

Jerome Frank: Realismo jurídico estadounidense y los hechos en el derecho¹

Jerome Frank: American Legal Realism and facts in law

Sebastián Reyes Molina
 Universidad de Uppsala
sebastian.reyes@filosi.uu.se

1. Contexto: realismo jurídico

Es un lugar común en la literatura especializada encontrar el nombre de Jerome Frank dentro de las principales figuras del realismo jurídico estadounidense². También es común leer que Frank es uno de los autores más radicales (Cfr. Green, 2005) del, a su vez, también considerado radical (Cfr., Tamanaha, 2009: 735) realismo jurídico estadounidense.

Esta corriente de pensamiento³ se caracterizó por ser una respuesta frontal al formalismo jurídico⁴. En líneas generales, para los realistas, las decisiones de los jueces no encuentran su origen en la sola aplicación de las normas jurídicas (Cfr. Schauer, 2013: 749).

Esta postura refleja una “doctrina del escepticismo” que compartían sus autores (Cfr. Schauer, 2013: 754). Estos juristas sostenían que “...las reglas y principios que los jueces recitan en sus fallos no revelan, o revelan de forma incompleta, las verdaderas razones y motivos de sus decisiones” (Leiter, 2013: 954).

¹ El texto que aquí se presenta por primera vez traducido al español es el capítulo 3° del libro de Jerome Frank “*Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*” del año 1949. El capítulo presentado engloba los presupuestos de la línea de pensamiento de Jerome Frank, la incertidumbre sobre la declaración de hechos probados.

² Ver en este sentido: Llewellyn (1931); Leiter (1997); Hull (1989). Sin embargo, salvo el libro de Solar Cayón y la traducción realizada por Carlos Bidegaín publicada en la editorial Fontamara del libro de Frank (2001) la literatura hispano hablante no ha tratado ni desarrollado el pensamiento jurídico de Frank. Ver: Solar (2005); Frank (2001).

³ Sin perjuicio de que varios autores aun encuentran dificultad en definir el realismo jurídico ver: Leiter (2013: 67), me permito denominarlo, para estos efectos, “*corriente de pensamiento*” siguiendo la nomenclatura presentada por Nino. Ver: Nino (2013: 44). Sin perjuicio de lo anterior, hay autores que si lo consideran como una escuela de pensamiento, ver en este sentido: Schauer (2013).

⁴ Una cuenta de la controversia formalismo/realismo se encuentra en: Tamanaha (2010).

El escepticismo, así formulado, se transformó en la “marca de fábrica” del realismo estadounidense⁵.

En el seno del realismo jurídico estadounidense, Jerome Frank identificó dos tipos de escepticismo dentro del realismo jurídico estadounidense: el escepticismo ante las reglas⁶ y el escepticismo ante los hechos⁷.

2. Escepticismo ante los hechos

La visión formalista, dominante en la época de Frank, del proceso judicial entendía que las decisiones de los tribunales son la confluencia de, solamente, dos elementos: hechos y normas. Dentro de este esquema, los juristas de la época (y mayormente también en la actualidad) enfocaban sus esfuerzos intelectuales en el estudio de las normas. Sin embargo, para Frank, el punto central de un litigio no son éstas sino los hechos.

Si la norma es una oración condicional del estilo (si sucede “X” entonces se aplica “Y”) el antecedente inmediato y directo para la aplicación de ésta es que determinados hechos hayan acontecido en la realidad. Sólo si el hecho “X” (a la que se apareja la norma “Y”) ha ocurrido, entonces el Estado está legitimado para aplicar la norma “Y” (*i.e.*, ejercicio de poder coercitivo estatal). Caso contrario, estaríamos ante el ejercicio indiscriminado y arbitrario del poder estatal, el cual se traduce en la posibilidad de graves daños a la vida, libertad, propiedad, etc., de las personas que viven en una determinada comunidad. Así Frank sostiene que

“(u)no de esos problemas, que en tanto permanezca sin solución provocará dramas diarios, es el de obtener un conocimiento correcto de los hechos en la etapa probatoria de los pleitos judiciales. Cuando hace unos veinte años, un fiscal dijo, muy ufano, que los hombres inocentes nunca eran condenados como criminales, Borchard le replicó, en 1932, con la publicación de su gran libro *Convicting the Innocent* (...) donde reveló que muchos hombres fueron a la cárcel por delitos que no habían cometido, debido a que los tribunales de primera instancia (...) habían incurrido en errores en la apreciación de los hechos. Como tales errores se deben a defectos judiciales en la determinación de los hechos –defectos presentes tanto en litigios civiles como penales-, resulta que los hombres no solo pierden su libertad sino también a menudo su propiedad, ahorros, trabajo o reputación por causa de fallos fundados en el ‘hallazgo’ judicial de hechos que nunca han ocurrido realmente” (Frank, 2001: 25 y 26).

Parece ser que responder a la pregunta sobre si han ocurrido realmente los hechos que el juez dice que han ocurrido (a los cuales les aplica una consecuencia normativa) es central para evaluar si una determinada comunidad ejerce el poder estatal de forma racional o arbitraria (Cfr. Twining, 2006: 15).

En este sentido, para Frank, los estudiosos del derecho, si quieren entender y explicar cómo funciona el derecho (y por ende el ejercicio del poder estatal), deben cambiar el foco de su análisis y trasladarlo desde el comportamiento de las cortes hacia los tribunales inferiores (*trial courts*)⁸. De este modo

⁵ Utilizo la nomenclatura “estadounidense” para distinguirlo de otras corrientes que también han sido llamadas “realismo jurídico” tales como el escandinavo o el genovés. A modo de ejemplo, ver: Ferrer y Ratti (2011); Mindus (2009).

⁶ El escepticismo ante las reglas no será desarrollado en este trabajo.

⁷ En el prefacio de Frank (1930).

⁸ En este sentido Frank ayudó a ampliar el universo en el cual el realismo estadounidense habitaba. El trabajo de las Cortes superiores consistía en el objeto predilecto de análisis de los realistas estadounidenses por el hecho de que en esta instancia se discutían sobre las normas jurídicas y por

“...para la mayoría de las personas que se ven envueltas en un litigio, la función que desempeñan los tribunales inferiores es de mayor importancia que la función realizada por las cortes. No tan sólo porque una abismante mayoría de casos no son apelados, sino que, incluso en los que sí lo son, los cuales no son más allá de un 6% del universo total de casos litigados anualmente, las cortes superiores aceptan sin mayor cuestionamiento los hechos probados presentados por los tribunales inferiores. Esto es así, puesto que las cortes no tienen contacto con las declaraciones de los testigos, y, sin perjuicio de que la percepción inmediata de los jueces de los tribunales inferiores a las pruebas esté lejos de ser un medio infalible, no existe, disponible actualmente, otro método más confiable por lo que la labor llevada a cabo por éstos es, generalmente, considerada como esencial en nuestro sistema jurídico” (Frank, 1948: 374).

Sin embargo, Frank cuestiona la posibilidad de que los tribunales inferiores puedan determinar objetivamente los hechos en un litigio: debido a una serie de factores tanto jurídicos como no jurídicos⁹, que tienden a participar en el proceso judicial, los hechos en un juicio no pueden ser determinados objetivamente por el juez o el jurado.

De este modo, los hechos declarados probados en un litigio no son, en todos los casos, los hechos que acaecieron en la realidad sino que, en el mejor escenario, son creencias subjetivas del juez o el jurado *sobre* los hechos que declaran los testigos y que son alegados por las partes (Cfr. Frank, 1949: 15 y ss).

Éste es el núcleo del “escepticismo ante los hechos” presentado por Frank. Los hechos en un litigio determinado¹⁰ en tanto creencias subjetivas del juez o el jurado, son: 1) independientes de la verdad de dichos hechos (Cfr. Frank, 1949: 16) y 2) elementos altamente difíciles de predecir puesto que dependerán de una serie de factores y variables incontrolables e incognoscibles, *a priori*, por el abogado que debe asesorar a su cliente (Cfr. Twining, 2006: 116).

Si bien Frank no presenta una sistematización de los factores por los cuales la tarea de determinación objetiva de los hechos no es plausible llevar a cabo, este trabajo busca presentar una propuesta general de sistematización a dichas elementos¹¹.

ende sobre las consecuencias jurídicas que una determinada norma conllevaría. Sin embargo, para Frank, la determinación de la norma jurídica no supone un problema tan grave. Generalmente, los abogados, más o menos, tienen un conocimiento de cómo un determinado juez fallará una determinada causa (*i.e.*, qué norma jurídica aplicará). El problema yace, en el paso anterior. Para poder aplicar la norma se debe declarar como probados determinados hechos ¿los hechos declarados probados en una sentencia son los hechos reales a los que nos interesa imputar una consecuencia jurídica? ¿Es posible, en un proceso judicial, la determinación objetiva de los hechos del caso? Estas preguntas, entre otras, son esenciales para la aplicación misma del derecho. Parece ser que no se concibe un sistema que aplique normas jurídicas a hechos inexistentes por lo que es crucial que el proceso pueda determinar que los hechos probados ocurrieron realmente en el mundo. Éste es el núcleo de la actividad de los jueces y dado que las cortes superiores generalmente no deciden sobre hechos, es que se hay que volcar nuestra atención a la actividad de los jueces ordinarios (*trial courts*).

⁹ Los cuales se encuentran ajenos al control de los jueces y que varían de caso en caso.

¹⁰ Si bien lo anterior puede ser aplicado para una generalidad de litigios. La dificultad epistemológica que enfrentan los tribunales inferiores se hace especialmente difícil en los “casos controvertidos”, es decir, aquellos litigios en los cuales las partes presentan versiones incompatibles de los hechos alegados en juicio. El escepticismo ante los hechos de Frank está pensado en el desarrollo de estos tipos de casos. Esto no quiere decir que para los casos no-controvertidos (*i.e.*, cuando los hechos son aceptados por una parte) existan una serie de impedimentos epistemológicos, sino que, en la práctica, un caso no-controvertido versa sobre la aplicación de la norma jurídica. Ver: Frank (1949: 20).

¹¹ Como se podrá observar, las causas presentadas en este trabajo son, de hecho, factores que se presentan día a día en la tarea de determinación de los hechos en los juicios. En este sentido, las preocupaciones de Frank siguen siendo tan válidas ahora como lo fueron en la primera mitad del siglo XX.

De este modo, las causas del escepticismo ante los hechos pueden dividirse en, a lo menos tres, a saber: 1) No-Jurídicas o psicológicas, 2) Jurídicas o prácticas institucionales, 3) mixtas o contextuales.

2.1. Causas No-jurídicas: los límites de nuestra percepción

Frank centra su análisis en la prueba testimonial y la falibilidad del testimonio. Esta falibilidad se deriva de

“(l)os innumerables errores de percepción derivados de los sentidos, las fallas de la memoria, las amplias diferencias en los seres humanos en lo relativo a sexo, edad, naturaleza, cultura, estado anímico transitorio, salud, apasionamiento, ambiente, etc., todas estas cosas ejercen tan gran efecto que es raro que recibamos dos relatos similares sobre una misma cosa; y cuando comparamos lo que a la gente le sucede realmente y lo que confiadamente afirma sólo encontramos error sobre error” (Frank, 2001: 56).

Frank parte de la premisa que los testigos no pueden ser equiparados a observadores científicos (Frank, 1949: 17). En este sentido los jueces y jurados tampoco pueden ser sujetos de dicha comparación, por lo que les afectaran las mismas fallas que a los testigos. Ambas, las habilidades cognitivas de los testigos y del juez (o jurado) son limitadas. Sin embargo, las capacidades de éste último son, aún más limitadas, cuando hablamos de la determinación de los hechos del juicio. Esto pues los testigos, al menos, pueden predicar su testimonio sobre hechos que han percibido (con todos los defectos que puede conllevar una percepción) pero los jueces (o jurados) sólo basar su decisión en los recuerdos (falibles) de una persona y no en haber experimentado los hechos directamente (Frank, 1949: 22).

