

## CAPÍTULO 59

# FILOSOFÍA Y DERECHO PROCESAL: LAS NUEVAS FRONTERAS DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO. VOCES EN ACCIÓN

Flora DI DONATO\*

Francesca SCAMARDELLA\*\*

SUMARIO: I. *Filosofía, epistemología y proceso: Una introducción.* II. *Crisis del positivismo, el realismo, post-modernismo: La emergencia de nuevos paradigmas científicos y jurídicos.* III. *Para una nueva lectura del proceso: Confrontando modelos epistemológicos.* IV. *El objetivismo y el culturalismo: ¿Una liason posible para el estudio del proceso? Reflexiones sobre el método.* V. *El enfoque clinical law para el análisis de los casos.* VI. *Voces en acción y análisis de los casos.* VII. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

## I. FILOSOFÍA, EPISTEMOLOGÍA Y PROCESO: UNA INTRODUCCIÓN

Por difícil y ambiciosa que pueda parecer una descripción de la unión entre Filosofía y el Derecho Procesal, ésta es útil como base para una primera reflexión sobre la relación entre el derecho y la realidad, concebidos por la Ilustración y la tradición positivista en adelante, en términos de separación y especificidad en lugar de complementariedad o comunicabilidad mutua.

\* Profesora del Center for Migration Studies de University of Neuchâtel, Suiza.

\*\* Investigadora en la Università degli Studi di Napoli Federico II, Italia. Esta contribución es el resultado de una estrecha colaboración entre los dos autores. Cabe señalar, sin embargo, que la Dra. Flora Di Donato redactó las secciones I, IV, V, VI (VI.1 y VI.2); Francesca Scamardella redactó las secciones III (III.1 y III.2) y VII. La sección II fue escrita por ambas. (Traducción de Piero Mattei-Gentili, revisada y corregida por Jorge Luis Fabra Zamora).

Un procesalista que no se contenta con sólo estudiar el proceso desde el punto de vista de la mera aplicación de las normas formales y materiales del derecho, se puede encontrar con el tener que hacer frente a una serie de preguntas que tienen que ver, principalmente, con la dificultad de combinar la aplicación de estas normas con los hechos reales que el proceso está llamado a juzgar.

Por su parte, la filosofía, entendida también como epistemología, ofrece una gama de diferentes enfoques que, dependiendo de la finalidad que a su vez se atribuya al proceso (*medios* para la consecución de los *finés* de la verdad, un *instrumento* para resolver la disputa entre las partes, etc.), en diferentes sistemas culturales y jurídicos de referencia, le permiten establecer y legitimar cierto modelo de decisión y de pruebas en lugar de otro. Esto lo saben bien procesalistas tales como Chase, Damaška, Taruffo –por nombrar sólo algunos de los más conocidos– que desde perspectivas y sistemas jurídicos distintos se hacen algunos de los principales interrogantes que surgen en la teoría del proceso, como la obtención de pruebas y su valoración, el hallazgo de hechos procesales y la búsqueda de la verdad. Aunque la valoración de los hechos y las especulaciones sobre el proceso son problemas tendenciosamente abandonados, especialmente en los sistemas de derecho civil donde una concepción meramente normativista y presuntamente racional del derecho ha impregnado durante siglos a la teoría y en cierta medida a la práctica del derecho, es precisamente sobre estos aspectos que es posible introducir una serie de reflexiones, tomando prestados paradigmas y métodos provenientes de distintos campos del saber.

Damaška, por ejemplo, después distinguir entre los sistemas de *common law* y de derecho civil, y partiendo de una perspectiva analítica, pone en las premisas de su razonamiento el reconocimiento de las diferencias entre los métodos de determinación de los hechos que requiere el derecho y los métodos de investigación utilizados en el estudio de una práctica social ordinaria, tomando en cuenta la mayor o menor capacidad de las partes para evaluar los hechos.<sup>1</sup> Este estudioso, considerando en particular el modelo de valoración de los hechos en los sistemas de *common law*, echa por tierra el mito de que “la búsqueda racional de la verdad induce a todos los sistemas a compartir los mismos conceptos y las mismas actitudes básicas”.<sup>2</sup> Damaška,

<sup>1</sup> Damaška, Mirjan, *Il diritto delle prove alla deriva*, Ullao, Bologna, Il Mulino, 2003, p 23.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 111.

al igual que Taruffo más adelante,<sup>3</sup> toma en cuenta la influencia sobre la verdad fáctica del proceso que tienen los cambios en el contexto procesal sobre de la valoración relativa a la investigación. Sin adherirse plenamente a disquisiciones filosóficas sobre el carácter correspondentista de la verdad, posición que fue notoriamente impugnada en la segunda mitad del siglo XX, él asume una actitud moderada que expresa de la siguiente forma: “si no se acepta alguna variante de la concepción según la cual la verdad es una cuestión acerca de la correspondencia con los hechos, nuestros sistemas probatorios actuales pierden su significado.”<sup>4</sup> Más adelante, pasa a una forma de desilusión acerca de la posibilidad de llegar a una verdad sin compromisos en aquellos sistemas en los que son las partes las que toman papel activo en las primeras etapas de la valoración de los hechos.

Por otra parte, encontramos la propuesta de Taruffo, la cual, influenciada por la concepción correspondentista de la verdad vinculada a la epistemología pura de Susan Haack, sostiene que “la realidad externa existe y ésta constituye el criterio de medida, el punto de referencia que determina la verdad o falsedad de los enunciados que nos ocupan”.<sup>5</sup> Taruffo, de forma más marcada que Damaška, pone confianza en la posibilidad de utilizar un modelo lógico correctivo del tipo  $W = E \rightarrow H$  en el razonamiento del juez para llegar a una decisión que se inspire en la “legalidad” y en la “verdad”.<sup>6</sup>

En una dirección diferente y original se encuentran las reflexiones de Chase, quien se adhiere a una perspectiva constructivista-culturalista que reflexiona sobre la relación entre la cultura y las formas de procedimiento o rituales de solución de los conflictos y de búsqueda de la verdad. Chase considera que algunas formas de resolución de disputas (como el recurso al oráculo de la tribu Azande y el ADR [*Alternative Dispute Resolution*] en el sistema estadounidense) son el efecto de un cierto tipo de cultura y, a la inversa, mediante el análisis de la influencia de los rituales y procedimientos se

<sup>3</sup> Taruffo, Michele, “Cultura e processo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 1, 2009, p. 63-92.

<sup>4</sup> Damaška, *op. cit.*, nota 1, p. 138.

<sup>5</sup> Taruffo, Michele, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 78.

<sup>6</sup> Para un comentario crítico sobre Taruffo, se puede consultar DiDonnato, Flora, “Il Super-giudice ovvero il giudice come garante della funzione epistemica del processo. Note a margine di un volume di Michele Taruffo”, *Sociologia del diritto*, vol. 1, 2010, pp. 192-200. El significado de la fórmula que figura en el texto se explica *infra* en III.2.

puede entender ciertas culturas.<sup>7</sup> Se trata de un enfoque que si bien no dice nada acerca de la operación del proceso en sentido estricto –como observa críticamente Taruffo–,<sup>8</sup> no obstante tiene el mérito de hacer que la teoría del proceso interactúe con los enfoques críticos sobre la relación entre la organización de la justicia y la dimensión cultural y humana (*lato sensu*) subyacente, utilizando los estudios etnográficos y sociológicos.

Estos tres modelos descritos son modelos de lectura del proceso, que oscilan entre visiones correspondistas o realistas y modelos críticos o abiertos a la consideración de las relaciones entre las concepciones epistemológicas, las formas procesales y los contextos culturales.

Partiendo de la profundización de algunos de los enfoques teóricos y epistemológicos mencionados anteriormente, el propósito de este artículo es reflexionar sobre la posibilidad de recuperar el papel de los seres humanos y la cultura de la que proceden dentro de la experiencia procesal. La cultura nos interesa como modelo o reglas implícitas que determinan no sólo la génesis de conflictos jurídicos, sino los mecanismos de solución. Al final de esta contribución, se presentará el análisis de un caso considerado como paradigmático de esta orientación.

## II. CRISIS DEL POSITIVISMO, EL REALISMO Y EL POST-MODERNISMO: LA EMERGENCIA DE NUEVOS PARADIGMAS CIENTÍFICOS Y JURÍDICOS

La tentación de volver a empezar desde lejos, describiendo los grandes cambios de paradigma que han marcado la historia del conocimiento –desde la crisis de los paradigmas objetivistas vinculados a la idea de la pasividad de la mente, hasta el reconocimiento y la afirmación no sólo de una forma de actividad, sino también de la interactividad entre el sujeto y el objeto de descubrimiento, alcanzando en tiempos más recientes a entender la influencia de la cultura y el contexto en el proceso cognitivo– se detiene frente a la exigencia de limitar nuestra discusión con el ámbito jurídico, en

<sup>7</sup> Chase, Oscar, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*, M.R. Ferrarese (ed.), Roma-Bari, Laterza, 2009.

<sup>8</sup> Taruffo, *op. cit.*, nota 3.

el cual nos movemos, aunque sea con apertura a perspectivas y métodos provenientes de otros campos de conocimiento.<sup>9</sup>

Nos limitaremos a reconstruir algunos pasajes fundamentales, recordando que el racionalismo de la Ilustración, con su veleidad fundacional, había condicionado el discurso jurídico en todo el curso de los siglos XIX y XX a través de la construcción de categorías y modelos abstractos de razonamiento y de juicio, bajo la ilusión de alcanzar una verdad universal que se obtiene mediante esquemas deductivos, con recurso a los precedentes, la analogía, etc.<sup>10</sup>. Este tipo de ideología será puesta en discusión por las corrientes que se desarrollan en el transcurso del siglo XX, como la REALISTA ESTADOUNIDENSE que, desde una óptica del *common law*, cuestionan, entre otras cosas, a la idea del jurado como expresión de una comunidad territorial<sup>11</sup> y tratan de poner de relieve el papel de la dimensión empírica de los hechos en la investigación judicial y la naturaleza profundamente social del derecho. De hecho, con el realismo estadounidense madura progresivamente la idea de que el derecho tiene menos que ver con las páginas de los códigos y que está más ligado a las sentencias de los tribunales, relacionándose con las prácticas jurídicas locales e influenciando la colectividad y la forma de percibir el derecho por parte de los abogados, los jueces, los individuos singulares, condicionando sus creencias y opiniones<sup>12</sup>. La realidad social se hace presente en la práctica jurídica y la efectividad del derecho coincide, como se ha anotado, con el pronunciamiento de la sentencia por el juez.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Para una reconstrucción más amplia de estos temas, se reenvía a: Di Donato, Flora, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*, Milano, Franco Angeli, 2008, especialmente capítulos I-III.

<sup>10</sup> Nos referimos principalmente al ideal de "seguridad jurídica" que emerge de la *Teoria Pura del Derecho* y cuyos primeros intentos de sistematización fueron realizados por la Pandectística y la Jurisprudencia de Conceptos al reducir el derecho a un sistema sin lagunas y autónomo respecto de los fenómenos sociales que debe regular. Sobre este punto, véase, Kelsen, Hans, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, R. Treves (trad.), Turín, Einaudi, 1952, *cifr.* También Savigny (von), Friedrich, C., *Sistema del diritto romano attuale*, V. Scialoja (ed.), Turín, UTET, 1886-1896 (en especial el primer volumen).

<sup>11</sup> Damaška, Mirjan, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 69-83.

<sup>12</sup> Sobre el REALISMO JURÍDICO ESTADOUNIDENSE, ver el artículo de Kruse, Katherin R., "Getting Real About Legal Realism, New Legal Realism, and Clinical Legal Education", *New York Law School Law Review*, vol. 56, núm. 2, 2012, pp. 659-685.

<sup>13</sup> Holmes, uno de los mayores representantes del realismo americano, en su obra *The Common Law*, sostiene que "el derecho no puede ser tratado como si contuviera sólo los axiomas y corolarios de un libro de las matemáticas". Holmes, Oliver, W., *The Common Law*, Stilwell (KS), Digireads.com Publishing, 2005, p. 3. De forma no muy diferente, Jerome Frank, intentando

Por otro lado, en Europa, la afirmación de las corrientes hermenéuticas marca el abandono de la práctica interpretativa de molde IUSPOSITIVISTA, a través de la valorización de las funciones y dimensiones lingüísticas y el papel del sujeto-intérprete en la comprensión y resolución de un caso. La práctica de la interpretación es reconocida dentro de una dimensión histórica más amplia.<sup>14</sup>

Más adelante, en el curso del siglo XX, las revoluciones científicas de los años 60s y 70s influyen en las representaciones de la CIENCIA JURÍDICA, cuestionando la objetividad y la universalidad de los métodos científicos y epistemológicos e induciendo a la misma ciencia jurídica –ya fortalecida por las adquisiciones realistas y hermenéuticas– a abandonar visiones universalistas y objetivistas que prescinden de los fenómenos sociales, culturales, políticos, etc. Como es bien sabido, Kuhn y Feyerabend criticaron la idea de que una teoría científica se desarrolla sobre la base de una descripción objetiva de los hechos, señalando que los hechos que el investigador elige estudiar, así como los objetivos científicos que persigue, forzosamente se encuentran históricamente condicionados. Comienza a hacerse espacio, de manera cada vez más fuerte, la idea de que no hay hechos objetivos por investigar o que no existen hechos “independientes” de la propia perspectiva de quien los investiga (científico, juez, etc.).<sup>15</sup>

---

proporcionar una definición de derecho, escribe que “[e]l derecho, en cualquier momento antes de la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en realidad no ha sido establecido. Nadie sabría lo que el tribunal decidirá... Hablar de derecho estable gobernando una controversia, o de derechos fijados de las partes, antes de la decisión de la Corte Suprema, es simple verborrea... Después de la decisión, el ‘derecho’ está establecido”. Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*, New Brunswick (N.J.), Transaction Publishers, 2009, pp. 49-50. Y, por lo tanto, ante el interrogante, “¿Qué es el derecho?” Frank, sin rodeos respondió que “el derecho, con respecto a un conjunto particular de hechos, es una decisión de una corte con respecto a esos hechos en tanto esos hechos afecten a una persona particular. Hasta que la Corte haya decidido con base en ellos, ningún derecho en ese asunto ha surgido a la existencia. Antes de la decisión, el único derecho disponible es la opinión de los abogados”. *Idem*, p. 50.

<sup>14</sup> Gadamer, Hans-Georg, *Verità e metodo*, G. Vattimo (trad.), Milano, Bompiani, XIV ed., 2004

<sup>15</sup> De manera no disímil, Nietzsche había afirmado a finales del siglo XIX que: “Contra el positivismo, que se detiene en los fenómenos: ‘sólo hay hechos’ -yo diría: no, precisamente no hay hechos, sino sólo interpretaciones. No podemos constatar ningún hecho ‘en sí’; tal vez sea un absurdo querer algo por el estilo. ‘Todo es subjetivo’ decís; pero ésta ya es una interpretación, el ‘sujeto’ no es nada dado, es sólo algo añadido por la imaginación, algo añadido después. ¿Es en fin, necesario poner todavía al intérprete detrás de la interpretación? Ya esto es invención, hipótesis... El mundo es cognoscible en tanto ‘conocimiento’

Se trata de una estación cultural que algunos estudiosos no dudan en calificar de “muy compleja”, ya que, por un lado, el conocimiento científico se pone en tela de juicio por la sociología de la ciencia, por lo que las dimensiones sociales de la investigación parecen ser el único criterio aceptable para verificar la validez de las conclusiones de un investigador; y, por otro lado, el surgimiento de posiciones constructivistas, a veces radicales, conlleva el riesgo de reducir los resultados de los descubrimientos científicos a meras construcciones mentales de los científicos.<sup>16</sup>

¿Cuál es el resultado más evidente de estas afirmaciones, que corren el riesgo de ser contradicciones, si no paradojas? Conceptos como “la verdad”, “la razón”, “el conocimiento”, son vistos con sospecha y se relativizan y, por último, en cierta medida, resultan inoperantes. Estamos en la era de lo que se llama la *incredulidad posmoderna*,<sup>17</sup> marcada por la convicción de que no existe una verdad absoluta [y cognoscible] sino sólo múltiples representaciones de la verdad, cada una de las cuales, fieles a una perspectiva, a un punto de vista, a visión individual o colectiva, elegida en vez de otra, se presenta como una verdad relativa, que sólo es aceptable.

La tendencia de las concepciones posmodernas de negar cualquier *concern for the truth* [“preocupación por la verdad”]<sup>18</sup> y la de la concepción deconstruccionista de de-construir el concepto de verdad hasta hacerlo inutilizable, marca una reorientación de la filosofía en el sentido de rechazar el mito de la objetividad y el intento de liberar a la realidad de restricciones monolíticas y perentorias.<sup>19</sup> Este intento de emancipación de la realidad y de los individuos, es considerado por algunos estudiosos como el peligro de hundirse en el cinismo y las paradojas inherentes a la condición posmoderna. Como Taruffo ha observado, la moda del posmodernismo de sostener la existencia de múltiples verdades se ha traducido por un momento en una serie de paradojas, no sólo en la filosofía, sino también en otras áreas científicas (como las matemáticas, donde los matemáticos ya no son capaces de determinar si sus cálculos son correctos o no), reverbe-

---

tenga algún sentido; pero el mundo es interpretable de modos diversos, no tiene un sentido detrás de sí, sino innumerables sentidos: perspectivismo”. Nietzsche, Friedrich W., *Fragments Póstumos*, vol. IV, 1885-1889, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 7 [60].

