconfiar fuertemente de la prueba pericial. Esto no significa que la prueba sea falsa, significa que el juez o la jueza no tiene las herramientas necesarias para valorar adecuadamente la prueba. No tiene la comprensión necesaria para hacerlo, porque la fuente de la que necesariamente debe depender presenta señales de vicios epistémicos que afectan la calidad de resultado.

4. Conclusiones

En este comentario he intentado enfatizar la importancia de las propuestas de Vázquez, haciendo hincapié en la necesidad de fortalecer de todas las formas posibles a la comunidad epistémica entre jueces/as y peritos/as, sin lo cual no podremos conseguir un intercambio epistémico virtuoso entre dichos agentes. He aportado, en este sentido, algunas herramientas epistemológicas que podrían utilizarse para mejorar la comprensión de cómo tendría que darse dicho intercambio virtuoso. Siguiendo a la autora, esto no quiere decir que parte del trabajo por mejorar la calidad de estos intercambios no resida en realizar mayores inversiones en mejorar la calidad del conocimiento científico. No solo el que es utilizado para realizar las pruebas periciales, sino también aquel que puede ofrecernos *insights* relevantes sobre qué información es necesaria para calibrar adecuadamente los estimados de confianza apropiados para el contexto epistémico científico-judicial.

¹⁴ Estos son los criterios propuestos por Anderson (2011) para el caso de la evaluación del testimonio experto por parte de legos.

Bibliografía

- Anderson, E. (2011). Democracy, Public Policy, and Lay Assessments of Scientific Testimony. *Episteme: A Journal of Social Epistemology*, 8(2), 144-164.
- Cassam, Q. (2017). Diagnostic Error, Overconfidence and Self-knowledge. *Palgrave Communications*, 3, 17025, <https://doi.org/10.1057/palcomms.2017.25>.
- Coady, C. A. J. (1992). *Testimony. A Philosophical Study*. Oxford: Clarendon Press Oxford.
- Gordon, E. (2017). Understanding in Epistemology. *Internet Encyclopedia of Philosophy*.
- Grimm, S. (2011). Understanding. En S. Bernecker y D. Pritchard (eds.), *The Routledge Companion to Epistemology* (pp. 84-94). New York: Routledge.
- Kvanvig, J. (2003). *The Value of Knowledge and the Pursuit of Understanding*. New York: Cambridge University Press.
- Lackey, J. (2008). *Learning from Words. Testimony as a Source of Knowledge*. Reino Unido: Oxford University Press.
- Riggs, W. (2003). Understanding Virtue and the Virtue of Understanding. En M. DePaul y L. Zagzebski (eds.), *Intellectual Virtue: Perspectives from Ethics and Epistemology* (pp. 203-226). Oxford: Oxford University Press.
- Rimoldi, F. (en prensa). Una defensa genealógica del no-purismo en la justificación epistémica. *Tópicos, Revista de Filosofía*, CDMX, México.
- Rimoldi F. y Bouvier, H. (2017). Assessing Testimony and Other Evidential Sources in Law: An Epistemological Approach. En F. Poggi y A. Capone (eds.), *Pragmatics and Law: Practical and Theoretical Perspectives* (pp. 439-468). Dordrecht: Springer.
- Vázquez, C. (2018). La imparcialidad pericial y otras cuestiones afines. *Isonomía*, 48, 69-107.
- Vázquez, C. (2016). La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert. *Jueces para la democracia*, 86, 92-112.
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

- Williams, M. (2007). Why (wittgenstenian) Contextualism is not Relativism. *Episteme: A Journal of Social Epistemology*, 4(1), 93-114.
- Wittgenstein, L. (1969). *On Certainty*. D. Paul y G. E. M. Anscombe (trads.). New York: Harper.
- Welbourne, M. (2001). *Knowledge*. UK: Acumen.

Ni educación, ni deferencia ciega. Hacia un modelo crítico para la valoración de la prueba pericial

Neither Education, nor Blind Deference: Towards a Critical Model for the Assessment of Expert Evidence

Rachel Herdy*

Recepción: 19/12/2019

Evaluación: 15/1/2020

Aceptación final: 17/2/2020

Resumen: Este artículo discute el argumento de Carmen Vázquez a favor de un modelo educacional para la valoración de la prueba pericial. No se enfoca en las herramientas institucionales que Vázquez cree podrían promover la educación de decisores, sino en los presupuestos psicológicos y epistémicos de su trabajo. Por un lado, cuestiona su suposición empírica de que decisores son cognitivamente capaces de comprender el razonamiento de los expertos; por otro, argumenta que la afirmación de Vázquez de que la deferencia es una actitud irracional que amenaza la legitimidad de las decisiones judiciales parece ignorar el papel que el razonamiento basado en la autoridad generalmente juega en la justificación judicial. El artículo esboza un modelo para la valoración de la prueba pericial que no promueve ni la educación, ni la deferencia ciega. En cambio, propone un modelo crítico y más democrático en el que no solo el juez o jurado científicamente educado tiene la capacidad de llegar a una decisión justificada sobre la base de la información transmitida por los expertos, sino la sociedad como un todo.

Palabras clave: prueba pericial, educación, deferencia, razones de autoridad.

* Doctora en Sociología. Profesora de Teoría del Derecho de la Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Río de Janeiro, Brasil. Correo electrónico: rachelherdy@direito.ufrj.br.

Abstract: This paper discusses Carmen Vázquez's argument in favor of an educational model for the assessment of expert evidence. It focuses not on the institutional arrangements that Vázquez believes might promote the education of decision-makers, but on the psychological and epistemic presuppositions of her work. On the one hand, it questions her empirical assumption that decision-makers are cognitively capable of understanding the reasoning of experts; on the other, it argues that Vázquez's claim that deference is an irrational attitude that threatens the legitimacy of judicial decisions seems to disregard the role that authoritative reasoning usually plays in judicial justification. The paper sketches a model for the assessment of expert evidence that supports neither education, nor blind deference. Instead, it proposes a critical, more democratic model in which not only the scientifically educated judge or jury is capable of reaching a justified decision on the basis of expert testimony – but society as a whole.

Keywords: Expert evidence, education, deference, authoritative reasons.

Si deseamos que los jueces tomen decisiones racionales respecto de los hechos que dependen de la prueba pericial, es necesario que ellos comprendan las inferencias realizadas por el experto —este es el argumento central del artículo de Carmen Vázquez, “El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial”—. Después de considerar brevemente el supuesto psicológico de su argumento (*i. e.*, la capacidad de los jueces), Vázquez explora una serie de herramientas procesales que entiende oportunas y adecuadas para ayudar al juez a educarse. El artículo termina con una discusión sobre los cuidados que debemos tener con las actividades anteriores a la conformación del conjunto de informaciones probatorias, es decir, con lo que ocurre en el llamado momento de descubrimiento. Para la autora, la originalidad de su propuesta radicaría en el empleo conjunto de tales herramientas en un mismo ordenamiento jurídico, y en el énfasis que se presta al tiempo de la práctica de la prueba pericial.

A partir del artículo de Vázquez, la pregunta que me parece importante plantear es la siguiente: cuando los expertos presentan informaciones (evidencias, generalizaciones, interpretaciones, inferencias) basadas en

conocimientos de sus respectivas áreas, ¿qué esperanza podemos tener de que jueces legos puedan evaluar racionalmente la información aportada? Luego se ve que mi punto de discordancia con la autora se localiza no tanto en sus propuestas concretas de un modelo educacional de la prueba pericial, sino más propiamente en los presupuestos de su argumentación. Las herramientas sugeridas —como la oralidad y contradicción en la práctica de la prueba pericial; la convocación de asesores externos que actuarían de manera análoga a los *law clerks*; la posibilidad de peritos terceros para revisar las pruebas cuando existe un desacuerdo importante entre los peritos de las partes o entre ellos y los oficiales; e incluso la idea de un *hot-tub* o junta de peritos donde se reunirían los peritos, las partes y los juzgadores para un debate en estilo académico— parecen promisoras y útiles incluso para el modelo deferencial crítico cuyas líneas generales presentaré en la sección final de esta discusión.

Así es que la reflexión que propongo se centra en los presupuestos de las propuestas de Vázquez. Esos presupuestos son dos: el primero —explicitado por la autora— es de carácter empírico-psicológico, y se refiere a las capacidades cognitivas del juez y sus habilidades para la adquisición de conocimientos expertos; el segundo —que sigue implícito en sus consideraciones— es de carácter teórico-epistémico, y se refiere a la naturaleza de las razones que justifican las decisiones judiciales. Esos dos presupuestos están relacionados: la justificación de la decisión sobre los hechos que demandan conocimientos especializados depende de la comprensión, por parte de juzgadores cognitivamente capaces, de las razones de primer orden que posee el experto.

Propongo estructurar esta discusión de la siguiente manera. En la primera sección, antes de presentar los argumentos contra los supuestos de Vázquez, recuperaré brevemente los antecedentes teóricos del modelo educacional. En la segunda sección, presentaré el primer punto central de mi discusión: voy a argumentar que no hay buenas razones para presuponer que los jueces tienen la disposición o son capaces de comprender las inferencias de los expertos. A continuación, presentaré el segundo punto importante de mi argumento: la deferencia a razones de autoridad no solo es racional, sino que constituye un fenómeno característico de la justificación judicial. En este momento, esbozaré un modelo crítico y más demo-

crático para el tratamiento de la prueba pericial. La discusión termina con una conclusión que retoma los puntos principales y sitúa el problema de la valoración racional de las pruebas periciales en un contexto más amplio.

1. Los antecedentes del modelo educacional

La discusión planteada por Vázquez remite a un artículo célebre de Joseph Miller y Ronald Allen publicado en 1993, el mismo año en que la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió por primera vez sobre los criterios de admisibilidad del testimonio experto (caso Daubert) (Miller y Allen, 1993).¹ Aunque la autora no haga referencia directa a las ideas de Miller y Allen en su artículo, la influencia de la apuesta educacional de los juristas norteamericanos, principalmente del último, se revela en sus trabajos anteriores sobre la prueba pericial y científica (Vázquez, 2015). Por lo tanto, para poder acercarme mejor a los presupuestos que están en juego detrás de un diseño institucional direccionado a la educación de los jueces, dedicaré esta parte inicial de mi discusión a los argumentos de Allen. La elucidación y consideración crítica de sus argumentos pueden contribuir para comprender mejor el contexto en que se sitúa la propuesta educacional de Vázquez.

Como dije, el artículo de Miller y Allen fue publicado en el mismo año de la decisión del caso Daubert.² De este caso paradigmático, resultó un desplazamiento de la responsabilidad de las comunidades de expertos hacia los jueces. Muy resumidamente, el caso Daubert consistió en una decisión sobre la validez del test Frye, establecido en un caso de 1923, luego de la promulgación de las *Federal Rules of Evidence* en 1975 (en adelante FRE). El test Frye era utilizado —y todavía lo es, en algunos tribunales estatales— para determinar la admisibilidad de los testimonios expertos. Su aplicación consistía en verificar si la teoría ofrecida por el experto

¹ El artículo de Miller y Allen produjo una serie de discusiones entre los estudiosos del derecho probatorio norteamericano, y anticipó la discusión que se iniciaría en el mismo año con *Daubert*. Véase, en el mismo volumen, Epstein (1993).

² Es curioso notar que hay una sola referencia a la decisión de la Suprema Corte en el artículo de Miller y Allen, la cual aparece en una nota de pie de la página 1141. La nota utiliza un símbolo diferente, dando la impresión de haber sido incluida posteriormente a la redac-

estaba “suficientemente establecida para ser generalmente aceptada en la comunidad jurídica relevante”. La discusión concreta del caso era sobre el uso del polígrafo para absolver a un imputado que anteriormente había confesado el crimen. La Corte Suprema decidió que el test Frye había sido superado por las FRE, y en una decisión confusa (y sobre la cual mucho se ha escrito) indicó cuatro factores que pueden ser considerados para decidir respecto de la pertinencia de la prueba ofrecida por el experto —y la cuestión de la pertinencia de esta prueba, advirtió la Corte, es un problema de fiabilidad, que, a su vez, se mide en términos de validez científica—. Los cuatro factores son: si la teoría o método puede ser y efectivamente fue testeado; si la teoría o método fue publicado o de alguna forma revisado por pares; la tasa de error conocida o potencial del método; y la aceptación general de la teoría en la comunidad científica relevante (una repetición del test Frye). Una secuencia de casos fue analizada por la Corte en la misma década —que componen la “trilogía Daubert”— y otras indicaciones fueran agregadas: que los estudios no hayan sido preparados para ser presentados en el litigio; que los jueces pueden examinar también la conclusión; que la decisión del juez de admitir o no la prueba es discrecional; y que el test Daubert se aplica también a las pruebas técnicas.³ Si antes de Daubert la admisibilidad del testimonio experto dependía de una deferencia a la comunidad de expertos, a partir de 1993 se exige la adopción de un modelo de educación (defendido por Miller y Allen meses antes de la decisión) para que el juez sea capaz de individualmente valorar la fiabilidad de la prueba ofrecida por el experto.

Los argumentos presentados por Miller y Allen en 1993 fueron reforzados en un artículo que Allen publicó solo en 2013, dos décadas después, bajo el título “El desafío conceptual de la prueba pericial”. Cito uno de los pasajes más inquietantes de Allen, que aparece en los dos textos:

¿Hay casos que presentan problemas de decisión que desafíen la capacidad de los investigadores de hechos para comprenderlos?

ción del artículo. En la nota, los autores señalan que Daubert “destaca la distinción entre deferencia y educación”.

³ Para un listado completo y crítico, véase Haack (2019).

Quizás la respuesta es no. Los déficits de los investigadores de hechos jurídicos no parecen ser cognitivos, sino informativos. Jueces y jurados carecen de conocimiento sobre muchas cosas, como la ciencia y la tecnología, pero no hay ninguna razón para que no puedan dominar adecuadamente los campos relevantes (Allen, 2013, p. 51, la traducción es mía).

Para Allen, hay solo dos posibles soluciones al problema de tomar una decisión racional sobre el valor de la información que los expertos aportan a los tribunales: o bien a los jueces y miembros del jurado le ofrecen la información básica que necesitan para comprender lo que dice el experto, o bien los juzgadores tendrán que deferir irracionalmente al juicio de otra persona. “Deferir” significa adoptar el punto de vista de otra persona como correcto, pero no porque se entiende y se está de acuerdo, sino porque se delega esa decisión en otra persona. Deferir difiere de “educar”, que significa entender el proceso de razonamiento que condujo el experto a su conclusión. La “vulnerabilidad epistémica” del juzgador —una expresión de Allen— podría ser corregida solamente por la educación. Es necesario que “el tribunal pueda concluir *independientemente* que la opinión del experto está realmente fundada en conocimiento” (Allen, 2013, p. 62).

Allen explica que la deferencia y la educación no son conceptos analíticamente distintos, sino puntos opuestos en el mismo espectro. También reconoce que la deferencia es una variable omnipresente de la decisión judicial, ya que es un fenómeno que se manifiesta, aunque en menor medida, cuando valoramos cualquier testimonio. Sin embargo, no explora la posibilidad de un camino intermedio, rechazando por completo la deferencia, porque entiende que esta actitud es contraria a la racionalidad; y la racionalidad es una de las “aspiraciones fundamentales” de los sistemas jurídicos de los Estados liberales (Allen, 2013, p. 43). Allen pondera que el objetivo no es comprender completamente un campo, sino “lo suficiente para que haya una deliberación racional” (Allen, 2013, p. 51). Pero ¿cómo sería posible saber qué parte del conocimiento es *suficiente* si ni siquiera puedo entender el vocabulario técnico empleado, los supuestos fácticos de fondo o incluso lo que puede ser relevante? Dice también que los órganos de toma de decisiones colectivas, como los tribunales de jueces o jurados,

a menudo son superiores a los jueces individuales, porque sería suficiente que el grupo en su conjunto domine el campo del experto. Eso parece tener sentido, pero es un problema para los sistemas de justicia de la tradición continental, donde las decisiones sobre los hechos frecuentemente ocurren ante un juez singular. Finalmente, reconoce que áreas más difíciles existen, como la “física cuántica”; sin embargo, sostiene que, sobre estos temas, no se litiga. Sobre este punto, me encuentro pensando frecuentemente en el uso cada vez mayor del concepto de “cuántica” para calificar áreas esotéricas como astrología cuántica y *coaching* cuántico, y sobre la posibilidad de que alguien algún día cuestione judicialmente el uso de tal expresión para engañar pacientes y consumidores.

El único argumento que Allen supone que podría usarse en contra de un modelo educacional es económico: los costos. Pero para él, los costos con la educación están justificados, porque ya hay procesos que presentan costos altos sin requerir expertos: procesos que incluyen muchos testigos o complejas cadenas de inferencias probatorias. Para él, este tipo de discusión sobre costos revela la naturaleza “bizarra” o “extravagante” de la controversia (Allen, 2013, p. 52). A mí me parece que extravagante es pensar que esta sea una discusión extravagante, especialmente a la luz de desafíos político-económicos muy serios: faltan recursos a los Estados; vivimos un período de estratificación de áreas de especialización; trabajamos con un contexto de ampliación del acceso a la justicia; y discutimos la posibilidad de utilizar la inteligencia artificial para la toma de decisiones judiciales en el mediano plazo.

La propuesta de Allen se tomó rápidamente en serio. En 1997, pocos años después de la decisión de la Corte Suprema, Edward Imwinkelried —el teórico del razonamiento probatorio más citado en Estados Unidos según “the Leiter Report” de 2007— propuso, como corolarios procesales del modelo educacional, un conjunto de mecanismos didácticos para que jueces y jurados pudieran ser educados en el área de especialización del experto (Imwinkelried, 1997). Estos mecanismos complementarían las pruebas presentadas por testigos expertos, pero no los sustituirían. La solución de Imwinkelried fue transformar el tribunal en una especie de “salón de clases” en que los jueces deberían asumir el rol de maestros —deberían comprender la información experta e informar a los jurados sobre la ciencia en cuestión—; los expertos neutrales designados por el tribunal actua-

rían como monitores o asistentes de enseñanza —ayudarían a los jurados a asegurarse de que entenderían la explicación del juez—; y los jurados, a su vez, serían los estudiantes —harían preguntas a los monitores expertos en un ambiente de total libertad para el diálogo y el aprendizaje—. Lo que Imwinkelried no aclara es cómo el juez lograría el conocimiento suficiente para asumir esta función didáctica.

La propuesta de Vázquez que aquí se discute se suma a este grupo de académicos del derecho probatorio norteamericano que apuestan al modelo educacional para el tratamiento de la prueba pericial. Vázquez y Allen comparten el pensamiento de que el elemento esencial para que una decisión judicial basada en el conocimiento experto esté justificada es la comprensión, por parte del juzgador, del proceso de razonamiento del perito⁴. Según la autora, los jueces deben comprender tres elementos, presentes en el razonamiento del experto: “los hechos relevantes” del caso; las generalizaciones “independientes de los hechos del caso”; y las relaciones entre ellos.

Esta distinción tripartita de los elementos que deben ser comprendidos por el juzgador puede ilustrarse con la ayuda de la distinción que David Faigman propone entre pruebas diagnósticas, pruebas estructurales e inferencia G2i, respectivamente (Faigman, 2014). Las pruebas diagnósticas ayudan al juzgador a comprender los hechos relevantes de naturaleza individual o particular, también conocidos como “hechos adjudicativos”. Las generalizaciones independientes, a su vez, dependen de pruebas estructurales, las que se refieren a hechos o proposiciones generales sobre el mundo empírico que trascienden (y son relevantes) para la solución del caso. Por ejemplo, para saber si los daños causados a la víctima V (prueba diagnóstica) resultaron del consumo de la droga D será necesario que el experto afirme que, *en general*, con base en los estudios científicos X, Y y Z, la droga D causa los daños sufridos por V (prueba estructural).⁵ Sin embargo, como bien señala Vázquez, para que el juzgador sea capaz de comprender las inferencias del perito, además de acceder a las pruebas diagnósticas y estructurales, es necesario que sea capaz de relacionarlas

⁴ De modo similar, Dwyer (2008).

⁵ Las pruebas estructurales pueden ingresar en el proceso también como alegaciones de los propios jueces —en cualquier instancia— relacionadas con *hechos legislativos*. Dichas ale-

con los hechos relevantes del caso —lo que Faigman llama de inferencia “G2i” (de lo general a lo individual)—. En la práctica, podemos pensar en expertos que se pronuncian sobre estas dimensiones probatorias por separado o en conjunto. En cualquier caso, para que el juez sea efectivamente capaz de comprender y aprovechar la inferencia del experto, y así tomar una decisión racional sobre los hechos de un caso —sostiene Vázquez— es necesario que entienda los tres elementos anteriores.⁶

En el campo adversario (*i. e.*, del modelo deferencial), unos de los trabajos más antiguos y citados es un estudio de 1901 realizado por el juez estadounidense Learned Hand. Es famosa la crítica de Hand de que el sistema estadounidense hace que “el jurado decida cuando los médicos no están de acuerdo”. Para Hand, la figura del experto en el sistema de justicia estadounidense era una verdadera “anomalía”: confundían más de lo que ayudaban a los tomadores de decisión. Hand sugiere que la solución sería instituir un consejo de expertos al que se transferiría el poder de decidir sobre los hechos en cuestión. Pero quedamos sin saber cómo el juez garantizaría una selección adecuada de los expertos, que ellos no tengan relaciones con la causa e incluso que no van a discordar. Además, Hand obviamente no podría prever la inmensa estratificación de las áreas de conocimiento experto.

La idea en sí no es mala, y efectivamente ya tenemos experiencias con órganos de decisión jurídica constituidos por jueces con formación en derecho y en ciencias (*e. g.*, los Tribunales Ambientales en Chile y el Tribunal Marítimo en Brasil). El jurista australiano Gary Edmond sugiere algo similar:

gaciones son hechas cuando los jueces deciden fundamentar sus elecciones normativas en proposiciones empíricas de diversas áreas del conocimiento: ciencias sociales, psicología, historia, etc. Cuando las evidencias estructurales son ofrecidas en referencia a alegaciones de hecho legislativo, soportan empíricamente la interpretación normativa del juez. A la luz de la estructura silogística de la decisión judicial, se relacionan, por lo tanto, con su premisa mayor. Sin embargo, en el caso anterior, la prueba estructural aparece como una de las premisas de inferencia probatoria realizada por el experto (y que debe ser comprendida por el juez, según Vázquez). La conclusión de esta inferencia probatoria constituirá la premisa menor del silogismo judicial.

⁶ Si tomáramos en serio la educación de los jueces, diría que sería necesario más que esto. Además de la comprensión de los tres elementos anteriores, el juzgador bien-educado debería ser capaz también de resolver eventuales conflictos de inferencias entre los peritos.

propone la creación de un Panel Consultivo Multidisciplinar (*Multidisciplinary Advisory Panel* – MAP) para ayudar a los jueces en sus decisiones de admisibilidad (Edmond, 2012). El MAP sería constituido por expertos independientes y de variadas áreas que evaluarían de modo pragmático —de forma expedita y estricta— la fiabilidad de las pruebas científicas o técnicas. El MAP publicaría su parecer utilizando pocas referencias, lo que presupone “un grado de deferencia de las cortes”. Para Edmond, la propuesta difiere de las demás porque, entre otras cosas, no enfatiza la educación:

El uso de un MAP facilita el compromiso con expertos independientes sin la necesidad de una reforma institucional radical. Tiene el beneficio institucional de eludir parcialmente la necesidad de una alfabetización judicial científica y técnica (Edmond, 2011, la traducción es mía).

Creo que las consideraciones anteriores son suficientes no solo para contextualizar y situar mejor la propuesta de Vázquez,⁷ sino también para esclarecer las dos posiciones que están en conflicto —deferencial y educacional— en lo que concierne a la valoración de la prueba pericial. No obstante, entre ellas hay un punto de consenso: la valoración de las pruebas periciales por parte de los juzgadores legos es un problema que merece atención, y las respectivas reformas que se promuevan en nuestro diseño probatorio no pueden fundarse en suposiciones sin fundamento empírico —como bien señaló Vázquez—.⁸ En la siguiente sección, consideraré algunos estudios producidos recientemente que nos llevan a reflexionar

⁷ Otros trabajos representativos de una propuesta educacional para el tratamiento de la prueba pericial, de las tradiciones del *common law* y del derecho continental: Dwyer (2008), Gascón (2016).

⁸ Esta es una preocupación planteada por los estudiosos norteamericanos por lo menos desde 1981, cuando Richard Lempert reclamó la necesidad de que la Suprema Corte considerara los estudios científico-sociales para juzgar la restricción a la 7ª Enmienda (el derecho a un juzgamiento por jurados) en casos complejos. Para Lempert, la cuestión si el juzgamiento por jurados en casos que involucraban pruebas complejas (periciales o muy numerosas) violaba el derecho a un juicio justo y racional garantizado por la 5ª Enmienda tenía fundamentos empíricos para los cuales todavía no existían evidencias (Lempert, 1981). Véase la continuación de la discusión en Lempert (1992).

sobre el presupuesto empírico-psicológico de que los jueces son capaces de comprender el razonamiento de los expertos. Tales estudios me ayudarán a apoyar algunos puntos de la presente discusión.

2. El presupuesto de carácter empírico-psicológico

Según Vázquez, los estudios empíricos realizados con los juzgadores en materia de prueba pericial “contrastan con la asunción de una incapacidad cognitiva”. La autora no cita directamente los estudios mencionados, dejando a los lectores curiosos por saber más respecto de las conclusiones de tales investigaciones. En cambio, Vázquez hace referencia indirecta a un listado de trabajos sobre el tema que aparece en un artículo de Frederick Schauer y Barbara Spellman (2013).

En efecto, el objetivo de Schauer y Spellman en el artículo aludido es llamar la atención hacia una distinción problemática entre pruebas periciales y testimoniales —por lo tanto, el título “¿Es la prueba pericial realmente distinta?”—. Es importante resaltar la naturaleza *comparativa* del argumento que formulan, y su foco en los *jurados* como tomadores de decisión. Según Schauer y Spellman, existe un escepticismo injustificado en el diseño procesal norteamericano en relación con la capacidad de los jurados para evaluar las pruebas ofrecidas por expertos. La idea de que el juez debe actuar como un portero (*gatekeeper*) de informaciones y la existencia de criterios de admisibilidad de pruebas comparativamente más severos en relación con la prueba pericial está fundada en la suposición de que los jurados tienden a sobrevalorar las informaciones ofrecidas por expertos. Este miedo en relación con la capacidad cognitiva de los jurados estaría mal fundado empíricamente, pues los datos muestran que los jurados no sobrevaloran tanto en comparación con los errores de sobrevaloración que ellos también cometen con base en pruebas testimoniales. En las palabras de los autores, hay una sobrevaloración de la sobrevaloración de los jurados con relación a las pruebas periciales, y una subvaloración de su capacidad de sobrevalorar las pruebas testimoniales.

Por lo tanto, el argumento de los autores no es que los jurados sean cognitivamente capaces para valorar las pruebas periciales; más precisamente,

la idea es que ellos no cometen tantos errores en términos comparativos. Para ellos, la fuerza del escepticismo del *common law* reside en una comparación implícita entre la sobrevaloración de pruebas periciales y testimoniales; pero esta no parece estar justificada. Jurados (y jueces) sobrevaloran en ambos casos. ¿Por qué entonces adoptar medidas más restrictivas en relación con la primera prueba, y no en relación con la segunda? Como se puede ver, implícita en el argumento de los autores está la constatación de que los jurados cometen errores cognitivos *también* en el tratamiento de la prueba testimonial.⁹

Sin embargo, incluso antes de discutir las investigaciones que sostienen la tesis sobre la capacidad comparativa de los jurados para valorar pruebas periciales, Schauer y Spellman, en el curso de su razonamiento, mencionan un primer factor que puede haberse escapado a la atención de Vázquez: los jurados frecuentemente aciertan, cuando aciertan, porque siguen señales o indicadores periféricos de autoridad epistémica. Tales indicadores pueden “constituir un fundamento racional para que legos identifiquen expertos y valoren sus juicios” (Schauer y Spellman, 2013, p. 14). En este caso, la calidad epistémica de los indicadores periféricos dependerá de su potencialidad para diagnosticar expertos genuinos.

Los estudios de la psicología social muestran que cuando las personas en general no tienen la experticia necesaria para entender el contenido de una información, a menudo recurren a indicadores periféricos o superficiales para evaluar evidencias y argumentos.¹⁰ Los seres humanos en general usan dos estrategias para procesar la información comunicada por una persona. La estrategia “periférica” es buscar indicadores para confiar en la persona que nos comunica la información o en la información misma. En cambio, la estrategia “central” de procesamiento de información es trabajar cuidadosamente con la información obtenida. Si se puede hacer una analogía con los sistemas de toma de decisión de Daniel Kahneman, el primer proceso es rápido, automático e inconsciente (Sistema 1); el segundo es lento, con esfuerzo y controlado (Sistema 2) (Kahneman, 2011). En general, las personas demuestran la tendencia a procesar centralmente la informa-

⁹ Sobre el tema de los errores cognitivos, véase Páez (2019).

¹⁰ Originalmente, véase Petty y Cacioppo (1986).

ción cuando se sienten motivadas por los recursos cognitivos que tienen o cuando el tema es para ellas relevante.

El recurso a indicadores periféricos independientes del contenido ha sido frecuente por parte de jurados que deciden casos complejos —*i. e.*, casos que involucran pruebas científico-tecnológicas o una masa voluminosa de informaciones— (Saks y Spellman, 2016; Gertner, 2018). Entrevistas realizadas con jurados legos indican que ellos acceden más a indicadores superficiales de la validez científica, como credenciales, para valorar la información aportada por el experto.¹¹ Estos relatos son consistentes con las indicaciones de las investigaciones experimentales realizadas, que sugieren que “los jurados se involucran en el procesamiento periférico al evaluar los testimonios de especialistas y que las pistas periféricas adquieren un significado adicional a medida que las cuestiones científicas del caso se tornan más complejas” (Sanders, 2003, p. 913).

En un estudio más reciente, Jonathan Koehler *et al.* identificaron los factores que influyen en las decisiones de jurados legos estadounidenses con respecto a las pruebas que involucran conocimientos ofrecidos por expertos en ciencia forense (Koehler *et al.*, 2017, pp. 401-413).¹² Los autores testearon la influencia de tres factores: la validación científica del método utilizado por el perito (*i. e.*, si fue probado científicamente, como sugiere el caso *Daubert*); el *background* y la experiencia del perito; además de la sofisticación tecnológica del método. La conclusión es que los factores relacionados al *background* y a la experiencia de los peritos —*i. e.*, indicadores periféricos— ejercen una influencia fuerte y consistente en las decisiones de los jurados. Sin embargo, los factores relativos a la calidad epistémica del método empleado, cuya determinación implicaría algún tipo de ejercicio cognitivo controlado, ejercieron una influencia limitada e inconsistente.

¹¹ Véase Saks y Spellman (2016, cap. 7).

¹² Según los autores, este estudio es resultado de una creciente preocupación de la comunidad científica americana con las condenaciones basadas en ciencias forenses. En 2009, la Academia Nacional de Ciencias de los Estados Unidos publicó un informe crítico cuestionando algunas de las prácticas forenses más comunes, como los análisis de huellas dactilares y de voz y los indicadores de incendios provocados; y, en 2014, el gobierno norteamericano instituyó una Comisión Nacional de Ciencias Forenses con el objetivo de implementar mejoras en las prácticas forenses.

Lo que los estudios citados anteriormente indican es una tendencia de los jurados a considerar indicadores periféricos en el proceso de valoración de las pruebas periciales. Esto significa que los jurados *en realidad* no se involucran en un proceso cognitivo de apreciación cuidadosa de las generalizaciones e inferencias utilizadas por los expertos o cualquier otro elemento que requiera algún tipo de procesamiento central, consciente, cuidadoso. Teniendo en cuenta que el concepto de capacidad cognitiva —lo cual es clave en el trabajo de Vázquez— hace referencia a la “memoria de trabajo que dispone un individuo para el procesamiento consciente de información” (Saks y Spellman, 2016, glosario), este no parece manifestarse efectivamente cuando los jurados juzgan pruebas que involucran conocimientos técnico-científicos o una gran cantidad de información. La capacidad cognitiva sería imprescindible, entre otras cosas, para detectar el engaño por parte de expertos y realizar un interrogatorio cruzado, dos de los factores muy importantes para que el juez pueda ejercer una sana crítica con relación a las inferencias de los expertos.

Frente a lo expuesto, sería posible plantear dos objeciones. La primera objeción afirmaría que la propuesta de Vázquez no se enfoca en la (in) capacidad cognitiva de los jurados, sino de los jueces; y que jueces, a diferencia de los jurados, son juzgadores más preparados, generalmente más capaces en términos cognitivos y susceptibles de emplear el tipo de procesamiento central de informaciones que se requiere. Alternativamente, la segunda objeción concedería el argumento anteriormente expuesto, de que los jueces efectivamente no poseen capacidad cognitiva, pero afirmaría entonces que esta sería una razón de peso para apostar en esfuerzos para promover la educación de los magistrados. Intentaré responder cada una de estas objeciones.

Vázquez tiene razón cuando afirma que los estudios sobre las incapacidades de los juzgadores no son concluyentes. En verdad, lo que existe es una falta de estudios psicológicos específicos direccionados a las capacidades de los jueces como juzgadores de los hechos. Numerosos estudios psicológicos sobre las habilidades de los juzgadores en relación con pruebas científicas y técnicas se vienen llevando a cabo hace décadas en los Estados Unidos, pero gran parte se centra en la figura del jurado —el propio artículo de revisión de Schauer y Spellman que Vázquez toma como referencia

no tiene como foco la capacidad de los jueces—. Dado que las cuestiones de hecho en el sistema norteamericano son frecuentemente juzgadas por el jurado, no hay históricamente mucho interés en investigar las habilidades de los jueces con pruebas de cualquier naturaleza.

Frente a la falta de datos, puede ser plausible presumir que los jueces son más capaces en términos cognitivos que los jurados legos. Después de todo, en el caso de los jueces continentales, ellos fueron aprobados en un proceso de selección competitivo que requirió muchas de sus habilidades intelectuales (interpretaciones, memorias, inferencias); o entonces son personas con reconocida capacidad en virtud de muchos años de experiencia profesional. Por otro lado, los jurados son personas elegidas aleatoriamente en la comunidad. La trayectoria intelectual y la experiencia profesional son factores irrelevantes para la función que deben cumplir. Además de esto, los jueces estarían más capacitados para tratar con pruebas técnico-científicas que los jurados porque no actúan como juzgadores en carácter eventual. Jueces acumulan experiencia a lo largo del tiempo con la repetición del trabajo adjudicativo —ellos serían una especie de “*repeat players*”— (Damaska, 1997, p. 144). Pero tal presunción puede ser también cuestionada. Para Valerie P. Hans y Michael Saks, una vez que los jurados tienen *backgrounds* diferenciados, ellos poseen más chances que los jueces de ser cognitivamente capaces para valorar las pruebas periciales (Hans y Saks, 2018). Puede ser que expertos actúen como jurados; y cuantos más jurados figuren en el tribunal, mayores serán las posibilidades de que participen juzgadores con conocimientos especializados. Un jurado que posea formación científica podrá actuar como educador frente a los demás.

Pero el punto central es que los estudios empírico-psicológicos también indican que jurados y jueces no razonan de manera tan diferente. Algunos estudios comparativos indican que los jueces no son menos emotivos que los jurados, por ejemplo; y que el padrón de acuerdo y desacuerdo entre ellos, cuando deciden los casos, no diferencia con la complejidad de las pruebas (Saks y Spellman, 2016, cap. 7). Estas similitudes entre las capacidades cognitivas de los jueces y los jurados nos permiten trazar una analogía importante para la presente discusión. Si los jurados no procesan centralmente las pruebas que involucran conocimientos científicos y técnicos; y si jurados y jueces son semejantes en los aspectos cognitivos

relevantes; entonces, sí es plausible suponer que los jueces tampoco procesan centralmente las pruebas que involucran conocimientos científicos y técnicos. Esta es una conclusión analógica que obviamente puede ser derogada; sin embargo, no se basa en una mera suposición, sino en datos empíricos y semejanzas relevantes. Creo, por lo tanto, haber respondido la primera objeción.

Pero quizás el punto más importante de la propuesta educacional de Vázquez no es la constatación de que los jueces efectivamente razonan mejor en comparación a los jurados. La cuestión es si los jueces podrían, con ayuda de algunas herramientas procesales, perfeccionar sus capacidades cognitivas de modo de comprender las inferencias presentadas por los peritos. Quiero decir: aun cuando los estudios empíricos indican que los jueces en la actualidad son cognitivamente incompetentes para acceder a las inferencias de los expertos, sería posible educarlos. Si los jueces no tienen la *memoria de trabajo* necesaria para comprender la información ofrecida por el experto —y los datos indican que efectivamente no la parecen tener—, la información no será procesada centralmente y de modo consciente. La idea es que los jueces podrían adquirir (en términos potenciales) dicha memoria de trabajo. Cuando la cuestión es reformulada así, los datos empírico-psicológicos que se deben examinar son los relacionados con la adquisición y manutención de la experticia.

¿Entonces, bastaría educarlos? La respuesta me parece ser no, o al menos no sin que esto no implique costos muy altos y con resultados todavía inciertos para la administración de la justicia.¹³ Si nos tomamos en serio la tarea de educar a los jueces, la literatura que importaría analizar sería aquella sobre adquisición de experticia y otras buenas *performances*. Pero antes de todo, sería necesario definir el nivel de *performance* deseado de los jueces para que comprendan y controlen las inferencias de los expertos.¹⁴ Para adquirir la experticia, los estudios muestran que es necesario la manutención de experiencias y prácticas específicas. Son exigidas muchas

¹³ De todos modos, creo que estamos de acuerdo con que los jueces tienen el *potencial* de desarrollar las capacidades necesarias para comprender las inferencias de los expertos. La cuestión es si el tiempo y el esfuerzo involucrados hacen que la propuesta sea factible.

¹⁴ Michele Chi diseña una escala de competencias que van desde el principiante al máster, aquel que está de hecho por encima del experto (Chi, 2006, p. 21).

horas de entrenamiento para desarrollar un conjunto de actividades llamadas de *deliberate practice* (Ericsson y Pool, 2017, pp. 97-100).¹⁵ Ejecutar repetidamente una tarea en la rutina sin intención de mejorar y sin recibir un *feedback* no contribuye para la adquisición de una experticia. Una práctica similar, pero diferente, y que constituye una etapa para alcanzar la experticia, es la llamada *purposeful practice* (Ericsson, 2006, pp. 14-17). Pero esta también exige que uno tenga bien definido el foco, salga de su zona de confort y reciba *feedback*. ¿Qué tipo de práctica sería necesaria a los jueces para lograr la performance que los modelos educativos les piden? Si tomamos como referencia la literatura sobre adquisición y mantenimiento de la experticia y niveles similares de performance, aunque sea permitido suponer que los jueces pueden recibir *feedback* con relación a sus decisiones de (in)admisibilidad de pruebas periciales —pues las instancias superiores suelen tratar el juicio de admisibilidad como una cuestión de derecho sujeta a revisión judicial—, es cuestionable la idea de *feedback* institucional con relación a sus decisiones de valoración de las inferencias de los expertos.

Ya no puede seguir explorando la literatura referida sin comprometer el espacio que me fue permitido en esta discusión. Así que termino esta sección con una cita de Saks y Spellman y que me permite introducir el punto siguiente:

Los humanos no venimos bien equipados para evaluar y usar evidencia científica y estadística. Sin entrenamiento especial, y a menudo incluso con dicho entrenamiento, no lo hacemos bien. Por otro lado, lamentablemente *somos bastante buenos en aceptar una conclusión afirmada por alguien que creemos que es una autoridad* en un tema. Quizás estos son problemas que no se pueden resolver sin cambios radicales —y quizás inaceptables— en nuestro sistema (Saks y Spellman, 2016, capítulo 7, traducción e itálicos por mi cuenta).

Las consideraciones realizadas me permiten conducir las cuestiones anteriores al punto final de mi discusión: el presupuesto teórico-epistémico

¹⁵ Véase, adicionalmente (Ericsson, Charness, Feltovich y Hoffman, 2006, capítulos de la parte IV).

mico del modelo educacional de Allen y Vázquez —esto es, la idea de que la deferencia es siempre irracional y, por lo tanto, contraria a una de las aspiraciones centrales de nuestros sistemas jurídicos—.

3. El presupuesto de carácter teórico-epistémico

El argumento de Vázquez tiene también un componente teórico-epistémico. La autora presupone que la deferencia es siempre una actitud irracional. Esta posición implica cierta concepción de racionalidad que no me parece adecuada para dar cuenta de lo que sucede en el contexto judicial. Hay muchas maneras de tomar decisiones racionales; y algunas de ellas no exigen la comprensión del contenido de la decisión. En este apartado voy a defender que un modelo crítico de deferencia epistémica por parte de jueces puede ser no solo racional, sino también coherente con uno de los elementos distintivos de la toma de decisiones en el contexto judicial, a saber, el concepto de “autoridad”.