Las desatenciones y sesgos personales de los jueces y los jurados hacia los testigos mientras éstos rinden declaración, sólo propician una valoración parcial e incompleta de la información relevante del caso a decidir.

Un “...testigo ignorado u olvidado no está ‘psicológicamente’ presente, su testimonio está ‘psicológicamente’ ausente. La desatención puede determinar, entonces, que no se comprenda un hecho importante, prácticamente se lo coloca afuera de la causa. Pero la ‘la sustracción de un sólo hecho puede alterar la aplicabilidad de una o más doctrinas de derecho sustantivo’.

A su vez, los jueces o jurados al considerar la credibilidad (o falta de credibilidad) de los testigos se encuentran poderosamente influenciados por sus respectivas ‘idiosincrasias y prejuicios personales’ que son ‘inarticulados o inconscientes’ (...) uno puede llamar a estos prejuicios ‘standards’ valorativos (...) comúnmente estos resultan de ‘distorsiones egocéntricas’ profundamente escondidas (...) un juez sin darse cuenta de ello, tiene un fuerte sentimiento antagonista hacia un testigo (...) otro juez, también sin advertirlo puede tener una predisposición en favor de un testigo que tenga cierta apariencia o peculiaridad. Los jueces como observadores-de-testigos no son fungibles y sus singulares reacciones son no transferibles” (Frank, 2001: 57).

Para Frank, por regla general estos estándares valorativos no son revelados en la motivación de la sentencia, “(n)adie, salvo el juez, sabe si en los fundamentos dados a publicidad informa debidamente o hace un ‘manipuleo’ con su creencia (es decir la distorsiona) pues ningún otro puede probar inexactitud de una información sobre un ‘estado mental’ íntimo” (Frank, 2001: 60). En el caso de los jurados, éstos no tienen el deber de motivación haciendo implausible poder determinar cuándo y cómo han reaccionado ante un determinado testimonio.

En suma, las causas no-jurídicas se pueden, a su vez, subclasificar en 1) epistémicas, que dicen razón a la falibilidad de los sentidos y percepción de los hechos del mundo, 2) relativas a la memoria, la dificultad latente de cualquier persona de evocar recuerdos precisos sobre determinados hechos y 3) prejuicios, los distintos prejuicios que afectan a las personas las cuales son fruto de su experiencia.

Todas estas causas son predicables a la generalidad de las personas y en la generalidad de contextos en los que se pueden encontrar. No son exclusivos de un litigio, pero sin embargo, tienen un impacto considerable en dicha práctica.

2.2. Causas Jurídicas: la actividad del abogado litigante y las “reglas del juego”

El rol que juega el abogado una vez comenzado el litigio¹² es un impedimento para la tarea del juez de “averiguar los hechos” que se alegan en éste. Esta mirada interna del proceso, es decir, el abogado comportándose según las reglas previstas para el litigio, permite reforzar el escepticismo ante los hechos propuesto por Frank, en la medida en que estamos ante permisiones que el sistema prevé específicamente para interferir en el proceso decisorio del juez.

Las distintas técnicas de defensa utilizadas por los abogados en un juicio no aportan a la posibilidad de determinar objetivamente los hechos discutidos en el litigio. Los factores enunciados son relativos al litigio y no pueden predicarse del común de las relaciones humanas. Estas técnicas frecuentemente “*bloquearan el descubrimiento de evidencia importante o conducirán la declaración de un testigo clave en forma tal que ésta se presente distorsionada*” (Frank, 1949: 81).

Los testigos que respaldan una hipótesis determinada son sujetos a desacreditar por el abogado contrario. Minar la credibilidad de los testigos es considerado uno de los deberes del abogado que representa a la contraparte. Para esto hay diversas técnicas a los cuales los abogados litigantes recurren.

El “...propósito de estas técnicas – usualmente efectivas- es prevenir que el jurado o el juez de primera instancia pueda evaluar correctamente la credibilidad del testigo y así excluir prueba que en otras circunstancias el juez de primera instancia hubiese debido analizar y valorar en orden de aproximarse a la verdad.

En suma, el abogado apunta hacia la victoria, a ganar la pelea, no va a ayudar al juez de primera instancia a determinar los hechos (...) si esto significa afectar los intereses de su cliente. El modelo adversarial es el equivalente a arrojar pimienta en los ojos de un cirujano cuando éste está llevando a cabo una operación” (Frank, 1949: 85).

Ahora bien, es considerado como institucional en la medida en que estas prácticas se encuentran amparadas por un conjunto de reglas procesales que sostienen y regulan el denominado modelo adversarial de resolución de conflictos¹³.

2.3. Causas mixtas: actuaciones en contexto

Una tercera clasificación se puede denominar como aquellas relativas al contexto, o “causa contextual”. Es un paso intermedio entre una actividad diaria y

¹² Frank analizó los impedimentos generados dentro del proceso judicial desde el punto de vista del modelo adversarial (Frank, 1949: 80 y ss).

¹³ Para una cuenta general sobre las dificultades que en el modelo contrario al adversarial (*i.e.*, modelo inquisitivo) para la determinación de los hechos, ver: Damaska (1975).

común en la vida de las personas pero dentro de un contexto del juicio y los efectos que estos producen en los participantes del litigio. Actividades tales como: relatar una situación determinada a un grupo determinado de personas, están afectos a un desempeño diverso dependiendo del contexto en el cual se realice.

Así, si este relato se realiza en el contexto de un juicio, frente a un juez y un jurado, donde la persona estará siendo interrogado por abogados que, en el caso de la defensa, buscan desacreditar cada uno de sus dichos, y, con la amenaza palpable de sanción para el caso en que se considere que su testimonio es susceptible de ser calificado como perjurio, es posible que el estado mental del testigo no se encuentre lo suficientemente apto para otorgar un relato completo y fiel de los hechos discutidos en juicio.

Este contexto afecta la calidad de la información recibida por el juez (o el jurado) y en tal sentido, si bien están íntimamente unidos con las causas psicológicas, las causas contextuales pueden predicarse como una categoría separada en la medida en que es justamente el factor relevante es el “ambiente” al cual está sometido el testigo que impide un testimonio claro y completo.

Todos estos factores impiden una “correcta” averiguación de los hechos. Vale decir, el valor de verdad de los hechos declarados como probados en juicio se relativiza a tal punto que se hace extremadamente difícil sostener que éstos corresponden a hechos acaecidos realmente.

3. Dos perspectivas en diálogo: El abogado y el Juez

Así expuesto, el escepticismo ante los hechos puede ser entendido de dos formas dependiendo del enfoque que se adopte¹⁴. Estos enfoques pueden ser, al menos, dos: desde el punto de vista del abogado y desde el punto de vista del juez (*i.e.*, del proceso judicial).

Desde la perspectiva del abogado, el escepticismo ante los hechos puede entenderse como una tesis sobre el escepticismo ante las predicciones de las decisiones judiciales (Cfr. Frank, 2001: 130 y 131). Cuando el abogado asesora a su cliente, lo que está haciendo es vaticinar las consecuencias jurídicas que los actos de una persona (*i.e.*, cliente) traerán aparejadas con el fin de que ésta pueda planificar cómo habrá de actuar a futuro (Cfr. Frank, 1930: 50-51). Como las consecuencias jurídicas (*i.e.*, derechos y obligaciones jurídicas) sólo pueden emanar de la decisión de un juez, la tarea del abogado se traduce en predecir qué es lo que éste decidirá para el caso en que haya que enfrentar un juicio en razón de las actuaciones de su cliente (Cfr. Frank, 1931). Para Frank

“... en la gran mayoría de los pleitos los abogados no tienen la menor dificultad en anticipar qué normas jurídicas aplicarán los tribunales, desde que la mayoría de estas normas son precisas y bien asentadas, y ni las partes ni los jueces se molestan por ellas, porque los únicos problemas son problemas de hecho, tales como si Ding estaba conduciendo su automóvil a 80 millas por hora cuando atropelló a Dong (...) la mayoría de los pleitos son ‘pleitos sobre los hechos’ pleitos en que las decisiones dependen solamente de las creencias de los jueces de primera instancia o de los jurados sobre acontecimientos pasados acerca de cuya ocurrencia se disputa...” (Frank, 2001: 37).

¹⁴ Si bien desarrollar cada una de estas visiones excede de los propósitos de este trabajo, creo necesario presentar las ideas centrales de cada punto de vista con el fin de establecer, al menos, las bases para un futuro desarrollo de cada postura.

En este sentido “... *la predicción de la mayoría de las sentencias significa la predicción de las creencias de los tribunales de primera instancia acerca de los hechos*” (Frank, 2001: 39). De este modo

“¿qué sucedería si existiera incerteza sobre la posibilidad de determinar los hechos en un juicio? Si la decisión es, presuntamente, el producto de R y F, entonces la D también será incierta. No importa que tan ciertas sean las normas jurídicas, la decisión seguirá siendo dependiente de la averiguación de los hechos llevado por el tribunal. Si hay duda sobre qué es lo que puede, en una demanda, encontrar el tribunal en relación a los hechos, entonces igualmente hay incerteza, para quien predice, sobre la decisión que se adoptará...” (Frank, 1949: 15).

El escepticismo ante los hechos, desde el punto de vista del abogado, es una cuenta sobre la imposibilidad de predecir el derecho debido a la imposibilidad de predecir cuáles serán las decisiones sobre los hechos que el juez (o el jurado) adoptará¹⁵.

Desde el punto de vista del juez (*i.e.*, órgano a cargo en el proceso judicial de declarar qué hechos han sido probados por las partes) el escepticismo ante los hechos es una tesis sobre el escepticismo de la epistemología jurídica¹⁶, vale decir, sobre la posibilidad de alcanzar la verdad de los hechos alegados dentro de un proceso judicial.

Los impedimentos a los cuales se encuentra sujeto un proceso afectan de forma importante la “correcta” averiguación de los hechos. De especial relevancia son aquellas “causas jurídicas”, puesto que suponen una actitud activa que derechamente busca afectar el correcto conocimiento de los hechos litigiosos. De este modo, en un proceso judicial, el valor de verdad de los hechos declarados como probados en juicio se relativiza a tal punto que se hace extremadamente difícil sostener que éstos corresponden a hechos acaecidos realmente.

Frank señala que en razón de estos factores, los hechos probados en juicio son las impresiones que el juez (o el jurado) tiene con respecto a las, a su vez, impresiones sobre la declaración de los testigos rendidas en juicio (Cfr. Frank, 1930: 118), es decir, el juez (o el jurado) son, a su vez, testigos de los testigos.

Dichas impresiones no son el resultado de los límites que la mente humana tiene para conocer el mundo sino que además es el mismo derecho (*i.e.*, proceso judicial) el cual prevé reglas que alejan la posibilidad de determinar objetivamente los hechos en un juicio. El actuar de los abogados en el litigio es, sin duda, un factor que disminuye la averiguación de los hechos en juicio y en este sentido a su vez fortalece la actitud de escepticismo ante los hechos.

La alegoría de la “pimienta en los ojos del cirujano” de la que Frank nos hablaba se hace más clara cuando entendemos que el proceso adversarial acoge, prevé y permite que las partes puedan realizar actuaciones que derechamente afecten la posibilidad de que los hechos declarados como probados por el Juez se correspondan con su acaecimiento en la realidad.

¹⁵ Esta afirmación debe ser matizada, de forma general no es posible predecir el derecho. Sin embargo, si sería posible predecir el comportamiento de un juez determinado. Si éste demuestra con sus decisiones judiciales que ante estímulos similares adopta una respuesta similar de forma sostenida en el tiempo pareciera ser que es posible predecir, de forma más o menos certera, cómo habrá de fallar ese juez determinado.