<sup>16</sup> Taruffo, *op. cit.*, nota 3, p. 76.

<sup>17</sup> Lyotard, Jean-François, *La condizione postmoderna: rapporto sul sapere*, trad. it. de C. Formelli, Bologna, Feltrinelli, 2002.

<sup>18</sup> Taruffo, *op. cit.*, nota 3, p. 75.

<sup>19</sup> Sobre el punto *cfr.* Ferraris, Maurizio, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 4 y ss.

rando en especial sobre la cuestión de la *verdad*<sup>20</sup> y su relación con la *realidad* exterior.

Sobre tales cuestiones vuelve a reflexionar el *Nuevo Realismo*, movimiento inaugurado en Europa en 2012 con la organización de una conferencia del mismo título.<sup>21</sup> Su tesis principal se puede resumir en las palabras de Searle, en cuanto que por realismo debe entenderse la idea “de que existe una realidad totalmente independiente de nuestras representaciones”.<sup>22</sup> Esta tesis puede sostenerse siempre y cuando opere una distinción clara y decisiva entre “realidad” y “verdad”. No en vano el *Nuevo Realismo* distingue entre, una realidad *desnuda* y objetivamente inenmendable, que consta de hechos que existen independientemente y que no se pueden cambiar a través el uso de esquemas cognitivos o conceptuales, es decir, la llamada *verdad ontológica*, por un lado, y la aspiración de los agentes externos para conocer esta realidad que corresponde a la verdad *epistemológica*,<sup>23</sup> por el otro.

Por lo tanto, si estamos de acuerdo con los teóricos del *Nuevo Realismo* (Searle, Putnam, Eco, Ferraris, etc.), en cuanto a que existe una realidad objetiva independiente de cualquier reclamo a efectos cognitivos de los agentes externos, la cuestión sobre la que invitamos a reflexionar en el curso de nuestra contribución puede formularse en los siguientes términos: “¿Cómo puede la realidad (es decir, los hechos desnudos) ceder al proceso?” Y, “¿qué herramientas críticas puede proporcionar la filosofía, entendida como epistemología, para facilitar el acceso de la realidad al proceso?”

### III. PARA UNA NUEVA LECTURA DEL PROCESO: CONFRONTANDO MODELOS EPISTEMOLÓGICOS

<sup>20</sup> Taruffo, *op. cit.*, nota 3, p. 76 y ss.

<sup>21</sup> “Prospects for a New Realism” es el título de la conferencia realizada en Bonn el 12 marzo 2012 la cual seguirá la publicación del volumen en Italia: Ferraris, *op. cit.*, nota 19.

<sup>22</sup> Searle, John, *La construcción de la realidad social*, Paidós, España, 2012, p. 164. La intención profesada por el *New Realism* es la de asegurar la “rehabilitación de la noción de verdad” que los posmodernos consideraban inútil y desconectada de cualquier concepción de la realidad”. Sobre el punto, *cf.* Ferraris, Maurizio, “Il ritorno al pensiero forte”, *La Repubblica*, 8 agosto 2011, pp. 36-37 y Ferraris, Maurizio *et al*, *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, Torino, Einaudi, 2012.

<sup>23</sup> Sobre esta distinción, véase de nuevo Ferraris, *op. cit.*, nota 19, p. 117.



## 1. *El Manifiesto epistemológico de Susan Haack*

Debido al estímulo e influencia de algunas de las corrientes descritas anteriormente, y también en contraposición a ellas, se desarrollan algunos de los modelos de la epistemología procesal que se mencionaron en el párrafo introductorio y en los cuales tenemos la intención de detenernos, en un intento para aclarar la relación entre filosofía, epistemología y proceso.

Parece apropiado empezar desde el modelo epistemológico de Susan Haack y las críticas que ella dirige a los posmodernistas, a los que define como *New Cynics* ['nuevos cínicos'] por su intento de deconstruir los conceptos tradicionales, predicando la existencia de una verdad relativa única, en forma de un *quid* que ha sido acordado por la mayoría de las personas en un momento histórico determinado.<sup>24</sup> En particular, Haack critica la tesis de Rorty, de acuerdo con la cual no existe una verdad objetiva, y que las pretensiones científicas para demostrar la verdad son puras falacias; sosteniendo que, después de todo, “lo que Rorty llama el sentido común de la ‘verdad’ no es un sentido de ‘verdad’”.<sup>25</sup> Lo que Haack critica a Rorty (y al posmodernismo en general) es la idea de que la *verdad* consiste en una *negociación* retórica, en un acuerdo entre dos o más personas que, encontrándose en una discusión, llegan a estar de acuerdo en algo, prescindiendo de lo que la investigación científica haya determinado acerca la existencia real de esa *verdad* [negociada]: la afirmación de Rorty, de acuerdo con la cual, “después de todo, llamar a un enunciado verdadero es dar una palmadita retórica en el hombro”, es objetada por Haack señalando una “distinción entre una verdad-como-consenso (SI) y una verdad-como-representación-precisa (NO)”.<sup>26</sup> Investigar la verdad, entonces, no significa *negociar* retóricamente un acuerdo, ni encontrarse en el descubrimiento de una verdad absoluta, sino, más bien, predisponerse a una investigación epistemológica que, a partir de las categorías científicas, demuestre y represente de forma racional y objetiva, la existencia de los hechos y las afirmaciones. Estas reflexiones,

<sup>24</sup> Haack, Susan, *Defending Science – Within Reason: Between Scientism and Cynicism*, Amherst (N.Y.), Prometheus Book, 2007. A propósito de Rorty, Haack critica la interpretación de la historia de Occidente como un intento de “sustituir el amor a Dios por el amor a la Verdad”. Haack, Susan, *Manifesto of a Passionate Moderate: Unfashionable Essays*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998, p. 18.

<sup>25</sup> “[...] what Rorty calls the homely sense of ‘truth’ is not a sense of ‘truth’”. Haack, *op. cit.*, nota 24, p. 19.

<sup>26</sup> “[...] after all, to call a statement true ‘is just to give a rhetorical path on the back’”. Haack, *op. cit.*, nota 24, p. 7. “[...] a contrast between truth-as-consensus (YES) and Truth-as-accurate-representation (NO)”. Haack, *op. cit.*, nota 24, p. 18.

reconducidas a una perspectiva que se pregunte sobre el proceso y la cognoscibilidad de los hechos que deben ser juzgados y decididos, inducen a Haack a cuestionarse sobre la posibilidad de recurrir a la epistemología y a sus herramientas cognitivas, para ver cómo los hechos realmente acaecidos pueden acceder al proceso a través de las pruebas procesales, para ser conocidos, probados, representados, y finalmente juzgados a la luz de un modelo de credibilidad racional de las pruebas.

El papel de la epistemología, tal como la entiende Haack, por lo tanto, no consiste en determinar los hechos o pruebas, ya que, como señaló J.S. Mill, la epistemología “no proporciona pruebas sino enseña qué las hace pruebas y cómo juzgarlas”.<sup>27</sup> Para Haack, el corazón de la epistemología se encuentra en el propósito que se persigue con la adquisición y valoración de las pruebas y consiste en la posibilidad de conocer las acciones y objetivos relacionados con tales acciones. La epistemología se dirige a la representación de una verdad que no es valorativa, ni con respecto a los hechos, ni con respecto a las opiniones o creencias de los individuos. El modelo epistemológico<sup>28</sup> propuesto por Haack se presenta principalmente como una respuesta a la tesis posmodernista antes citada, y llama nuestra atención sobre la comparación que se instauro con la idea de la infalibilidad del método científico y las categorías científicas<sup>29</sup> utilizadas en el proceso de comprobación de la verdad.

La epistemóloga estadounidense insiste en la necesidad de mediar el conocimiento puramente científico con el contexto procesal en el que se establecen los hechos. En particular, el análisis de Haack se centra en el rol de la prueba científica, cuestionando la conveniencia de confiar únicamente en los instrumentos científicos para evaluar la admisibilidad de las pruebas que deben adoptarse en el proceso (especialmente el derecho penal), así como en la demostración de la relación causal entre los hechos y las conse-

<sup>27</sup> [Epistemology] “does not give [...] proofs, but teaches what makes them proofs, and how [...] to judge of them”. Mill, John, S., *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive, Being a Connected View of the Principles and Methods of Scientific Investigation*, London, Longman, 8th ed., 1970, p. 5.

<sup>28</sup> Cfr. Principalmente Haack, Susan, “The Embedded Epistemologist: Dispatches from the Legal Front”, *Ratio juris*, vol. 25, núm. 2, 2012, pp. 206-235 y Haack, Susan, “An Epistemologist in the Bramble-Bush: At the Supreme Court with Mr. Joiner”, *Journal of Health Politics, Policy and Law*, vol. 26, núm. 2, 2001, pp. 217-248, consultable también en el sitio web <http://www.ahrq.gov/clinic/jhplp/haack.pdf>.

<sup>29</sup> Nos referimos sobre todo al *Frye test* y al método *Daubert*. De ambas metodologías se dirá algo, *infra*.

cuencias. La evaluación detallada de la llamada *Prueba de Frye*<sup>30</sup> y el método *Daubert*<sup>31</sup> (que lo sustituye) se convierte en cambio paradigmático desde una visión de la filosofía procesal típica de los años 70, que se basaba exclusivamente en el juicio de la validez de la comunidad científica pertinente (el llamado principio del “consenso de la comunidad científica”) para decidir la admisibilidad de la evidencia científica en el proceso, a una filosofía procesal que se afirmó desde principios de los años noventa que, después de haber puesto en duda la validez y el grado de certeza absoluta que ofrece la ciencia, considera que se debe confiar al juez, y no a la comunidad científica, la tarea de valorar y supervisar la validez y la confiabilidad de la evidencia científica adoptada (o por adoptar). Sobre este cambio de perspectiva que se centra en el papel del juez y sus funciones, se pregunta también Sheila Jasanoff, que analiza la capacidad del sistema jurídico para adaptarse a los cambios en la economía, el conocimiento científico, las tecnologías y ofrecer respuestas adecuadas a las relaciones y disputas interpersonales, que se hacen más complejas por estos rápidos cambios.<sup>32</sup> Así, hasta finales de los años 90s, el conocimiento científico que jugó un papel decisivo dentro de los tribunales; ahora se convierte en una fuente de cambio y de controversia, a partir de la propagación de la creencia de que el tribunal puede y debe pronunciarse sobre la validez de los enunciados científicos (o tecnológicos) originados en el proceso. En resumen, el conocimiento científico pasa de ser un factor que soluciona las controversias a uno de los factores que pueden pro-

<sup>30</sup> El test de Frye, proveniente del caso *Frye v. United States* de 1923, fue utilizada para excluir como prueba, en un proceso de homicidio, el testimonio de un consultor sobre los resultados experimentales de un polígrafo utilizado durante el interrogatorio del imputado. El test preveía que la opinión de un experto sobre una técnica o una prueba científica fuese admisible en un proceso solamente si era generalmente aceptada por la comunidad científica. Haack, *op. cit.*, nota 28.

<sup>31</sup> La sentencia *Daubert* (*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 1993) enfrentó el caso de malformaciones de nacidos de mujeres expuestas a terapias farmacológicas. La Corte debía pronunciarse sobre la admisibilidad del testimonio de un consultor científico y, para la ocasión, elaboró una serie de criterios que sustituyeron de hecho al *test de Frye*. Los criterios individuados fueron los siguientes: 1) verificabilidad del método, esto es, la posibilidad de cuidar a través de experimentos; 2) falsabilidad, es decir, la posibilidad de someter al test de falsabilidad que, en caso de resultado negativo, confirmen su credibilidad; 3) someter a control de la comunidad científica; 4) conocimiento de las porcentuales de error por parte del juez; 5) aceptación general por parte de la comunidad científica. Se trata de un criterio complementario que no es considerado como *conditio sine qua non*, Haack, *op. cit.*, nota 28.

<sup>32</sup> Jasanoff, Sheila, *Science at the Bar. Law, Science, and Technology in America*, A Twentieth Century Fund Book, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1995, especialmente, pp. 24-41.

vocar la aparición de un conflicto, al cambiar la estructura de ciertos conceptos jurídicos, tales como “RESPONSABILIDAD” o “el nexo de CAUSALIDAD”. Tomemos, por ejemplo, los descubrimientos científicos en el campo de la genética, en las prácticas de reproducción asistida, o en el medio ambiente: ¿Son las afirmaciones científicas o la opinión de la comunidad científica en estos casos las encargadas de dirimir una controversia, o son, más bien, son una de las concausas?<sup>33</sup> A partir de estas transformaciones, Jasanoff se pregunta sobre el papel de los tribunales, argumentando que los jueces no pueden confiar en el consenso de la comunidad científica o las categorías científicas que comparten el honor de evaluar el alcance y la confiabilidad de la evidencia científica,<sup>34</sup> sino que, por el contrario, los jue-

<sup>33</sup> En Italia basta pensar en la reciente sentencia de la Corte de Casación, III sec. Civ., 16754/2012 (relator Juez Giacomo Travaglini) en la que la Corte se pronunció sobre el eventual derecho de compensación del daño de un menor afectado de síndrome de Down por malformaciones genéticas no encontradas por el ginecólogo durante el embarazo, no obstante la firme voluntad, expresada por la madre del menor, de interrumpir el embarazo en caso de que fuese encontrada una malformación del feto. La Corte debió dirimir la controversia sobre la capacidad de los test científicos a los que la mujer se sometió durante el embarazo (sobre todo el Tri-Test), bajo la supervisión del ginecólogo, con el fin de encontrar las malformaciones genéticas o síndromes que afectaron al feto al momento del nacimiento. Para ello, claramente debió valorar las implicaciones científicas (genéticas) de la prueba y debió pronunciarse sobre el eventual derecho de autodeterminación del feto y de la respectiva compensación por los daños sufridos. En este caso, las categorías científicas y el consenso de la comunidad científica, en vez de dirimir la controversia, fueron parte de la misma, conjuntamente con los derechos personales en disputa.

<sup>34</sup> La atención al papel del juez y a sus funciones decisorias en calidad de *peritus peritorum* que se sobrepone a la comunidad científica se explica también en consideración a los más recientes desarrollos de la teoría de la INTERPRETACIÓN JURÍDICA, tanto en sus variantes continental como anglosajona. Ronald Dworkin, por ejemplo, justamente entre los años ochenta y noventa, exaltó la figura del juez a través de la construcción del mítico juez “Hércules” capaz de encontrar siempre una *respuesta correcta* (*the one right answer*) moviéndose en una red de reglas y principios morales. Cfr. Dworkin, Ronald, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982 [*Los derechos en serio*]; Dworkin, Ronald, *L'impero del diritto*, Milano, Il Saggiatore, 1989 [*El imperio de la justicia*]; y DERECHO COMO INTERPRETACIÓN. En la parte continental, Robert Alexy define el discurso jurídico como un caso particular del discurso práctico general y localiza la argumentación del juez (a partir del momento de la justificación interna y de la externa) el momento determinante de todo el juicio donde se puede verificar la corrección de la decisión. Cfr. Alexy, Robert, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998 [*Teoría de la argumentación jurídica*] y TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. En los últimos años, finalmente, la perspectiva argumentativa ha sido discutida también por Manuel Atienza con un acercamiento que una dimensión *lógico-formal* con una de tipo *material* y otra dimensión *pragmática* en un intento por ponderar el excesivo formalismo del razonamiento del juez y de

ces a menudo deben dirimir los conflictos entre la percepción personal o compartida de los individuos y las afirmaciones impersonales y universales de la ciencia, deben decidir cuáles saber privilegiar y en cuáles confiar. Entonces, cambian las actitudes hacia las pruebas, los expertos y el conocimiento científico en general, y el poder de decisión de la juez se fortalece.

