

SUSAN HAACK

**FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y DE LA PRUEBA**

Perspectivas pragmatistas

Traducción de
Carmen Vázquez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2020

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	11
FUENTES	21
SOBRE EL PRAGMATISMO JURÍDICO: ¿HACIA DÓNDE NOS LLEVA LA SENDA DEL DERECHO?	25
1. EL PRAGMATISMO JURÍDICO ACTUAL	26
2. LA TRADICIÓN PRAGMATISTA EN LA FILOSOFÍA	28
3. <i>LA SENDA DEL DERECHO</i> : O TÚ TOMA EL CAMINO FÁCIL Y YO TOMARÉ EL DIFÍCIL	33
4. RELLENANDO ALGUNOS BACHES EN <i>LA SENDA DEL DERECHO</i>	39
5. TEORÍA Y PRÁCTICA: EL SEÑOR MAGISTRADO HOLMES	47
6. REFLEXIONES FINALES SOBRE EL VIEJO PRAGMATISMO JURÍDICO Y EL NUEVO	53
SOBRE LA LÓGICA EN EL DERECHO: «ALGO, PERO NO TODO»...	57
1. UNA VIEJA HISTORIA Y SU RELEVANCIA HOY	57
2. LA TEOLOGÍA LÓGICA DEL DERECHO DE LANGDELL Y LA HEREJÍA DE HOLMES	59
3. LA REVOLUCIÓN EN LA LÓGICA Y SUS EFECTOS.....	66

	Pág.
4. LA NUEVA TEOLOGÍA LÓGICA Y LA HEREJÍA DE HAACK	72
5. <i>ENVOI</i>	84
EL CRECIMIENTO DEL SIGNIFICADO Y LOS LÍMITES AL FORMALISMO, EN LA CIENCIA Y EN EL DERECHO	87
1. LA VIDA DEL LENGUAJE.....	87
2. EL CRECIMIENTO DEL SIGNIFICADO Y EL PROGRESO DE LA CIENCIA	93
3. EL CRECIMIENTO DEL SIGNIFICADO Y LA ADAPTACIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS	100
EL UNIVERSO PLURALISTA DEL DERECHO: HACIA UN PRAGMATISMO JURÍDICO NEOCLÁSICO	109
1. EL PRAGMATISMO JURÍDICO: ANTIGUO Y MODERNO.....	109
2. EL UNIVERSO PLURALISTA DEL DERECHO.....	112
3. TEORÍA JURÍDICA EVOLUTIVA.....	118
4. EL DERECHO, LA LÓGICA Y LA POLÍTICA	125
5. EL DERECHO, LA MORAL Y LA SOCIEDAD	130
EPISTEMOLOGÍA JURIDIFICADA: O LA VERDAD, LA JUSTICIA Y LA FORMA ESTADOUNIDENSE	135
1. INVESTIGANDO SOBRE LA INVESTIGACIÓN.....	137
2. LA JURIDIFICACIÓN DE LA EPISTEMOLOGÍA	141
2.1. La crítica de Peirce al sistema adversarial.....	142
2.2. La crítica de Bentham a las reglas de exclusión.....	149
¿DIFERENCIAS IRRECONCILIABLES?: EL PROBLEMÁTICO MATRIMONIO ENTRE LA CIENCIA Y EL DERECHO	157
1. PRIMEROS PASOS.....	157
2. EL TESTIMONIO CIENTÍFICO	159
3. LA NATURALEZA DE LA CIENCIA Y LA CULTURA DEL DERECHO	164
4. ESAS «DIFERENCIAS IRRECONCILIABLES» EN JUEGO	173
5. ¿PUEDE ESTE MATRIMONIO SER SALVADO?	180

	Pág.
PRUEBA Y ERROR: LA FILOSOFÍA DE LA CIENCIA DE LA CORTE SUPREMA ESTADOUNIDENSE	183
1. LAS CONFUSIONES EN <i>DAUBERT</i> : POPPER Y HEMPEL.....	185
2. LAS CONFUSIONES DE <i>DAUBERT</i> : «CIENTÍFICO» Y «FIABLE».	190
3. <i>DAUBERT</i> Y SUS DESCENDIENTES JURÍDICOS.....	193
4. ¿HACIA DÓNDE VAMOS?.....	196
LA FILOSOFÍA FEDERAL DE LA CIENCIA: UNA DECONSTRUCCIÓN —Y UNA RECONSTRUCCIÓN—	203
1. UNA HISTORIA ENMARAÑADA	203
2. ¿SE MANTENDRÍA EN PIE EL VERDADERO KARL POPPER?...	207
3. ¿CÓMO FUE QUE EN <i>DAUBERT</i> SE INTERPRETÓ TAN MAL A POPPER?	216
4. LA FALSABILIDAD EN LOS TRIBUNALES FEDERALES ESTADOUNIDENSES.....	222
5. LA IRONÍA DE LA HISTORIA	230
LA EVALUACIÓN POR PARES Y LA PUBLICACIÓN: LECCIONES PARA ABOGADOS	237
1. EL PROCESO DE EVALUACIÓN POR PARES PARA LA PUBLICACIÓN: SUS RAÍCES HISTÓRICAS Y SUS ROLES ACTUALES.....	240
2. EL PROCESO DE EVALUACIÓN POR PARES PARA LA PUBLICACIÓN: SU UTILIDAD Y SUS LIMITACIONES INHERENTES...	243
3. EL PROCESO DE EVALUACIÓN POR PARES PARA LA PUBLICACIÓN: RECIENTES PRESIONES Y TENSIONES, DEBILIDADES Y FRACASOS	246
4. LECCIONES PARA ABOGADOS	253
5. ¿VOLVEMOS AL INICIO? LA EVALUACIÓN POR PARES EN LA LITERATURA SOBRE EL BENDECTIN	259
¿QUÉ HAY DE MALO EN LA CIENCIA ORIENTADA AL LITIGIO?...	263
1. UNA MARAÑA JURÍDICA: LOS ENREDOS DE <i>DAUBERT</i> Y <i>BLUM</i>	266
2. UN PANTANO EPISTEMOLÓGICO: LAS ARENAS MOVEDIZAS DE LO «ORIENTADO AL LITIGIO» Y LA «FIABILIDAD PROBATORIA»	278