¹⁶ Ver en este sentido, ver: Laudan (2006).

Aun si se distingue entre la finalidad del proceso y la finalidad de las partes (Cfr. Ferrer, 2002: 33), es decir, los motivos de los litigantes son independientes y no incidirían en la supuesta finalidad del proceso en alcanzar la verdad, cabe preguntarse, ¿es posible sostener esta distinción cuando es el mismo proceso el que permite actuaciones que obstaculizan la supuesta tarea de averiguación de la verdad que el proceso impone a los jueces?

Parece difícil mantener que el proceso está orientado a conocer la verdad de los hechos cuando es el mismo proceso el que regula y permite a los abogados utilizar estrategias y tácticas que impiden o que sesgan la información rendida en un juicio. De este modo

“...el escepticismo de Frank no recae propiamente sobre (la existencia de) los hechos reales, ni siquiera sobre la posibilidad racional de conocerlos, sino sobre (la formación de) los hechos forenses. Es decir, no cuestiona los hechos –entendidos éstos como sucesos fácticos acaecidos en el nivel de la realidad empírica y cuyo adecuado conocimiento constituye el objetivo de la actividad cognitiva racional– sino los enunciados que, relativos a aquellos acontecimientos o fragmentos de la realidad, son construidos en el marco del proceso y que finalmente conforman la premisa fáctica del razonamiento judicial...” (Solar, 2005: 225).

4. Comentarios finales

Frank ha expandido el objeto de estudio de la teoría del derecho. Ya no solamente se agota en el estudio de las normas jurídicas sino que además ha alcanzado el examen de los hechos y por ende la prueba jurídica. También ha expandido el universo de información para los estudiosos del derecho haciendo un llamado a estudiar no tan sólo las decisiones provenientes de las cortes superiores (el cual supone un porcentaje mínimo del universo de casos litigados) sino que, además, en orden de tener una comprensión de cómo funciona la administración de justicia de una comunidad determinada, se debe estudiar las decisiones de los tribunales ordinarios (*trial courts*)¹⁷.

Frank fue un adelantado a su tiempo. Postular que el foco de estudio debe ser el trabajo de los tribunales de primera instancia en desmedro de las cortes superiores ha tenido reflejo (quizás inconscientemente) tanto en las reformas procesales modernas de los sistemas jurídicos como también en el debate intelectual en el ámbito de derecho probatorio.

Sólo a modo de ejemplo, en Chile, desde la reforma del proceso penal en el año dos mil, todos los cambios a los códigos procesales han partido por la modificación del sistema de valoración de la prueba. De este modo, se han enfocado en los hechos, entendidos como objeto central del litigio, y en el trabajo de los tribunales ordinarios. Si algo nos ha demostrado la historia, es que la evolución de los sistemas jurídicos silenciosamente ha apuntado a donde Frank nos ha pedido que dirijamos la mirada.

Bibliografía

FERRER, J. (2002), *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid.

¹⁷ En este sentido Frank ha contribuido a atenuar una de las principales críticas al realismo jurídico estadounidense. El conocido “*selection effect*”, el cual en líneas generales señala de que el objeto de estudio de los realistas (*i.e.*, las decisiones sobre litigios que las cortes superiores adoptan) no representa al derecho en cuanto sistema sino que sólo a una pequeña parte de éste (*i.e.*, las discusiones sobre normas jurídicas en casos apelados) dejando afuera los casos no apelados y los casos que se resuelven sin la necesidad de un litigio. Ver: Schauer (2013: 758).

- FERRER, J. y RATTI, G. (eds.) (2011), *El Realismo Jurídico Genovés*, Marcial Pons, Madrid.
- FRANK, J. (1930), *Law and the Modern Mind*, 6th edition, Transaction Publishers, Londres, 2007.
- FRANK, J. (1931), "Are Judges Human? Part two: As Through a Glass Darkly", *University of Pennsylvania Law Review and American Register*, pp. 233-267.
- FRANK, J. (1948), "Cardozo and the Upper-Court Myth", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 13, núm. 2, pp. 369-390.
- FRANK, J. (1949), *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, New Jersey.
- FRANK, J. (2001) *Derecho e Incertidumbre*, Editorial Fontamara, México.
- DAMASKA, M. (1975), "Presentation of Evidence and Fact Finding Precision", *Pennsylvania Law Review*, núm. 123, pp. 1083-1106.
- GREEN, M. (2005), "Legal Realism as Theory of Law", *William and Mary Law Review*, Vol. 46, Issue 6, pp. 1915-2000.
- HULL, N.E. (1989), "Reconstructing the Origins of Realistic Jurisprudence: A Prequel to Llewellyn-Pound Exchange Over Legal Realism", *Duke Law Journal*, pp. 1302-1333.
- LAUDAN, L. (2006) *Truth, Error and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, Cambridge.
- LEITER, B. (1997), "Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence", *Texas Law Review*, Vol. 76, Issue 2, pp. 267-315.
- LEITER, B. (2013), "Legal Realism: Old and New", *Valparaíso Law Review*, Vol. 47, núm. 4, pp. 67-81.
- LLEWELLYN, K. (1931), "Some Realism about Realism, A Reply to Dean Pound", *Harvard Law Review*, Vol. 44, núm 8, pp. 1222-1264.
- MINDUS, P. (2009), *A real mind: The Life and Work of Axel Hägerstrom*, Springer, Londres.
- NINO, C. (2013), *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Buenos Aires.
- SCHAUER, F. (2013) "Legal Realism Untamed", *Texas Law Review*, Vol. 91, pp. 749-780.
- SOLAR, J. (2005), *El Realismo Jurídico de Jerome Frank: Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- TAMANAH, B. (2009) "Understanding Legal Realism", *Texas Law Review*, Vol. 87, pp. 731-785.
- TAMANAH, B. (2010), *Beyond the Formalist-Realist Divide: The role of politics in judging*, Princeton University Press, Reino Unido.
- TWINNING, W. (2006), *Rethinking Evidence: Exploratory essays*, Cambridge University Press, Cambridge.

JEROME FRANK: “LOS HECHOS SON CONJETURAS”¹⁸

1

Cuando se analiza una norma jurídica estamos examinando una oración condicional que se refiere a hechos. Su formulación será algo similar a: “si tal y tal hecho existen, entonces tal o cual consecuencia jurídica debe ocurrir.” Puede decir, por ejemplo: “si un fideicomisario, en beneficio propio, utiliza dinero de su fideicomiso, debe reponerlo”, o, “si un hombre, sin provocación alguna, mata a otro, éste debe ser castigado”¹⁹.

En otras palabras, una norma jurídica expresa que (si corresponde) un tribunal debe imputar consecuencias jurídicas a hechos sólo si estos hechos existen o han ocurrido. A esto llamo la “tesis convencional”: la descripción de un proceso decisorio en el cual los tribunales aplican normas jurídicas a los hechos contenidos en la demanda²⁰.

La tesis convencional sobre cómo deciden los tribunales, puede ser reducida a la siguiente fórmula: $RxF=D$. Donde “ R ” es la norma jurídica, “ F ” los hechos y “ D ” la decisión del tribunal²¹.

De acuerdo a la tesis convencional, una decisión es un producto de una “ R ” y un “ F ”. En teoría si usted, ante una demanda, está en condiciones de conocer las “ R ” y las “ F ” también debería estar en condiciones de conocer la “ D ”²².

En una sociedad simple (en oposición a compleja) y estable la mayoría de las R se encuentran, moderadamente, bien asentadas. Saber, por adelantado, qué norma jurídica va a aplicar esa comunidad no es una tarea difícil para sus miembros –o, al menos, para los abogados y funcionarios de los tribunales-. En dicha sociedad, la R –en cuanto uno de los dos factores de la ecuación $RxF=D$ - es, generalmente, predecible.

Sin embargo, en nuestra sociedad, moderna y compleja, afecta a rápidos cambios en la vida de sus integrantes, muchas de las R se han vuelto inestables y difíciles de predecir. De este modo, la incertidumbre jurídica (incertidumbre sobre el futuro de las decisiones y por tanto de los derechos jurídicos) es generalmente adscrita a la imprevisibilidad de “ R ”.

La multiplicidad de normas, sus conflictos y la flexibilidad de su significado, le han quitado el sueño a la mayoría de los estudiosos del derecho. Aquéllos pensadores, percibiendo la ausencia de rigidez en el significado de algunas normas,

¹⁸ Título original: “*Facts are Guesses*”. Texto original en: *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice* (1949), 3rd re impression 1973, Princeton University Press, New Jersey, pp. 14-36.

¹⁹ Utilizo las palabras “pareciera decir” por razones que explicaré más adelante.

²⁰ Me refiero a las llamadas normas “sustantivas”, las cuales afirman que ciertas conductas tipo “fuera-del tribunal” podrían, en un juicio, ser objeto de ciertas consecuencias. Existe otros tipos de normas, normas de “procedimiento” las cuales se identifican con la manera de como un juicio debe comenzar y tramitarse. Discutiré sobre estas normas luego. Por el momento es suficiente decir que las cortes superiores, en las apelaciones, tratan no solamente con normas “sustantivas”, sino que se enfocan, además, en la supervisión de que los tribunales ordinarios no se aparten de dichas normas de “procedimiento”.

²¹ Nota del traductor (en adelante N. del. T): Utilizo la formula literal presentada por Frank en su texto. $R = Rules$, $F = Facts$, $D = Decision$.

²² En 1932 ya sugerí esta la formula $RxF=D$ que representa la teoría convencional sobre el proceso decisorial. Ver Frank, “What Courts Do in Fact”, 26 Ill. L.Rev, pp. 645, 761. Ver también, Frank, *If Men Were Angels*, pp. 77-78, 269-271.

han asumido que la certidumbre/incertidumbre de las D , en la ecuación $RxF=D$, proviene, principalmente, de la certeza/incerteza de R .

Dicha asunción ha llevado tanto a graves incomprensiones del trabajo de los tribunales como además al abandono, de parte de los dogmáticos del derecho, del análisis de la función, quizás, más compleja que éstos deben llevar a cabo. Me refiero a la tarea que tienen los tribunales respecto al otro factor de la ecuación $RxF=D$, la F , es decir, los hechos.

Los tribunales deben determinar los hechos en disputa que originan las demandas, o lo que es lo mismo, se debe determinar los hechos actuales y objetivos alegados por las partes y así averiguar qué fue lo que éstos hicieron o no hicieron, previo al litigio, y con el fin de determinar si su actuar fue conforme o contrario a derecho.

Ahora bien, ¿qué sucedería si existiera incerteza sobre la posibilidad de determinar los hechos en un juicio? Si la decisión es, presuntamente, el producto de R y F , entonces la D también será incierta. No importa que tan ciertas sean las normas jurídicas, la decisión seguirá siendo dependiente de la averiguación de los hechos llevado por el tribunal. Si hay duda sobre qué es lo que puede, en una demanda, encontrar el tribunal en relación a los hechos, entonces igualmente hay incerteza, para quien predice, sobre la decisión que se adoptará.

Analicemos el caso entre el señor Sensible y su abogado²³. Supongamos que el abogado conoce la R que será aplicada en su caso y el conocimiento de esta norma es tan cierto y preciso como un logaritmo.

Sin embargo y a pesar de esta certidumbre, ¿cómo puede un abogado en 1946 adivinar que habrá una determinada D en 1950, a menos que conozca también los F que, en 1950, el juez (o jurado) va a utilizar en la fórmula $RxF=D$?

¿Qué es F ? ¿Acaso es lo que, realmente, pasó entre el señor Sensible y el señor Smart? Responderé a esto con un no rotundo. Los hechos en el mejor de los casos serán sólo la creencia que el juez –o el jurado– tenga sobre lo que ha pasado.