Es interesante apreciar la vinculación que Haack hace entre el conocimiento científico a disposición del juez, y la capacidad de decidir el caso concreto. En un ambiente que tenga en cuenta los avances científicos del siglo XX (empezando desde la *prueba Drye* de los años 30 y hasta el análisis de los casos más recientes de los años 90), la epistemóloga estadounidense se pregunta acerca de las formas en las que la ciencia accede al proceso, condicionando la tendencia, a partir de la admisibilidad de la prueba, en la evaluación de la existencia de una relación de CAUSALIDAD que en algunos casos en últimas determinan la decisión final. La pregunta que guía su pensamiento es: “¿Son las leyes de la ciencia, la epistemología neopositivista y su confianza en las categorías científicas las que rigen la admisibilidad de las pruebas son suficientes para establecer la verdad de los hechos?”.<sup>35</sup> O dicho de forma diferente: “¿Es una concepción epistemológica del proceso sostenida únicamente en los tests científicos, sobre los cuales la comunidad científica ha dado su consentimiento puede ser la premisa ‘cierta’ de una deducción procesal y que se puede utilizar para identificar una verdad *más o menos* en consonancia con la realidad de los hechos ocurridos?”.<sup>36</sup> “La justicia sustancial exige una verdad de los hechos”.<sup>37</sup> En un intento de responder a estas preguntas, Haack critica tanto el *test de Frye* como el *método de Daubert*, partiendo del presupuesto de que un enfoque epistemológico para el proceso no debe contentarse con un punto de vista puramente científico que, con sus categorías, legitimen las pruebas tomadas, la verificabilidad la relación de causalidad y la decisión final. “La estructura de la prueba” —escribe la autora— “no es lineal, como una demostración matemática, sino ramificada, como un crucigrama, y lo que hace que una prueba sea mejor o peor respecto de una afirmación, es análogo a aquello que hace a un crucigrama más o menos razonable: Cuánto *apoyo* existe...;

---

su motivación con atención a las implicaciones de carácter práctico que refieren a las consecuencias sociales de la decisión judicial. Sobre el punto, véase M. Atienza, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012 (véase, RAZONAMIENTO JURÍDICO).

<sup>35</sup> Haack, *op. cit.*, nota 28, p. 213 y ss.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 209 y ss.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 214 y ss.

cuán *seguro* es, independientemente de la afirmación en cuestión...; y cuán *comprehensivo* es, es decir, cuánto material probatorio relevante incluye...”.<sup>38</sup> La evidencia probatoria no debe responder a grados de certeza, sino a grados de credibilidad racional y justificación.<sup>39</sup> En otras palabras, si examinamos las posibilidades cognoscitivas de la realidad/hechos objetivos en un proceso, lo que debería interesarnos no es tanto si el acusado ha cometido el delito o no, sino de si la proposición “el acusado ha cometido el hecho” (o “el acusado no cometió el hecho”) esté apoyada por un grado de admisibilidad y de la credibilidad de las pruebas presentadas. Lo que implica necesariamente una evaluación epistemológica sobre la admisibilidad y la credibilidad de las pruebas. Y es a partir de la utilización de estos instrumentos científicos (ensayos, el consenso de la comunidad científica) que deciden la elegibilidad y la adquisición de la prueba que Haack se pregunta sobre la posibilidad cognitiva de la filosofía en relación con el proceso, como una de las posibilidades a conocer. Entonces, aproximarse al proceso con una metodología epistemológica significa cuestionar la posibilidad de estudiar científicamente a las pruebas. Sin embargo, Haack no considera suficiente el valorar la admisibilidad de una prueba sólo en una perspectiva estrictamente científica y, por tanto, en forma aislada del contexto procesal. Cree, por el contrario, que un enfoque epistemológico al proceso debe ser capaz de combinar los elementos objetivos de la prueba – incluyendo el valor científico propio que ofrecen las categorías científicas – con actividades prospectivas subjetivas que provienen de la reconstrucción de los hechos, del contexto, la realidad social y de todos los elementos subjetivos de tipo valorativo (razonamiento del juez y de los abogados, además de las creencias o el comportamiento de las partes). Para este propósito, de hecho, Haack escribe, que “al igual que la prueba con respecto a cualquier afirmación empírica, la prueba respecto de una declaración científica incluye tanto la evidencia experiencial (lo que alguien vio,

<sup>38</sup> “The structure of evidence isn’t linear, like a mathematical proof, but ramifying, like a crossword puzzle; and what makes the evidence with respect to a claim better or worse is analogous to what makes a crossword entry more or less reasonable: how *supportive* it is (...); how *secure* it is, independent of the claim in question (...); and how *comprehensive* it is, i.e., how much of the relevant evidence it includes”. Haack, *op. cit.*, nota 28, p. 216.

<sup>39</sup> “Legal degrees of proof are not degrees of credence; they are degrees of *rational credibility* or *warrant*”. Haack, *op. cit.*, nota 28, p. 219.

alguien escuchó, etc.), como las razones (las creencias que se tienen) que se ramifican en todas las direcciones...”<sup>40</sup>

2. *Evaluación (Epistémica) de la verdad vs. Resolución de la controversia: ¿Inferencia lógica o solución cultural?*

En premisas no disímiles a las de Susan Haack, parece moverse, al menos en apariencia, el también procesalista italiano Michelle Taruffo, quien propone un modelo epistémico [de la verdad] procesal orientado, precisamente, a la averiguación la verdad. Como hemos dicho, se trata de una analogía sólo aparente, porque Taruffo no se limita sólo a sostener que es *posible* acceder a la verdad en el proceso, viéndolo desde la perspectiva crítica incluso escéptica de Haack (por ejemplo, en sus examinaciones de los casos Daubert, Sacco y Vanzetti). Por el contrario, Taruffo afirma que no sólo es *posible*, sino que es *necesario* “dirigir el proceso hacia el descubrimiento de la verdad”.<sup>41</sup>

La dimensión epistémica del proceso, para Taruffo, es la posibilidad de estructurar el proceso como un conjunto de actividades susceptibles de adquirir la “verdad” de los hechos que deben ser decididos y, así, éste debe ser evaluado como un instrumento “eficaz para el descubrimiento y la determinación efectiva de la verdad”.<sup>42</sup> Este enfoque es *epistémico*, además, porque la verdad de un enunciado depende de la posibilidad de justificarlo válidamente. La valoración que sugiere Taruffo de la evidencia, su elegibilidad y selección, la distinción entre las pruebas típicas y pruebas *atípicas*,<sup>43</sup>

<sup>40</sup> “Like the evidence with respect to any empirical claim, the evidence with respect to a scientific claim includes both experiential evidence (someone’s seeing, hearing, etc., this or that) and reasons (background beliefs) ramifying in all directions [...]”. Haack, *op. cit.*, nota 28, p. 222.

<sup>41</sup> Taruffo, *op. cit.*, nota 3, p. 135.

<sup>42</sup> Del mismo modo, Williams habla del proceso como *truth-acquiring* [‘adquisición de la verdad’] y Goldman como *veritistic* [‘veritístico’] (Taruffo, *op. cit.*, nota 3, p. 135). La tesis epistémica de acuerdo a la cual el proceso se presenta como un lugar en el cual es posible conocer los hechos sobre la base de las pruebas adquiridas no está libre de dificultades que el mismo Taruffo reconoce, en especial, las relacionadas con las llamadas “elecciones ideológicas” del juez (*Ibidem*, p. 136 y ss.). Si, por ejemplo, sostenemos que la función del proceso consiste en legitimar la solución de una controversia a través de la adopción de un ritual destinado a repetirse, entonces la dimensión epistémica pasa al fondo.

<sup>43</sup> Las pruebas *atípicas* son aquellas no previstas específicamente por la ley y por lo tanto no admisibles en el proceso. No obstante, sostiene Taruffo, desde un punto de vista estrictamente epistémico que valora positivamente cada dato capaz de proporcionar indicaciones

la relevancia de los resultados probatorios mismos con base en los criterios de *comprehensiveness* [comprehensividad] y *completeness* [completitud], y el método por el cual se adquiere el conocimiento de los hechos están destinados a la construcción de una verdad que Taruffo define como *objetiva*, aunque *relativa*.<sup>44</sup>

Los hechos conocidos a través de las pruebas reunidas en el proceso se incorporarán a la decisión final, que será formada por “un conjunto ordenado de las declaraciones de hechos, cada uno de los cuales se ha obtenido a partir de las pruebas disponibles, racionalmente valoradas, con una confirmación probatoria lo suficientemente fuerte”,<sup>45</sup> por lo que esta realidad verdadera de los hechos acaecidos.

La *verdad* de los hechos, por lo tanto, parece posible debido a que los hechos han sido *probados* y que las pruebas presentadas han pasado algún tipo de prueba de valoración racional. En esta perspectiva, la dimensión *epistémica* del proceso se ve claramente entrelazada con el fin del proceso, que es la consecución de la verdad y que emerge en la medida en que es necesario proporcionar justificaciones válidas (y veraces) a las declaraciones y afirmaciones de que las partes que avanzan en el proceso.

En el modelo de Taruffo, la apelación a la epistemología se explica tanto por razones ideológicas, *i. e.*, “justicia social”, según la cual el proceso debe perseguir el objetivo de la verdad, y, sobre todo, como una respuesta crítica a lo que él llama la “borrachera” [*ubriacatura*] postmoderna (la posición mencionada anteriormente, y que recibió críticas similares también de Susan Haack,<sup>46</sup>) que son la expresión de posiciones críticas o escépticas de los teóricos de la posmodernidad sobre el concepto de verdad y las falacias de la ciencia y sus métodos para conocer y averiguar la verdad de los hechos.<sup>47</sup>

---

útiles a los fines del conocimiento, la exclusión de pruebas atípicas sería inaceptable (*Ibidem*, pp. 139-140).

<sup>44</sup> Es *Objetiva* porque la verdad es, no obstante, “cognoscible y como tal representa un valor en sí” (*Ibidem*, p. 79). Es *Relativa* porque “es dependiente de las opciones individuales de los sujetos que se ocupan (...), bien en el sentido de que el *conocimiento* de la verdad es relativo al contexto en el cual esa verdad viene a ser realizada, al método con el que se desarrolla la investigación, y a la cantidad y calidad de información de la que se dispone y sobre la cual tal conocimiento se funda” (*Ibidem*, p. 82).

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 225.

<sup>46</sup> Véase *supra*, pp. 5-7.

<sup>47</sup> Para un comentario crítico de la obra de Taruffo y un marco teórico más amplio de la perspectiva epistémica, se reenvía a Di Donato, *op. cit.*, nota 6, especialmente, p. 193.



Taruffo en últimas llega a una *concepción epistémica* de la verdad del caso según la cual “la verdad de un enunciado corresponde a su *warranted assertibility*, es decir, a la existencia de una justificación válida para creer que un enunciado es verdadero”.<sup>48</sup> Su concepción sobre la determinación de la verdad no forma parte de un marco epistemológico *tout court*: la verdad no se construye correctamente en el proceso, sino que es más bien *re-construida*, ya que no es la realidad, entendida como un hecho objetivo, sino que lo que entra al proceso son más bien un conjunto coherente de enunciados fácticos. Por lo tanto, Taruffo confía en el juez el papel de “garante de la función epistémica del proceso”, porque reconoce que las partes no están ciertamente interesadas en la investigación de la verdad, la cual podría ser contraproducente para su propia posición y sus propios intereses. El juez debe asegurar la función epistémica, tomando posesión de la evidencia, o instando a las partes a presentar determinadas pruebas y, finalmente, respetando la carga de motivar la sentencia, como las maneras de garantizar el fin de la verdad.<sup>49</sup> La decisión final, que debe garantizar que la averigua-

<sup>48</sup> Taruffo no se apresura a sostener que la época de la Verdad, con “V” mayúscula, haya sido en definitiva superada, sino que sostiene que es siempre posible encontrar en el proceso una verdad basada en una *warranted assertibility* (Taruffo, *op. cit.*, nota 3, p. 79). Es una verdad cuya reconstrucción ve involucrados a los agentes procesales, las partes, los abogados y el juez, cada uno según su papel.

<sup>49</sup> El Código de Procesal Civil italiano dispone, en su artículo. 184, “[C]onclusión de la investigación” establece que “[s]in perjuicio del artículo 187, el juez de instrucción, si considera que son pertinentes y relevantes, admitirá las pruebas ofrecidas [por las partes]; o si, a petición de parte, se requiere a una nueva audiencia, especificará un plazo dentro del cual las partes podrán presentar los documentos y nuevos medios de prueba, así como los mandatos necesarios para la presentación de pruebas en contrario... En caso de que los medios de prueba sean dispuestos de oficio, cualquiera de las partes puede presentar, dentro del plazo fijado por el juez, el medio de prueba de que se necesite en relación al primero”.

Del poder del juez de ordenar la práctica de pruebas, encontramos rastros hasta en los artículos 202, 210, 212, 213 del Código del Procedimiento Civil. El artículo 202 (“El tiempo, lugar y manera de aprehensión”), dispone que “[c]uando se tiene el medio de prueba, el juez de instrucción, si no lo pudiere aprehender en la misma audiencia, determinará el tiempo, lugar y el modo de aprehensión”. El artículo 210 (“Orden de la exposición de la parte o de un tercero”) dispone en cambio que: “En los mismos límites dentro de los cuales se puede solicitar la inspección de las cosas en la posesión de una parte o de un tercero en virtud del artículo 118, el juez instructor, previa solicitud, podrá ordenar a la otra parte o a un tercero a que exhiba en la corte un documento u otra cosa cuya adquisición estimen necesarias para el proceso”. El sucesivo artículo 212 (“La exhibición de una copia del documento y los libros de comercio”) prevé que “[e]l juez de instrucción podrá ordenar que, en lugar del original, se exhiba una copia fotográfica o un extracto del documento auténtico. Al ordenar la exhibición de libros de contabilidad o registros con el fin de extraer ciertas partes, el juez, a instancia de la persona interesada, puede ordenar que los productos extraí-

ción de la verdad, se basará por tanto en hechos probados sobre la base de un proceso epistemológico, cuya corrección es confiada al juez y a sus poderes de control.

En el modelo epistémico propuesto por Taruffo, la “verdad” parece, en definitiva, afirmarse en una dimensión lógica, puesto que un enunciado, por su parte, es *cierto*, y podrá confluir en la decisión final, en cuanto resulte probado y confirmado, de acuerdo con un diagrama de flujo que Taruffo resume así:  $W = E \rightarrow H$  ( $W =$  *warrant*,  $E$  = la evidencia disponible,  $H$  = hipótesis en cuestión).<sup>50</sup>

Este aspecto que desplaza la cuestión de la verdad a un plano lógico, contradice al modelo de Haack en el que la objetividad de las pruebas, aunque provenientes de afirmaciones o categorías científicas que lleva el consenso de la comunidad científica, deben conectarse con el contexto del proceso. Igualmente, el modelo de Taruffo también contradice a los modelos abiertamente “culturalistas”, como el propuesto por Oscar Chase a partir del análisis de los conflictos y de las técnicas de resolución de la tribu africana de los Azande.

Mientras que Taruffo afirma claramente que el objetivo del proceso para los sistemas jurídicos de derecho civil es la averiguación de la verdad; Chase, después de examinar los métodos de resolución de conflictos de los Azande, afirma, de un modo igualmente claro y decisivo, que para éstos el fin del proceso es resolver la disputa.

Estos sistemas están fuertemente permeados por la cultura y las tradiciones; en estos sistemas la cultura no sólo se relaciona con el derecho o lo influencia, sino que estructura y determina el contenido y las categorías del derecho. El proceso de los Azande, descrito por Chase, que se desarrolla en un ritual en el cual se administra veneno a un polluelo (el llamado *oráculo del veneno*, *el benge*) para luego establecer la validez o no de la acusación de acuerdo con la muerte o no del polluelo, ciertamente no es relevante por sus implicaciones exóticas. Sin embargo, la contribución de Chase a los estudios culturalistas y las investigaciones comparativistas ofrecen un límite a aquellas investigaciones que consideran que las prácticas jurídicas se en-

---

dos sean puestos a disposición de un notario y, cuando sea necesario, de un experto para que lo ayude”. Por último, el artículo 213 (“Solicitud de información a la administración pública”) se dispone que “[s]alvo en los casos previstos en los artículos 210 y 211, el juez podrá solicitar de oficio a la administración pública la información escrita de los actos y documentos de la administración misma que se necesitan incorporar al proceso”.

<sup>50</sup> Taruffo, *op. cit.*, nota 3, p. 135, pp. 207-209, además Di Donato, *op. cit.*, nota 6.

cuentran divorciadas de una dimensión cultural y social. La divinización, que representa uno de los aspectos del sistema cultural y las creencias de los Azande, impregna el proceso en sí mismo, que se convierte en una ceremonia de la transformación de las relaciones entre las partes, incluido el juez y los demás miembros de la sociedad. El proceso es una clave para entender a la sociedad Azande: ayuda a entender la vida social, el flujo de los acontecimientos, las relaciones personales. En resumen, el proceso funciona como un espejo de la sociedad de los Azande: resolver una disputa significa confirmar los mecanismos de estratificación social, las relaciones interpersonales (por ejemplo, entre el marido-acusador y mujer-acusada de adúltera), permitir la elaboración del duelo o la pérdida, legitimar el poder de las autoridades, etc. Reflexionar sobre estos mecanismos sociales y culturales a través de mecanismos procesales significa, al mismo tiempo, influenciar a la sociedad, transformar las relaciones, indicar cuáles eventos, cuáles patrones sociales se dirigen a ciertas direcciones, mientras que otros avanzan en direcciones diferentes. Esto es lo que se ha definido en otros lugares como “doble reflexividad”,<sup>51</sup> porque así como el proceso refleja la sociedad y la cultura de los Azande, éste influye en su progreso y destino, porque los Azande con sus creencias, rituales divinos, significados metafísicos, estratificación social, diferencias de género, etc. reflejan el proceso (entendido como una práctica compartida) y condicionan su éxito.

