

PROBLEMA

**ANUARIO DE FILOSOFÍA
Y TEORÍA DEL DERECHO**

13

2019



PROBLEMA

ANUARIO DE FILOSOFÍA
Y TEORÍA DEL DERECHO

13

Enero-Diciembre de 2019



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Dr. Pedro Salazar Ugarte

Secretario académico

Dra. Isa Luna Pla

Secretario técnico

Lic. Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, año 13, núm. 13 (enero-diciembre de 2019) es una publicación anual, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C. P. 04510, Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, Alcaldía Coyoacán, C. P. 04510, Ciudad de México, teléfono 5622 7474, correo electrónico *problema.unam@gmail.com*. Editor responsable: Juan Manuel Vega Gómez. Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2013-081611074100-102, ISSN: 2007-4387. Número de certificado de licitud de título y contenido 15499, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación.

El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no refleja necesariamente el punto de vista de los árbitros ni del editor. Se autoriza la reproducción de los artículos (no así de las imágenes) con la condición de citar la fuente y se respeten los derechos de autor.

De las opiniones sustentadas en los trabajos responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica en manera alguna que esta revista, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, se solidarice con su contenido.

Cuidado de la edición y formación en computadora:
Ricardo Hernández Montes de Oca

PROBLEMA
Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho

Dr. Juan Vega Gómez
Director/Editor

Asistentes de la revista:
Francisco Chan Chan
Gloria Vargas Romero

Coordinación editorial:

Lic. Raúl Márquez Romero

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho es una revista arbitrada fundada en 2007 por iniciativa del área de investigación de Filosofía y Teoría del Derecho y bajo el auspicio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Problema tiene como propósito publicar colaboraciones, en español e inglés, y está dirigida a profesores, estudiantes y profesionales interesados en diversos temas contemporáneos de filosofía política, jurídica y moral. Este anuario se compone de tres secciones: *Discusión*, *Artículos* y *Reseñas*. A través de la organización de distintos seminarios de discusión sobre un tema previamente definido, *Problema* propicia el intercambio crítico de ideas entre teóricos nacionales y extranjeros cuyos resultados se preparan y recogen en la sección de *Discusión*. La sección de *Artículos* recibe colaboraciones originales sobre distintos temas, tradiciones, y corrientes filosóficas. La sección de *Reseñas* contiene comentarios sobre libros publicados que son de interés para los temas de discusión de la revista. De manera excepcional se publican dos secciones adicionales: *entrevistas* a filósofos destacados, y una sección de *comentarios* que se refiere a textos breves pero importantes que pueden servir para futuras discusiones.

Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho is a peer-reviewed journal founded in 2007 by initiative of the Philosophy of Law and Legal Theory Department of the Legal Research Institute, National Autonomous University of Mexico (UNAM).

The main purpose of *Problema* is to publish contributions in English or Spanish relating to Political, Legal and Moral Philosophy and is directed to

scholars, students and professionals interested in general and philosophical discussions relevant to legal matters. The yearbook is composed of three sections: *Discussion Topics*, *Articles* and *Review Essays*. Through the discussion topics section, *Problema* promotes critical exchanges of ideas amongst the international jurisprudence community. The essays contained in this section are usually a product of discussion seminars organized by our Philosophy of Law and Legal Theory Department. Contributions for the *Articles* section, is not limited to one specific topic and welcomes original contributions from different traditions and diverse jurisprudential topics and backgrounds. Finally, the *Review Essays* section contains comments on published books considered relevant to the journals subject matter.

Email: problema.unam@gmail.com

Twitter: [@problemaiiij](https://twitter.com/problemaiiij)

Facebook: [@revista.problemaiiij](https://www.facebook.com/revista.problemaiiij)

Website: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho>

<http://www.unam.mx/>

<http://www.juridicas.unam.mx/>

Problema belongs to the following Journal Indexes:

Sistema de Clasificación de Revistas Mexicanas de Ciencia y Tecnología (Conacyt).

Scientific Electronic Library Online (SciELO)/ SciELO Citation Index.

Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (Latindex).

Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (Clase).

SCOPUS: Scimago Journal & Country Rank: Q4.

Enrique Cáceres Nieto / Imer B. Flores / Juan Vega Gómez
Fundadores

CONSEJO EDITORIAL
EDITORIAL ADVISORY PANEL

Jorge Adame Goddard (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Enrique Cáceres Nieto (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Jaime Cárdenas (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Imer B. Flores (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Carla Huerta Ochoa (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Javier Saldaña Serrano (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Juan Vega Gómez (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México).