Por supuesto, lo que el juez crea (o no) sobre los hechos litigiosos puede estar completamente errado. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, la corrección o incorrección de esa creencia es irrelevante. Al sistema sólo le importa que el juez haya creído en dichos hechos, nada más. Las acciones llevadas a cabo por el señor Smart y el señor Sensible no tienen importancia. Estos son hechos pasados y en cuanto tales no tienen cabida en un juicio.

El tribunal sólo adquiere una suerte de conocimiento sobre el posible acaecimiento de estos hechos por medio de las falibles declaraciones de los testigos. De este modo, el tribunal, debe hacer conjeturas sobre el acaecimiento de dichos hechos basado únicamente, o al menos mayormente, en el testimonio de los testigos presentados por las partes.

Desde un punto de vista jurídico, los hechos consisten en las reacciones del juez (o jurado) a los testimonios presentados en audiencia. Los F son sólo suposiciones sobre hechos discutidos en el juicio. Por este motivo es que no puede haber certeza sobre si las conjeturas del juez coinciden o no con los F reales.

²³ N. del. T.: En capítulos anteriores del libro, Frank propone un caso imaginario entre Mr. Sensible y Mr. Smart.

Lo dicho anteriormente no tiene aplicación cuando las partes en un litigio no controvierten los hechos. Es decir, cuando la disputa sólo recae en la *R*. Siguiendo con el caso, si el señor Smart consiente los hechos alegados por Sensible, entonces la única pregunta es si la *R* que Sensible alega, es la que se habrá de aplicar al caso.

En estos casos, el abogado, como especialista en *Rs*, es frecuentemente un excelente predictor de la futura decisión que el tribunal adoptará.

Debido a que usualmente la *R* aplicable al caso está determinada y por ende somos capaces de conocer las consecuencias jurídicas que el tribunal imputará a los hechos alegados, un abogado, más o menos competente, puede predecir la decisión del tribunal con respecto a qué norma aplicará.

Pero generalmente cuando las personas “*go to law*”²⁴, la ocurrencia de los hechos alegados es cuestionada por las partes y, en este sentido, las declaraciones vertidas por los testigos de cada litigante entran, también, en conflicto. A los casos que presentan esta característica los denominaré “casos controvertidos”.

La predicción que hace el abogado de la decisión que el tribunal adoptará sobre un futuro caso controvertido no está sujeta a ningún parámetro de certeza y es por tanto un ejercicio de adivinación pura. Porque cuando existen preguntas sobre la credibilidad de un testigo –sobre el nivel de confianza de su testimonio– entonces, inevitablemente, el juez o jurado debe conjeturar sobre los hechos alegados en juicio.²⁵

La tarea del abogado es adivinar las conjeturas del juez o el jurado. La incertidumbre sobre los derechos jurídicos está atada a la corrección o incorrección de las conjeturas de los abogados.

2

Quiero desarrollar este punto de forma más profunda. Cuando el señor Smart y el señor Sensible suscribieron el contrato (año 1946), ninguna disputa o problema había entre ellos. En este caso, el rol del abogado es adivinar cuáles serán las posibles acciones jurídicamente relevantes que Smart y Sensible realizarán en el intervalo existente entre 1946 y la fecha de la posible y futura demanda. Es patente que la contingencia hace de la tarea del abogado una muy difícil.

Sin embargo, supongamos que, en 1948, Sensible acude a su abogado para informarle que un conflicto con Smart ha tenido lugar. Lo anterior supone que los hechos que configuran el conflicto ya han acaecido y por ende son hechos pasados. Quizás, a usted le puede parecer que si el cliente, Sensible, informa de forma completa y precisa a su abogado sobre todos estos hechos, éste último podrá asesorar a su cliente expresándole qué es lo que el tribunal va a decidir para el caso de que la disputa llegue a juicio. Siento decir que usted está equivocado. El abogado aún debe lidiar con una serie de factores caprichosos, incontrolables y elusivos que pueden afectar cualquier predicción que éste pueda elaborar. Los

²⁴ N. del T.: La expresión “*go to law*” utilizada por Frank es un juego de palabras con respecto a la frase “*go to war*.” Para Frank, los litigios son un reemplazo racional a las peleas o “guerras” entre las partes.

²⁵ Donde el testimonio oral consista solamente en un testigo no controvertido, algunos tribunales, en ausencia de circunstancias inusuales (tales como que el testigo tenga un “interés” en el resultado del juicio, o que su testimonio sea de aquéllos que consideremos como improbables), sostienen que el jurado debe considerar el testimonio rendido como verdadero. Sin embargo, no es claro si todos los tribunales sostienen una postura similar.

juicios generalmente están llenos de sorpresas, la contraparte puede introducir un testimonio imprevisto, los testigos, en los cuales el abogado confió, pueden cambiar su versión de los hechos cuando se suben al estrado. En definitiva, los hechos que el abogado conocía antes del juicio, de la forma en que lo relataron su cliente y los testigos, frecuentemente no se parecen a los discutidos en el juicio.

Pero quizás usted crea que el juez o el jurado puedan alcanzar y conocer la verdad de los hechos. Si es así, usted está adoptando un axioma, implícito en la teoría convencional de como los jueces deciden los casos, al que llamaré: “el axioma de la verdad saldrá a la luz”.

Sin embargo, usualmente ese “axioma” no se conforma con la realidad. Pensemos en lo siguiente: cuando un testigo declara ¿qué es lo que de verdad está haciendo? Está reportando sus recuerdos actuales de algo que percibió en el pasado, algo que vio o escuchó. Sin embargo, la declaración puede contener errores, lamentablemente un testigo no es una fotografía o un disco que pueda informarnos de manera exacta y completa sobre hechos pasados.

Ahora bien, supongamos, además, que el testigo es completamente honesto. Aun así, fíjese en estas posibles fuentes de error²⁶:

1) El testigo puede haber percibido de forma equivocada los hechos al tiempo de su acontecimiento. Hasta el más simple de los psicólogos sabe lo falible que es la observación y que lo que un hombre cree que ha observado puede no estar acorde con lo que pasó realmente. La capacidad de percepción humana es altamente falible. Está afectada por defectos de visión, audición, incluso por el estado emocional o psicológico del observador, además de sus nociones preconcebidas. Las “Personas”, dicen los tribunales, “usualmente creen ver lo que no han visto... malinterpretan lo que han escuchado”. Como cientos de experimentos han demostrado, dos observadores de un mismo evento frecuentemente discrepan sobre éste.

2) Pero supongamos que un testigo no se ha equivocado en percibir un evento. Sin embargo, aún no estamos a salvo de un testimonio sin equivocaciones puesto que el testigo puede haber recordado los sucesos de forma errada.

Es notoria la naturaleza defectuosa y subjetiva de la memoria humana. Muchos testigos tienen una memoria muy imaginativa. No es raro que los tribunales sostengan que “una persona consciente, al tratar de narrar una transacción, que existe en su memoria de forma fragmentada, va, en su esfuerzo por hacer una reproducción que parezca completa y natural, sustituir hechos por imaginación, o fabricar hechos en los segmentos olvidados”.

Paton escribe “(c)uando un testigo expresa una frase simple –‘el acusado es el hombre que iba manejando el auto después del robo’– lo que realmente está haciendo es una aserción sobre: a) que ha observado un auto; b) que esa impresión se ha quedado plasmada en su mente; c) que esa impresión no ha sido objeto de confusión u olvido; d) que el parecido entre la impresión original y el acusado es base suficiente para juzgar no su parecido sino que la identidad de éste.

Sin embargo, investigaciones científicas sobre la naturaleza del ojo ha demostrado cuan fácil es que la visión pueda estar equivocada; a esta dificultad se

²⁶ Ver, por ejemplo, Wigmore, *Principles of Judicial Proof* (1913); Gross, *Criminal Investigation* (1907); Frank, *Law and the Modern Mind* (1930: 106-109).

le suma la memoria falible y una percepción defectuosa. Borchard, discutiendo sobre casos de error en juicios penales, señala que gran cantidad de esos errores son consecuencia de un proceso de identificación defectuoso y que en ocho de esos casos no existía el más mínimo parecido entre el criminal real y la persona que fue falsamente condenada.”²⁷

3) Ahora llegamos a la etapa donde el testigo reporta al tribunal su recuerdo actual de sus percepciones originales. Aquí, una vez más, el error puede aparecer. El testigo honesto, debido a un gran número de causas, puede inadvertidamente formular mal sus recuerdos y contar su historia de forma inexacta. Ram, escribiendo sobre los testigos, nota que “ocasionalmente le ocurre a todas las personas utilizar una palabra en vez de otra, dándole un sentido muy distinto a la frase original; inconscientemente decimos lo que no queríamos decir...”.

Sir William Eggleston, un remarcable abogado, ahora embajador australiano para su país, expresa la siguiente opinión: “no se puede esperar de ningún testigo que esté más de un 50% en lo correcto, aun cuando sea perfectamente honesto y libre de cualquier preconcepción”. Por otra parte, Gross dice que “en orden de conocer lo que otra persona ha visto y aprehendido, debemos antes que todo saber lo que piensa – y eso es imposible. Si sabemos, de forma a lo menos aproximada, el tipo de proceso mental de una persona similar en sexo, edad, cultura, experiencia y situación, nos vamos alejando a medida que vayan apareciendo diferencia (...) Supongamos que en algún caso, mucha gente de diversos grados educacionales e inteligencia han hecho una observación. Supongamos además, que todo lo que quieren hacer es decir la verdad. Sus testimonios, sin embargo, pueden ser muy distintos unos de otros”.

Hasta el momento, me he referido a la declaración de un testigo honesto y sin prejuicios que pudiesen afectar su testimonio. Pero lo cierto es que muchos testigos son lejanos a esta realidad. Algunos derechamente son mentirosos. Aún si dejamos de lado aquellos que cometen perjurio, hay incontables testigos parciales, cuyas narrativas, aunque honestas, están afectadas marcadamente por sus prejuicios con respecto a alguna de las partes en litigio.

Decisiones de tribunal han dicho que un testigo parcial por considerar que un litigante, al que le tiene simpatía, ha sido agraviado, “inocentemente podrá recordar hechos que nunca han ocurrido u olvidar instancias importantes que han acaecido...”.

En ese sentido Wellman escribe, “quizás la más sutil y prolífica de estas ‘falacias del testimonio’ tiene su origen en esta inconsciente parcialidad. Es raro encontrarse con un testigo cándido y justo que pueda testificar de forma honesta y en favor de ambos litigantes (...) Los testigos usualmente se sienten más o menos respaldados por la confianza que es puesta en ellos por la parte que los presenta en el juicio, es parte de la naturaleza humana probar que ellos son dignos de su confianza”. Miller, otro experimentado abogado litigante, dice: “(c)uando una persona desinteresada es llamada a testificar sobre una versión del caso, sus simpatías y deseos naturalmente se involucran con las de la persona a las cuales su testimonio respalda; y cuando éste descubre qué cosas el litigante desea probar, el testigo, especialmente si dichos eventos han ocurrido en un tiempo distante, estará dispuesto, inconscientemente, a ‘colorear’ los hechos y a veces recuerda cosas que no ha percibido; más aún, y esto es más. Frecuente, el testigo mal interpreta, inocentemente, hechos que sí ha percibido (...) Los hechos declarados

²⁷ Paton, *Jurisprudence* (1946: 457).

en el juicio se originan no de una falsificación deliberada sino del deseo del testigo de ser un elemento importante en el caso.”

Siguiendo a Moore, “el mentiroso... es bastante menos peligroso que el testigo honesto que se equivoca por haber declarado sobre elementos extraídos de su imaginación”. Es difícil “determinar en el caso de un testigo con intenciones honestas cuánto de la evidencia debe ser descartada por poco confiable, y cuánto debe ser aceptada como verdadera (...) Nada es más engañoso que una verdad a medias, y los testigos parciales son adictos tanto a las verdades a medias como a ‘colorear’ los hechos (...) Estos testigos son más peligrosos que aquellos que descaradamente cometen perjurio”.