	Pág.
3. ENTONCES, ¿HEMOS DESHECHO LA MARAÑA, ESTAMOS FUERA DEL PANTANO Y EN UNA AUTOPISTA LIBRE? ¡NO, NO AÚN!	285
PROBAR LA CAUSALIDAD: EL HOLISMO DEL AVAL Y EL ATOMISMO DE DAUBERT	291
1. PREPARANDO EL ESCENARIO	292
2. EL ARGUMENTO EPISTEMOLÓGICO	299
3. RESPONDIENDO ALGUNAS PREGUNTAS CONTROVERTIDAS.	314
4. EL ARGUMENTO JURÍDICO	321
SOBRE LA VERDAD, EN LA CIENCIA Y EN EL DERECHO	327
1. LA VERDAD FÁCTICA, LA JUSTICIA SUSTANTIVA Y EL DERECHO PROBATORIO	327
2. UN ENREDO JURÍDICO: DE <i>FRYE</i> A <i>DAUBERT</i> A <i>KUMHO TIRE</i> AL REFORMADO ART. 702 DE LAS FRE.....	329
3. LA VERDAD EN LA CIENCIA: LA PERSPECTIVA DE SENTIDO COMÚN CRÍTICO.....	333
4. LA CIENCIA EN EL <i>BRAMBLE PATCH</i>	340
5. CÓMO «VERDADES» CIENTÍFICAS SE CONVIERTEN EN FIABLES JURÍDICAMENTE.....	342
BIBLIOGRAFÍA	347

INTRODUCCIÓN

La filosofía es a la vez la más sublime y la más trivial de las búsquedas. Trabaja en las grietas más diminutas y abre las vistas más amplias. No tiene un uso práctico inmediato..., pero puede inspirar nuestras almas con valentía; y repugnantes como son a menudo sus maneras, sus dudas y desafíos, sus divagaciones y dialécticas..., ninguno de nosotros puede prescindir de los destellos de luz que emite sobre las perspectivas del mundo.

William JAMES¹

Qué materia es esta en la que estamos unidos —esta abstracción llamada derecho en la que, como en un espejo mágico, vemos reflejadas no solo nuestras propias vidas, sino las vidas de todos los hombres [... la vida moral de la raza, [y]... cada paso doloroso y cada desafío que sacude al mundo por el cual la humanidad ha trabajado y peleado desde el aislamiento salvaje a la vida social orgánica.

Oliver Wendell HOLMES²

Los doce ensayos recopilados en esta obra son parte de mi trabajo filosófico —en epistemología, metafísica y en cuestiones del lenguaje, la lógica, la ciencia, la ética y la sociedad— que tienen algún impacto en la teoría del derecho en general o en el derecho probatorio en particular. Los primeros cinco ensayos se refieren a una amplia gama de temas filosóficos jurídicamente relevantes, los últimos seis a aspectos sobre el derecho probatorio, especialmente sobre el que regula el testimonio científico.

¹ JAMES, 1907: 10.

² HOLMES, 1885: 63.

Como el título ya indica, se trata de ensayos de filosofía del derecho; sin embargo, no de la filosofía del derecho del tipo más común. Ello se debe, primero, a que la atención se centrará en la interrelación de las cuestiones jurídicas con la lógica, la epistemología, la metafísica, etc., así como también con la ética y la filosofía política. Segundo, el material jurídico a partir del cual se desarrollan estos ensayos proviene primariamente (aunque no exclusivamente) de los sistemas del *common law*. Y tercero, como mi subtítulo señala, las ideas filosóficas a partir de las cuales desarrollo mi análisis provienen primariamente (aunque no exclusivamente) de la tradición clásica del pragmatismo.

Dado que la filosofía neoanalítica se ha hecho cada vez más hermética, técnica y ensimismada, me encuentro cada vez más agradecida por la compañía intelectual de los viejos pragmatistas —que aspiran, como hago yo, a ocuparse no solo de cuestiones técnicas, sino también de temas culturales más amplios de permanente interés humano—. Así pues, en estos ensayos estaré explorando, articulando, desarrollando, afinando (y algunas veces criticando) temas de C. S. PEIRCE, William JAMES, John DEWEY —y, por supuesto, de Oliver Wendell HOLMES, el gran jurista y pensador del derecho en la tradición pragmatista—.

Sin embargo, como los lectores pronto notarán, mi filosofía difiere marcadamente no solo de la filosofía del derecho analítica reciente, también lo hace, no menos marcadamente, de aquellas recientes formas, actualmente de moda, que se autodescriben como «pragmatismo jurídico» —que a menudo, confundiendo el sentido filosófico especializado de «pragmatismo» con su significado ordinario actual, están preocupadas por la conveniencia y no por los fundamentos— repudiando la idea misma de teoría jurídica.