COMITÉ EDITORIAL
EDITORIAL BOARD

Zenon Bankowski (Edinburgh Law School, Scotland); Samantha Besson (University of Fribourg, Switzerland); Brian Bix (University of Minnesota, United States of America); Brian Burge-Hendrix (Quest University, Canada); Tom Campbell (Charles Sturt University, Australia); Jules L. Coleman (Yale Law School, United States of America); Keith Culver (University of New Brunswick, Canada); Julie Dickson (Oxford University, England); Paulette Dieterlen (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México); Ronald Dworkin (†) (New York University, United States of America/University College London, England); Timothy Endicott (Oxford University, England); John Gardner (†) (Oxford University, England); Michael Giudice (York University, Canada); Mark Greenberg (University of California, United States of America); Sandra Gómora Juárez (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Olga E. Hansberg (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México); Kenneth Einar Himma (University of Washington, United States of America); Iwao Hirose (McGill University, Canada); Guillermo Hurtado (Instituto de Investigaciones Filosóficas, México); Duncan Kennedy (Harvard Law School, United States of America); Matthew H. Kramer (Cambridge University, England); Di-

mitrios Kyritsis (University of Sheffield, England); Gerald Lang (Leeds University, England); Larry Laudan (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México); Brian Leiter (University of Chicago, United States of America); Neil MacCormick (†) (University of Edinburgh, Scotland); Guillermo J. Mañón Garibay (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Andrei Marmor (Cornell Law School, United States of America); Carlos Montemayor (San Francisco State University, United States of America); Joseph Raz (Columbia University, United States of America/Oxford University, England); Adrian Rentería Díaz (Facultad de Derecho, UNAM, México); María Elodia Robles (Facultad de Derecho, UNAM, México); Verónica Rodríguez-Blanco (University of Surrey, United Kingdom); Burkhard Schafer (University of Edinburgh, Scotland); Frederick Schauer (University of Virginia, United States of America); Scott J. Shapiro (Yale Law School, United States of America); Nicos Stavropoulos (Oxford University, England); Natalie Stoljar (McGill University, Canada); Rolando Tamayo y Salmerón (Facultad de Derecho, UNAM, México); Ambrosio Velasco Gómez (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México); Enrique Villanueva (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Jeremy Waldron (New York University, United States of America/Oxford University, England); Wil Waluchow (McMaster University, Canada); Benjamin Zipursky (Fordham Law School, United States of America).

Número de reserva al título en Derechos de Autor:

04-2013-081611074100-102.

Número de certificado de licitud de título: 15499.

Número de licitud de contenido: 15499.

Primera edición: 23 de julio de 2019

DR © 2019, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISSN 2007-4387

CONTENIDO
TABLE OF CONTENTS

DISCUSIÓN: EL JUICIO DEL DERECHO
DISCUSSION: LAW'S JUDGEMENT

<i>Law's Judgement: a Summary</i>	3
Un resumen del libro <i>Law's Judgement</i> William LUCY	
<i>Equality: Three Questions for William Lucy</i>	9
Igualdad: tres preguntas para William Lucy Rodrigo CAMARENA GONZÁLEZ	
<i>Law's Judgment and Virtuous Judgement</i>	17
El juicio del derecho y el juicio virtuoso Amalia AMAYA	
<i>The Generals and Particulars of Law's Abstract Judgement and the Trouble with Responsibility in Negligence Law</i>	23
Lo general y particular del juicio abstracto del derecho y el problema de la responsabilidad en el derecho de negli- gencia Haris PSARRAS	
<i>Law's Abstract Judgement (LAJ) and Intelligent Fidelity: On William Lucy's Law's Judgement</i>	33
El juicio abstracto del derecho y la fidelidad inteligente: sobre <i>Law's Judgement</i> de William Lucy Imer B. FLORES	
<i>Law's Judgement: Some Thoughts</i>	55
El juicio del derecho: algunas reflexiones William LUCY	

CONTENIDO

ARTÍCULOS
ARTICLES

Las decisiones judiciales: justificación y racionalidad	67
<i>Judicial Decisions: Justification and Rationality</i>	
Pedro CABALLERO ELBERSCI	
<i>Agency and Legal Responsibility: Epistemic and Moral Considerations</i>	99
Agencia y responsabilidad legal: consideraciones epistémicas y morales	
Carlos MONTEMAYOR	
Enrique CÁCERES	
El enfoque argumentativo de Manuel Atienza y la teoría estándar: dos problemas y un ensayo de solución	129
<i>Manuel Atienza's Argumentative Approach and the Standard Theory: Two Problems and a Solution</i>	
José CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO	
Bases para una reconstrucción estructural de los principios penales en el ámbito del control de constitucionalidad . . .	161
<i>Reconstructing Principles of Criminal Law in Constitutional Review</i>	
José Ángel FERNÁNDEZ	
"Scientific Inference" vs. "Legal Reasoning"? —Not So Fast! . . .	193
¿"Inferencia científica" vs. "Razonamiento jurídico"? —¡No tan rápido!	
Susan HAACK	
Controvertibilidad del concepto jurídico de persona y la propuesta de la hermenéutica analógica.	215
<i>Contestability of the Legal Concept of Person and Analogical Hermeneutics</i>	
Helga LELL	