Hay una historia sobre un juez que, después de oír el testimonio y los argumentos de los abogados, anunció: “Caballeros, si Humphrey, el occiso, ha dicho –a la luz de estas decisiones de Missouri– ‘hija, si vienes y te quedas a vivir conmigo, te daré esta casa,’ entonces decidiré en favor del demandante. Ahora, ¿dónde está ese testimonio?” Desafortunadamente, el actuario no consignó dicha declaración en el acta. El juez preguntó impacientemente si la testigo principal, la ama de llaves del demandante, estaba presente, y, cuando supo que ésta se encontraba en el tribunal la mandó a llamar y le pidió que se subiera al estrado a repetir su declaración. Esto es lo que ella dijo: ‘Recuerdo bastante bien lo que ocurrió. Fue una noche fría y tormentosa. Estábamos todos sentados alrededor del fuego. El viejo señor Humphrey le dijo a la señora Quinn, ‘a la luz de las decisiones de Missouri, hija, si tú te vienes a vivir conmigo, te daré esta casa’”. Este es un ejemplo, un tanto extremo, de cómo los testigos pueden, para favorecer a una parte, inventar recuerdos que son parciales y favorables al, en este caso, demandante. Sin embargo, hay cientos de casos en donde estos tipos de recuerdos y testimonios son creídos.

El axioma o la asunción que, en todos o al menos en la mayoría de los juicios, la verdad saldrá a la luz, ignora, tanto los diversos factores subjetivos que le aquejan al testigo, como también la contingencia y el azar. Tampoco toma en cuenta factores como el prejuicio y la parcialidad del testigo y del juez o jurado; ignora las falsas impresiones dejadas en estos últimos por aquél testigo honesto que, sin embargo, parece poco confiable por tener un comportamiento asustadizo en el estrado o porque es irascible, escrupuloso o dado a la exageración. Ignora al testigo equivocado que testifica, convencido y de forma honesta, que ha recordado hechos o conversaciones que ocurrieron de forma bastante distinta a las narradas en su testimonio. Ignora, también, el testigo desaparecido o muerto cuyo testimonio ausente podría haber contenido hechos cruciales y que no fueron parte del proceso o que no pudieron servir para contradecir a un testigo contrario. Finalmente ignora la carta, recibo, cheque perdido o destruido.

Tampoco es verdad que los tribunales pueden detectar las mentiras o errores en un testimonio. Esto es más claro aún en un juicio con jurado. Juristas experimentados creen que, de todas las formas posibles por las cuales se puedan detectar la verdad o falsedad de un testimonio, la más defectuosa es un juicio con jurado²⁸.

Los jueces, también, en juicios sin jurado, usualmente se equivocan en la averiguación de los hechos verdaderos en un caso controvertido. En parte es por nuestra defectuosa manera de tratar los casos la cual imposibilita al juez una correcta determinación de los hechos litigiosos. Pero aun con el mejor sistema que

²⁸ Volveré sobre este punto en los capítulos VIII y IX.

pudiésemos formular, no existiría forma de asegurar que el juez pueda conocer de forma infalible qué testigos están reportando de forma precisa los hechos del juicio y cuáles no. Todavía no tenemos ningún detector de mentiras universalmente aceptado como confiable por los psicólogos para ser utilizado por los jueces en juicio²⁹. Pero, incluso un detector de mentiras perfecto, no se podría arrojar luz sobre la percepción original del testigo de los hechos sobre los cuales testifica, y probablemente no pueda develar, tampoco, los errores producto de sus prejuicios inconscientes³⁰.

En ausencia de mecanismos de detección de testimonios equivocados, los tribunales deben recurrir a la técnica del uso del sentido común. Todos nosotros sabemos que, en la vida diaria, la forma en la que un hombre se comporta cuando cuenta una historia –su entonación, compostura, el movimiento de sus ojos, su actitud (confiable o evasiva) que proyecta– puede proporcionar valiosas pistas sobre su confiabilidad. Tales pistas no son, en ningún caso, guías perfectas, pero, usualmente, son de mucha ayuda.

Muchos tribunales han sostenido que “la apariencia y el comportamiento de un testigo es, generalmente, un antídoto frente a lo que él testifica”. Siguiendo a Wigmore el “comportamiento de un testigo está siempre (...) en evidencia”.

Osborn ha explicado, de forma admirable, las razones para otorgarle peso al comportamiento de un testigo³¹: “Imaginemos que cada palabra hablada en un juicio ha sido escrita correctamente, y luego es leída de forma completa por el jurado, o leída al juez o al jurado.

Acaso hay alguien tan necio como para decir que es más difícil tomar una decisión equivocada en ausencia de un testigo declarando en vivo (...) Incluso el estenógrafo más hábil no podría poner por escrito todos los distintos matices que apelan a la convicción del jurado. Los testigos y los abogados hablan, pero no sólo con palabras. Mucho de estos oradores son elocuentes en otras formas, a veces en su detrimento, otras a su favor. Sus caras y sus cambiantes expresiones pueden ser dibujos que prueben la verdad de ese antiguo refrán chino que dice: *una imagen vale más que mil palabras* (...) Inconscientemente todos decimos algo sobre nosotros mismos por medio de nuestras acciones y apariencias. Este lenguaje es necesario para que el jurado pueda interpretar (...) La tarea del jurado (...) es interpretar este lenguaje sin palabras, de la mejor forma posible, y distinguir la verdad de la falsedad (...) Una fase importante del estudio de este lenguaje sin palabras es, sin duda, el escrutinio de todo lo que tenga que ver con el orador que pueda indicar sinceridad o engaño. Los indicadores de esto último parecen ser falta de naturalidad, intranquilidad, nerviosismo, duda, simulación, ocultación y mentira, y los indicadores de lo primero parecen ser honestidad, naturalidad, franqueza, apertura, declaraciones provenientes de sus cualificaciones”. Si bien, Osborn escribió sobre el juicio con jurado, podemos, sin miedo a equivocarnos, señalar que esto también es aplicable al juicio sin jurado.

3

²⁹ Loevinger, 33 Minn. L. Rev. (1949) 455,485, elabora un listado de catorce “métodos psicométricos para detectar el engaño”: 1) El uso de escopolamina; 2) el uso de sodio amytol; 3) hipnosis; 4) medición de presión sistólica 5) medición de la respiración; 6) medición de reflejos galvánicos; 7) pruebas de asociación de palabras; 8) observación de reflejos pupilares; 9) medición del pulso; 10) grabación de movimiento ocular; 11) grabación de movimientos musculares inconscientes; 12) medición de palpitación cardiaca; 13) análisis químico de la sangre; 14) cambio en los patrones de ondas cerebrales.

³⁰ Ver, más adelante el capítulo XIV.

³¹ Osborn, *The Mind of the Juror* (1937: 86-98).

Teniendo en mente las consideraciones previas sobre las capacidades de observación de un testigo, debo ahora enfatizar un elemento en el proceso decisorio que, curiosamente, rara vez es considerado: los jueces y los jurados, al tratar de determinar los hechos por medio de los testigos, son a su vez testigos de lo que va ocurriendo en el tribunal. Ellos deben determinar los hechos del juicio basado en lo que han visto u oído: las palabras y las conductas de los testigos que han declarado en juicio. Ahora, como silenciosos testigos de los testigos, el juez y el jurado sufren de las mismas debilidades humanas que los testigos del caso. Ellos tampoco son máquinas fotográficas o discos. Si los testigos que declaran están: a) afectos a errores de percepción, b) sujetos a lapsus de memoria o errores imaginados y c) reconstrucción imaginaria de eventos que han observado, del mismo modo los jueces y jurados están sujetos a fallas en la forma de como recuerdan y aprehenden la información y comportamiento de los testigos que declararon en juicio³².

De este modo, en un juicio, los hechos como realmente ocurrieron pasan por un doble filtro, primero por los testigos, y segundo por aquéllos quienes deben “encontrar” dichos hechos. Las reacciones de un juez o del jurado al testimonio están permeadas de subjetividad. Luego, nos encontramos con subjetividad sobre subjetividad. En definitiva los hechos “encontrados” por el tribunal, y que a la postre son aquéllos declarados como ocurridos y por ende causantes de efectos jurídicos sobre los litigantes, son subjetivos.

Un ejemplo: cuando Jack Spratt, oficiando de testigo, declara sobre un hecho, sólo está exponiendo una creencia u opinión sobre un evento pasado. Cuando él dice “vi a McCarthy golpear a Schmidt,” lo que está diciendo es, “yo creo que eso fue lo que ha ocurrido”. Cuando un juez o un jurado, después de haber escuchado ese testimonio, determina como hecho que McCarthy golpeo a Schmidt, la determinación no significa otra cosa que la creencia del juez o el jurado de que, a su vez, la creencia del testigo Spratt es susceptible de ser calificada como honesta y que representa de forma precisa lo que ha ocurrido en la realidad. La determinación de los hechos llevada a cabo por un tribunal es, en el mejor de los casos, la creencia u opinión sobre, a su vez, la creencia u opinión de un tercero sobre el acaecimiento de ciertos hechos.

Este aspecto de juzgar parece haber confundido a Platón, quien trato de distinguir tajantemente entre “conocimiento” y “opinión”. “Cuando, los jueces están convencidos con justa razón sobre materias que sólo pueden ser conocidas si han sido testigo de éstas, pero han juzgado basados en reportes que contienen opiniones verdaderas sobre estos hechos, ellos juzgan sin conocimiento, y sin embargo, se encuentran correctamente persuadidos si juzgan bien (...) Y sin embargo, (...) si la opinión verdadera... y conocimiento son lo mismo, el juez perfecto no podría haber juzgado correctamente sin conocimiento; y por lo tanto debo inferir que estos no son lo mismo”³³. Jowett, comentando estos pasajes, escribe, “la corrección de tal opinión es puramente accidental (...) Platón podría haberlo hecho mejor tan sólo con decir que una ‘opinión verdadera’ es una contradicción en los términos”³⁴.

4

³² Suponga usted que un juez es tan sordo que el no puede oír lo que el testigo dice, o tan miope que no pueda ver las expresiones faciales u otros aspectos del comportamiento del testigo. Vea *State ex re. Shea v. Cocking*, 66 Mont. 169, 213, Pac. 594, con respecto a un juez ciego; *Rhodes v. State*, 128 Ind. 189, 27 N.E. 86 con respecto a un jurado con defectos en la visión.

³³ Platón, *Theaetetus*, pp. 201-202.

³⁴ 4 Jowett, *Dialogues of Plato* (1892: 151).

En este pasaje me introduciré en una cuestión importante, una que la mayoría de los legos no entienden, y que posiciona el juicio de los tribunales inferiores en el corazón de nuestro sistema judicial: un tribunal superior rara vez puede hacer algo para corregir una creencia errada sobre los hechos realizada por un tribunal inferior. Cuando, como sucede en la mayoría de los casos, el testimonio en un juicio fue oral, el tribunal superior usualmente se ve obligado a adoptar la determinación de los hechos que el tribunal inferior realizó. ¿Por qué? Porque en tales casos, a diferencia del tribunal superior, el tribunal inferior vio y escuchó al testigo mientras declaraba. El tribunal superior sólo tiene un acta de lo que se ha declarado, por esta razón, sólo el tribunal inferior está en condiciones de interpretar el comportamiento del testigo, el “lenguaje sin palabras”³⁵.

