

PRESENTACIÓN

Derecho y Verdad. Vols. II y IV

Germán Sucar y Jorge Cerdio*

Sumario: 1. Estructura y contenido de derecho y verdad II y IV. 2. Novedad y originalidad en derecho y verdad II y IV.

Con motivo de sendas presentaciones de la obra colectiva internacional *Derecho y verdad*, volúmenes II, *Genealogía(s)* y IV, *Problemas*¹, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 2016² y en la Universidad Carlos III de Madrid en 2017³, hemos tenido el privilegio de contar con los comentarios de nuestros eminentes colegas Carla Masi Doria, Cosimo Cascione, Eusebio Fernández, Patricia Cuenca y Juan Carlos Bayón, los dos primeros historiadores del derecho y romanistas, los tres últimos filósofos del derecho, lo cual se traduce en un doble registro de análisis al que se suma la multiplicidad de perspectivas de sus diversas orientaciones y preocupaciones teóricas individuales. Carla Masi Doria y Cosimo Cascione se han ocupado del volumen II (del cual son colaboradores), al igual que Eusebio Fernández, mientras que Patricia Cuenca y Juan Carlos Bayón han consagrado su atención al volumen IV. Recibimos con gran beneplácito este espacio que nos ofrece *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico* para entablar un diálogo con las contribuciones de tan distinguidos juristas.

Al respecto, y a modo de Introducción, se nos permitirá esta presentación sumaria de la obra — dada su considerable extensión— y, en especial, de los dos volúmenes concernidos en esta publicación, remitiendo, por lo demás, al lector a su lectura. Dividiremos nuestra exposición en dos partes: en la primera (1), explicamos la estructura y contenido de los referidos volúmenes, mientras que en la segunda (2) nos avocamos a destacar los puntos que consideramos más novedosos y originales de nuestras respectivas introducciones a dichos volúmenes.

1. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE DERECHO Y VERDAD II Y IV

Derecho y Verdad está programada en cuatro volúmenes. El primero constituye una suerte de introducción general a las figuras de la verdad y a las imágenes de la justicia en una perspectiva tanto diacrónica como sincrónica. El volumen II es una exploración histórico-crítica de las relaciones entre derecho y verdad en diversos planos desde la Grecia Antigua hasta la época contemporánea. El volumen III pretende dar cuenta de las principales concepciones del derecho en su conexión con ciertas concepciones de la verdad (tanto pretéritas como contemporáneas). El volumen IV incursiona en los problemas y las soluciones contemporáneos que ha suscitado el análisis del dere-

* Germán Sucar y Jorge Cerdio Herrán, son profesor por tiempo determinado, y profesor numerario de tiempo completo, del Departamento Académico de derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), respectivamente. En dicha calidad agradecen al ITAM y al apoyo financiero otorgado por parte de la Asociación Mexicana de Cultura.

cho y la verdad en sus diversos niveles de análisis. La redacción del volumen I ha corrido a cargo exclusivo de estos editores. Los otros tres volúmenes, en cambio, están conformados por trabajos de diferentes especialistas, aunque vienen precedidos por una introducción de estos editores; en las tres introducciones hemos tratado de ofrecer un panorama lo más amplio posible de los temas en ellos concernidos⁴.

En el volumen II, *Genealogía(s)* (de ochocientas veintitrés páginas), han colaborado, en orden de aparición: 1. Hélène Prigent, «Alegorías de la Justicia (y de la Verdad): la cuestión de las fuentes griegas» (pp. 195-246); 2. Emiliano J. Buis, «Ficciones y p(ersu)asiones de la verdad: la retórica judicial de la *aletheia* en el Derecho griego arcaico y clásico» (pp. 247-317); 3. Carla Masi Doria, «La verdad jurídica en el antiguo Derecho romano. Desde los orígenes hasta fines del siglo II d.C. (derecho preclásico y clásico)» (pp. 321-387); 4. Cosimo Cascione, «La verdad jurídica en el Derecho de la Antigüedad Tardía. Siglos III-VI d.C. (Derecho postclásico y justiniano)» (pp. 389-494); 5. John Hudson «Prueba y verdad en el temprano Derecho inglés medieval» (p. 499-526); 6. Robert Jacob, «Los modos rituales de resolución de los conflictos y la construcción de la verdad judicial. (Antropología y Alto Medioevo occidental)» (pp. 527-561); 7. Richard H. Helmholz, «La verdad en el Derecho: el *ius commune* y el litigio canónico en la historia inglesa» (pp. 565-594); 8. Jean-Marie Carbasse, «Los orígenes de la tortura judicial en Francia desde el siglo XII hasta comienzos del siglo XIV» (pp. 595-636); 9. Maité Lesnet-Ferret y Leah Otis-Cour, «La tortura en el Mediodía francés de la Edad Media» (pp. 637-669); 10. Barbara Shapiro, «“Hechos” y prueba de los hechos en el derecho angloamericano (circa 1500-1850)» (pp. 673-739); 11. Laurence Montazel, «Los *parlements* de Francia y la tortura judicial del siglo XV al siglo XVIII» (pp. 741-774); y 12. Jean-Louis Halperin, «La verdad legal en Francia desde fines del siglo XVIII hasta 1945» (pp. 775-817). Estos trabajos se encuentra precedidos por nuestra Introducción (pp. 9-190).