A primera vista, Vázquez puede tener razón acerca de la irracionalidad de la deferencia a la autoridad. Tradicionalmente, la lógica del recurso a la autoridad ha sido realmente problemática. ¿Por qué una persona debe abandonar su autonomía intelectual, el elemento que la distingue como agente racional, para confiar en las palabras del otro? No es sorprendente que el argumento de autoridad —sea epistémica, sea política— haya sido históricamente considerado una falacia por los estudiosos de la lógica. Fue precisamente John Locke quien, en 1690, llamó a este tipo de argumento *argumentum ad verecundiam*, que literalmente significa “modestia” al cuestionar las palabras de una autoridad. Para Locke, el *argumentum ad verecundiam* fue visto como una forma de coerción. Sin embargo, este es un entendimiento lógico obsoleto. Los libros de lógica informal que usamos hoy tratan el argumento de la autoridad como un tipo de inferencia frecuente y obviamente derrotable, pero que todavía puede ser legítimo. Su fuerza dependerá de la satisfacción de algunas condiciones (Walton, 1997; Govier, 1985). Estas condiciones funcionan como preguntas críticas que uno que apela a la autoridad debe contestar, y se refieren a una serie de situaciones que ponen en duda el pronunciamiento de la auto-

ridad experta. Son factores no solo epistemológicos (como la pregunta “¿qué dice el experto que es consistente con lo que afirman otros en la misma área?”), sino también éticos (como la pregunta “¿es el experto personalmente confiable?”).¹⁶ Efectivamente, las preguntas críticas funcionan como los indicadores periféricos de la buena experticia de que hablaba en el apartado anterior.

Susan Haack, en su reciente artículo publicado en *Quaestio Facti*, ofrece una serie de preguntas (y respuestas) que nos ayudan a operacionalizar mejor los indicadores periféricos de la buena experticia (Haack, 2019). Tales preguntas funcionan como consejos prácticos que la autora presenta para ayudar al juzgador lego a evaluar la fiabilidad de la prueba pericial. Por ejemplo, con relación al indicador “publicación en revista científica revisada por pares”, uno de los factores de fiabilidad de la prueba pericial estipulados en el caso *Daubert*, Haack sugiere las siguientes preguntas: cuando el artículo fue revisado por pares, ¿se le pidió al autor que él mismo indicara los árbitros? ¿Cuántos árbitros fueron consultados? ¿Cuál es el estatus o la clasificación de la revista? ¿Cómo se sustenta financieramente la revista? ¿Ha habido alguna forma de retractación o expresión de preocupación por parte del editor? ¿El trabajo ya recibió muchas citas? Es obvio que tales preguntas apuntan a señales que pueden eventualmente fallar. Lo que importa es que efectivamente exista una correlación entre los indicadores y la fiabilidad de la prueba pericial, y que los juzgadores legos —jurados o jueces— no queden cognitivamente perdidos para ponerlos en funcionamiento (Haack, 2019, p. 19). “La idea, si se prefiere decir así, es proporcionar los medios para gradualmente dar un pequeño empujón a los actores jurídicos en dirección a la identificación de mejores expertos y el escrutinio mejor informado del testimonio del experto”,¹⁷ concluye Haack (2019, p. 28).

De todo lo anterior, está claro que una de las preocupaciones que deben tenerse en cuenta al formular dichos indicadores periféricos o superficiales

¹⁶ Son conocidos los esquemas de preguntas diseñados por Walton, Reed y Macagno (2008).

¹⁷ El concepto de empujón (*nudge*) en las ciencias comportamentales contrasta justamente con la idea de que vale la pena invertir en modelos de educación. Es un tipo de intervención no costosa en el ambiente institucional de toma de decisiones que parte del presupuesto de que el razonamiento de los seres humanos es frecuentemente falible. Ver Thaler y Sunstein (2008).

es el requisito de que no se refieren a las razones que solo el experto o su comunidad de expertos pueden acceder. Además, tales indicadores pueden llevar a los jueces a tomar decisiones incorrectas eventualmente; pero seguir una lista de señales que actúan como buenas razones para confiar en el experto, si están bien diseñadas, permitirá tomar más decisiones correctas que incorrectas *in the long run*.

La idea de buscar buenas razones para confiar en los expertos es representativa del trabajo de John Hardwig. En un conjunto de artículos sobre la autoridad de los expertos, el epistemólogo estadounidense desarrolló una estructura útil para explicar cómo se sucede el apelo racional y la confianza en los expertos. Esta estructura nos permite distinguir dos tipos de razones que están en juego, y nos puede ayudar a entender cuáles son las razones que los jueces pueden y deben considerar para decidir sobre el valor de las informaciones ofrecidas por los expertos. La estructura de Hardwig para explicar la deferencia racional a los expertos es la siguiente:

Si A [el lego, el juez] tiene buenas razones para creer que B [el experto] tiene buenas razones para creer que p [la información probatoria], entonces A tiene buenas razones para creer que p .¹⁸

La estructura indica que no se trata de una relación entre personas iguales y cuyas razones tienen igual valor epistémico —el experto sabe más, y sus razones para creer en una hipótesis probatoria son diferentes—. Pero el juez tiene como y debe ser estimulado a considerar críticamente las razones que tiene para creer que el experto tiene buenas razones. Y estas razones, que podemos llamar de “razones de segundo orden”, funcionan, en la práctica, como los indicadores periféricos.

Un punto que merece destacarse es que el empleo de indicadores periféricos presupone la existencia de un ambiente deliberativo. Esto significa que la deferencia al experto no es ciega, sino *crítica*. Luego, si, por un lado, es apropiado decir (en el sentido expuesto por Joseph Raz)¹⁹ que las razones que justifican apelar a la autoridad epistémica del experto son independien-

¹⁸ Esta fórmula aparece por la primera vez en Hardwig (1985, p. 336, la traducción es mía).

¹⁹ Sobre razones de autoridad, Raz (1990).

tes del contenido del que la autoridad afirma y excluyen la deliberación o cualquier forma de ponderación de razones de primer orden —aquellas que solo poseen los expertos y sus pares—, por otro lado, no sucede lo mismo en relación con las razones de segundo orden que remiten a los indicadores periféricos que pueden tornar la deferencia racional.²⁰ Tales razones de segundo orden continúan siendo relativamente independientes del contenido de lo que el experto afirma (Herdy, 2019, pp. 23-46), pero con respecto a ellos no podemos suponer que hay una especie de deferencia ciega o la completa ausencia de deliberación racional. Muy por el contrario: la toma de decisión con base en el balance de los indicadores periféricos requiere herramientas institucionales que proporcionen un ambiente saludable para la discusión crítica.

En esta línea de razonamiento, también es posible decir que un modelo educacional para el tratamiento de la prueba pericial propuesto por Vázquez es menos democrático en comparación con un modelo deferencial crítico que he bosquejado precedentemente —algo que suena sorprendente—. Un modelo educacional se ocupa del problema de la justificación de la decisión judicial a partir de la perspectiva de los jueces o jurados —esto es, a partir del ejercicio cognitivo de los juzgadores de los hechos—. Sin embargo, un modelo deferencial crítico ofrece una justificación a un mayor número de personas. No sería solo el juez científicamente educado quien tendría la capacidad de comprender las buenas razones para creer lo que los expertos dicen (o decidir en qué experto confiar cuando hay un conflicto), sino todos los participantes de la sociedad en cuestión —esto es, los destinatarios finales de una administración racional de la justicia—.

Lo que acabo de decir cuestiona el supuesto teórico-epistémico de que la deferencia es siempre irracional. Pero es necesario decir más: la actitud de deferencia (crítica) que se propone es característica de la justificación judicial y, por lo tanto, coherente con las aspiraciones centrales de nuestros sistemas jurídicos. La deferencia a los expertos no difiere del tipo de deferencia que ocurre cuando los jueces deciden aplicar una regla o precedente

²⁰ Comparto una concepción débil de independencia del contenido y deliberación, en que factores sustantivos, como la posición de la autoridad, son importantes y deben ser considerados para la determinación de la razón para la acción (o decisión). Véase Gur (2011).

contrario a sus creencias morales o políticas. La suposición de que la deferencia violaría la “idea normal” del proceso de decisión judicial ignora gran parte de lo que sucede en los tribunales, y el elemento que parece distinguir el razonamiento jurídico —el carácter autoritario de las decisiones (Raz, 1990)—. Los argumentos de autoridad y la consecuente deferencia del juez son fenómenos que invaden los tribunales: se producen toda vez que aplicamos reglas o precedentes como razones excluyentes en relación con las consideraciones de primer orden que podamos tener. Ahora, la deferencia a los hechos de carácter técnico o científico no parece ser un fenómeno tan diferente. Efectivamente, es un fenómeno que revela la deferencia del juez de manera muy similar a la que ocurre cuando las reglas y los precedentes se aplican como fuentes de autoridad.²¹

Además, podemos decir que la deferencia hacia el experto podría clasificarse como una deferencia *aún más liviana* o tenue en comparación con la deferencia de los jueces a las fuentes de autoridad normativa. La autoridad de una premisa normativa de la inferencia judicial es más sentida, más fuerte, porque en este caso el juez es cognitivamente capaz de formar una opinión sobre el tema. Pensemos en una decisión sobre la posibilidad de la eutanasia o del aborto. El juez es un experto en cuestiones normativas; sin embargo, en muchos casos opta por deferir, por razones de segundo orden (que contrarían su íntima convicción), al que estableció anteriormente el legislador o el juez/tribunal. ¿Por qué el caso de deferir al conocimiento experto sería tan diferente? Si incluso con respecto a la norma admitimos y eventualmente estimulamos la deferencia del juez (pensemos en los modelos formalistas de toma de decisión), ¿por qué no admitir la posibilidad de modelos deferenciales con respecto a los hechos?²²

²¹ Sobre el tema, véase Herdy (2014).

²² Además, la apuesta en un modelo deferencial crítico es coherente también con la caracterización de la actitud proposicional de los jueces frente a los hechos como de *aceptación* (Ferrer Beltrán, 2005). Un modelo educacional supone que los jueces tengan la capacidad de formar creencias sobre las proposiciones de hecho afirmadas por los expertos.

4. Conclusión

En 1878, Charles S. Peirce declaró que “si las creencias apaciguan las mismas dudas produciendo las mismas reglas de acción, entonces las simples diferencias en la forma en que somos conscientes de ellas no pueden hacerlas creencias diferentes”. Es posible que estemos a “tocar una melodía en diferentes escalas”, pero eso “no es lo mismo que tocar diferentes melodías” (Peirce, 1986, p. 264). Tal vez realmente estoy tocando la misma melodía que Vázquez, pero en otra escala. Como dije en el inicio, sus propuestas concretas para un nuevo diseño de las pruebas periciales en nuestros sistemas jurídicos me parecen adecuadas y oportunas. Los puntos que recibieron mi atención en esta discusión con la autora son relativos a sus presupuestos empíricos y teóricos. Identifiqué y discutí contra los dos presupuestos que justifican la opción de Vázquez por un modelo educacional para la valoración judicial de la prueba pericial. El primer presupuesto es empírico-psicológico, y sustenta que los déficits de los jueces no son cognitivos; el segundo presupuesto es teórico-epistémico, y sustenta que la deferencia es siempre irracional.

Precisamente en vista de la evidencia empírica disponible sobre las capacidades y la actuación de los jurados y jueces, creo que una forma de deferencia crítica del juez al experto parece ser la mejor opción. Como he argumentado, la deferencia no necesita ser ciega, ya que podemos pensar en indicadores periféricos racionales. Cuando se aplican de manera consistente, tales indicadores no solo garantizarían la deferencia crítica hacia los epistémicamente capaces de decidir con racionalidad, sino que también aumentan el valor democrático de la decisión judicial. Además, la idea de que un juez debe aceptar las palabras de otros sin tener que acceder a sus méritos es una característica clave del razonamiento judicial.

Es cierto que el problema de la abdicación judicial del juez en relación con los hechos del litigio que demandan conocimientos expertos puede ser más bien visto como una instancia de un problema institucional mayor. Este problema consiste en compatibilizar uno de los principales ideales de las democracias liberales, que garantiza a los individuos el derecho de participar directamente y/o controlar racionalmente las decisiones estatales que les conciernen, con la posición epistémica de desigualdad en que se encuentran

los legos frente a los expertos en relación a una serie de temas que son objeto de decisión en la esfera pública.²³ El problema se presenta como un desafío a la propia gobernanza democrática en sociedades que aspiran por políticas públicas basadas en evidencia. Cuando se aspira por decisiones fundamentadas en los avances científicos y tecnológicos, ni todos pueden hablar y ni todas las charlas tienen igual valor. El modelo deferencial crítico cuyas líneas generales he bosquejado incorpora esas tensiones e intenta ofrecer una solución que, en mi opinión, es tanto racional cuanto democrática.

Bibliografía

- Allen, R. (2013). The Conceptual Challenge of Expert Evidence. *Revista Discusiones Filosóficas*, 14(23), 41-65.
- Chi, M. T. H. (2006). Two Approaches to the Study of Expert's Characteristics. En K. A. Ericsson, N. Charness, P. Feltovich, y R. R. Hoffman, (eds.), *Cambridge handbook of expertise and expert performance* (pp. 21-30). Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Damaska, M. (1997). *Evidence Law Adrift*. New Haven: Yale University Press.
- Dwyer, D. (2008). *Judicial Assessment of Expert Evidence*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Edmond, G. (2012). Advice for the Courts? *Sufficiently Reliable Assistance with Forensic Science and Medicine (Part 2)*. *The International Journal of Evidence & Proof*, 16, 263-297.
- Edmond, G. y Roberts, A. (2011). Procedural Fairness, the Criminal Trial and Forensic Science and Medicine. *Sydney Law Review*, 33, 359-394.
- Epstein, R. (1993). Judicial Control over Expert Testimony: Of Deference and Education. *Northwestern University Law Review*, 87(4), 1156-1165.
- Ericsson, K. A. (2006). An Introduction to The Cambridge Handbook of Expertise and Expert Performance: Its Development, Organization, and Content. En K. A. Ericsson, N. Charness, P. Feltovich, y R. R. Hoffman, (eds.), *Cambridge handbook of expertise and expert performance* (pp. 3-20). Cambridge, UK: Cambridge University Press.

- Ericsson, A. y Pool, R. (2017). *Peak: Secrets From the New Science of Expertise*. Boston: Mariner Books.
- Faigman, D. (2014). Group to Individual (G2i) Inference in Scientific Expert Testimony. *The University of Chicago Law Review*, 81(2), 417-480.
- Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- Gascón, M. (2016). Conocimientos expertos y deferencia del juez. *DOXA*, (39), 347-365.
- Gertner, N. y Sanders, J. (2018). Alternatives to Traditional Adversary Methods of Presenting Scientific Expertise in the Legal System. *Daedalus*, 147(4), 135-151.
- Govier, T. (1985). *A Practical Study of Argument*. Belmont CA: Wadsworth.
- Gur, N. (2011). Are Legal Rules Content-Independent Reasons?. *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 5, 175-210.
- Haack, S. (2019). Judging Expert Testimony: From Verbal Formalism to Practical Advice. *Quaestio facti*, 1, 13-30.
- Hans, V. P. y Saks, M. J. (2018). Improving Jury & Judge Evaluation of Scientific Evidence. *Daedalus*, 147(4), 164-180.
- Hardwig, J. (1985). Epistemic Dependence. *The Journal of Philosophy*, 82(7), 335-349.
- Herdy, R. (2014). Dependencia epistémica, antiindividualismo y autoridad en el derecho. *Isonomía*, 40, 119-146.
- Herdy, R. (2019). Appeals to Expert Opinion in High Courts. En M. Nogueira de Brito, R. Herdy, G. Damele, P. Moniz Lopes, y J. Silva Sampaio (eds.), *The Role of Legal Argumentation and Human Dignity in Constitutional Courts* (pp. 23-46). Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2019.
- Imwinkelried, E. J. (1997). The Next Step in Conceptualizing the Presentation of Expert Evidence as Education: The Case for Didactic Trial Procedures. *The International Journal of Evidence and Proof*, 1(2), 128-148.
- Kahneman, D. (2011). *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux.
- Koehler, J. J., Schweitzer, N. J., Saks, M. J., y McQuiston, D. E. (2016). Science, Technology, or the Expert Witness: What Influences Jurors'

- Judgments About Forensic Science Testimony? *Psychology, Public Policy, and Law*, 22, 401-413.
- Lempert, R. (1981). Civil Juries and Complex Cases: Let's Not Rush to Judgment. *Michigan Law Review*, 80(1), 68-132.
- Miller, J. S. y Allen, R. (1993). The Common Law Theory of Experts: Deference or Education? *Northwestern University Law Review*, 87(4), 1131-1147.
- Moore, A. (2017). *Critical Elitism: Deliberation, Democracy, and the Problem of Expertise*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Páez, A. (2019). Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales, disponible en <https://philpapers.org/rec/PEZLSC>.
- Peirce, C. S. (1986). *Writings of Charles Sanders Peirce*. En Kloesel, C. J. (ed.), vol. 3, Bloomington: Indiana University Press.
- Petty, R. y Cacioppo, J. T. (1986). *Communication and Persuasion: Central and Peripheral Routes to Attitude Change*. New York: Springer-Verlag.
- Raz, J. (1990). Authority and Justification. En J. Raz (ed.) *Authority* (pp. 115-141). New York: New York University Press.
- Saks, M. y Spellman, B. (2016). *The Psychological Foundations of Evidence Law*. New York: NYU Press.
- Sanders, J. (2003). The Merits of Paternalistic Justification. *Seton Hall Law Review*, 33, 881-941.
- Schauer, F. y Spellman, B. (2013). Is Expert Evidence Really Different? *Notre Dame Law Review*, 89(1), 1-26.
- Thaler, R. A. y Sunstein, C. (2008). *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New York: Penguin Books.
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Walton, D. (1997). *Appeal to Expert Opinion: Arguments from Authority*. Pennsylvania: Pennsylvania State University Press.
- Walton, D., Reed, C. y Macagno, F. (2008). *Argumentative Schemes*. Cambridge: Cambridge University Press.

La división del trabajo cognitivo en la prueba pericial: el juez, las partes, los peritos y las comunidades expertas

The Division of Cognitive Labor in Expert Evidence: Judges, Parties, Experts and Their Communities

Carmen Vázquez*

Recepción: 3/5/2020

Evaluación: 10/5/2020

Aceptación final: 15/5/2020

Resumen: El presente trabajo ofrece respuesta a las réplicas planteadas a mi trabajo “El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial”, realizadas por Florencia Rimoldi y Rachel Herdy. Como el título señala, básicamente refiero aquí a la división del trabajo cognitivo que hay (o debería haber) cuando analizamos las pruebas periciales de manera amplia y que implica no solo a los jueces, sino a las partes, los peritos que participan en el proceso judicial y las comunidades expertas a las que estos pertenecen.

Palabras claves: Prueba pericial, práctica de la prueba, deferencia a los expertos.

Abstract: In this paper I answer to some replies raised by Florencia Rimoldi and Rachel Herdy to my paper “The Institutional Design of Expert Evidence. Remarks on the Inferential Reasoning of Experts and Judicial Comprehension”. As the title indicates, basically I argue that when we ana-

* Doctora en Derecho y Profesora. Universitat de Girona, Girona, España. Correo electrónico: carmen.vazquez@udg.edu.

lyze expert evidence as a whole, there is (or should be) a division of cognitive labor among judges, parties, experts and the communities to which they belong.

Keywords: Expert evidence, presentation of evidence at the trial, deference to experts.

En primer lugar, quiero agradecer muy sinceramente a Florencia Rimoldi y Rachel Herdy por sus muy interesantes observaciones críticas a mi trabajo “El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial”.¹ El “principio de contradicción” no solo es fundamental para la justificación y corrección de las decisiones judiciales, también lo es en los mismos términos para las ideas que se defienden en la academia. Así, cuando se someten a contradicción los argumentos es posible evaluar mejor su rendimiento y decidir entonces cuáles de ellos es necesario modificar y cuáles de ellos han sobrevivido a la crítica. Por supuesto, al igual que sucede en el proceso judicial, lo anterior solo es posible cuando quien ejerce la contradicción presenta argumentos relevantes y sólidos.

Pues bien, por lo que parece, la parte de mi trabajo que considero más novedosa y que, en realidad, desde mi perspectiva es el núcleo central de las tesis allí defendidas ha quedado intacta. Mi trabajo pretende ofrecer un conjunto de herramientas procesales que deberían estar en nuestras legislaciones para que los jueces (y las partes) puedan lidiar de mucho mejor manera con las complejidades que las tan variadas pruebas periciales en la actualidad presentan. Desafortunadamente seguimos teniendo legislaciones (y, a veces, criterios jurisprudenciales) no solo ancladas al pasado en cuanto al razonamiento probatorio en general se refiere, y en las que poca atención se ha prestado a las dificultades reales de las pruebas periciales, sino que asumen una concepción de la prueba pericial demasiado simplista y a veces hasta con una imagen romántica de la empresa científica en el fondo.

¹ También quiero agradecer enormemente a los editores de *Discusiones* por pensar en mí para este número; muy especialmente agradezco también a Valeria Trotti, por sus gestiones y todo el trabajo que le ha supuesto este número.

Junto a lo anterior, también queda intacto otro de los desarrollos que hago en mi trabajo y que, a día de hoy, parece no habitual en la literatura procesal, por ejemplo. Me refiero a la importancia de la práctica de las pruebas a efectos de un tratamiento adecuado para la prueba pericial en particular, para su correcta valoración en los casos concretos en que es empleada. La mayoría de la literatura en nuestro ámbito cultural, e incluso de la jurisprudencia, pone el énfasis en la valoración de la prueba pericial, obviando que aquello que suceda en la práctica durante el juicio oral será fundamental para la atribución de valor probatorio a este elemento de juicio. Actúan como si la atribución de valor probatorio surgiera solo de la mente del juez a partir de haber leído o escuchado lo que dijo el experto.

Mi énfasis en la práctica de la prueba pericial y las herramientas procesales que podemos concebir en esa etapa para mejorar la información disponible tienen como objetivo lograr la comprensión judicial sobre el conocimiento experto relevante para la toma de decisión de los hechos en un caso concreto. Tanto Rimoldi como Herdy se enfocaron en debatir los presupuestos que subyacen a mi propuesta: una con más énfasis en las bases epistemológicas y la otra acentuando cierto supuesto empírico-psicológico respecto de la posibilidad de la comprensión judicial para la valoración de estas pruebas. Ambas sugieren un modelo total o parcialmente distinto de la prueba pericial basado, por lo que parece, en sus críticas correspondientes; aunque, muy llamativamente para mí, sin prestar atención precisamente a la práctica de las pruebas como una etapa procesal determinante.

En lo que sigue, como es evidente, me detendré a intentar responder las observaciones de Rimoldi y Herdy, a veces para aclarar al lector mis argumentos presentados en el trabajo que se discute, otras quizá para matizarlos a partir de sus estupendas observaciones y algunas para contraargumentar sus concepciones. Para ello, dividiré mi respuesta en tres apartados. En el primero, me dedicaré a ahondar en la idea de “modelo de la prueba pericial”, poniendo particular atención al posible rol de la deferencia en las distintas propuestas que se discuten trayendo al debate la división del trabajo cognitivo presente en nuestras sociedades del conocimiento actuales.²

² “Division of cognitive labor” es una expresión de Philip Kitcher, un conocido filósofo de la ciencia, título de uno de sus célebres artículos donde discute la división del trabajo cognitivo

En el segundo apartado, me dedicaré a tratar los “criterios indirectos” que ambas, aunque desde perspectivas muy diversas, sugieren para complementar (en el caso de Rimoldi) o para apartarse (en el caso de Herdy) de mi presupuesto de que los jueces deben comprender el razonamiento pericial. Finalmente, en el tercer apartado, de manera breve haré algunas referencias a la idea de Rimoldi de atender al contextualismo en el marco de una dinámica más argumentativa, a diferencia de ella pondré el acento en el rol de las partes y otras consideraciones jurídicas.

1. Un modelo de prueba pericial y la deferencia hacia los expertos

Mi trabajo es claramente normativo, no descriptivo; aunque, por supuesto, tomo en cuenta algunas cuestiones sobre el funcionamiento en la práctica judicial de la prueba pericial. Por ello, en varios momentos hablo del diseño institucional que *deberíamos* tener y de aquello que debiera ser el objetivo de la valoración judicial de la prueba pericial. Ante ese modelo, el análisis de Herdy plantea un argumento más bien descriptivo: “no *hay* buenas razones para presuponer que los jueces tienen la disposición o son capaces de comprender las inferencias de los expertos”. Más allá de su verdad o falsedad,³ la afirmación en sí misma es sumamente llamativa al menos por dos cuestiones:

1. Si tuviéramos que ceñirnos a la disposición o capacidad que *de hecho* tienen los jueces (o de cualquier otro decisor) para plantearnos cómo debería ser una institución o qué cambios deberíamos imple-

en la ciencia (Kitcher, 1990). La expresión se derivó, a su vez, de la “division of linguistic labor” propuesta en la filosofía del lenguaje por Hillary Putnam, en Putnam (1975). Por supuesto, la expresión es una analogía a la idea de Adam Smith sobre la división del trabajo para el progreso económico mediante cierta especialización de los trabajadores en tareas específicas en la producción. Y, también por supuesto, el título de este artículo sigue en alguna medida esta senda situando al individuo (el juez) dentro del contexto social de otros agentes cognitivos que también participan del proceso judicial en donde tiene que haber cierta distribución óptima de los esfuerzos de cada uno.

³ Lo que es imposible de saber puesto que la afirmación de Herdy no tiene base en ningún estudio empírico sobre esa disposición o capacidad de los jueces.

mentar, entonces la capacidad de cambio en el sistema sería muy reducida o mínima. En materia de prueba testifical, pensemos: si los jueces no tienen la disposición la capacidad para valorar las declaraciones testimoniales en función de la memoria del sujeto, ¿podríamos sugerir las modificaciones que nos exige hacer la psicología del testimonio en las dinámicas procesales tradicionales en función de lo que ahora sabemos gracias a ella? Según el argumento de Herdy, no, no podríamos; y, entonces, ¿deberíamos seguir conformándonos con que los jueces sigan valorando el lenguaje corporal de los testigos para atribuirle valor a la confiabilidad (subjetiva) del testigo?

2. Cuando Herdy se refiere a la “disposición” de los juzgadores, ¿en qué medida está tomando en cuenta a los jueces que señala Devis Echandía, *i. e.* aquellos que no hacen lo que deben por pereza física y mental? (Devis Echandía, 1972, p. 61). Y, de ser así, ¿por qué deberíamos tomarlos a ellos como referencia para construir un modelo sobre la prueba pericial o cualquier otra institución probatoria o jurídica? Obviamente, deberíamos tomar en cuenta que en todo sistema jurídico podría haber más o menos jueces de ese tipo y pensar, entonces, los incentivos necesarios para evitar que actúen con esa pereza o con otras “disposiciones” no acordes con las exigencias de su función.

Por supuesto, Herdy podría no solo estar contando con el tipo de jueces antes descrito sino estar aludiendo a algo así como el juez promedio. En ese contexto, estaría dejando de lado un elemento importante del contexto en que hace su afirmación sobre la falta de capacidad de los jueces para comprender las inferencias de los expertos: que hasta hace muy poco el interés en analizar el razonamiento probatorio ha sido muy escaso. Las facultades de derecho en nuestros países (de tradición romano-germánica) no han formado a los juristas para pensar la prueba, para identificar las premisas que conformarían el razonamiento fáctico y las inferencias que se justifican a partir de ellas. Esa situación es aplicable a toda la institución probatoria y, por supuesto, hace estragos importantes en la prueba pericial; por ello, no es de extrañar que nuestros jueces (y abogados, fiscales, etc.) de hecho tengan serias deficiencias en su razonamiento fáctico. En definitiva, como ha mostrado la teoría racional

de la prueba, precisamente por ello son aún más importantes modelos que ayuden a los operadores jurídicos a realizar una mejor tarea.⁴

En efecto, pese a sus propios argumentos, Herdy también nos dice que “los jueces tienen el *potencial* de desarrollar las capacidades necesarias para comprender las inferencias de los expertos”, pero se pregunta si entonces bastaría educar a los jueces. Y responde: “me parece [que] no, o al menos no sin que esto no implique costos muy altos y con resultado todavía inciertos para la administración de la justicia”. Y aquí la verdad es que no es claro qué entiende Herdy por “educarlos”; pero consideremos la literalidad de las palabras y asumamos que se refiere a ciertos cursos en su formación continua sobre distintas áreas del conocimiento experto. Si es así, cobra relevancia una ventaja importante de los jueces profesionales vs. los jurados: a los primeros los podemos formar, tenemos actualmente ya una estructura organizacional y recursos económicos destinados a ello en prácticamente todos nuestros países, mientras que los miembros de los jurados lo son para un solo caso y resultaría imposible darles la formación oportuna.⁵ Los costos serán más o menos altos en función de esa estructura, pero son costos que a mediano plazo podrían ser incluso amortiguados: cada vez los jueces sabrán más y cada vez los jueces mismos podrán formar a otros jueces y establecer jurisprudencia razonable en la materia que ayude al resto de la judicatura. Por supuesto, uno esperaría también que si las facultades de derecho formaran a los estudiantes en razonamiento probatorio tendría un impacto en el tratamiento de la prueba pericial y en la formación de base de los futuros jueces. No se trata, entonces, como Herdy me imputa, de que sea más “plausible presumir que los jueces son más capaces en términos cognitivos que los jurados legos”, sino de las

⁴ Sobre la teoría racional de la prueba puede verse Vázquez (2015, pp. 58-70) y las referencias ahí citadas.

⁵ Es cierto, como dice Herdy citando a Hans y Saks, que los jurados podrían tener el aspecto favorable de estar conformados por *backgrounds* diferenciados. Sin embargo, ese argumento (a diferencia de la capacidad para educarlos) es totalmente contingente: depende de cómo de hecho esté conformado cada uno de los jurados. Y, por supuesto, la mera diferencia de *background* entre ellos no supone que alguno de ellos tenga un *background* de carácter científico o técnico y mucho menos que sea ese el *background* relevante para el caso.

potencialidades que a efectos de formación ofrece cada sistema y, con ello, los costos de tal objetivo.⁶

Sobre la capacidad cognitiva de los jurados, por cierto, vale la pena hacer una aclaración más sobre *lo que sabemos* al respecto a efectos de decidir el tipo de modelo jurídico procesal: uno de confianza o de desconfianza hacia el decisor. Lo que sabemos, sin embargo, no puede limitarse a la experiencia de cada uno, debe haber estudios empíricos de por medio para conocer más sobre dicha capacidad. Todo estudio empírico, por supuesto, supone una base teórica sobre la parte de la realidad que va a medir y aquí viene una primera cuestión que, en mi opinión, esos estudios deben explicitar: qué capacidades cognitivas podrían considerarse *relevantes* a efectos de analizar si los actuales decisores son o no cognitivamente competentes para valorar las pruebas periciales.⁷ Algunos estudios que se han llevado a cabo en los Estados Unidos en realidad nos muestran solo ciertas tendencias o incapacidades particulares de algunos jurados sobre la prueba pericial, a partir de los cuales se podría (o no) *inferir* algo más general sobre su capacidad cognitiva.⁸

Como bien dice Herdy, el artículo de Schauer y Spellman, por ejemplo, muestra cómo los jurados tienden a sobrevalorar las informaciones ofrecidas por expertos y cómo también lo hacen con los testigos. Para cualquiera que lea el artículo en cuestión, es claro que “el argumento de los autores no es que los jurados sean cognitivamente capaces para valorar las pruebas periciales”; yo jamás dije que lo fuera, como me lo imputa Herdy, y no diría

⁶ Por supuesto, estoy pensando aquí en el tradicional jurado lego que participa una sola vez en su vida como juzgador de los hechos. Es posible, sin embargo, pensar en otras figuras existentes de decisores legos en el derecho que sí gocen de esa potencialidad. Por ejemplo, los llamados “*lay magistrates*” en North Ireland, que son nombrados por cinco años para decidir, por ejemplo, casos de justicia juvenil junto con un magistrado especialista en derecho. Al respecto, véase: <https://judiciaryni.uk/lay-magistrates>

⁷ Herdy sigue a Saks y Spellman (aunque tampoco explica por qué) cuando dice que “teniendo en cuenta que el concepto de capacidad cognitiva —lo cual es clave en el trabajo de Vázquez— hace referencia a la memoria de trabajo que dispone un individuo para el procesamiento consciente de información”. Sin embargo, nunca explicita que sería la “memoria de trabajo” y en qué sentido es relevante para mi investigación.

⁸ También valdría la pena analizar el tipo de casos que serán o fueron parte del estudio, sobre todo la complejidad de las pruebas periciales presentadas y los desacuerdos entre los expertos.

que de mis palabras se pueda inferir semejante cuestión.⁹ Ahora bien, lo que efectivamente no hago, como dice ella, es dedicar mucha atención a los estudios empíricos que se han llevado a cabo en EUA sobre la prueba pericial y la capacidad de los jurados. Y ello se debe a dos razones: 1) el resultado final, como también Herdy reconoce, es que hay estudios empíricos que muestran que los jurados estadounidenses son capaces (en atención a aquello que quieren medir quienes realizan el estudio) y hay otros estudios que muestran que son incapaces (otra vez, en atención a aquello que buscan medir quienes realizan el estudio), por lo que la cuestión no es nada clara, ni siquiera en qué exactamente están midiendo; y 2) el tipo de datos empíricos que ofrecen los estudios mencionados son, como no puede ser de otro modo, contextuales: se mide a determinados sujetos (los miembros de los jurados estadounidenses) en determinadas condiciones (por ejemplo, decidiendo casos más o menos complejos desde el punto de vista de la información experta involucrada).¹⁰ En definitiva, dadas las enormes diferencias entre los sistemas (y las sociedades en las que rigen) y las tan diversas características de los casos en que están presentes las pruebas periciales (e incluso los tan distintos tipos de pruebas periciales), si no se analiza con cuidado, quizá encontremos datos empíricos para cualquier cosa que queramos sostener sobre la capacidad de los juzgadores de los hechos.

Así, para llevar al terreno de la deferencia la prueba pericial y citando uno de los resultados empíricos descritos por Schauer y Spellman, Herdy pone el énfasis en que “los jurados frecuentemente aciertan, cuando aciertan, porque siguen señales o indicadores periféricos de autoridad epistémica”. Como bien dice Herdy, hace tiempo que en el contexto estadounidense Allen y Miller plantearon la dicotomía “deferencia o educación” en

⁹ Mis palabras textuales son: “Un listado sumamente completo e interesante de los distintos tipos de estudios realizados en Estados Unidos”. Por cierto, eso de ninguna manera supone que yo lo tomo como referencia para mi trabajo, como dice Herdy; lo único que hago es remitir al lector a ese trabajo por si le interesa revisar algunos de los estudios empíricos en comento.

¹⁰ Parece que no sería lo mismo medir la capacidad de un jurado para lidiar con información experta compleja en un caso complejo, que en un caso sencillo o con información experta menos compleja.

Un trabajo sumamente interesante, dados los detalles brindados para contextualizar adecuadamente el estudio empírico que realizan sobre las capacidades de los jurados con la prueba pericial en Australia, es Freckelton *et al.* (2016).

el tema de la prueba pericial; su idea surgió en un momento en que para la admisión de la prueba pericial se estaba utilizando el criterio Frye, “aceptación general de la comunidad experta”, que planteado así es ampliamente deferencialista hacia dicha(s) comunidad(es).¹¹ Sin embargo, mi trabajo no pretende realizar un análisis exegético de lo que Allen y Miller querían decir o de lo que Allen busca cuando habla de un modelo educativo; y ello no porque no me parezca interesante ahondar en sus argumentos, sino porque el sistema jurídico del que ellos se encargan, el estadounidense, centra la atención en la admisión de la prueba pericial y, en cambio, deja la *cross-examination* en manos exclusivamente del adversarialismo feroz entre las partes. En mi modelo, en cambio, me interesa centrarme en la práctica y poner atención no solo en las partes sino también en el juez. Así que más allá de la idea de Allen y Miller, habría que ver si la dicotomía entre deferencia y educación se sostiene y en qué medida.

Aunque Herdy cita mi libro *De la prueba científica a la prueba pericial*, puede haberse escapado a su atención que ahí desarrollo distintos modelos sobre este elemento de juicio en atención a si se trata de un perito de parte o un perito nombrado judicialmente, siendo el primero más factible para un modelo educativo y el segundo más sensible a un modelo deferencialista. Con lo cual, me parece que la acusación de que “la autora presupone que la deferencia siempre es irracional” en general no me es aplicable y más bien Herdy debería explicitar de manera clara qué entiende por deferencia¹² y cuándo considera que es racional deferir en otro. En función de sus respuestas podría estar de acuerdo con ella o no.

¹¹ En esa interpretación literal que se le ha dado por muchos tribunales estadounidenses y la práctica en general. Sin embargo, en el caso Frye el tribunal respectivo completaba ese criterio de la siguiente manera: “aquello de lo que estas pruebas se deducen *debe estar lo suficientemente fundado* para tener la aceptación general en el área relevante”. Al respecto, véase Vázquez (2015, pp. 92-96).

¹² Lo que no es una tarea fácil y al menos habría que distinguir entre la deferencia y acordar con lo que otro dice. Precisamente por ello, me parece problemático un ejemplo de Rimoldi, pues diría que ella está refiriendo precisamente a acordar con los argumentos del otro: “parece razonable deferir ante el/la autor/a en algunas cuestiones, y juzgar por nosotros/as mismos/as la calidad de sus argumentos. Si, luego de haber leído *críticamente* el artículo, *acompañamos la conclusión* del/a autor/a, creo que esta actitud es perfectamente razonable, y lo seguiría siendo a pesar de que luego la conclusión resultara falsa”.

El modelo deferencial crítico que Herdy propone parece basarse de manera exclusiva en la fórmula de Hardwig:

Si A [el lego, el juez] tiene buenas razones para creer que B [el experto] tiene buenas razones para creer que p [la información probatoria], entonces A tiene buenas razones para creer que p .

Pero, según Herdy, ¿cuáles son esas buenas razones para creer en B en el contexto procesal? Y ¿qué consecuencia tendría para el diseño normativo aceptar su modelo?¹³ ¿Es compatible deferir en el experto una decisión y el deber del juez de decidir el caso, por más “crítico” que sea?, ¿cómo es compatible ser crítico y deferencialista? Son todas preguntas sin respuesta.¹⁴ Pero, aún más, en mi opinión, Herdy comete dos errores en su tratamiento: i) poner el énfasis en el argumento de autoridad y obviar las falacias de autoridad, pese a que afirma que “lamentablemente somos bastante buenos en aceptar una conclusión afirmada por alguien que creemos que es una autoridad en un tema”; y, ii) no distinguir la autoridad teórica (sobre qué creer) de la autoridad práctica (sobre qué hacer).

El conocido como “argumento de autoridad” tiene una muy compleja historia en su tratamiento lógico, pues mientras algunos lo han considerado *intrínsecamente* un tipo de falacia, para otros se trata de un argumento

Por otro lado, Herdy relaciona la deferencia con la aceptación y sugiere la exclusión de las creencias en ese binomio, sin tomar en cuenta que puede haber razones epistémicas para aceptar. El propio Ferrer, a quien ella misma cita y en la misma obra citada (p. 95), dice que en contextos de libre valoración de la prueba “... la creencia del juez en que está probado que p opera como razón (epistémica) para aceptar p . La aceptación superviene a la creencia de que ‘Está probado que p ’”.

¹³ Por ejemplo, en mi modelo de la prueba pericial de confianza de los jueces, a efectos de reconstruir cuándo un experto sería confiable, me remito también a Hardwig como una manera para identificar la autoridad teórica de aquel. Sin embargo, dado que mi objetivo es reconstruir la confiabilidad y esta tiene también un aspecto motivacional, más allá de la autoridad teórica, termino decantándome por Hardin. Toda esta reconstrucción, en mi opinión, es adecuada para seleccionar al experto, lo que puede ser una cuestión importante, pero de ninguna manera definitiva o determinante.

¹⁴ Herdy desarrolla mínimamente algunas cuestiones que podrían responder en algunos casos a la primera cuestión, *i. e.* las buenas razones para creer en B . Su respuesta va en la línea de los criterios indirectos que abordaré en el siguiente epígrafe.

razonable, genuino y/o legítimo *en algunos casos*.¹⁵ Una vez aceptado que el argumento de autoridad es una forma razonable de conocer (lo que en nuestras sociedades actuales altamente especializadas y con cada vez más instituciones evaluando en todos los niveles cierto conocimiento, parecería también ampliamente aceptado), es indispensable analizar cuándo, en cambio, se trata de una falacia de autoridad. La gran mayoría de la literatura relevante considera que el argumento es falaz cuando la supuesta autoridad no lo es en realidad, cuando el área de conocimiento en sí misma es cuestionable o cuando las credenciales del sujeto son de alguna manera pobres (Woods y Walton, 1974, p. 136). Salmon (1984, pp. 98 y ss.), por ejemplo, identificando con mayor precisión tales cuestiones habla de al menos cinco formas en que puede haber un uso indebido del argumento de autoridad: cuando la autoridad es mal interpretada o citada incorrectamente; cuando la supuesta autoridad solo tiene glamur, prestigio o popularidad; cuando los expertos hacen juicios sobre alguna cuestión que sale de su competencia; cuando los expertos hablan de cuestiones sobre las cuales no es posible tener pruebas; y cuando se pone demasiada confianza en los expertos en algunos casos donde hay desacuerdo.¹⁶

Lo anterior nos aconsejaría andar con sumo cuidado al respecto en el contexto jurídico-procesal, dado que estamos ante un tipo de falacia que podría ser utilizada por los abogados, a veces acostumbrados a argumentar solo con base en el prestigio o la popularidad de sus expertos. Pero también los jueces pueden cometer, por ejemplo, la primera forma de falacia de autoridad haciendo una mala interpretación de las afirmaciones del experto¹⁷, construyendo así un argumento con una premisa falsa. Precisamente por ello es importante no solo que el juez explicité en la motivación de su decisión qué parte de la prueba pericial está usando, sino también cómo lo está interpretando para el caso concreto; y, para ello, cierto nivel de comprensión es indispensable.