TABLE OF CONTENTS

Teorización y modelaje del derecho. Un enfoque unificador basado en cibernética, ciencia cognitiva y complejidad . . .	235
<i>Theorization and Modelling of Law. A Unifying Approach Based on Cybernetics, Cognitive Science and Complexity</i>	
Roberto Gustavo MANCILLA CASTRO	
H. L. A. Hart: vida y contexto filosófico	273
<i>The Life and Philosophical Context of H. L. A. Hart</i>	
Francisco M. MORA SIFUENTES	
Tres contratos, tres incertidumbres: la conformación de soluciones institucionales en Hobbes, Locke y Rousseau . . .	321
<i>Three Contracts, Three Uncertainties: the Configuration of Institutional Solutions in Hobbes, Locke and Rousseau</i>	
Diego SOLIS DELGADILO	
Josafat CORTEZ SALINAS	

COMENTARIOS
COMMENTS

Multi, inter y transdisciplinariedad	347
<i>Multi- Inter-, and Transdisciplinarity</i>	
Francisco José PAOLI BOLIO	
Con el segundo Heidegger por los caminos del derecho	359
<i>Heidegger and the Paths of Law</i>	
Juan de Dios GONZÁLEZ IBARRA	
Derecho, moral e interpretación: correlación entre la filosofía analítica de H. L. A. Hart y el pensamiento de Lon Fuller Y Ronald Dworkin	387
<i>Law, Morality and Interpretation: Correlations Between the Analytic Jurisprudence of H. L. A. Hart and the Thought of Lon Fuller and Ronald Dworkin</i>	
Diego RAMÍREZ ANGUIANO	

CONTENIDO

Alternativas al análisis conceptual en la filosofía del derecho: el caso de la construcción conceptual explicativa de Giudice	419
<i>Alternatives to Conceptual Analysis in Jurisprudence: Giudice's Case for Constructive Conceptual Explanation</i>	
Juan VEGA GÓMEZ	
GANADORA DEL PREMIO EN LAS JORNADAS INTERNACIONALES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO: Algunas observaciones sobre la valoración racional de la prueba en la sentencia de juicio oral penal. Caso Durango	435
<i>Rational Evaluation of Evidence in Criminal Trials: the Case of the State of Durango</i>	
Carolina BALLEZA VALDEZ	

DISCUSIÓN: EL JUICIO DEL DERECHO

DISCUSSION: LAW'S JUDGEMENT

LAW'S JUDGEMENT: A SUMMARY

UN RESUMEN DEL LIBRO LAW'S JUDGEMENT

William LUCY*

“The... [author] told us for three quarters of an hour how... [he] came to write... [his] beastly book, when a simple apology was all that was required”
(Wodehouse PG, *The Girl in Blue* (Arrow 2008 (1970)) 113).

Courthouse iconography around the world is dominated by the image of Justitia. She almost invariably holds scales and a sword and she is often blindfolded because, of course, justice is blind. But not quite. Or so I argue in *Law's Judgement*.¹ For when we —the addressees of the law— stand in the court room facing judgement, or read the copious and complex body of juristic ‘do’s and don’ts’ we find in statutes, court judgements and in our legal textbooks, one thing becomes obvious: the law is certainly not interested in every aspect of our character, conduct and context.

* Law School, Durham University; w.n.lucy@durham.ac.uk. Thanks to the audience at the IJJ UNAM in August 2017 for their patience, comments and questions and, of course, to the symposium commentators: Amalia Amaya, Rodrigo Camarena Gonzalez and Imer Flores Mendoza. I am also grateful to Massimo LaTorre, Andrea Romeo and their colleagues and students at the Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro for the opportunity to discuss some of the themes of the book in April 2018 and for their unlimited kindness and hospitality. An anonymous member of my final year jurisprudence class, 2017-18, reminded me of *The Girl in Blue*, while Phil Handler and John Murphy put themselves through the mill again; I’m grateful.

¹ Hart Publishing 2017 (hereinafter ‘L’ in notes, with accompanying page or section numbers).