El volumen IV, *Problemas* (de mil sesenta y ocho páginas) está integrado por los siguientes trabajos, según su orden de aparición: 1. Michael Moore, «Semántica, metafísica y objetividad en el derecho» (pp. 595-654); 2. Marek Piechowiak, «Normas verdaderas a la luz de la justificación axiológica de las normas» (pp. 655-682); 3. Andrei Marmor, «La verdad en el Derecho» (pp. 683-717); 4. Pierluigi Chiassoni, «Interpretación jurídica sin verdad» (pp. 721-760); 5. Frederik Schauer, «Una vez más sobre las ficciones jurídicas» (pp. 761-789); 6. Michele Taruffo, «Verdad y proceso» (pp. 791-812); 7. Ricardo Caracciolo, «El problema de los hechos en la justificación de sentencias» (pp. 815-839); 8. Larry Laudan, «Tomarse la ratio de las diferencias en serio: el delincuente reincidente y el estándar de prueba, o del tratamiento diferenciado para los delincuentes reincidentes» (pp. 841-862); 9. Daniel González Lagier, «Cuatro problemas en torno a la relación entre prueba y verdad» (pp. 863-907); 10. Bernard S. Jackson, «¿Verdad o prueba?: el veredicto penal» (pp. 909-971); 11. Amalia Amaya, «Coherencia y verdad en el Derecho» (pp. 973-1003); 12. Riccardo Guastini, «Juristenrecht» (pp. 1007-1028); 13. Ulises Schmill, «Observaciones al ensayo de Riccardo Guastini cuyo título es Juristenrecht» (pp. 1029-1034); 14. Riccardo Guastini, «Réplica al comentario crítico de Ulises Schmill a Juristenrecht» (pp. 1035-1038); 15. Ulises Schmill, «Réplica a las observaciones de Riccardo Guastini» (pp. 1039-1045); 16. Ulises Schmill, «La verdad en el Derecho y la jurisprudencia» (pp. 1047-1062). Los referidos trabajos son precedidos por la introducción de estos editores «Problemas iusfilosóficos contemporáneos en torno a las relaciones entre Derecho y verdad. Una Cartografía de Cuestiones y tentativas de solución» (pp. 9-594).

Más allá de su enfoque específico —uno de corte histórico, el otro centrado en los problemas actuales—, ambos volúmenes comparten (a diferencia de los otros dos) una identidad en cuanto a los principales planos de análisis que vertebran el estudio de las relaciones entre Derecho y verdad: las cuestiones relativas a la verdad *del* Derecho; *en el* Derecho y *sobre* del Derecho. **En el volumen**

II, este es el eje que atraviesa las etapas que jalonan la historia del Derecho occidental, en su doble vertiente (a partir de la Edad Media central) entre las tradiciones del *Civil Law* y del *Common Law*, según se explica en nuestra Introducción, que en el índice se reflejan de este modo: **I. Antigüedad**, A) Grecia antigua: de la verdad sin representación a la verdad como representación (trabajos de Hélène Prigent y Emiliano J. Buis); B) Roma antigua: de la verdad argumentativa a la *rei veritas* (trabajos de Carla Masi Doria y Cosimo Cascione). **II. Edad Media**, A) Alta Edad Media: la puesta a prueba (los juicios de Dios) (trabajos de John Hudson y Robert Jacob); B) Baja Edad Media: prueba y ciencia jurídica (el caso de la tortura) (trabajos de Richard H. Helmholz, Jean-Marie Carbasse y Maïté Lesnet-Ferret y Leah Otis-Cour). **III. Del Renacimiento a la época moderna: *Civil Law* y *Common Law* ¿dos historias de la verdad jurídica?** (trabajos de Barbara Shapiro, Laurence Montazel y Jean-Louis Halperin). **En el volumen IV**, dicho eje temático se refleja en los títulos mismos del índice que estructura la distribución de las contribuciones: **I. Problemas de la verdad del Derecho**; **II. Problemas de la verdad en el Derecho**; y **III. Problemas de la verdad sobre el Derecho**.

De manera general, y tal como se pone de manifiesto en cada una de las introducciones a los tres volúmenes colectivos, en la obra se establece una interconexión entre *historia*, *concepciones* y *problemas*, destacándose sus recíprocas dependencias, así como sus relativos espacios de autonomía, de modo que en el volumen II, centrado en la perspectiva histórica, se da cuenta de los problemas (en su evolución) y de las concepciones que los abrigan, mientras que en el volumen IV, centrado en los análisis contemporáneos de los problemas, se pone a estos últimos en relación, en diversos puntos, con análisis o perspectivas históricas (que conducen a tener una visión distinta incluso de los problemas contemporáneos), así como con las concepciones más amplias (no solo actuales) en las que se insertan. En el volumen III se reflejará la interconexión entre estos tres ítems tomando como eje las concepciones. En el volumen I se pretende conjugarlos todos armónicamente.