¹⁵ Para un interesante análisis histórico sobre los cambios en este tipo de argumento, véase Walton (1997, pp. 32 y ss).

¹⁶ Más recientemente Walton (2008, p. 211) habla de que una apelación a la autoridad es errónea cuando esta es malinterpretada, tomada demasiado en serio o de forma acritica.

¹⁷ También aluden a esta cuestión Woods y Walton (1974, pp. 141-142).

Por otro lado, Herdy dice que el argumento de autoridad está en la naturaleza de las razones que justifican las decisiones judiciales y traza diversas analogías con el seguimiento de reglas o de la jurisprudencia para ejemplificarlo. Sin embargo, pasa por alto que hay grandes diferencias entre la atribución de autoridad para creer y la atribución de autoridad para actuar de cierta manera. El derecho y las decisiones judiciales que lo aplican pueden ser reconstruidos como una autoridad práctica que nos dice qué debemos hacer, pero no necesariamente hay una pretensión de que los ciudadanos o los jueces creen en lo que deben hacer. Así, por poner un ejemplo sencillo, el derecho puede imponernos la obligación de no fumar, pero no puede obligarnos a creer que no es bueno fumar, de modo que incluso si la reconocemos como autoridad práctica para lo primero, ello no lo hace autoridad teórica para lo segundo. Por ello, creo que Herdy se equivoca cuando dice que “[l]a deferencia a los expertos no difiere del tipo de deferencia que ocurre cuando los jueces deciden aplicar una regla o precedente contrario a sus creencias morales o políticas”.

Más allá de las observaciones de Herdy, lo que está en juego cuando se entra al debate del argumento de autoridad y la autoridad teórica es la *autonomía* sobre el razonamiento. Al respecto, se pronuncia también Rimoldi mencionando algo en lo que estoy parcialmente de acuerdo: “se llega a un punto en la argumentación en juego en el que al juez no le queda más que la deferencia y ello podría ser racional”. Yo solo matizaría diciendo que, efectivamente, *se podría llegar* a ese punto en el proceso dialógico que se da entre los jueces, las partes y los expertos en un proceso judicial. Desde el punto de vista de la epistemología del testimonio, siguiendo a Rimoldi, “habrá algunas premisas o presupuestos del razonamiento cuya verdad la obtiene [el juez] testimonialmente de la misma persona que le está brindado el argumento”. Por supuesto, la epistemología social ha mostrado que al menos actualmente es imposible concebir un sujeto cognoscente plenamente autónomo, cuyas creencias estén sustentadas en la experiencia directa o en el razonamiento personal, confiando solo en sus propias facultades cognitivas. No es este el espacio para entrar en las amplias discusiones de la epistemología social,¹⁸ sin embargo en nuestras sociedades actuales la

¹⁸ Puede verse un mapa muy general de la discusión al respecto en Vázquez (2015, pp. 65-67).

regla es más bien la *división del trabajo cognitivo* entre los diversos sujetos que la conforman, en la que unos conocen de segunda mano lo que otros conocen en primera persona, y esa dinámica se da tanto entre los propios expertos como entre los legos respecto los expertos.

Quizá una de las características más sobresalientes de la epistemología más clásica es que ha enfocado su atención a un sujeto cognoscente autónomo, independiente de otros agentes cognitivos; ese *approach* puede ser problemático cuando estamos en un contexto en el que las interacciones entre los diversos sujetos que en él participan son fundamentales para lograr un objetivo epistémico, como es el caso del proceso judicial. En mi trabajo, “El diseño normativo de las pruebas periciales”, pude haber enfatizado la autonomía del juez como agente cognoscente, pero ello se debe a que el objetivo que en su momento me planteé era exclusivamente la comprensión judicial. Sin embargo, creo que hay que situar al individuo (el juez) dentro de un contexto social en el que hay otros agentes cognitivos que también tienen un rol que jugar (muchas veces señalado incluso por el propio derecho) no solo en la aportación de información, sino también en el cuestionamiento de la aportada por el otro, y pensar en la distribución óptima de los esfuerzos de cada uno.

Hay que traer al debate, entonces, a las partes del proceso judicial y a las comunidades expertas a las que los peritos pertenecen. Cuando nos centramos solo en la valoración judicial de la prueba pericial sin prestar atención a su conformación y práctica, corremos el riesgo de poner demasiada atención en los jueces y obviar el rol que, para bien o para mal, los otros actores del proceso deben jugar y/o de hecho juegan. Para bien, por ejemplo, porque las partes en ejercicio del contradictorio pueden poner sobre la mesa información sumamente relevante sobre las deficiencias de las afirmaciones del experto; porque las comunidades expertas podrían (y deberían) hacer el tipo de estudios empíricos necesarios para conocer la validez y fiabilidad de los métodos que usan los expertos en lo individual; etc. Para mal, por ejemplo, porque los expertos (por más buenas razones que tengan para creer X) también sufren de sesgos cognitivos que los podrían llevar con relativa facilidad a juicios erróneos;¹⁹ porque las partes

¹⁹ Herdy alude a Kahneman para traer a colación las heurísticas (para poner sobre la mesa la deferencia a los expertos), pero no alude en ningún momento a los *sesgos cognitivos* a

a veces no presentan a genuinos expertos o se valen de determinadas creenciales para extender la tarea pericial mucho más allá de la *expertise* del sujeto, etc. Considerar toda esta compleja dinámica nos lleva a concluir que cuándo “al juez no le queda más que la deferencia” dependerá no solo del caso concreto sino de las interacciones entre los sujetos participantes en él.²⁰ Y para ahondar más ello, pasemos al siguiente apartado analizando el rol de ciertos criterios para valorar la calidad de la prueba pericial a efectos de coadyuvar a la comprensión judicial.

2. Los criterios indirectos y su uso para distintas decisiones sobre las pruebas periciales

Como argumento en el trabajo que se discute, la comprensión judicial es indispensable para la tarea de valorar la prueba pericial, pero ¿qué supone la comprensión? Rimoldi da buena cuenta de ella:

La comprensión [...] es un estado epistémico mucho más sofisticado que el mero conocimiento proposicional, y para el caso que nos compete, que es el razonamiento inferencial pericial, queda claro que comprender un razonamiento incluye una capacidad que se encuentra por encima y por debajo de la mera constatación de las premisas, y de la pretensión de que de las premisas se siga una cierta conclusión relevante para el caso.

Un punto sumamente importante que vale la pena resaltar es que la comprensión es gradual, no una cuestión de todo o nada; y, en ese sentido, la división del trabajo cognitivo antes comentada puede ser también una

los que aquellas pueden dar lugar. Se ha desarrollado mucha literatura desde la psicología cognitiva al respecto, y en particular también se han hecho varios experimentos para mostrar la presencia de ciertos tipos de sesgos cognitivos en los expertos. Puede verse, por ejemplo, Dror (2018, p. 243).

²⁰ E incluso algunas cuestiones extraprocesales respecto de las comunidades expertas, como se verá en el último apartado sobre el contextualismo en la prueba en el derecho.

cuestión gradual y, además, es dinámica, porque la comprensión tanto de los expertos como de los legos cambia a lo largo del tiempo.²¹

En el esquema anterior, entonces, la pregunta clave es ¿cómo *podemos* hacer para que el juez (lego) comprenda las pruebas periciales (expertas) que tiene que valorar? Es una obviedad que el juez no es experto ni pretendemos que lo sea, por lo que su nivel de comprensión será necesariamente inferior en cuanto a la *expertise* se refiere, aunque no necesariamente lo será en cuanto a los hechos del caso concreto. Y en ese contexto tan específico, un caso concreto, es donde hay que repensar la relevancia de lo que Rimoldi y Herdy identifican como “criterios indirectos” para valorar la prueba pericial y cómo estos ayudarían (o no) en tal labor.

La distinción entre “criterios directos” y “criterios indirectos” para valorar la prueba pericial, en mi opinión, no es tajante; al modo pragmatista uno podría considerarla como una suerte de continuo. Por ejemplo, para conocer la validez y/o la fiabilidad de un instrumento, un criterio directo sería la realización de un estudio empírico controlado que mostrara la validez y/o la fiabilidad del mismo en ciertas condiciones; por otro lado, un criterio indirecto, para valorar lo mismo, sería evaluar la confiabilidad del experto E o grupo de expertos G que lo diseñaron. Es indirecto porque a partir de la confiabilidad de E *infiere* la fiabilidad del instrumento; pero ¿las inferencias no están también presentes en los criterios directos? ¡Por supuesto! A partir de muy diversa información recabada en el estudio se infiere determinada conclusión, no es que se trate de una mera observación simple y sencilla.²² Por ende, una cuestión clave parece radicar en la

²¹ Sigo aquí a Haack (2020) cuando introduce ciertos matices a la división del trabajo lingüístico de Putnam.

²² Esto se parece mucho a la distinción (artificial) entre “indicio” y “prueba” que impregna al ámbito probatorio. Las pruebas circunstanciales o los indicios son precisamente el tecnicismo con el que se conoce a los hechos a partir de los cuales se infiere(n) otro(s). También se les conoce como “pruebas indirectas”, porque no prueban directamente el supuesto de hecho previsto normativamente, sino que llegar a él supone una serie de inferencias. Es esa cadena de inferencias necesaria para llegar al supuesto de hecho previsto normativamente la que ha llevado a la doctrina a considerar que los indicios son más débiles que las pruebas directas, puesto que éstas últimas no requerirían supuestamente de una actividad inferencial. Por ello, se dice, los indicios solo serían aplicables en ausencia de pruebas, negándose incluso el carácter de “prueba” a aquellos. Sin embargo, si prueba quiere decir

fuerza de la inferencia que conecta al criterio usado con lo que queremos saber, *i. e.*, en la solidez del argumento inductivo en el que descansarían ciertos criterios.

La jurisprudencia y literatura procesal sobre la prueba pericial están repletas de criterios que buscan ayudar a los jueces a valorarla y/o que de hecho ellos emplean para tal objetivo. Uno podría clasificar los diversos criterios atendiendo al objeto que estarían evaluando: criterios dependientes del *background* de juez (la sana crítica, el libre convencimiento o el prudente arbitrio del juzgador); criterios dependientes del experto individual (credibilidad personal del perito o su credibilidad en el plano científico, sus credenciales o cualificaciones profesionales, su claridad expositiva, la ausencia de contradicciones en su informe); criterios dependientes de ciertas formas procesales (su “institucionalización” jurídica, *v. gr.*, estar en la lista oficial de peritos) o incluso criterios netamente numéricos, como la conformidad entre dos o más peritos. Ante este tipo de listados, sistemáticamente habría que preguntarse al menos dos cuestiones: i. ¿Son *todos* esos criterios relevantes en *todos* los casos?; y, muy relacionada con la anterior, ii. ¿En qué etapa procesal lo serían?

La relevancia, como bien sabemos, es una cuestión relacional: X no es relevante o irrelevante en sí mismo, sino dependiendo de para qué. Ello obliga, en realidad, a tratar la relevancia y la etapa procesal de manera conjunta y empezar a desarrollar una respuesta (siempre incómoda y, a veces, decepcionante) del tipo: los criterios en juego serán relevantes *dependiendo del caso y de la etapa procesal en juego*. Así, por ejemplo, ¿son relevantes las credenciales de los expertos? ¡Por supuesto! De hecho, el derecho propiamente establece que para que un tercero pueda fungir como perito en el proceso judicial se tienen que mostrar las credenciales que permitan tenerlo como tal, siendo entonces condición necesaria para la admisibilidad de una prueba pericial. ¿Son relevantes las credenciales para considerar que un perito está mejor posicionado que el experto de la contraparte? Por ejemplo, en un caso de mala praxis médica por una operación en la rodi-

“elemento de juicio” o información a partir de la cual podemos hacer un juicio sobre la verdad o falsedad de la hipótesis, la distinción entre “indicios” y “prueba” es más bien de grado y no categórica.

lla, pareciera que está mejor posicionado un traumatólogo que un médico familiar. Sin embargo, que un experto está mejor posicionado que el otro cobraría suma relevancia en la práctica de la prueba porque ahí se pueden hacer preguntas que permitan comparar distintos puntos de vista; podría resultar que la especialización hiciera que los expertos se centraran únicamente en la parte del conocimiento que dominan, los huesos en el caso del traumatólogo, y descuidaran una visión más amplia del caso (la incidencia de las articulaciones o incluso cuestiones funcionales como la pisada en los problemas de rodilla). Por otro lado, ¿es la claridad expositiva relevante? Por supuesto, lo es para todos, pero se enfatiza cuando el oyente es un lego que tiene que leer o escuchar una opinión experta; siempre será más fácil seguir el argumento de quien te habla de manera clara que quien “da vueltas” o enreda los argumentos que tiene. ¿Es esa claridad importante para atribuir valor probatorio? En un sentido muy mínimo, lo favorece, pero lo dicho por alguien que es claro podría de todas maneras no merecer valor probatorio porque lo que afirma es falso. Y así, podría seguir con cada uno de esos criterios antes citados; pero, vale la pena volver a los criterios indirectos sugeridos por Rimoldi y Herdy.

“Los criterios de honestidad y responsabilidad epistémica deberían estar vigentes en todas las etapas del proceso”, nos dice Rimoldi. Y sigue, “[l]a importancia de que un/a perito/a sea responsable en sus dichos y en la estimación de los márgenes de error es casi tan alta como la confiabilidad de los métodos utilizados”. Ahora bien, nos dice, “en la etapa de admisión, la responsabilidad epistémica de un perito [...] podría rastrearse con datos como si la persona tiene suficientes publicaciones sujetas a revisión de pares”. Siguiendo la idea antes mencionada sobre la solidez del argumento inductivo, vamos paso a paso:

1. Asumimos que la estimación de los márgenes de error *es* relevante para atribuir valor probatorio a la prueba Z. Esa estimación la puedo *conocer*, como tercero (sea experto o sea lego), a partir de lo que el experto dice en juicio y/o de sus publicaciones.
2. Sus publicaciones me dicen cuál es su estimación de los márgenes de error.

3. Su responsabilidad epistémica me dice algo sobre sus dichos respecto de su estimación de los márgenes de error.

El tercer paso, por supuesto, supone mayores saltos inferenciales; pero el segundo paso todavía está incompleto. Herdy que, a su vez, cita a Haack, nos dice:

Por ejemplo, con relación al indicador “publicación en revista científica revisada por pares”, uno de los factores de fiabilidad de la prueba pericial estipulados en el caso Daubert, Haack sugiere las siguientes preguntas: Cuando el artículo fue revisado por pares, ¿se le pidió al autor que él mismo indicara los árbitros? ¿Cuántos árbitros fueron consultados? ¿Cuál es el status o la clasificación de la revista? ¿Cómo se sustenta financieramente la revista? ¿Ha habido alguna forma de retractación o expresión de preocupación por parte del editor? ¿El trabajo ya recibió muchas citas? Es obvio que tales preguntas apuntan a señales que pueden eventualmente fallar. Lo que importa es que efectivamente exista una correlación entre los indicadores y la fiabilidad de la prueba pericial, y que los juzgadores legos —jurados o jueces— no queden cognitivamente perdidos para ponerlos en funcionamiento. “La idea, si se prefiere decir así, es proporcionar los medios para gradualmente dar un pequeño empujón a los actores jurídicos en dirección a la identificación de mejores expertos y el escrutinio mejor informado del testimonio del experto”.

No es baladí que el indicador tratado por Herdy sea uno establecido jurisprudencialmente en el sistema estadounidense para admitir una prueba pericial. También podría servir, como sostiene Rimoldi, como criterio para identificar quién es un experto en la materia en función: a veces lo hacemos a partir de titulaciones formales, a veces de los años de experiencia, a veces por qué actividades ha realizado, qué publicaciones ha hecho y un largo etcétera que depende del ordenamiento jurídico, de la jurisprudencia sobre la materia y, por supuesto, de lo que aleguen las partes. Pero es muy distinto usarlo para *elegir* a un experto que usarlo para valorar

la *calidad* de lo que ese experto dice. Es más, algunas de las preguntas formuladas por Haack me ayudarían a conocer si el experto tiene un conflicto de interés que pueda mermar su *independencia* y, a su vez, algunos sistemas jurídicos regulan la independencia pericial como condición necesaria para atribuir valor probatorio a un peritaje. Otras preguntas ayudarían, en cambio, a cuestiones más sustantivas sobre el contenido de la prueba pericial, por ejemplo, la retractación o expresión de preocupación del editor sobre el contenido de lo publicado podría disminuir o directamente eliminar cualquier valor de la estimación de los márgenes de error publicada en ese artículo. Entonces, no sería la publicación en sí misma lo importante, sino lo que dice la retractación de la misma sobre el contenido de lo publicado; tampoco sería la responsabilidad epistémica del sujeto, sino la reacción de otros expertos ante la publicación.²³ Obviamente todo lo anterior supone cierta comprensión del juez sobre cómo funciona la publicación por pares en la ciencia y qué información le puede brindar todo ello. Así, por ejemplo, sobre un método usado por un perito, el juez no puede *evaluar* dicha calidad porque no es experto, pero sí puede comprender cómo distintas piezas de información le ayudarán a conocer dicha calidad.²⁴

Sobre la fiabilidad de los métodos utilizados por los peritos, sobre todo en el ámbito de las ciencias forenses, hay toda una vasta experiencia en el mundo anglosajón que nos muestra las terribles consecuencias del uso de métodos cuya validez y/o fiabilidad desconocen incluso los propios expertos: la identificación de una persona a través del cabello, por

²³ De hecho, me cuesta ver el rol que tienen las virtudes epistémicas, como la responsabilidad. Pensemos en el caso de un odontólogo forense que en sus dichos periciales afirma que nuestra dentadura es única. Hay enormes dudas sobre ese supuesto en el área y estudios poblacionales que muestran empíricamente su falsedad. Supongamos que, por ello, afirmamos que el odontólogo es irresponsable epistémicamente porque desconoce información de su área que debería tener en cuenta. A efectos de la administración de justicia, ¿es relevante esa irresponsabilidad epistémica para tomar una decisión sobre la prueba pericial o es que lo relevante es la información existente para no atribuirle valor probatorio o al menos para cuestionar al odontólogo en turno? Me parece que claramente lo segundo y no lo primero; y, por ello, no entiendo la contundente afirmación de Rimoldi sobre que la importancia de la responsabilidad epistémica de los dichos y los márgenes de error es tan alta como la confiabilidad de los métodos usados.

²⁴ Por cierto, también los expertos funcionan así al menos algunas veces.

ejemplo, o a través de la marca de sus zapatos en la superficie donde pisó o de la marca de su mordida en un objeto. Hay varios grupos de expertos e instituciones que han trabajado y siguen trabajando en ello; y ciertos ordenamientos jurídicos incorporan como criterio de admisibilidad “la fiabilidad del método” o conocer su rango de error. Sin embargo, cuando de la prueba de ADN se trata, sucede que ya ni los jueces ni los abogados cuestionan si estamos ante un método de identificación válido y fiable, ¿por qué? Porque hay pruebas abrumadoras de que de hecho lo es.²⁵ Y esas pruebas, que son independientes de los hechos de un caso concreto, y más allá de los estudios controlados a los que fueron sometidas en su día, son resultado de una comunidad experta sólida que sigue trabajando no solo en nuevas técnicas para afrontar problemas como la identificación de un perfil cuando hay mezclas de ADN en una muestra, sino incluso en la detección y disminución de sus errores (*v. gr.* durante el estudio de una mezcla en el laboratorio). Ahora bien, ¿un abogado podría cuestionar la validez y/o la fiabilidad *genérica* del método empleado para analizar el ADN? ¿Por supuesto! Jurídicamente no suele haber impedimento alguno al respecto en nuestros ordenamientos. Otra cosa es el éxito que ese cuestionamiento tenga: si la muestra empleada para el análisis respectivo es indubitada, se trata de ADN nuclear y es de buena calidad, quizá la respuesta del juez sería que dicha validez y fiabilidad son un hecho notorio.²⁶ ¿Los criterios empleados para tratar la prueba de ADN son aplicables a otras pruebas periciales? No: no hay criterios que sirvan para valorar *todo*

²⁵ Aunque comúnmente hablemos de “la prueba de ADN”, hay desde luego distintos métodos para llevar a cabo la identificación correspondiente. En el ámbito forense, el método más usado “se basa en el análisis de la variabilidad de regiones cortas repetidas en tándem (en inglés: *Short Tandem Repeats: STRs*) de nuestro ADN nuclear, que ha adquirido un poder de discriminación enorme y también un alto grado de estandarización técnica a nivel mundial, lo que ha permitido un extenso intercambio de datos de ADN entre países y un control de calidad y acreditación en los laboratorios muy exigente” (cfr. “Recomendaciones para el uso correcto del análisis de ADN con finalidades forenses”, Grupo de trabajo FIDE-Fundación Garrigues, 2019).

²⁶ Y pese a ello, ¿es posible que algún día terminemos descubriendo que las técnicas actuales de identificación mediante el ADN son menos fiables de lo que ahora sabemos? Sí, por supuesto, en eso consiste también la ciencia; pero el derecho resuelve los casos con el conocimiento disponible en el momento. Y es la disponibilidad de ese conocimiento en el proceso judicial lo que debe ocupar a todos los participantes.

tipo de pruebas periciales, el conocimiento experto es muy variado entre sí (lo que sabemos sobre la calidad de la prueba de ADN no es comparable con nuestro conocimiento sobre la validez y la calidad de otras pruebas forenses, por ejemplo), por lo que no puede ser encapsulado en uno o varios criterios delimitados; qué criterios serán relevantes dependerá del caso específico.

Ahora bien, lo que no se puede dejar de lado es que muchos de los criterios que se discuten nos brindan en el mejor de los casos información *genérica* sobre el conocimiento proposicional usado por el experto, sobre los métodos empleados o incluso sobre el experto mismo, pero aún falta información sobre la aplicación de dicho conocimiento y métodos al caso concreto, sobre lo que hizo el experto en el caso concreto. Para seguir con la prueba de ADN, pese a su validez y altísima fiabilidad en las mejores circunstancias, no todos los resultados de la prueba genética son iguales: ¿estaba degradada la muestra analizada?, ¿se respetó la cadena de custodia?, ¿se trata de transferencia secundaria o inocente?, y una larga lista de distintas preguntas que podrían afectar el valor probatorio de la prueba de ADN para el caso concreto. Por no hablar de que el ADN no nos dice nada sobre cómo una muestra llegó a la escena del delito, por lo que serán necesarias otras pruebas y, por supuesto, una buena interpretación del juez sobre lo que todas las pruebas dicen en su conjunto.

¿Tienen los jueces la información suficiente para responder al tipo de cuestiones anteriores o incluso para plantearse tales preguntas? Rimoldi, haciendo referencia a la etapa de la práctica de la prueba, nos dice:

.... el juez o la jueza debería estar atento a signos de irresponsabilidad epistémica, como la irracionalidad dialógica (tanto con él/ella como con otros/as peritos/as); la arrogancia; y afirmaciones de certeza sobre las conclusiones y sobre los márgenes de error. En caso de encontrar estos signos, el juez o la jueza debería desconfiar fuertemente de la prueba pericial. Esto no significa que la prueba sea falsa, *significa que el juez o la jueza no tiene las herramientas necesarias para valorar adecuadamente la prueba*. No tiene la comprensión necesaria para hacerlo, porque la fuente de la que

necesariamente debe depender presenta señales de vicios epistémicos que afectan la calidad de resultado²⁷.

¿A qué herramientas se refiere Rimoldi? Supongo que se refiere al *background* que de hecho tiene el juez al acudir al juicio; sin embargo, diría que no podemos ceñirnos de manera exclusiva a él, sino en cómo ese complejo entramado cambia o qué parte del mismo se termina usando de hecho para tratar la prueba pericial del caso concreto. Lo que exigiría colocar al juzgador en una mejor situación cognoscitiva que le permita realizar una seria actividad epistémica a efectos de comprender el conocimiento experto que usará en su razonamiento probatorio. Esto, desde luego, requiere su actividad epistémica, pues no solo se trata de una mera transferencia de conocimientos de los expertos hacia el juez, sino que es menester su participación crítica. E insisto, la mejor etapa procesal para ello es la práctica de las pruebas, donde se puede obtener mayor información sobre la fiabilidad de las mismas y en la cual cobran relevancia las herramientas procesales que desarrollo en el artículo: preguntas de aclaración durante el contradictorio, asesores expertos para casos complejos, meta-periciales para complementar las pruebas periciales inicialmente presentadas y los careos entre expertos para afrontar los desacuerdos entre los mismos.

Herdy se pregunta: “¿cómo sería posible saber qué parte del conocimiento es *suficiente* si ni siquiera puedo entender el vocabulario técnico empleado, los supuestos fácticos de fondo o incluso lo que puede ser relevante?”. La respuesta es que las herramientas procesales sugeridas ayudarían para que *no* se diera la situación de que el juez no pueda comprender el vocabulario técnico empleado, pero también para que sea más difícil que se dé el caso de que no entienda los supuestos fácticos de fondo. No niego que ambas situaciones pueden darse en la práctica, sobre todo en casos complejos, pero precisamente por ello hay que buscar las herramientas necesarias que ayuden a nuestros jueces, no quedarse de brazos cruzados

²⁷ Aquí hay otros tantos ejemplos que permitirían cuestionar la relevancia de la noción de irresponsabilidad epistémica. Por ejemplo, “las afirmaciones de certeza” que haga un perito en sí mismas nos deberían llevar a desconfiar de sus afirmaciones simple y sencillamente porque no puede haber certezas racionales; y ese presupuesto debería conformar el *background* de los jueces.

solo señalando posibles problemas. Y cabe destacar que, si después del uso de las herramientas disponibles, el juez sigue sin comprender a los expertos para tomar una decisión sobre el caso, esta no depende necesariamente de esa fuente: puede haber más pruebas de otro tipo y hay ciertas reglas que permiten al juez decidir sin la prueba pericial.

Una vez más, qué contextos probatorios tendremos y qué herramientas procesales serán útiles dependerá de un complejo entramado entre el tipo de caso en juego, cuál es el derecho aplicable al mismo y qué han hecho o alegado las partes tanto en la admisión como en la práctica de la prueba pericial. En efecto, claramente el rol de las partes es fundamental en toda esa dinámica, dado que, en muchos de nuestros ordenamientos y prácticas actuales, en gran medida son ellas quienes decidirán la mayor parte de los cuestionamientos que se le hacen a los expertos que participan del proceso judicial, así como el rumbo de los argumentos y contraargumentos que a partir de ahí se enfatizarán. No podemos obviar esa dinámica y su impacto en la comprensión del juez: cuanto mejores sean los cuestionamientos de las partes, el debate entre ellas, mayor será la probabilidad de éxito en la comprensión de las afirmaciones de los expertos y su impacto en lo que cada una defiende.²⁸

²⁸ Y, por supuesto, es parte de los costos para las partes. Al respecto, Herdy critica la afirmación de Allen sobre que el argumento del costo de educar al jurado no es especialmente relevante cuando en la inmensa mayoría de los litigios se hace esa ponderación en EUA. Por ello, Allen (2013, p. 52) afirma “*the very question highlights in an important sense one of the bizarre aspects of the conventional discourse over expert testimony*”. Y a Herdy le parece bizarro que, a su vez, a Allen le parezca bizarro, dados ciertos desafíos político-económicos que ella señala. Sin embargo, creo que Herdy no está tomando en cuenta que el proceso judicial estadounidense depende en buena medida de los recursos de las partes y es a los costos para estas a las que se refiere Allen y no a los costos del sistema. Él vendría a decir algo así como que “las partes tienen que asumir el costo de educar al jurado para que decida”, como asumen los costos de litigar.

Obviamente nada de lo anterior supone que los abogados tengan un objetivo desinteresado o imparcial, sabemos que están defendiendo a la parte que los contrató. Y como parte de su estrategia bien podría estar crear confusión, introducir más ruido, etc. De ahí la importancia también de asumir el contradictorio también como una herramienta cognoscitiva abierta a la participación del juez y de establecer ciertos límites a las partes.

3. El contextualismo en la prueba en el derecho

¿Todo lo anterior exigiría, como afirma Rimoldi, que “el contexto en el que se da el intercambio epistémico entre jueces/zas y peritos/as deb[a] ser reconocido como un genuino contexto epistémico cuyas reglas y estándares de justificación no pueden extrapolarse del contexto científico”?

No entraré en el debate de la concepción epistemológica que subyace a lo anterior y que parece suponer que aquello que cuenta como justificación depende del contexto;²⁹ en cambio, me concentraré en dos cuestiones jurídicas. En primer lugar, el esquema anterior, en el que se concibe la creación de una “comunidad epistémica de peritos y jueces”, obvia a dos sujetos importantísimos en la discusión actual sobre la prueba pericial y a los que ya he hecho referencias anteriormente: las partes y la comunidad experta a la que pertenece el perito. Y, en segundo lugar, no permite vislumbrar el contextualismo que se da en la prueba en el derecho: es la suficiencia de la justificación, pero no la justificación en sí misma, la que depende del contexto. Vamos por partes.

Los sistemas jurídicos actuales han concedido a las partes un rol cada vez más importante en el control de la información que se presenta y se discute en un proceso judicial. Son ellas las que muchas veces no solo determinan el objeto del proceso sino también quienes ofrecen (al menos la mayoría de) las pruebas que luego debatirán en juicio oral. De hecho, bajo este esquema, en nuestros sistemas, donde tradicionalmente el único perito reconocido como tal era aquel designado por el juez, ahora ha entrado con fuerza el perito de parte cuya independencia está poco garantizada institucionalmente. Así pues, no solo es difícil pensar en una “comunidad” como la propuesta por Rimoldi, sino también en que además esté conformada únicamente por peritos y jueces.

Dado que las partes tienen sus propios intereses y que sus prácticas procesales para defenderlos no siempre coinciden con las mejores prácticas

²⁹ Esto encajaría con la afirmación de Rimoldi: “[l]a justificación de teorías, creencias, hipótesis o proposiciones depende siempre del contexto particular o disciplinar en el que se estén considerando, y en este sentido una teoría, hipótesis, etc., puede estar justificada para un cierto contexto, pero no estarlo para otro”.

epistémicas, se deben establecer jurídicamente obligaciones concretas (no dejarlas a la[s] “práctica[s]”) que debe cumplir todo perito hacia el tribunal y que sean conocidas por todos los participantes. Así, por ejemplo, que el perito esté obligado a ofrecer un informe pericial con argumentos completos y detallados considerando toda la información disponible sin importar a quién beneficie. Pero esa obligación, por supuesto, debe ir acompañada de la posibilidad de acceder a dicha información, de ahí la importancia de lo que en mi artículo inicial mencionaba respecto de mecanismos como el *discovery*. Tener un escenario normativo claro de qué corresponde hacer a cada uno favorecería además la seguridad jurídica de todos.

No es la idea de comunidad lo que mejor describiría los posibles intercambios argumentativos, aunque claramente encontramos un aspecto social en donde participan diversos sujetos con roles (e intereses) distintos. En ese ámbito debe preverse y ejercerse una división del trabajo cognitivo para optimizar los esfuerzos de todos a efectos de llegar sistemáticamente a decisiones judiciales justificadas a partir de las pruebas admitidas y practicadas. Ello no exige la constitución de una comunidad, sino un mínimo de cooperación de los participantes, que es incluso compatible con sus roles e intereses. Al abogado de una parte, sea directamente o mediante su perito, le conviene cuestionar al perito de la contraparte, por ejemplo, poniendo sobre la mesa sus sesgos cognitivos provenientes de la información brindada o incluso de su contacto con información sobre el caso o sus sesgos disposicionales o los implícitos que podrían derivarse de la selección misma. Esos cuestionamientos darán información al juez para valorar la prueba pericial y podrían también hacer ganar su caso al abogado.

En el mundo jurídico no se espera que los jueces y los expertos creen de alguna manera elementos sobre lo que cuenta como justificado para ambos; en el derecho se espera que el perito use lo que en su contexto profesional esté probado e informe sobre ello. Y ahí cobra sentido voltear a ver a las comunidades expertas que de muy diversas maneras no solo establecen ciertos patrones de conducta en el ejercicio profesional, sino que además tienen un conjunto de mecanismos para la validación del conocimiento y/o las prácticas que conforman sus áreas de conocimiento. Hay sistemas jurídicos que han aprendido sobre la importancia de acudir a las comunidades expertas para conocer los datos que se tienen sobre la validez y la fiabilidad

de métodos, técnicas, etc., que son usados por peritos particulares; pero también hay sistemas jurídicos que han incentivado (con independencia de la prueba pericial de un caso concreto) que los grupos de expertos se preocupen por la aptitud de quienes practican su profesión. Ese tipo de actividades de los grupos de expertos redundan en la posibilidad de tener mejores peritos en el proceso judicial y el empleo de conocimiento fundado y, por ello, también juegan un importantísimo rol en la división de la tarea cognitiva correspondiente.

¿Lo anterior quiere decir que no hay espacio para el contextualismo? Por supuesto que lo hay: en la suficiencia de justificación, pero no en qué cuenta como justificado. El estándar de prueba es la regla que establece cuándo el *conjunto de pruebas* es suficiente para dar por probados los hechos del caso. La discusión sobre la suficiencia no se limita a un tipo de prueba, como la pericial, sino que el juez debe considerar conjuntamente todas las pruebas que han sido admitidas y practicadas. Ahora bien, cuán exigente debe ser el estándar nos lleva también a una discusión jurídica compleja, porque supone no solo decidir qué tipo de error es más costoso, sino que implica en algunos casos tomar en cuenta también las dificultades probatorias del tipo de hechos que se tienen que probar. Así pues, esta discusión no puede ser calificada como un “único contexto”, al menos se tiene que distinguir el penal y el civil; y, aún más, dentro de ellos también podrían preverse estándares de prueba distintos para diferentes tipos de casos.³⁰ Con todo, determinar el grado de suficiencia probatoria es una discusión político-moral que desafortunadamente seguimos sin ver reflejada en estándares de prueba en nuestros ordenamientos; pero esta situación no es un tema que se pueda resolver en el contexto de la prueba pericial,³¹ aunque por supuesto tiene implicaciones para ella. Por ejemplo, de manera muy breve: el estándar de prueba jurídico y el estándar de prueba científico no necesariamente deben coincidir dado que lo que hay en juego en cada uno de esos contextos puede ser muy distinto. Sin embargo, si no tenemos claro cuál es el estándar jurídico, será difícil o imposible un debate sobre

³⁰ Sobre los estándares de prueba en el derecho, véase Ferrer (2019).

³¹ Mucho menos en una hipotética comunidad de jueces y peritos; es una decisión que correspondería al legislador.

si los bienes en juego en el derecho exigen (o no) un estándar más alto o más bajo que el empleado por los expertos.

En definitiva, sea cual sea el estándar de prueba jurídico, cuánto más determinante sea la prueba pericial para su satisfacción, mayor nivel de comprensión tiene que tener el juez. Cuanta mayor comprensión judicial se requiera, más exigente debe ser la *práctica* de la prueba pericial, dado que es ahí donde se puede obtener y discutir la mayor información sobre la fiabilidad de las afirmaciones periciales. Para ello, ayudaría mucho tener buenos abogados cuestionando adecuadamente a los expertos, pero también es necesario prever herramientas para ayudar a la labor judicial en los distintos contextos probatorios que se enfrentan cuando hay conocimiento experto de por medio.

Bibliografía

- Allen, R. (2013). The Conceptual Challenge of Expert Evidence. *Revista Discusiones Filosóficas*, 14(23), pp. 41-65.
- Devis Echandía, H. (1972). Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1, 41-66.
- Dror, I. (2018). Biases in forensic experts. *Science*, 360(6386), p. 243.
- Ferrer, J. (2019). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. En Papayannis, D. y Pereira, E. (eds.), *Filosofía del derecho privado*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Freckelton, I., Goodman-Delahunty, J., Horan, J. y McKimmie, B. (2016). *Expert Evidence and Criminal Jury Trials*. Oxford: Oxford University Press.
- Grupo de trabajo FIDE-Fundación Garrigues (2019). *Recomendaciones para el uso correcto del análisis de ADN con finalidades forenses*.
- Haack, S. (2020). *Filosofía del derecho y de la prueba. Perspectivas pragmatistas*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Lord Chief Justice, *Lay Magistrates*. Northern Ireland: Judiciary Ni. Recuperado de: <https://judiciaryni.uk/lay-magistrates>
- Putnam, H. (1975). *Mind, Language and Reality*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Kitcher, P. (1990). The division of cognitive labor. *The Journal of Philosophy*, 87(1), 5-22.
- Salmon, W. (1984). *Logic*. New Jersey: Prentice Hill.
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Walton, D. (1997). *Appeal to Expert Opinion: Arguments from Authority*. University Park: Pennsylvania State University Press.
- Walton, D. (2008). *Informal Logic. A pragmatic approach* (2.^a ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Woods, J. y Walton, D. (1974). Argumentum ad Verecundiam. *Philosophy & Rhetoric*, 7(3), 135-153.

Sección II

**DISCUSIONES:
CORTES**

La moderación judicial como legado constitucional autoritario: el Supremo Tribunal Federal brasileiro y las facultades legislativas presidenciales

Judicial restraint as an authoritarian constitutional legacy: the Brazilian Supreme Court and presidential lawmaking powers^o

Diego Werneck Arguelhes*

Recepción: 22/09/2019

Evaluación: 06/03/2020

Aceptación final: 22/05/2020

Resumen: Durante la transición democrática de los 90, el Supremo Tribunal Federal brasileiro (“STF”) fue significativamente moderado en la interpretación e implementación de poderes que la nueva Constitución le había otorgado, particularmente en relación con la cuestión de las facultades legislativas presidenciales. La nueva Constitución creó un mecanismo limitado para la legislación presidencial (*medidas provisórias*), sujeto a distintos tipos de control de constitucionalidad. Sin embargo, el STF limitó y moderó estos nuevos controles de varias maneras, adoptando en general una postura pasiva. Si bien en un contexto de consolidación democrática y desde una perspectiva estratégica

^o Traducción del inglés de Ianina Moretti. Revista *Discusiones* agradece a Sebastián Elías, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brigido, anteriores editores de la sección *Discusiones Cortes*, por la gestión de la presente contribución.

* J.S.D., LL.M., Yale Law School. LL.B., M.A., Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. Professor Asociado del Insper —Instituto de Ensino e Pesquisa—, São Paulo, Brasil. Correo electrónico: diegowa@insper.edu.br. El autor agradece a Evandro Sússekind y a un referí anónimo por sus comentarios a versiones previas de este texto; a Mariana Muniz, por la edición y la asistencia en la investigación; y a Ivar Hartmann y Guilherme Almeida por facilitar los datos provenientes del proyecto *Supremo em* Números de la FGV Direito Rio.

estas muestras de moderación judicial no serían extrañas, en este artículo uso el caso brasilero para mostrar la influencia de otro tipo de variable: concepciones jurídicas preconstitucionales sobre el alcance de la decisión judicial. Tales concepciones pueden influir en el comportamiento judicial más allá de los cálculos estratégicos, en tanto que pueden expresar y moldear creencias sinceras de los jueces acerca del rol apropiado de su institución en relación con los otros poderes. El caso brasilero muestra que el legado de creencias judiciales tradicionales puede triunfar incluso sobre nuevos textos constitucionales —aun cuando estos textos otorgan a las cortes claras facultades para controlar otras ramas del gobierno—, moldeando así de forma perdurable la separación de poderes. **Palabras clave:** Cambio constitucional, transición democrática, separación de poderes, facultades legislativas presidenciales, Supremo Tribunal Federal brasilero.

Abstract: In the aftermath of the transition to democracy in the 90s, the Brazilian Supreme Court (STF) displayed significant restraint in how it interpreted and deployed the powers it had been granted by the new constitution. This was particularly true on the issue of presidential legislative powers. The new constitution created a limited mechanism for presidential law-making (*medidas provisórias*, or “provisional measures”), subjecting this new power to different kinds of legislative and judicial checks. In the 90s, however, the STF restricted these new checks in many ways, adopting a generally passive stance. While such displays of judicial restraint in consolidating democracies are unsurprising from a strategic behavior perspective, in this paper I use the Brazilian case to show the influence of a different kind of variable: pre-constitutional legal understandings on the proper scope of judicial decision-making. Such legal understandings can influence judicial behavior beyond strategic calculations, insofar as they can express and shape sincerely held judicial beliefs on the appropriate role of their institution vis-à-vis the other branches. The Brazilian case shows that the legacy of traditional judicial beliefs can trump even new constitutional texts – even when these texts clearly empower courts to check other branches of government -, shaping separation of powers in lasting ways. **Keywords:** Constitutional change, transition to democracy, separation of powers, presidential law-making powers, Brazilian Supreme Court.