Los estudios de Chase, en una perspectiva comparativista-cultural, tienden a demostrar, en definitiva, la forma en que la cultura plasma el derecho y determina sus estructuras, partiendo justamente del proceso, puesto que no es posible separar al derecho de la cultura.

Las opciones teóricas que hemos examinado, a partir incluso de breves reflexiones llevadas a cabo en la sección anterior sobre el reciente florecimiento del *Nuevo Realismo*, nos permiten ahora hacer algunos comentarios sobre el proceso como un lugar para averiguar la verdad.

Al final de esta digresión, se puede observar que, por un lado, los modelos epistemológicos de Taruffo y Haack, a pesar de sus diferencias, parecen limitarse a considerar el proceso desde el punto de vista de la determinación de la verdad, a partir de la credibilidad lógica de las declaraciones, o preguntándose sobre la posibilidad cognoscitiva del proceso mediante la evaluación de la fiabilidad de las categorías científicas (incluso en una dimensión que no es

<sup>51</sup> Scamardella, Francesca, “La riflessività giuridica come categoria di mediazione tra individuo e diritto”, *I-Lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale*, vol. 6, fasc. 13-14, 2011, pp. 199-222; Scamardella, Francesca, *Il diritto attraverso lo specchio. Esercizi filosofici sulla riflessività giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011

puramente objetiva, sino en una red en la que la objetividad de la prueba contiene aspectos subjetivos relacionados con el contexto) para determinar la elegibilidad y la adquisición de pruebas y por tanto la decisión final. Por otro lado, Chase, incluso como un comparativista de indiscutible calidad e importancia, se detiene en la puerta de la tesis de que “los procedimientos para la solución de controversias ‘reflejan’ cultura”,<sup>52</sup> sin decir más.

A partir de las reconstrucciones hechas anteriormente podemos concluir que los estudios sobre el proceso a menudo se limitan a las opciones de carácter formal, al análisis de los patrones y prácticas lógicas de INTERPRETACIÓN y ARGUMENTACIÓN, dejando de lado el tejido humano, el espacio (tal y como lo es dentro y fuera del proceso), la adjudicación de significado y las acciones de los actores que construyen la realidad, narrando su propia verdad.<sup>53</sup> Nuestra perspectiva sostiene, por el contrario, que además de la abstracción de los modelos lógicos formales, como el de los modelos epistemológicos o epistémicos analizados, y además de las opciones realistas, constructivistas y culturalistas *á la Chase*, la filosofía del proceso debe examinar más de cerca el significado de las acciones que están inscritas en la experiencia de la vida humana o la práctica diaria. Citando las palabras de uno de los más grandes filósofos italianos del siglo XX, esta investigación debe llevarse a cabo con humanismo “con las posibilidades y formas que son inherentes a la condición humana”.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> Chase, *op. cit.*, nota 7, p. 7.

<sup>53</sup> La teoría de la INTERPRETACIÓN y la ARGUMENTACIÓN jurídicas, a partir de finales de los ochenta y principios de los años noventa del siglo pasado (véase *supra* nota 34) manifestaron que las misiones y funciones del juez eran elementos “dignos” de atención, aproximándose a estas prácticas jurídicas como prácticas sociales. Sin embargo, estas teorías no logran capturar la mirada adecuada de los agentes “humanos” de las actuaciones. En este punto nos referimos a MacCormick, Neil, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011. En Italia, señalamos la labor de Guastini, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011; Pino, Giorgio, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010. Para una evaluación global de la práctica argumentativa, se puede consultar Abignente, Angelo, “Argomentazione giuridica. Voce enciclopedica”, en Pomarici, Ulderico (editor), por publicarse en Giappichelli, Torino: “Como hemos dicho antes, se trata de modelos que, al tiempo que expresan su preocupación por los derechos (Pino), por una dimensión pragmática (Atienza) o la práctica de la argumentación y el razonamiento de la corte (MacCormick), en general, no capturan, sin embargo, el acto y las narraciones de los agentes de los procedimientos y la forma en que estas prácticas se reflejan a continuación, en el terreno práctico y en las rutas, y la línea argumentativa que [el juez] sigue”.

<sup>54</sup> Capograssi, Giuseppe, *Opere*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 66.

#### IV. EL OBJETIVISMO Y EL CULTURALISMO: ¿UNA LLASION POSIBLE PARE EL ESTUDIO DEL PROCESO? REFLEXIONES SOBRE EL MÉTODO

Uno de los resultados que juzgamos como “valioso” del enfoque procesal-culturalista propuesto por Chase es la toma de conciencia de los límites y la naturaleza del proceso legal estudiado de manera aislada: no se puede entender una ley practicada fuera de los procedimientos, y, al mismo tiempo, estos procedimientos no tienen sentido por fuera de una dimensión cultural. El ejemplo de los Azande que recurren a un método “no legal” para resolver disputas demuestra, después de todo, que la confianza en las pruebas y en la verdad es un problema cultural y que las diferentes maneras de llegar a la verdad reflejan “mundos” diferentes.<sup>55</sup>

A diferencia de Chase, el interés que mueve a nuestra investigación no es mostrar la influencia de la cultura sobre la organización, la forma y la estructura de la controversia, sino, más bien, sobre su génesis y el tipo de acciones y estrategias aplicadas por los protagonistas con el fin de encontrar una solución. La hipótesis de la que partimos es que el grado de éxito jurídico en la resolución de una disputa depende del grado de conciencia cultural de los actores sociales y sus acciones orientadas por el conocimiento de las reglas (formales/informales, implícitas/explicitas) practicadas en un contexto.<sup>56</sup> En este tipo de discurso, por tanto, resulta difícil distinguir al derecho de la cultura; se trata de un binomio inextricable, si bien es cierto,

<sup>55</sup> Para un comentario crítico más amplio sobre los temas tratados por Chase, Di Donato, Flora, Recensione di Chase, Oscar, G., “‘Law, Culture and Ritual’, New York e London, New York University Press, 2005”, *Sociologia del Diritto*, vol. 2, 2007, pp. 191-193.

<sup>56</sup> Para la distinción entre normas implícitas y explícitas se recomienda la obra de Fuller, quien distingue entre *made* e *implicit rules*. Las primeras son proposiciones normativas generales concebidas *a priori* y presupuestas para orientar las conductas. Se trata de formulaciones verbales canónicas, cuya fuerza práctica depende de la autoridad de quien las produce y del rol que ocupa. Las *implicit rules*, en cambio, emergen de la conducta y son siempre formuladas *post hoc*; no tienen por ende una fecha precisa de nacimiento y no provienen específicamente de ningún autor. Presuponen relaciones de autoridad o de subordinación: su fuerza práctica depende del hecho de que son la directa expresión de las conductas de los unos hacia los otros. Las *implicit rules*, por tanto, fungen en la vida social de los agentes también como facilitadoras de interacciones de éxito. Para referencias específicas: *cfr.* Fuller, Lon, L., *The Anatomy of Law*, Westport (C.T.), Greenwood Press, 1968; Fuller, Lon, L., “Human Interaction and the Law”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 14, 1969, pp. 1-36. Para una reconstrucción de la concepción de Fuller, *cfr.* Postema, Gerald, J., “Implicit Law”, *Law and Philosophy*, vol. 13, núm. 3, 1994, pp. 363-366.

la comprensión del derecho pasa a través de las prácticas en vigor en una comunidad dada.

El concepto de cultura que adoptamos aquí –como un conjunto de *significados* tejidos por las personas en la *práctica* de interacciones cotidianas–, de hecho no está muy lejos del concepto de *práctica* desarrollada por Bourdieu para describir las actividades específicas de un sector o de un “campo”, como, por ejemplo, los campos profesionales. Bourdieu explica así cómo el efecto del derecho en la sociedad está fuertemente formado por la tradición, la educación y la experiencia cotidiana, y la representación de lo que constituye un comportamiento jurídico, el uso profesional, etc. Él llega a identificar la “función” del derecho en la transformación de la “regularidad” en regla (recurriendo a las leyes y rituales formales).<sup>57</sup>

Por lo tanto, si estamos dispuestos a reconocer que el funcionamiento del derecho está condicionado por las prácticas culturales (locales), no podría considerarse al proceso inmune a la cultura en la que se forjó, no sólo en los rituales y formas, sino también en el contenido, las prácticas y las representaciones locales, cualquiera que sea la perspectiva epistemológica que nos proponemos tomar con el fin de analizarlo.<sup>58</sup>

Por otra parte, una epistemóloga de la ciencia como Susan Haack y un antropólogo de la ciencia como Bruno Latour –quienes investigan, respectivamente, sobre la obtención de pruebas en los procedimientos judiciales y en el laboratorio científico– han observado, desde diferentes perspectivas, la existencia de algún tipo de continuidad entre las formas de pensamiento o pruebas regulares u ordinarias, y las formas de pensamiento y pruebas científicas.

Haack muestra, con una serie de ilustradores ejemplos, cómo la evidencia científica incluye tanto elementos experienciales (que tienen que ver con lo que se ve, lo que se oye, etc.) como elementos de razonamiento (incluyendo un *background* de creencias del juez),<sup>59</sup> y cómo, una vez adquirida, la

<sup>57</sup> El derecho, como cualquier otro ámbito social – explica Bordieu – está organizado en torno a un cuerpo de protocolos internos y asunciones, comportamientos típicos y valores auto-referenciales. Es lo que comúnmente se define también como *cultura jurídica*. Cfr. Bourdieu, Pierre, “The Force of law: Toward a Sociology of the Juridical Field”, *Hastings Law Journal*, vol. 38, núm. 5, 1987, pp. 814-853.

<sup>58</sup> Para una lectura crítica de la relación entre la cultura del proceso y la práctica judicial italiana, cfr. Taruffo, *op. cit.*, nota 3.

<sup>59</sup> Además de lo que se muestra en la sección anterior sobre el papel de la experiencia sensorial en la adquisición y valoración de una prueba (por ejemplo, la tomografía axial referida al al cerebro de un acusado de asesinato puede ser mostrada al jurado en su forma

evidencia es el objeto de evaluaciones y es aceptable en tanto sea relevante para que el caso sea decidido. Tanto Haack como Latour —a raíz de las provocaciones de las llamadas *revoluciones científicas*— reconocen que la investigación científica es una especie de “empresa social” entre las personas que trabajan cooperativamente, incluso si tienen posiciones divergentes u opuestas, para calificar el resultado de una investigación. Al punto en que la decisión final sobre la validez y pertinencia de las pruebas termina siendo el objeto de un acuerdo/desacuerdo sobre posiciones/afirmaciones diferentes entre los expertos y los miembros del jurado. La conclusión a la que llega Haack es la siguiente: mientras que la prueba es “objetiva” (dependiendo de la forma en que es respaldada en términos científicos), el juicio sobre la calidad de la prueba es “perspectival” o subjetiva, es decir, dependiente del tipo de creencias de la persona que juzga y la coherencia entre lo que se dice en el juicio y lo que se demuestra.<sup>60</sup>

Desde distintos ángulos, tanto Latour como Haack demuestran cómo los requisitos de “científico” o de “jurídico” son el producto de un proceso valorativo, tanto por parte los miembros del jurado como por los científicos.

Además, la compatibilidad del discurso epistemológico “puro” —en parte, propuesto por Haack y Taruffo— con una especie de antropología jurídica, como la propuesta por Chase, es demostrada por Latour. Como se ha notado, en su camino de investigación, el antropólogo de la ciencia, pasa por la observación del laboratorio de análisis (científico) al análisis de un

---

original o por medio de un presentación *PowerPoint*), véase, a modo de ejemplo, el caso de “Sacco y Vanzetti” (1921), reconstruido por Haack, *op. cit.*, nota 28. Sacco y Vanzetti fueron dos anarquistas italianos, condenados a muerte porque se los acusaba de haber cometido un asesinato en South Braintree, en el Estado de Massachusetts. Tiempo después, la condena en primera instancia fue apelada porque otro recluso confesó que él era el asesino. El recurso fue rechazado y en 1927 la pena de muerte se llevó a cabo. Sacco y Vanzetti fueron finalmente absueltos por la proclamación del Gobernador de Massachusetts, 23 de agosto de 1977, exactamente 50 años después de su ejecución. Haack se pregunta si el grado de credibilidad de la confesión que supuestamente iba a exonerar a Sacco y Vanzetti, fue afectado por el impacto emocional que tuvo en el jurado el hecho de que los imputados eran conocidos anarquistas en el período histórico de la decisión. En esencia, el científico, descartando enfoques que cuestionan el elemento científico o estadístico de los testimonios adjuntados al proceso, investiga la credibilidad de los testigos, combinando elementos subjetivos y objetivos. Con estos elementos llega a la conclusión de que se condenó a Sacco y Vanzetti, a pesar de la confesión exonerante, porque “eran culpables de algo, ellos sabían que ellos eran culpables de una especie de radicalismo político” (*Ibidem.*, p. 226).

<sup>60</sup> A propósito, escribe Haack: : “The quality of evidence is objective depending on how supportive it is, how compressive, and how independently secure the reasons it includes; but judgments of the quality of evidence are perspectival, i.e. they depend on the background beliefs of the person making the judgment”. Haack, *op. cit.*, nota 29, p. 225.

contexto jurídico, como el Consejo de Estado Francés. Recurriendo a una metodología del tipo etnográfico, él documenta todas las fases y actividades de consulta y comunicación a través del cual se construye un expediente, haciendo hincapié —como en parte también lo hace Haack<sup>61</sup>— en la naturaleza discursiva y la construcción de una decisión colegiada, aunque sea a través de la mediación de las prácticas y rituales codificados en el Consejo de Estado.

A la luz de estos ejemplos, y trayendo una vez más a colación Bourdieu, podríamos concluir que la investigación de la verdad no puede dejar de tener en cuenta la *práctica* del contexto de la investigación (judicial, laboratorio, etcétera).

El punto es, entonces, *¿cómo distinguir o conciliar, en la investigación procesal, lo que es “jurídico” y lo que es “cultural”?* *¿Cómo conciliar las actitudes sobre la objetividad propias del derecho y sus instituciones con las dimensiones subjetivas e intersubjetivas de los seres humanos como actores sociales?*

Además de Chase y Latour, otros juristas y antropólogos —como Sacco, por ejemplo— ofrecen el uso de la antropología para tratar de identificar los componentes de los llamados silencios del derecho relativos a la dimensión cultural e implícita, como un aspecto separado de la dimensión estrictamente jurídica, en el proceso de construcción de los significados al interior de los grupos<sup>62</sup>.

En general, la sociología y la etnografía tratan de trazar u objetivar la cultura, en parte, a través del estudio de los documentos (jurídicos, en sentido amplio), que son examinados “a la luz del contexto social en el que aparece el fenómeno jurídico contenido en el documento en sí mismo”,<sup>63</sup> en parte, el uso de “testigos” (a través de encuestas, entrevistas, etc.) que

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

<sup>62</sup> Sacco, Rodolfo, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2007.

<sup>63</sup> “Los documentos tienen una objetividad propia, en el sentido de que existen y sobre éstos el investigador no puede influir”, escribe Ferrari, Vincenzo, *Prima lezione di sociologia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 112. Treves, por su parte, identificó un amplio elenco de documentos jurídicos que pueden ser sujetos de investigación: “Entre documentos jurídicos, se pueden distinguir aquellos cuyo contenido es previsto y valorado por el derecho, como son las leyes, los laudos arbitrales, los testamentos, los contratos de varios tipos y los actos notariales en general, y aquellos que contienen simples discursos sobre el derecho como pueden ser, por ejemplo, las estadísticas judiciales, las relaciones anuales de los procuradores generales, los artículos sobre temas jurídicos publicados en revistas, periódicos de las órdenes profesionales, las labores de la doctrina y la jurisprudencia”. *Cfr.* Treves, Renato, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Torino, Einaudi, 1988, p. 203.



humanizan la investigación de campo, en parte a través de la re-escritura de las observaciones adquiridas.<sup>64</sup>

Se trata de lo que los científicos sociales definen como “búsqueda situada”.<sup>65</sup> En particular, los métodos previstos por la etnografía –desde la observación participante a las entrevistas a profundidad, desde el análisis documental a la narrativa y la semiótica– hacen posible el estudio de las interacciones poniendo en el centro de la investigación no a los “objetos naturales” sino a los actores sociales como los co-autores del mundo social que construyen.