La Introducción al volumen II se haya dividida en cuatro grandes partes. La primera, «Tres planos de análisis», da cuenta detallada y con ejemplos históricos de las relaciones —dicho ahora simplificada— de la verdad con relación las normas jurídicas (verdad *del* Derecho); de la verdad en los procesos jurisdiccionales (verdad *en el* Derecho) y de la verdad de los enunciados de la ciencia jurídica y la teoría del Derecho (verdad *sobre* del Derecho). A propósito, también se da cuenta de las transformaciones que ha sufrido aquello que llamamos «Derecho» («*droit*», «*diritto*», *Recht*, «*law*» o expresiones sinónimas en otras lenguas) a lo largo de la historia, así como de las transformaciones semánticas asociadas al significante «verdad» («*aletheia*», «*veritas*», «*verité*», «*verità*», «*wahrheit*», «*truth*», o expresiones sinónimas en otras lenguas). La segunda parte, «Cuestiones fundamentales», reseña los puntos comunes (*mutatis mutandi*, según los diversos períodos históricos) que, a modo de referencia, debían tomar en cuenta cada uno de los colaboradores a fin de asegurar la unidad temática del volumen. En la tercera parte, «Estructura y contenido de la obra», al tiempo que se justifica la periodización de la historia del Derecho y de la ciencia jurídica, se da cuenta de las principales características de cada una de estas etapas atendiendo a nuestro triple nivel de análisis y, especialmente, a las diferencias entre la tradición jurídica continental europea y la del *Common Law*. Al respecto, en el contexto general presentado se ponen de manifiesto no solo las afinidades, sino también las diferencias o tensiones teóricas existentes entre las distintas colaboraciones del volumen. Asimismo, se efectúa una síntesis recapitulativa tanto cronológica o «vertical» como temática u «horizontal», y luego trata de explicarse el sentido de la empresa genealógica. Finalmente, la cuarta parte, «Historia y teoría del Derecho», está destinada a un aspecto tan importante como poco tratado: la relevancia de la historia del Derecho para la teoría y la filosofía del Derecho.

Lacónica y simplificada expuesto, con relación a la verdad *del* derecho, en la Antigüedad podría hablarse de un paso de lo que ha dado en llamarse *los maestros de la verdad a los amantes de la*

verdad. En la Edad Media, por su parte, se produce una transformación significativa de una concepción «normativa» de la verdad (expresada ejemplarmente por San Anselmo) a una concepción de la verdad como adecuación del intelecto con las cosas (expresada ejemplarmente por Santo Tomás de Aquino). Si se toman como punto de comparación estas dos primeras etapas con la Modernidad, a partir del Renacimiento puede percibirse un cambio de acento importante en lo tocante a la concepción de la autoridad jurídica con la verdad: comienza a predominar el principio *Autoritas non veritas facit legem* en lugar del principio *Veritas non auctoritas facit legem*. En cuanto a la verdad *en el Derecho*, se da cuenta del cambio significativo que, en la historia del procedimiento, implicó, entre los siglos XII y XIII de nuestra era, el abandono del empleo de las ordalías, el juramento decisorio y la composición, y su sustitución diferenciada a uno y otro lado del Canal de la Mancha, por el *jury trial* y la *enquête* romano-canónica, respectivamente, cambio que dio lugar a la conformación de las dos tradiciones jurídicas más importantes de occidente, respectivamente, el *Common Law* y el *Civil Law*. Estas dos matrices procesales son las que han dado lugar a dos maneras diferentes de «producir» la verdad judicial, es decir, a diferentes escenarios simbólicos y rituales que implican una diversa reconfiguración con lo sagrado, así como, correlativamente, distintas técnicas de averiguación, admisibilidad y valoración de la prueba. En la Introducción (y en las respectivas contribuciones que conforman el volumen) se da cuenta de las múltiples transformaciones procesales en relación con la verdad operadas tanto con anterioridad como con posterioridad a la referida mutación del Medioevo central, atendiéndose a la historia del Derecho procesal en Grecia y Roma antiguas, al igual que desde el Renacimiento y hasta la Modernidad, en una y otra de las mencionadas tradiciones. En lo tocante a la verdad *sobre el Derecho*, en nuestra Introducción subrayamos la importancia de discriminar, por una parte, las normas jurídicas y otros tipos de enunciados jurídicos (por ejemplo, las definiciones) y los metaenunciados de la «ciencia jurídica» y la de la iusfilosofía y, por otra parte, las respectivas singularidades de estos dos últimos metadisursos. Todo ello con el fin de marcar, desde una perspectiva histórica, las conformaciones y transformaciones de estos diferentes campos discursivos (y sus interrelaciones) tanto en el *Common Law* como en el *Civil Law*.

La Introducción al volumen IV está dividida en tres grandes partes, calcadas esta vez a las tres partes en que se distribuyen (según su especialidad o acento) las contribuciones que la prolongan, a saber, y como se ha adelantado: I. «Problemas de la verdad *del Derecho*»; II. «Problemas de la verdad *en el Derecho*»; y III. «Problemas de la verdad *sobre el Derecho*». El proemio a dicha Introducción comienza dando cuenta de las nociones de problema en general y de problema filosófico en particular para luego destacar que hay dos grandes problemas que atraviesan nuestra temática, en particular en la iusfilosofía contemporánea: los problemas relativos a la naturaleza del Derecho y a la naturaleza del conocimiento jurídico. Cada uno de estos dos grandes problemas incluye una gran variedad de subproblemas de los cuales se intenta dar cuenta en la Introducción junto con las principales tentativas de solución que se han ofrecido a los mismos. Los problemas de la verdad *del Derecho* están íntimamente relacionados con las concepciones sobre la naturaleza del Derecho, mientras que los problemas relativos a la verdad *sobre el Derecho* están estrechamente vinculados a las concepciones sobre la naturaleza del conocimiento jurídico. Por su parte, los problemas que tienen que ver con la verdad *en el derecho* se vinculan tanto con las concepciones acerca de la naturaleza del Derecho como con las concepciones de la naturaleza del conocimiento jurídico, en la medida en que, normalmente, los operadores jurídicos que intervienen en un proceso jurisdiccional deben realizar tareas tanto práctico-normativas como cognoscitivas. En este tipo de reconstrucción se pone de relieve la tesis de que, para poder dar cuenta adecuadamente de las diversas cuestiones que suscita el interrogante acerca de las relaciones entre Derecho y verdad, ha de partirse de una discusión crítica sobre las diferentes teorías rivales respecto de la naturaleza del Derecho y del conocimiento jurídico. En nuestra exposición adoptamos un modelo teórico que denominamos *positivista norma-*