1. Introducción

Desde hace ya muchos años, el Supremo Tribunal Federal brasileiro (“STF”) ha sido muy poco moderado en su abordaje de la separación de poderes. Al decidir, por ejemplo, que la Constitución prohíbe que los legisladores autoricen aportes de campaña por parte de personas jurídicas tales como empresas privadas, el Tribunal ha directamente moldeado el proceso electoral y el sistema político.¹ También ha transformado, de muchas maneras, el funcionamiento de la administración pública en todas las esferas de la federación brasileira; por ejemplo, al establecer la prohibición del nepotismo en la mayoría de los nombramientos políticos, vinculante para los tres poderes del gobierno.² También se ha mostrado regularmente anuente con decisiones de tribunales inferiores que exigían a gobiernos locales dar acceso a remedios específicos a individuos específicos, o a construir guarderías³. Lo que es más, el Tribunal ha moldeado ampliamente los procedimientos del Congreso durante los juicios de destitución de los presidentes Collor (1992) y Rouseff (2015-2016). En relación con la decisión de casos que involucran condiciones inhumanas de las prisiones, los jueces han afirmado que la idea de la “separación de poderes” no puede impedir el control de constitucionalidad en los casos en los que hay una potencial violación de la Constitución.⁴

Se sabe que el STF otorga poderes expansivos a sus jueces individuales, a fin de realizar el control de constitucionalidad sin necesariamente consultar con el resto de la corte. De todos modos, los ejemplos antes mencionados son fallos colectivos, tomados por la corte en su conjunto.⁵ Se encuentran en marcado contraste con la perspectiva general del STF durante los años 90. Durante la década posterior a la promulgación de la nueva constitución en 1988, el STF fue o bien cautelosamente prudente y moderado,

¹ Véase ADI 4650.

² Véase ADC 12 y RE 579951.

³ Véase Rosevear (2018) para una discusión general de la jurisprudencia de la Corte; véase también Vasconcelos (2020).

⁴ Véase, por ejemplo, RE 592581.

⁵ Para una discusión sobre el modo en que el STF asigna prerrogativas para la toma de decisiones y otras facultades a sus jueces individuales, véase Arguelhes y Ribeiro (2018).

o bien rotundamente deferente para con el Ejecutivo —una corte que no podría ser considerada “activista”, bajo ningún punto de vista—. ⁶ Se sabe que durante los procesos de consolidación democrática, las cortes han estratégicamente evitado tomar decisiones que pudieran provocar represalias por parte de los otros poderes (Ginsburg, 2003). Sin embargo, el caso brasileiro tiene una característica distintiva. El texto original de la Constitución de 1988 fue particularmente explícito respecto de los poderes otorgados al STF. ⁷ Los constituyentes, los académicos, la comunidad jurídica, los políticos y los activistas parecían estar todos de acuerdo en relación con el rol prominente de lo judicial en la democracia brasileira naciente. Se podría decir que la posición altamente moderada del STF en los años 90 fue adoptada *contra legem*, una corte que deliberadamente interpretó la nueva Constitución de forma tal que terminó diluyendo o ignorando varias cláusulas que podrían haber otorgado a los jueces poderes suficientes para actuar como revisores de las acciones gubernamentales. ⁸

En este artículo, discuto un aspecto del proceso de transformación entre estos dos escenarios, de la (relativa) moderación judicial de los años 90 a la (relativa) voluntad de interferir en dominios del poder político. Atendiendo a cómo interpretó el STF postransicional el nuevo texto constitucional sobre las facultades legislativas asignadas al poder Ejecutivo, podemos ver cómo la moderación judicial observada en los años 90 tenía apoyos legales inconfundibles. El STF leyó las nuevas cláusulas constitucionales recurriendo a viejas decisiones, que habían sido tomadas durante la dictadura y que por ello eran mucho menos amigables respecto de la posibilidad que los jueces o el Congreso revisaran la legislación creada por el ejecutivo. Los jueces interpretaron las normas estructurantes de la relación entre poderes de manera similar al orden constitucional autoritario previo, que era mucho más hostil a la revisión judicial y a la supervisión del Congreso en cuanto a legislación del ejecutivo. Al hacerlo, crearon un

⁶ Compárese, por ejemplo, Kapiszewsk (2011); Brinks (2011).

⁷ Véase, por ejemplo, Arantes (1997).

⁸ Para un desarrollo de este argumento en varias áreas del derecho, y especialmente en relación con el diseño del control de constitucionalidad, véase Arguelhes y Prado (2019).

espacio “legal” seguro para que la Corte pudiera mantenerse al margen del Ejecutivo.

Este estudio jurisprudencial tiene implicancias para nuestra comprensión del comportamiento de cortes postransicionales. Los estudios sobre cortes en las nuevas democracias que intentan explicar las elecciones hechas por los jueces en casos de alto perfil sobre separación de poderes y su postura general frente al poder ejecutivo han tendido a enfatizar el comportamiento estratégico.⁹ El elemento clave de mi explicación es el rol de las preferencias sinceras de los jueces sobre los límites de la función judicial. Estas preferencias judiciales no están en relación con políticas específicas, sino más bien con un arreglo específico de separación de poderes. Ellas pueden dar forma al diseño institucional más allá de los casos específicos (Arguelhes y Süsskind, 2018). En este sentido, el STF no solo estaba decidiendo si y cómo usar los poderes que le había garantizado la nueva constitución. Antes bien, esa primera generación de jueces del STF estaba realizándose la pregunta más amplia sobre cuáles poderes debería tener su Corte en primer lugar. Contestaron esta pregunta recurriendo a decisiones judiciales pretransicionales, que desplegaron para justificar su rol moderado postransicional. Aunque esas teorías preconstitucionales chocaban con el nuevo texto constitucional en muchas maneras, proveyeron de justificación y protección legal suficiente al retraimiento judicial, frente al poder presidencial.

2. Cortes postransicionales: ¿redención o prudencia?

Mientras que las facultades legislativas presidenciales son una característica frecuente de los sistemas presidenciales contemporáneos, el constitucionalismo latinoamericano se caracteriza en particular por diseños que otorgan grandes poderes al titular del poder ejecutivo (Cheibub, Elkins y Ginsburg,

⁹ Hay excepciones. Para un ejemplo de un abordaje más detallado que compara Argentina y Brasil, véase Kapiszewski (2012); para un análisis del comportamiento de Tribunal Constitucional chileno en el tiempo, incorporando creencias judiciales sobre su rol profesional, véase Couso y Hilbink (2011).

2011).¹⁰ A partir del siglo XIX, el derecho constitucional de la región ha incorporado lo que Loveman denomina “régimenes de excepción”: disposiciones o convenciones constitucionales que, en cuanto se activan por circunstancias políticas “excepcionales”, permiten que los poderes estatales sean aumentados y redistribuidos entre los poderes del gobierno, típicamente concentrándolos en el ejecutivo (Loveman, 1993).¹¹ Aunque inicialmente se concebían en términos de autoridad expandida para suprimir rebeliones u otras amenazas para la existencia de la comunidad, alrededor del siglo XX, la expresión constitucional de aquellas ideas cambió gradualmente desde medidas represivas específicas, dirigidas a eventos políticos específicos e individuos, hacia facultades legislativas más amplias dentro del proceso legislativo mismo. La participación judicial en el diálogo sobre si y cómo estas disposiciones de “crisis” podrían activarse, tendía a ser extremadamente limitada; el poder ejecutivo era quien debía decidir esas cuestiones.

Estudiosos constitucionalistas han predicho que, con posterioridad a un cambio de régimen hacia la democracia, las cortes tenderían a sentirse más cómodas con intervenir en decisiones del poder político. Es bien conocido el argumento de Ackerman de los 90: diferentes escenarios fundacionales pueden ayudar a explicar distintos modelos de comportamiento de una corte constitucional con posterioridad a un cambio de régimen. Desde su punto de vista, un “nuevo comienzo constitucional” es un escenario en el cual una nueva constitución “emerge como marca simbólica de una gran transición en la vida de una nación” (Ackerman, 1997, p. 778). Una vez que una constitución alcanza este estatus simbólico, afecta la “subsecuente batalla judicial por la autoridad política” al proveer “capital simbólico” para las cortes. Según Ackerman, con el paso del tiempo, la legitimidad de la generación revolucionaria comienza a disiparse y a devenir en burocratización, y el “carisma” que antes atraía a los “verdaderos creyentes” puede en cambio ser transferido a una constitución nueva, que consagre los principios del nuevo régimen. En este “escenario triunfalista”, la *nueva*

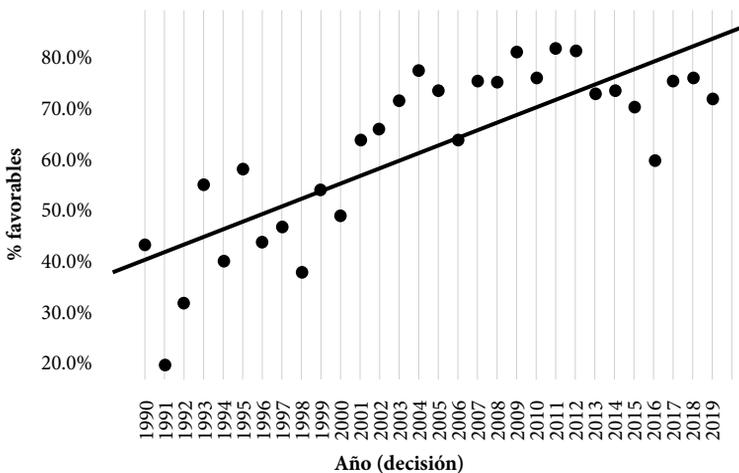
¹⁰ Véase también Gargarella (2013).

¹¹ Loveman no discute el caso brasileño, pero las disposiciones de la Constitución argentina de 1953 sobre el estado de sitio, que el autor analiza en el libro, fueron fuente de inspiración y de trasplante explícito para los redactores de la Constitución brasileña de 1891. Véase Lynch (2012).

corte puede explotar (y lo hará) el alineamiento entre el *nuevo* régimen y la *nueva* constitución. En cuanto los jueces se presenten exitosamente a sí mismos como quienes hablan por el “nuevo comienzo constitucional”, tendrán poderes otorgados por la nueva constitución, y serán capaces de interactuar más agresivamente con las otras ramas del gobierno.

¿Ha sido este el caso de Brasil? Tal como se expuso anteriormente, durante la década posterior a la transición a la democracia, el STF fue considerado demasiado cuidadoso respecto de interferir con decisiones políticas. Suponiendo que la Constitución de 1988 pudiera ser presentada como la que estableciera un “nuevo comienzo constitucional”, trazando la línea entre dictadura y democracia, ¿por qué los jueces postransicionales rechazarían el abordaje “de la redención” descrito por Ackerman? ¿Por qué motivo esos jueces —que habían sido tan explícita y recientemente dotados de poderes por la nueva constitución— habrían elegido el camino de la prudencia y la moderación, en lugar de reclamar para su institución un rol más central en el nuevo escenario político? Considérese la figura 1, debajo. El gráfico muestra,

Figura 1: % de fallos favorables al demandante – demandas de control abstracto de constitucionalidad (ADIs), 1990-2019.



Fuente: base de datos *Supremo em Números*, FGV Direito Rio.

en el tiempo, el porcentaje de decisiones sobre el fondo, en un tipo específico de procedimiento de control abstracto de constitucionalidad (*Ações Diretas de Inconstitucionalidade*, o “ADIs”), en las cuales el STF ha accedido, al menos parcialmente, al cuestionamiento de la constitucionalidad de la ley.

El escenario representado por los datos es muy diferente al de la narrativa del “nuevo comienzo”. En sus primeros años de lidiar con la nueva constitución, el STF fue claramente reticente en el ejercicio de sus poderes. La corte devino cada vez más agresiva con el tiempo (al menos según la medida de cuán dispuesta estaba a hacer una revisión constitucional) en tanto se iba alejando de la “zona cero” de la transición a la democracia. El comportamiento del STF, sin embargo, está en sintonía con la predicción de los estudios de cortes postransicionales que enfatizan la toma de decisiones estratégica por parte de jueces de tribunales superiores. Tal como ha observado Ginsburg (2003, capítulo 3), en el contexto de una consolidación democrática, los costos del incumplimiento de las decisiones judiciales siguen siendo limitados. Mientras que el resto de las variables permanezcan constantes, son las decisiones judiciales contra el gobierno en funciones las más propensas a inducir represalias, si se toman luego de la transición, y no tiempo después. Ya que los jueces de cortes constitucionales están al tanto del ambiente político en que operan sus instituciones (y responden a este), anticipan la probabilidad de represalias por parte de actores políticos y modulan su conducta de acuerdo con ello.

El elemento de la conducta estratégica es ciertamente importante para comprender el caso brasileiro. Aun así, provee una imagen incompleta. Considérese que la Figura 1 muestra al STF moderado incluso en su abordaje de leyes promulgadas por el régimen saliente. Incluso si esos jueces estuvieran considerando estratégicamente los peligros para su institución, al considerar políticas del gobierno involucrado en los comienzos del nuevo régimen, ¿por qué incluirían en su moderación decisiones políticas hechas por el régimen *anterior*? ¿Por qué se negarían a declarar como inconstitucionales incluso leyes y regulaciones promulgadas durante la dictadura? ¿Es entonces la conducta estratégica la única explicación posible para la moderación postransicional del STF?

En la siguiente sección, ofreceré una explicación alternativa, no excluyente, para la postura moderada incluso en relación con las decisiones

políticas hechas antes del comienzo de la democracia. Los jueces del STF postransicional tenían ciertas concepciones legales acerca del alcance adecuado del poder ejecutivo y los posibles mecanismos para controlarlo, incluyendo controles de constitucionalidad. Tales concepciones se habían consagrado en decisiones tomadas por el STF durante la dictadura, pero no fueron abandonadas después de la transición. Más allá de comprender cómo el STF usó sus poderes en los 90, entonces, necesitamos atender los modos en que diferentes generaciones de jueces dieron forma a las concepciones existentes sobre el rol judicial a lo largo del tiempo, durante y después de la transición a la democracia, y cómo esos legados moldearon decisiones durante el nuevo régimen.

3. Legislación presidencial en la Constitución de 1988

Reestructurar el sistema de gobierno era una de las cuestiones claves en la agenda de la Asamblea Nacional Constituyente (“ANC”), convocada en febrero de 1987. Se consideró que la estabilidad política y económica del país estaba directamente relacionada con las decisiones institucionales fundamentales que se debían tomar (Limongi, 2008, p. 23). Respecto al sistema de gobierno, el objetivo principal fue rediseñar la relación entre el poder ejecutivo y los demás poderes, para asegurar que el gobierno sea a la vez efectivo y democráticamente responsable. En la ANC hubo amplio apoyo a la idea de que las facultades legislativas del ejecutivo no deberían ser completamente eliminadas, sino antes bien, moderadas y sujetas a control.¹² Al diseñar mecanismos para este propósito, los constituyentes tenían dos ejemplos negativos en mente. El primero proveniente del orden constitucional autoritario previo. Las Constituciones de 1967 y 1969 consagraron muchas esferas de legislación presidencial no supervisada. Aunque el Congreso Nacional tenía un rol tenue y complejo en la dictadura militar,

¹² Power (1998, p. 201) afirma que “ni una persona o facción de la ANC defendía el sostenimiento del tan despreciado decreto-ley (...) Pero varios legisladores estaban preocupados de que fuese insensato privar a la cabeza del gobierno brasilero de toda y cualquier facultad extraordinaria”.

no tenía influencia significativa en el proceso legislativo. La iniciativa presidencial era necesaria y suficiente para la promulgación de leyes válidas —un claro ejemplo de lo que Carlos Santiago Nino describiera como un “hiper-presidencialismo” (Nino, 1992)—.

El segundo ejemplo negativo era la Constitución democrática de 1946. Los redactores de aquella Constitución habían expandido enormemente el poder de los miembros individuales del Congreso en relación con el presidente, precisamente porque tenían la Constitución dictatorial del *Estado Novo* de 1937, centrada en el Ejecutivo, como su propio ejemplo negativo. En el sistema político de 1946, con listas abiertas con representación proporcional, y poca o ninguna disciplina partidaria, era difícil distinguir entre gobierno y oposición, y el presidente tenía poco poder constitucional para controlar la agenda legislativa (Santos, 2003). Tal sistema podía crear una “pesadilla Linziana”, en la cual un presidente electo sin facultades legislativas se encontraba con herramientas para tratar con un Congreso paralizado o inactivo (Ackerman, 2000). La crítica pública de ese diseño constitucional de un “Congreso amorfo” en conflicto con “un presidente plebiscitario” había estado en discusión desde fines de la década de 1940 y era parte explícita de una agenda consensuada cuando la ANC se reuniera en 1987 (Ackerman, 2000 y Limongi, 2008).

Estos dos ejemplos admonitorios —las Constituciones de 1946 y 1967— están en tensión. Uno recomienda otorgar poderes al presidente dentro del proceso legislativo, de modo que se reduzcan los incentivos para llevar a cabo acciones extraconstitucionales en caso de estancamiento legislativo. El otro, en cambio, enfatiza los peligros de las facultades legislativas presidenciales excesivas. Navegando entre estos dos ejemplos negativos, la tarea de la Asamblea de contrarrestar el dominio presidencial por sobre el proceso legislativo nunca podría llegar a directamente despojar a la presidencia de sus facultades legislativas. De hecho, durante todas las fases del proceso de redacción constitucional, hubo cláusulas que otorgaban un conjunto sustancial de tales poderes.¹³ El objetivo era otorgar facultades legislativas al presidente, que no impidieran al Congreso ser un jugador decisivo en el proceso legislativo.

¹³ Desde el comienzo, los defensores de ambos sistemas de gobierno acordaron que la rama del ejecutivo debería tener un rol decisivo y activo en el proceso legislativo, aun si la cues-

La solución que eventualmente encontró su lugar en la Constitución de 1988 consistió en dotar al presidente con medios legales para superar la inacción del Congreso, mientras que forzaba al Congreso a tomar una postura —*cualquier* postura excepto mantenerse en silencio— acerca de estas iniciativas presidenciales. El presidente debería poder ser capaz de hacer el primer movimiento y cambiar el *status quo* legal, mientras que el Congreso conservaba el poder de rechazarlos *ex post*. Así, la Constitución de 1988 otorgaba al poder ejecutivo “rutas de escape [...] cuando un desacuerdo potencial entre los poderes pudiera llevar a una confrontación abierta o a la inacción” (Limongi, 2008, pp. 25-26).¹⁴

En este sentido, la Constitución le dio al presidente el poder de promulgar *medidas provisórias* (“medidas provisionarias”). De acuerdo con la redacción original del artículo 62 de la Constitución, en casos de “urgencia e interés público relevante”, el presidente puede adoptar inmediatamente “medidas provisionarias” con “fuerza de ley”. Tales medidas serían inmediatamente sometidas a escrutinio y aprobación del Congreso, pero devienen legalmente vinculantes tan pronto como se promulgan.¹⁵ Sin embargo, a diferencia de los *decretos-ley* que eran el motor del dominio presidencial en las Constituciones autoritarias de 1937 y 1967, las *medidas* tienen una fecha de vencimiento. Si, después de 30 días, el Congreso no hubiera decidido sobre el fondo de una medida provisionaria, la misma expiraría y cesaría de tener cualesquiera otros efectos.

tión sobre si el país debería seguir siendo presidencialista o devenir en un sistema parlamentario/semipresidencial solo sería saldada después de dos años de debate. Fernando Limongi (2008, p. 25): “Los dos bandos —presidencialistas y parlamentaristas— abogaban por darle al poder ejecutivo los medios necesarios para producir decisiones y que la condición *sine qua non* para ello era la ‘modernización’ de la legislatura, para prevenir que se transforme en un obstáculo para el funcionamiento armonioso del gobierno”.

¹⁴ Véase también Pilatti (1999), quien señala “los constituyentes de 1987-1988 tenían en desafío de volver a establecer las prerrogativas del Congreso en el proceso legislativo sin privar al poder ejecutivo de instrumentos legislativos”.

¹⁵ Los decretos del Poder Ejecutivo que tienen la misma fuerza de ley que las leyes son una característica de muchos países presidenciales con sistemas de derecho civil. Para un panorama general, véase Carey y Shugart (1998). No deberían confundirse con las medidas tomadas por el Ejecutivo para detallar, implementar y/o ejecutar leyes que ya han sido promulgadas.

Las facultades legislativas presidenciales están ampliamente difundidas en los sistemas políticos actuales de Latinoamérica.¹⁶ En Brasil, por ejemplo, desde los comienzos de 1990, el proceso político ha sido ampliamente dominado por el presidente, cuyas propuestas legislativas son generalmente exitosas y representan una gran porción de la producción legislativa.¹⁷ Sin embargo, incluso si la mayoría de dicha producción legislativa puede rastrearse hacia la *iniciativa* presidencial, esto no necesariamente significa que todas las leyes serán un reflejo perfecto de preferencias presidenciales incontraladas. Las facultades legislativas presidenciales no deberían implicar un dominio presidencial completo por sobre el *contenido* de la legislación.

Para asegurar que habría controles efectivos sobre la capacidad del presidente para dar forma unilateral al contenido de esas leyes, la ANC adoptó algunas estrategias institucionales. Primero, expandió ampliamente el acceso a la jurisdicción de control abstracto de constitucionalidad del Supremo Tribunal. En 1890, Brasil había adoptado una revisión en concreto de la legislación, estilo EE. UU.; en 1965, la dictadura militar aprobó una enmienda constitucional que permitía que el fiscal general presentara demandas de control abstracto de constitucionalidad directamente ante la Corte. Este modo tradicional de control de constitucionalidad es “impulsado por apelación”; los casos concretos deben hacerse paso a través de cortes inferiores antes que el STF tenga la oportunidad de dictaminar sobre la cuestión constitucional subyacente —si es que estos casos llegaran al STF—. En cambio, las nuevas demandas de control abstracto de constitucionalidad permitían un gran despliegue de actores políticos e institucionales —incluyendo cualquier partido político con al menos una banca en el Congreso que podía inmediata y directamente impugnar leyes específicas ante la Corte Suprema—.¹⁸ En la práctica, esto aseguraba que cualquier *medida provisória* mínimamente controversial encontraría rápidamente su camino hacia la lista de casos pendientes del STF.

¹⁶ Véase Carey y Shugart (1992). Para América Latina, véase Cheibub, Elkins y Ginsburg (2011).

¹⁷ Véase Melo y Pereira (2013).

¹⁸ Para una exploración de los diferentes incentivos que estos dos modos de control crean para la Corte Suprema, véase Ferreres Comella (2003).

Segundo, el nuevo texto constitucional forzaba al Congreso a compartir responsabilidad por el destino de cada *medida provisoria*. En el sistema de 1967, el paso del tiempo favorecía siempre al presidente, cuyas leyes-decreto serían tratadas como si el Congreso hubiera tácitamente consentido a su promulgación. El Congreso llevaba así toda la carga de sus estancamientos internos. En el sistema de 1988, después de 30 días, una *medida provisoria* dejaba de ser vinculante. Entonces, aunque los presidentes tuviesen aún ventaja al negociar con el Congreso (dado su poder de inmediatamente cambiar el *status quo*), también tendrían incentivos para obtener *alguna* decisión del Congreso. Esperar pasivamente a que transcurriera el tiempo no sería ya una opción. Así, se esperaba que la fecha de vencimiento de las *medidas provisorias* funcionaran como un dispositivo de fomento del diálogo (Abramovay, 2011).

4. Legislación presidencial, interpretación judicial y legados constitucionales

A pesar de sus fallas, claramente el mecanismo de *medida provisoria* no es un diseño para la absoluta discrecionalidad presidencial. El considerable poder del presidente está bajo control judicial y del Congreso. Y, si el Congreso permaneciera callado, la *medida provisoria* perdería su fuerza legal. Sería de interés presidencial, entonces, lograr que el Congreso deliberara sobre una *medida* dada.¹⁹ Este intrincado arreglo era la traducción constitucional de un consenso político sobre cómo los viejos arreglos de separación de poderes debían ser transformados. Sin embargo, a pesar de este consenso político o de las instituciones que se crearon, los arreglos de separación de poderes del nuevo régimen terminaron pareciéndose en la práctica al viejo orden constitucional. El STF posttransicional jugó un rol central en este escenario, manteniendo vivos aspectos clave del viejo orden

¹⁹ Según Argelina Figueiredo y Fernando Limongi (1999, pp. 132-133): “El revés de los efectos del plazo tenía el objetivo de asegurar la participación efectiva del Congreso en el proceso legislativo, mientras que al mismo tiempo desalentaba al ejecutivo de recurrir a decretos. Dada la duración limitada del decreto, cuando usaba este poder, el ejecutivo hubiera tenido

constitucional que restringían enormemente el alcance de la revisión judicial y del Congreso sobre la producción legislativa presidencial.

4.1. El orden constitucional pretransicional

La existencia de ámbitos de poder presidencial absolutamente discrecional fue un rasgo central del régimen legal militar. Los presidentes tenían el poder de: (i) promulgar decretos, con fuerza de ley, en materia de seguridad nacional y finanzas públicas;²⁰ (ii) enviar proyectos de ley y enmiendas constitucionales al Congreso, y transformarlos en ley si no eran votados por ambas cámaras en un período corto de tiempo —el mecanismo denominado “decurso de prazo” —;²¹ (iii) el poder de legislar libremente sobre cualquier cuestión siempre que el Congreso estuviera en receso.²² Lo que es más, aunque Brasil tenía un estilo norteamericano de sistema de control de constitucionalidad ya desde 1891, la legislación extraconstitucional —los “*Atos Institucionais*” o “Actos Institucionales”— solían contener cláusulas que ubicaban estas leyes y medidas excepcionales más allá del ámbito de dicho control.

La “matriz autoritaria” que moldeaba estos ámbitos de discrecionalidad inapelable era más amplia que el texto constitucional y que los *atos institucionais* (Pereira, 2005). En muchas instancias, al interpretar y aplicar esos textos legales, el STF agrandaba el espectro de los ya extensos ámbitos de discreción presidencial. Los juristas han observado que el Superior Tribunal desplegaba una independencia considerable al decidir casos penales específicos.²³ Cuando el STF debía decidir cuestiones estructurales y arbi-

que actuar sobre las bases de un estimado de las probabilidades de obtener la aprobación del Congreso a tiempo. Promulgar un gran número de decretos podría poner en peligro las posibilidades del propio gobierno de asegurar su aprobación en el Congreso. En este escenario, este poder estaría reservado a medidas verdaderamente extraordinarias, sobre las cuales el ejecutivo estuviese seguro de contar con apoyo político”.

²⁰ Artículo 54 de la Constitución de 1967.

²¹ Véase artículo 54 de la Constitución de 1967.

²² Véase *Ato Institucional n.5* (“AI-5”), promulgado en diciembre de 1968.

²³ Para una discusión reciente de estudios académicos relevantes, véase Carvalho (2017).

trar disputas que concernieran los poderes presidenciales, la situación era diferente. Considérese el siguiente artículo de la Constitución de 1967:

Art. 58 – En caso de urgencia o de interés público relevante, y siempre que no implique un aumento de los gastos del gobierno, el presidente de la República puede promulgar decretos con fuerza de ley en los siguientes temas:

I – seguridad nacional;

II – finanzas públicas.

Párrafo único – El decreto será inmediatamente vinculante. Después de ser publicado en el boletín oficial, el Congreso lo aprobará o rechazará durante los siguientes 60 días.

El Congreso no puede enmendar el texto. Si, previo a esta fecha límite, no hay deliberación del Congreso, el texto del decreto se considerará aprobado.²⁴

El artículo 58 confiere al presidente el poder de dictar decretos que inmediatamente adquieren “fuerza de ley”, aunque estos decretos pueden ser rechazados *ex post* por el Congreso, tal como cualquier otra ley. Sin embargo, nada en el propio artículo 58 impide el control de constitucionalidad de los actos presidenciales basados en esta disposición.²⁵ Además, establece límites claros a la legislación presidencial, como observara un constitucionalista en los años 1960: (i) debe existir “urgencia” e “interés público relevante” en la adopción del decreto-ley, (ii) el decreto-ley no puede elevar los gastos establecidos por el presupuesto anual, y (iii) la cuestión debe involucrar ya sea seguridad nacional (art. 58, I) o finanzas públicas (art. 58, II) (Ataliba, 1968).

Aun así, el STF leía en el artículo 58 una cláusula de “no justiciabilidad”. En 1967, el presidente Castelo Branco promulgó el Decreto-Ley 322, cam-

²⁴ Todas las traducciones de los textos legales brasileros y de las decisiones judiciales son propias.

²⁵ Como vimos, las cláusulas que establecían límites al ámbito del control de constitucionalidad de ciertas leyes y medidas adoptadas por el régimen solían encontrarse en los *atos institucionais*. Sin embargo, el artículo 58 es parte de la Constitución de 1967, que, aunque confería poderes generosos al presidente, no colocaba al ejercicio de tales poderes por encima del control de constitucionalidad.

biando las reglas sobre alquiler de propiedades urbanas. El Decreto-Ley fue impugnado ante las cortes, y eventualmente llegó al STF. Una mayoría de jueces se unieron al ponente, el juez Aliomar Baleeiro, en declarar la inconstitucionalidad del decreto. Este fallo es frecuentemente celebrado como una muestra de independencia judicial bajo el régimen militar. De hecho, la decisión fue valiente, en cuanto anuló una medida legislativa del presidente-general que gobernaba. Sin embargo, el razonamiento de la decisión es mucho más deferente para con el poder ejecutivo que lo que sugeriría el resultado.

El juez Baleeiro estableció que los conceptos de “seguridad nacional” y “finanzas públicas”, aun siendo amplias, no impiden el control constitucional solo por su vaguedad.²⁶ Dado que estas preguntas involucraban la interpretación de las disposiciones constitucionales explícitas y detalladas sobre el tema de un tipo particular de proceso legislativo, *no* se trataba de una cuestión exclusivamente política.

El juez Baleeiro incluso sostuvo que no tocaba a los jueces brasileros revisar lo que el presidente había considerado “urgente” y “relevante”:

La determinación de los casos de “urgencia” o “interés público relevante”, mencionados en el Artículo 58 de la Constitución de 1967, tiene una naturaleza política y por consiguiente queda en manos de las decisiones discrecionales del presidente de la República acerca de su conveniencia y valor, excepto cuando el Congreso use su propia discrecionalidad para realizar una evaluación diferente.²⁷

En otras palabras, el Decreto-Ley 322 fue declarado inconstitucional *solo* porque regular alquileres no era ni un asunto de finanzas públicas ni de seguridad nacional. Al mismo tiempo, sin embargo, la Corte determinó que no podía discutir qué significaban “urgencia” e “interés público

²⁶ RE 62.731. “[...] El concepto de seguridad ‘nacional’ no es indeterminado ni vago, ni abierto a la discreción del presidente ni del Congreso. ‘Seguridad Nacional’ involucra todos los casos relacionados con la defensa de la integridad territorial, la independencia, sobrevivencia y paz interna del país, sus instituciones y sus valores materiales o morales, contra amenazas externas o internas, sean éstas reales e inmediatas o potenciales y remotas”.

²⁷ *Ídem*.

relevante” en un determinado contexto. Esta decisión no necesariamente está “mal”. El derecho constitucional brasileiro, tal como lo entendía el STF en su momento, tradicionalmente había dejado muchos asuntos a la pura discrecionalidad presidencial, especialmente cuando no involucraban la violación de un derecho individual.²⁸

Aún así, el juez Baleeiro escribió en su opinión que el régimen militar *no* había promulgado ninguna norma escrita que privara a la Corte de sus poderes de control de constitucionalidad, en el uso de los poderes del artículo 58. Era legalmente posible y plausible que hubiera decisiones menos deferentes.²⁹ La Corte podría haber dicho, por ejemplo, que discutir qué es “urgente” y “relevante” corresponde en principio al ámbito de la decisión judicial, pero que había lugar para un margen de apreciación más amplio. Otra posibilidad (quizá incluso más plausible) hubiera sido decidir el caso sin articular una teoría tan completa del control de constitucionalidad de la legislación presidencial bajo el artículo 58.

Como evidencia de la plausibilidad de decidir el caso sobre bases más moderadas, podemos señalar los estudios de constitucionalistas *circa* 1967. Geraldo Ataliba, un respetado y conocido especialista que no era crítico del régimen militar, publicó en 1968 una monografía que se consagró luego como el comentario doctrinal clásico sobre el artículo 58. Este poder presidencial, escribió Ataliba, está explícitamente restringido por el texto constitucional en varias dimensiones —y *todas* estas restricciones pueden ser ejecutadas tanto por el Congreso como por el poder judicial (Ataliba, 1968, p. 27)—. Más aún, Ataliba agrega que el poder judicial podría incluso no acordar con la valoración del Congreso sobre si en un determinado caso los requerimientos constitucionales para la promulgación de decretos-ley han sido cumplidos por el presidente (Ataliba, 1968, p. 29). Al discutir específicamente los términos “urgencia” e “interés público relevante”, y al criticar la decisión del STF sobre el Decreto-Ley 322, Ataliba comentó:

²⁸ Para una doctrina clásica e influyente, véase Barbosa (1983 [1910]).

²⁹ Debe señalarse que, en ese momento, el país aún no había ingresado al estadio más brutal de represión de disidentes políticos, que comenzó con la promulgación de AI - 5 en 1968.

Antes de examinar la sustancia del Decreto-Ley, el Poder Judicial *debe* —en orden a determinar si su promulgación está dentro de la competencia excepcional del presidente de la República— fallar acerca de la existencia de un *interés público relevante* que requiriera esta medida extraordinaria, o la solidez de la declaración de *urgencia* (atendiendo a los hechos mencionados [por el presidente]) (Ataliba, 1968, pp. 28-29).

El hecho de que un miembro del *establishment* del derecho brasilero publicara un libro criticando una decisión del STF durante un período dictatorial, muestra que una decisión diferente (menos deferente) era posible legalmente. Más aún, debería aclararse que, en ese caso, el STF falló contra el gobierno. Como se mencionara anteriormente, esta decisión tuvo lugar antes de que la “línea dura” de la dictadura tomara el poder; si el STF se sentía lo suficientemente cómodo en ese ambiente político como para tomar la difícil decisión de fallar en contra del gobierno militar, entonces debiera haber sido más fácil encontrar espacio para un razonamiento diferente, menos deferente, a favor del mismo resultado.

El fallo del STF sobre el Decreto-Ley 322/1967 fue, en este sentido, un tipo extraño de decisión anti-*Marbury vs. Madison*: mientras que a corto plazo desafiaba al gobierno, a largo plazo proveía al régimen militar de poderes aumentados al crear explícitamente un ámbito de discrecionalidad presidencial cuasi absoluta, que no era requerida claramente por ninguna disposición del texto constitucional. Este escenario no sugiere una conducta puramente estratégica, sino, antes bien, señala la influencia de concepciones y opiniones judiciales sinceras, en el ámbito de las facultades legislativas presidenciales.

4.2. Desmantelamiento judicial de pesos y contrapesos

La matriz legal autoritaria que predominó antes de la democratización en Brasil reservó así un lugar importante para una discrecionalidad amplia en el uso de facultades legislativas por parte del Ejecutivo. Durante y después de la transición democrática, y a pesar de los cambios institucionales

que trajo la nueva Constitución, este escenario pareció permanecer más o menos estable. Antes de que se promulgara la nueva Constitución (1985-1988), el primer presidente civil —el presidente José Sarney— gobernaba el país utilizando los poderes de legislación presidencial de 1967. Asimismo, en los diecisiete meses entre la promulgación de la Constitución de 1988 y el final de su mandato, Sarney promulgó 125 *medidas provisórias*. Este modelo de “activismo legislativo” presidencial no cambió cuando Fernando Collor tomó el lugar de Sarney.³⁰ Durante la presidencia de Sarney, las *medidas provisórias* se transformaron respecto a lo que habían anticipado los redactores de la Constitución. Ya desde 1990, las *medidas* se habían transformado en un recurso presidencial para legislar de manera unilateral que (i) fue virtualmente inmune a la revisión por el poder judicial y (ii) podía ser renovado una y otra vez en caso de inacción del Congreso, más allá de la fecha de vencimiento prescrita por la Constitución. Sin embargo, las propiedades (i) y (ii) son precisamente la negación de los mecanismos establecidos por los creadores de la Constitución para asegurar que la *medida provisória* fuera compatible con el gobierno democrático. ¿Cómo fue posible este resultado, menos de dos años después de que la nueva constitución moderara explícitamente la legislación presidencial?

Parte de la respuesta puede encontrarse en la jurisprudencia del STF. En 1989, el presidente Sarney promulgó una *medida provisória* cambiando el código de procedimiento penal para incluir una autorización a la policía para requerir el arresto “temporario” y la custodia de un sospechoso o de un testigo de un posible crimen, si se consideraba necesario para la obtención de evidencia sensible. La Asociación Nacional de Abogados (ANA) presentó una demanda de control abstracto de constitucionalidad (ADI-MC 162) arguyendo que un cambio tan drástico en el procedimiento penal no podía ser considerado “urgente” y requería debates legislativos más extendidos. Esta fue la primera vez en la que se le solicitó al STF su interpretación de las condiciones de “necesidad” y “urgencia” del artículo 62.

³⁰ Da Ros (2008, pp. 145-146) argumenta que, una vez promulgada la Constitución de 1988, la función original de las *medidas provisórias* fue transformada en otra cosa, en tanto “la formulación de políticas desde el Ejecutivo transformó las medidas provisórias de instrumentos de legislación de emergencia, en actos de gobierno habituales”.

En ese momento, ocho de once jueces habían sido designados por el régimen militar saliente. El primer presidente civil, José Sarney, solo había designado tres jueces (Celso de Mello, Paulo Brossard, y Sepúlveda Perente). Como era de esperar, esta corte mayormente “vieja” buscó continuidades jurisprudenciales a través del cambio de constituciones. En su decisión, la corte declaró que, en principio, dependía de los poderes políticos decidir qué contaba como “urgente” y “relevante” a los fines del artículo 62. El control de constitucionalidad de estos requisitos ante una *medida provisória* dada solamente podía suceder en casos extremos, pero la Corte no ofreció tests o estándares sobre cómo identificar un “caso extremo”.

Sin embargo, aún más importante que lo que fue decidido fue cómo la Corte justificó su decisión. Escribiendo por la mayoría, el juez Moreira Alves trazó el *pedigree* del fallo directo hacia la opinión del juez Baleeiro en RE 62.739, que se discutió en profundidad en la sección previa de este artículo.³¹ En su voto por la mayoría, el juez Moreira Alves asevera que la interpretación de tales cláusulas “depende de las decisiones discrecionales sobre oportunidad o valor del presidente de la República, limitado por una decisión diferente e igualmente discrecional de parte del Congreso”. Sin embargo, el juez Moreira Alves continúa diciendo que esto no debería entenderse como un poder absoluto —todos los abusos pueden y deben ser revisados por la Corte, tal como lo realizó finalmente el STF en el caso de 1967—:

Los conceptos de relevancia y urgencia a los que refiere el Artículo 62 de la Constitución, como condiciones necesarias para la promulgación de *medidas provisórias*, dependen en principio de las

³¹ “Esta Corte, en pleno, en su decisión del *Recurso Extraordinário* n.62.739, en que declaró inconstitucional, según la Constitución de 1967, el Decreto-Ley 322, por entender que regulaba materia extraña al concepto de seguridad nacional, se manifestó en el sentido de que ‘la apreciación de los casos de urgencia’ o de ‘interés público relevante’ al que se refiere el artículo 58 de la Constitución de 1967, asume carácter político, y queda en manos de la discrecionalidad de los juicios de oportunidad o de valor del Presidente de la República, salvo la posibilidad de apreciación contraria y también discrecional del Congreso” (RTJ-44/54). Posteriormente, ese entendimiento fue seguido en RE 74.096 (RTJ 62/819) y en RE 75.953 (RDA 125/89).

decisiones discrecionales sobre oportunidad o valor del Presidente, *pero pueden ser sometidas a control de constitucionalidad en caso de exceso en el uso de esta facultad legislativa. Sin embargo, en este caso no se percibe este exceso de modo inmediato.*³² (Las cursivas son propias).