Un tribunal superior, utilizando la frase del juez Kenninson, “tiene que operar en el vacío parcial de un documento impreso”. Siguiendo al juez Ulman: “una transcripción estenográfica fracasa en reproducir los matices de la voz y las dudas expresadas al hablar, gestos que usualmente le dan un significado contrario o distinto a las palabras que el testigo está declarando. El mejor y más preciso registro [de un testimonio oral] es como un durazno deshidratado; no tiene ni la sustancia ni el sabor que el durazno tenía antes de ser secado”. Ésta es la razón por qué, cuando un testimonio es presentado en un tribunal inferior, la corte superior, en razón de una apelación, acepta, en la mayoría de los casos, los hechos de la forma cómo fueron determinados por el tribunal inferior, si dicha determinación está apoyada por inferencias razonables obtenidas de la declaración de un testigo, aun cuando ésta contradiga declaraciones de otros testigos que también se subieron al estrado.

Ahora bien, considerando lo que ya sabemos sobre el proceso de determinación de los hechos que el tribunal inferior lleva a cabo (conjeturas sobre opiniones), lleva a confusión, que, como abogados, digamos que éstos “averiguan” los hechos. Los hechos establecidos por los tribunales inferiores no son “datos”, no es algo que es “dado”; no están esperando en algún lugar para ser encontrados o descubiertos por el tribunal.

Los hechos son procesados por el tribunal inferior y de alguna forma, son creados por éste, fundados en las reacciones subjetivas a las historias contadas por los testigos. La gran mayoría de los estudiosos del derecho se equivocan al no considerar esta subjetividad, porque, cuando piensan en las cortes, están pensando casi exclusivamente en los tribunales superiores y sus opiniones. En estas opiniones, los hechos están “dados” a las cortes superiores por los tribunales inferiores.

A estas alturas, debiese ser obvio que la descripción convencional del proceso decisional necesita ser modificada. Puesto que ésta implica que F , en la ecuación $RxF=D$, es un hecho objetivo –que puede ser llamado OF – por lo que, de acuerdo a la descripción convencional, la formula en principio sería $RxOF=D$. Sin embargo, como la F es subjetiva –por ende podríamos llamarla SF – la formula debiese ser reconstruida y por tanto presentada como: $RxSF =D$.

5

En este momento puedo sentir que más de algún abogado, leyendo este libro, está impaciente por responderme: “Sin duda, en los casos controvertidos la decisión recae en la creencia del juez o el jurado, pero también esa creencia puede

³⁵ Ver capítulo XV con respecto a las “películas con sonido” de los juicios.

estar errada. Las órdenes que emanan los tribunales pueden depender de las creencias del juez o del jurado. Pero los derechos jurídicos de un hombre son lo que son, incluso si un tribunal que tiene una creencia errónea sobre los hechos decide en contra”.

Esto lo niego. Niego que las palabras “derechos jurídicos”, de la forma como las ha utilizado mi crítico, tengan algún significado práctico. Si un tribunal decide que Smart no ha hecho ningún mal a Sensible, entonces Sensible no tiene ningún derecho jurídico sobre Smart: no en este planeta, no en esta vida.

Si un tribunal, después de escuchar las declaraciones contradictorias de los testigos, se equivoca sobre los hechos y decide en favor de Smart, y Sensible apela y pierde, no hay nada más que discutir sobre los derechos jurídicos de Sensible. En lo que a los tribunales respecta, los derechos de Sensible están supeditados a lo que éste pueda hacer para convencer al juez de que tiene que ordenar a Smart a comportarse una determinada manera o realizar una acción determinada.

Si Sensible gana la pelea en los tribunales, entonces tendrá derechos jurídicos; si pierde, no los tendrá. No hay terreno intermedio, no existe ningún purgatorio judicial.

Si Sensible pierde en los tribunales, es una tontería sostener que a pesar de eso él siga teniendo derechos jurídicos sobre Smart, o que éste tiene una obligación jurídica para con él.

Por favor, nótese que no digo nada respecto a derechos morales. Las consideraciones morales debiesen, e incuestionablemente lo hacen, jugar un papel en las decisiones de los tribunales. Pero cuando un tribunal, determina, de forma categórica, que una persona no tiene derecho jurídico alguno, los derechos morales que pudiesen existir carecen de interés para los tribunales quienes no harán nada más por el demandante.

Observen las dificultades de la tarea de predicción de que deben llevar a cabo los abogados: 1) Los casos controvertidos se traducen en una disputa sobre los hechos discutidos. 2) No hay manera de saber cuándo va a existir una demanda y menos si ésta tendrá hechos controvertidos. 3) Los *F* de estas futuras demandas no son posibles de ser conocidos en el presente. 4) Derechos y deberes jurídicos son las consecuencias de demandas ganadas o pérdidas. 5) De este modo, derechos y deberes jurídicos dependen del resultado de demandas futuras sobre *Fs* que no podemos conocer en el presente. 6) Por eso, no importa que tan conocidas y fijas sean las normas jurídicas pertinentes a esta futura demanda, el abogado, frecuentemente no puede, antes de una demanda, informar a una persona sobre sus derechos jurídicos. Puesto que el abogado enfrenta una multitud de factores variables que no puede determinar de forma precisa y definitiva.

Una vez un abogado amigo mío protestó en mi contra cuando me escuchó expresar estas ideas. Me dijo que no es difícil para un abogado con experiencia responder de forma inequívoca a la mayoría de las preguntas que se le hacen en el día a día. Si lo que mi amigo quiso decir es que se puede responder de forma inequívoca una pregunta general, como la de si un regalo hecho por una persona que estaba declarado como insolvente al momento de realizarlo puede ser liquidado para pagarle a sus acreedores, entonces, mi amigo estaba en lo correcto.

Pero, usualmente, el cliente no está interesado en obtener respuestas a preguntas generales de este tipo. Éste no quiere que su abogado le recite las

normas de un código. Lo que el cliente quiere saber es, por ejemplo, si él puede convencer al tribunal de liquidar un bien de un tercero valorado en \$50.000, el cual fue recibido a título de regalo hecho por un deudor del cliente, John Jones, quien había sido declarado como insolvente, con el fin de poder obtener los \$10.000 que Jones le debe.³⁶

La capacidad para responder de forma inequívoca las diversas preguntas jurídicas no significa, bajo ningún motivo, que el abogado, sin importar la experiencia que tenga, pueda inequívocamente responder lo que el cliente necesita que se le responda.

Sólo un adivino, un profeta o una persona con el don de la clarividencia, puede decirle a una persona cuáles son sus derechos exigibles derivados de las transacciones particulares celebradas por esa persona en particular. Puesto que sólo un clarividente puede predecir qué prueba será introducida, cuál de éstas será creída y adivinar, además, cuáles serán las reacciones del juez o jurado a las declaraciones de los testigos que puedan creer.

Creo que en este punto el lector podrá ver que la habilidad del abogado para predecir exitosamente una decisión varía dependiendo de la etapa en la que se le pregunte su opinión:

1) Cuando un cliente, recién habiendo firmado un contrato y ninguno de los dos contratantes ha realizado acto alguno bajo las normas del contrato, pregunta sobre los derechos adquiridos por medio de éste. La predicción del abogado, en esta etapa, incluye por defecto conjeturas arriesgadas con respecto a qué harán o no harán las partes en el futuro. Frecuentemente esta predicción estará tan llena de “quizás” que la hace de muy poca utilidad práctica.

2) Después de la ocurrencia de eventos que puedan provocar un litigio, el cliente podría consultar con respecto a un posible resultado de la demanda, si la hubiese. A) Si la consulta es antes de que el abogado haya entrevistado a posibles testigos, entonces su predicción es débil. B) Después de haber entrevistado los testigos, su predicción es un poco más fiable. Sin embargo, a menos de que existiese certeza de que los hechos no serán controvertidos, sigue siendo de baja confiabilidad. Puesto que, si, como es usual, los testigos van a hacer declaraciones orales y van a estar en desacuerdo los unos con los otros sobre lo que vieron o escucharon, raramente alguien podrá adivinar como el juez o el jurado va a reaccionar a los testimonios. Especialmente la predicción será dudosa si el abogado no sabe quién será el juez o si el juicio será con o sin jurado; esto se agrava para el caso de que sea un juicio con jurado puesto que el abogado no puede saber quiénes lo van a componer.

3) Después del juicio pero antes de la decisión. La profecía del abogado puede ser un poco más certera. En ese momento, el abogado está evaluando la reacción de los jueces y del jurado, que ya ha conocido y visto en acción, con

³⁶ Lo anterior trae a un tema a la palestra que no puedo dejar pasar: Ordinariamente, un cliente no sólo quiere una mera decisión. Él que quiere una decisión que pueda ser ejecutable o que el perdedor cumpla voluntariamente. La decisión de un tribunal en contra de Jones por \$10.000 dólares, no será de valor a menos que Jones pueda pagar la suma ordenada. Muchas veces la parte que pierde no puede pagar porque ésta es insolvente o al menos ha logrado parecer insolvente (escondiendo exitosamente su propiedad). Los derechos legales debe deben tratarse desde el punto de vista de su exigibilidad. En mis clases llamo a esto “el enfoque de exigibilidad” o el “enfoque del acreedor”. Aboga por el estudio de la quiebra y otros temas relativos al cobro de prestaciones. Ver capítulo XVI y Frank, “*Are Judges Human?*,” 80, *Un. Of Pa. Rev.* (1931) at 49 note 74.

respecto a las declaraciones de los testigos. Sin embargo, si la declaración fue oral, sigue siendo difícil poder adivinar.

4) Con posterioridad al juicio y una vez conocida la decisión. La predicción se identifica con la decisión en sede de apelación, si es que procede. Usualmente ésta tiene que ver sólo con las normas jurídicas que las cortes aplicarán a los hechos ya “encontrados” por los tribunales y el jurado. En esta etapa, un abogado competente puede predecir (aunque no siempre) las decisiones de forma precisa.

6

Déjenme resumir: las demandas son peleas. Son batallas jurídicas luchadas en un tribunal. Éstas son históricamente (y actualmente) sustitutas de los duelos con pistolas y cuchillos. En vez de utilizar sus armas para que Robinson haga lo que usted quiere que haga, usted va a pelear en un tribunal con armas no letales, con implementos de persuasión para convencer al tribunal que debe ordenar a Robinson a hacer lo que usted está pidiendo. Batallar para obtener una orden del tribunal para que el Sheriff, de ser necesario, saque su arma y obligue a Robinson a hacer lo que usted quiere.

También, las demandas sirven para probar la existencia de supuestos derechos jurídicos que se dice que existen. Si Robinson, voluntariamente, porque le avergüenza o es muy tímido para no hacer lo que usted quiere que haga, no significa que tiene un derecho jurídico en su contra, o que él tiene una obligación jurídica con respecto a usted.

Sólo puede saber si existe (y en que consiste) ese derecho jurídico en contra de Robinson, si éste, no quiere hacer lo que usted desea, y usted tiene que obligar a un tribunal a emitir una orden que le ordene, a su vez, a Robinson a hacer lo deseado. Los supuestos derechos que Jones tiene contra Smiths por su hipoteca, préstamo, contrato de trabajo, o quizás por un accidente automovilístico son desconocidos hasta que Jones demanda a Smiths y un tribunal le concede la demanda a Jones.

Todos somos Smiths y todos somos Jones. No podemos saber cuáles son nuestros derechos jurídicos (aquéllos derechos exigibles) en contra de otra persona, sino hasta que se obtiene una decisión ejecutable, como consecuencia de una determinada demanda. Sin demandas, no hay derechos jurídicos. Sólo hasta que haya una sentencia ejecutable de un tribunal sobre una demanda determinada, puede haber alguna predicción sobre derechos y deberes jurídicos.

Estas conjeturas, incluso si están hechas por abogados, no siempre son suficientemente buenas, especialmente antes de que una demanda sea puesta en marcha. Dado que las decisiones de los tribunales dependen de dos factores (normas y hechos) y uno de esos componentes es peculiarmente difícil de adivinar, llámese la creencia del juez y el jurado sobre los que serán declarados como hechos probados en juicio, predecir derechos jurídicos, antes de un litigio, es, adivinar qué es lo que los jueces y jurados van a creer sobre cuáles serán los hechos y esto, bajo ningún aspecto, es fácil. Derechos y deberes jurídicos son, a menudo, adivinaciones.