tivista convencionalista, una reconstrucción teórica que estimamos más adecuada que otras variantes del modelo positivista o que los modelos antipositivistas. Al efecto, se da cuenta de los diferentes tipos de discurso jurídico partiendo de la clasificación de Jerzy Wróblewsky: *el lenguaje legal* (LL), *el lenguaje jurídico jurisprudencial* (LJJ), *el lenguaje jurídico científico* (LJC) y *el lenguaje jurídico común* (LJc). También se lleva a cabo un análisis de algunos de los problemas que presenta la definición y clasificación de los conceptos en el ámbito del Derecho en los diferentes niveles de lenguaje recién mencionados. Tras este proemio, nuestra Introducción se detiene, en primer lugar, en un extenso desarrollo de las cuestiones abordadas en la primera parte (los problemas de la verdad *del* Derecho), y se adentra en las distintas teorías acerca de si las normas jurídicas (y morales) pueden o no ser susceptibles de verdad o falsedad y en cómo las soluciones propuestas se vinculan con las diferentes alternativas que abre el dilema de Jørgensen; en segundo lugar, se realiza un detenido análisis de las teorías acerca de las relaciones (o ausencia de relación) de las presunciones y ficciones jurídicas con la verdad y la falsedad y sus implicaciones regulativas, teóricas e ideológico-políticas. En la segunda parte (relativa a los problemas de la verdad *en el* Derecho) se abordan, por una parte, el estatus y la permeabilidad a los valores de verdad de los enunciados jurídicos normativos o internos que emplean los operadores jurídicos en un proceso jurisdiccional (cuestión para cuyo análisis se examina críticamente la distinción entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*, así como los enunciados de subsunción y su relación con la noción de calificación jurídica); y, por otra parte, las diferentes teorías acerca de la naturaleza del proceso jurisdiccional y sus consecuencias teóricas respecto de la naturaleza de la investigación de los hechos, la prueba y la verdad judicial. Al efecto, en primer lugar se distinguen distintos tipos de niveles de análisis: estudios dogmáticos acerca de la regulación probatoria, estudios acerca de la teoría general del proceso y de la prueba, y estudios pragmáticos sobre la prueba. A su vez, estos tres tipos de análisis que son propios de los juristas se contrastan con otros tipos de estudios realizados por disciplinas sociales como la sociología o la psicología cognitiva. Se advierte que todas estas cuestiones pueden recibir un tratamiento histórico-genealógico y, en particular, se pone de relieve que este puede conducir a un abordaje diferenciado en los sistemas procesales del *Common Law* y en los del *Civil Law*. Asimismo, las teorías generales y las teorías pragmáticas sobre el proceso y la prueba (construidas por juristas o por otro tipo de científicos sociales) son clasificadas según su estatus, sea descriptivo, prescriptivo o reconstructivo. A partir de estos presupuestos, y a los efectos de la exposición, se discrimina entre teorías cognoscitivistas y no cognoscitivistas. Las primeras son, a su vez, subclasificadas en versiones inferencialistas y no inferencialistas. Se trata de un extenso desarrollo de muy diferentes concepciones y variantes que no es posible exponer aquí en detalle. La tercera parte (concerniente a los problemas de la verdad *sobre el* Derecho) se avoca a examinar las relaciones de la «ciencia jurídica» y la «teoría general del Derecho» con la verdad. Con este fin se discuten las cuestiones relativas a la identificación y sistematización del Derecho, al igual que la estructura lógico-semántica de los enunciados de la «ciencia jurídica» y de la teoría general del Derecho, así como el estatus de los conceptos y construcciones dogmáticos, por una parte y de los conceptos y las construcciones propias de la teoría general del Derecho, por la otra. Al final de cada una de estas tres partes de la Introducción, según su tema, se contextualizan las contribuciones que integran el volumen en el mapa de cuestiones y soluciones elaborado por nosotros, se las relaciona entre ellas y se realiza también un análisis crítico de cada una.

Estos son, presentados muy sumariamente, algunos de los principales tópicos y cuestiones de los volúmenes II y IV, que esperamos sirvan como indispensable antesala de los artículos que obran a continuación.

Para finalizar, quisiéramos poner de relieve ciertas cuestiones sobre cuyo tratamiento y desarrollo encontramos de particular interés llamar la atención por su originalidad, singularidad o importancia.

2. NOVEDAD Y ORIGINALIDAD EN DERECHO Y VERDAD II Y IV

Con relación al volumen II, digamos, en primer lugar que, en sí mismo, considerado en general, constituye una absoluta novedad. No ha habido hasta su aparición (ni hay todavía) ningún intento sistemático de emprender el estudio histórico y, más propiamente, genealógico, de las complejas relaciones, en los diferentes planos en que estas se dan o, al menos se postulan, entre el Derecho y la verdad, —guiada por una explícita agenda de ejes o núcleos temáticos; con una delimitación de períodos históricos— desde Grecia y Roma antiguas hasta la época contemporánea y con un tratamiento diferenciado y comparativo entre *Civil Law* y *Common Law*.