WILLIAM LUCY

So, in English tort law, the main thing that matters about my conduct as a defendant in a negligence action is whether it reached the standard of a reasonably competent performer: a reasonably competent driver, surgeon, lawyer or the like. I cannot defend myself in such an action by showing that, when I crashed into you, my driving was impaired because I was having a bad day —I was in the middle of a divorce, had flu and had slept badly. Nor can I exculpate myself by showing that I’m simply a bad driver who is only occasionally capable of reaching the standard of reasonable competence. Similarly, it is no defence to me, as an employer faced with a racial or gender discrimination action under the Equality Act 2010, to say that I’m just a racist or a misogynist: those features of my character are ignored for the purposes of exculpation, although the law does indeed register them as bases for initiating legal action. And, although there is a partial defence of loss of control (provocation) in English criminal law, the law ignores the fact that some of those accused of murder kill other people because they —the assailants— are very touchy, aggressive or bad tempered. Finally, note that the default standard of performance in English contract law is strict compliance: I simply must perform my contractual obligations and it is not good enough to try my best or make reasonable efforts. If trying my best or making reasonable efforts is insufficient to discharge my obligation, then I am —in the absence of a very few vitiating factors— in breach.

These features of English law are not unique —they are commonplace (but not absolutely ubiquitous) within the common law world and also in civil law legal systems. Nor are these features the only ones in the substantive law of these legal systems that have the effect of ignoring much, but not absolutely everything, about the character, conduct and context of the law’s addressees.² Justice is therefore not blind, but it does take a very limited view of its addressees: the law sees us, but not in all our particularity and detail. In the law’s gaze, we look like the people animating Nicola L’s performance art piece, *Red Coat (Same Skin for Everybody)*.³ Most of the differences that mark the actual people (there are eleven of them) who wear the

² See *LJ* at 4-19 for fuller discussion.

³ See <<http://nicolal.com/category/performance/>>.

LAW'S JUDGEMENT: A SUMMARY

coat are obliterated, but not all. We can see that there are different, real people in there, but in broad outline they are made to look more or less the same by the coat. It is a layer over them, subsuming them under the same guise — different but also strikingly alike.

Law's abstract judgement (LAJ) is the label I give to modern law's tendency to ignore much about its addressees while, simultaneously, treating them in the same way and as if they were alike.⁴ In chapter 1 of *Law's Judgement* I show that LAJ has at least three components. The first is the presumptive identity component, so named because modern law usually sees its addressees not in all their particularity, but as identical abstract beings. Addressees of the law are identical in two respects according to this component: they are regarded as if they were the same in terms of those capacities, cognitive and physical, which enable humans to comply with achievable and intelligible legal standards; and they are taken to be identical in the sense of having the same entitlement to the same bundle of 'formal' rights and abilities. LAJ's second feature is the uniformity component, which entails that, generally speaking, the law judges its addressees by reference to general and objective standards equally applicable to all. The idea that the same laws should apply to all addressees of the law is so powerful that it casts suspicion upon laws which apply to particular named persons or groups. This requirement, once apparently called 'isonomy', is probably identical to some versions of the generality requirement of the rule of law ideal. The limited avoidability component is the third feature of LAJ. It highlights the fact that in modern legal systems the application of the standards in play in the uniformity component is generally mitigated only by a limited number and range of exculpatory claims.

Since LAJ is the way modern law judges us, it seems obvious to raise a closely related question: how does modern law and LAJ see us? The easy answer is: not in all our particularity and detail, but this is not overly informative. In chapter two I therefore address the legal person in more detail, examining the forms it takes and sketching the nature of its relation with LAJ. The chapter distinguishes two ways in

⁴ By 'modern' I mean only to draw a contrast between feudal legality, on the one hand, and the legal systems characteristic of industrial, mercantile societies on the other: see *LJ* 19-21.

WILLIAM LUCY

which the legal person operates in law and notes that these two need not always be compatible. The principal arguments of the chapter are these: first, that the two broad senses of the legal person are significantly connected to LAJ and, second, that law's persons must be understood 'legalistically'. I do not rule out the possibility that other conceptions of the person also exist in the law, but I do not think that these, if they do exist, are either central or closely connected to LAJ.

The principal question that animates the remainder of the book is this: what, if anything, might be said in favour of LAJ? I pose the question because LAJ has been indicted by many contemporary jurists and philosophers, there being at least four strands to their critique.⁵ I do not, however, engage directly with each of those strands in the book, choosing in the main to attempt to make a positive case for LAJ regardless of those criticisms. The most the book can achieve with regard to LAJ is therefore a readjustment of the argumentative scales, adding ballast to the positive side but not thereby reducing the weight of the objections on the negative side. A full vindication of LAJ, if possible, would require a direct engagement with and rebuttal of each and every one of those objections. I engage with only a few of their sub-strands.