Se trata, sin embargo, de métodos que aún no son muy difundidos en el ámbito jurídico.<sup>66</sup>

## V. UN ENFOQUE *CLINICAL LAW* PARA EL ANÁLISIS DE LOS CASOS JUDICIALES Y LA FUNCIÓN SOCIO- EPISTEMOLÓGICA DE LAS NARRACIONES

En contraste con la tradición europea, en contextos pragmáticamente orientados como el estadounidense, se ha venido desarrollado durante la

<sup>64</sup> A propósito de la actividad de discreción-formalización típica de la antropología. *Cfr.* Fabietti, Ugo, *Antropologia culturale. L'esperienza e l'interpretazione*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 112. Sobre la necesidad de recurrir a la documentación como forma de inscripción de lo real en diferentes niveles de la realidad institucional, *cfr.* Ferraris, Maurizio, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 296: “[...]. La realidad social de cada día se compone de citas, invitaciones a cenar, promesas, apuestas, amenazas, y en todos estos momentos la inscripción aparece de manera relativamente informal, como el apretón de manos, apuntes en la memoria o en la agenda del teléfono móvil, o incluso en el recibo, la cuenta del restaurante, el boleto del tranvía o billete de tren, el recibo del taxi. Pero, como se puede ver, éstos se realizan a través de inscripciones en el sentido estricto, los pedazos de papeles, recibos con valor jurídico, por no hablar de ese documento omnipresente y altamente codificado que es el dinero, la realidad social comienza a orientarse hacia la realidad institucional, donde la aplicación de la ley Objeto=Acto inscrito es estrecha y literal. Aquí, de hecho, no estamos tratando más con usos más o menos informales, sino con verdaderas y propias inscripciones codificadas”.

<sup>65</sup> Se trata de una aproximación que excluye de inicio la posibilidad de extender y generalizar a todos los tipos de sociedad los resultados de investigaciones desarrolladas con referencia a grupos particulares. Para un panorama, *cfr.* Mantovani, Giuseppe, *Metodi qualitativi in psicologia*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 22.

<sup>66</sup> Son excepción los estudios de Conley y O'Barr sobre las cortes judiciales. *Cfr.* Conley, John M. y O'Barr, William, M., “Fundamentals of Jurisprudence: an Ethnography of Judicial Decision Making in Informal Courts”, *The North Carolina Law Review*, vol. 66, núm. 3, 1988, pp. 467-508.

última década un enfoque casuístico o estudio *clínico* de los casos y las decisiones judiciales. En una perspectiva más amplia de *law and culture*, el enfoque *clínico* pretende traer a la luz, a través del análisis de las narraciones de los casos jurídicos y judiciales, los patrones culturales que subyacen al derecho y que afectan la forma de funcionamiento de los sistemas jurídicos y las representaciones de las personas ordinarias.<sup>67</sup>

Gracias al aporte interdisciplinario de sociólogos, psicólogos sociales, antropólogos y expertos en el procedimiento civil,<sup>68</sup> el programa *clínical* pretende “traer de vuelta la realidad al derecho”, centrándose en los temas críticos en la re-construcción de un caso y en la determinación de hechos y poniendo en el centro de la investigación al cliente considerado como “protagonista” de su historia.<sup>69</sup>

Se trata de un método que también se fija en la formación jurídica de los estudiantes (*legal education*), formados en la enseñanza de que el derecho no es un conjunto de normas independientes y escindidas de la utilización de ellas que se hace en la práctica, y con conciencia de las consecuencias que, a través del sistema jurídico, “son escritas por hombres en la vida de otros hombres”.<sup>70</sup>

En el núcleo del enfoque casuístico propuesto por la postura clínica se encuentra el estudio de las narraciones. ¿Por qué? En primer lugar, por un principio de orden epistemológico: psicólogos del conocimiento y críticos literarios han teorizado la función organizativa de la experiencia y de la

<sup>67</sup> Se habla también de *therapeutic jurisprudence* puesto que este método mira a la prevención jurídica y a un tipo de enseñanza de la justicia social al interior de la comunidad. Winick, Bruce, J. y Wexler, David, B., “The Use of Therapeutic Jurisprudence in Law School Clinical Education: Trasforming the Criminal Law Clinic”, *Clinical Law Review*, vol. 13, núm. 1, 2006, pp. 605-632.

<sup>68</sup> Sobre la investigación interdisciplinaria como “combinación práctica” de enfoques de investigación y métodos. Cfr. también Hesse-Biber, Sharlene, N., *Mixed Mehods Research. Merging Theory with Practice*, New York and London, The Guilford Press, 2010.

<sup>69</sup> “Rather, lawyers must understand them in context, based on their entire lives including understanding their familial, community, housing and financial circumstances. Without an understanding of these different contexts, client centeredness generally... would be ineffective...”. Barry, Margaret, M. *et alii*, “Teaching Social Justice Lawyering: Systematically Including Community Legal Education in Law School Clinics”, *Clinical Law Review*, vol. 18, núm. 2, 2012, p. 445.

<sup>70</sup> Cfr., como principal ejemplar de esta orientación, Amsterdam, Anthony, G. y Bruner, Jerome, *Minding the Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2000.

conciencia propia de la narrativa.<sup>71</sup> Narrar una historia significa imprimir un significado especial, temporal y causal, incluso en el proceso.

Es un enfoque que no es indiferente ni siquiera para aquellos que están a favor de un modelo lógico o correspondentista de la investigación de hechos, quienes, hasta cierto punto, están dispuestos a reconocer que las historias representan la principal herramienta para la organización e interpretación de los “hechos”, es decir, de los elementos de información, fragmentos de realidad introducidos en el proceso por las partes (cliente, abogado, testigos) y que pueden ser reconstruidos como un conjunto coherente de datos.<sup>72</sup> En este contexto, es útil resumir algunas de las principales características de la narrativa estudiadas hasta ahora en la literatura y que se encuentran bien conectadas con el estudio del proceso:

i) La *función socio-epistemológica de la narrativa* —como se describe más arriba— que permite dar un orden a la realidad recreándola a través de historias (jurídicas).

ii) La *construcción de procesos judiciales como historias*. Este enfoque, característico del método clínico, lee los casos judiciales y los pronunciamientos de los jueces como narraciones más amplias de una historia y de una cultura que “impone” significados y que orienta las soluciones, con el objetivo implícito de garantizar el “mantenimiento” de un orden social más complejo.<sup>73</sup> Dentro de este enfoque, se dedica atención especial al estudio de las prácticas profesionales y sus relaciones con los problemas de la vida coti-

<sup>71</sup> Cfr. Bruner, Jerome, “The Narrative Construction of Reality”, *Critical Inquiry*, vol. 18, núm. 1, 1991, pp. 1-21; White, Hayden, “The Value of Narrativity in the Representation of Reality”, en Mitchell, Thomas W.J. (ed), *On Narrative*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1981, especialmente p. 1 y ss. Sobre la función general de la narración como “representación de eventos secuenciales”, cfr. también Kafalenos, Emma, “Not (Yet) Knowing: Epistemological Effects of Deferred and Suppressed Information in Narrative”, in Herman, David (ed.), *Narratologies. New Perspectives on Narrative Analysis*, Columbus (OH), Ohio University Press, 1999, p. 53.

<sup>72</sup> Cfr. principalmente, para un acercamiento analítico: Twining, William, *Rethinking Evidence*, Cambridge (N.Y.), Cambridge University Press, 2006; Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 4. En una perspectiva no analítica sino constructivista y narrativista, cfr. Di Donato, Flora, *op. cit.*, nota 9.

<sup>73</sup> Véanse como ejemplos de esta orientación algunos ensayos publicados en la *Clinical Law Review* de la NYU: AA.VV., “Stories Told and Untold: Lawyering Theory Analyses of the First Rodney King Assault Trial”, *Clinical Law Review*, vol. 12, núm. 1, 2005, pp. 1-50; Amsterdam, Anthony, G., “Telling Stories and Stories About Them”, *Clinical Law Review*, vol. 1, núm. 1, 1994, pp. 9-40.

diana: así el papel del abogado, el del juez, y el del cliente obtienen un papel principal en la construcción de historias legales.

iii) *La reconstrucción de tramas narrativas (jurídico-literarias)*. Los significados y las acciones contenidas en los textos narrativos jurídicos deben ser reconstruidos con un método que a veces coincide con el de las tramas literarias.<sup>74</sup> Al igual que en la novela literaria, en la reconstrucción de una historia judicial, se debe identificar una trama (*plot*), unos personajes (caracteres) y un entorno como elementos fundamentales que componen una narración.<sup>75</sup>

iv) *El estudio de las historias en el contexto*. Conocimientos útiles para el estudio de las narrativas *en contexto* provienen de áreas no relacionadas con los estudios jurídicos, como la etnografía del discurso, ya mencionada anteriormente.<sup>76</sup> Los enfoques etnográficos se refieren, como es sabido, a la génesis y evolución de las narrativas en el contexto cultural en que se producen, poniendo el énfasis en los protagonistas. Las narraciones están atrapadas en su dimensión dinámica en cuanto son puestas en una estructura secuencial más amplia de participación en las prácticas y cursos de acción específicos (negocios, de organización, etc.), compartidas en el tiempo y sedimentadas en repertorios que las narraciones mismas contribuyen a hacer evolucionar.<sup>77</sup> Este último enfoque es el menos desarrollado, aunque representa, en nuestra opinión, uno de los más prometedores para un estudio contextualizado del proceso.

## VI. VOCES EN ACCIÓN Y ANÁLISIS DE CASOS

<sup>74</sup> Sobre la función de la trama narrativa en las narraciones, *cfr.* Brooks, Peter, *Trame. Intenzionalità e progetto nel discorso narrativo*, Torino, Einaudi, 2004, p. 17. *Cfr.* también Propp, Vladimir, *Morphology of the Folktale*, ed. ing. de L.A. Wagner, Austin (Tex.), University of Texas Press, 2nd edition, 1968, p. 21.

<sup>75</sup> *Cfr.* Kafalenos, Emma, *op. cit.*, nota 72, p. 55. Kafalenos propone una interesante equiparación entre la acción de los personajes de una historia y la acción de los individuos. En ambos casos trata de acciones generadas a partir de la información disponible que producen los eventos que serán interpretados y que producirán nuevas acciones. Personajes y las acciones, individuos y eventos se mantienen unidos por las narraciones.

<sup>76</sup> *Cfr.* Conley, y O' Barr, *op. cit.*, nota 66.

<sup>77</sup> Acerca de las narrativas y los contextos, Ochs y Capps hablan de "narrativa conversacional" queriendo hacer hincapié en la naturaleza interactiva y colectiva. *Cfr.* Ochs, Elinor y Capps, Lisa, *Living Narratives. Creating Lives in Everyday Storytelling*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2001.

## 1. *Un enfoque de socio-clinical law*

El estudio contextual de las narraciones, a través de las *voces de los protagonistas*,<sup>78</sup> se encuadra dentro de una perspectiva promovida por las ciencias sociales que ha influido en los últimos años en el estudio del derecho, mostrando cómo la gente común (*lay people*) está involucrada en un proceso activo, compartido y colectivo de construcción de la legalidad, a través de las prácticas diarias e institucionales. En este sentido, se han desarrollado en los Estados Unidos, primero, y en Europa después, varios movimientos llamados *law and humanities*, *legal storytelling*, *lawyering theory*, etc. Se tratan de orientaciones basadas en muchos casos en métodos de investigación y fuentes extra-jurídicas como justamente son las narraciones de la gente común.<sup>79</sup>

La combinación entre estas diferentes áreas ha proporcionado resultados útiles, en general, en el estudio de la relación entre individuos y sistemas jurídicos para mostrar cómo la gente común (*lay people*) participa no sólo como “protagonista” en la construcción de sus vías legales y judiciales, sino de forma más general, en procesos de construcción de los significados jurídicos que son compartidos entre los individuos y las instituciones, y que influyen en el desarrollo de la cultura jurídica en la sociedad.

Por nuestra parte, sobre la base de algunos de los supuestos científicos anteriormente reconstruidos e inspirándonos en las teorías narrativas de la psicología social,<sup>80</sup> la antropología<sup>81</sup> y la sociología<sup>82</sup> —sólo a título de ejemplo— desde hace algunos años hemos experimentado el uso de una metodología de análisis socio-jurídico o de *socio-clinical law* para reconstruir un caso judicial como una historia legal.<sup>83</sup>

<sup>78</sup> Como un intento de desarrollar un análisis contextual de las narraciones, inspirada por la etnografía, por favor consultar, Di Donato, Flora, *La realtà delle storie. Tracce di una cultura*, Napoli, Guida, 2012.

<sup>79</sup> Ewick, Patricia, Silbey, Susan, S., *The Common Place of Law. Stories from Everyday Life*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1998.

<sup>80</sup> Bruner, *op. cit.*, nota 71

<sup>81</sup> Ochs y Capps, *op. cit.*, nota 78.

<sup>82</sup> Ewick y Silbey, *op. cit.*, nota 79.

<sup>83</sup> Esta línea de investigación ha sido inspirada por la investigación desarrollada en el contexto italiano por Flora Di Donato. Su tesis doctoral (Di Donato, Flora, *op. cit.*, nota 9) trató sobre la interacción y la construcción de dinámicas de hechos jurídicos en la integración entre los actores (clientes, abogados y jueces) en el juicio. El principal resultado del estudio, adelantado en varios casos, era mostrar cómo el cliente, presentado como una persona ordinaria, puede tener una “voz” en el proceso de construcción de su caso y un papel clave en la definición —en colaboración con su abogado— de una estrategia jurídica victoriosa. El análisis narrativo de los casos —desde una perspectiva socio-jurídica y psicoló-

De acuerdo con este método, se analiza el caso judicial en su materialidad (fascículo legal, artículos de prensa) para investigar no sólo la génesis jurídica, sino también su génesis cultural. Este análisis se hace con una mirada que es, en un sentido amplio, etnográfica y sociológica, y cuyo objetivo es doble: “humanizar” la investigación jurídico-legal a través de testimonios (entrevistas, encuestas, artículos de prensa) representativos del contexto, y a la vez, salvaguardar los niveles de objetividad exigidos por el derecho formal y procedimental, a través del análisis de documentos oficiales y no sólo del proceso.<sup>84</sup> De esta manera es posible integrar un análisis desde un punto de vista “objetivo” de lo que debería ser la típica labor de investigación, con una subjetividad que pertenece a las personas involucradas: los clientes.

La *historia legal* que deviene a partir del análisis de casos examinados tiene la función de re-construir las diferentes narraciones en las cuales el caso se articula (la voz del cliente, de la contraparte, del abogado, del juez, de los testigos, etc.), lo que demuestra que lo que se define como *agenticidad del cliente* se construye y se modela dentro de un discurso polifónico con los otros agentes sociales, en la dinámica intra-procesal y pre-procesal de adquisición de los hechos.

Tomando influencias del enfoque clínico descrito anteriormente, se pone en primer plano el papel del cliente como el protagonista de la historia legal y como “agente narrativo”: la historia del cliente es considerada como esencial en la reconstrucción de los hechos de la causa. Ésta se enmarca en un universo más complejo, humano, social y jurídico.<sup>85</sup>

---

gica—también reveló aspectos de la construcción judicial, usualmente opacos para el análisis jurídico, por ejemplo, de los aspectos contextuales de la decisión. Este método ha sido desarrollado en un estudio más reciente (Di Donato, Flora, *op. cit.*, nota 78) que fue adelantado en dos áreas del sur de Italia, mostrando que el grado de conocimiento, más o menos implícito, de las reglas (jurídico-formales y de conducta) practicadas en el contexto, y ser una parte “activa” en la red social puede conducir a diferentes resultados (exitosos o no) en la solución de problemas institucionales-jurídicos.

<sup>84</sup> Bourdieu, Pierre, *Per una teoria della pratica. Con tre studi di etnologia cabila*, Milano, Cortina, 2003; Duranti, Alessandro, *Etnopragmatica. La forza nel parlare*, Roma, Carocci, 2007; Latour, Bruno, *La fabbrica del diritto. Etnografia del Consiglio di Stato*, Roma, Edizioni Città Aperta, 2007.

<sup>85</sup> “Mientras que ellos [los abogados] escuchan y trabajan para entender el mundo del cliente, los abogados no pueden dejar de interpretar el mundo con el fin de conectar los eventos y para evaluar la importancia”. Traducción del inglés: “As they listen and work to understand a client’s world, lawyers cannot help but interpret that world as they connect

Desde la perspectiva de los estudios norteamericanos, también se habla del *client-centered approach* [aproximación centrada en el cliente] en contraposición al enfoque más difuso y prevalente *lawyer-centered approach*<sup>86</sup> [aproximación centrada en el abogado]. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, sería más razonable hablar de una *client-lawyer relationship* [relación cliente-abogado], que no es necesariamente una situación de dominación respecto del cliente, asumiendo, al contrario, que la relación abogado-cliente puede ser de una razonable simetría y cooperación.<sup>87</sup>

La centralidad del papel del cliente se encuadra explícitamente en un enfoque más amplio de co-construcción de la realidad<sup>88</sup> que considera la *agentividad* del cliente como una capacidad para definir sus propios caminos de vida y de acción dentro de las limitaciones específicas (tanto legales como culturales) y para darle un sentido.<sup>89</sup> Tal *agentividad* se modela directamente en el contexto cultural en el cual el individuo actúa, orientando la investigación de soluciones –como en el caso de una disputa judicial– que además de ser dictadas por el derecho provienen directamente de la cultura. En este sentido, proponemos analizar un caso que parece emblemático o “paradigmático” de la relación entre los componentes legales y relacionales-culturales que dan origen a la agenda que lo orienta hacia una posible solución.