Esto significa que: la gran mayoría de los derechos legales dependen sobre los hechos que han sido “probados” en una futura demanda, y la prueba de esos hechos, en casos controvertidos, está a merced de testigos muertos, jueces equivocados, jueces que no han puesto atención, jueces parciales, jurados que no

han puesto atención, jurados parciales. En suma, un derecho jurídico es usualmente una apuesta sobre el azaroso resultado de una posible y futura demanda.

7

Me gustaría modificar un poco este perturbador cuadro que he pintado en las líneas anteriores. Para esto, abordaré el tema de los abogados como agentes de prevención de litigios.

Los abogados no se dedican a llevar demandas y litigios. Muchos de ellos pasan sus días en sus oficinas asesorando a sus clientes. Muchos clientes acuden a éstos para obtener confianza y seguridad. La vida es peligrosa y entre estos peligros están los riesgos de estar atrapados en batallas legales y ser derrotado en los tribunales. El abogado usualmente sirve como un calmante, un aliviador de dudas que aquejan a personas perplejas. En este sentido alguien podría decir que éste actúa como un psiquiatra, subyugando los miedos del cliente, permitiéndole actuar libre de aprensiones.

A veces algunos abogados levantan dudas innecesarias en las mentes de sus clientes. Éstos son malos psiquiatras. Sin embargo, el abogado que promete y otorga resguardos y garantías a diestra y siniestra también puede ser un mal psiquiatra. El psiquiatra competente, entiendo yo, es quien no crea ilusiones en sus pacientes, pero busca facilitarles, de una forma adulta, la posibilidad de reconocer y enfrentar la realidad. No actúa como la nodriza emocional de sus pacientes. Así debe ser el abogado con sus clientes. Él debe tratarlos como personas adultas. No debe darles ilusiones con respecto a sus derechos jurídicos. El abogado, por su bien y el de sus clientes, debe informarles a éstos sobre los hechos de la vida e incluidos en estos hechos, está la inherente incerteza de la litigación, y por tanto, de sus derechos jurídicos.

Estos sabios abogados tratan, generalmente, de prevenir el litigio. Así como hay medicina preventiva, también el ejercicio del derecho puede ser preventivo y usualmente el abogado puede mantener alejados a sus clientes de la litigación. Esto es el resultado del trabajo de escritorio del abogado (confección de documentos legales). En teoría, estos documentos son generalmente eficaces para prevenir demandas puesto que permiten adquirir un arsenal de armas jurídicas que permiten vaticinar una victoria y disuadir a la contraparte si desea iniciar una guerra en tribunales. Examinemos esta situación descrita.

Un abogado redacta un documento (contrato, una hipoteca, un préstamo, una escritura, etc.,) para un cliente. El cliente se siente seguro, puesto que su abogado, presumiblemente, le ha blindado en contra de un futuro ataque. Y nosotros los abogados, generalmente, viendo lo poco que nuestros escritos son objeto de ataque, cuán pocos de nuestros contratos o escrituras son cuestionadas, nos enorgullecemos de la eficacia de nuestras habilidades de prevención de litigios. Pero, ¿ese orgullo está siempre justificado? Cuando ningún litigio ocurre ¿son nuestras habilidades las que mantienen alejadas a las partes de una disputa? ¿Hasta qué punto la explicación de la ausencia de litigios puede ser atribuida al hecho de que generalmente a las personas no les interesa litigar?

Quizás los abogados se parezcan al gallo que pensó que el sol no saldría si él no cacareaba. Quizás el orgullo del abogado descansa en el falso principio de *post hoc ergo propter hoc*, muy bien ilustrado por el caso del brujo que hace llover: él realiza una ceremonia. Dos días después llueve. Su reputación dentro del grupo

está asegurada. Ellos asumen que, si *A* sigue a *B* en el tiempo, entonces *B* es causado por *A*. Imaginan una relación causal que no existe.

Considérese este hecho: un abogado cualquiera que examina muchos extractos de títulos de dominio encuentra cientos de documentos defectuosos preparados por abogados, escrituras, testamentos, resoluciones corporativas y cosas por el estilo, los cuales, potencialmente, pueden provocar un litigio. Ahora bien, muchos de estos defectos son curados por el paso del tiempo (“posesión adversa”).

Sin embargo, dichos extractos revelaron que las potenciales estrategias preventivas llevadas por los abogados, en vez de prevenir un litigio podían haber sido las causas de éstos.

Lo cierto es que estos pleitos no ocurrieron debido su eficacia preventiva sino que a otros factores (*i.e.* el desconocimiento de que se habían equivocado) externos al trabajo del abogado.

Una de mis historias de abogados favoritas puede ser relevante para este tema. Un abogado amigo mío –llamémosle señor Inquisitive– representaba a una corporación la cual estaba a punto de pedir prestado un millón de dólares en bonos de hipoteca. Una de las principales firmas de abogados de Nueva York –llamémosle, señores Big, Keen & Snappy– representaban a los banqueros. Ellos enviaron al señor Inquisitive una escritura de hipoteca fiduciaria de treinta y seis páginas para que su cliente lo firmara. Mi amigo, como pasa en estos casos, no tenía mucha experiencia en tales materias. Así que leyó el documento con sumo cuidado. Después, telefoneó a los señores Big, Keen & Snappy:

“No estoy seguro” dijo “de entender los significados de las páginas 42 a la 51. ¿De qué tratan?”.

“Oh” respondieron condescendentemente, “es un documento tipo que utilizamos. Lo hemos usado así tal cual durante los últimos cuatro años. A lo menos un billón de dólares en bonos han sido emitidos y ahora están circulando por medio de instrumentos similares”.

“Está bien,” dijo el señor Inquisitive, “debo admitir que soy estúpido. Pero por mi paz mental, escribanme algunas líneas explicándome el significado de estas páginas”.

Un día después, por teléfono, recibió la siguiente sorprendente respuesta de Big, Keen & Snappy: dos años antes, por tratar de sacar con prisa una escritura de fideicomiso, la impresora dejó caer tres páginas y arruinó el sentido de otra docena de páginas. El error, no detectado, se perpetuó desde aquella fecha.

Bueno, ahí afuera hay cerca de un billón de dólares en bonos emitidos por diversas corporaciones y son vendidas al público por medio de instrumentos defectuosos.

Ahora, ¿cuántas demandas ocasionó ese error? Probablemente ninguna. Porque la mayoría de la gente no anda por la vida buscando demandas. La ausencia de litigios no puede fundarse en el trabajo de los abogados que redactaron esas hipotecas. Más bien, parece ser que, a pesar de ese trabajo, los litigios no se produjeron.

Nunca podremos saber que tanto impacto preventivo tienen los escritos redactados por los abogados. Para poder tener dicho conocimiento necesitamos, al menos, saber 1) en qué instancias los errores de los abogados no fueron encontrados y 2) las instancias en las que las posibles demandas originadas por esos errores fueron arregladas extrajudicialmente. También necesitaríamos tomar en consideración el hecho de que, en algunas áreas del mundo corporativo, hay un tabú bastante fuerte en contra de la litigación.

Sería interesante saber si, en periodos de bajones económicos, las demandas siguen siendo tan infrecuentes incluso en aquellas áreas donde el tabú impera.

Un documento cuidadosamente elaborado por un abogado puede, indudablemente, algunas veces prevenir litigios. Esto se debe a que los tribunales han desarrollado una práctica conocida como la “regla de la palabra de honor”. En términos generales, esta regla dicta que un tribunal no prestará atención a evidencia que esté en desacuerdo, o contradiga, un escrito. Aparentemente esto significa que la mayoría de los testimonios orales serán dejados fuera del juicio y por lo tanto los peligros de declaraciones equivocadas estarán ausentes. Sin embargo, esta regla está sujeta a tantas excepciones que parece un queso suizo, más hoyos que queso.

Estas excepciones permiten a una persona que quiera controvertir un escrito, anularlo por medio de un testimonio oral que, creído, va a demostrar, por ejemplo:

Que la firma es falsa; o que fue firmado bajo engaño; o que ambas partes firmantes se pusieron de acuerdo para elaborar un engaño, o que por un error mutuo se omitió aspectos importantes que le otorga un significado distinto al documento; o que fue verbalmente acordado que el documento no tendrá ningún efecto hasta que algo pase y que nunca pasó; o que, después de su firma, ambas partes de palabra, acordaron dejarlo sin efecto³⁷.

Si los tribunales creen a los testigos que declaran en favor de cualquiera de estos hechos, no importará un ápice si estos hechos son verdaderos. Lo único que importará es si los tribunales creerán que son verdaderos. El documento será eficaz (o no) dependiendo de la creencia del juez sobre la declaración del testigo. Los testimonios orales pueden hacer un daño mortal a la armadura provista por los escritos de los abogados. Por ejemplo, en muchos juicios donde un testamento está controvertido, el testamento mismo que puede estar cuidadosamente preparado sin ninguna falla jurídica, puede ser anulado por los tribunales, si estos creen un testimonio que declare que el testamento fue elaborado bajo “influencias indebidas”.

Pero no debo exagerar. Con seguridad, gracias a la regla de la palabra de honor, los documentos bien preparados por abogados pueden prevenir la litigación. Mi buen amigo, el profesor Karl Llewellyn, en una reciente discusión que tuvimos, estimó que, en ciertos negocios, documentos preparados hábilmente significan que las posibilidades de victoria en una demanda son 3 de 4, o 4 de 5. Si este cálculo es correcto, nadie lo sabe. Sin duda, respecto a determinadas transacciones, los documentos legales son de utilidad. Sin embargo, esta creencia no puede ser verificada estadísticamente.

Esto, también, debe ser tenido en mente. Muchos de los documentos de los que Llewellyn habla son utilizados por poderosas corporaciones. Supóngase que se puede probar que, en una demanda relativa a esos documentos, su nivel de eficacia

³⁷ Esta última excepción no está reconocida por los tribunales.

es alto y pocas personas se aventuran a “*go to law*” debido a dichos documentos. Aun así no es posible llevar a cabo un “experimento controlado”.

Esto debido a que dichas instituciones gigantes contratan a abogados litigantes excepcionales, mucho mejores, en promedio, que los de sus adversarios. Se debe reconocer el hecho de que las personas generalmente no tienen los recursos para mantener una batalla judicial con estos gigantes, y, aun si pueden mantenerla, son reacios debido al “prestigio” de esas corporaciones o por miedo, muchas veces más imaginario que real, a que la demanda le haga más daño que bien debido a las potenciales represalias respecto a créditos o bloqueos de productos que puedan, eventualmente, necesitar para sus negocios.

Creo que nunca vamos a obtener información confiable sobre estos temas. Nunca nadie va a saber cuántas personas, más o menos, litigarían si los abogados abandonaran su práctica de elaboración de documentos. Sin embargo, algo se puede decir: el hecho de que, en general, exista una relativamente pequeña cantidad de litigios no debería ser achacado al trabajo de los abogados.

La profesión jurídica no puede atribuirse seriamente el crédito por, lo que sea que haga, que las personas se mantengan más pacíficas y menos litigiosas, de lo normal. Los abogados deben ser modestos en la aserción sobre el efecto de sus palabras dictadas a su estenógrafa para la prevención de disputas tanto en los tribunales como fuera de éstos. Sobre todo, hay que recordar que sólo una pequeña porción de las actividades humanas que se transforman o se pueden transformar en demandas pueden ser cubiertas por los instrumentos redactados por o asesorados por los abogados. En el mejor de los casos, las actividades susceptibles de prevención son mínimas.