Dos jueces —dos de los tres que habían sido designados luego de la transición democrática— presentaron opiniones disidentes considerando inconstitucional la medida.³³ El principal argumento de quienes disientían era que había limitaciones temáticas implícitas sobre lo que podía ser regulado por una *medida provisoria*, y las normativas sobre procedimiento criminal solo podían ser cambiadas a través procedimientos legislativos convencionales en el Congreso. Sobre la cuestión del alcance del control de *medidas provisionarias*, los disidentes la ubican entre las garantías constitucionales clave contra el uso arbitrario de este poder excepcional por parte del presidente.³⁴ El juez Celso de Mello afirmó que la concepción pretransicional era incompatible con el esfuerzo transicional de limitar los “círculos de poder incontrolados” existentes.³⁵ Con una lectura ligeramente

³² En p. 1. Véase en pp. 10-11 la opinión del juez Moreira Alves. Expone además que la posibilidad de controlar usos extremadamente errados también existe en Italia —donde, de acuerdo con la opinión de Moreira Alves, los constituyentes se inspiraron para las *medidas provisionarias*—. Pero mientras no haya “abuso de facultad de legislar” (esto es, uso excesivo del poder de legislar), la STF no tiene por qué controlar este aspecto de las *medidas provisionarias*.

³³ Los jueces Sepúlveda Pertence y Celso de Mello. Cabe señalar que, al momento de escribir este artículo, el juez Celso de Mello aún formaba parte de la Suprema Corte.

³⁴ Véase la opinión del juez Celso de Mello, pp. 15-16 (afirma que “no hay dudas de que las medidas provisionarias [...] son un instrumento excepcional”, y que “la promulgación de tales medidas por parte del Presidente son una derogación momentánea del principio de separación de poderes”; expresa que los constituyentes crearon varios controles para que esta facultad permaneciera controlada, tales como [i] el requerimiento de que el Congreso se reúna en una sesión extraordinaria; [ii] el requerimiento de que la medida provisional sea inmediatamente enviada al Congreso; [iii] la pérdida de fuerza de ley después de la fecha de expiración; [iv] la posibilidad de control de constitucionalidad).

³⁵ Véase la opinión del juez Celso de Mello, p. 16 (en cuanto afirma que el presidente “es el árbitro inicial en relación a la conveniencia, la necesidad, utilidad y lo expeditivo de usar [las facultades de promulgar medidas provisionarias], pero no el árbitro final. [...] Aceptar de antemano que no hay posibilidad de que el control de constitucionalidad de estas medidas quisiera decir una expansión ilimitada de los poderes presidenciales, lo cual sería incompatible

diferente a la del juez Moreira Alves, el juez Sepulveda Pertence felicitó a la mayoría por no tomar la vía fácil de importar la concepción de la separación de poderes y de la legislación presidencial “que fue construida bajo el viejo Estatuto”, caracterizado por “un veto absoluto [...] de la posibilidad de examen judicial de los prerequisites discrecionales para emitir un decreto-ley”. De acuerdo con Pertence, “la influencia de los viejos precedentes podría resultar en la extensión al nuevo régimen, y especialmente en relación a las *medidas provisórias*”, de la doctrina establecida por la Corte en la década de 1960.³⁶ Según el disenso de Pertence, entonces, la buena noticia era que el STF no se había dejado influenciar.

La interpretación del juez Pertence acerca de la opinión mayoritaria hizo eco en muchos académicos, que señalaron una ruptura entre la concepción pre y posttransicional del STF acerca de la justiciabilidad de las *medidas provisórias* de “urgencia” y “relevancia”.³⁷ En lugar de continuidad, esta interpretación identifica un cambio relativo (aunque modesto) en la comprensión por parte de la Corte. Antes de 1988, la Corte había descartado completamente la posibilidad de revisar este aspecto de las decisiones legislativas del presidente. Pero, bajo la nueva Constitución, y como bien apunta un académico, a pesar de “una cierta timidez”, la Corte “no se apartó de la arena política por completo” (Da Ros, 2008).

Esta interpretación es problemática. Desde mi punto de vista, el juez Pertence se equivocó al felicitar a la Corte por abandonar las comprensiones pretransicionales. Primero, la opinión mayoritaria del juez Alves está redactada de modo que vuelve difícil ver allí solo una superposición en la sustancia de las dos doctrinas: Alves dice que “esta Corte”, en 1967, ya había establecido la cuasi imposibilidad de revisión judicial de la interpretación

con nuestro sistema constitucional” y p.18 afirma que uno de los objetivos de la Constitución brasilera es “disminuir y eliminar progresivamente los círculos de inmunidad de poder”.

³⁶ Véase la opinión del juez Sepulveda Pertence.

³⁷ Véase, por ejemplo, Da Ros (2008, p. 149): “Dado que hay una clara continuidad en las reglas que gobiernan la relación entre el Ejecutivo y el Legislativo entre los dos periodos [...], esto podría reforzar la inercia jurisprudencial, con la decisión de la corte de no intervenir en las actividades legislativas presidenciales. Sin embargo, esto no fue lo que sucedió, al menos si consideramos el caso que sentó precedente que avivó los primeros debates en el tema, dentro del STF, después de la promulgación de la nueva constitución”. Para una evaluación diferente (y negativa) de la actuación de la corte en esta materia, véase Comparato (2001).

presidencial y del Congreso de estas cláusulas. Segundo, no hay divergencia sustancial entre las doctrinas pretransicionales y postransicionales. En varios casos resueltos entre 1967 y 1989 (bajo la doctrina pretransicional), el STF había dejado claro que aceptaba (al menos en principio) la posibilidad de revisión judicial en casos extremos, tal como lo hizo el STF posterior a 1988.³⁸ El “cambio” sustancial entre las dos doctrinas supuestamente diferentes, entonces, parece sobrevalorado. Tercero, entre 1989 y 1998 el STF jamás anuló una *medida provisória* por falta de “urgencia” e “interés público relevante”; cuando la Corte finalmente anuló una, en 1998, la medida también fue considerada inconstitucional por muchos otros motivos, y pasaría otra década antes de que una medida fuese anulada solo porque no cumplía con los estándares de “urgencia” o “relevancia”.³⁹ Este modelo de completa deferencia a las decisiones presidenciales sobre la “urgencia” también puede encontrarse en el orden preconstitucional, en relación con los *decretos-ley*.

Los tres factores aquí presentados son suficientes para establecer la continuidad entre las dos doctrinas de moderación judicial, en tres niveles diferentes:

- (i) el nivel *del precedente*, en cuanto la nueva decisión es presentada como una reformulación de algo que “esta Corte” ya ha abordado y sobre lo cual ha fallado —la *misma* cuestión, decidida por una Corte que se presenta como la misma que la del régimen anterior—;
- (ii) el nivel *substantivo*, en cuanto las dos decisiones establecen doctrinas de deferencia con estructuras, condiciones, y requerimientos perfectamente equivalentes: la revisión judicial de la interpretación

³⁸ Véase, por ejemplo, RE 75935, una decisión unánime escrita por el mismo juez Baleeiro, quien articuló por primera vez la doctrina de la deferencia: “el control de constitucionalidad en esta instancia [de los requerimientos de los decretos-ley] deben ser excepcionales, sólo cuando el ejercicio de la discrecionalidad, alcanzando lo absurdo, linda con la arbitrariedad”.

³⁹ En ADIn 1753-2 (1998), la Suprema corte falló que era inconstitucional que una medida provisoria incrementara las ventajas procedimentales (esto es, fechas límites extendidas para presentar apelaciones) que se le garantizaban a fiscales y defensores públicos en los litigios. Pero, en ese caso, la Corte usó mayormente argumentos constitucionales (resultantes de la igualdad y el debido proceso legal), mientras que sumaba la falta de “urgencia” a las varias razones.

- del Ejecutivo de lo que es “urgente” y “relevante” no es posible, excepto cuando tal interpretación es claramente absurda; y
- (iii) el nivel *práctico*, dado que la postura judicial producida por la aplicación de estas doctrinas fue clara e inequívocamente deferente para con la legislación presidencial durante un largo período de tiempo.

Esto significa que la *misma* Corte Suprema, al aplicar diferentes *disposiciones* constitucionales, en dos órdenes constitucionales diferentes e *incompatibles*, llegaron a resultados que eran equivalentes, a todos los fines prácticos relevantes. Esta continuidad es visible, no obstante las interpretaciones más optimistas del caso que sentó precedente en 1989 (tales como las del juez Pertenece). En las décadas siguientes, el STF mostró cierto grado de sensibilidad al aumento de demandas por un mayor control de constitucionalidad de las *medidas provisórias*. Durante los 90, la jurisprudencia de la Corte alternó entre dos patrones diferentes, a veces reafirmando la imposibilidad de revisión judicial, a veces recordando al poder político que tal revisión era posible en algunos casos extremos.⁴⁰ En cualquier caso, estos dos patrones siempre operaron en el espacio ambiguo entre deferencia en “casos normales” y control de constitucionalidad en “casos absurdos” —categorías que no fueron del todo explicadas, ejemplificadas o instanciadas por la Corte hasta mucho tiempo después—.

4.3. ¿De “Provisoria” a “Permanente”?

En la decisión de 1989 sobre la *medida provisória* de Sarney, el STF estableció una continuidad entre las *medidas provisórias* y los *decreto-lei*, con relación al alcance del control de constitucionalidad judicial sobre las interpretaciones presidenciales de “urgencia” y “relevancia”. Al hacerlo, la Corte deshabilitó ampliamente uno de los dos conjuntos de garantías que habían sido creadas por la ANC para volver compatible la facultad legislativa presidencial con el gobierno democrático. Con el tiempo, la Corte procedió a deshabilitar el segundo conjunto de garantías. Como vimos, la fecha límite de 30 días

establecida por el artículo 62 volvió realmente provisorias las *medidas provisorias*. Esta regla fue un rechazo explícito del sistema previo de legislación presidencial, en el cual, si el Congreso no decidía sobre un decreto-ley hasta 60 días después de su promulgación, el decreto-ley devenía permanente, como cualquier otra ley. El artículo 62 invertía el efecto de la inacción del Congreso —pasaba de la solidificación a la nulidad de la legislación presidencial—. Aun así, en una serie de decisiones de principios de los 90, el STF neutralizaba esta inversión crucial y deliberada del sistema previo.

Luego de la transición, algunos de los jueces de la Corte advertían el vínculo crucial entre *medidas provisorias* y la consolidación de un nuevo orden constitucional. En 1990, el presidente Collor intentó volver a promulgar una *medida provisoria* que acababa de ser rechazada por el Congreso, y la cuestión fue llevada al STF a través de un proceso de control abstracto de constitucionalidad (ADI 293). Por decisión unánime, la Corte anuló la medida vuelta a promulgar, por motivos puramente procedimentales. La decisión también afirmaba que, en el nuevo orden constitucional, “la necesidad de manifestación Legislativa [sobre una *medida provisoria*] no puede suprimirse o hacerse a un lado”.⁴¹ Varios jueces enfatizaron la necesidad de aplicar los nuevos textos constitucionales a toda costa, aun cuando no fuese conveniente para el gobierno. Y la *emenda* de la decisión —un resumen de los puntos y argumentos principales de la opinión que prevaleció— aseguraba que “depende de la Corte Suprema garantizar la tarea eminente de asegurar que esta realidad [las normas fijadas por la Constitución] no sea desfigurada”.⁴²

No obstante la feroz retórica de aquella decisión temprana, la Corte pronto se encontró haciendo precisamente aquello contra lo que había advertido. Apenas dos semanas después, una nueva decisión del STF volvió completamente opcional la manifestación legislativa sobre *medidas provisorias*, a los fines prácticos. En ADI 295, se pidió que la Corte anulara una de las *medidas provisorias* clave del presidente Collor. Con un movimiento muy controversial, el gobierno había prohibido a todas las cortes inferiores y jueces otorgar medidas cautelares en contra de la medida económica más

⁴¹ ADI 293.

⁴² ADI 293.

controversial de Collor —el congelamiento de los activos que la gente tenía en los bancos (incluso cajas de ahorro) a partir de cierto monto—.⁴³ Si bien Collor no tenía mayoría estable en el Congreso, los líderes del partido que tenía el control de la Cámara de Diputados evitaron hacerse responsables de decidir sobre una medida tan osada.⁴⁴ Si el plan de Collor fallaba, el Congreso podía recoger los beneficios de no haber aprobado el contro-versial congelamiento de activos; por otro lado, si la medida sí funcionaba contra la inflación, el Congreso aún podía reclamar crédito por colaborar con la estrategia presidencial. Mientras el Congreso adoptaba este enfoque de “esperar y ver”, venció la fecha límite constitucional de los 30 días. En ese lapso, Collor volvió a promulgar cuatro veces la *medida provisória* original.

La Asociación Nacional de Abogados (ANA) presentó una demanda de control abstracto de constitucionalidad contra la prohibición de interdictos judiciales. Uno de los argumentos principales de la ANA fue puramente procedimental: sin importar la sustancia de esta medida, no se podía permitir al presidente volver a promulgarla antes de la fecha límite de los 30 días. El silencio del Congreso era simplemente una maniobra política, y no una interpretación válida de la Constitución, y dependía de la Corte hacer cumplir el procedimiento que los creadores de la constitución diseñaron al ubicar las *medidas provisórias* en un ámbito constitucional diferente al de los decretos-ley autoritarios.⁴⁵

El juez ponente, juez Paulo Brossard, que había sido designado por el presidente Sarney, presentó el problema como una comparación sobre los modos en que ambos mecanismos —decretos-ley y medidas provisionales— lidiaban con la inacción del Congreso. Según Brossard, los dos mecanismos tenían lógicas incompatibles y mutuamente excluyentes. La inacción del Congreso llevaba a una aprobación tácita de los decretos-ley, mientras que significaba *rechazo* tácito cuando se trataba de *medidas provisórias*. Además, Brossard conectó este debate con los arreglos más amplios respecto de la separación de poderes, sobre lo cual observó: “en el régimen previo,

⁴³ Véase Power (1998).

⁴⁴ Power, 1998.

⁴⁵ Para una discusión profunda sobre el modo en que se moldearon diferentes regímenes de medidas provisionales, desde 1988, por interacciones (e incluso a veces acuerdos) entre los tres poderes del gobierno, véase Ribeiro y Muniz (2020).

la expiración de la fecha límite favorecía al Ejecutivo; en nuestro régimen actual, favorece a la Legislatura”.⁴⁶ El artículo 62 incentivaba fuertemente al presidente a hacer que el Congreso delibere acerca de medidas de emergencia. Brossard decía que esto, sin embargo, no dejaba al presidente desamparado ante un Congreso reticente, puesto que el ejecutivo podía pedir una deliberación “urgente” y expeditiva sobre un proyecto de ley. El sistema estaba diseñado para conducir a una decisión explícita que involucrara a los dos poderes, de modo tal que el Congreso debería compartir responsabilidad por cualquier medida provisoria que superara la fecha límite de los 30 días.

El juez que votó a continuación, el Juez Marco Aurélio de Mello (quien había sido recientemente nombrado por el mismo Fernando Collor), argumentó que la Constitución no contiene ninguna disposición que explícitamente prohíba la reemisión de medidas provisionales, aun si contiene normas similares sobre otras partes del proceso legislativo. Otros jueces observaron que *rechazar* un proyecto de ley es diferente a *no decidir* sobre el mismo, ya que factores contingentes pueden evitar que un proyecto que sí es apoyado por una mayoría sea efectivamente aprobado en un momento dado.⁴⁷ Por ejemplo, durante ciertos momentos del año y del ciclo electoral, es difícil reunir voces en el Congreso, ya que los legisladores están ocupados con sus campañas en sus estados. En todo caso, poner la carga de tales factores de inacción-inducción en la agenda presidencial fue considerada una mala idea.

Al final, la posición favorable acerca de volver a promulgar medidas provisionales prevaleció. La opinión del juez Brossard sobresalió como la única voz disidente en este asunto, enfatizando cómo la transformación desde los decretos-ley hacia las medidas provisionales era parte de un proceso más amplio de separar el gobierno democrático de la normativa autoritaria. Esta decisión fue significativa para la separación de poderes en el nuevo orden constitucional. Hasta comienzos de los años 2000, la política brasileña estaba dominada por la práctica recurrente de reemisión de medidas provisionales, por parte de diferentes gobiernos. A pesar de la constante crítica por parte de la academia, desde la década de 1990 una gran parte del derecho brasileño no había sido sujeta a decisión explícita

⁴⁶ ADI 295/90, Opinión del Juez Paulo Brossard, p. 7.

⁴⁷ Cf. Opinión del juez Sepulveda Pertence.

del Congreso.⁴⁸ Entre 1988 y 2001, el Congreso no rechazó ninguna medida provisoria —y el 14% de todas las medidas promulgadas en ese período aún pasaban el Congreso (Abramovay, 2011, pp. 75-78)—. Esta información no es sorprendente. En la configuración institucional creada por el STF, el presidente siempre podía volver a promulgar una medida provisoria clave antes de su fecha de vencimiento, reconfigurando la duración del proyecto sin que el Congreso tuviera que pronunciarse sobre ello.⁴⁹

En 2001, una enmienda constitucional cambió este estado de cosas. La Enmienda Constitucional n.º 32 reescribió y expandió el artículo 62. Entre otros varios cambios (incluidas limitaciones explícitas sobre la reemisión de medidas provisionales), EC 32/2001 estableció que las medidas provisionales podían volver a promulgarse una única vez. No obstante, considérese el escenario previo a esta enmienda. Tal como se discutiera previamente, recién en 1998 el STF finalmente consideró que una medida provisoria no era “urgente” y/o de “interés público relevante”. En la práctica, entonces, en los 90 Brasil fue un escenario en el cual la legislación presidencial unilateral estaba libre de los controles de constitucionalidad y del Congreso *ex post* —esto es, libre de las limitaciones que se suponía que hacían diferir a las medidas provisionales de los decretos-ley, y por ende las harían más compatibles con el nuevo régimen democrático—. La Constitución intentó crear un proceso obligatorio de diálogo entre poderes para cada medida provisoria. Aún si el presidente daba el primer paso, cada poder tenía que hacerse responsable de confirmar la legislación resultante (Abramovay, 2011, p. 69). Los dos casos del STF discutidos previamente en este trabajo vuelven opcional el diálogo institucional que los constituyentes intentaron establecer como obligatorio.

A fin de esclarecer la comparación, en la tabla siguiente (figura 2) se presentan los aspectos relevantes de cada mecanismo (*decreto-ley* y *medida provisoria*), distinguiendo entre cuatro regímenes diferentes. El último régimen representa los cambios implementados por la Enmienda consti-

⁴⁸ Para una reseña bibliográfica, véase Abramovay (2011, pp. 69-70).

⁴⁹ Abramovay (2011, pp. 75-78). Más allá de la mera reemisión de una medida provisoria dada, también hubo casos en los que las medidas “reemitidas” incluían cambios significativos respecto del texto original.

tucional n.º 32, adoptada en el año 2001. Tal como se mencionó, uno de sus rasgos más importantes fue la creación del límite de una única repromulgación de una medida provisoria. En este sentido, la Enmienda 32/2001 resolvió un problema creado por el propio STF, cuando rediseñó el sistema de las facultades legislativas presidenciales en el Brasil postransicional. En este sentido, la Constitución de 1988 no necesitó prohibir explícitamente la reemisión de medidas provisionales. Como había subrayado el juez Brossard, la cuestión principal es trazar la línea entre formas autoritarias y democráticas de legislación presidencial. Aun sin el beneficio de la retrospectiva, y sin saber cómo la práctica evolucionaría en la arena política de la década siguiente, la comparación directa de Brossard entre los dos mecanismos —*medidas provisionales* y *decretos-leis*— fue suficiente para mostrar que la fecha de expiración era crucial para limitar el poder presidencial.

Figura 2: Instrumentos de Legislación Presidencial en Brasil, 1964-2001

	“Decreto-Ley” (1964-1988)	“Medida Provisoria I” (texto original de 1988)	“MP II” (interpretada por la STF, 1989-2001)	“MP III” (luego de la Enmienda Constitucional 2001)
Fecha de vencimiento	60 días	30 días	30 días	60 días, renovable por otros 60 días
Consecuencias del vencimiento	Mantiene la fuerza legal; aprobación tácita del Congreso	Pierde fuerza legal.	Pierde fuerza legal.	Después de 120 días pierde fuerza legal; después de 45 días, “cierra” la agenda del Congreso hasta que se tome una decisión.
Posibilidad de volver a promulgar	No corresponde	No se menciona la reemisión.	Se permite volver a promulgar.	Puede renovarse una vez. No puede volver a promulgarse.

Fuente: el autor.

5. Conclusión

La nueva Constitución de 1988 designó un sistema de toma de decisiones políticas con muchos pesos y contrapesos, en el cual la Suprema Corte estaba explícitamente empoderada para jugar un rol central. Sin embargo, contrariamente a las expectativas de políticos, activistas y académicos del derecho, la Suprema Corte brasileña postransicional rechazó esta invitación explícita. En una serie de decisiones tomadas menos de dos años después de la promulgación de la Constitución de 1988, la Corte cambió sustancialmente normas constitucionales que habían sido deliberadamente instituidas por la NCA para marcar la diferencia entre los viejos y los nuevos arreglos o diseños sobre la separación de poderes respecto de la legislación presidencial. En lugar de redimir la promesa de transformación que estaba contenida en el nuevo texto constitucional, la Corte transformó rápidamente al texto en algo mucho más cercano en esencia al orden constitucional previo. La corte puso a debatir las interpretaciones predemocráticas y de la *vieja* Constitución, sobre el significado de la *nueva* Constitución. Este proceso de mantener viva la jurisprudencia pretransicional se dirigió a cuestiones de la nueva estructura constitucional que habían sido deliberadamente designadas para marcar una ruptura con el viejo orden constitucional. A través de interpretación judicial, el sistema de medidas provisorias diseñado por el nuevo texto constitucional fue finalmente reelaborado en algo notablemente similar a los infames decretos-ley —la forma de legislación presidencial tan característica de la dictadura brasileña, que la ANC se había comprometido a abandonar—.

En regímenes previos de Brasil, el presidente había estado tradicionalmente dotado con vastas facultades legislativas. Sin embargo, este empoderamiento no fue simplemente el resultado de textos constitucionales autoritarios. Estuvo parcialmente moldeado y acrecentado por interpretaciones judiciales, adoptadas por jueces de la Corte Suprema en fallos sobre los límites de la legislación presidencial en contextos políticos autoritarios. Así como los jueces de la Corte Suprema brasileña permanecieron inmutables durante la transición, la Corte tendía a ver continuidad, en su propia senda institucional, entre la dictadura militar y la nueva democracia. Esta conti-

nidad fue reafirmada en la interpretación de las nuevas disposiciones constitucionales que dieron forma a las facultades legislativas presidenciales.⁵⁰

Así, la Corte postransicional leyó la nueva Constitución con viejos lentes⁵¹. Al hacerlo, muestra cómo variables legales específicas ayudan a explicar la conducta judicial en las nuevas democracias. Mientras que la moderación judicial en democracias en consolidación es quizás esperable desde un punto de vista de conducta estratégica, en este artículo he subrayado la relevancia, en el caso brasileño, de la concepción legal preconstitucional sobre la toma de decisiones judicial. Tales concepciones legales pueden influenciar la conducta judicial más allá de los cálculos estratégicos, siempre que puedan expresar y moldear creencias judiciales sinceras acerca del alcance apropiado de la revisión judicial, y del rol adecuado de su institución en relación con los demás poderes. Además, el caso brasileño muestra que el legado de las concepciones judiciales tradicionales puede incluso superar nuevos textos constitucionales —aun cuando claramente empoderan a las cortes a revisar los otros poderes del gobierno—, moldeando de modos perdurables la separación de poderes.

Bibliografía

- Abramovay, P. (2011). *Medidas Provisórias e Separação de Poderes*. Rio de Janeiro: FGV.
- Ackerman, B. (2000). The New Separation of Powers. *Harvard Law Review*, 113(3), 633-727.
- Ackerman, B. (1997). The Rise of World Constitutionalism. *Virginia Law Review*, 83(4), 771-797.
- Arantes, R. (1997). *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo: Editora Sumaré/FAPESP/EDUC.

⁵⁰ Para una discusión más amplia acerca de las implicancias constitucionales de tener los mismos jueces y/o la misma Suprema Corte durante la transición de dictadura a democracia, véase Arguelles (2014).

⁵¹ Un constitucionalista ha denominado a este *modus operandi* “interpretación retrospectiva” – la interpretación judicial de textos legales nuevos para volverlos lo más parecidos posibles a las leyes anteriores (Barroso, 1996, p. 67).

- Arguelhes, D. W. (2014). *Old Courts, New Beginnings: judicial continuity and constitutional transformation in Argentina and Brazil* (Tesis Doctoral, inédito). Yale Law School: United States.
- Arguelhes, D. W. y Prado, M. M. (2019). 'Resistance by Interpretation': Supreme Court Justices as Counter-Reformers to Constitutional Changes in Brazil in the 90s'. En R. Albert, C. Bernal y J. Z. Benvindo (eds.). *Constitutional Change and Transformation in Latin America* (pp. 167-188). Oxford: Hart Publishing.
- Arguelhes, D. W. y Sússekind, E. P. (2018). Building judicial power in Latin America: opposition strategies and the lessons of the Brazilian case. *Revista Uruguaya de Ciencia Política [online]*, 27(1), 175-196.
- Arguelhes, D. W. y Ribeiro, L. M. (2018). 'The Court, it is I'? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory. *Global Constitutionalism*, 7(2), 236-262.
- Ataliba, G. (1968). *Decreto-Lei na Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Barbosa, R. (1983[1910]). *O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa.
- Barroso, L. R. (1996). *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva.
- Brinks, D. (2011). Faithful Servants of the Regime: The Brazilian Court's Role under the 1988 Constitution. En G. Helmke y J. Rios-Figueroa, J. (eds.). *Courts in Latin America* (pp. 128-153). Cambridge: Cambridge University Press.
- Carey, J. M. y Shugart, M. S. (1998). Calling out the Tanks or Filling out the Forms? En Carey, J. M. y Shugart, M. S. (eds.). *Executive Decree Authority* (pp. 1-30). Cambridge: Cambridge University Press.
- Carey, J. M. y Shugart, M. S. (1992). *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Systems*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Carvalho, A. D. Z. (2017). Entre o dever da toga e o apoio à farda: Independência judicial e imparcialidade no STF durante o regime militar. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 32(94), 1-22.

- Cheibub, J. A., Elkins, Z. y Ginsburg, T. (2011). Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers n. 361*, 89, 2011.
- Comella, V. F. (2003). The consequences of centralizing constitutional review in a special court: some thoughts on judicial activism. *Texas Law Review*, 82.
- Comparato, F. K. (2001). A questão política nas medidas provisórias: um estudo de caso. *Boletim dos Procuradores da República*, 3.
- Da Ros, L. (2008). Poder de Decreto e Accountability Horizontal: Dinâmica Institucional dos Três Poderes e Medidas Provisórias no Brasil pós-1988. *Revista de Sociología Política*, 16(30), 131-149.
- Figueiredo, A. y Limongi, F. (1999). *Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional*, Rio de Janeiro, FGV.
- Gargarella, R. (2012). *Latin American constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution*. Oxford: University Press.
- Ginsburg, T. (2011). *Judicial Review in New Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kapiszewski, D. (2011). Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector. En G. Helmke y J. Ríos-Figueroa (eds.). *Courts in Latin America* (pp. 154-186). Cambridge, Cambridge University Press.
- Kapiszewski, D. (2012). *High courts and economic governance in Argentina and Brazil*. Cambridge University Press.
- Limongi, F. (2008). O Poder Executivo na Constituição de 1988. En R. G. Oliven, M. Ridenti y Brandão, G. M. (orgs.). *A Constituição de 1988 na Vida Brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores.
- Loveman, B. (1993). *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.
- Lynch, C. (2012). O Caminho para Washington passa por Buenos Aires: A recepção do conceito argentino do estado de sítio e seu papel na construção da República brasileira (1890-1898). *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 27(78), 149-169.
- Melo, M. A. y Pereira, C. (2012). *Making Brazil work: checking the president in a multiparty system*. Springer.

- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de Derecho Constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Argentina: Editorial Astrea.
- Pereira, A. W. (2005). *Political (In)Justice: Authoritarianism and the Rule of Law in Brazil*. Chile y Argentina, Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.
- Pilatti, A. (1999). O processo legislativo na constituição de 1988. En M. Camargo (ed.), *1988-1998: uma década de constituição*, Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Power, T. (1998). The Pen is Mightier than the Congress: Presidential Decree Power in Brazil. En J. M. Carey y M. S. Shugart (eds.). *Executive Decree Authority*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ribeiro, L. M. y Muniz, M. N. (2020). Imaginação, Transgressão e Formalização: ações do Congresso e do STF na definição de regras de tramitação de medidas provisórias. *Revista Estudos Institucionais*, 6(1), 155-183.
- Rosevear, E. (2018). Social Rights Interpretation in Brazil and in South Africa. *Revista de Investigações Constitucionais [online]*, 5(3), 149-183.
- Santos, F. (2003). *O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão*- Belo Horizonte: UFMG.
- Vasconcelos, N. P. (2020). Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. *Revista Estudos Institucionais*, 6(1), 83-108.

Sección III

**DISCUSIONES:
LIBROS**

Política y autoridad en Bernard Williams

Politics and Authority in Bernard Williams

Pau Luque*

Recepción: 17/04/2020

Evaluación: 22/04/2020

Aceptación final: 23/06/2020

Resumen: En este trabajo reconstruyo y discuto algunas de las ideas centrales de la filosofía política de Bernard Williams, contenidas en *En el principio era la acción*. En particular, señalo algunas debilidades menores de su crítica a lo que él llamaba “moralismo político” y desarrollo su concepción de la autoridad política. Finalmente, sugiero que la forma de realismo político que propone está íntimamente relacionada con una manera de concebir el realismo jurídico, que yo denomino realismo jurídico normativista.

Palabras clave: Bernard Williams, realismo político, moralismo político, autoridad, realismo jurídico.

Abstract: In this paper I reconstruct and discuss some of the central ideas of Bernard Williams’ political philosophy, contained in his *In the Beginning Was the Deed*. In particular, I point out some minor weaknesses of his critique to (what he called) “Political Moralism” and develop his conception of political authority. Finally, I suggest that the form of political realism he proposes is closely related to a way of conceiving Legal Realism, which I call Normativist Legal Realism.

Keywords: Bernard Williams, political realism, political moralism, authority, legal realism.

* Investigador Titular A, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, Ciudad de México, México. Correo electrónico: pls2001@gmail.com

1. Introducción

En el principio era la acción (Williams, 2012a), que vio la luz en 2005, es uno de los tres libros de Bernard Williams publicados como parte de un proyecto que editó Patricia Williams, su esposa, tras la muerte en 2003 de Bernard.¹ De esa tríada, *En el principio era la acción* es el que más impacto filosófico tuvo —y sigue teniendo— en el campo de la filosofía política. La razón es que, con ese libro, Williams reverdeció los laureles de la tradición del realismo político. La historia reciente, explicada aquí de forma muy breve, es la siguiente. A principios de siglo XXI, y debido a la larga hegemonía que habían logrado, en el seno de la filosofía política académica, las llamadas teorías de la justicia, con la de John Rawls a la cabeza, el realismo político ocupaba un lugar algo marginal en la academia anglosajona y, en medida un poco menor, también en la filosofía política latina. Williams consiguió sacar el realismo político de ese lugar irrelevante al hacer que la crítica realista a las teorías de la justicia dejara de ser considerada una excentricidad. Desafortunadamente, no vivió lo suficiente para presenciar ese reajuste en el campo de la filosofía política ni tampoco —y más desgraciadamente aún para los cultores de ese campo— para desarrollar su realismo político. La idea nuclear del realismo político de Williams era, por un lado, y contra lo que los realistas políticos más crudos admitían, que las tiranías no debían ser entendidas como una forma de hacer política, sino como su negación. Por otro lado, rechazaba que la legitimación de la autoridad política dependiera de la normatividad moral. Williams creía que la legitimación de la autoridad política provenía de las prácticas políticas mismas.

En el principio era la acción aborda, en realidad, muchas cuestiones ligadas a la filosofía política y no todas ellas directamente ligadas al realismo político. Entre ellas, defiende una forma de relativismo de la distancia, un pluralismo antiarmónico de los valores, un liberalismo realista o una indagación en las condiciones de la modernidad. Bernard Williams no tenía una teoría política omnicompreensiva —en realidad, era más bien escéptico

¹ Los otros dos son Williams (2012b) y Williams (2011).

acerca de la posibilidad de las teorías filosóficas omnicomprensivas—,² pero todas sus ideas tenían rasgos en común y formaban una red filosófica reconocible. En este trabajo no me ocuparé de las ideas que acabo de mencionar en este párrafo sino de forma lateral. Me interesa, en cambio, tirar del hilo del realismo político que anuncié en el primer párrafo y escrutar qué significado y consecuencias tiene esa forma de realismo político. Las preguntas que serán el centro de este artículo son, básicamente, las dos siguientes: ¿qué era la filosofía política y, en consecuencia, qué era lo político, para Williams? Y ¿qué noción de autoridad política defendía? En este trabajo reconstruiré, de forma crítica, la obra de Williams en relación con estas cuestiones.

2. La autonomía de la política

Williams distingue entre dos modelos de filosofía política (p. 25).³ Por un lado, está el modelo de la promulgación y, por otro, el modelo estructural. El primero sostiene que la filosofía política “formula principios, conceptos, ideales y valores” y la política tiene que darles expresión usando el poder. El segundo “asienta condiciones morales de coexistencia bajo el poder, condiciones en las que el poder puede ser justamente ejercitado”. El caso paradigmático del modelo de la promulgación es el utilitarismo y el del modelo estructural es el de la *Teoría de la justicia* de John Rawls (1971). A este tipo de teorías, Williams las llama “moralismo político”. Hay grandes diferencias entre estos dos modelos —y diferencias, más allá del contenido, entre la teoría de la justicia de Rawls y la de Nozick o la de algunos comunitaristas, como Kimlicka, que podrían ser llamados, en algún sentido, moralistas políticos—, pero tienen en común la prioridad de lo moral sobre lo político: la filosofía política es moral aplicada (p. 26). El objetivo de Williams es criticar la supeditación de la filosofía política a la filosofía

² Véase su crítica al llamado sistema de moralidad en Williams (1985).

³ De ahora en adelante, cuando haga referencia solo a unas páginas en paréntesis querrá decir que reenvío a (Williams, 2012a). Para todas las demás citas bibliográficas, mencionaré la referencia completa.

moral y dar mayor espacio de autonomía a la filosofía política respecto de la filosofía moral.⁴

Para ilustrar de qué manera entiende Williams la categoría de lo político, es importante entender que su concepción es una reacción a la división del trabajo que hay en el seno del contexto público estadounidense: el Congreso hace política, ocupándose de los intereses, mientras que la Suprema Corte se ocupa de los argumentos de principio (p. 37). En este punto, Williams parece tener en mente a Dworkin. En todo caso, la dicotomía que pretende poner en tela de juicio es, creo, bastante clara: o bien la política se reduce a intereses —y es el Congreso la arena donde se dirimen esos intereses— o bien la política queda supeditada a los argumentos moralizados o de principio —siendo los jueces de la Suprema Corte los encargados de hacer política (moralizada)— y, en un sentido, la política deja de tener autonomía. Williams impugna que la categoría de lo político se reduzca a intereses (p. 38) y, al alimón, rechaza también que pueda —y, *a fortiori*, deba— estar moralizada.⁵

Williams apuesta por una visión más amplia de los contenidos de la política, una en la cual los intereses —individuales, colectivos, de clase, etc.— no sean los únicos que estén sometidos a discusión política. Las formas de distribución del poder, las limitaciones de los actores políticos y, en general, la acción política deberían también formar parte de lo político y deberían estar sometidos a la discusión política.⁶

⁴ Ya en 1976 Williams criticó el moralismo político de Rawls y Nozick (Williams, 1976). También en (Williams, 1980). Pero como este trabajo es una discusión acerca de *En el principio era la acción*, dejaré de lado otros trabajos, que menciono aquí por si pueden ser de utilidad para aquellas persona que quieran indagar más en la crítica al moralismo político.

⁵ Otro autor adscrito a la línea de Williams y que ha contribuido a sacar al realismo político de los márgenes es Raymond Geuss (Geuss, 2008). El enfoque general de Geuss es bastante parecido al de Williams, en el sentido de que rechaza la idea de “ethics first” en política. Sin embargo, su defensa del realismo político es más críptica que la de Williams y, a mi juicio, menos sugerente.

⁶ En este sentido, Williams menciona que la ética que se asocia a esta visión de lo político es la ética de la responsabilidad de Max Weber (p. 38). Resulta coherente que Williams aluda a la ética de la responsabilidad dado que esta última es una manera de decir que lo político no queda absorbido por lo moral, lo cual, por cierto, no implica que no haya moral en lo político (del mismo modo que, como el propio Weber señaló, es falso que en la ética de la responsabilidad no haya convicción).

La crítica al moralismo político no tiene tanto —o no solo— que ver con una cuestión de contenido como de aproximación a lo político.⁷ El campo donde mejor se ve la diferencia entre el moralismo político y el realismo político de Williams es el del conflicto o desacuerdo político. Para el moralismo político —y aquí emerge de nuevo Dworkin— un conflicto político es entendido como el choque entre interpretaciones rivales de un texto moral (p. 38).⁸ Sin embargo, se trata de una clase particular de interpretaciones: son interpretaciones ahistóricas.

Para Williams, en cambio, el conflicto político no debe ser entendido de esta forma. “Sabemos”, dice Williams, “que las convicciones nuestras y de los otros han sido en buen grado el producto de condiciones históricas previas, y de una oscura mezcla de pasiones, intereses, y así consecutivamente” (p. 38). Sería ingenuo tomarnos nuestras convicciones políticas, así como las de los rivales políticos, como el resultado autónomo de la razón moral y no como el producto de condiciones históricas.

Una consecuencia de estas consideraciones es que en el conflicto o desacuerdo político no deberíamos concebir al otro —al rival u oponente político— como un argumentador. Según Williams, “[u]na razón muy importante para pensar en términos de lo político es que una decisión política [...] no anuncia en sí misma que el otro partido se halle moralmente equivocado o, incluso, equivocado en lo absoluto. Lo que anuncia inmediatamente es que *sus miembros han perdido*” (p. 39, énfasis en el original).

⁷ Una manera ligeramente distinta de presentar el mismo punto de Williams es la de un autor realista contemporáneo como Enzo Rossi. Él reconstruye el moralismo político como la aspiración de guiar la acción política sobre la base de ideales morales externos y previos a la política. Y, a continuación, rechaza no tanto esa aspiración como el hecho de que esos ideales morales sean externos y previos a la política. Es decir, lo que disputan los realistas es, al fin y al cabo, que los contenidos derivados, por ejemplo, de la igualdad o la libertad —es decir, lo que exige el concepto de justicia— sean “valued prior to and independently of any assessment of how suitable they are as organizing principles for the regulation of political matters in any particular context” (Rossi, 2012, p. 151). El argumento positivo a favor del realismo político es, de forma extremadamente sintética, que “determining the scope of justice is a question about the nature of politics itself” (Rossi, 2012, p. 153, énfasis en el original).

⁸ La expresión “texto moral” es del propio Williams, y entiendo —tal vez equivocadamente— que se refiere al papel que juega la Constitución en el imaginario de la filosofía dworkiniana.

Para Williams, las convicciones políticas en conflicto están históricamente determinadas y no tiene sentido pensar que hay unas que son erróneas y las otras no. El conflicto político no es reducible a un desacuerdo moral en que una de las partes tiene el argumento correcto y la otra (necesariamente) no. Las filósofas políticas no deberían buscar exponer el error en la otra parte como sí lo hacen —o al menos deberían hacerlo, según lo que se infiere de las palabras de Williams— las filósofas morales. La filosofía política, en definitiva, no es filosofía moral.

Creo, sin embargo, que el punto de Williams está algo enmarañado y no queda del todo claro qué es lo que en el fondo está criticando. Parece haber dos objetos de crítica que son distintos: ¿la crítica va dirigida al hecho de que la filosofía política, al menos tal y como la conciben Rawls y Dworkin, es ahistórica? ¿O al hecho de que en el conflicto político el moralismo político cree que la argumentación o la interpretación lo resuelven en la medida en que muestran que uno de los rivales está equivocado? No pretendo sugerir que ambas críticas no estén de algún modo conectadas. El problema es, por un lado, que Williams no nos dice de qué modo podrían estar conectadas y, por otro lado, que, aunque lo estén, deben ser abordadas como dos cuestiones distintas. Dedicaré las próximas líneas a intentar desentrañar estas dos caras del problema.

2.1. Ahistoricidad y filosofía política

Lo cierto es que el autor de *En el principio era la acción* parece estar convencido de que la filosofía política no puede ser ahistórica. No discutiré aquí los méritos de tal idea. Me interesa señalar que en caso de que la crítica al moralismo político consista sobre todo en este punto, entonces el problema no parece ser tanto que la filosofía política esté supeditada a la filosofía moral. Más bien parece que lo que Williams está de algún modo denunciando es que la filosofía política esté supeditada a la filosofía moral de orientación analítica, por no decir, sencillamente, a la filosofía analítica en general y en sentido amplio.

Entendido de este modo, lo que Williams reivindicaría no es más autonomía de la filosofía política respecto de la filosofía moral, sino un punto

ligera pero decisivamente distinto. Estaría atacando en realidad la idea de que es la razón, aislada de todo contexto cultural, histórico o social, la que determinaría cuáles son nuestras preferencias políticas.