---

events and evaluate meaning”. Ellmann, Stephen *et alii*, *Lawyers and Clients. Critical Issues in Interviewing and Counseling*, St. Paul (MN), Thomson Reuters, 2009, p. 139.

<sup>86</sup> En investigaciones anteriores he mostrado que el cliente es capaz de iniciativas útiles, e incluso, es esencial en la re-construcción de su caso, en colaboración con el abogado. Las iniciativas van desde la adquisición de la información, en el contexto de su trabajo y de la disciplina de su campo profesional, hasta la construcción de estrategias de comunicación diseñadas para construir un determinado tipo de realidad. Di Donato, Flora, *op. cit.*, nota 9.

<sup>87</sup> Sobre las peculiaridades del modelo de la relación cliente-abogado, su potencial, así como su posible fracaso inspirado en una actitudes de silencio y la reticencia de los clientes, nos referimos a Scamardella, Francesca y DiDonato, Flora, “Il silenzio ‘a più voci’ nelle narrazioni di clienti e avvocati”, *Sociologia del diritto*, vol. 2, 2012, pp. 127-150. Véase, además, la reunión “Legal Profession Group”, sesión “Judiciary”, Bonn/Königswinter, presentación: “*Client’s voice in the lawyering process: cases of silence and reticence*”, ahora en ISARCSSL 50th Jubilee Cerimonial Conference, y, la presentación, “*Legal Profession between classical and contemporary theory of trial*”.

<sup>88</sup> Berger, Peter, L., Luckmann, Thomas, *La realtà come costruzione sociale*, Bologna, Il Mulino, 1997.

<sup>89</sup> Bruner, *op. cit.*, nota 71, pp. 1-21, también, Bruner, Jerome, “A Narrative Model of Self-Construction”, en Snodgrass Joan, G., Thompson, Robert, L. (eds.), *The Self across Psychology: Self-recognition, Self-awareness and Self-concept*, New York, New York Academy of Sciences, 1997, pp. 145-162.

## 2. *El caso de C\**<sup>90</sup>

Se trata de un caso de derecho laboral ambientado en Irpinia, en la provincia de Avellino (ciudad del sur de Italia), que se encuentra a medio camino entre un caso de ‘descalificación’ y de acoso laboral [*mobbing*].

El caso de C\* surge de dinámicas de reorganización corporativa de matriz política y al interior del contexto laboral, así como de rivalidad personal entre los protagonistas.

Para la reconstrucción de la *trama* de la historia de C\*,<sup>91</sup> inspirándonos en categorías de análisis provenientes de teorías narrativistas antes mencionadas, se adopta un esquema diseñado para resaltar los siguientes elementos: el *contexto*, los *personajes*, entendidos como los “protagonistas”, las *funciones* que desempeñan en la historia analizada, el *tejido emotivo*, las *interacciones*, el tipo o tipos de *agentividad*<sup>92</sup> puestos en marcha por los protagonistas de las historias. Empezaremos por:

### A. *El contexto y los protagonistas*

El caso de C\* se origina en un área de la región de Campania, Irpinia, dominado por un partido político tradicional (Partido Demócrata Cristiano) del cual C\* es un exponente. El protagonista C\* es contratado por el Consorcio en un momento de colapso financiero total, con la tarea de rescatarlo y de proporcionar una gestión gerencial. Aunque C\* se enmarca inicialmente con un papel secundario —primero de oficinista, luego de imagen corporativa— termina por asumir las riendas de la empresa convirtiéndose en el punto de referencia, tanto a nivel interno con los empleados, como en las relaciones externas frente a otras autoridades territoriales y con las autoridades nacionales (Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Activi-

<sup>90</sup> El caso de C\* es tratado más detalladamente en Di Donato, *op. cit.* nota 78.

<sup>91</sup> En línea con la perspectiva constructivista en la que nos movemos, la “estructura”, trama o *plot* de cada narración viene identificada con la articulación de relaciones que condicionan, orientan, una historia. *Cfr.* AA.VV., *op. cit.*, nota 74, pp. 148-149.

<sup>92</sup> Cuando se habla de *agentividad* en la construcción de un caso, se refiere a las fuerzas en juego que provocan la historia y la condicionan: puede tratarse de una persona o una institución (el banco, un departamento de Estado, Corte de Casación); de una abstracción (el mercado, el sistema jurídico); de una fuerza sobrenatural (la divinidad, la fortuna), o de un complicado tejido de todo ello. Para la utilización de la categoría de *agentividad* en el análisis de las historias legales, *cfr.* Di Donato, *op. cit.* nota 78, cap. II.



dades Productivas). Su capacidad es plenamente reconocida por la dirección, y será nombrado por el Consejo de Administración como “director general” y “administrador delegado” del Consorcio.

El manejo exitoso de C\* también se evidencia en la prensa local de la época. En un periódico en el momento dice: “[CXXXXX], del fracaso al éxito. En el borde del abismo. El Consorcio está ahora en aumento gracias a las inversiones de calidad”:

**Mondo impresa** Venerdì dicembre 19

Nel '96 sull'orlo del baratro. Il Consorzio ora è in crescita grazie a investimenti di qualità

## dal fallimento al successo

L'amministratore svela i segreti del piano di rilancio aziendale

**Le industrie del C**

### Meridionale Sida tecnologica

In [...] nell'area industriale del C, si trova una realtà culturale di tutti i rispetti, in tale di crescita e sviluppo a velocità record. Si tratta della [...] La [...] ha [...] a circa 65 chilometri di distanza al capoluogo. Nel nome dell'azienda è facile vedere il filo di protezione, vengono realizzati [...] e speciali, una volta [...] la affidata a disposizioni dei clienti e per ogni esigenza. Il direttore amministrativo, il regista di questa [...] la corsa dello stabilimento, ha deciso le spese fondamentali di un percorso che si è concluso con il lancio definitivo di una produzione, che si avvia per una serie di mesi. [...] Meridionale, [...] è nata nel 19 [...] con la costruzione della società. Con una su funzione: a pieno ritmo è venuta nel 19 [...] A [...] l'abbigliamento, l'amministratore delegato è il dottor [...] che, segue una politica [...] tutti i vantaggi relativi [...] della prima, l'azienda, lo sviluppo, lo sviluppo, lo sviluppo. Segue poi tutti i vantaggi tecnici. E, in ultimo, gli sbalzi e le oscillazioni, i balzi realizzati a [...] sono destinati al mercato nazionale, nella misura del 90%, il 10% viene indirizzato al mercato estero. Il futuro sviluppo del Consorzio è in linea con il piano di sviluppo dell'azienda, lo scorso anno si registra un 23,5% di. E al vertice potremmo dire che c'è un'ottima situazione. I prodotti della [...] vengono spediti al mercato per la qualità. In una la proficua attività con cui vengono realizzati, la notevole esperienza anche tutto lo staff, non soltanto tecnico, ma anche amministrativo, creabile. E sempre il consorzio [...] presidente del dottor [...] ad occuparsi dei servizi nel nostro stabilimento in questione, a cominciare dai servizi legati alla depurazione, per finire con la manutenzione. E il profilo della [...] mente, la strada da percorrere si sarebbe presentata luttuosa di rischi di ogni genere. "Appena il ottobre scorso, viceversa, un componente del nostro consiglio di amministrazione in rappresentanza degli imprenditori ha dichiarato a verbale che sono stati compiuti i gestimenti impenabili sul piano finanziario, garantendo al contempo l'efficienza dei servizi ed una graduale diminuzione dei costi, grazie alla diversificazione delle attività, che si è ottenuta puntando su nuove commesse ed ottimizzando i fattori già impegnati". Quando, infatti, il presidente della Meridionale, decise di proseguire, ancora [...] si preferiva un compromesso difficilmente con le aziende insediate nelle aree, che reclamavano costi di gestione accettabili, non volendo subire il costo complessivo dei servizi, nel settore il "pool" di imprenditori locali che avevano avuto precedentemente in concessione le attività avevano posto in liquidazione la società da loro creata, gran parte dei lavoratori fino a noi non posti. La mobilità, e la confusione era tale che ogni giorno si manifestavano tensioni, venivano attuate pretese, ci si interrogava presso l'Ansidemia e non luoghi istituzionali, su come risolvere il problema del corso abnorme dei servizi". Il consorzio [...] per cento, ha collaborato non poco nel processo di [...] "Il processo cominciò, via via affidando molte delle attività in procedure stipulate all'esterno: il presidente [...] particolare, la con determinazione perseguiva lo scopo di attrarre le società come una struttura in grado di svolgere compiti sempre più diversi, affidando, nel tempo, la gestione di apparati, acciotti e reti logistiche degli altri nuclei industriali in produzione. La Meridionale, nelle aree a verde e degli anni, i risultati tangibili e tangibili sono anche frutto di un'accorta politica del personale che ha consentito l'istituzione di un'ottimo clima di produzione industriale.

**L'azienda promossa per riciclaggio, consumi ridotti e rispetto dell'ambiente**

## Fma: arriva il certificato Iso 14001

Promosso a pieno voti il modello di gestione ambientale della [...] con le commesse torinese, la cui situazione è pre- [...] i prodotti ed i servizi per la tutela dell'ambiente. E dalla natura in tutta la fase di produzione. Sono previsti i risultati del-

Figura 1.

El *segundo protagonista* es L\* y entra en escena como el nuevo presidente de la institución. La entrada de L\* en el consorcio será un paso decisivo para el destino personal y profesional de C\*. L\* pertenece a la misma área de inspiración política, pero siempre ha estado en una relación de rivalidad con C\*. Hay noticias que documentan los desacuerdos políticos, de ocasiones anteriores entre los dos protagonistas. C\* y L\* están, en general, dotados de una visión política diferente sobre los hechos. C\* trabaja para la rehabilitación del Consorcio y no duda en confrontar, si es necesario, a las figuras políticas locales o entidades. A diferencia de C\*, L\* parece proceder con una forma inescrupulosa de hacer política, que tiene como objetivo sus intereses personales (al respecto, hay evidencia en los reportajes y testimonios de la época).

El *tercer protagonista* de la historia es Y\*, carácter aparentemente menor que entra en escena como “antagonista” de C\*. En realidad, es el nuevo

presidente L\* quien crea el cargo de Y\* como un alter ego de C\*, para que tome sus funciones: Y\*, de hecho, será nombrado nuevo director general del Consorcio.

### B. *Las interacciones entre los protagonistas*

L\*, como nuevo presidente electo, decide reformar la estructura societaria, procediendo no sólo a nombrar a Y\*, sino también a redefinir la posición jerárquica de C\*, quien fue removido como administrador delegado y como director general. La reforma formaliza una línea societaria donde C\* no tiene ninguna de las funciones relevantes internas o externas, como se indica en esta comunicación dirigida por L\* a C\*:

El Consejo de Administración de esta sociedad, en cargo desde hace algunos meses, está tomando los controles necesarios sobre la labor realizada en el tiempo anterior a la confirmación del mismo, y en el que, desde las primeras investigaciones, ya se revelan irregularidades graves en el perfil administrativo y corporativo. Durante dicha verificación [...] lo invitamos por favor a abstenerse de escribir comunicaciones de relevancia pública, y también se abstenga de la utilización de dicciones jerárquicas, como 'Dirección', que crearían en terceros apariencias no correspondientes con la verdad, teniendo en cuenta que éstas recaen exclusivamente en nuestro Presidente [...] y el responsable designado por este Consejo<sup>93</sup>.

A la revocación de las funciones que hasta este punto eran llevadas por C\*, le siguieron órdenes de servicio que le confirieron cualificaciones profesionales cada vez más “cambiantes”. Se trataban de “meras etiquetas” que no se corresponden con las funciones concretas: por ejemplo, “responsable del sistema de calidad.” La descalificación es tal que C\* se encontrará en poco tiempo dedicándose a tareas menores que las de los otros empleados que hasta ese momento habían sido sus subordinados. De hecho, C\* fue puesto poco a poco en un estado de inactividad total.

C\* se defiende de los intentos de descalificación tratando de reconducir los eventos a través de una nueva reorganización de la narrativa en la que, si bien toma nota de la nueva titulación, reclama sus funciones como director. Léase el pasaje de esta nota “polémica”, dirigida por C\* a Y\*, en su nuevo papel de “jefe de la calidad del servicio”:

<sup>93</sup> El pasaje es extraído del recurso presentado por el abogado de C\* de acuerdo con el procedimiento del art. 700 del Código de Procedimientos Civiles italiano, que regula un procedimiento cautelar de urgencia que viene concedido por el juez, a petición de parte, recorriendo dos presupuestos: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

Como siempre, no me he sustraído a las tareas asignadas a mí, por las razones en su momento ampliamente aclaradas en una nota que he enviado a su Dirección, es decir, las consagradas en la Jurisprudencia de la materia, que permiten que un empleado sujeto a descalificación reclame sus derechos de las varias maneras y, posiblemente, en la sede judicial, sin dejar de prestar sus servicios, incluso cuando el tema de la queja sea el mismo objeto de la descalificación... Entonces, me gustaría recordarles que quien escribe había presentado, entre las alternativas viables para la solución de la controversia antes anunciada, una petición a la Dirección Provincial de Trabajo, para declarar que soy responsable, al menos, de la co-administración conjunta, y que probablemente se me debe reconocer indemnización, ajuste salarial y la reincorporación plena del rol jerárquico completo como resultado de los derechos incontrovertibles, sólo marginalmente reconocidos también por los acuerdos del Consejo de Administración, debido a que debía haber desarrollado ininterrumpidamente el cargo de Director General...<sup>94</sup>

La actitud de la compañía de “atribuir” etiquetas profesionales sin contenido a C\*, o de desafiar sus acciones, encuentra epílogo en una suspensión disciplinaria. Esto deriva de una contestación que C\* considera infundada, que tiene que ver con la flexibilidad del horario de trabajo –del cual puede disfrutar, como lo determina la práctica corporativa– y con una historia de permisos no solicitados con motivo de la participación en reuniones sindicales. C\* va a la oficina del director Y\* para desafiar los supuestos cargos, que tienden a poner de manifiesto su supuesta conducta en incumplimiento, y termina en un enfrentamiento verbal con el Director General. La confrontación degenera en una discusión, y C\* se va sin permiso del lugar de trabajo. Después de este episodio, se notificará a C\* el despido, además, durante las vacaciones de verano.

La historia toma contornos que C\* juzga como kaskianos a causa de la “irrealidad” de las objeciones formuladas. Esto se aprecia en varias comunicaciones. La primera se refiere al pliego de cargos por parte el Director General Y\*:

De conformidad con el art. 7o. de la Ley 20 de mayo 1970, n. 300 y la disciplina contractual actual, presentamos los siguientes cargos: El 25 de julio de 2008, aproximadamente a las 9:30 am, nuestro Director General el sr. Y \*, emitió una orden dirigida a su servicio en el que solicitó un informe sobre la gestión de permisos, incluidos los relativos a la participación en las reuniones sindicales. Inesperadamente, unos minutos después de su recepción, usted fue a la oficina del sr. Y \* y lo agredió verbalmente a con las siguientes frases: ‘me estás rompiendo las p...’; ‘váyase a la...’ y otras en el mismo tenor y al mismo tiempo, afirmando que no realizará ninguna actividad requerida, rompiendo descaradamente la orden prevista de servicio, una nueva señal de de-

<sup>94</sup> La nota es del 22 de diciembre de 2005.

safo contra el Director General. [...] Por último, como resultado de este episodio, a las 11:15 am, abandonó el trabajo sin permiso alguno para ello.

Y he aquí un pasaje de la carta enviada en respuesta al Director General Y\*, donde C\* vuelve a narrar el suceso desde su punto de vista, justificando la conducta denunciada:

...he encontrado con sorpresa otra de sus acciones injustamente vejatorias de las cuales –al igual que le había escrito recientemente– podría decirse que constituyen ‘acoso laboral’ (conducta que en cualquier caso tiene que ser investigada por un magistrado), la que se ha extendido a mis períodos de descanso y lo que no ha permitido siquiera un mínimo descanso mental, perpetuando el estrés que es causado por usted en el periodo ferragostano\* [...]. En cuanto al fondo de sus objeciones injustificadas, a continuación respondo lo siguiente: No estoy acostumbrado a usar términos vulgares como los que usted ha mencionado en la queja relativa al oficio n. 18/08, ya que, en mi vida rara vez utilicé tales exclamaciones y, en todo caso, con términos muy diferentes, tales como ‘me estás rompiendo la caja’ y ‘vete a la fregada’. En todo caso, como cualquiera puede testificar, no he abordado esos insultos con esos términos. Confirmo en cambio, como escribí en el oficio. 735/08, que su conducta, en mi opinión, puede tener implicaciones penales, como fácilmente pueden enmarcarse en el caso de acoso laboral, así como efectivamente le declaré aquella circunstancia en consideración a las exigencias absurdas que usted ha formulado, a las cuales mi respuesta no es más que una continuación coherente. [...]. Su desafío, entonces, subvierte la realidad de lo sucedido y contribuye aún más a degradar mi dignidad profesional. En este sentido, no se debe perder de vista que lo único que puedo decir referente a lo que se me acusa es que son juicios comparables a los diálogos de irrealidad registrables sólo en un manicomio, así como en las historias surrealistas de Kafka.