El primer y más histórico de los ensayos de este libro, «Sobre el pragmatismo jurídico: ¿Hacia dónde nos lleva *La senda del derecho*?», inicia con un esbozo de algunas de las fluctuaciones y distorsiones del reciente neopragmatismo jurídico, abordando algunas de las consecuencias del pragmatismo para la teoría del derecho. Sin embargo, el primer objetivo de este trabajo es entender el lugar de HOLMES en la tradición pragmatista clásica; desarrollar una interpretación de la conferencia justamente famosa e influyente que dio en la inauguración de curso de la facultad de derecho de la Universidad de Boston en 1896, *The Path of the Law* (traducida al castellano como *La senda del derecho*); y explicar la relación de la concepción sobre la teoría del derecho de HOLMES con sus decisiones judiciales como magistrado, primero en Massachusetts y después de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Uno de los temas de los escritos de HOLMES, tanto en *La senda del derecho* como en otros lugares, fue que los sistemas jurídicos son instituciones sociales en evolución, adaptándose constantemente, en respuesta a las cambiantes condiciones sociales y valores reinantes; y que en esa adaptación no solo se

incluirían de hecho, sino que deberían incluirse, consideraciones de política pública, así como también de coherencia con los precedentes. «La vida del derecho», escribió en 1880, «no ha sido la lógica, sino la experiencia». Estaba criticando la «teología jurídica» de Christopher Columbus LANGDELL, primer decano de la facultad de derecho de Harvard —que pensaba al sistema jurídico como algo parecido a un conjunto de axiomas, analíticamente verdaderos dados los principios subyacentes a partir de los cuales podrían derivarse lógicamente decisiones jurídicas correctas—. La tarea del segundo ensayo de este libro, «Sobre la lógica en el derecho: “Algo, pero no todo”», es mostrar que HOLMES estaba, en esencia, en lo correcto al respecto.

La calificación, «en esencia», es necesaria porque ha habido avances importantes en la lógica posteriores a HOLMES y LANGDELL. De hecho, justo cuando HOLMES y LANGDELL estuvieron debatiendo sobre el rol de la lógica en el derecho —pese a que ninguno fue consciente de ello— estaba comenzando la revolución intelectual que nos aportó el aparato más poderoso que ahora llamamos «lógica moderna». Y no es sorprendente que algunos pensarán que, no obstante que la esperanza de LANGDELL de entender el sistema jurídico «silogísticamente» estaba claramente condenada, con la ayuda de este nuevo aparato lógico la idea del derecho como un sistema lógico podría, después de todo, resultar plausible. Sin embargo, no puede. Como veremos en el segundo ensayo, la nueva lógica moderna puede contribuir a nuestro entendimiento del derecho —la lógica, como HOLMES dijo, «es algo»—. Sin embargo, una concepción puramente lógica nunca será suficiente; como HOLMES continuó su frase, la lógica «no es todo».

El tercer ensayo, «El crecimiento del significado», profundiza en algunas de las razones subyacentes al fracaso del formalismo jurídico. El argumento comienza afirmando que los lenguajes naturales son cosas orgánicas, vivientes; los significados crecen al transformarse las palabras antiguas, cambian su uso y entran en el lenguaje nuevas palabras. Este crecimiento del significado ha sido visto a menudo como una amenaza a la racionalidad; sin embargo, de hecho, puede contribuir significativamente a la flexibilidad cognitiva que la verdadera racionalidad exige. Vemos esto en las ciencias, donde se adopta vocabulario nuevo y el vocabulario viejo es adaptado para que encaje mejor con los tipos reales del mundo; la historia de la evolución del concepto de ADN provee de un ejemplo revelador al respecto. Y también vemos cómo el crecimiento del significado contribuye a la racionalidad cuando los conceptos jurídicos cambian, se expanden o se contraen para tratar nuevas circunstancias y nuevas preocupaciones sociales —como ilustra vívidamente la historia de la comprensión, todavía hoy en evolución, del «establecimiento de la religión» prohibido por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos—.

El cuarto ensayo, «El universo pluralista del derecho», expone el marco de una filosofía del derecho, un «pragmatismo jurídico neoclásico», como el

subtítulo dice, que añade temas de JAMES, PEIRCE y DEWEY a ideas tomadas de HOLMES. El resultado es una teoría del derecho, usando prestada una frase de JAMES, como un «universo pluralista», es decir, como toda una agregación de sistemas jurídicos locales, nacionales e internacionales, pasados y presentes; una imagen sinequista, gradualista, en la cual los sistemas jurídicos son vistos como un continuo de otras reglas sociales y sistemas normativos, con los que difieren más bien en grado y no en categoría; una concepción de los sistemas jurídicos desarrollándose y adaptándose a los nichos culturales donde crecen y de conceptos jurídicos, tales como libertad o derecho, en sí mismos evolucionando y cambiando; un entendimiento de los roles complementarios de la consistencia lógica con los precedentes y consideraciones futuras sobre las consecuencias y la política social de la toma de decisiones judiciales —un tema ilustrado mediante un análisis detallado de un caso constitucional sobre la relación entre la iglesia y el Estado, *Allegheny v. ACLU*³; y un acercamiento que reconoce la separación conceptual entre el derecho y la moral y reconoce que ha habido, y sigue habiendo, normas jurídicas inmorales, y pese a ello puede explicar cómo el derecho puede ser, y algunas veces ha sido, una fuerza para el progreso moral.