Otra singularidad de esta obra es que cuenta con un trabajo que aborda la iconografía sobre la justicia y la verdad en la Grecia antigua (a cargo de Hélène Prigent), lo cual pone de manifiesto la relevancia —nada usual en la bibliografía— de este tipo de análisis para las investigaciones sobre el Derecho en general y sobre las relaciones entre Derecho y verdad en particular. Se trata de algo completamente inédito.

Queremos enfatizar, asimismo, la relevancia que le hemos dado al estudio histórico para los temas y problemas propios de la teoría general del Derecho y, más ampliamente, la filosofía del derecho. En tal sentido, más allá de la importancia del contenido de todo el volumen, en la introducción dedicamos un apartado específico, el último (IV), a las relaciones entre historia y teoría del derecho. Esto nos parecía imprescindible, dado el desinterés o, peor aún, la reputada irrelevancia de la historia del Derecho para la teoría y la filosofía del Derecho. Entre otras consecuencias, surge la consideración de la tesis de la historicidad del Derecho y, asociada a ella, esta pregunta fundamental: ¿es posible una teoría *general* del Derecho? O, de manera más detallada, y llevando la generalidad al extremo: ¿es posible una teoría *universal* del Derecho o solo teorías dotadas de un grado de generalidad que debería especificarse y justificarse?; y, en su caso, ¿cómo trazar dichos límites? Digamos, como corolario, y para precisar algo que no hemos hechos en el volumen II, pero que en cierto modo está implícito en él, que la tesis de la historicidad del Derecho apunta no a la obviedad de que aquello que está jurídicamente prohibido o permitido, o los medios procesales para determinar las consecuencias jurídicas de lo uno o lo otro, varía a lo largo de la historia, sino que se opera una modificación en aquello mismo que se ha llamado y llamamos hoy Derecho, *Ius*, *Droit*, *Diritto*, *Law*, etc. en los criterios mismos de uso de estas expresiones. En una palabra, el cambio que se opera tanto en la intensión como en la extensión de tales términos. Ello apunta a la contingencia de los fenómenos que llamamos «Derecho» o calificamos de «jurídicos» —o, para decirlo de modo material, a la contingencia tanto de los contenidos como de las formas jurídicas—. En algún sentido, esto no debería sorprender a los cultores del positivismo jurídico. Sin embargo, si uno se atiene a los análisis, verá que estos asumen como modelo del Derecho, con total ingenuidad, las características del Derecho moderno de Occidente. Los de la tradición occidental, sus sistemas de Derecho predominantemente escrito y codificado. Los del *Common Law* sus ordenamientos predominantemente consuetudinarios y jurisprudenciales. No deben extrañar las inconsecuencias o deformaciones en que incurren unos y otros al intentar construir una teoría general que abarque los ordenamientos de ambas tradiciones. Sin embargo, en realidad, sorprende la falta de sorpresa de los teóricos del Derecho a este respecto. Incluso los cultores de la teoría crítica del Derecho, interesados en la historia del Derecho, al ambicionar una teoría general del discurso o del poder, no parecen tomarse en serio la tesis de la historicidad del derecho. La tesis de la historicidad del Derecho apunta a la contingencia del Derecho, a sacar de la sombra las distintas figuras del Derecho, de la ciencia jurídica, de las teorías del Derecho. A marcar el relieve, la impronta, de las diversas tradiciones jurídicas. Ello, ciertamente, permite ver nuestras propias formas jurídicas, nuestra propia ciencia jurídica y nuestra

tradición jurídica con unos lentes nuevos, que son los que provoca la conciencia de lo otro, de lo que es diferente.

Por último, permítasenos mencionar dos defectos mayores que advertimos en la mayor parte de las teorías del Derecho que denominamos *ingenuidad ontológica* e *ingenuidad epistemológica*, y que estimamos de suma relevancia para la construcción así como para la evaluación de tales teorías.

Respecto del volumen IV, de manera general, quisiéramos enfatizar el interés que hemos puesto en articular, en diversos puntos sensibles, la conexión entre una consideración histórica y un análisis puramente conceptual de ciertos problemas iusfilosóficos contemporáneos, lo cual —merece ser resaltado— constituye una prolongación del punto IV de la Introducción al volumen II. Así, por un lado, encontramos dos estudios de carácter eminentemente históricos sobre las ficciones jurídicas, el de Yan Thomas y Robert Jacob. Por otro lado, nuestra presentación del debate acerca de la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, se informa acerca del recordatorio histórico que hace Jacob de que, en el *Common Law*, la distinción *law/fact* no tiene en absoluto la misma importancia que la distinción entre el Derecho y el hecho en las culturas continentales. Un tercer ejemplo prominente de la prolongación que venimos reseñando es el de las dos formas fundamentales de producir la verdad jurídica en Occidente: la de los sistemas procesales del Derecho continental y la de los sistemas del *Common Law*. Estos ejemplos, desde luego, son meramente indicativos. El lector podrá hallar otros a lo largo de nuestra Introducción.