That engagement is the fulcrum of chapter three, which distinguishes three charges of unfairness that LAJ often generates. One of these charges relates to legal-liability responsibility, one raises the issue of impartiality, and the third invokes the idea of equity (or mercy). Each of these notions is complex and requires considerable unpacking. The argument is that, once legal-liability responsibility, impartiality and equity are properly understood, two of the charges of unfairness against LAJ that they are often taken to license are seen to be bogus. The one remaining unfairness charge, premised upon the idea of equity, retains some weight. Thus we cannot say that LAJ is fair in every sense in which we use that word. The ways in which law's judgement may be said to be fair and impartial still leave some room for certain types of moral criticism of the law. But the burden of these types of moral criticism seems ultimately to require the replacement of law as we currently know it, and as we have known

⁵ See *LJ* 19-26.

LAW'S JUDGEMENT: A SUMMARY

it, with an altogether more ethically sensitive means of judgement. That, at least, is the implication of the argument of this chapter.

Chapters four, five and six are the core of the case in favour of LAJ. The idea of dignity and its connection to LAJ is tackled in chapter four. I examine two conceptions of dignity, my aim being to determine the degree to which they inform LAJ in particular and law in general. I argue that these two ostensibly different conceptions of dignity are not incompatible, that they overlap in an interesting way, and that that overlap constitutes one of a number of connections between dignity, on the one hand, and LAJ and the law, on the other. That both of these allegedly different conceptions of dignity inform various areas of legal doctrine as well as broader aspects of legal institutional design (such as LAJ) requires little argument; nor is it particularly newsworthy, either as a matter of legal philosophy or of common sense. The point has far greater significance from the perspective of critics of LAJ since, if dignity is one of LAJ's moral anchors, then LAJ cannot be utterly without moral value. Or, at least, it cannot be so if dignity itself is a morally significant idea. I do not show that it is, being satisfied only to note that many have regarded it as such. Dignity features first in the list of values that might inform or be embedded in LAJ because it is primarily an individualistic notion, those that follow being more closely tied to how we stand to one another as members of groups. The narrative arc of chapters four to six therefore exemplifies a move from individual to group.

The notion of equality is tackled in chapter five. There I attempt to show the senses in which LAJ is egalitarian and to demonstrate the value these senses have. Much work has to be done simply to carve out conceptual space for these senses and to distinguish them from those that are dominant in much current legal and political philosophy. The latter are like a cuckoo in a nest, squeezing out all other conceptions of equality to such a degree that the capacity to even conceive of alternatives is almost lost. I argue that two conceptions of equality can act as additional moral anchors for LAJ and that both are plausible and significant. If that is so, then this is another argument with which to commend LAJ that also makes an additional important point: it shows that LAJ is normatively over-determined from within the realm of equality. Of course, the argument

WILLIAM LUCY

that LAJ can take normative sustenance from two plausible and significant conceptions of equality does not show that LAJ is of pre-eminent moral or political value. It does, however, serve to impede the thought that it is of no moral or political value at all.

Chapter six explores possibly the most contested and troublesome notion to have recently preoccupied jurists and political philosophers, namely, community. The argument I make is that LAJ can be understood as a means of realising a particular conception (or, more accurately, family of conceptions) of community. This is certainly not to say that LAJ is the only means of realising this conception of community; rather, my point is that it is one not insignificant means of realising and maintaining this form of community. It will probably come as no surprise that this form of community is in significant ways egalitarian and thus overlaps with two of the conceptions of equality explored and recommended in chapter five. I try to show the value of this notion of community, but the argument is not one from first principles. I argue instead that this notion of community provides an amenable habitat for the realisation of many ostensibly competing values. The point is that this conception of community is compatible with, and may even be required by, numerous different arguments from first principles.

In the final instalment of the book —chapter seven— I offer this conclusion: that LAJ is nowhere near as morally and politically problematic as critics lead us to believe. That a more measured and circumspect assessment of the various arguments supporting LAJ yields insight is, for sure, a poor slogan and a pitiful rallying cry. But, while it falls short of banner-worthy inspiration, the claim is nevertheless true and important. It allows us to better judge a still crucial feature of our law and that, given law's capacity for realising both unparalleled harm and good, is significant. Robert Cover was right to maintain that legal interpretation takes place in a field of pain and death; law occupies and constructs that field and it is important we judge it scrupulously and critically.⁶ My hope is that the argument of Law's Judgement serves to clear the ground for a scrupulous and critical assessment of one important feature of modern law's edifice: law's abstract judgement.