En el quinto ensayo, «Epistemología juridificada: o la verdad, la justicia y la forma estadounidense», la atención puesta anteriormente en la lógica, la filosofía del lenguaje y la metafísica se cambia a la epistemología y pasamos del derecho constitucional al derecho probatorio. El derecho probatorio estadounidense es fuertemente adversarial: las pruebas son preparadas y presentadas por las partes implicadas en un caso y los testigos y peritos de cada parte son sometidos a interrogatorio cruzado por los abogados de la parte contraria. Además, es excluyente, en tanto que las reglas probatorias limitan las pruebas que son admisibles, es decir, aquellas que podrán ser presentadas ante el juzgador de los hechos. El objetivo de este ensayo se centra en dos importantes críticas epistemológicas al sistema: el argumento de PEIRCE sobre que el «debate acalorado y parcial» alentado por el adversarialismo es una forma inherentemente pobre de descubrir la verdad; y el argumento de Jeremy BENTHAM de que las reglas de exclusión que limitan la admisibilidad de varios tipos de testimonios son contrarias al desiderátum epistemológico de la comprehensividad: tomar en cuenta todas las pruebas relevantes.

Sin embargo, la historia no termina en PEIRCE ni en BENTHAM. Frente a las inevitables limitaciones de tiempo y recursos, el adversarialismo y las reglas de exclusión pueden ser una forma razonable de determinar los veredictos —considerando ciertas asunciones—. Pero, tristemente, tales asunciones —en particular, que los recursos son más o menos iguales para ambas partes— rara-

³ *County of Allegheny v. ACLU*, 492 U.S. 573 (1989)*.

* *N. de la T.*: para facilitar la búsqueda de los casos estadounidenses citados por la autora, el lector encontrará su referencia exactamente igual que en el idioma en que fueron resueltos.

mente se presentan en la práctica. El argumento de este ensayo se ilustra con algunos ejemplos del derecho que regula la prueba científica*.

A pesar de que desde sus mismos inicios ha habido quejas sobre la venalidad de los testimonios científicos —muy tempranamente, en 1858, la Corte Suprema estadounidense ya había escrito que «la experiencia ha mostrado que pueden obtenerse en cantidad opiniones contrarias de personas que afirman ser expertos»⁴ en la época de HOLMES la prueba científica jugó un papel mucho menor del que juega actualmente. Pero la idea holmesiana de que los sistemas jurídicos son instituciones locales, sociales, con necesidad de adaptarse a las nuevas circunstancias no es menos relevante para los ensayos restantes, en los que se exploran los esfuerzos actuales del sistema jurídico para idear mejores maneras de trabajar con el testimonio científico del que, en una era tecnológicamente avanzada, se depende cada vez más.

Hay muchos temas que surgen en esta parte del libro: que, como PEIRCE alguna vez dijo, «la verdad ES la que es, con independencia de si tú o yo o cualquier otro piensa que es así o no»; que la estructura de las pruebas se parezca no a una cadena, sino (para usar la metáfora de PEIRCE) a un cable con muchas fibras o (para usar una metáfora mía) a un crucigrama; que la investigación científica es, como reconocieron tanto PEIRCE como DEWEY, una empresa humana falible y aun así capaz de desarrollos reales; que hay diferencias importantes entre la investigación y la actitud de abogar y, como PEIRCE observó, entre la investigación genuina, pura y simple, y lo que llamó «simulacro de razonamiento» y nosotros llamamos ahora «investigación para abogar».

El sexto ensayo, «¿Diferencias irreconciliables?: el problemático matrimonio entre la ciencia y el derecho», abre con un esbozo de las muchas y variadas interacciones entre el derecho y la ciencia, desde la regulación jurídica del trabajo científico potencialmente riesgoso, la confianza que depositan legisladores y reguladores en los consejos de los científicos, la persecución de científicos acusados de usar fraudulentamente fondos, casos constitucionales que involucran la enseñanza de la evolución en los institutos públicos y casos

* *N. de la T.*: «*expert evidence*», «*scientific evidence*», «*expert witness*» o «*expert opinion*» son diversos términos que la autora utiliza en el transcurso de sus artículos, algunas veces incluso como parte de la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses. En el *common law*, el «*expert witness*» es el perito de parte, en cambio, el perito oficial o de alguna manera seleccionado por el juez es llamado «*court appointed expert*». El lector debe tomar en cuenta que la experiencia estadounidense analizada por la autora está centrada en el *expert witness*, dado que es la manera habitual de entrada del conocimiento experto al proceso judicial. Precisamente por ello, en la traducción, he empleado dos términos que no son comunes en nuestra tradición para referirse a la prueba pericial: «testimonio experto» o «testimonio científico»; aunque también he utilizado términos comunes en nuestro ámbito cultural, como «prueba pericial» o «prueba científica». Utilizar «testimonio» en el contexto de la prueba pericial permite, además, dar cuenta de otra diferencia presente en el *common law* al categorizar los tipos de pruebas, ya que ellos distinguen únicamente entre pruebas testimoniales y pruebas físicas.

⁴ *Winans v. New York and E. R. Co.*, 62 U.S. 88, 101 (1858).

de herencia que involucran restos muy antiguos, hasta la dependencia creciente de los tribunales en el testimonio científico; y continúa con un sumario de la historia del derecho estadounidense sobre la prueba pericial.

Dado que los expertos presentan conocimiento científico, técnico y otro tipo de conocimiento especializado de que el jurado promedio carece, se les permite hacer inferencias. Esta clase especial de testimonio incluye expertos de todo tipo, desde especialistas en el diseño de llantas para automóviles hasta especialistas en las prácticas y estándares de la construcción, en computación, en la tasación de bienes muebles o de antigüedades o de arte, en la contabilidad forense, etc., así como practicantes de toda especialidad científica (y cuasi-científica) imaginable. Durante un largo tiempo, el derecho estadounidense exigía solo que un perito fuera cualificado en su área. Pero en 1923 la muy breve decisión del caso *Frye v. United States*⁵ —donde se excluyó la prueba pericial ofrecida, consistente en los resultados de un primitivo detector de mentiras al que se había sometido el Sr. Frye— se añadió una nueva exigencia sobre el testimonio en sí mismo. Si el testimonio científico ofrecido es novel, sería admisible solo si «el fundamento o descubrimiento» sobre el cual se basa está «suficientemente establecido para gozar de la aceptación general en el área a la que pertenece».