Con relación al primer gran apartado, los problemas relativos a la verdad *del* Derecho, creemos que es oportuno poner de relieve el extenso y detallado tratamiento (expositivo y crítico) que se le da a los diversos intentos de defender que las normas jurídicas son susceptibles de verdad o falsedad según las diferentes teorías de la verdad empleadas al efecto, así como de las distintas soluciones que jalonan las tentativas de solución al dilema de Jørgensen conforme a las distintas alternativas que este abre. Pero lo que nos parece un aporte más fundamental es, por una parte, la inclusión del tema de las ficciones y las presunciones en el ámbito de los problemas de la verdad *del* Derecho. Por otra parte, de manera más específica, la distinción de la formulación de ficciones jurídicas en distintos planos: en el marco de la filosofía del Derecho o de la teoría política, en el marco de la dogmática o de las normas jurídicas mismas (de orden legislativo o judicial); al igual que la consideración no solo de los problemas epistemológicos que suscitan las ficciones (en dichos diversos planos), sino también de los problemas de legitimación y dominación (poder).

Con relación a los problemas de la verdad *en el* Derecho, uno de los primeros aspectos que quisiéramos destacar es la distinción entre tres modelos de proceso jurisdiccional: el de la libre creación del Derecho, el romano-canónico y el del *Common Law*. Además de hacer visible la relevancia de asumir un tratamiento diferenciado (y no unitario, como siempre se hace) para la elaboración de una teoría acerca de la naturaleza del proceso jurisdiccional y de la prueba (así como la variadísima gama de cuestiones con ellas conectadas), esta distinción pone de manifiesto la conexión directa que existe entre el estudio histórico del proceso y de la prueba y el análisis conceptual de los problemas ellos suscitan.

En segundo lugar, la presentación detallada de las discusiones acerca y detrás de la distinción entre las cuestiones de Derecho (*quaestio iuris*) y las cuestiones fácticas (*quaestio facti*). Es de resaltar que no solamente se muestran las posturas más importantes que sostienen o impugnan (total o parcialmente) esta distinción, sino también que se lleva a cabo un balance crítico que permite apreciar hasta dónde esta resiste un análisis riguroso, más allá de su empleo tan común entre dogmáticos y teóricos del Derecho. La relación entre la verdad y los enunciados jurídicos, en estos dos contextos de discusión (*quaestio iuris* y *quaestio facti*), se analiza con particular nitidez después del balance crítico acerca de la distinción antes apuntada. Un punto crucial y desatendido en la bibliografía,

además, es la indicación de que la *quaestio iuris* y la *quaestio facti* pueden ser objeto tanto de un enfoque descriptivo como de uno normativo, y su tratamiento respectivo. De manera más amplia, bajo la consideración de este doble enfoque, se propone una clasificación de los diferentes tipos de enunciados jurídicos que intervienen en el proceso jurisdiccional y se discriminan el plano de la identificación (concebida como una tarea de índole teórica) y de la aplicación (concebida como una tarea de corte práctico-normativo), lo cual conduce, además, a precisar la terminología: enunciados interpretativos, enunciados jurídicos descriptivos, enunciados jurídicos normativos, enunciados de subsunción, etc. Otro aspecto de interés en esta propuesta de clarificación es el concepto de relevancia jurídica, es decir, los enunciados que especifican que ciertos hechos son jurídicamente relevantes con relación a ciertas normas. En ese sentido, afirmamos que el concepto de *calificación jurídica* se explica mejor en términos de lo que hemos denominado *enunciados jurídicos de subsunción* (genéricos o individuales). Incluso estos enunciados de subsunción (calificación) admiten, según explicamos, una interpretación descriptiva y otra normativa. En esta explicación de la subsunción o calificación jurídica nos alejamos del empleo de un aparato conceptual muy extendido en la teoría de la argumentación jurídica: aquella asociada con los denominados *contexto de descubrimiento* y *contexto de justificación*. Sostenemos que los argumentos que habitualmente se emplean para justificar el uso de esta distinción en el ámbito epistemológico (más allá de las críticas que han recibido en este propio terreno) no *migran* con éxito hacia el contexto jurídico del proceso jurisdiccional.

En tal sentido, la cartografía de problemas que hemos desarrollado pone énfasis en la revisión del origen que tienen los conceptos que muchas veces son importados a la discusión teórica en el Derecho. Entendemos que un análisis de este tipo permite revelar los presupuestos implícitos en los debates que dieron lugar a la elaboración de ciertos conceptos teóricos e interrogarse si dichos presupuestos son equivalentes en el contexto de la discusión jurídica. Otro de esos conceptos es el de probabilidad y las nociones a él asociadas: inferencia probable, inducción probable y lógica inductiva, por un lado. Por otro lado, el de términos que usualmente son introducidos a partir de tales nociones: hipótesis, comprobación, verificación, falsificación, conocimiento. Analizar el concepto de probabilidad en el marco de la prueba judicial nos condujo a realizar un escrutinio de la historia del uso del concepto de probabilidad, así como de la forma de usar y entender dicho concepto, es decir, nos ha llevado hacia el terreno de la filosofía de la probabilidad. Así, hemos conjugado los diferentes conceptos y comprensiones de la probabilidad para presentar un recorrido teórico que muestra la complejidad existente detrás de dicha noción, empleada sobre todo por los filósofos, usualmente de una manera muy masiva que, ineluctablemente, impide su aplicación fructífera en el campo del Derecho y, en particular, de los procesos jurisdiccionales. Con ello se pretende ofrecer un mapa suficientemente rico y extenso como para que sirva de guía a todo lector interesado en explorar la vasta bibliografía secundaria en el tema, cuyo tratamiento exhaustivo, por sí mismo, merecería otro volumen. Una de las conclusiones del recorrido propuesto es que, dada la multiplicidad de conceptos y suposiciones asociadas con la probabilidad, la carga de la prueba teórica del uso pertinente de algún concepto de probabilidad en el contexto iusfilosófico recae sobre quien quiera valerse de él, debiendo al efecto especificar cuál de los diferentes referidos conceptos y suposiciones está en juego y con relación a qué aspecto, tarea, etc. precisos del proceso jurisdiccional. Por lo demás, la carga de justificar el empleo de la expresión *probable* ha de ir acompañada de una suscripción de cierta *filosofía* de la probabilidad y de un cierto cúmulo de compromisos ontológicos y epistemológicos. Es una carga de justificación que encontramos incumplida en la gran mayoría de trabajos que hemos examinado que están dedicados al estudio y análisis de la prueba, su epistemología y su relación con la verdad en el ámbito de la teoría del Derecho. Así y todo, el tablero de control de las complejidades de la noción de *probabilidad* nos ha servido para examinar con lujo de detalle las principales posturas que en la bibliografía jurídica proponen usar algún sentido de «probabilidad» para explicar la