Sin embargo, no se ve muy bien cómo esto último es propio de la filosofía moral y, mucho menos aún, cómo esto implicaría la supeditación de la filosofía política a la filosofía moral. Es cierto que no es nada difícil conectar, genealógicamente, la teoría constructivista de la justicia de Rawls con la manera acontextualista con la que Kant entendía la razón práctica y la filosofía moral.⁹ Pero esto no quiere decir —no puede querer decir— que la filosofía política quede reducida a moral aplicada. Solo quiere decir que los kantianos creen que su metodología se aplica a cualquier ámbito del razonamiento práctico.

La crítica de Williams tendría que ser reconstruida en los siguientes términos: las convicciones políticas de cada uno no pueden provenir de experimentos mentales en que el agente, situado en condiciones ideales, usa la razón para determinar el contenido de aquellas.¹⁰ Williams cree que se trata de una empresa desquiciada. La razón es que las condiciones históricas en buena medida se imponen a la razón práctica aislada a la hora de determinar qué deberíamos hacer o aceptar políticamente. Con algo de ironía, lo que creo que en realidad está impugnando Williams es que, al menos cuando se trata de política, la razón no puede actuar con autonomía total. Tratando de reivindicar la autonomía de la filosofía política sobre la filosofía moral, Williams termina —y esta es la ironía que mencioné en la frase anterior— desacreditando la autonomía de la razón moral o práctica kantiana para determinar los contenidos de la filosofía política.

Con Dworkin, sin embargo, el punto de disputa es algo distinto y exige ser matizado. Recuérdese que Dworkin defendía —dicho ahora muy *grosso modo*— una especie de fusión entre la teoría del derecho, la filosofía política y la filosofía moral, que básicamente desembocaba en una teoría de la constitucionalización no solo del ordenamiento jurídico, sino de todos los asuntos prácticos, que sí tenía en cuenta el contexto político-social o

⁹ El propio Rawls reconoció la filiación kantiana de su obra en repetidas ocasiones.

¹⁰ Williams parece sostener el mismo tipo de crítica no solo respecto de las convicciones políticas, sino también de las morales. No desarrollaré este punto aquí.

político. Esta era una de las razones por las que rechazaba la teoría general del derecho de su archiconocido rival iusfilosófico, H. L. A. Hart; Dworkin creía que solo se podía dar una teoría para el contexto particular angloamericano. Es decir, Dworkin creía que había que interpretar el sistema constitucional estadounidense a la luz de los principios que lo justificaban y que son algunos de los principios fundacionales del liberalismo político (la libertad y la igualdad, para decirlo de manera rápida e inexacta). Habría entonces que reformular la crítica de Williams al moralismo político en la versión de Dworkin: aunque es cierto que la teoría de Dworkin es algo más contextualista que la de Rawls —aunque en la comparación con el Rawls de *El liberalismo político* habría que añadir algunos matices—, Dworkin parece escribir y pensar sin entender que es en virtud de las condiciones históricas (a las que Williams llamaría “la modernidad”) que preferimos los valores del liberalismo político. Dworkin defendía que su teoría valía para un contexto en concreto, pero no parecía darse cuenta de que los valores de ese contexto concreto, y el hecho de que muchos los abracen, son el producto de una serie de condiciones históricas. Al omitir esta parte, Dworkin creía que la interpretación de la Constitución estadounidense bajo su mejor luz podía ser una interpretación ahistórica.¹¹ Así que, por un camino distinto, Dworkin terminaría cayendo, como Rawls, en lo que Williams consideraba una concepción “desviada” o incompleta de lo político: una en que lo político queda desplazado, de forma conceptualmente injustificada, a favor de lo moral (que, en el caso de Dworkin, es indistinguible de “lo constitucional”).

Pero nótese, de nuevo, que el problema que denuncia Williams no es tanto el de la supeditación de la filosofía política a la filosofía moral, sino la supeditación de la filosofía política a una manera de hacer filosofía, esto es, una manera ahistórica y, en un sentido amplio, analítica, de hacer filosofía. Al definir el concepto de lo político, Williams está mezclando dos cosas distintas: la reivindicación de un mayor grado de autonomía para la filosofía

¹¹ Aunque también esto merecería ser matizado, ya que con la metáfora de la interpretación como una novela en cadena no sería fácil desacreditar que, en algún sentido, la suya no es una concepción ahistoricista. En todo caso, Williams no discute este punto de Dworkin, tal vez porque, incluso concediendo que la metáfora de la novela en cadena sí involucra algún tipo de historicidad, no es el mismo tipo de historicidad que Williams parece tener en mente.

política y la reivindicación de una filosofía política que no sea ahistórica. Y no solo no son cuestiones equivalentes, sino que no se implican en ninguna de las direcciones. A mi juicio, las consideraciones de Williams contra Dworkin y Rawls sirven, *ex hypotesi*, para desacreditar la idea de que la filosofía política debe ser ahistórica, pero no para desacreditar que la filosofía política no deba o pueda estar supeditada a la filosofía moral. La razón para esto último es, diría, bastante clara: la filosofía política podría estar supeditada a un tipo de filosofía moral que no sea, estrictamente hablando, ahistórica o que no tenga, en sentido generoso, orientación analítica¹². Reivindicar la autonomía de la filosofía política exige un argumento independiente de las consideraciones contra la filosofía (política y moral) analítica.

2.2. El rival en lo político

2.2.1. Error

La segunda cuestión, como mencioné, es la de cómo hay que tratar al rival político. Para el moralismo político, al menos según la reconstrucción que de él hace Williams, el rival es un argumentador y el conflicto político se resuelve cuando se muestra quién tiene el argumento correcto.¹³ Para el

¹² La idea de que la filosofía analítica carece de perspectiva histórica y de que tal circunstancia constituye un defecto ha sido tradicionalmente formulada desde filas —digamos— no analíticas (véase por ejemplo Rorty, 1979). Pero también desde las filas de la tradición analítica se ha llamado la atención sobre este defecto: justamente Bernard Williams fue quien realizó esta crítica (Williams, 2002, pp. 7-9). Aunque también desde las filas analíticas se ha argumentado que es falso que la filosofía analítica haya ignorado la historia; únicamente habría ignorado las versiones más radicales del “historicismo” (Glock, 2008).

¹³ Estrictamente hablando, también se podría decir que el conflicto político se termina cuando se muestra quién tiene el *mejor* argumento y no necesariamente cuando tiene el argumento *correcto*. Esto podría ocurrir o bien cuando ninguna de las partes acierta a dar con el argumento correcto pero una de ellas argumenta mejor que la otra o bien cuando —por hipótesis— no hay, en una disputa, un argumento correcto, pero sí argumentos mejores que otros (más correctos, si es que tal sintagma —“más correcto”— tiene sentido). Creo que puede decirse que, en este tipo de casos, lo incorrecto, si por ejemplo fuera yo quien no he conseguido dar el mejor argumento, descansaría en no reconocer que el argumento que ha dado mi rival es mejor que el mío.

realismo político a la Williams, en cambio, el rival político no es alguien que comete errores argumentativos,¹⁴ sino alguien que, en el supuesto de que mis convicciones políticas tomen forma en el mundo a través de los hechos y las suyas no, sencillamente habrá perdido. Aquí, de nuevo, Williams estaría tratando de separar el pensamiento político del pensamiento moral diciendo que mientras el último se mueve rastreando la verdad,¹⁵ el primero lo hace buscando la acción y la victoria políticas.

Surge aquí una preocupación parecida a la manifestada en relación con la ahistoricidad del moralismo político. Lo que Williams parece estar reivindicando, con esta sugerencia de tratar al rival político no como un argumentador sino como un perdedor (o, si fuera el caso, como un ganador), no es, a mi entender, la autonomía del pensamiento político respecto del pensamiento moral, ya que el pensamiento moral no se articula necesariamente alrededor de la búsqueda de la verdad. Existen diversas tradiciones

¹⁴ Williams no lo dice pero se entiende que no está cancelando la posibilidad de que el rival cometa algunos errores lógico-argumentativos, digamos, internos al propio conjunto de convicciones políticas que sostiene. O, para decirlo de otro modo, el rival político puede cometer errores en lo que —siguiendo a Jerzy Wróblewski— podríamos llamar la justificación interna de la propia posición (es decir, en el paso que va de las premisas a la conclusión, si es que nuestro rival político intenta justificar sus acciones políticas sobre la base de razonamientos lógico-deductivos), pero no en relación con la justificación externa (es decir, en las razones que invoca para justificar las premisas de las cuales inferirá, más tarde, la conclusión, siempre en el caso, insisto, de que intente justificar su acción política mediante inferencias prácticas).

¹⁵ Esto no quiere decir que Williams esté comprometido con la existencia de verdades morales en un sentido objetivista o incluso realista, aunque es cierto que Williams defendía una suerte de relativismo cuya semántica posiblemente era veritativo-funcional (lo que ocurre es que, a diferencia de las diferentes formas de objetivismo y de realismo, los hacedores de verdad, en el relativismo de Williams, no eran independientes de los contextos sociales y culturales). Tal vez podría reconstruirse la posición metanormativa de Williams en los siguientes términos: era de algún modo cognitivista deflacionario respecto de la semántica de los enunciados normativos y antirrealista respecto de la ontología normativa. Sea como sea, creo que la manera en que Williams formula la contraposición entre disputas políticas y disputas morales intenta ser bastante ecuménica, en el sentido de que parece querer que el más amplio número de posiciones en metaética y en discusiones metanormativas en general se puedan ver reconocidas en la idea de que la filosofía moral busca acceder a algún tipo de verdad moral (con independencia de la ontología que cada una de esas posiciones afirme en relación con la verdad moral). Para profundizar en las relaciones entre metaética y la discusión entre realismo y antirrealismo políticos, Nye (2015).

de pensamiento moral y no todas afirman —implícita o explícitamente— que en filosofía moral haya que tratar al rival como un argumentador y, por tanto, haya que identificar y exponer sus errores y razonamientos inválidos. Sí es cierto que, en buena medida, así es como parecían concebir Rawls y Dworkin su tarea y, en este sentido, el retrato que de ellos traza Williams es bastante preciso. Pero, de nuevo, esto solo quiere decir que así es como Rawls y Dworkin concebían, en general, hacer filosofía o filosofar. De lo cual no se sigue que la filosofía moral vea intrínsecamente a quienes la practican —o a quienes se enzarzan en disputas morales— como argumentadores en este sentido relevante. En este punto, Williams, más que impugnar la supeditación del pensamiento político al pensamiento moral, está impugnando, nuevamente, que la filosofía analítica sea la manera adecuada de hacer filosofía política.¹⁶

Quedaría por dirimir si Williams estaba comprometido con una manera puramente analítica de entender la filosofía moral. De ser así, esto explicaría, al menos en parte, por qué Williams en apariencia daba por descontado que el enfoque analítico de la filosofía política es una consecuencia de la supeditación de la filosofía política a la filosofía moral. Lo cierto es que el propio Williams, al hacer filosofía moral —o ética— sí se apoyó en una metodología analítica.¹⁷ Al mismo tiempo, sin embargo, cultivó otras tradiciones no-analíticas.¹⁸ Así que si algo nos muestra su propio ejemplo es, precisamente, que no tenemos por qué concebir la filosofía moral, inevi-

¹⁶ No pretendo sugerir que hay una posición homogénea en filosofía moral analítica sobre este punto, en el sentido de que todas las filósofas analíticas entiendan del mismo modo “verdad” o incluso que todas estén de acuerdo en que lo que busca la argumentación moral sea “la verdad”. Pero los filósofos que Williams tenía en mente (Rawls y Dworkin) sí creían que la argumentación conducía a algún tipo de verdad moral.

¹⁷ Tengo presente alguno de sus ensayos sobre conflictos morales, en los que exploraba la posibilidad de que se pudiera dar cuenta de dilemas morales desde una óptica analítica y racional (Williams, 1983, cap. 5 y 1973, cap. 11).

¹⁸ Es conocida su fascinación por Nietzsche y por el pensamiento moral de Nietzsche, que no pasa por ser, admitámoslo, un paradigma de filósofo analítico (no obstante los esfuerzos de Brian Leiter, esfuerzos que, en el mejor de los casos, mostrarían que Nietzsche era naturalista, lo cual no lo convertía —no al menos automáticamente— en un filósofo analítico).

table o necesariamente, como filosofía analítica en el sentido en que Rawls, Dworkin y otros moralistas políticos, la parecían practicar.¹⁹

Ninguna de estas consideraciones milita contra la idea —con la que en buena medida simpatizo— de reivindicar la autonomía del pensamiento político respecto del pensamiento moral. Son consideraciones destinadas, únicamente, a sugerir que Williams, más que contra el moralismo político, parecía tener objeciones poderosas contra la metodología analítica para hacer filosofía política. Lo que más nervioso parecía ponerle, al menos en los pasajes con los que he lidiado aquí, era la ahistoricidad del moralismo político, no su moralismo. Para decirlo de forma sintética: la *pars costruens* estaba destinada a reivindicar más autonomía de la categoría de lo político, mientras que la *pars destruens* desacreditaba la filosofía política analítica y ahistórica.

2.2.2. Pluralismo

Hay algo más que decir respecto de esta segunda cuestión. Repito, para tenerla presente en lo que sigue, la sugerencia de Williams: en política los rivales pierden (o ganan), pero no se equivocan (o aciertan). Aunque está presentada de manera algo vaga, con esta sugerencia parece que Williams nos invita a pensar la política en términos excluyentes: hay ganadores y perdedores.

Con arreglo a algunas ideas que el propio Williams parecía sostener en otros lugares de *En el principio era la acción*,²⁰ esta manera binaria y excluyente de concebir la política no resulta del todo convincente. Me refiero, singularmente, a la idea del pluralismo de valores. En la estela de Isaiah Berlin, Williams consideraba que los seres humanos sostenemos una pluralidad de valores que, en ocasiones, pueden ser irreconciliables.

¹⁹ Por lo demás, es interesante hacer notar que justamente en los artículos de Williams acerca de conflictos morales hay, un poco *en passant*, la sugerencia de que tal vez el problema de los dilemas y conflictos morales es tratarlos con una mirada, digamos, excesivamente analítica (lo que, en el contexto de esa discusión, se puede traducir, sin demasiado pérdida de significado, a una mirada exclusiva o cuasiexclusivamente lógico-deóntica).

²⁰ En particular, Williams (2012a, cap. IX).

La pluralidad de valores se predicaba, naturalmente, de la pluralidad de personas, pero no solo eso: una misma persona puede albergar diversos valores que no siempre se pueden armonizar. Dada esta circunstancia, podría ocurrir que en la arena política una misma persona pudiera ser ganadora y perdedora cuando dos (o más) de los valores que abraza no pueden ser simultáneamente implementados, es decir, cuando su facción política, a pesar de ganar a la facción contraria (en el sentido de alcanzar y mantener el poder), se encuentre ante un conflicto de valores irreconciliables.²¹ El sentido trágico y pluralista con el que Williams concebía el mundo de los valores haría que, en determinados casos, la división en política entre ganadores y perdedores no fuera unívoca y excluyente: se puede ser ganador y perdedor a la vez, así como, en otras ocasiones, se puede ser solo ganador o solo perdedor. A mi juicio, esta es la manera más cercana al conjunto de la obra de Williams de concebir lo político.

Se me podría objetar que hay algo que estoy olvidando: Williams veía lo político en términos de rivalidad.²² Es decir, entendía que el rival podía

²¹ Se puede defender que quien sostiene una pluralidad de valores que no puede implementar simultáneamente no estaría cometiendo un error argumentativo. Si uno acepta el principio kantiano de racionalidad práctica según el cual “debe implica puede”, y asume también que aceptar valores es aceptar sus deberes correlativos, y además hay dos deberes que no puede satisfacer simultáneamente, entonces parece que está cometiendo un error argumentativo, dado que, en este caso, debe (donde este “debe” es el resultado de la aglomeración de los dos o más deberes a honrar) no implica puede. Sin embargo, tal conflicto de deberes no implica necesariamente un error argumentativo de nadie. En la medida en que haya un mundo posible donde esos deberes pueden ser simultáneamente satisfechos, no hay error argumentativo, es decir, no hay irracionalidad; solo si alguien sostiene un conjunto de deberes que no puede ser satisfecho en ningún mundo posible, estaría cometiendo un error argumentativo (Luque y Torza, 2018).

²² Williams sostiene que la cacareada frase de Carl Schmitt según la cual la relación política fundamental es la de amigo y enemigo tiene una resonancia siniestra, dada la propia biografía de Schmitt, pero apunta hacia la verdad en el sentido de que “la diferencia política es de la esencia de la política, y la diferencia política es una relación de la oposición política, en vez de, en sí misma, una relación de desacuerdo intelectual o interpretativo” (p. 113). En otro lugar de *En el principio era la acción*, cita y parece suscribir un pasaje de “El liberalismo del miedo” de Judith Shklar en el que Shklar sostiene que “las unidades básicas de la vida política no son personas discursivas y reflexivas, *no son amigos y enemigos*, no son ciudadanos soldados patrióticos, ni litigantes enérgicos, sino los débiles y los poderosos” (p. 85, énfasis mío), con lo cual queda más claro aún que la afinidad de Williams con Schmitt es más bien trivial: compartía con él únicamente la idea de que está en la propia naturaleza de

ser perdedor o ganador, pero no excluía la posibilidad de que una facción pudiera afrontar conflictos de valores. Lo que le interesaba —o al menos lo que más le interesó en *En el principio era la acción*— al presentar su realismo político era delinear cómo había que tratar al rival político.

Lo anterior es desde luego cierto. Sin embargo, yo no pretendía dar a entender que la posibilidad de que uno pueda ser simultáneamente ganador y perdedor es incompatible con ver lo político —y, en consecuencia, al rival político— en términos de ganadores y perdedores. Solo quería sugerir que una interpretación sistemática de la obra de Williams conduciría, so pena de equivocarme, a desarrollar lo político en los términos aquí sugeridos: es posible, conceptualmente hablando, ser perdedor y a la vez ganador en política.

Por lo demás, es importante avanzarse a otra posible objeción. ¿En qué sentido puede un realista político admitir la posibilidad de conflictos de valores si, al mismo tiempo, rechaza el moralismo político y, con ello, repudia también una ontología política de la cual los valores formen parte? Hasta el momento, no he calificado de ningún modo los valores a los que se estaba haciendo referencia cuando hablé del conflicto de valores. Ha llegado el momento de hacerlo: me refiero a valores políticos, entendidos como algo distinto de —aunque relacionado con— los valores morales. Por tanto, los conflictos entre valores a los que me refería serían conflictos entre valores políticos.²³ La singularidad del realismo político de Williams es

lo política la idea de contraste o contraposición, no entendida como algo cuya naturaleza empuja hacia la resolución —como si se tratara de un desacuerdo intelectual— sino como algo que, debido justamente a esa naturaleza, se resiste a ser resuelto y está destinado a perdurar. Pero esto no quiere decir que Williams aprobara ver la relación política —menos aún la relación política fundamental— en términos de amigo y enemigo, porque esta solo es, en el mejor de los casos, una de las formas que puede adoptar la idea de contraste o diferencia política. Y esto último no quiere decir, ni por asomo, que toda relación política, por más agudo que sea el contraste entre las dos o más partes involucradas en ella, deba o pueda ser reducida a una relación de amigo y enemigo.

²³ No estoy nada seguro de que pueda afirmarse que hay espacio lógico para pensar en la posibilidad de conflictos entre valores políticos y valores morales. A mi juicio, si uno asume la tesis de Williams según la cual el pensamiento político es autónomo respecto del pensamiento moral, no puede llegarse a una genuina (o lógica) contradicción según la cual (i) *debo hacer p* y (ii) *no debo hacer p*. Semejante posibilidad queda inhabilitada porque la mejor reconstrucción de un aparente caso de conflicto entre deberes derivados de valores

que lo político no sería un dominio puramente fáctico; lo político tendría una dimensión evaluativa —e incluso, como veremos, normativa—, cuya extensión no coincidiría con lo moral.²⁴ En la siguiente sección, al tratar la cuestión de la autoridad, confío en que se verá más claramente por qué el realismo político de Williams es evaluativo y normativo y, en este sentido, consiente la posibilidad de conflictos entre valores.

3. La autoridad

Williams, al igual que Hobbes, creía que la primera cuestión política era la del “aseguramiento del orden, la protección, la seguridad, la confianza y las condiciones de cooperación” (p. 27). El Estado es quien debe dar respuesta a esa primera cuestión. Pero no puede dar *cualquier* respuesta, es decir, no vale, según Williams, cualquier manera de asegurar el orden, la protección, etc. El Estado debe ser *legítimo*. Y para que sea legítimo es necesario, pero no suficiente, que resuelva la primera cuestión política, esto es, que asegure el orden, la seguridad, etc. Pero hay soluciones aceptables y soluciones inaceptables (en seguida regresaré sobre la noción de “aceptabilidad”).

políticos y valores morales sería la siguiente: (i*) *debo hacer p con arreglo a la política* y (ii*) *no debo hacer p con arreglo a la moral*. No hay aquí contradicción lógica porque sería como decir algo así: (i**) *debo hacer p según el Código Penal español de 1995* y (ii**) *no debo hacer p según el Código Penal argentino de 1922*. El deber de hacer *p* y la negación del deber de hacer *p* provienen de sistemas normativos distintos, y es la disparidad de fuentes normativas lo que diluye la posibilidad del conflicto o contradicción lógica. Tampoco hay conflicto práctico en el caso de (i*) y (ii*) dado que hay que asumir que la política, a diferencia de la moral, tiene mayor capacidad de coerción y, por tanto, uno terminaría de un modo u otro haciendo *p* (este punto no se sostiene, por cierto, en otros ámbitos de la filosofía práctica, en los que el elemento coercitivo está ausente y por tanto sí podría haber conflictos en la práctica). De todos modos, todo lo dicho en esta nota a pie de página es tentativo y no puedo descartar que, en una posterior investigación, llegue a la conclusión de que sí puede haber conflictos genuinos (lógicos) o prácticos entre el pensamiento moral y el pensamiento político.

²⁴ Lo que no excluye, al menos no creo que lo haga con arreglo a lo que Williams dejó escrito al respecto, que haya espacios en que lo político y lo moral se sobrepongan o traslapen. Es decir, puede darse el caso de que *debo hacer p con arreglo a la política* y *debo hacer p con arreglo a la moral*.

Williams se sitúa así entre dos maneras de concebir la autoridad política. Por un lado, rechaza las formas más crudas de realismo político: un Estado que impone un reino del terror es una autoridad política ilegítima porque, en lugar de dar solución a la primera cuestión política, se convierte en parte del problema.²⁵ Por otro lado, rechaza el moralismo político: una autoridad moralizada altera la naturaleza de lo político. Lo deficiente del realismo político crudo o más tradicional es que concibe la autoridad de forma anormativa; lo deficiente del moralismo político es que la concibe moldeada por una normatividad —la moral— inidónea.

En lo que sigue, intentaré primero desentrañar qué tipo de normatividad cree Williams que está involucrada en la noción de autoridad política. Y, a continuación, daré algunas razones para sugerir que, bajo los auspicios de lo que denominaré “realismo jurídico normativista”, no habría forma de distinguir entre la autoridad jurídica y la autoridad política tal y como esta última es concebida por Williams.

3.1. Normatividad para realistas políticos

Un Estado es legítimo, según Williams, cuando responde de manera aceptable a la demanda de legitimación básica (DLB), es decir, cuando el Estado ofrece una justificación de su poder que *tiene sentido* para cada uno sus súbditos (pp. 29-31). Una autoridad política no puede serlo solo en virtud de poseer la fuerza de someter a sus súbditos. Esto, como dije anteriormente, es condición necesaria, pero no suficiente. Así, una autoridad de facto, en el esquema de Williams, no es una autoridad legítima: “el poder de coerción ofrecido simplemente como el poder de coerción no puede justificar su propio uso” (p. 30).

La legitimación proviene de que la respuesta a la primera cuestión política *tenga sentido* para los sujetos.²⁶ ¿Pero qué quiere decir que la justifica-

²⁵ “La situación de un grupo de personas aterrorizando a otro no es una situación política; es, en lugar de ello, la situación que se supone que debe aliviar (reemplazar) la existencia de la política en primer lugar” (p. 95).

²⁶ Williams, por cierto, señala que “las consideraciones que apoyan la legitimación son escalares, y el corte binario legítimo/ilegítimo es artificial y necesario sólo para ciertos propósitos” (p. 36).

ción tenga sentido? Para Williams, no existe una respuesta a esa pregunta que sea universal y objetiva, porque un arreglo político puede tener sentido para una determinada comunidad, un lugar concreto y en cierto tiempo, pero puede no tenerlo para otra comunidad, en un lugar distinto y en un tiempo diferente. Así, dice Williams, “aquí y ahora, la DLB y, junto con ella, las condiciones históricas solamente permiten una solución liberal: otras formas de respuesta son inaceptables [aquí y ahora]” (p. 33). De esta forma, qué constituye una autoridad legítima es dependiente de lo que Williams llamó un relativismo de la distancia.²⁷ Aquí y ahora, una autoridad es legítima si es liberal; pero hubo un tiempo, y hay lugares, donde la respuesta a la DLB no tiene por qué ser liberal para ser considerada aceptable y, en este sentido, constitutiva de un Estado legítimo.

El moralismo político, por su parte, “particularmente en sus formas kantianas, tiene una tendencia universalista que lo anima a informar a las sociedades pasadas acerca de sus fallas” (p. 35). Según Williams, decir que los estados no liberales del pasado eran ilegítimos es algo que, además de carecer de interés, no contribuye a aumentar nuestra comprensión respecto de lo político.²⁸ Del hecho de que sea prácticamente universal que algunas personas “viven bajo un orden en el que una parte de la coerción es inteligible y aceptable” (p. 36), no se sigue entonces que haya una respuesta universal acerca de la manera en que es legítimo ejercer esa coerción. Hay varias respuestas aceptables, pero no infinitas respuestas aceptables: “Las situaciones de terror y tiranía tienen sentido: son del todo humanamente familiares, y lo que el tirano está haciendo tiene sentido (o puede tenerlo), y lo que los súbditos o víctimas hacen tiene sentido. La cuestión es si una estructura tiene sentido como un ejemplo de orden autoritativo” (p. 36). Excluido el terror —porque no tiene sentido en la acepción relevante, y evaluativamente cargada, de “tiene sentido”—, preguntarse acerca de si un determinado arreglo político tiene sentido como autoridad es hacerse

²⁷ Véase Williams (2012a, cap. VI). Miranda Fricker, por cierto, es más bien escéptica respecto de la coherencia de esa forma de relativismo (Fricker, 2010).

²⁸ En este pasaje posterior lo expresa de forma más irónica: “Desde luego no importa mucho, en sí mismo, si nos indignamos con Luis XIV, pero una razón familiar para no hacerlo es que si no lo hacemos, podemos hacer algo mejor para entenderlo tanto a él como a nosotros” (p. 99).

una pregunta en términos históricos: “‘tiene sentido’ es una categoría de entendimiento histórico” (p. 36).

En principio, parecería que “tiene sentido”, siendo una categoría de entendimiento histórico”, debería ser entendida como un concepto factual o descriptivo. Williams estaba de acuerdo con esto, pero creía que era una afirmación incompleta: “tiene sentido” es, también, un concepto evaluativo y, bajo determinadas circunstancias, incluso normativo (p. 36).²⁹ Antes de avanzar, es oportuno advertir que, en general, Williams no simpatizaba demasiado con la idea de que la distinción que mediaba entre lo evaluativo y lo descriptivo fuese una distinción rígida; más bien parecía pensar que era una diferencia escalar y que, en algunos puntos de esa escalera imaginada, había conceptos que de algún modo eran simultáneamente evaluativos y descriptivos. Tal era el caso del concepto “tiene sentido”: era descriptivo y a la vez tenía fuerza evaluativa (y, como veremos a continuación, incluso normativa).

Es interesante conectar este punto de la discusión con otra discusión en la obra de filosofía moral de Williams. En *Ethics and the Limits of Philosophy* (1985), Williams distinguía entre “thick evaluative concepts” y “thin evaluative concepts” (pp. 140 y ss.). La diferencia —que, por cierto, también sería escalar— entre los dos tipos de concepto es que los “thin” serían puramente evaluativos o normativos y no tendrían contenido descriptivo o fáctico (ejemplos: bien, mal, correcto, incorrecto), mientras que los “thick”, aunque tendrían un elemento evaluativo o normativo, tendrían contenido o factual (ejemplos: cruel, elegante, valiente). ¿Qué tipo de concepto sería entonces “tener sentido”? Por la manera en que yo lo tracé, que intenta ser lo más fiel posible a la manera en que el propio Williams da cuenta del concepto, parece que se trataría de un “thick evaluative concept”: tiene un contenido descriptivo y factual importante (dado que recoge algunas creencias relevantes en el seno de una determinada práctica social) y a la vez tiene un elemento evaluativo (y, como desarrollaré un poco en el siguiente párrafo, incluso puede llegar a tener contenido normativo). Una

²⁹ X puede ser un juicio evaluativo pero no tener fuerza de juicio normativo, es decir, aquello acerca de lo cual X versa puede ser valioso pero no hasta el punto de hacer surgir algún tipo de deber correlacionado.

forma de entender los “thick evaluative concepts” es diciendo que no es posible entender uno de sus ejemplos particulares —una “instancia”— sin estar de acuerdo con sus usos en determinados contextos. Si digo de un acto que es cruel, no estoy solo emitiendo un juicio evaluativo, sino que estoy diciendo que ese acto muestra indiferencia o incluso goce hacia el sufrimiento de los demás. Esta última parte —esto es, que hay indiferencia o incluso goce hacia el sufrimiento de los demás— es la parte descriptiva o fáctica de un “thick evaluative concept”.³⁰ Si, en cambio, digo que una acción es mala, estoy profiriendo un juicio únicamente evaluativo: no hay contenido fáctico o descriptivo, todo es evaluación. En “tiene sentido” no todo es evaluativo y, por tanto, difícilmente podría ser considerado un “thin evaluative concept”.

No estoy afirmando, por cierto, que Williams creyera y declara explícitamente que “tiene sentido” fuera un “thick evaluative concept”. Solo estoy sugiriendo que, con arreglo a sus propias consideraciones acerca de la distinción entre uno y otro tipo de concepto evaluativo, “tiene sentido” parece estar más acerca de ser un “thick evaluative concepts”.

Una razón adicional para pensar que este último es el caso es que, si no fuera un “thick evaluative concept”, sería difícil distinguir, como pretende Williams, entre las situaciones de terror y las situaciones de política. Dicho de otra manera, si “tiene sentido” fuera puramente evaluativo, entonces sería muy difícil, cuando no imposible, *describir* una situación de terror, dado que esta última solo toleraría juicios con contenido evaluativo. Pero esto parece falso: somos capaces, aquí y ahora, de describir situaciones de terror (y no solo de valorarlas) y estar de acuerdo en que ese es un uso adecuado del término “terror”. Por ejemplo, “Calígula era un tirano que aterrorizaba al pueblo” no es un enunciado puramente evaluativo; también tiene contenido descriptivo (estrictamente hablando, podría ser interpretado, incluso, como un enunciado con contenido solamente descriptivo o factual). Y parecer ser que es en la medida en que una situación de terror es susceptible de ser descrita, es decir, es en virtud de que tiene contenido

³⁰ Se trata de una explicación de la distinción extremadamente simplificada. Para ver un tratamiento más profundo y sofisticado, véase, además de las páginas del propio Williams mencionadas en la nota al pie anterior, Elstein, y Hurka (2009).

factual, que semejante situación puede ser distinguida de una situación política o de no-terror. Esto no ocurriría con “Juan Pérez es malo”: aquí —más allá de “Juan Pérez”— no hay contenido descriptivo, es un juicio puramente evaluativo.

Para prevenir equívocos, con lo que estoy afirmando no quiero dar a entender que Williams creyera que dos conceptos —así como sus eventuales instanciaciones— no pueden ser distinguidos si son evaluativos, sino más bien que no pueden ser distinguidos si su contenido es solamente evaluativo. La razón es que si el contenido es puramente evaluativo entonces la distinción se debe solo a las preferencias subjetivas de quienes sostienen el enunciado (nótese aquí cómo, en la estela de Williams, me inclino, a los efectos de esta reconstrucción acerca de los conceptos evaluativos, por una posición subjetivista en materia metanormativa).³¹ Entre las situaciones de terror y de política media una distinción *conceptual*, basada en que mientras que la primera no tiene sentido, la segunda, aquí y ahora, sí lo tiene. “Tiene sentido” —y desde luego también “terror” y “política” (Jubb y Rossi, 2015, p. 456)— es un “thick evaluative concept”.

Pero, además de ser evaluativo y descriptivo, “tiene sentido” puede llegar a ser también un concepto normativo. Para ilustrar este triple estatus, me apoyaré, de nuevo, en el ejemplo recurrente de Williams: aquí y ahora el liberalismo como autoridad política tiene sentido para nosotros. “Tiene sentido” es un concepto (1) descriptivo porque nos referimos a lo que, en las sociedades occidentales, de hecho suele resultar aceptable qua Estado legítimo, es (2) evaluativo porque identificamos propiedades valiosas (derechos individuales, protección de la autonomía, aseguramiento del orden, etc.) en la solución liberal a la primera cuestión política y es también

³¹ Esta interpretación tendría como eventual consecuencia, si no me equivoco, que la categoría de “lo conceptual” no podría ser puramente evaluativa o normativa. De acuerdo con esta última afirmación, decir “Juan Pérez es malo” involucraría o presupondría una estipulación del término “maldad”. No habría, pues, genuinas distinciones conceptuales entre “thin evaluative concepts”, solo estipulaciones o proyecciones subjetivas (de este modo, y para usar un léxico más contemporáneo, los desacuerdos en que las partes entienden de forma distinta términos como “maldad” serían “faultless disagreements” [véase Kölbel, 2004]). Dejo para otra ocasión la discusión acerca de la plausibilidad —de la que no estoy muy seguro— de una posición caracterizada en estos términos.

(3) normativo cuando llegamos a nosotros: “lo que más tiene sentido para nosotros es una estructura de autoridad [la liberal] que, según pensamos, *deberíamos* aceptar” (p. 37, énfasis mío).³²

Por tanto, si decimos que el Estado *debería* ser liberal estamos diciendo, con arreglo al pensamiento de Williams, que tiene sentido para nosotros que sea liberal. Se trata de una suerte de normatividad interna o reflexiva: se predica hacia nosotros, siendo “nosotros” los que conformamos el paisaje del aquí y ahora (y Williams no lo dice, pero es coherente interpretar que los contornos del “aquí y ahora” son más bien porosos e inexactos). No hay una noción de autoridad que tenga fuerza normativa hacia fuera, hacia lo externo: lo que tiene sentido para nosotros puede no tenerlo para otros.

En conclusión, para los realistas políticos williamsianos una autoridad *A* tiene fuerza normativa interna o reflexiva, es decir, proporciona razones para actuar (que no son necesariamente razones morales robustas) a aquellas personas que forman parte de la práctica y para las cuales tiene sentido pensar que *deben* aceptar *A* como una autoridad legítima.

Lo que voy a sostener en la siguiente subsección es que el realismo político de Bernard Williams es, respecto de la cuestión de la autoridad, indistinguible en lo básico de lo que denominaré “realismo jurídico normativista”. Procederé, en primer lugar, a delinear esta forma de realismo jurídico y, a continuación, sugeriré algunas razones para pensar que realismo político y realismo jurídico, tal y como serán entendidos aquí y en la relación con la cuestión de la autoridad, son uno y el mismo. Hay que advertir que lo que viene a continuación es tentativo y, por tanto, lagunoso.

3.2. ¿Un solo realismo?

Me limitaré a esbozar en qué consiste el realismo jurídico normativista (RJN), que, aunque guarda relación con algunas formas de realismo jurí-

³² Williams no especifica mucho qué quiere decir tener una actitud de aceptación de un determinado arreglo más allá de que “tenga sentido”, pero sí ofrece una suerte de definición negativa: la aceptación que da pie a la legitimación no puede ser mediada por la coerción de quienes supuestamente se está aceptando (pp. 30-31). La aceptación tiene que estar justificada y motivada por una razón independiente de la coerción.

dico y de positivismo jurídico normativista, se separa de ellas en algunos puntos importantes. Así, entiendo el RJN en relación con la autoridad como la combinación de las siguientes tesis negativas y positivas:

(i). *Es positivista, aunque no es raziano*. Para el RJN, la validez jurídica no depende de la moralidad y, en este sentido, pertenece a la familia del positivismo jurídico. Pero se separa de uno de los positivistas contemporáneos de referencia, Joseph Raz, en un punto importante. El RJN entiende que la autoridad no actúa como servicio en el mismo sentido en que lo entiende Raz;³³ para el RJN, la autoridad no hace el balance de razones por nosotros y, de esta forma, no tiene la pretensión de ofrecernos razones robustas (entendidas como la conclusión, habida cuenta de todo, de ese balance de razones). Esto no impide que a veces la autoridad a la que se refiere el RJN de hecho las proporcione. Solo quiere decir que lo hace de forma contingente, al igual que sucede, por cierto, con la autoridad tal y como es concebida por Raz. La diferencia radica en que, para Raz, la autoridad *pretende* acertar siempre, es decir, siempre pretende dar razones robustas aunque de hecho no siempre lo consiga; la autoridad tal y como la concibe el RJN a veces también consigue dar razones robustas, pero lo relevante aquí es que *no pretende* dar razones robustas para la acción, sino otro tipo de razones que, sean lo que sean, no son robustas o *all things considered*.³⁴ La autoridad realista *A* ofrecería otro servicio, uno distinto: aseguraría el orden de una manera que tenga sentido y resulte aceptable para quienes forman parte de la práctica que reconoce a un sujeto o a varios como autoridad *A*, pero no brindaría el servicio de hacer, por nosotros, el balance de razones para extraer de él la conclusión que contenga —salvo error— las razones robustas para la acción. Así, para Raz el derecho pretende autoridad moral (aunque a veces falle), mientras que para el RJN el derecho no pretende autoridad moral (aunque a veces la tenga³⁵). Para decirlo de forma sintética: el RJN rechaza lo mismo que rechaza el positi-

³³ Véase Raz (1979) o Raz (2009, cap. 5).

³⁴ Esta manera de plantear la diferencia posiblemente implica que mientras que Raz acepta o parece aceptar la tesis de la unidad del razonamiento práctico, el RJN adopta la tesis de la fragmentación del razonamiento práctico.

³⁵ En realidad, para alcanzar el estatus de autoridad moral posiblemente es necesario que el derecho acierte de manera más o menos sistemática y no solo que *a veces* lo haga.

vismo normativista raziano (esto es, que la validez jurídica dependa de la corrección moral) pero no acepta lo que acepta el positivismo normativista raziano (esto es, que el derecho pretenda autoridad moral)³⁶.

(ii). *Es realista, pero no es imperativista*. El RJN se distancia de otras formas de realismo jurídico en que rechaza que la autoridad pueda ser únicamente una autoridad de facto. Es decir, rechaza las teorías imperativistas del derecho.³⁷ Un tirano que llega al poder cumpliría con la condición necesaria para ser autoridad, pero no con su condición suficiente, porque un reino del terror no resulta aceptable. De todos modos, el RJN no deja de ser realista: cree que el derecho es un aparato institucional destinado, por encima de todo, a la coerción para asegurar el orden. Pero ese ejercicio coercitivo no puede darse de cualquier forma: hay una restricción evaluativa y normativa (aunque no moral): que tenga sentido, aquí y ahora, para nosotros una autoridad A. En la medida en que un tirano no puede ser autoridad porque se convertiría en parte del problema que pretende resolver, imperativismo y realismo son dos cosas distintas: el realismo concede que puede haber soluciones inmorales a la cuestión de quién es autoridad, pero se tiene que tratar de *soluciones*; el imperativismo admite la posibilidad de hacer pasar por soluciones arreglos que en realidad son o pueden llegar a ser parte del problema.

Para Hart, recuérdese, había una diferencia entre estar obligado a hacer algo y tener la obligación de hacer algo. El realismo jurídico imperativista afirma que el derecho ejerce coerción sobre los sujetos para que estos sien-

³⁶ Entre otros positivistas que suscriban esta idea raziana, podemos encontrar también a Scott Shapiro o a J. Coleman (Shapiro, 2011; Coleman, 2001). Otros positivistas contemporáneos, como David Enoch (véase Enoch, 2011), se han mostrado en cambio más bien escépticos respecto de la posibilidad de que el derecho pretenda autoridad bajo esa interpretación raziana y, en este sentido, el RJN que estoy esbozando aquí sería afín al punto de vista de Enoch (cabe mencionar que según Enoch el sintagma “el derecho pretende autoridad” puede ser objeto, en la obra de Raz, de distintas interpretaciones y que no es obvio que todas ellas sea compatibles entre sí).