⁶ Cover R, 'Violence and the Word' (1986) 95 *Yale Law Journal* 1601–30.

EQUALITY: THREE QUESTIONS FOR WILLIAM LUCY*

IGUALDAD: TRES PREGUNTAS PARA WILLIAM LUCY

Rodrigo CAMARENA GONZÁLEZ**

I

Professor William Lucy's book *Law's Judgement* (LJ)¹ explores a highly relevant, yet surprisingly neglected topic: the abstraction as a component of contemporary law (bourgeois or liberal law, as opposed to feudal law). Although the mere concept of the rule of law seems to suggest that rules must be abstract and that judges must apply and interpret them as impartially as possible, there is no much literature on the topic, and LJ fills this gap.

Is the law's abstraction from context, needs, abilities, virtues or vices of particular persons something morally valuable? Lucy answers in the positive and shows how *Law's abstract judgement* (LAJ) is connected with three particular conceptions of dignity, equality, and community. In this piece, I focus on equality over the other values. In the rest of this paper, first I am going to provide a brief overview of the book. Then, I will point out what I consider to be the most significant contributions of the book regarding the connection between Law's abstract judgment and equality. Later, I will ask three questions so we can illustrate further points of the book and engage in a critical discussion of LJ.

* Artículo recibido el 6 de agosto de 2018 y aprobado para su publicación el 5 de noviembre de 2018.

** ITAM.

¹ William Lucy, *Law's Judgement* (Oxford Hart Publishing 2017). Referred to as 'LJ' with accompanying page numbers in the text.

RODRIGO CAMARENA GONZÁLEZ

II

Lucy argues that there are three features in the abstract judgment of liberal law (LJ, 4-5). The first feature is the *presumptive identity* component. Addressees are conceived as ‘identical abstract beings’ with same (i) capacities and (ii) entitlements. There are neither privileges nor discrimination. In fact, Lucy argues ‘there is almost no better way of attempting to ensure equality than by taking the presumptive identity component seriously’ (LJ, 14). The second is the *uniformity* component (isonomy). General and objective standards apply equally to all. Finally, the third is the *limited avoidability* component. The application of such standards is strict, and only in rare instances by a small number of ‘exculpatory claims.’ These exceptions are subject to a reasonableness scrutiny. Thus, the first feature relates to the idea of its *subjects*, i.e., legal person, the second to the *standards* (mainly rules) that form part of the systems that are applied to all addressees, and the third to the unusual *scenario* in which the general standard is not applied.

Lucy convincingly argues that LAJ is morally significant and it safeguards some conceptions of the value of equality. Firstly, abstraction is unavoidable because of the generality of rules. Any liberal legal system will need to deal with the issue of abstraction as rules are general standards. Even if LAJ is a historical institutional form, it remains a typical feature of liberal law for two reasons. (i) All liberal legal systems are formed by *general*, abstract rules that ignore particularities and (ii) any dispute needs a *subject-matter* to identify the applicable standard (LJ, 17), i.e., they subsume the particular into the general.

Secondly, certain instances of abstraction and impartiality – openness and lack of prejudice (LJ, 97) are not only conceptually unavoidable but also morally virtuous (LJ, 72). Judges are impartial to subjects, but only in the context of partial rules determined by the values of a particular legal system (LJ, 98-100). Moral agents can always question the content of rules, but abstraction and impartiality help to treat disputants as ‘formally equal abstract bearers’ (LJ, 102). That is, they are treated equally just because they are members of the legal community, regardless of their gender, status,

EQUALITY: THREE QUESTIONS FOR WILLIAM LUCY

religion or ethnicity. In brief, Lucy makes clear that we should not confuse a complaint about the particular content of laws with a complaint about abstraction or impartiality as features of *LAJ*.

III

Just by analyzing *LAJ* as a question of *institutional* design, the book is an enormous theoretical contribution to understand the different conceptions of equality in jurisprudence. Although the book takes the common law tradition as a paradigm, it is also of great theoretical and practical significance for Latin America. Theoretically, for instance, Latin American constitutions protect equality before the law in a formal sense, but they have also incorporated substantive equality provisions aiming to redress the historical exclusion of women, aboriginals, and other ethnic groups by recognizing *special* rights.² Lucy's work is insightful because, even in a substantive equality approach, this special treatment needs to be specially justified (LJ, 16, 188). Also, the components of uniformity and presumptive identity are unavoidable as indigenous rights, for instance, apply to all indigenous, regardless of their own particularities.