naturaleza *epistémica* del proceso de decisión jurisdiccional. En dicho examen se muestra el fracaso de extrapolar con éxito el concepto de *probable* hacia las teorías que dan cuenta de la prueba y de la actividad probatoria, bien porque los esfuerzos teóricos no son conscientes de los presupuestos asociados a las nociones de probabilidad que emplean, bien porque hacen adaptaciones *ad hoc* para forzar el acoplamiento de la noción a su objeto explicativo.

La presentación, por otro lado, de las teorías acerca de la prueba que usan alguna noción de probabilidad nos ha permitido también reparar en la necesidad de proponer criterios más amplios para clasificar otro tipo de empresas teóricas que no emplean dicha noción, sino otras nociones. Es una propuesta novedosa, por lo tanto, clasificar a las teorías por su aceptación o rechazo de la noción de inferencia, sea que esta inferencia se asocie a la conexión de enunciados, en un proceso probatorio, mediante algún concepto de probabilidad o que se lo haga mediante el concepto de explicación. Respecto de este último concepto, encontramos, similarmente a lo que dijimos acerca de la idea de probabilidad, un mayor número de exponentes, variantes y distinciones de lo que habitualmente se reconoce. Estos, por lo demás, no resultan claramente presentados ni relacionados en la bibliografía: coherencia y explicación, ajuste explicativo, mejor explicación, abducción, inducción y explicación. Una vez exploradas y distinguidas las distintas vertientes de la concepción explicativa, concluimos que *explicación* y *probabilidad* son los conectores que se emplean para sostener que en el proceso probatorio, en el Derecho, se realizan inferencias de algún tipo (teorías inferencialistas). La segunda rama agrupa teorías que niegan que en el proceso jurisdiccional —y, en particular, en el de la prueba— se realice (o deba reconstruirse como) un proceso inferencial. Sin embargo, aquí también encontramos una novedad: que hay teorías poco conocidas en el medio iusfilosófico que, al tiempo que son no inferencialistas, no descartan alguna conexión con algún concepto de verdad. Dos son las únicas posturas teóricas que encontramos que auténticamente destierran el concepto de verdad de la comprensión de los procesos jurisdiccionales (de las cuales una, en rigor, no es una teoría, sino una reconstrucción que se inspira en un pasaje de Twining) y que, por ello, son calificadas de escépticas. De esta manera, ha de destacarse que la distinción que realizamos entre teorías cognoscitivistas y no cognoscitivistas, aunque muy común desde el punto de vista de la denominación, no lo es en lo que respecta a su caracterización y a las subclasificaciones de teorías que cada una de ellas comprende, como tampoco de sus exponentes más representativos. Es una novedad, pues, sostener que la vasta mayoría de las teorías acerca de la naturaleza de la prueba en el contexto jurisdiccional no descartan algún rol para el concepto de verdad; o, dicho de otro modo, que las concepciones auténticamente escépticas en esta materia —pese a lo que suele creerse— son muy acotadas.

Terminada la clasificación en una dimensión macro de las teorías acerca de la prueba y el proceso jurisdiccional, abordamos una discusión más circunscrita pero no menos compleja: la discusión entre atomismo y holismo acerca de la prueba. En este punto, ponemos en conexión la explicación que hemos hecho acerca de las teorías inferencialistas con una discriminación de distintos sentidos de «hipótesis» a fin de proponer una manera distinta de entender la estructura de las inferencias que producen las teorías inferencialistas. A partir de esta combinación, hemos identificado rasgos estructurales de dichas inferencias: vectorial, no vectorial, unidireccional, bidireccional, multidireccional, unidimensional, multidimensional. Las combinaciones de tales características no solamente permiten clasificar de mejor modo a las posturas en debate, sino también distinguir entre los rasgos de una inferencia y las exigencias concretas de presentación de las inferencias, es decir, de las reglas procesales que obligan a presentar una inferencia de determinada forma (por ejemplo, con una presentación global de las pruebas). Es en este contexto que también incursionamos en la formulación de una nueva forma de entender el atomismo que denominamos *atomismo criteriológico*. En dicha propuesta, el lector encontrará una forma de reconciliar la exigencia de un *estándar objetivo* de la prueba sin incurrir en las dificultades teóricas que presentan las teorías que adoptan la noción de

inferencia inductiva y la idea de contrastación de hipótesis. Es un esbozo preliminar que apunta a un camino que esperamos desarrollar en trabajos posteriores. Por de pronto, nuestra propuesta de atomismo criteriológico ofrece una salida al reto —hasta ahora incontestado— lanzado por Juan Carlos Bayón contra la asumida compatibilidad entre la exigencia de un estándar objetivo en la valoración con de la prueba que a su vez sea sensible a la distribución del error y la contrastación y comparación de hipótesis probatorias.