³⁷ Estoy pensando, sobre todo, en el llamado realismo genovés, el realismo jurídico estadounidense tal y como fue reinterpretado Brian Leiter —es decir, como una teoría de la adjudicación y no tanto como una teoría general del derecho, véase Leiter, 2007— y en general en los autores que son objeto de la crítica de Hart en *The Concept of Law* (1961, caps. II y IV).

tan que están obligados a seguir las normas, mientras que el positivismo jurídico normativista (y opciones aún más intensamente normativistas aunque no-positivistas) creen que el derecho, para ser considerado como tal, genera o al menos pretende generar obligaciones morales. El RJN trasciende esta dicotomía: no es cierto que el derecho pueda (en el sentido conceptual de “pueda”) ejercer cualquier tipo de coerción y no es cierto que pretenda generar obligaciones morales; el derecho pretende generar un tipo de obligaciones distintas de las morales.

Ahora bien, cabe preguntarse lo siguiente: ¿cómo podría justificar el RJN que los sujetos tienen la obligación de conformarse con la autoridad? Sabemos que la fuerza normativa de la autoridad no proviene, en el esquema del RJN, de su pretensión moral, dado que, por la manera en que lo delineé, carece de ella. La fuerza normativa descansaría, entonces, en que hay un determinado arreglo institucional que, aquí y ahora, resulta aceptable para quienes están involucrados en una determinada práctica; tiene sentido, aquí y ahora, pensar que debemos aceptar la autoridad A.

Se trata de un mero esbozo del RJN cuyo desarrollo deberá esperar a otra ocasión. Sin embargo, espero que haya sido suficiente para sugerir que existe un espacio lógico entre el positivismo jurídico normativista y el realismo jurídico imperativista que da un papel mucho más importante a la coerción del que le da el primero y que no renuncia a concebir una autoridad normativizada, a diferencia del segundo.

Queda ahora un paso ulterior: sugerir por qué el realismo político a la Williams y el RJN son, al menos respecto de la autoridad, uno y el mismo. Procederé de manera oblicua: no diré en principio nada a favor de pensar que se trata de uno y el mismo realismo; esta debería ser una conclusión razonable una vez se haya aceptado una idea previa a favor de la cual argumentaré, a saber, que, en el contexto del pensamiento realista, no hay una autoridad jurídica y, además, una autoridad política. Solo hay una única autoridad.³⁸

³⁸ Solo habría una misma autoridad —para el realismo político y el realismo jurídico— en relación con el derecho y la política, no en relación con la ciencia, el periodismo, el catolicismo, o las reglas del basket, por poner solo algunos ejemplos.

Empezaré trazando un paralelo que puede ser de utilidad. Los realistas políticos más factualistas y los realistas jurídicos imperativistas aluden, cuando identifican la autoridad, a la misma autoridad. De hecho, no puede haber una autoridad política y una autoridad jurídica distintas si el criterio para identificar la autoridad es puramente fáctico: quien es habitualmente obedecido y quien no obedece a nadie es la autoridad *simpliciter*, es, para utilizar un léxico afín tanto al realismo político moderno como al realismo jurídico imperativista, el soberano.

Sería muy largo de explicar y requiere todo un aparato historiográfico que no estoy en condiciones de proporcionar, pero desde el punto de vista de la historia de las ideas la distinción entre autoridad política y autoridad jurídica posiblemente se debe más a una burocratización del pensamiento, así como a su correspondiente división del trabajo intelectual y académico, que a una genuina distinción conceptual. Se trata, como advertí, de una hipótesis que no puedo probar aquí, pero las huellas de que en efecto esa distinción es, en el seno del pensamiento realista, conceptualmente arbitraria, afloran si uno atiende al siguiente hecho: los realistas jurídicos, tanto los europeos como los estadounidenses, suelen afirmar que los jueces, y, en particular los jueces de las cortes supremas —es decir, una de las formas más evidentes de autoridad—, hacen política o que toman sus decisiones basándose en razones y preferencias políticas que, *ex post facto*, intentan justificar aludiendo a normas de derecho positivo. No hay, por lo menos en la cúspide del Estado, una autoridad jurídica y otra autoridad política en el marco realista. Sólo existe la autoridad *simpliciter*.

Algo muy parecido ocurriría para la noción de autoridad del RJN y la del realismo político williamsiano, solo que en este caso no se trataría de una misma autoridad fáctica, sino de una normativizada en el sentido aquí mencionado: hay un único soberano *legítimo*. El RJN y el realismo político à la Williams coincidirían respecto de la autoridad última de la pirámide estatal. La idea es que en lo alto de esa pirámide no habría diferencia entre autoridad política y autoridad jurídica: ambas se fundirían conceptualmente en una misma autoridad, porque tanto el derecho como la política necesitan que se resuelva la misma primera cuestión política (y necesitan que se resuelva del mismo modo aceptable) para que luego se puedan abordar otras cuestiones políticas y jurídicas.

Son muchas las cuestiones y dificultades que quedan abiertas en relación con la posibilidad de que, respecto de la autoridad última, haya un único realismo. Muchas de esas cuestiones están derivadas directamente de la mínima presentación que hice aquí del RJN; otras, no. En cualquier caso, responder y desarrollar todas esas cuestiones tendrá que esperar a otra ocasión y otro contexto.

4. Conclusión

Bernard Williams no empezó a ocuparse de filosofía política sino hasta su madurez como filósofo. *En el principio era la acción* recoge su pensamiento político y yo, en este texto, me he limitado a señalar algunas de sus debilidades y a sugerir por dónde podrían desarrollarse algunas de sus virtudes. Singularmente, *En el principio era la acción* contiene una vía alternativa a la del moralismo político para comprender mejor la categoría de lo político. La razón es que, estrictamente hablando, el moralismo político no tuvo una preocupación particular por comprender la categoría de lo político de forma autónoma; las instituciones políticas estaban, de un modo u otro, al servicio de la moral. Williams, en cambio, creía que pensar en lo político con independencia de lo moral contribuía a una mayor y mejor comprensión de la política. De este modo, Williams ofrecía, de modo explícito, un camino distinto al del moralismo político para pensar en los problemas filosófico-políticos.

Pero además, tal y como he sugerido en la última sección de este texto, *En el principio era la acción* hay también una vía alternativa o tal vez complementaria a la del positivismo normativista y a la del realismo jurídico imperativista para pensar en algunos problemas iusfilosóficos. En particular, Williams ofrece, implícitamente, algunos elementos para pensar en el problema de la autoridad del derecho de una manera tal que se pudiese sortear la dicotomía —una especie de parteaguas en filosofía del derecho— entre hechos y normas o valores.

Bibliografía

- Coleman, J. (2001). *The Practice of Principle*. Oxford: Oxford University Press.
- Elstein, D. y Hurka, T. (2009). From Thick to Thin: Two Moral Reduction Plans. *Canadian Journal of Philosophy*, 39(4), 515-536.
- Enoch, D. (2011). Reason Giving and the Law. En L. Green y B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law* (pp. 1-38). Oxford: Oxford University Press.
- Fricker, M. (2010). The Relativism of Blame and Williams's Relativism of Distance. *Aristotelian Society Supplementary Volume*, 84(1), 151-177.
- Geuss, R. (2008). *Philosophy and Real Politics*. Princeton: Princeton University Press.
- Glock, H.-J. (2008). Analytic Philosophy and History: A Mismatch. *Mind*, 117, 867-897.
- Hart, H. L. A. (1961[2012]). *The Concept of Law* (3rd Edition). Oxford: Oxford University Press.
- Jubb, R. y Rossi, E. (2015). Political Norms and Moral Values. *Journal of Philosophical Research*, 40, 455-458.
- Kölbl, M. (2004). Faultless Disagreement. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 104, 53-73.
- Leiter, B. (2007). *Naturalizing Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press.
- Luque, P. y Torza, A. (2018). Conflictos prácticos genuinos y racionalidad práctica. Una solución modal. En S. Figueroa y D. González Lagier (eds.), *Libertad, razón y normatividad. La vigencia del pensamiento de G.H. von Wright a los 100 años de su nacimiento* (pp. 193-218). Lima: Palestra.
- Nye, S. (2015). Real Politics and Metaethical Baggage. *Ethical Theory and Moral Practice*, 18, 1083-1100.
- Raz, J. (2009). The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception. En J. Raz, *Between Authority and Interpretation* (pp. 126-165). Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press.

- Rorty, R. (1979). *Philosophy and the Mirror of Nature*. Princeton: Princeton University Press.
- Rossi, E. (2012). Justice, legitimacy and (normative) authority for political realists. *CRISPP*, 15(2), 1149-164.
- Shapiro, S. (2011). *Legality*. Harvard, Mass: Harvard University Press.
- Williams, B. (2005[2012a]). *En el principio era la acción*. Trad. Adolfo García de la Sienna. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Williams, B. (2006[2012b]). *El sentido del pasado*. Trad. Adolfo García de la Sienna. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Williams, B. (2006[2011]). *La filosofía como una disciplina humanística*. Trad. Adolfo García de la Sienna. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Williams, B. (2002). Why Philosophy needs History. *London Review of Books*, 17, October, 7-9.
- Williams, B. (1985). *Ethics and the Limits of Philosophy*. Londres: Routledge.
- Williams B. (1983). *Moral Luck. Philosophical Papers 1973-1980*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Williams, B. (2011). Filosofía Política y la tradición analítica. En B. Williams. *La filosofía como una disciplina humanística*. Trad. Adolfo García de la Sienna (pp. 177-190). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Williams, B. (2014). The Moral View of Politics. En Williams, B., *Essays and Reviews 1959-2002* (pp. 119-124). Princeton: Princeton University Press.
- Williams, B. (1973). *Problems of the Self. Philosophical Papers 1956-1972*. Cambridge: Cambridge University Press.

Sección IV

**BALANCE DE
UNA DISCUSIÓN**

Balance de “¿Cómo fundar una comunidad después del crimen?”

Review of the Discussion “How to Found a Community After Crime?”

Carolina Fernández Blanco*

Recepción: 11/02/2020

Evaluación: 10/07/2020

Aceptación final: 17/07/2020

Resumen: En este trabajo se presenta una revisión crítica del diálogo entre Claudia Hilb y Diego Tatián publicado en el n.º 12 de *Discusiones* (2013). En ese debate, Hilb sostenía que juzgar penalmente a los militares involucrados en los crímenes aberrantes había ganado en justicia y pagado un precio en Verdad. En su respuesta, Tatián presentaba la opción contraria, señalando las dificultades que implicaría fundar una comunidad después del crimen sin enjuiciar penalmente a los militares. En esta “re-visita” se cuestionan algunos modelos de “verdad” que indirectamente propone Hilb pero se sugiere que es necesario seguir buscando la verdad (como correspondencia) de hechos vinculados al pasado reciente. Además, se propone que la necesidad o no de los juicios penales depende de la justificación de las penas y no de sus consecuencias secundarias. Finalmente, se presenta un cuestionamiento a la necesidad de reconciliación en la Argentina actualmente.

Palabras clave: Crímenes de lesa humanidad, verdad, justicia, castigo, Argentina.

* Doctora por la Universidad de Girona (Girona, España), Abogada (UBA), LL.M (Columbia University). Profesora Asociada en la Universidad de Girona e investigadora de la Cátedra de Cultura Jurídica de la misma universidad. Correo electrónico: fernandezblancocarolina@gmail.com. Agradezco la lectura, sugerencias y comentarios críticos de Ivana Bloch, Lucila Fernández Alle, Victoria Kristan y de Diego Dei Vecchi, así como las sugerencias de la revisora o revisor anónimo.

Abstract: This paper presents a critic review of the dialogue between Claudia Hilb and Diego Tatián published in No. 12 of “Discussions” (2013). In that debate, Hilb argued that criminally prosecuting the military involved in aberrant crimes, had won in justice and paid a price in Truth. In his response, Tatián presented the opposite option, pointing out the difficulties involved in founding a community after a crime if the military were not prosecuted. In this revisit some models of “truth” that Hilb indirectly proposes are questioned, however, it is suggested that it is necessary to continue seeking the truth (as correspondence). In addition, it is proposed that one should think about the need or not to carry out criminal trials from the justification of the punishment and not by its secondary consequences as the authors do; finally, there is a questioning of the need for reconciliation in Argentina nowadays.

Keywords: Crimes against humanity, truth, justice, punishment, Argentina.

1. Introducción

En este trabajo se “re-visita” un diálogo entre Claudia Hilb y Diego Tatián, introducido por Sebastián Torres, que fue publicado en el n.º 12 de *Discusiones* (2013). En ese debate Claudia Hilb se pregunta cómo fundar una comunidad después del crimen y sostiene que el camino escogido por Argentina, juzgar penalmente a los militares involucrados en los crímenes aberrantes de la última dictadura, ha ganado en justicia y ha pagado un precio en verdad. En su planteo, la verdad es un camino hacia la reconciliación y el perdón y hacia la posibilidad de fundar una comunidad después del crimen. En su respuesta, Diego Tatián se inclina por la opción contraria, y señala las dificultades que implicaría fundar una comunidad después del crimen sin recorrer el camino de la justicia penal.

El enfoque que propondré a este balance no se establecerá en términos de un estricto diálogo con los dos autores, ya que creo que si intentara ese camino me vería en la misma problemática que Hilb le atribuye de alguna manera a Tatián: dialogar en planos paralelos sobre los mismos temas. Por eso, contribuiré con una perspectiva en la que mi formación jurídica me permite realizar un aporte más genuino, además, me concederé la oportunidad de presentar algunos comentarios al margen de lo jurídico que sí se

entremezclan un poco más profundamente con algunos de los planos en los que discuten Claudia Hilb y Diego Tatián. Por las razones brindadas en las líneas anteriores, la tarea de “re-visita” de la discusión no será sistemática.

Desarrollaré este trabajo de la siguiente forma: en el punto 1.1 presentaré una actualización del tema objeto del debate; en el punto 1.2 realizaré una reconstrucción de la discusión que mantuvieron los autores que comento e introduciré en 1.3 algunos comentarios sobre esa discusión; luego en el punto 2 trataré la cuestión de la verdad desde diferentes perspectivas; a continuación, en el punto 3 presentaré algunas reflexiones sobre el tema de las condenas penales por los crímenes de la última dictadura y finalmente, en el punto 4, plantearé mis dudas acerca de la necesidad de reconciliación en la Argentina actual. En los tres últimos puntos se advertirá de algún modo una contraposición entre mis ideas y las de Hilb y Tatián, aunque, reitero, no debe entenderse este ejercicio como una auténtica discusión o diálogo con los autores.

1.1. El escenario actual

Debido a que el tema tratado en la discusión entre Hilb y Tatián no es meramente teórico ni trata sobre un hecho histórico concluido, parece oportuno actualizar lo ocurrido en estos años. Entre 2013 y el momento de finalizar de escribir estas líneas (enero de 2020) la cuestión del tratamiento de los crímenes de Estado del pasado reciente no se ha detenido. Si bien no hubo grandes hitos que promovieran un cambio de rumbo, lo cierto es que los juicios a los militares y civiles involucrados en esos crímenes continúan en marcha, y de hecho comienzan nuevos juicios a más de 35 años del regreso de la democracia y a más de 34 años de comenzados los primeros juicios (Juicio a las Juntas).¹

¹ El 26 de marzo de 2019, por ejemplo, comenzó el juicio oral sobre los delitos cometidos por el Estado durante la llamada “Contraofensiva Estratégica” de Montoneros, desarrollada entre fines 1978 y mediados de 1980. La causa tramita ante el Tribunal Oral Federal N° 4 de San Martín (Provincia de Buenos Aires), y es uno de los casos colectivos agrupados dentro de la mega-causa del centro clandestino de detención Campo de Mayo. En mayo de 2019 comenzó también el juicio contra César Milani (quien fuera Jefe del Ejército entre 2013 y 2015) por el secuestro y torturas de Pedro y Ramón Olivera. La causa contra Milani se tramitó en el Tribunal Oral Federal N° 1 de La Rioja y concluyó con la absolución de ese militar.

También ocasionalmente aparecen datos hasta el momento desconocidos,² así como nuevas reflexiones.³

Sin embargo, lo que me parece especialmente destacable es que, en los años transcurridos, el ejercicio de memoria colectiva activa no ha cesado y no solo entre las generaciones que sufrieron la dictadura sino muy especialmente entre los más jóvenes. Otra cuestión que encuentro muy saludable, vinculada con lo anterior, es que tal como lo percibo, la esencia del mensaje de la frase “Nunca Más” no ha perdido ni un ápice de la fuerza que se logró construir alrededor de ella. Finalmente, la situación no ha variado mucho en un aspecto que Hilb señala reiteradamente, y que comparto como un gran faltante en búsqueda de la verdad: todavía no se ha oído, más que esporádicamente, la voz de quienes desde las organizaciones civiles armadas (ERP, Montoneros, etc.) llevaron adelante actos de violencia.⁴ Acerca de esta faceta del pasado, la verdad a la que se ha llegado es todavía muy superficial e incompleta.

Quiero hacer una aclaración que parece ser relevante en una Argentina en la que la “teoría de los dos demonios” tiene una versión ampliada o

² En abril de 2019 EE. UU. desclasificó y concluyó la entrega al gobierno argentino de más de 11.000 documentos vinculados con la última dictadura militar. Se trata de un proyecto de desclasificación comenzado en el año 2000. A raíz de la última entrega se conoció, por ejemplo, la llamada unidad “Teseo” parte del Plan Cóndor que preveía la eliminación física de militantes exiliados en el exterior (Fuente www.perfil.com).

³ Ver por ejemplo la película “El Diálogo” en la que Graciela Fernández Meijide y Héctor Leis conversan críticamente sobre las decisiones acerca de qué hacer con el pasado reciente (disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=s0fWeHwL1P8>); o desde una perspectiva académica, Beade, G. y Penna, G. (eds) (2018).

⁴ Sería injusto no reconocer a algunas voces que realizaron autocríticas y permitieron conocer pequeñas parcelas de lo que ocurrió desde el lado de las organizaciones civiles armadas: el temprano libro de Pablo Giusanni, (Giusanni, 1984); la fuerte autocrítica de Oscar Del Barco que culminó con la publicación del libro de Belzagui, P. (2007) y la voz de Héctor Leis en *Testamento de los años 70* (2012) y en la película “El Diálogo”. Las voces que reclaman un reconocimiento positivo de las actividades armadas de los civiles son todavía menos frecuentes, pero de tanto en tanto aparecen como en la reciente declaración de Horacio González que dijo que “es necesario” que la historia argentina “incorpore una valoración positiva de la guerrilla de los años 70 y que escape un poco de los estudios sociales que hoy la ven como una elección desviada, peligrosa e inaceptable” (Declaraciones de Horacio González a la agencia Paco Urondo, recogidas por diario Perfil edición del 23 de septiembre de 2019).

extendida que ha dominado el discurso de los últimos años.⁵ El reclamar una porción de verdad que falta, y que deberían proveer los exmiembros de organizaciones armadas civiles, no implica de ninguna manera “hacer equivalentes” las actuaciones de estos grupos y la actuación y las actividades llevadas a cabo por el Estado.

1.2. El diálogo entre Hilb y Tatián

La discusión transcurre dentro de un marco que tiene cierta tradición en nuestro país y en la literatura general sobre procesos transicionales (Teitel, 2000, p. 88). En efecto, la contraposición entre “verdad” y “castigo” es un tema sobre el que no ha faltado discusión desde el regreso de la democracia. Incluso más, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR) de Sudáfrica ha sido reiteradamente la institución llamada a comparar las verdades allí obtenidas frente a las verdades obtenidas en el modelo de enjuiciamiento penal (Krauthammer y Méndez, 1995, pp. 22-23).

En este caso, sin embargo, bien leída la discusión (al menos Hilb) no parece plantear ese dilema (que, en todo caso, creo, sería falso) entre verdad y castigo. La autora en todo su texto —y esto es especialmente visible en la respuesta a Tatián—, propone cuestionamientos no-radicales al camino de la persecución penal escogido por la Argentina. Podría sostenerse que el núcleo de la discusión es acerca del sentido político-moral de la justicia transicional y postransicional, y el papel de la justicia penal en ella.

En definitiva, Hilb intenta dar respuesta a cómo fundar una comunidad después de un crimen y explica que la respuesta que busca es:

[...] fundar una comunidad después del crimen es ante todo, tal como yo intento pensarlo, meditar acerca de cómo podemos nosotros, los

⁵ Entiendo que una versión razonable de la “teoría de los dos demonios” es la que rechaza equiparar o hacer equivalentes la actuación de los militares (y el Estado) y la actuación de las organizaciones civiles armadas, pero no impide revisar críticamente sus actuaciones y señalar los delitos que pudieron haber cometido los grupos armados civiles. La versión extensiva, predominante en el discurso, y a la que Hilb denomina “obturadora”, impide revisar cualquier actuación de las organizaciones armadas civiles.

actores de los años de plomo, transmitir a las generaciones sucesivas, treinta años después, un relato que se aparte de la repetición vindictiva o resentida de una fractura que culminó en el Terror (p. 77).

Hilb recorriendo categorías arendtianas presenta la necesidad de alcanzar una verdad más profunda o detallada para de ese modo poder arribar a la reconciliación (entendida como “el reconocimiento, la asunción, de un peso compartido” [p. 52]). Pues, prosigue la autora,

[...] allí y solo allí donde hay una asunción común de aquello que sucedió pero no debería haber sucedido —donde la comprensión de cómo pudo suceder hace posible que pueda también haber, entonces, arrepentimiento por haber contribuido a que sucediera— puede imaginarse la constitución de una escena común de reconciliación (p. 36).

Finalmente, el perdón sería la etapa final de esta evolución y está solamente al alcance de quienes comprenden y, comprendiendo, pueden reconciliarse con el mundo y entonces, eventualmente, perdonar (p. 36).

Sin embargo, admite Hilb siguiendo a Arendt que no todo es perdonable: “Este modo de disponer la escena del perdón significa también que no todo mal es perdonable: no lo es el mal hecho a propósito, el de quien sí sabía lo que hacía y no se arrepiente de haberlo hecho [...]” (p. 40) y no es perdonable el “mal radical” aquel que no conoce tampoco el remordimiento porque elude su misma posibilidad. El mal radical es el mal realizado por hombres incapaces de pluralidad, como son también incapaces de vivir propiamente con ellos mismos bajo la forma del diálogo silencioso del dos-en-uno. (pp. 40-41).

En definitiva, el argumento central de Hilb es que la opción argentina, la de los juicios penales, ha pagado un precio en Verdad (con mayúscula) si se la compara con la opción sudafricana, que ha pagado un precio en justicia. Esta obturación de la verdad impide la reconciliación y en definitiva el perdón.

[...] en la Argentina está obturada la posibilidad de la reconciliación porque está obturada la posibilidad de la asunción de la responsabilidad, y está obturada la posibilidad del perdón porque

está obturada la posibilidad del arrepentimiento. En tanto la escena de los juicios dispone el castigo de los hechos como opción exclusiva, el reconocimiento público de sus actos, su relato detallado, no solo no es exigida sino que es contraria al interés del inculpado: su confesión solo puede contribuir al castigo (p. 52).

La respuesta de Tatián a Hilb, como bien anuncia Torres en la introducción, no se entromete mayormente en las categorías arendtianas. En su respuesta, Tatián se ocupa principalmente de defender la opción de los juicios penales del modo en que se ha llevado a cabo en la Argentina (es decir, en su versión original de 1985: el Juicio a las Juntas, y en los juicios de la segunda etapa, o sea, post anulación de las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final). Los puntos que creo más relevantes de esta respuesta son los siguientes:

(S)í es posible la mera coexistencia en una misma ciudad de personas que han cometido crímenes atroces —en la medida en que hayan quedado impunes y sus perpetradores libres—, y las víctimas de esos crímenes, que jamás —o muy excepcionalmente— aceptarían la vía de una amnistía como forma de restituir lo común con quienes torturaron y desaparecieron a sus hijos o a sus padres. Esa coexistencia no podría llevar el nombre de comunidad (p. 61). La conjetura de que los militares argentinos se hubieran arrepentido de sus crímenes de haberse producido un proceso semejante al de Sudáfrica —y que además ese proceso hubiera favorecido un relato verídico de los victimarios— no resulta evidente; de hecho, cuando las leyes de punto final y obediencia debida se hallaban vigentes, se realizaron juicios por la verdad histórica sin que se obtuviera de ellos nada interesante ni diferente (p. 61).⁶

Asimismo, agrega Tatián, que, de igual modo, salvo excepciones, entre los protagonistas de las organizaciones armadas de izquierda casi no hubo

⁶ Es cierto que los juicios por la verdad corrieron diversas suertes y arrojaron pocos datos novedosos: algunos comenzaron siendo aceptados por los tribunales y luego ralentizados y hasta cerrados por esos propios tribunales como los llevados adelante en la Ciudad de Buenos Aires

un proceso de revisión de sus acciones “[...] aunque desde hace mucho no están sometidos a procesos judiciales (p. 63)”. Concluye finalmente este autor que la Argentina es un país más justo y más verdadero a la vez, por el hecho —singular en la historia latinoamericana hasta entonces y hasta ahora— de haber asumido la intermitente decisión política, social y judicial —siendo imprescindibles las tres— de condenar los crímenes del Terror ejercido desde el Estado entre 1974 y 1983 (p. 67).

Me adelanto a realizar un primer comentario de la discusión entre los autores que no reiteraré pero que sugiero que el lector tenga presente pues, de alguna manera, mis comentarios críticos estarán de manera subyacente orientados a esta cuestión: ambos autores, como muchos otros en el ámbito de las ciencias sociales, parecen sentirse cómodos navegando en las aguas de las conjeturas, las contraconjeturas, algunos datos fácticos y muchos contrafácticos. No es este el mejor escenario para una mirada como la que estoy capacitada para brindar, por lo que, por momentos estimo que mis comentarios se desarrollarán, como dije anteriormente en un plano que no es aquel en el que los autores dialogan.

1.3. Algunos comentarios generales sobre la discusión

En este apartado me permitiré ciertas reflexiones dispersas sobre la discusión entre Hilb y Tatián pero que también exceden el diálogo mantenido entre ellos y se entrometen en otros aspectos para pensar el pasado.

respecto de las causas “Carmen Aguiar de Lapacó” y “Esmá” (Abregú, 1996). Otros juicios por la verdad tuvieron mejor aceptación e incluso se llevaron adelante audiencias en las que se convocó a declarar a militares (como el caso de Bahía Blanca) (Andreotti Romanin, 2015). La contra-conjetura de Tatián omite considerar un dato relevante: con respecto a los militares, casi simultáneamente con la aparición de los juicios por la verdad que no suponían riesgo penal para los militares y ex militares, diversos jueces del mundo —especialmente famoso fue el caso del juez Baltasar Garzón en España— comenzaron a imputar a los militares argentinos por delitos ocurridos durante la dictadura y a pedir sus extradiciones, por lo que la información que estos hubieran podido brindar en los juicios por la verdad podría haber tenido graves consecuencias en los procesos en el exterior. Se desarrollaron este tipo de procesos además de en España, en Francia, Italia, Alemania y EE. UU.

Mi primera consideración va claramente más allá de lo discutido por los autores, aunque, por supuesto, gira en torno al tema. Sebastián Torres, al introducir la discusión que comento, propone, con acierto, que los términos perdón, reconciliación, reparación, memoria, olvido, responsabilidad, promesa, culpa, venganza, arrepentimiento, son los que “han asaltado” el lenguaje ligado al espacio de la denominada “justicia transicional” (p. 13). Es una descripción acertada y que evidentemente da cuenta de una escena transicional limitada, restringida. Es una descripción acertada para la Argentina en donde no se asumió realmente la transición como un “nuevo comienzo”. Hilb nos habla de este “nuevo comienzo” y propone para ello la comparación entre Argentina y Sudáfrica. No voy a hablar de si en Sudáfrica hubo o no realmente un nuevo comienzo porque no conozco los pormenores de lo ocurrido allí, pero respecto de Argentina sí puedo cuestionar seriamente que la transición haya refundado el país o alentado un “nuevo comienzo”. Para ello la transición debió ser integral, no enfocada de manera casi exclusiva en los crímenes aberrantes (entiéndase bien: las decisiones sobre los crímenes aberrantes sí o sí debieron estar incluidas en la transición, pero también había otras aristas).⁷ La transición en Argentina no se vivió como un “ventana de oportunidad” para reflexionar el país que queríamos tras el horror. Pienso, por ejemplo, qué diferentes hubiesen sido las cosas si la transición (la refundación) se hubiese extendido también a discutir y pensar sobre las estructuras de inteligencia del Estado o los modelos sindicales imperantes o la relación entre la Iglesia y el Estado, solo por mencionar algunos temas que hoy siguen siendo un lastre para nuestra democracia.

No desconozco que las urgencias, emergencias, debilidades y temores eran tan poderosos en la primera etapa de la transición, que lo que planteo puede ser leído como un “reproche” injusto y una propuesta irrealista por quienes tuvieron en su momento la responsabilidad de pensar la transición. Y es probablemente así, pero no está de más aceptar que si queremos hablar

⁷ Se trata de una nueva tendencia en la forma de encarar los procesos transicionales que promueve una visión integral de esos momentos de transición de la guerra a la paz y/o de los autoritarismos a las democracias. Por ejemplo, el trabajo de la ONG “Institute for Integrated Transitions” (IFIT) promueve este modelo novedoso para pensar las transiciones.

de un “nuevo comienzo” se requiere mucho más que la (necesaria) decisión de cómo lidiar con los crímenes aberrantes.

Mi segunda reflexión se vincula también de algún modo con la visión estrecha que hemos tenido acerca de la transición y la justicia. La abrumadora mayoría de trabajos y discusiones sobre la justicia transicional en Argentina han girado en torno a la cuestión de los juicios penales y, generalmente, se ha dejado de lado una arista importante: las reparaciones a las víctimas (Guembe, 2006, p. 22). Las reparaciones a las víctimas han tenido un alcance significativo en Argentina y han sido dispuestas por ley, lo que las reviste de una fuerte legitimidad democrática. Además, las reparaciones en muchos casos han excedido la reparación patrimonial.⁸ Estas reparaciones han beneficiado ampliamente a familiares de personas desaparecidas, personas que estuvieron detenidas-desaparecidas, víctimas de detenciones arbitrarias, familiares de personas ejecutadas ilegítimamente, personas nacidas en centros de detención ilegales y personas víctimas de la supresión de identidad. Finalmente, por vía jurisprudencial también se reconocieron reparaciones a las personas que debieron exiliarse por motivos políticos (CSJN, “Yofre de Vaca Narvaja, Susana c. Ministerio del Interior”. Caso 443.459/98).

Dos grandes políticas de reparación fueron implementadas en Argentina: la primera consistió en otorgar una pensión vitalicia y cobertura médica a los familiares directos de las personas detenidas-desaparecidas;

⁸ La Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP) recomendó en el punto VI de su informe final “c) Que se dicten las normas necesarias para que los hijos y/o familiares de personas desaparecidas durante la represión reciban asistencia económica; becas para estudio; asistencia social; puestos de trabajo. Asimismo, que se sancionen las medidas que se estimen convenientes y que concurren a palear los diversos problemas familiares y sociales emergentes de la desaparición forzada de personas”. Como señala Guembe (2016, p. 22), la propuesta de la CONADEP solo incluía a los familiares de víctimas del crimen de desaparición forzada, el Estado argentino fue más allá y entre las primeras medidas que tomó fue la reincorporación a sus lugares de trabajo de empleados y funcionarios del Estado, docentes y otros trabajadores que habían sido cesados en sus funciones por razones políticas o que se habían exiliado (para una descripción detallada de estas actividades, ver Guembe, 2016, pp. 23-24). También pueden considerarse como medidas de reparación las que podríamos llamar de “arquitectura de la memoria” como los más de 30 “Sitios de la Memoria” que se encuentran abiertos a lo largo del país (<https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/sitiosdememoria>).

la segunda, fue una política amplia de otorgamiento de indemnizaciones a todas las víctimas del terrorismo de Estado mencionadas anteriormente.⁹ Más allá de las abundantes discusiones sobre el carácter de la responsabilidad civil extracontractual, hoy podemos llegar a un relativo acuerdo de que las indemnizaciones que recibieron las víctimas responden a razones mixtas de justicia correctiva y de justicia distributiva (Keren-Paz, 2016; Papayannis, 2016). Es por ello por lo que, insisto, detener la mirada solo en la justicia penal parece muy limitado. Es cierto que las indemnizaciones administrativas no fueron pagadas por los dos agentes dañadores (los autores, en tanto personas físicas causantes del daño y el Estado) sino solamente por el Estado, el autor institucional, pero ello parece obedecer a razones de eficiencia en la concreción de las indemnizaciones, y, por otro lado, la vía judicial para quien quisiera demandar a las personas físicas causantes de los daños permaneció abierta.¹⁰

Una aclaración adicional sobre las reparaciones implementadas en Argentina: el escenario inicial de las indemnizaciones (posterior a la implementación de las pensiones) es el de una solución amistosa entre el Estado argentino y un grupo de víctimas que reclamaban ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la violación de derechos generada por las llamadas Leyes de Obediencia Debida y Punto Final.¹¹ Argentina, a esa altura, ya

⁹ La política de indemnizaciones se implementó básicamente mediante el Decreto 70/91 del Poder Ejecutivo Nacional y las Leyes nacionales 24043, 24411 y 24823. La Ley 25914 finalmente completa el marco legislativo otorgando indemnizaciones para quienes eran menores en el momento de los crímenes y nacieron en centros clandestinos de detención o fueron entregados en adopción de manera ilegal. Quienes optaban por acogerse a los beneficios de estas leyes no requerían acceder a la vía judicial para el cobro de la indemnización, sino que se trataba de un trámite administrativo. La recepción de estas políticas por los organismos de DD. HH. fue diversa: mientras las Madres de Plaza de Mayo de la línea de Hebe de Bonafini rechazaron la medida (Guembe, 2016,38), el CELS, en otra posición, apoyó la política e inició cientos de trámites administrativos que culminaron con la recepción de las indemnizaciones por parte de las víctimas.

¹⁰ Pablo De Greiff reconoce otras funciones adicionales a la compensación en escenarios transicionales tales como la restitución o creación de la confianza cívica, la restitución de la condición de “ciudadanos” y el fortalecimiento de la solidaridad social (De Greiff, 2011).

¹¹ La solución amistosa a la que arribó el Estado argentino con la CIDH se originó en las recomendaciones del informe 28/92 de la CIDH y se vehiculizó para los demandantes mediante el Decreto 70/91 que es el antecedente de las indemnizaciones generales que luego se implementaron mediante las Leyes nacionales 24043, 24411 y 24823.

había implementado la CONADEP y esta comisión había finalizado su trabajo mediante un informe que es tal vez el compendio de “verdad” más completo hasta la actualidad; también había llevado adelante los juicios contra los miembros de las juntas militares. Además, durante la vigencia de esas leyes, se llevaron adelante juicios por la verdad, se descubrieron decenas de tumbas comunes y se identificaron muchos cuerpos allí enterrados;¹² se descubrió la verdadera identidad de muchas niñas y niños nacidos en cautiverio y apropiados por civiles y militares; se enjuició a sus apropiadores¹³; etcétera.

Luego de pagadas las indemnizaciones, una vez declarada la nulidad de las leyes que impedían los juicios, recomenzaron los procesos penales y, como se ha destacado al inicio de este trabajo, la actividad de búsqueda de la verdad y de manutención de la memoria de lo ocurrido no ha cesado. Lo que quiero destacar con estas palabras es que las políticas de reparación llevadas adelante en Argentina no parecen ser del tipo de las escogidas por algunos procesos transicionales en donde se ha tratado de “comprar” la ausencia de búsqueda de la verdad y mediante la reparación pecuniaria silenciar lo sucedido. Muy por el contrario, en Argentina, la cuestión de la memoria del pasado reciente parece seguir ocupando una posición central en las políticas públicas. Por todo lo dicho hasta aquí, reitero, poner la atención únicamente en la justicia retributiva dejando de lado los aspectos correctivos y distributivos parece un modelo algo estrecho y es necesario reivindicar la actividad de “justicia” llevada adelante a través de las indemnizaciones y subsidios.

¹² Durante el período “no penal”, es decir, durante la vigencia de las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final, se produjo un hecho significativo que permitió la reconstrucción de hechos hasta entonces desconocidos. Me refiero a la declaración del excapitán Alfredo Scilingo y a la información por él brindada acerca de que muchas personas detenidas-desaparecidas habían sido lanzados desde aviones al Río de la Plata y enterrados en fosas comunes en cementerios públicos. Esto generó que, a pedido de las familias, muchos jueces (fuera del ámbito de los llamados procesos por la verdad) aceptaran intentar la identificación de esos cuerpos. El Equipo Argentino de Antropología Forense ha reconocido que durante esa etapa su actividad y sus éxitos en la identificación de cuerpos se incrementó exponencialmente (ver informes anuales del Equipo Argentino de Antropología Forense 1994-1995 y 1996-1997).

¹³ El delito de supresión de identidad había quedado afuera del amparo de las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final.

2. Sobre Verdades, transiciones y juicios

¿A qué se refiere Hilb con Verdad en el trabajo inicial de esta discusión? La autora da por sobreentendida una concepción o idea de Verdad que no resulta finalmente tan evidente. Tanto es así que Tatián parece referirse, en ciertos pasajes, a otra concepción de verdad.

Entiendo que Claudia Hilb nos habla en la mayoría de las oportunidades, aunque de manera implícita, de una verdad como correspondencia, es decir aquella creencia, juicio, proposición, afirmación (o cualquier otro “contenedor de verdad” o *truth-bearer*) (David, 2018, p. 241) que se corresponde con uno o más hechos del universo. De ninguna manera parece Hilb afirmar que las proposiciones que se probaron y por los que se condenó en los procesos penales seguidos a los militares sean falsas (es decir que no se correspondan con hechos del universo),¹⁴ lo que reclama la autora es una “mayor provisión de verdad” (p. 72). Es decir, *saber* sobre hechos, realmente ocurridos, hasta ahora desconocidos.

Hasta aquí podría tener fuertes razones Hilb en su reclamo (aunque la idea de que una comisión de verdad y reconciliación hubiese sido más eficaz en este sentido se mantiene en el mundo de las conjeturas), ya que, efectivamente, hay dos grandes conjuntos de hechos que no conocemos de manera aceptable: (i) nos falta conocer una porción significativa de hechos que han retenido para sí los ex miembros de las organizaciones civiles armadas; y (ii) nos falta conocer el destino final de todas y cada una de las personas detenidas-desaparecidas y el destino de muchas niñas y niños nacidos en cautiverio. Si la autora hubiese identificado tan concretamente como en los puntos (i) y (ii) las verdades faltantes, probablemente la res-

¹⁴ De acuerdo con una visión que comparto, la actividad principal que se lleva adelante en los procesos judiciales es la determinación de la ocurrencia de determinados hechos a los que el derecho vincula ciertas consecuencias jurídicas y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio derecho (Ferrer Beltrán, 2003, p. 27). Por otra parte, como es obvio, es necesario que la reconstrucción de los hechos haya establecido que los sujetos a los que se les imponen las consecuencias estén *vinculados jurídicamente* a esos hechos probados. Esta concepción del proceso implica aceptar que este está orientado a la búsqueda de la verdad como correspondencia. Aunque asumiendo por cierto que no se trata de una verdad absoluta, sino de una verdad probable y una verdad *contextual* (ya que es definida en el marco de un proceso que impone reglas para su producción) (Taruffo, 2005, pp. 170 y ss.).

puesta de Tatián hubiese sido otra. Sin embargo, el texto de Hilb parece reclamar algo más que los dos conjuntos de hechos que he identificado: la verdad que parece requerir Hilb (siempre en el plano de verdad como correspondencia) parece ser más amplia que los dos puntos que he señalado y a la vez menos concreta. No es mi intención ni está dentro de mis capacidades hacer epistemología de la historia, pero creo que igualmente, desde la ignorancia, cabe preguntarse ¿cuán exhaustivamente es posible conocer un hecho histórico complejo? o, por el contrario, frente a esta dificultad ¿es aceptable conformarse con un nivel de conocimiento que nos permite reconstruir la organización, funcionamiento y el desarrollo general del suceso de una manera que no se contradice con hechos acaecidos en el universo? Si nos conformamos con la última opción (fuera de los dos grupos de verdades que he identificado como insuficientes) la verdad alcanzada en Argentina parece ser razonablemente aceptable.

En otro orden de ideas, la verdad como correspondencia solo conjeturalmente enciende la cadena prevista por Hilb: verdad-asunción de responsabilidad-arrepentimiento-perdón-reconciliación. La versión contraria también es plausible conjeturalmente: conocer la verdad que nos falta (especialmente la verdad de las organizaciones armadas civiles) podría haber dado lugar a nuevas o distintas “justificaciones” sobre la reacción estatal que alejarían la situación del arrepentimiento, el perdón y la reconciliación.

Pero además de la verdad como correspondencia, Hilb parece hablar de una verdad que se ubicaría en el extremo inverso de la cadena: asunción de responsabilidad-arrepentimiento-perdón-reconciliación y, entonces, verdad. Sería como afirma Torres (p. 22), una verdad ético-política, no vinculada con lo ocurrido en el mundo (que admito me resulta no solo difícil de entender, sino incluso de llamar “verdad”). En la respuesta de Tatián la concepción de verdad es aún más desconcertante porque no es posible en su versión distinguir siquiera pinceladas que permitan sospechar que nos habla de verdad como correspondencia: la verdad descansa en el trabajo de Tatián en la contraposición a la impunidad. Así, nos dice que la Argentina “es un país más verdadero” tras la decisión de condenar los crímenes del Terror (p. 67).