8

Muchos legos y, algunos, abogados cuando hablan de “hechos” en un litigio, no se refieren a la clase de hechos que he estado considerando (*i.e.*, si Jones atropelló al joven Tommy Smith), sino a aquellos que pueden denominarse “*background*” o hechos “sociales y económicos”, generalmente de naturaleza estadística: la clase de hechos presentadas ante los tribunales en los famosos “alegatos Brandeis”. Hechos de este tipo no involucran la credibilidad de un testigo³⁸.

Sin embargo, la gran mayoría de las demandas sí involucran una cantidad cruciales de hechos cuya determinación por los tribunales depende de la credibilidad de la declaración verbal del testigo. En esta instancia, el tribunal tiene la última palabra sobre los hechos. Esto es lo que Tourtoulon llama “soberanía del tribunal”. En razón de lo anterior, es que el juez Olson recientemente sugirió³⁹ que las demandas (*law suits*) deberían renombrarse como “*fact suits*”⁴⁰.

³⁸ Sin embargo, estos hechos no están exentos de subjetividad, ver capítulo XIV.

³⁹ N. del T.: Frank hace un juego de palabras *Law-suits* y *fact-suits* en referencia a, grandes rasgos, que lo importante en un litigio no es el derecho sino los hechos. Por no existir equivalentes en español he decidido dejar la nomenclatura original.

⁴⁰ Advertencia: Sólo cuando el tribunal ve y escucha a los testigos, está en una posición más ventajosa que los tribunales superiores para determinar la credibilidad del testigo, su averiguación de los hechos será final para los tribunales superiores. Entonces, cuando no haya envuelto un testimonio, ésta finalidad no necesariamente existe. Y puedo no existir, al menos en el caso de un juez donde un testimonio oral está “en conflicto con documentos contemporáneos” de tal calidad que sería irracional creer lo que el testigo ha dicho. Ver: Estados Unidos v. U.S. Gypsum Co., 333 U.S. 364.

El presidente de la Corte Suprema Estadounidense Evans Hughes –quien desconfiaba de las agencias administrativas y las consideraba merecedoras de un menor respeto que a los tribunales–, dijo una vez: “un administrador inescrupuloso puede estar tentado de decir ‘déjenme encontrar los hechos..., y poco me importará quien determine los principios generales”.

El Presidente de la Corte Suprema no se dio cuenta de que esta observación puede aplicarse también a los jueces, y no sólo a la averiguación de los hechos llevados por un inescrupuloso, sino que también a la averiguación errada llevada a cabo por honestos pero equivocados jueces y jurados.

Los comentarios de Hughes sirven para remarcar la importancia de los tribunales en la tarea de la determinación de los hechos. Supongamos que un juez, al decidir un caso, comete un error en la determinación de los hechos y aplica a éstos, a pesar de haber sido determinados de forma equivocada, la norma jurídica correcta, *i.e.*, la norma que debió haber aplicado si esos fueran los hechos que correspondían.

En el ejemplo descrito, la injusticia es la misma que en el caso que si se hubiese aplicado la norma jurídica incorrecta a hechos correctos. En otras palabras, es igual de injusto aplicar la norma jurídica “correcta” a hechos equivocados, que aplicar la norma jurídica “incorrecta” a hechos “correctos”. Ninguna regla puede ser la “correcta”, la justa, en ninguna demanda, si se ha aplicado a hechos que no ocurrieron, a hechos irreales y espurios. Por ejemplo, ¿se puede decir que se aplicó la regla correcta cuando se ordenó al señor Campbell a ir a la cárcel por un crimen que no cometió? Es como si a un cirujano, siguiendo equivocadamente las reglas sentadas y aprobados de la cirugía, extirpara erradamente la vesícula biliar a un hombre sano.

De hecho, para el caso en que una norma jurídica correcta es mal utilizada por los tribunales porque se ejerció en contra de hechos irreales, se puede señalar que ésta nunca fue aplicada, que su aplicación fue ilusoria. Este ejercicio errado, la ilusión de la aplicación de una norma, es una frustración del ideal comunitario o político que es representada por esa regla; la aplicación equivocada de ese ideal o política es, al menos, el equivalente a su no-aplicación. Una averiguación equivocada de los hechos convierte en impotente a tales ideales y/o políticas. Usted, quizás, puede pensar que porque he remarcado la tarea de averiguación de los hechos por los tribunales, las normas jurídicas son de poca importancia para mí. Sin embargo, es precisamente porque pienso que las normas jurídicas son de gran importancia que me aflige cuando, debido a una averiguación defectuosa de los hechos, son aplicadas a hechos incorrectos.

Dado que la aplicación específica de las normas depende de la determinación de los hechos, las cortes, que funcionan primeramente como guardianes de las normas, son bastante menos importantes en nuestro sistema jurídico que los tribunales. En primer lugar, una abrumadora mayoría de los casos no son apelados; probablemente un 95% de los casos terminan en los tribunales. En segundo lugar, como, en la mayoría de aquellos pocos casos que son apelados, las cortes aceptan la determinación de los hechos hechos por los tribunales, los tribunales deciden el destino de, digamos, un 98% de todos los casos.

9

A lo largo de este libro, continuaré siendo crítico de algunos comportamientos de las cortes. Sin embargo, ahora debo hacerme cargo de un

argumento recientemente desarrollado que se opone a dichas críticas: la democracia americana compite en el seno internacional con el totalitarismo ruso. Consecuentemente debemos tener una política de silencio con respecto a cualquier falla, mejorable o no, en la economía o gobierno americano, aun si esto significa disminuir la posibilidad de mejorar dichos defectos. De lo contrario, sigue este argumento, los críticos soviéticos aprovechándose de esta información, les van a quitar aliados o, incluso, van a ganar potenciales aliados de América.

De seguro ésta no puede ser una política razonable. Busca proteger la democracia negándola. Propone la utilización de la supresión antidemocrática de la verdad que tanto criticamos al totalitarismo. Afirma que la democracia, para que sobreviva, debe cesar de ser democrática. Tal argumento, si se aplica para proponer reformas económicas o de gobierno, es sólo un cobarde y desesperado consejo. Sólo una democracia robusta y desarrollada, leal a sus propios principios de base, puede exitosamente competir contra los soviéticos en influencia global.

Que nuestro sistema judicial, tal cual como está ahora, no es tan bueno como puede o debe ser no significa que, en su estado actual, no tenga muchos aspectos que merecen ser exaltados. Conuerdo con el Colegio de Abogados cuando, recurrentemente, rechazan las denigraciones imprudentes, desinformadas e indiscriminadas de las que son víctimas nuestros tribunales. Pero, en parte, estas denostaciones son originadas por unas igual deplorables y excesivas alabanzas a nuestros tribunales, algunas veces expresadas por algunos miembros prominentes del Colegio de Abogados.

Muchas veces, en dichas alabanzas, citan a Cicerón. Ese fascinante romano, que como filósofo jurídico, elocuentemente mantuvo que un sistema jurídico civilizado debe estar basado en la razón, cimentado en el principio universal y eterno de justicia y en el ideal que hoy en día formulamos como “todos somos iguales ante la ley”.

Sin embargo Cicerón, como abogado litigante, no tuvo problemas para pervertir la razón por medio de artimañas y triquiñuelas jurídicas y dejar sin efecto las doctrinas que, como filósofo del derecho, pretendía adorar. En sus momentos no filosóficos, se jactaba de su destreza como abogado para ganar juicios para clientes que debieron haber perdido, y que seguramente así habría sido de no ser por sus estrategias ingeniosas.

Ahora bien, si desde una filosofía a la Cicerón, un sistema jurídico debe aproximarse a la racionalidad y a la “igualdad ante la ley,” entonces casos sustancialmente similares ocurridos en cualquier tiempo, deben ser resueltos de la misma forma.

Sin embargo y en la medida en que dichos casos parecidos son decididos de forma distinta debido a las desigualdades en la habilidad y astucia de los abogados, el alcance de los principios proclamados por Cicerón se encuentra supeditados a esta situación. Cicerón no hizo nada para cerrar la brecha entre esos ideales y las realidades judiciales. Mantuvo sus nobles principios en un bolsillo y sus prácticas como abogados en otro. Dado que Cicerón nunca puso en práctica estos altos principios, dudo que se los haya tomado en serio⁴¹. Es por esto que sugiero que se examine críticamente los alardes de nuestros Cicerones modernos.

⁴¹ Ver capítulo XXVI para mayor discusión con respecto a Cicerón.

Recientemente leí un libro escrito para legos por un abogado. El autor dice que, usted debe perder la fe en las demandas, porque los tribunales se equivocan en la determinación de los hechos y si usted abandona un tribunal quejándose por la injusticia, usted es un crítico irracional que no entendió nada. Puesto que, él explica, en cada demanda debe haber un perdedor, y uno debe entender que ningún sistema jurídico es perfecto.

Me indigna esta, para nada infrecuente, condescendencia que el abogado tiene con el lego. Por supuesto que ningún sistema jurídico puede ser perfecto. Pero pensemos en esto: un hombre es acusado de matar a otro y es sometido a juicio bajo el cargo de homicidio. Si el acusado es condenado, el gobierno lo va a matar. El homicidio llevado a cabo por el gobierno es legal y por tanto no se cataloga como tal. Pero si el homicidio del gobierno es resultado de una condena en la cual los jueces tienen una creencia errada sobre los hechos, significa que el gobierno ha matado a un hombre inocente pero revestido de legalidad. ¿Qué sucede en este caso? Lo que sucede es que se ha cometido un chocante acto de injusticia. Sin embargo, nuestro autor escribe, “tal contingencia no justifica condenar un sistema que está necesariamente bajo el criterio humano; y si esta visión complaciente exaspera a un víctima que ha sido encontrada culpable de un crimen que nunca ha cometido, hay que decir que es un hecho incontrovertible”, es inevitable, como un “acto de dios,” como cuando un rayo cae sobre un hombre.

La defensa de estas graves injusticias es legítima solo si éstas son inevitables, esto es, sólo si todo lo que era posible hacer para evitarlas se ha hecho. Pero, usualmente, nunca se hace todo lo posible. Gracias a errores evitables de los tribunales, hombres inocentes son condenados; y cada semana, por razones similares, alguien pierde su vida, su trabajo, su sustento. Muchas de estas injusticias provienen no de la falta de justicia de las normas jurídicas sino de la errada averiguación de los hechos.

Le corresponde los miembros de la comunidad (no-abogados) demandar mejoras y reformas en estos métodos. Sin embargo, no deben, repito, exigir la perfección. La justicia perfecta yace más allá del alcance humano. Pero el hecho que este ideal sea inalcanzable no es excusa para no esforzarse en la obtención del mejor resultado posible. Como el poeta MacNeice escribió:

*“Y para el bueno que sabe cuán ancho es el abismo, cuán profundo,
Entre lo ideal y lo real, quien siendo bueno ha sentido
La tentación final para retirarse, sentarse y llorar,
Rezamos al poder de tomar sobre si mismos la culpa
De la acción humana, y sin embargo, listo para confesar
La imperfección de lo que podemos y debemos construir...”*

10

La profesión del abogado, como un todo, no debe ser singularmente culpada de los defectos del sistema jurídico. La mayoría de quienes constituyen cualquier profesión u oficio tienden a venerar casi todas sus tradiciones, a pasar por alto sus defectos, y no son capaces de inspeccionar de forma imparcial las costumbres asentadas en el tiempo. Muchos abogados connotados, incluido algunos de los principales miembros de aquel grupo conservador, el Colegio de Abogados, así

como han sido líderes en el desarrollo de la vida americana⁴², han sido conspicuos como críticos a las prácticas judiciales y legales de nuestra profesión. Sin embargo, creo que, para lograr reformas sustanciales en los métodos de trabajo los tribunales, es necesaria la participación de quienes no son abogados.

⁴² Creo que esta afirmación es de tal importancia que la he incluido, también, en el prefacio de este libro.