Nuestro último apartado de la Introducción al volumen IV está dedicado a los problemas relativos a la verdad *sobre* el Derecho. En él nos ha interesado establecer los problemas relacionados con los diferentes discursos acerca del Derecho, especialmente la ciencia jurídica, por una parte, y la teoría general y filosofía del Derecho, por otra. Asimismo, en relación con las tareas de la dogmática, hemos distinguido entre las tareas de identificación y de sistematización del Derecho, de modo que una primera etapa en el análisis ha sido responder las dificultades que estos dos cometidos importan con relación a la verdad. En una segunda etapa, nos hemos preguntado sobre la verdad de los enunciados que se formulan desde la denominada *ciencia del Derecho*. Conviene destacar que los problemas se bifurcan en dos. El primer camino está signado por la pregunta sobre el rol que juega la verdad —o algún concepto de verdad— en las construcciones conceptuales que hacen los dogmáticos. Porque aunque es complejo —y problemático— caracterizar las distintas tareas que realizan los dogmáticos, siempre es posible cuestionar si los aparatos conceptuales construidos —producto de esas tareas complejas— se relacionan de algún modo con la verdad de ciertos enunciados. El segundo camino es que, incluso negando todo estatus científico a la dogmática —o bien negando que las construcciones conceptuales de la dogmática tengan alguna relación con la verdad—, resta una segunda indagación: se trataría aquí de apreciar que las operaciones que realizan los practicantes que, a menudo, usan los conceptos dogmáticos, involucran enunciados susceptibles de ser verdaderos o falsos. Una vez agotada esta bifurcación, podemos hacer notar un fundamento que precede a nuestro análisis acerca de los problemas de identificación, sistematización y caracterización de la dogmática: que cualquier postura o respuesta inteligible a tales problemas siempre depende de la adopción de una teoría acerca de la naturaleza del Derecho. Llegados a este punto, hemos propuesto que cualquier análisis acerca de las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos es siempre relativa tanto a la estructura lógico-semántica que se atribuya a tales enunciados como, muy fundamentalmente, a una teoría acerca de la naturaleza del derecho y del conocimiento jurídico.

La tesis de la dependencia entre las teorías sobre la naturaleza del Derecho (y del conocimiento jurídico) y las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos —incluidos los de la ciencia del Derecho— permite ahora abrir una interrogación más amplia. ¿En qué medida las propias teorías acerca de la naturaleza del Derecho (y del conocimiento jurídico) son susceptibles de ser verdaderas o falsas? Esta es una pregunta que no suelen formularse —paradójicamente— los propios teóricos y filósofos del Derecho, es decir, justamente quienes elaboran estas teorías.

En adición al análisis de dicho interrogante, hemos hecho patente que los supuestos que dichas teorías adoptan implican que las teorías acerca de la naturaleza del Derecho (y del conocimiento jurídico) no son *teóricamente* neutras, en la medida en que están construidas sobre la base de juicios de relevancia y supuestos filosóficos específicos. En el recorrido hasta aquí presentado podemos destacar, de este modo, que la verdad *acerca* del Derecho es una cuestión que se hace inteligible desde el reconocimiento de alguna teoría acerca de la naturaleza del Derecho y del conocimiento jurídico como punto de partida. Las características y suposiciones teóricas de dicha teoría serán el trasfondo para, a su vez, establecer las condiciones de verdad de los enunciados formulados tanto acerca de la dogmática como de la práctica jurídica. Finalmente, el estatus de verdad de las construcciones doctrinales y el rol de la verdad en los enunciados que formulan los practicantes a partir de tales

construcciones también dependerá, en última instancia, de cierta teoría asumida acerca de la naturaleza del Derecho y del conocimiento jurídico.

NOTAS

1. Tirant lo Blanch: Valencia (2015 y 2017, respectivamente).
2. Presentación de *Derecho y Verdad II, Genealogía(s)*, Germán Sucar y Jorge Cerdio (eds.), celebrada en el Salón Azul, el 20 de abril de 2016, con la participación de Claudio Martiniuk, Carla Masi Doria, Cosimo Cascione, y los aquí suscriptos. La presentación del primero de los nombrados ha sido publicada en el número n° 19/2016, pp. 195-200 de esta misma revista.
3. En las jornadas sobre *Derecho y verdad, vol. II, Genealogía(s) y vol. IV. Problemas*, Germán Sucar y Jorge Cerdio (eds.), en el marco de la cátedra de Estudios jurídicos Iberoamericanos, en la Universidad Carlos III de Madrid, Campus Toledo, el día 6 de abril de 2017, con las intervenciones de Robert Jacob, Eusebio Fernández, Patricia Cuenca y Juan Carlos Bayón. Moderador: Rafael de Asís.
4. Hasta la fecha, solo han aparecido los volúmenes II y IV. Se espera que el volumen III esté publicado entre mediados y fines de 2018.