Las concepciones de verdad como las identificadas en el párrafo anterior, por más perplejidad que me produzcan, no son del todo extrañas en el discurso transicional. La Comisión para la Verdad y la Reconciliación

de Sudáfrica (CVR) identificó cuatro formas de verdad: la verdad “fáctica o forense” (que se asimila a la verdad como correspondencia); las llamadas verdades “personales o narrativas”; “sociales o de diálogo” y verdades “curativas o restaurativas” (Comisión para la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica, 1998, pp. 110-114). A este conjunto de modos de entender la verdad es posible agregar otras, que también están frecuentemente presentes en el discurso transicional, aunque no fueron identificadas por la CVR, como, por ejemplo, la verdad “simbólica”,¹⁵ tantas veces bajo discusión en Argentina, o la verdad como “reconocimiento”. Todas estas formas de presentar la verdad, con excepción de la primera, tienen como denominador común que admiten que la correspondencia con el mundo sea solo parcial.

Esta parcialidad en la correspondencia no se presenta del mismo modo en que fue descrita anteriormente la verdad alcanzada en Argentina, es decir, en Argentina los hechos que se tienen como verdaderos se corresponden con sucesos ocurridos en el universo, pero sabemos que existen otros hechos sobre los que no se han podido construir proposiciones que sean correspondientes con ellos. Por el contrario, en los modelos de verdades surgidas de la CVR y en otros que también proliferan en el discurso transicional, los hechos que se tienen como verdaderos solo parcialmente se corresponden con la realidad y hasta en ocasiones no se corresponden en absoluto y esto es conscientemente admitido, y por supuesto, aceptado como “verdad”.

Así, por ejemplo, explica Paul Gready que la verdad “social o de diálogo” tal como la entendió el CVR promovía mecanismos para acomodar y sopesar diferentes pasados y visiones (Gready, 2011, p. 2) y no era prioritaria la búsqueda de la verdad “fáctica o forense”. En estas formas de verdad, valores como la inclusión fueron priorizados sobre la gramática fáctica de los derechos humanos, la corroboración y la adjudicación (Gready, 2011, p. 71) y continúa explicando el autor que ello se debió a que esa concepción de verdad contribuía a la reconciliación (Gready, 2011, p. 70). Algo similar ocurre con la verdad “personal o narrativa”, si bien estos testimonios hacen, por lo general, aportes a la reconstrucción de la verdad fáctica, hay en la

¹⁵ Tal es el caso del número de 30.000 personas desaparecidas o de 6 millones de personas de origen judío asesinadas en el holocausto. Evidentemente esos números no se corresponden con la realidad de una manera precisa o exacta, se trata de una verdad simbólica.

identificación de la verdad narrativa un plus en el que es irrelevante su corroboración fáctica: la narración le permite al narrador revivir, controlar, transformar, reimaginar eventos, reclamar y construir identidades elegidas e interacciones sociales (Gready, 2011, p. 76).

Concluye Gready siguiendo un estudio empírico importante que: la CVR ayudó a crear una memoria más compartida sobre el *apartheid* incrementando el consenso de que el *apartheid* fue un crimen contra la humanidad y que existieron abusos de ambas partes. Este resultado sugiere que la CVR fue más allá de los hechos e hizo una contribución interpretativa promoviendo un cambio en la percepción pública hacia la moderación “[...] el bálsamo de la moderación parece incluir un escenario en el cual todos los sudafricanos son sorprendentemente acrílicos del apartheid (o de aspectos de éste, como, por ejemplo, la segregación racial)” (Gready, 2011, p. 76).

Es posible observar que las verdades transicionales cuando se alejan de la verdad como correspondencia suelen acercarse a “a las formas más banales de posmodernidad” (Gready, 2011, p. 73) y presuponen una ciencia social confusa que tiene escasos fundamentos teóricos (Taruffo, 2018, p. 298). Así, cabe cuestionarse si la idea de Hilb de que la CVR contribuyó a la Verdad es compatible con la verdad como correspondencia que parece promover la autora en diversos pasajes de su texto y que, admito, es la que me parece, en este contexto, identificable con aquello que intuitiva y racionalmente relaciono con el concepto de “verdad”.

Me permito unas breves conclusiones para finalizar este punto: (a) la verdad que se alcanzó en Argentina con la actividad de la CONADEP y su enorme difusión mediante el libro *Nunca Más* debe valorarse positivamente a la luz de otras experiencias de comisiones de la verdad. Especialmente, su metodología, basada en la recolección de testimonios que fueron agrupados temáticamente y sobre los que se formularon estadísticas. La CONADEP trabajó sin narrativa, y con muy pocas valoraciones (excepto en el prólogo y en la advertencia preliminar) y sin reconstrucciones interpretativas; (b) por otra parte, la verdad recogida por la CONADEP fue luego contrastada en el Juicio a las Juntas, del cual ese informe sirvió de base para la acusación preliminar, por lo que la actividad probatoria llevada adelante en ese juicio ha ratificado, en otro nivel, la verdad recogida por esa

comisión de la verdad ; (c) es cierto que los juicios no arrojaron verdades exhaustivas o que permitan reconstruir pormenorizadamente lo ocurrido en Argentina,¹⁶ pero lo cierto es que los fragmentos de esa realidad compleja que fueron enjuiciados tuvieron como resultado proposiciones sobre los hechos que se corresponden con lo ocurrido en el mundo.

3. Sobre penas y juicios penales

La discusión acerca de la aprobación o desaprobación de las condenas penales a los militares y civiles involucrados en los crímenes aberrantes de la última dictadura debería partir de una pregunta básica: de qué modo se justifican esas penas. Si bien muchos trabajos que plantean la discusión abordan este problema, la discusión entre Hilb y Tatián se enfoca en diferentes aspectos secundarios o efectos de someter a los militares a procesos penales y/o imponerles condenas penales, pero no hay ningún punto serio y desarrollado sobre la justificación de esas condenas.

La pregunta sobre cómo justificamos el castigo, creo, nos obliga a dividir el análisis en dos momentos diferentes: los juicios originarios llevados adelante en los 80 (período transicional) y los juicios de la segunda etapa (post anulación de las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final también llamado periodo postransicional). Sé que la división de las dos etapas que propongo es un trago de difícil digestión para los que se inclinan fuertemente a favor de los juicios penales en Argentina¹⁷ y es, también, una apelación frecuente entre los que se oponen (por los motivos que sean) a

¹⁶ Es importante tener en consideración que el juez y el historiador comparten parte de sus métodos en la búsqueda de la verdad, pero también que hay grandes diferencias dadas por las limitaciones en la búsqueda de la verdad que tiene el juez (impuesto por las reglas procesales, las pruebas admisibles, etc.) y, muy especialmente para este caso, la imposibilidad que tiene el juez de investigar/juzgar más allá de los hechos objeto del proceso (Taruffo, 2005, pp. 36 y ss.).

¹⁷ Diego Tatián, por ejemplo, defiende la inseparabilidad de las dos etapas de juicios y sostiene que “No se trata, según creo, de hechos que puedan contraponerse, como si los juicios de los años ochenta estuvieran dotados de ‘enormes virtudes originarias’ que la actual ‘insistencia’ en la vía judicial hubiera perdido, ‘cristalizado’ o mal-versado [...] Antes bien, ambos episodios establecen una línea de continuidad indudable...”.

los juicios penales. Aquí la división entre las dos etapas del juicio pretende simplemente que se pueda reflexionar acerca de algo muy básico, esto es, cuándo está justificado imponer una pena. Si logramos convencernos de que las penas en ambos momentos están justificadas entonces habrá espacio para discutir los beneficios y perjuicios secundarios de los juicios y de las penas que son los temas de los que se ocupan Hilb y Tatián (por ejemplo, la posibilidad de arribar a “más verdad” mediante los juicios, la probabilidad o improbabilidad de que estos juicios nos conduzcan a la reconciliación, al arrepentimiento, al perdón, etc.).

Pues bien, ¿por qué tiene sentido dividir en dos etapas los juicios? Los juicios originarios se realizaron apenas dos años después de la finalización de la dictadura, cuando los involucrados en los crímenes aberrantes eran todavía personas de mediana edad que estaban mayormente activos en sus carreras militares y civiles. Las estructuras militares estaban casi tan fuertes como durante la dictadura y la conducción de las fuerzas aún reivindicaba la actividad llevada a cabo durante el gobierno militar. Además, los militares activos no involucrados en los crímenes habían sido formados durante la dictadura y eran coetáneos de los militares imputados. En ese contexto, cualquier teoría sobre la justificación del castigo hubiese podido sin demasiado problema justificar las penas: las teorías utilitaristas, en cualquiera de sus versiones de prevención general negativa y positiva, así como la prevención especial positiva y negativa, hubieran tenido sentido; la retribución, en cualquiera de sus versiones, era, por supuesto, plausible; y las teorías mixtas también superaban en ese entonces el *test* de aplicabilidad (ver, por ejemplo, Nino, 1996, p. 213).¹⁸ En los años inmediatos a la dictadura (el período transicional propiamente dicho) la idea de llevar a juicio penal a los militares (como hecho general) podía ser *a priori* justificado por cualquiera de esas teorías y al imponerse en cada caso las penas podrían haberse utilizado cualquiera de estas justificaciones.¹⁹

¹⁸ Obviamente todas estas teorías tienen numerosos inconvenientes que no han podido resolverse tras siglos de reflexión (sobre estas objeciones generales no me detendré y asumo que las juezas y jueces penales justifican sus condenas en una o varias de estas teorías combinadas).

¹⁹ Por mandato constitucional la justificación de la pena debería incluir necesariamente la “seguridad” y excluir el “castigo” (art. 18 CN). Por otra parte, los tratados internacionales,

En la segunda etapa de los juicios, 35 años después, pareciera que las razones de prevención general negativa y positiva, prevención especial negativa y positiva, y las teorías mixtas que involucran alguna noción consecuencialista, han perdido buena parte de sus razones o al menos no son universalmente aplicables, y *debería evaluarse caso por caso su sentido*. Por lo tanto, el retribucionismo se presenta como la justificación más sólida en esta etapa, pues enfrenta con menores problemas el paso del tiempo y el cambio radical de circunstancias sociales y personales de los perpetradores.²⁰ Ciertamente es que las teorías retribucionistas tienen matices y hacia fines del siglo XX, tras nuevas versiones de algunos de sus argumentos, han recobrado un lugar significativo en los debates sobre justificación del castigo. Es hoy improbable que encontremos defensores de los juicios que amparen expresamente su pretensión de sanción en las versiones retribucionistas bíblicas del “ojo por ojo, diente por diente”, ni en los reajustes del

que tienen jerarquía constitucional, indican que la justificación primordial de la imposición de penas es la prevención especial positiva (por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su art. 5.6 que “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”).

²⁰ Al escribir este trabajo y discutir sus argumentos albergué ciertas dudas acerca de si la prevención general positiva había perdido tanto sentido como las restantes justificaciones utilitaristas. Creo que es la que resulta más discutible, especialmente en la versión que entiende que mediante la condena se produce la reafirmación de la norma y este es el fin de la pena sin apelar a razones vinculadas a la protección de los bienes jurídicos. Sin embargo, también considero que hay razones para sostener su debilidad con relación a la *justificación general* de la segunda etapa de los juicios penales: en primer lugar, es posible pensar que la imposición de las penas de la primera etapa, es decir, del juicio a las juntas, resultó en la reafirmación de las normas de una manera suficiente (de hecho quien crea sinceramente en esta teoría debería pensar que esa comunicación fue exitosa en su función preventiva a juzgar por la no reiteración de hechos similares); en segundo lugar, pareciera que esta teoría, al igual que la prevención general negativa, no requiere que todas y cada una de las personas que cometieron un delito sean penadas (esto no pareciera ser así en el retribucionismo y en la prevención especial), basta con una actividad eficaz que comunique el restablecimiento de la norma como ocurrió en el caso de la imposición de las penas en el juicio a las juntas; finalmente (y esta razón es solo aplicable a un espectro de los que defienden esta teoría mas no a otro), si la comunicación del valor representado por la norma es entendido como un medio para la protección de bienes jurídicos como lo hace una parte de la doctrina (Milton Pereira, 2008, p. 6), al no encontrarse en riesgo los bienes jurídicos que la norma intenta proteger, por el cambio de condiciones sociales, la justificación de la pena por la prevención general positiva no estaría tampoco presente.

idealismo alemán de Kant y Hegel; más bien encontraremos justificaciones en versiones neoretribucionistas que, también con bastantes diferencias entre ellas, se han desarrollado en Europa (Frisch, 2004; Jakobs, 2006; Pawlik, 2019) y EE. UU. (Duff, 2001; Robinson, 2002).

Estas versiones, sin embargo, aparecen generalmente combinadas con elementos de prevención general positiva y en algunos casos también con elementos de prevención especial positiva. Estas combinaciones se realizan, en general, de manera explícita, pero en otros casos las versiones utilitaristas se cuelan en la reformulación del retribucionismo. En síntesis, las nuevas versiones del retribucionismo han demostrado tener limitaciones para ofrecer justificaciones absolutas del castigo y en la mayor parte de los casos en sus formulaciones se terminan introduciendo rasgos utilitaristas.²¹ Estos elementos consecuencialistas, los expresamente admitidos y los colados, otra vez, chocan con las dificultades antes señaladas para la Argentina actual. Por todo ello me inclino a pensar que la forma más consistente de justificar el castigo de los militares y civiles debería concentrarse de una manera más clara y predominante en cuestiones retributivas (al menos si se tiene una pretensión de universalidad, es decir, de poder justificar “el hecho general” de realizar los juicios de la segunda etapa).

Asimismo, arribar a una justificación del castigo retribucionista nos obligaría —si pretendemos ser consistentes— a sostener esa justificación

²¹ Gustavo Beade, un autor que defiende el castigo penal de los militares en Argentina desde una perspectiva retribucionista, sostiene, por ejemplo, que “Castigar a alguien tiene la finalidad de que la comunidad exprese la desaprobación de un acto, en principio, prohibido. De este modo, castigamos para señalar que teníamos un acuerdo en el que establecimos que eso no era lo que íbamos a hacer. Llegamos a ese acuerdo comunitario en el que todos participamos y por eso, esa regla no debía ser violada” (Beade, G, 2015, p. 190). En la cita anterior la justificación parece ser puramente retributiva y muchos otros párrafos del trabajo citado también van en esa dirección, sin embargo, a continuación, aparece lo siguiente: “Esta tesis que defiende se enrola en las llamadas teorías comunicativas que ven en la imposición de un castigo un proceso reformador y que aspira, a través de la censura y la inculpación, a la reconciliación del ofensor con la comunidad” (Beade, 2015, p. 191); también en ese mismo trabajo se sostiene “Si bien, no pretendo aquí ensayar una justificación del castigo penal, creo que, dentro de un contexto democrático, castigar a otro tiene como fin último la reincorporación del ciudadano a la comunidad a la que pertenece” (Beade, 2015, p. 182). En las dos últimas citas aparece de un modo claro, a mi juicio, la justificación utilitarista entremezclada con los argumentos retribucionistas.

no solo para los crímenes de lesa humanidad sino para todos los casos en los que debamos brindar una justificación del castigo. Este pedido de consistencia es relevante ya que uno de los fenómenos que ha producido la segunda etapa de los juicios es la proliferación de lo que Roberto Gargarella llama el *principio de discontinuidad*, esto es, la aceptación de que los principios que regulan el reproche estatal —especialmente las garantías procesales pero en este caso es aplicable a la justificación de la pena— pueden ser de naturaleza diferente en unos y otros casos (en los casos comunes y en los de los crímenes aberrantes) (Gargarella, 2018, pp. 42-43. Ver también Pastor, 2005 y 2012).

Ahora bien, si se compartiera lo dicho anteriormente acerca de la dificultad para justificar el hecho general de la segunda oleada de juicios, ¿existiría otro camino para su aceptación? Creo que la respuesta se bifurca, pero finalmente termina en el punto discutido anteriormente: es posible aceptar *el hecho general* de los juicios de la segunda etapa con fundamento en el derecho internacional, pero luego, para el caso concreto, para el dictado de cada condena, el tribunal que juzgue deberá justificar la pena y se encontrará con el estrecho camino señalado anteriormente. Con relación al hecho general de los juicios o para actividades que no impliquen condena (como la instrucción) como dije, es posible justificar la promoción de los procesos en el derecho internacional, para ello, es conveniente recordar que la anulación de las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final y la consiguiente aparición de la segunda etapa de los juicios tienen como antecedente directo un cambio drástico en el derecho internacional.²² Especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del ya hipercitado caso “Barrios Altos” dispuso una modificación crucial declarando la inadmisibilidad de las leyes que obstaculizaban los procesos penales por juicios de lesa humanidad²³ y advirtió, además, que

²² El cambio es considerable si se comparan los términos de “Barrios Altos” con los del informe 28/92 de la Comisión Interamericana que respondió al cuestionamiento de las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final recomendando simplemente que se otorgue una justa indemnización a las víctimas de los crímenes de lesa humanidad. A este informe y las indemnizaciones ya me he referido anteriormente.

²³ “41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir

esa decisión era general y que su incumplimiento se consideraría causa de responsabilidad internacional.²⁴

Por todo lo anterior, para quienes entiendan —como parece hacerlo la mayoría de los jueces argentinos—²⁵ que las resoluciones de la Corte Interamericana son obligatorias, es posible *aceptar el hecho general* de los juicios (asumiendo que tras la anulación de las leyes de impunidad llevar adelante los juicios es la única opción posible para el Estado argentino)²⁶. Sin embargo, como adelanté, en cada caso, en sus sentencias, los tribunales deberían fundamentar sus condenas o absoluciones en alguna justificación del castigo que debería resultar, además, consistente con las circunstancias y con las fundamentaciones de esos mismos tribunales en otros casos.

la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo))

²⁴ “18. La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye *per se* una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales, y en esos términos debe ser resuelto el interrogante formulado en la demanda de interpretación presentada por la Comisión” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos vs. Perú, Sentencia de 3 de septiembre de 2001 (*Interpretación de la Sentencia de Fondo*)).

²⁵ El fallo de la CSJN en el caso “Fontevicchia” puede percibirse como un elegante y bien argumentado cambio de rumbo respecto de la obligatoriedad de las resoluciones de la Corte IDH (CSJN, Caso 368/1998, sentencia del 14 de febrero de 2017).

²⁶ Hasta el momento no hay en la legislación argentina, a nivel federal, ninguna manifestación del “principio de oportunidad” que pueda servir de filtro para no enjuiciar ciertos casos; tampoco existe el escollo de la prescripción pues, otra vez por razones provenientes del derecho internacional, la imprescriptibilidad de este tipo de delitos estaba asumida como una obligación por nuestro país desde antes de la comisión de los crímenes de la dictadura. Esto había sido ya aceptado jurisprudencialmente respecto de la extradición de nazis en los casos “Schwammberger s/ Extradición” y “Priebke s/ Extradición” (un análisis sobre las cuestiones de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad puede verse en Fernández Blanco, 2002, pp. 513-519).

4. Sobre la reconciliación

Quisiera plantear dos cuestiones respecto de la reconciliación. Ambas contemplan romper con la inercia de que la reconciliación es algo necesario, bueno, deseable, útil o moralmente valioso. Comenzaré por el final: no tengo claro cuál es el valor moral de la reconciliación. Entiendo que la reconciliación esté afianzada como algo virtuoso en el pensamiento occidental debido a su fuerte promoción bíblica²⁷, lo que podría explicar (aunque no justificar) el indiscutido (y aparentemente indiscutible) valor intrínseco que se le otorga en muchos ámbitos. Esta raigambre histórica es, para mí, insuficiente para atribuir características virtuosas *per se* a la reconciliación. No quiero ingresar en el complejo mundo arendtiano, de donde Hilb extrae las virtudes de la reconciliación, pero me atrevería a sostener que en Arendt el valor de la reconciliación tiene muchas veces un sentido instrumental y que ni el valor moral que Arendt pudiera atribuirle ni el valor instrumental son unívocos ni sencillos (como tal vez los presenta Hilb) (ver, por ejemplo, Berkowitz, 2017, quien encuentra nueve tesis diferentes sobre la reconciliación en Arendt).²⁸

En segundo lugar, ya desde una perspectiva exclusivamente pragmática, me pregunto, ¿es necesaria *actualmente* una reconciliación respecto del tema de los crímenes aberrantes cometidos durante la dictadura militar? Creo que la pregunta necesariamente tendría una respuesta positiva si la reconciliación fuese un camino hacia la pacificación, es decir, si la comunidad estuviera en la actualidad gravemente fragmentada por este tema, si la convivencia resultara en tensiones, si las instituciones constitucionales corrieran riesgos o si algún acto violento o de venganza personal aflorara por este motivo, aunque solo fuera esporádicamente. *Hoy en día* la cuestión de los crímenes cometidos durante la dictadura no da lugar a ninguna de las situaciones que he descripto antes (ni a ninguna otra que se me haya

²⁷ Hay numerosas menciones en la Biblia a la reconciliación. Una de las más sugestivas y fuertes es la siguiente: “Y todo esto procede de Dios, quien nos reconcilió consigo mismo por medio de Cristo, y nos dio el ministerio de la reconciliación; a saber, que Dios estaba en Cristo reconciliando al mundo consigo mismo, no tomando en cuenta a los hombres sus transgresiones, y nos ha encomendado a nosotros la palabra de la reconciliación” (Corintios 5:18-19).

²⁸ Agradezco a la revisora o revisor anónimo la sugerencia de la lectura de Berkowitz.

escapado pero que sea igualmente grave), en cambio, nuestra sociedad parece estar gravemente fragmentada por otras razones sobre las que sería oportuno deliberar para reconciliarnos. No creo necesario poner nuestras energías y recursos en una reconciliación que no se reclama ni por las víctimas, ni por los victimarios ni por la sociedad en general, que no es *necesaria* (en el sentido de única opción disponible), y que no produce afectaciones a la vida institucional ni a derechos o intereses de los habitantes (por lo tanto, la reconciliación tampoco parece ser útil). Por cierto, quienes quieran reconciliarse lo pueden hacer en términos individuales como lo han hecho en España algunos familiares de víctimas de ETA con sus perpetradores, pero no veo necesario que esto sea un proyecto colectivo ni que deba resolverse en términos de comunidad. Con relación al perdón, entiendo que también es una prerrogativa individual y que de ninguna manera puede (o debe) proponerse como un proyecto que involucre a la sociedad argentina.²⁹

Por otra parte, la reconciliación, de lograrse, ¿no conspiraría contra la memoria colectiva activa de las verdades obtenidas? Conjeturalmente podríamos pensar que sí lo haría, pues cada vez que se removieran o se expusieran públicamente los hechos ocurridos o se recordara públicamente a las víctimas, la reconciliación lograda podría verse amenazada.³⁰ Argentina logró pacificarse sin reconciliación y sin perdón de víctimas a victimarios de ambos grupos. Esto es para mí una situación bastante aceptable pues el proceso de memoria colectiva activa y de comunicación intergene-

²⁹ No me interesa profundizar en la cuestión del perdón, pero cabe cuestionarse, como lo hace Tatián en su respuesta (pp. 64-65), si los familiares de quienes fueron víctimas de desapariciones forzadas o de ejecuciones arbitrarias tienen la capacidad moral de perdonar en nombre de los que ya no están (no por el dolor que ellos mismos sufrieron por la pérdida de un ser querido en donde evidentemente no hay dificultades).

³⁰ Las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final y los indultos dictados por el expresidente Menem tuvieron como motivación explícita conseguir la reconciliación. No lograron evidentemente ese objetivo (creo más bien que todo lo contrario) pero sí tuvieron —mal que me pese— consecuencias pacificadoras que, junto con otros sucesos (como la asunción de responsabilidad por el Ejército bajo el mando del Gral. Balza, los recortes presupuestarios de las estructuras militares, el lento desmantelamiento de la capacidad de presión política de la estructura militar, etc.), hicieron desaparecer los intentos de golpes de Estado o las amenazas militares al sistema democrático.

racional de lo ocurrido no ha cesado ni puede percibirse como un riesgo o amenaza a la reconciliación. Las reconciliaciones, en todos los ámbitos de la vida, obligan, por lo general, a meter el pasado debajo de la alfombra y removerlo lo menos posible para poder seguir adelante.

La no-necesariedad de la reconciliación se erige, finalmente, contra dos argumentos (incompatibles entre sí) acerca del castigo penal: (a) se erige contra el argumento de Hilb que sostiene que los juicios penales son obstaculizadores de la reconciliación (de acuerdo con mi posición, la existencia de juicios penales no sería problemática pues la reconciliación es irrelevante); (b) se erige también contra ciertos defensores de la segunda etapa de juicios, como Beade quien, enrolado en las llamadas teorías comunicativas del castigo, ve en su imposición “[...] un proceso reformador y que aspira, a través de la censura y la inculpación, a la reconciliación del ofensor con la comunidad” (Beadé, 2015, p. 191), (de acuerdo con mi posición, el problema de los juicios, en la segunda etapa, es otro, y la reconciliación, en caso de que se concretase la conjetura de este autor, es irrelevante como argumento en favor del castigo penal).³¹

La reflexión sobre la actual no-necesariedad y no-utilidad de la reconciliación es evidentemente pragmática, y por ello, reitero, puede entenderse como en un nivel de diálogo parcialmente diferente al que es planteado por Hilb. En todo caso, esta posición, me aleja de uno de los propósitos principales de Hilb (el de lograr la cadena arrepentimiento-reconciliación-perdón), pero no me aleja de otro de sus intereses que es el de la búsqueda de una parte de la verdad que falta. Tampoco me aleja de su objetivo más profundo: “fundar una comunidad después del crimen” (como he dicho antes, el modelo de refundación que plantea Hilb es a mi juicio insuficiente, aunque comparto la inquietud). Creo, sin embargo, que aun en la visión acotada de Hilb sobre qué es fundar una comunidad después del crimen, la verdad (como correspondencia) que nos falta es el elemento más relevante en la situación en la que se encuentra la Argentina

³¹ Una posición similar a la de Beade ha mantenido Habermas: “Los procedimientos así iniciados apuntan a la reconciliación: el reconocimiento intersubjetivo de los veredictos pronunciados a partir de normas aceptadas como válidas busca restaurar un orden que había sido subvertido. Esta función de la justicia política es esencialmente cumplida por medio del derecho civil y criminal” (Habermas, 1995, pp. 19-21)

actualmente. En este sentido, entiendo que se puede transmitir “[...] a las generaciones sucesivas, treinta años después, un relato que se aparte de la repetición vindicativa o resentida de una fractura que culminó en el Terror”, sin necesidad de que la reconciliación y el perdón sean parte del paquete. Evidentemente, el relato será difícilmente unívoco y sospecho que esto sería así, aun cuando se hubiera alcanzado el modelo en cadena pretendido por Hilb (verdad-arrepentimiento-perdón-reconciliación). En cambio, la falta de verdad en los dos temas que he identificado antes son efectivamente un escollo para poder forjar *uno de los varios relatos posibles* en el modo en que lo pretende Hilb.

Bibliografía

- Abregú, M. (1996). La tutela judicial del derecho a la verdad en la Argentina. *Revista IIDH*, 24, 12-46.
- Andreotti Romanin, E. (2015). Enfrentando el pasado en tiempos de impunidad. Las estrategias de los militares en el Juicio por la Verdad de Bahía Blanca (1999-2000). *Clepsidra*, 116-133.
- Beade, G. y Penna, G. (eds.) (2018). *Memoria y Castigo en los juicios de lesa humanidad*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Beade, G. (2015). Las razones del castigo retributivo. ¿Alternativas a los juicios de lesa humanidad? *Pensar en Derecho*, 6.
- Belzagui, P. (2007). *No Matar. Sobre la responsabilidad*. Córdoba: Ediciones del Cílope-Universidad Nacional de Córdoba.
- Berkowitz, R. (2017). Reconciling Oneself to the Impossibility of Reconciliation: Judgment and Worldliness in Hannah Arendt's Politics. En R. Berkowitz y I. Storey (eds), *Artifacts of Thinking: Reading Hannah Arendt's Denktagebuch* (pp. 1-9). Fordham University Press: New York.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1992). Informe 28/92. Disponible en: <http://www.derechos.org/oea/des.txt>
- Comisión Nacional para la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica (1998), Vol. 1: 110-114.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia de 3 de septiembre de 2001 (Interpretación de la Sentencia de Fondo).
- CSJN (1998). “Yofre de Vaca Narvaja, Susana c. Ministerio del Interior”. Caso 443.459/98.
- CSJN (2017). (Caso Fontevecchia) “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’ Amico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos””. Caso 368/1998, sentencia del 14 de febrero de 2017.
- David, M. (2018). The correspondence Theory of Truth. En M. Glanzberg (ed.), *The Oxford Handbook of Truth* (pp. 238-258). Oxford: Oxford university Press.
- De Greiff, P. (2011). Reparaciones y reformas institucionales. En F. Reátegui (ed.), *Justicia Transicional: Manual para América Latina* (pp. 407-440). New York-Bogotá: ICTJ.
- Duff, A. (2001). *Punishment, Communication, and Community*. Oxford: Oxford University Press.
- Equipo Argentino de Antropología Forense (1994-1997). Informes Anuales 1994-1995 y 1996-1997.
- Fernández Blanco, C. (2002). En buen camino para superar la impunidad: acerca del dictamen del Procurador General en el caso ‘Poblete’. *Nueva Doctrina Penal* 2002 B, 505-520.
- Ferrer Beltran, J. (2003). Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 27-34.
- Frisch, W. (2004). Pena, delito y sistema del delito en transformación. *InDret*, 3.
- Gargarella, R. (2018). El republicanismo penal frente a los crímenes de lesa humanidad. En Beade, G. y Penna, G. (eds.). *Memoria y Castigo en los juicios de lesa humanidad* (pp. 35-49). Buenos Aires: Ad Hoc.
- Giusanni, P. (1984). *Montoneros: la soberbia armada*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Gready, P. (2011). *The Era of Transitional Justice: The Aftermath of the Truth and Reconciliation Commission in South Africa and Beyond*. New York: Routledge.

- Guembe, M. J. (2006). Economic Reparations for Grave Human Rights Violations: The Argentinean Experience. En P. De Grieff (ed.), *The Handbook of Reparations* (pp. 21-54). Nueva York: Oxford University Press.
- Habermas, J. (1995). Cargas de un pasado doble. *No Hay Derecho*, 12, 19-21.
- Jakobs, G. (2006). *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Thompson-Civitas.
- Keren-Paz, T. (2016). *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*. Madrid: Marcial Pons.
- Krauthammer, C. y Méndez, J. (1995). Mejor la verdad que el castigo. *No Hay Derecho*, 12, 22-23.
- Leis, H. (2012). *Testamento de los años 70'*. Buenos Aires: Fundación TP.
- Milton Pereira, J. (2008). Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico. *InDret*, 2.
- Nino, C. (1996). *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Emecé.
- Papayannis, D. (2016). *El derecho privado como cuestión pública*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Pastor, D. (2012). *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Pastor, D. (Dir.) y Guzman, N. (Coord.) (2008). *Neopunitivismo y Neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Pastor, D. (2005). La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. *Nueva Doctrina Penal*, 2005/A.
- Pawlik, M. (2019). *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal*. Madrid: Atelier.
- Robinson, P. (2008). *Distributive Principles of Criminal Law: Who Should Be Punished How Much*. Oxford: Oxford University Press.
- Taruffo, M. (2018). Proceso y Verdad en la Transición. *Derecho y Sociedad*, 50, 295-306.
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos* (2.^a Edición). Madrid: Trotta.
- Teitel, R. (2000). *Transitional Justice*. Oxford: Oxford University Press.

Instrucciones para autoras/es

Discusiones publica debates en torno a un texto principal, además de diferentes secciones con textos críticos. El ámbito temático de la revista incluye la filosofía del derecho, la filosofía moral y política, así como la teoría del derecho penal, privado y constitucional. Los textos deben reflejar conocimiento original e inédito. La revista consta de dos números al año publicados en junio y diciembre de cada año.

Cada número de la revista constará de cuatro secciones: la sección principal será dedicada a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de comentarios críticos y una réplica por parte del autor/a del trabajo principal. La sección *Discusiones: Cortes* está destinada a discutir críticamente tanto un fallo o línea jurisprudencial de alguna Corte o Tribunal de relevancia, como cuestiones relativas al diseño institucional del Poder Judicial. La sección *Discusiones: Libros* albergará trabajos que discutan una idea central presente en un libro o conjunto de artículos considerados clásicos o de reciente aparición. Por último, la sección *Discusiones: Balance* consistirá en un apartado dedicado a retomar discusiones anteriores que hayan tenido lugar en esta revista o en otras sedes, intentando proyectarlas hacia el futuro.

Envío y evaluación

Todo artículo o propuesta de discusión debe ser enviado al Director o la Secretaría de Redacción (fjarena@gmail.com, samantaborz@gmail.com, danidomeniconi@gmail.com)

Discusiones: sección principal. El contenido de esta sección surgirá de la decisión del Consejo Editorial, por propuesta del Comité Científico o por una propuesta externa. Las propuestas para esta sección deben enviarse con el texto principal que se propone como eje de discusión y los nombres y vinculación institucional del/de la editor/a y los/las discutidores/ras. La propuesta será evaluada por el Consejo Editorial pidiendo parecer al Comité Científico. En caso de ser aceptada, el texto principal será remitido por la Secretaría de Redacción para su referato ciego por dos pares externos. Finalizado el proceso de evaluación, corresponderá al/a la editor/a

propuesto/a la coordinación de la discusión, recopilando los textos críticos de las personas indicadas como comentaristas y la réplica o respuesta final a las críticas por parte del/la autor/a principal. Los textos propuestos para esta sección no deberán exceder las 10.000 palabras y deberán respetar las normas editoriales de la revista.

Discusiones: Cortes. La participación en la sección resultará mediante invitación del director o de las editoras o mediante propuesta externa. La propuesta debe ser enviada a las editoras Flavia Carbonell (fcarbonell@derecho.uchile.cl) o Carolina Vergel (carolina.vergel@uexternado.edu.co) y debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar los siguientes documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría; (3) en su caso, archivo word o pdf de la/s sentencia/s analizada/s. Tanto en el caso de invitación como en el de propuesta externa, el texto será remitido por las editoras para su referato ciego por pares externos. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

Discusiones: Libros. La participación en la sección resultará mediante invitación del director o de las editoras o mediante propuesta externa. La propuesta debe ser enviada a las editoras Janaina Matida (janainamatida@gmail.com) o Lorena Ramírez (lorena.ramirez@upf.edu) y debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. Tanto en el caso de invitación como en el de propuesta externa, el texto será remitido por las editoras para su referato ciego por pares externos. El texto debe contener un abordaje crítico y preciso sobre el libro objeto de discusión, no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

Discusiones: Balance. La participación en la sección resultará mediante invitación del director, del editor o de la editora o mediante propuesta externa. La propuesta debe ser enviada al editor Diego Dei Vecchi (deivechidm@gmail.com) o a la editora Laura Manrique (laumanrique@hotmail.com) y debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar lo siguientes documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. Tanto en el caso de invitación como en el de propuesta externa, el texto será remitido para su referato ciego por pares externos. El texto debe contener un abordaje crítico y extenso de alguna de las discusiones que han sido objeto de números anteriores de la revista o que se hayan llevado a cabo en otras publicaciones y deberá, además, incluir nuevas proyecciones y actualizaciones del debate analizado. Finalmente, el texto no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

Instrucciones generales de escritura y citado

Todos los trabajos estarán redactados en español, con interlineado a espacio y medio y letra fuente Times New Roman 12. A partir del segundo párrafo se utilizará sangría izquierda de 0,5 cm en la primera línea (el primer párrafo no lleva sangría). Se debe evitar el uso de tabulación, lista y viñetas.

El título principal, en español, estará redactado en negrita, con interlineado a espacio y medio, alineado a la derecha y en letra fuente Times New Roman 14. Debajo deberá incluirse, en *cursivas*, sin negritas y alineado a la derecha, el título en inglés.

Inmediatamente bajo el título principal de cada trabajo (alineado a la derecha), en letra fuente Times New Roman 12, las/os autores pondrán su nombre con una llamada a pie de página, en asterisco, en la cual harán mención

de su grado académico, de su pertenencia institucional (incluyendo ciudad y país) y de su correo electrónico.

A dos espacios (abajo) del nombre, se ubicará, en español y en inglés, el resumen, de no más de 150 palabras, y las palabras claves (entre 3 y 6). Deben redactarse en letra tamaño 10, interlineado sencillo y con sangría izquierda de 1 cm en todas las líneas. Primero se incluirá la versión en español y, a un espacio (abajo), se incluirá la versión en inglés.

A dos espacios (abajo) se ubicará el primer título. Los títulos y subtítulos estarán redactados en negrita y tamaño 14, dejando un espacio entre el (sub) título y el primer párrafo. La numeración de los títulos y subtítulos se hará en números arábigos. Ejemplo: 1. Mujeres al poder; 2.1. Feministas a la cabeza

Las citas textuales, de una extensión menor a tres renglones, se indicarán entre comillas voladas dobles y se usarán comillas voladas simples si la cita incluye comillas. Las citas textuales de una extensión mayor a tres renglones se deberán indicar en párrafo separado, sin comillas, con sangría izquierda de 1 cm y en primera línea de 1 cm, y deberán estar redactadas en fuente Times New Roman 11, redondas, interlineado simple.

Referencias

Se realizarán siguiendo el sistema de la American Psychological Association (APA - 6th edition). Por lo que preferiblemente se incluirán en el cuerpo del texto y deben ir entre paréntesis, indicando el apellido de la autora o autor, la fecha de publicación y el número de página(s). Ejemplo: “Como se ha dicho, el derecho es doblemente indeterminado (Guastini, 2014, p. 55)”. Si se hace una mención general, se hará constar solamente el apellido de la autora o autor y el año de publicación de la obra. Ejemplo: “Este tema ya ha sido abordado otras veces (Bayón, 1994; Redondo, 1996)”. Las referencias bibliográficas se harán en notas a pie de página únicamente cuando sea inadecuado para el desarrollo del texto hacerlo en el cuerpo del texto. Ejemplo: “Véase, para una versión diferente de esta tesis (Celano,

2013, pp. 135-136)”. Los números que reenvían a las notas se ubicarán luego del signo de puntuación. Las notas al pie de página deben ser enumeradas consecutivamente y debe redactarse con fuente Times New Roman 10, interlineado sencillo.

La bibliografía se incorporará al final del artículo, antecedida por el título “Bibliografía” en fuente Times New Roman 14, en negritas, y deberá contener exclusivamente las obras citadas (tanto en el cuerpo del texto como en las nota a pie de página). Las referencias, ordenadas alfabéticamente según el apellido del autor o autora, se harán de la siguiente manera (para más indicaciones consultar directamente las normas APA - 6th edition):

- Si se trata de un libro: Guastini, R. (2011). *La sintassi del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Si se trata de capítulo en obra colectiva: Celano, B. (2013). What can Plans do for Legal Theory? En D. Canale y G. Tuzet (eds.), *The Planning Theory of Law* (pp. 129-152). London: Springer.
- Si se trata de un artículo en revista: Redondo, M. C. (2006). Sobre la completitud de los sistemas jurídicos. *Análisis Filosófico*, 26(2), 294-324.
- Las obras de un mismo autor o autora se listarán en orden descendente por fecha de publicación y usando letras cuando haya más de una publicación para un año (2010, 2001, 1997a, 1997b, etcétera).
- La bibliografía estará redactada en letra Times New Roman 12, interlineado de 1,5 y llevará sangría izquierda de 0,5 cm a partir de la segunda línea (la primera línea no lleva sangría).

Lenguaje inclusivo

La revista *Discusiones* recomienda y valora positivamente el seguimiento de las siguientes reglas de lenguaje inclusivo:

- (i) Evitar el uso del masculino de manera genérica (*i. e.*, evitar “el refugiado” y usar, en cambio, “la persona refugiada”) y el uso de

- falsos genéricos (*i. e.*, evitar “los hombres” y usar, en cambio, “las personas” o “la humanidad”).
- (ii) Preferir el uso de genéricos terminados en A, E o L (*i. e.* “la/el pianista”, “las/los asistentes”, “la/el profesional”) o, en su defecto, el correspondiente desdoblamiento (*i. e.*, “las/os niñas/os”, “la/el deportista”). En este último caso, se podrá apelar a las perífrasis o giros para evitar sobrecargas (*i. e.*, “Las personas interesadas” en lugar de “las/los interesadas/os”).
 - (iii) Evitar el uso de denominaciones sexuadas (*i. e.*, evitar “una mujer policía” y usar, en cambio, “una policía”).
 - (iv) Al proponer ejemplos, evitar aquellos que reproduzcan y refuercen un estigma, paradigma, sesgo, canon o dispositivo de opresión cuando, obviamente, no estén destinados a ejemplificar alguna de estas circunstancias.

Se terminó de imprimir en 2020
en Ediuns, Bahía Blanca, Argentina.
Se imprimieron 100 ejemplares