Practically, Lucy's work is also a significant contribution to the connection between the abstraction of rules and equality before courts of law. For example, The Mexican Supreme Court discussed for almost two years, with no agreement reached, about the nature of statutory judicial precedents. One question was, precisely, whether precedents are "norms" even if they are not *abstract* standards but concrete decisions.³ Lucy's work can inspire us to argue that judges safeguard the ideal of equality before the law by applying standards uniformly to 'identical abstract beings' (LJ, 4), even if precedents are the outcome of *particular* decisions.

² Roberto Gargarella, 'Equality' in Rosalind Dixon and Tom Ginsburg (eds), *Comparative Constitutional Law in Latin America* (Edward Elgar 2017) 176, 181 & 191.

³ C.T. 182-2014, *Sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación celebrada el lunes 25 de mayo de 2015* [Session of the Plenum of Mexican Supreme Court of 25 May 2015.], 4, 11, 21, 24.

RODRIGO CAMARENA GONZÁLEZ

In addition to the general analysis of *LAJ* as a ‘particular, possibly historically unique legal institutional form’ (LJ, 246), the book makes an array of more specific contributions to the discussion of impartiality and equality. Because of space constraints, I will analyze only two. The first is the *principle of accommodation*. This principle refers to the possibility that a legal system may protect some groups whose values differ from the values of the majority (LJ, 107). The *strong* version of the accommodation principle holds that ‘good evidence of difference defeats any legal claim’ while the *weak* version holds that ‘good evidence of difference [must] be admitted in court’ (LJ, 108.) This principle requires proving membership of a group other than citizenship. Individuals can be part of several communities, but the ultimate membership is that of citizenship.

The second contribution is Lucy’s analysis of equality and his particular conceptions of equality in connection with *LAJ*. He rejects the thin conception of equality of ‘like cases must be treated alike’ because the principle is not normatively useful; we need a substantive account to know what differences are legally relevant (LJ, 167, 170). He also rejects Luck Egalitarianism, i.e., the conception of equality based on distributive justice and the difference between choice (free will) and circumstances (determined by luck). He questions the blurred distinction between choice and circumstances (LJ, 174-177), and the focus on the distribution of things without tackling the question of equal standing (LJ, 182).

In contrast, he advances a *Social and Political Ideal of Equality* aimed at abolishing hierarchy and exclusion. This is a substantive conception of equality formed by the four themes of equal standing, worth, entitlement (bundle of rights) and opacity —i.e., formal membership is what is relevant, no life-auditing (LJ, 186). This conception is complemented with the dworkinean Right to Equal Concern and Respect— ‘where concern requires to treat human beings as capable of suffering and frustration and respect to treat them as intelligent human beings with conceptions of their lives.’⁴ Together both conceptions serve to link equality with dignity, the first being a

⁴ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press 1978) 272.

EQUALITY: THREE QUESTIONS FOR WILLIAM LUCY

matter of membership to a group, the latter an individualistic notion that requires respect to any human being (LJ, 203).

IV

Bearing in mind these contributions, I have three questions for Professor Lucy:

- 1) Throughout the book, Professor Lucy seems to have statutory provisions as the paradigm of rules. He mentions that 'law is part of the enterprise of subjecting human conduct to the governance of *rules*' (LJ, 38, emphasis added). In turn, rules must be among other things, intelligible, known in advance (LJ, 38-42) and, more importantly, imply a degree of *abstraction* that ignores particularity (LJ, 16-17). However, in passing, he notes that equality provisions are interpreted in light of precedents, but these are subject to 'elaboration' and their meaning is 'never determined solely by precedents' (LJ, 167).

Then, it is puzzling to ascertain that *LAI* could be instantiated in 'pure' common law adjudication where precedents are the sole guiding source for human behavior. There are no pre-existing statutory provisions or explicit canonical rules. In fact, scholars as Grant Lamond have argued that rather than a rule-based system, the common law is a case-by-case approach for deciding cases.⁵ Similarly, Barbara Levenbook has argued that precedents are best understood as *examples*, rather than rules.⁶ While categorization is present in both, reasoning by rules and examples, the latter seems to suggest a lesser degree of abstraction, and apparently explains the potential flexibility that common law judges have when interpreting and applying precedents.

⁵ Grant Lamond, 'Do Precedents Create Rules?' (2005) 1 *Legal Theory*.

⁶ Similarly, Barbara Levenbook has argued that precedents are best understood as examples, rather than rules: Barbara Levenbook, 'The Meaning of A Precedent' *Legal Theory* (2000) 185. Levi raised the same claim although with different arguments: E. Levi, 'An Introduction to Legal Reasoning' (1948) 501 *University of Chicago Law Review*.