De forma gradual, durante muchas décadas, los tribunales de todo el país empezaron a usar *Frye*, hasta que el «criterio *Frye*» fue aceptado en la mayoría de las jurisdicciones; y de hecho sigue siendo el derecho aplicable en varios estados, incluidos Nueva York, California y Pennsylvania. Pero en 1975, cuando las *Federal Rules of Evidence* fueron promulgadas, la Regla 702 previó que el testimonio experto sería admisible si era relevante y no fuere excluido por alguna otra norma —no haciendo mención a *Frye* o a la «aceptación general»—. ¿Había sido *Frye* reemplazado o no? La situación no fue clarificada hasta 1993, mediante el caso hito *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*⁶, la primera sentencia sobre la admisibilidad de las pruebas periciales en toda la historia de la Corte Suprema estadounidense.

El argumento principal de «Diferencias irreconciliables» es que las dificultades para lidiar con el testimonio científico surgieron debido en parte a las tensiones entre la empresa científica y la cultura del sistema jurídico estadounidense: por ejemplo, entre el carácter investigador de la ciencia y la cultura adversarial del proceso judicial, entre el final abierto de la investigación científica y la preocupación jurídica por la definitividad, entre el atomismo del derecho probatorio y el holismo del aval, etc. Estas tensiones se revelan tanto en la historia de los esfuerzos jurídicos por domesticar al testimonio científico mediante reglas de admisibilidad, como en recientes pequeñas concesiones

⁵ *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C.Cir. 1923).

⁶ *Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

sobre la definitividad y pequeños cambios sobre el adversarialismo al lidiar con tales testimonios —esto último representado en un giro muy modesto en dirección a los sistemas del *civil law*—.

El siguiente ensayo, «Prueba y error: la filosofía de la ciencia de la Corte Suprema estadounidense», gira específicamente en torno al enfoque de la Corte Suprema estadounidense sobre el testimonio científico. La cuestión antes de *Daubert* era si el viejo criterio *Frye* había sido superado, en los tribunales federales, por las *Federal Rules of Evidence*. La Corte decidió que lo había sido; sin embargo, también dijo que los jueces para decidir la admisión de una prueba pericial ofrecida por las partes no solo deberían revisar su relevancia, sino también su fiabilidad. Esto, afirmó el magistrado Blackmun, exige que tales pruebas califiquen como *bona fide* «conocimiento científico». Acudiendo a la filosofía de Karl POPPER, sugirió que la marca de genuinidad científica es su falsabilidad. El argumento principal de este ensayo es que la filosofía de la ciencia de POPPER es particularmente inapropiada para el propósito de la Corte —POPPER muy deliberadamente evita usar la noción de fiabilidad—. Sin embargo, dado que no toda prueba científica, y no solo es, es fiable, la idea de identificar fiable con genuinidad científica en sí misma fue simplemente un malentendido desde el inicio.

No es sorprendente que en decisiones subsecuentes sobre el testimonio experto —en 1997, en *General Electric Co. v. Joiner*⁷, confirmando que el estándar de revisión de tales decisiones probatorias es el abuso de discrecionalidad, y en 1999, en *Kumho Tire Co., Ltd. v. Carmichael*⁸, decidiendo que *Daubert* es aplicable a todo testimonio experto, no solo al científico— la Corte Suprema se haya alejado silenciosamente de su imprudente incursión en la filosofía de la ciencia. El resultado, sin embargo, ha sido dejar a los tribunales federales con una amplia discreción en sus decisiones sobre el testimonio experto —y con una guía bastante limitada sobre cómo llevar a cabo su tarea—.

Pese a lo anterior, hay algunas cuestiones interesantes por tratar: ¿de dónde vienen las alusiones de la Corte Suprema a la filosofía de la ciencia en *Daubert* y qué han hecho los jueces federales con el primer factor *Daubert*, referido a si las pruebas ofrecidas «pueden ser, o han sido, contrastadas»? El objetivo del siguiente ensayo, «La filosofía federal de la ciencia», no es solo responder a estas cuestiones, sino también mostrar exactamente cómo el falsacionismo de POPPER es tan radicalmente inapropiado para el propósito que el magistrado Blackmun trazó, y sugerir en su lugar una mejor concepción de la ciencia. Así pues, este ensayo comienza presentando la filosofía de la ciencia de POPPER en detalle suficiente para mostrar que no puede ofrecer criterios sobre la fiabilidad de la prueba científica; luego muestra que el ma-

⁷ *Gen. Elec. Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997).

⁸ *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

gistrado Blackmun malinterpreta las ideas de POPPER y se identifican algunas fuentes de esos malentendidos en los informes de los *amici* presentados en *Daubert* y en la entonces reciente literatura jurídica, así como en los propios (muy ambiguos) escritos de POPPER; luego indaga sobre cómo los tribunales federales han interpretado o, mejor dicho, *mal*interpretado las alusiones de la Corte Suprema a POPPER. Y finalmente, en la parte «reconstructiva» de este ensayo, argumento, muy irónicamente, que la malinterpretación que muchos juzgados federales han dado al primer factor cuasi-popperiano de *Daubert* está más cerca de la verdad que la filosofía de la ciencia popperiana de la que ostensiblemente se deriva.