### C. *Las reacciones de C\**

La nota anterior representa la forma típica de reaccionar de C\* frente a los intentos de ataque del empleador: él vuelve a narrar los acontecimientos anticipando también el posible significado jurídico. Sin embargo, no es suficiente su pronta reacción para protegerse de un despido disciplinario que ocurrirá unos días más tarde, cobijado bajo la apariencia de una “causa justa” para la terminación de la relación laboral.

C\* no puede dejar de recurrir a su abogado para apelar el despido. La línea defensiva elegida por el abogado busca desafiar la existencia de causa justa de despido y detectar las razones reales de la conducta de los empleadores:

\* *N. de. T.* Se refiere al periodo del “ferragosto”, fiesta civil del 15 de agosto relacionada con la Asunción de la Virgen.

La medida en cuestión, así como la motivación, —escribe el abogado— de hecho carece de los requisitos para integrar la causal de rescisión de conformidad con el art. 2119 cc., sino que se encuentran su justificación real en motivos subjetivos y se derivan comportamientos persecutorios y totalmente engañosos contra el señor C\*. En particular, se responde que el sr. C\* ha realizado la conducta descrita en la orden de 18 de agosto, habiéndose limitado simplemente a contestar de manera firme, pero civil, a las exigencias anormales y *contra legem* del Director General del Consorcio [Cxxx].

Esta primera fase del juicio terminará con la decisión de la empresa de reintegrar a C\* al contexto empresarial. Esto será seguido, en un momento posterior, con la introducción, por iniciativa de C\*, de un juicio “por las diferencias salariales y el acoso laboral”.

#### D. ¿Qué “fuerzas” están en juego en la historia de C\*?

Es posible identificar diferentes niveles de *agentividad* en el caso de C\*. El primero puede ser definido como uno de naturaleza abstracta y tiene que ver con el contexto geopolítico: las actividades del Consorcio están impregnadas de constante influencia política. El nombramiento de L\* como presidente del Consorcio es claramente un acto de connotación política.

El segundo nivel de *agentividad* —conectado con el primero— tiene que ver con los informes de las rivalidades personales y políticas que existen entre los dos protagonistas, C\* y L\*, como se demuestra por los extractos de los artículos anteriores, y según es confirmado por el cliente en las entrevistas:

C\*: La persona a la que no apoyé para la alcaldía ha logrado convertirse en presidente [del consorcio]. En el pasado me había dicho que el poder debe ser ejercido de manera brutal, porque éstas son las reglas de la selva y luego se puso a experimentar conmigo. Lo conozco desde niño, y habíamos discutido sobre este asunto del alcalde. Tan pronto como asumió el cargo me arrinconó, me dijo que yo ya no era el director. Éste es el clásico ejemplo de acoso laboral [...]. Después de eso me pregunté: “¿qué soy, qué es lo que hago y cuál es mi lugar en el organigrama?” Respuesta: “nada”. ¡Pura violencia!

Un tercer nivel de *agentividad* tiene que ver con las fuerzas sociales en juego: las fuerzas obreras, los sindicatos, la opinión pública, etc. La influencia de la comunidad en el caso de C\* es particularmente evidente: el despido disciplinario de C\* se convertirá en un “caso” de verdad, con un fuerte eco en la prensa y las reacciones de los sindicatos locales. Éstos son algunos de los titulares más importantes, publicados en agosto de 2008, después de que C\* recibió la notificación de la acción disciplinaria:

Titular de *Corriere della Sera*: “RSU en pic de guerra después del caso de C\*”.

Titular de *OttoXXX*: “Consortio [Cxxx], C\* despedido. La RSU: acto no motivado”.

Titular de *Il Mattino*: “[Cxxx], los sindicatos se opusieron a la destitución del administrador”.

Titular de *Buongiorno Irpinia*: “Los sindicatos ‘No a la destitución del administrador C\*’”.

La prensa local destaca el carácter abusivo del despido a la luz de la gestión virtuosa del Consortio realizada por C\* antes de ser sustituido por Y\*. He aquí el pasaje de una nota publicada por los representantes sindicales en otro periódico local “OttoXXX”:

Las representación sindical unitaria (RSU) del Consortio, con la certeza de interpretar el sentimiento de solidaridad humana que envuelve a todos los empleados, expresa su indignación por el despido indebido del sr. C\* por parte de la dirección de una empresa que tendría, en cambio, que haberle otorgado premios especiales. [...]. El Consortio [CXXXXX] había sido, bajo su liderazgo, milagrosamente curado y revivido gracias a un compromiso profesional y personal sin precedentes de todos nosotros los empleados, motivados, hermanados y hechos copartícipes de las decisiones de gestión. Esa misma empresa fue vendida más adelante y depreciada por los dirigentes rapaces e incompetentes que se apoderaron de ella. En la certeza de que este vulgar intento de asesinato político será revocado por el poder judicial y en espera de decidir las formas de protesta o huelga durante la reunión de los trabajadores especialmente convocada, la RR.SS.UU todavía desea dar a conocer a la opinión pública y las fuerzas políticas lo siguiente....: durante el período de administración confiada al administrador delegado C\*, se dio un caso ejemplar de una buena gestión, gracias a la cual muchos de nosotros, que hoy terminamos en movilidad\*, fuimos capaces de volver proporcionar alimentación segura para nuestras familias. [...]. Cada uno de nosotros, incluso los que tuvimos que ser llamados duramente a ejercer nuestras responsabilidades, tiene un grato recuerdo del sr. C\*, de su transparencia, de su dedicación, de su sensibilidad humana. Cada uno de nosotros, a su vez, recientemente ha experimentado la insensibilidad más cínica ante los problemas de los trabajadores en diversas formas arrogantes dignas de otras épocas.

\* *N de. T.* ‘Renuncia Voluntaria’.



Figura 2.

### E. *El tejido emocional*<sup>95</sup>

La fuerte presión ejercida a C\* en el contexto empresarial, afectará su equilibrio personal y familiar. A raíz de la destitución, C\* será llevado de urgencia al hospital: se le administran antidepresivos y medicamentos contra la ansiedad. El informe del Departamento de Salud Mental cuenta con la certificación de un “cuadro ansioso de depresión con rastros los somatoformes y de naturaleza reactiva y situacional”.

Algún tiempo antes, C\* recibió también una demanda de separación legal por iniciativa de su esposa. A continuación se muestra un pasaje del

<sup>95</sup> La historia de C\* representa uno de los ejemplos sobre cómo las emociones pueden incidir en la articulación de una historia, respecto de los componentes esenciales del tejido cognitivo y narrativo e, incluso, motor mismo de la historia. Nussbaum, Martha, C., *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna, Il Mulino, 2004.



acto de separación matrimonial que confirma el estado de alienación o “alejamiento” de C\* dentro de la familia:

...la relación conyugal inicialmente caracterizada por el respeto mutuo y una buena sensación desde hace algunos años se ha deteriorado debido a la incompreensión entre los cónyuges y, en particular, causada por el comportamiento irresponsable y descuidado del sr. C\* que ha desafiado repetidamente el ambiente familiar distanciándose de éste y anulando en el ámbito familiar la posibilidad de diálogo y de válida argumentación.

#### F. *El testimonio de C\* y la construcción de la historia legal*

Éste es el testimonio directo de C\* respecto a su historia personal: se refiere, en una entrevista, a vivir esta historia como una “novela” y sentirse dentro de la empresa donde trabaja como un “fantasma”:

C\*: [...]. Con el asesoramiento del profesor [XXXXXX] hemos descubierto algunos aspectos que eran importantes en mi opinión y que explican, en conversaciones ordinarias, la razón por la que me encontré en esta “trampa kafkiana”.

[...].

Todos estos eventos, más que tener un significado jurídico, tienen un significado político:

[...].

La verdad básica es la siguiente: Había una prevención en mi contra, había una voluntad de utilizar al ente con fines clientelistas, personales, particularistas, independientes de la eficacia y los balances. La consecuencia es que la empresa está en crisis, se tardará años en volver a sanarla: L\* ha obtenido el resultado personal puesto que ha sido electo. Y él usó las instalaciones de servicio para fines clientelistas.

[...]

Esta situación se prolongó por cerca de 7 años ...todavía no reconocen la compensación: en este momento trabajo en la empresa como un “fantasma”, ya que al cargo de Director General no le corresponde compensación económica.

#### G. *¿Cómo la representación del cliente penetra en el derecho y en el arreglo de la controversia jurídica?*

El conocimiento que C\* tiene sobre sus derechos –él es abogado, su hermana es magistrada– le permite leer al instante los hechos, registrarlos (por escrito), para preservar su memoria histórica para el futuro, incluso anticipándose a la calificación jurídica.<sup>96</sup>

<sup>96</sup> Existe una identificación “desconcertante” –comenta su abogado– entre el hecho y el derecho: a cada dinámica de los hechos corresponde una inmediata calificación del dere-



La categorización de la realidad, la interpretación del caso hecha por C\* es filtrada por el abogado, quien “traduce el caso” interpretando elementos del contexto y tejiéndolos con la práctica jurídica y judicial. El abogado, por ejemplo, aunque está dispuesto a aceptar la clave de lectura de kafkiana o irreal de la historia dada por el cliente en actos oficiales y no oficiales, no se refiere al sustrato político que lo caracteriza.

¿Por qué razones? ¿Con el fin de no ofender la sensibilidad política del juez? ¿O, en cambio, se encuentran en juego también equilibrios sociales más complejos?

H. *Coda: la historia de C\* se origina en la cultura y encuentra solución en la cultura.*

Aunque el caso de C\* es tratado ante los tribunales competentes, el epílogo de la historia es en parte determinado por la intervención de la “comunidad”, así como las iniciativas personales de C\*.

Como hemos visto, la historia adquiere contornos bastante públicos. El despido de C\* llega en una etapa particular de una disputa de los trabajadores y de nuevas dificultades financieras del Consorcio, por lo que los sindicatos y las fuerzas de los trabajadores no dudan en expresar su solidaridad con C\*, en crítica abierta a las decisiones de la alta dirección. La presión pública es tal que, al día siguiente de su destitución, C\* fue reintegrado al Consorcio. Además, se eliminó el cargo de Y\*, identificado como el autor de la medida de despido “injustificado” y por lo tanto fue utilizado como un “chivo expiatorio”.

En el caso de C\*, “las fuerzas” parecen, por lo tanto, encontrar alguna forma de equilibrio: las fuerzas sociales, los sindicatos, etc. de alguna manera les hacen contrapeso a las opciones políticas.

Sin embargo, el “enfrentamiento” entre C\* y L\* sigue siendo desigual: sigue siendo el poder político, expresado en forma de algún tipo de consenso público, el que determinará quién es el más fuerte de los dos y cuál será la narrativa “ganadora”. L\* ha pasado recientemente a desempeñar un cargo político-administrativo importante, el de consejero regional. C\* en cambio, y sólo recientemente como resultado de un acuerdo de solución ante un tribunal laboral (octubre de 2011), ha obtenido el reconocimiento

---

cho, a través de un juego de acciones en parte provocadas por C\* y que él utiliza como estrategia defensiva respecto de las relaciones internas de la empresa. *Extracto de la entrevista al abogado de C\*.*

por parte de los principales ejecutivos de la compañía y la compensación financiera en forma de diferencias salariales.

Éste es el contenido del acuerdo celebrado entre la empresa, en la persona de su representante, (la abogada M\*) y C\*:

La abogada [XXXXX] en la calidad indicada, en su reiteración a la Contestación a la apelación presentada por el señor C\* ante el Tribunal de Avellino en función de juez laboral, presentada el [XXXXXX] junio de 2009 y registrada bajo el número [XXXXXX], como parte de la defensa en nombre de la sociedad, proporciona al empleado indicado anteriormente, con los fines de definir la controversia y de mejorar la profesionalidad y optimización, las siguientes prestaciones:

A) El ascenso al rango de director, con efecto a partir de la fecha de hoy, con un aumento de sueldo de € [XXXXXX] netos mensuales y con la previsión expresa de que la terminación promovida por el empleador sólo podrá tener lugar por una causa justificada [...];

B) La aplicación a la relación laboral dirigencial así instaurada en el vigente contrato colectivo nacional del trabajo para los dirigentes del sector industria así establecido, confiándole las funciones directivas de Director General del Área Administrativa de la sociedad a continuación especificadas, revocables sólo en el caso contemplado en el precedente punto A) o en el caso de la asignación de otra posición acordada y aprobada por las partes.

Funciones del Director General del Área Administrativa:

1. Responsable de la gestión administrativa de la empresa, en coordinación con el Presidente del Consejo, a través de la organización de los procedimientos operativos de la contabilidad y del balance empresarial;

2. Responsable de la administración y gestión del personal de la empresa, en coordinación con el Presidente del Consejo a través de la fijación de los estándares laborales con el fin de optimizar la profesionalidad;

3. Monitoreo, control, verificación y gestión de las actividades financieras y de tesorería de la empresa;

4. Gestión de las relaciones con la junta sindical;

5. Supervisión y control de la actividad empresarial a través de la verificación en la consecución de los objetivos fijados.

Las funciones anteriores deberán necesariamente relacionarse con la estructura organizativa de la empresa que, por su naturaleza, histórica y funcional, prevé la responsabilidad legal en la persona del Presidente del Consejo de Administración, en consulta con el Consejo de Administración y bajo el control del Colegio Sindical.

C) El pago de la indemnización, por los daños biológicos sufridos por el sr. C\*, por la cantidad de 50,000.00. Este importe se abonará en cuotas con el salario mensual desde enero de 2012 y hasta finales de noviembre de 2012...

### *I. Conclusiones sobre el caso de C\**

La historia de C\*, a pesar de la forma de “jurídica” que reviste, no sería comprensible por fuera del tejido social en el que se inserta y expresa. Ningún procedimiento lógico permitiría “afirmar” la verdad –aunque al-

gunos de sus aspectos se mantienen en el fondo, sobre todo los matices de la naturaleza política de la historia— sin la *agentividad* adecuada de C\* y el llamamiento a la comunidad que ha permitido afirmar que “se ha hecho justicia” no con la eliminación del cargo de Y\*, antagonista de C\*, sino con la reincorporación de C\* en puestos de gestión que le habían sido usurpados a través de las vías de la conciliación judicial.

## VII. CONCLUSIONES

Desde las primeras páginas de este documento declaramos nuestra intención de reflexionar sobre la experiencia procesal yendo más allá de los mecanismos conocidos que ofrece el positivismo lógico-formal y el racionalismo de la Ilustración, deteniéndonos en el papel de los seres humanos en el proceso, en la creencia de que una aproximación filosófica al proceso que aspira a aparecer creíble y bien fundada no puede permanecer anclada en categorías formales y abstractas que, aunque bien conocidas, deberían conceder espacios adecuados para cuestionar el papel de los individuos, sus historias, su cultura, el significado de sus acciones dentro del contexto social de origen, primero, y en el procesal, después.

Es el contexto [cultural] en donde el proceso y los hechos se inscriben, y de donde provienen los protagonistas (las partes, abogados, testigos y jueces), lo que hace posible entender el derecho y su funcionamiento, en especial, el proceso y sus mecanismos. Una de las preguntas que tomamos como punto de partida trata de si es suficiente proporcionar una “comprensión de los métodos culturales de resolución de disputas”.<sup>97</sup> al igual que Chase, para *rastrear* la génesis y evolución del proceso hasta llegar a la decisión final.

El estudio etnográfico de los Azande muestra de manera valiosa cómo las instituciones propuestas para solucionar las controversias pertenecen a la cultura y son determinadas socialmente. Sería contraproducente y errado escindir el oráculo *benge* de las prácticas sociales, de las creencias y los valores de los Azande: los métodos de resolución de las controversias de la tribu de los Azande demuestran que la relación entre derecho y cultura y, por tanto, entre proceso y cultura, es inescindible. Las prácticas procesales reflejan la cultura y no se trata de un reflejo pasivo, meramente especulativo, sino de una operación reflexiva sobre el contenido que contribuye a la

<sup>97</sup> Chase, *op. cit.*, nota 8, p. 17.

determinación de las prácticas culturales. También, la cultura refleja los métodos de resolución de las controversias, puesto que los oráculos funcionan como prueba y las prácticas procesales mismas son “construcciones culturales”.<sup>98</sup> El modelo cultural-constructivista de Chase muestra, sin contradicción alguna, que la práctica jurídica no puede ser estudiada de manera separada del contexto cultural en el que se genera y actúa para dirimir controversias. Es sólo en esa perspectiva en que podemos comprender por qué los Azande confían en un polluelo y su eventual capacidad de sobrevivir a una sustancia venenosa como la prueba de adulterio o de homicidio. Sin embargo, lo que Chase no logra demostrar es cómo la cultura orienta a los agentes procesales. En otras palabras, como Taruffo ha observado, el modelo culturalista de Chase “proporciona explicaciones útiles de las razones por las cuales aquel proceso es ‘así y así’ en esa sociedad, pero tiende a no decir nada, o a decir poco, sobre cómo funciona ese proceso”.<sup>99</sup> Aprendemos que el ritual procesal refleja las prácticas culturales y que está influenciado por ellas y a su vez las influencia, pero no sabemos *cómo* sucede, cómo la controversia debe ser resuelta, y, *cómo*, al final, la decisión será aceptada en cuanto construcción cultural. No aprendemos a través de este modelo, sin embargo, *cómo* es que la cultura al incidir sobre el proceso orienta a los agentes procesales, constriñéndolos a elegir unas estrategias en vez de otras, a construir una defensa en lugar de otra.