Entre los indicios de fiabilidad de la «lista flexible» de la Corte en *Daubert*, además de la «contrastabilidad», estaba la «evaluación por pares y la publicación». Sin embargo, como señalo en el siguiente ensayo, «La evaluación por pares y la publicación: lecciones para abogados», «revisión por pares» puede hacer referencia *tanto* al trabajo científico que ha sobrevivido el proceso de evaluación por pares *antes* de la publicación *como* a su sobrevivencia a largo plazo al escrutinio de la comunidad científica relevante *después* de la publicación. Si analizamos la historia del proceso de evaluación por pares previo a la publicación (que se ha convertido en norma después de la Segunda Guerra Mundial) y cómo el sistema actualmente opera, es claro que no hay garantía ni de que todo trabajo que ha sobrevivido a tal revisión sea sólido, ni de que todo el trabajo sólido sobreviva a tal revisión. Así pues, bajo cierta interpretación (requerir que el testimonio esté fundado en trabajos que hayan sobrevivido la revisión antes de la publicación), este «*factor Daubert*» es algo relativamente fácil de determinar para los jueces, pero bajo esa interpretación es un indicador pobre de la fiabilidad; mientras que bajo la otra interpretación (requerir que el testimonio esté basado en trabajo que ha sobrevivido —o sobrevivirá— a largo plazo el escrutinio de la comunidad científica), es un mejor indicador de la fiabilidad, pero mucho más difícil, a veces imposible, de determinar por los jueces.

En 1995, tomando la decisión final del caso *Daubert* (que había sido reenviado por la Corte Suprema para su revisión), el juez Kozinski introdujo un nuevo *factor Daubert* de su autoría, sugiriendo que el hecho de que el trabajo sobre el que se basaba el testimonio ofrecido fuese «orientado al litigio» erguía una bandera roja sobre su fiabilidad. Esto generó preguntas difíciles sobre las diferencias entre la investigación genuina y la «investigación para abogar», es decir, investigación que se lleva a cabo con el propósito de encontrar pruebas que favorezcan una pretensión predeterminada. Estas preguntas difíciles son abordadas, con la ayuda de PEIRCE, en el siguiente ensayo, «¿Qué hay de malo en la ciencia orientada al litigio?». Es cierto que, como el juez Kozinski sugiere, la investigación que se lleva a cabo con el objetivo en mente del litigio puede ser menos fiable que la investigación llevada a cabo de for-

ma independiente —pero también lo es mucha investigación realizada con propósitos de marketing—; y, en contra del argumento del juez Kozinski, lo mismo es cierto para la ciencia forense, llevada a cabo casi invariablemente por la policía o por la acusación en casos penales. Sin embargo, como revela la decisión del juez Bernstein en un caso de 1996 en Pennsylvania, *Blum v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*⁹, no solo el testimonio científico ofrecido por los demandantes, sino también el testimonio científico ofrecido por los demandados puede estar fundado en investigación para abogar.

En *Daubert*, *Blum* y otros muchos casos de derecho de daños por sustancias tóxicas —de forma notable en *Oxendine v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*¹⁰ y en *Joiner*— los demandantes argumentaron que el testimonio experto que deseaban presentar, pese a que ninguna de sus partes por sí misma era suficiente para establecer la causación «por preponderancia de las pruebas», era conjuntamente suficiente para alcanzar ese estándar de prueba; y los demandados algunas veces como respuesta argumentaron que es un error imaginar que una colección de elementos débiles de prueba pueda ser más fuerte que sus componentes individuales. El siguiente ensayo, «Probar la causalidad: el holismo del aval y el atomismo de *Daubert*» está basado en la teoría epistemológica que presenté por primera vez en mi libro *Evidence and Inquiry*, 1993 (que ofrece una reconstrucción de la epistemología reconociblemente pragmatista tanto en su estrategia como en su contenido), y que luego amplié y refiné en 2003 en *Defending Science - Within Reason* (que, dadas sus afinidades con PEIRCE y DEWEY es, como señalé en la introducción, «quizá el más pragmatista de mis libros»). Esta teoría de la prueba muestra que, bajo ciertas condiciones, una combinación de elementos probatorios, ninguno de los cuales sería suficiente en sí mismo, *puede* realmente avalar una conclusión causal a un grado mayor que cualquiera de sus componentes individualmente considerados.

Cuando mi concepción es aplicada a las muy complejas colecciones de pruebas típicamente ofrecidas para probar la causación general en estos casos de derechos de daños por sustancias tóxicas, resulta en una mejora sobre los influyentes «criterios Bradford Hill» para valorar la causación; y sugiere respuestas a preguntas que surgen frecuentemente en esos casos: por ejemplo, si las pruebas epidemiológicas son esenciales para tener por probada la causación y si tales pruebas deben ser excluidas si no son estadísticamente significativas. Además, el argumento de este trabajo revela, como ya había sugerido en «¿Diferencias irreconciliables?», que el atomismo implícito en *Daubert*, al

⁹ *Blum ex. rel. Blum v. Merrell Dow Pharm., Inc.*, 33 Phila. Co. Rptr. 193 (Pa. Comm. Pleas 1996, rev'd 705 A.2d, 1314 (Pa. Super. Ct. 1997), *aff'd*, 764 A.2d, 1 (pa. 2000).

¹⁰ *Oxendine v. Merrell Dow Pharm., Inc.*, 506 A.2d, 1100 (D.C. 1996), *on remand*, 563 A.2d, 330 (D.C. 1989), *cert denied* 493 U.S. 1074 (1990), *on remand*, 593 A.2d 1023 (D.C. 1991), *on remand*, 649 A.2d, 825 (D.C. Ct. App. 1994), *on remand*, Civ. No. 82-1245, 1996 WL 680992 (D.C. Super. Oct. 24, 1996).

obligar a los jueces a valorar individualmente la fiabilidad de cada elemento probatorio de las pruebas periciales, algunas veces se aleja de una valoración correcta de las pruebas complejas de la causación.