En definitiva, si el modelo de Chase representa una estructura útil e imprescindible en la cual adscribir nuestra investigación orientada hacia el estudio de la relación entre el derecho y la cultura, es sin embargo innegable la necesidad de recurrir a modelos ulteriores que permitan explicar cómo la solución de un proceso y las decisiones que se toman dependen en buena medida del actuar consciente y culturalmente orientado de los individuos que lo condicionan, de manera directa o implícita, como hemos visto en el caso de C\* y de la colectividad que respalda y determina la orientación de la solución judicial.

Nuestra conclusión es que probablemente se deba imaginar una perspectiva epistemológica que permita pasar el umbral en el cual Chase se detiene, preguntándonos además si los estudios de Haack y si el modelo de Taruffo son capaces de proporcionar instrumentos necesarios para tal análisis. Aunque los resultados a los que llega Haack son compatibles con ello,

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>99</sup> Taruffo, *op. cit.*, nota 6, p. 105.

puesto que ponen los elementos objetivos frente a un *background* experiencial que revela la innegable *sociabilidad* también de la investigación científica, que es vista como un modelo epistemológico válido sobre el que se desea valorar el proceso judicial, que a su vez es puesto a la par de los procedimientos científicos o empíricos; menos compatible es el modelo de Taruffo que en sus valoraciones conclusivas parece negar las premisas iniciales que declaran la naturaleza *culturalmente relativa* de la verdad procesal. El objetivo del proceso, de acuerdo con Taruffo, no es el de resolver una controversia, como en el modelo de Chase, sino el de buscar la verdad: “el proceso, si se entiende como un método de búsqueda de la verdad de los hechos, puede [por ende] ser sujeto a valoración epistémica”.<sup>100</sup> Sin embargo, la cuestión es que para alcanzar el objetivo anunciado, Taruffo debe confrontarse con el papel de las partes, de los testimonios, de los abogados, sobre los cuales no se puede pretender imparcialidad o un comportamiento objetivo, imparcial y dirigido a la simple verificación de los hechos como realmente sucedieron. Como el mismo Taruffo reconoce, la parte mira y demuestra su verdad; el abogado debe tutelar los intereses y los derechos de su cliente; los testigos *narran* los hechos de manera favorable a la parte que los llamó al proceso.<sup>101</sup> Y así, aunque Taruffo no renuncia a confrontar el constructivismo de matriz *bruneriana* y otras de las teorías narrativistas más modernas, reconociendo que “[u]na narración de los hechos no es jamás, especialmente en un proceso, algo ya listo y confeccionado que cae del cielo sobre la mesa de un abogado o de un juez”, sino que, por el contrario, [las narraciones] son “construidas por los autores”.<sup>102</sup> Sin embargo, llega posteriormente a la conclusión de que la *verdad* de un enunciado depende únicamente del grado de *warranted assertibility* que ha recibido en el proceso.<sup>103</sup> Por lo tanto, la verdad, tenazmente invocada en las premisas del razonamiento de Taruffo, también en oposición a las tesis relativistas y las que denomina “cínicas” del posmodernismo, se desvincula de las *narraciones* de las partes, de las *construcciones* que provienen de la acción de los individuos, y se torna en una cuestión de simple *probabilidad lógica*.<sup>104</sup> “[E]l grado de confirmación de un enunciado deriva de inferencias lógicas que tienen en cuenta la can-

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>101</sup> *Ibidem*, especialmente p. 48 y ss., pp. 168 y 169.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>103</sup> Sobre este punto además de la contribución de Taruffo, *op. cit.*, nota 6, véase Di Donato, *op. cit.*, nota 7.

<sup>104</sup> Taruffo, *op. cit.*, nota 6, p. 209.

tividad y la calidad de las pruebas disponibles que se refieren a aquel enunciado, de su grado de confiabilidad y de su coherencia”.<sup>105</sup>

En resumen, el modelo crítico de Taruffo parece vulnerable e incompleto justamente en los mecanismos que deberían garantizar su fuerza: los instrumentos lógicos que el procesalista utiliza para *aceptar* los hechos y *construir* la verdad.

A la luz de estas reflexiones, consideramos necesario avanzar en la investigación de nuevos modelos epistemológicos y metodológicos que hagan emerger los mecanismos lógicos y culturales simplemente enunciados por Chase y que transitan en el trasfondo de cada disputa judicial a través del actuar condicionante y condicionado por las partes.

Al rescatar el *clinical law approach*—convertido en un *socio-clinical law approach*<sup>106</sup>— como posible modelo que concilie la dimensión epistemológica del proceso con la dimensión cultural del análisis casuístico, hemos puesto en el centro de la reconstrucción fáctica la *agentividad* del cliente C\* en el caso examinado. El caso de C\* es emblemático sobre la forma en que el cliente puede actuar conscientemente en el análisis y la reconstrucción de los hechos, evaluando las dinámicas implícitas y en ocasiones indescifrables—al menos para un observador externo— del contexto cultural en el que éste se mueve. Esto es además emblemático sobre cómo la acción orientada del cliente constituye una base imprescindible del éxito de la estrategia procesal del abogado.

Se trata, en definitiva, de un modelo que, mirando con desencanto la objetividad de las leyes y de los códigos, va directo a la realidad desnuda de los hechos, demostrando el estrecho vínculo con la cultura y sus lógicas, hasta ahora, muy perversas. Lógicas a las cuales muy a menudo el derecho es asertivo, volviéndose él mismo un instrumento de la cultura. No es a partir de las categorías jurídicas, de su objetividad y lógica formal que el caso de C\* es resuelto, sino, más bien, a través de las soluciones *culturales*, orientadas desde el trasfondo, por medio de las acciones de los protagonistas y de la colectividad más amplia en la cual el caso se inscribe, contribuyendo a la definición de aquello que se puede llamar la cultura jurídica propia de una sociedad.<sup>107</sup>

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 220.

<sup>106</sup> Véase *supra*, VI.1.

<sup>107</sup> Como un ejemplo más de análisis basado en un modelo *clinical approach* se propone un análisis sintético de un caso de separación personal de los cónyuges que se produjo en 2009 en la provincia de Nápoles. Es interesante leer el abandono del domicilio conyugal por el

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., “Stories Told and Untold: Lawyering Theory Analyses of the First Rodney King Assault Trial”, *Clinical Law Review*, vol. 12, núm. 1, 2005.
- ABIGNENTE, Angelo, *Argomentazione giuridica. Voce enciclopedica*, in Pomarici, Ulderico (a cura di), in corso de publicación para i tipi della Torino, Giappichelli.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2000.
- AMSTERDAM, Anthony, G., “Telling Stories and Stories About Them”, *Clinical Law Review*, vol. 1, núm. 1, 1994.
- AMSTERDAM, Anthony, G., BRUNER, Jerome, *Minding the Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2000.
- ATIENZA, Manuel, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell’argomentazione*, A. Abignente (ed.), V. Nitrato Izzo (trad.) Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.
- BARRY, Margaret, M. *et al.* “Teaching Social Justice Lawyering: Systematically Including Community Legal Education in Law School Clinics”, *Clinical Law Review*, vol. 18, núm. 2, 2012.
- BERGER, Peter, L., LUCKMANN, Thomas, *La realtà come costruzione sociale*, A. Sofri Peretto (ed.) M. Innocenti Sofri (trad.) Bologna, Il Mulino, 1997.

---

cónyuge de la Sra. T \*, aparentemente desprovisto de motivos pertinentes en el contexto cultural específico donde el caso se originó y donde crece. Se trata de un contexto caracterizado por la separación de roles entre hombres y mujeres y el fuerte vínculo entre el individuo y la familia de origen de los cónyuges (sobre todo la mujer) que participa activamente en la vida, las decisiones y las elecciones del núcleo. E incluso las acciones de las partes, de T \* y de su cónyuge, en el proceso sólo puede entenderse en relación con estos significados culturales que han marcado el camino de las elecciones y decisiones orientadas a la vida. T \*, en particular, permite que sea la madre quien elabore esta separación y para identificar los objetivos y estrategias procesales. El abogado de T\* es “dirigido” a una estrategia para recuperar la dote matrimonial de T\* quien, al final, pierde incluso la manutención. El proceso termina con una transacción en la que T \* recupera la posesión de su dote conyugal, renunciando a la casa de la familia, a algún tipo de mantenimiento, y cualquier otro derecho. Una vez más, la cultura y el tejido social se despliegan en el derecho y se convierten en las únicas claves para comprender las acciones de las partes, las soluciones imaginadas y la definición de la controversia

- BOURDIEU, Pierre, "The Force of law: Toward a Sociology of the Juridical Field", *Hastings Law Journal*, vol. 38, núm. 5, 1987.
- \_\_\_\_\_, *Per una teoria della pratica. Con tre studi di etnologia cabila*, I. Maffi (trad.), Milano, Cortina, 2003.
- BROOKS, Peter, *Trame. Intenzionalità e progetto nel discorso narrativo*, D. Fink (ed.) Torino, Einaudi, 2004.
- BRUNER, Jerome, "A Narrative Model of Self-Construction", in Snodgrass Joan, G., Thompson, Robert, L. (eds.), *The Self across Psychology: Self-recognition, Self-awareness and Self-concept*, New York, New York Academy of Sciences, 1997.
- BRUNER, Jerome, "The Narrative Construction of Reality", *Critical Inquiry*, vol. 18, issue 1, Autumn 1991.
- CAPOGRASSI, Giuseppe, *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959.
- CHASE, Oscar, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*, M.R. Ferrarese (ed.) Roma-Bari, Laterza, 2009.
- CONLEY, John, M., O' BARR, William, M., "Fundamentals of Jurisprudence: an Ethnography of Judicial Decision Making in Informal Courts", *The North Carolina Law Review*, vol. 66, 1988.
- DAMAŠKA, Mirjjan, *Il volti della giustizia e del potere*, A. Giussani e F. Rota (trads.) Bologna, Il Mulino, 2000.
- \_\_\_\_\_, *Il diritto delle prove alla deriva*, F. Cuomo Ullao (trad.) Bologna, Il Mulino.
- DI DONATO, Flora, "Il Super-giudice ovvero il giudice come garante della funzione epistemica del processo. Note a margine di un volume di Michele Taruffo", *Sociologia del diritto*, vol. 1, 2010.
- \_\_\_\_\_, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*, Milano, Franco Angeli, 2008.
- \_\_\_\_\_, *La realtà delle storie. Tracce di una cultura*, Napoli, Guida, 2012.
- \_\_\_\_\_, Recensione di Chase, Oscar, G., "Law, Culture and Ritual", New York e London, New York University Press, 2005, *Sociologia del Diritto*, vol. 2, 2007.
- DURANTI, Alessandro, *Etnopragmatica. La forza nel parlare*, Roma, Carocci, 2007.
- ELLMANN, Stephen *et al*, *Lawyers and Clients. Critical Issues in Interviewing and Counseling*, St. Paul (MN), Thomson Reuters, 2009.
- EWICK, Patricia, SILBEY, Susan, S., *The Common Place of Law. Stories from Everyday Life*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1998.



- FABIETTI, Ugo, *Antropologia culturale. L'esperienza e l'interpretazione*, Roma-Bari, Laterza, 1999.
- FERRARI, Vincenzo, *Prima lezione di sociologia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2010.
- FERRARIS, Maurizio *et al*, *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, Einaudi, Torino, 2012.
- , “Il ritorno al pensiero forte”, *La Repubblica*, 8 agosto 2011.
- , *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Laterza, Roma-Bari, 2001.
- , *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, Roma-Bari, 2012.
- FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind*, New Brunswick (N.J.), Transaction Publishers, 2009.
- FULLER, Lon, L., “Human Interaction and the Law”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 14, núm. 1, 1969.
- FULLER, Lon, L., *The Anatomy of Law*, Westport (C.T.), Greenwood Press, 1968.
- GADAMER, Hans-Georg, *Verità e metodo*, trad. it. di G. Vattimo, Milano, Bompiani, XIV edizione, 2004.
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011.
- HAACK, Susan, *Manifesto of a Passionate Moderate: Unfashionable Essays*, The University of Chicago Press, Chicago, 1998.
- , “An Epistemologist in the Bramble-Bush: At the Supreme Court with Mr. Joiner”, *Journal of Health Politics, Policy and Law*, vol. 26, no. 2, April 2001, consultabile alla pagina web <http://www.ahrq.gov/clinic/jhphpl/haack.pdf>
- , “The Embedded Epistemologist: Dispatches from the Legal Front”, *Ratio juris*, vol. 25, núm. 2, 2012.
- , *Defending Science – Within Reason. Between Scientism and Cynicism*, Amherst (N.Y.), Prometheus Book, 2007.
- HESSE-BIBER, Sharlene, N., *Mixed Mehods Research. Merging Theory with Practice*, New York and London, The Guilford Press, 2010.
- HOLMES, Oliver, W., *The Common Law*, Stilwell (KS), Digireads.com Publishing, 2005.
- JASANOFF, Sheila, *Science at the Bar. Law, Science, and Technology in America*, A Twentieth Century Fund book, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1995.
- KAFALENOS, Emma, “Not (Yet) Knowing: Epistemological Effects of Deferred and Suppressed Information in Narrative”, Herman, David (ed.), *Narratologies. New Perspectives on Narrative Analysis*, Columbus (OH), Ohio University Press, 1999.

- KRUSE, Katherin R., “Getting Real About Legal Realism, New Legal Realism, and Clinical Legal Education”, *New York Law School Law Review*, vol. 56, núm. 2, 2012.
- LATOUR, Bruno, *La fabbrica del diritto. Etnografia del Consiglio di Stato*, P. Landri y D. Lipari (eds) Roma, Edizioni Città Aperta, 2007.
- LYOTARD, Jean-François, *La condizione postmoderna: rapporto sul sapere*, trad. it. di C. Formelli, Feltrinelli, Bologna, 2002.
- MACCORMICK, Neil, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, V. Villa (ed.) A. Schiavello (trad.) Torino, Giappichelli, 2011.
- MANTOVANI, Giuseppe, *Metodi qualitativi in psicologia*, Bologna, Il Mulino, 2003.
- MILLS, John, S., *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive, Being a Connected View of the Principles and Methods of Scientific Investigation*, London, Longman, 8th ed., 1970.
- NIETZSCHE, Friedrich W., *Fragmentos Póstumos*, vol. IV, 1885-1889, Tecnos, Madrid, 2009.
- NUSSBAUM, Martha, C., *L'intelligenza delle emozioni*, G. Giorgina (ed.) R. Scognamiglio (trad.), Bologna, Il Mulino, 2004.
- OCHS, Elinor y CAPPS, Lisa, *Living Narratives. Creating Lives in Everyday Storytelling*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2001.
- PINO, Giorgio, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010.
- POSTEMA, Gerald, J., “Implicit Law”, *Law and Philosophy*, vol. 13, no. 3, 1994.
- PROPP, Vladimir, *Morphology of the Folktale*, ed. ing. a cura di L.A. Wagner, Austin (Tex.), University of Texas Press, 2nd edition, 1968.
- SACCO, Rodolfo, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2007.
- SAVIGNY (von), Friedrich, C., *Sistema del diritto romano attuale*, V. Scialoja (ed.) Torino, Utet, 1886-1896.
- SCAMARDELLA, Francesca, “La riflessività giuridica come categoria di mediazione tra individuo e diritto”, *I-Lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale*, vol. 6, núm. 13-14, 2011.
- *Il diritto attraverso lo specchio. Esercizi filosofici sulla riflessività giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.
- y DI DONATO, Flora, “Il silenzio “a più voci” nelle narrazioni di clienti e avvocati”, *Sociologia del diritto*, vol. 2, 2012.
- TARUFFO, Michele, “Cultura e processo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 1, 2009.

- , *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, Laterza, 2009.
- TREVES, Renato, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Torino, Einaudi, 1988.
- TWINNING, William, *Rethinking Evidence*, Cambridge (N.Y.), Cambridge University Press, 2006.
- WHITE, Hayden, “The Value of Narrativity in the Representation of Reality”, in Mitchell, Thomas W.J. (ed.), *On Narrative*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1981.
- WINICK, Bruce, J., WEXLER, David, B., “The Use of Therapeutic Jurisprudence in Law School Clinical Education: Trasforming the Criminal Law Clinic”, *Clinical Law Review*, vol. 13, 2006.