El ensayo con el que concluye este volumen, «Sobre la verdad, en la ciencia y en el derecho», desarrolla primero una concepción de la verdad en las ciencias que reconoce completamente la fiabilidad e incompletitud de la investigación científica, pero es también compatible, no obstante, con una concepción robustamente objetiva de la verdad; y posteriormente sugiere por qué los sistemas jurídicos muy a menudo no extraen lo mejor de la ciencia. El siguiente paso es desarrollar una concepción de la verdad en el derecho que reconozca que las verdades jurídicas, siendo objetivas, están hechas a partir de la legislación y de las decisiones judiciales; y después qué luz arroja esto sobre las complejidades del concepto jurídico de fiabilidad. Así, será posible ver cómo las afirmaciones científicas, verdaderas o falsas, avaladas o no avaladas, algunas veces están atrincheradas en el sistema jurídico como fiables: afirmaciones respecto a que esta o aquella prueba científica es fiable (en el sentido jurídico, «fiabilidad probatoria») pueden ser verdaderas en función de una decisión judicial. Sin embargo, no son las decisiones jurídicas sobre la fiabilidad probatoria, y no son los argumentos y contraargumentos en tribunales, sino el carácter del fenómeno y los eventos en el mundo descritos por las verdades científicas lo que hace verdaderas a las proposiciones científicas verdaderas y falsas a las proposiciones falsas.

* * *

Para evitar innecesarias repeticiones, para este volumen he abreviado ligeramente algunos de los artículos originales; y con la ayuda de la traductora, he unificado y actualizado el estilo de las notas al pie.

Estoy agradecida con Laura TEPICH y Tara LORA por su ayuda dando formato a esta compilación; con Pamela LUCKEN por su ayuda actualizando referencias de páginas *web* citadas que ya no estaban disponibles; con Joline ROPERO por su colaboración con el formato de la bibliografía; con Jordi FERRER BELTRÁN por su ayuda con las gestiones para su publicación; con Nicola MUFATTO, Esteban PEREIRA y Carmen VÁZQUEZ, por sus correspondientes trabajos de traducción.

FUENTES

«On Legal Pragmatism: Where Does “The Path of the Law Lead Us”?» («Sobre el pragmatismo jurídico: ¿Hacia dónde nos lleva “La senda del derecho”?») fue presentado en el 2005 en el *Pragmatism seminar* del departamento de economía de la University of Missouri, Kansas City, y en el 2006 en la Faculty of Laws de la Jagiellonian University, Kraków, la Faculty of Laws en la University of Oslo y en la University of Pennsylvania Law School. Fue publicado por primera vez en *American Journal of Jurisprudence*, 49, 2005: 71-105 (2005).

«On Logic in the Law: “Something, but not All”» («Sobre la lógica en el derecho: “Algo, pero no todo”») fue presentado en un congreso sobre inferencialismo en el derecho y en la filosofía en la Università Bocconi (Italia), en el 2006. Fue publicado originalmente en *Ratio Juris*, 20, 2007: 1-31.

«The Growth of Meaning and the Limits of Formalism» («El crecimiento del significado y los límites al formalismo, en la ciencia y en el derecho») fue presentado en el 2007 en el National Colloquium on Philosophy of Language en la UNISINOS (Brasil); y en el 2008 en los departamentos de filosofía de la Union College y de la University of South Carolina, en el congreso de la Sociedad Española de Filosofía Analítica, que tuvo lugar en Murcia, y en las X Jornadas Rolando Chuáqui en Santiago de Chile. Fue publicado originalmente en *Análisis Filosófico*, XXIX.1, 2009: 5-29; y fue también publicado en portugués, bajo la traducción de Rachel HERDY, en RODRIGO RODRÍGUEZ, José (ed.), *A justificação do formalismo*, Sao Paulo, Saraiva, 2011: 117-140.

«The Pluralistic Universe of Law: Towards A Neo-Classical Legal Pragmatism» («El universo pluralista del derecho: hacia un pragmatismo jurídico neoclásico») fue presentado en el 2007 en un congreso de la International

Association for Legal and Social Philosophy (IVR) en la Jagiellonian University en Cracovia (Polonia), en un congreso sobre *Pragmatismus - 100 Jahre danach* en la Johann Wolfgang Goethe-Universität, Fráncfort (Alemania), y como *Sellars Lecture* en la Bucknell University. Fue publicado originalmente en *Ratio Juris*, 21, 2008: 453-480; y, en portugués, bajo la traducción de Rachel HERDY, en *Direito, Estado e Sociedade*, Pontificia Universidade Católica de Río de Janeiro, 2008: 161-198.

«Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way» («Epistemología juridificada: o la verdad, la justicia y la forma estadounidense») fue una *Olin Lecture* en Jurisprudence en la Notre Dame University School of Law en el 2004. Fue publicado originalmente en *American Journal of Jurisprudence*, 49 (2004): 43-61, y fue reimpresso en HAACK, Susan, *Evidence and Inquiry: A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*, 2.^a ed., Amherst, NY, Prometheus Books, 2009: 361-382.

«Irreconcilable Differences: The Troubled Marriage of Science and Law» («¿Diferencias Irreconcilables?: el problemático matrimonio entre la ciencia y el derecho») fue presentado en el 2007 en la Coronado IV Conference del proyecto sobre *Scientific Knowledge and Public Policy* y en un seminario interdisciplinario en el Amherst College; en el 2008 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, España; y en el 2011 en el Departamento de Filosofía de la University of Western Ontario y en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidade Católica de Río de Janeiro (PUC-Rio). Fue publicado originalmente en *Law and Contemporary Problems*, 72.1, 2009: 1-29.

«Trial and Error: The Supreme Court's Philosophy of Science» («Prueba y error: La filosofía de la ciencia de la Corte Suprema estadounidense») fue presentado en el 2003 en la Coronado I Conference del proyecto sobre *Scientific Knowledge and Public Policy* y en la School of Law de la University of Montana; en el 2004 en la School of Law de la George Mason University, el Georgetown Law Center, la University of Virginia Law School, y la Faculty of Laws en la University College, London (UK); y en el 2005 en el College of Law de la University of Florida. Fue publicado originalmente en *American Journal of Public Health*, 95, 2005: S66-73; y fue reimpresso en *International Barristers' Quarterly*, 41, 2006: 376-391 (2006), en HAACK, *Putting Philosophy to Work: Inquiry and Its Place in Culture*: 161-178 y, en traducción italiana a cargo de TUZET, Giovanni, en *Ars Interpretandi*, 11, 2006: 303-325.

«Federal Philosophy of Science: A Deconstruction-And a Reconstruction» («La filosofía federal de la ciencia: una deconstrucción —y una reconstrucción—») nació como una presentación (considerablemente corta) en un congreso sobre *Objective Knowledge: Popper and Beyond* en la European University Institute en Fiesole (Italia) en el 2009; y fue presentada de forma ya completa más tarde el mismo año en la China University of Politics and

Law en Beijing, y en 2010 en el *Program on Conceptual and Historical Foundations of Science* en la University of Chicago, y en la Facultat de Dret de la Universitat de Girona. Fue publicado originalmente en *New York University Journal of Law & Liberty*, 5.2, 2010: 394-435.

«Peer Review and Publication: Lessons for Lawyers» («La evaluación por pares y la publicación: lecciones para abogados») está basado en una conferencia que di en un congreso del *National Institute of Justice on Law, Science, and Technology* en el 2005, y fue presentada en su forma actual en Notre Dame University Law School y en la Villanova University Law School en el 2006, en el John Jay College de Criminal Justice y en la Shawnee State University en el 2007, y en la National Academies of Science, Committee on Science, Technology and Law en el 2008. Fue publicado originalmente en *Stetson Law Review*, 36, 2007: 789-819.

«What's Wrong With Litigation-Driven Science?» («¿Qué hay de malo en la ciencia orientada al litigio?») fue inicialmente presentado en el 2006 en la Coronado III conference del proyecto sobre *Scientific Knowledge and Public Policy*, y más tarde durante el mismo año en un congreso sobre *Commerce, Science, and Politics* en la University of Notre Dame. Fue publicado originalmente en *Seton Hall Law Review*, 38, 3008: 1053-1083.

«Proving Causation: The Holism of Warrant and the Atomism of *Daubert*» («Probar la causalidad: el holismo del aval y el atomismo de *Daubert*») fue presentado en el 2009 en la School of Law de la University of Minnesota, en el Department of Law de la University of Kent en Canterbury, y en un congreso organizado por el departamento de matemáticas de la Iowa State University; y en el 2010 en la Facultat de Dret de la Universitat de Girona, en el encuentro anual de la Society of University Neurosurgeons fue presentado como conferencia principal, y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Caldas (Colombia). Fue publicado originalmente en *Journal of Health and Biomedical Law*, 2008, IV: 273-89.

«Of Truth, in Science and in Law» («Sobre la verdad, en la ciencia y en el derecho») fue presentado inicialmente en el 2007 en un simposio sobre *Interdisciplinary Perspectives on Scientific Truth* en la Brooklyn Law School; y también fue presentado en el Florida International University College of Law y en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Santiago de Chile) en el 2009, y en la Facultat de Dret de la Universitat de Girona en el 2010. Fue originalmente publicado en *Brooklyn Law Review*, 73, 2008: 985-1008.

SOBRE EL PRAGMATISMO JURÍDICO: ¿HACIA DÓNDE NOS LLEVA LA SENDA DEL DERECHO?

Cuando pienso [...] en el derecho [...] veo a una princesa más poderosa que aquella que alguna vez forjó el Bayeux, tejiendo eternamente en su red vagas representaciones del pasado cada vez más largo, representaciones tan borrosas como para ser solo notadas por el ocioso, tan simbólicas como para ser interpretadas solo por sus pupilos, pero para el ojo exigente revelan cada doloroso paso y cada contienda importante en la que la humanidad ha trabajado y peleado a su manera desde el aislamiento salvaje a la vida social orgánica.

HOLMES¹

Este trabajo se inició con un par de preguntas aparentemente simples: ¿qué es el pragmatismo jurídico?, y ¿hay algo valioso en él? Sin embargo, terminará con algunas respuestas no tan simples: lo que ahora se llama «pragmatismo jurídico» es muy diferente del estilo del pragmatismo jurídico tradicionalmente asociado a Oliver Wendell HOLMES; y hay muchas ideas valiosas en la concepción del derecho que se descubren al leer *La senda del derecho* de HOLMES a la luz de la tradición del pragmatismo clásico en la filosofía general, aunque menos en el neopragmatismo jurídico actual. A efectos de articular y argumentar estas respuestas, mis reflexiones sobre las variedades del pragmatismo —filosófico y jurídico, antiguo y moderno— serán completadas por una exploración del significado de *La senda del derecho* y las debilidades y fortalezas de sus argumentos.

¹ HOLMES, 1885: 63.