RODRIGO CAMARENA GONZÁLEZ

Nevertheless, it would be controversial to say that the law, as conceived in LJ, seeks to subject human conduct to the governance of examples. How can a citizen know the standards in advance when precedents are always subject to ‘elaboration’ and bi-directional analysis between the precedent and the case at hand that may lead to distinct interpretations? Can *LJ*’s abstract and predictable conception of rules be reconciled with the flexibility and case-by-case approach of pure common law adjudication?

- 2) Regarding the *principle of accommodation* and the *limited avoidability* component, Lucy states that ‘considerable work needs be done so as to distinguish between the culture of career criminals and terrorists, on the one hand, and that of various religious, ethnic, and other groups, on the other’ (LJ, 108). One can argue, for instance, that the presence and consequences of colonialism on indigenous people distinguish their ethnic groups from the rest of the citizens and thus being an indigenous person is a valid reason to avoid the application of some standard. The consequences of colonialism would be the *group membership* that differentiates a group from the majority, at least in the weak version of the principle of accommodation.

Nevertheless, the ‘evidence’ of membership relevant to apply the principle of accommodation seems to be paradoxical, or at least not a matter of proof at all. If the allocation of membership is a subjective entitlement given by self-identification, it may be used illegitimately to avoid the rigor of the law. In contrast, if its needed an external or ‘objective’ proof, it may subject the individuals or the group to the tyranny of the majority, e.g. the officials or expert witnesses do not consider the group a ‘real’ indigenous community or ‘serious’ religion (e.g., Scientology), or the indigenous community does not consider the individual as a member.

This question is not only fascinating from a philosophical perspective but is part of everyday indigenous religious rights litigation. Think of the landmark Colombian case *T-523-97*,⁷

⁷ T-523-97, 15 October 1997, Carlos Gaviria Díaz.

EQUALITY: THREE QUESTIONS FOR WILLIAM LUCY

where the Court held that whipping a convicted murderer was not cruel or unusual punishment when imposed by the *Páez*—an indigenous community— but a culturally diverse way of expiation. Or the recent U.S. case of *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*,⁸ where the Court ruled that freedom of religion could exempt a Christian baker from abiding non-discrimination laws and thus allows him to reject service to gay wedding couples.

How, then, is membership proved to justify the principle of accommodation? Also, once membership is accepted in a trial, how should judges adjudicate between cultural and diversity claims, on the one and, and legal equality, on the other, on the understanding that both claims are valuable from the standpoint of a particular legal system?

- 3) The third and last question is connected to the previous one and relates to the tension between legal pluralism and sovereignty. Judges must be impartial, but only in light of partial rules developed by a *unique* legal system. In this sense, *LAJ* is an expression of the liberal state where the locus of sovereignty is only one. By contrast, in a feudal or pre-liberal region there is no sovereignty but an array of loci of power. Similarly, in a pluri-national state, such as Bolivia,⁹ there are several nations, and legal pluralism is recognized as a right, thus there are several normative systems inside a country that are not always subordinated to a single legal authority.

Does the simultaneous membership to the legal community and other normative systems grounded on ethnic or religious connections threaten the sovereignty as hallmark of the liberal nation-state? Lucy could reply that, ultimately, it is the constitution—as an expression of sovereignty—that grants such rights. Still, this would trigger the never-ending debate about whether rights are ‘created’ or ‘recognized’ by the law. If rights are created, then the ultimate membership is indeed citizenship, but if rights are recognized, then the ultimate membership is human-

⁸ 584 U.S. (2018).

⁹ Bolivian Constitution of 2009, Articles 1, 2, 9.2, 14.2, 98, and 178.1.

RODRIGO CAMARENA GONZÁLEZ

ity since rights-bearers are individuals with inherent dignity regardless of the positive law.

These questions are the vehicle to engage in a critical analysis of LJ, a bright, critical and innovative work that defends and explains the normative project of liberal law. Perhaps we could think of a normative order beyond law and challenge our 'institutional imagination' (LJ, 253). However, before doing this, Lucy takes the necessary effort seriously to comprehend *LAJ* inside the liberal law. By doing this, he brings a thought-provoking book from which readers of the north and global south, critics as well as supporters of the *LAJ* will benefit.

LAW'S JUDGMENT AND VIRTUOUS JUDGEMENT*

EL JUICIO DEL DERECHO Y EL JUICIO VIRTUOSO

Amalia AMAYA**

SUMMARY: I. *Law's Abstract Judgment is Non-Virtuous Judgment.*
II. *Law's Abstract Judgment Falls Short of Fostering a True Community.*

William Lucy's main claim in *Law's Judgment*¹ is that law's judgment is abstract (LAJ hereinafter). This claim entails that a) the law sees its addressees not in all its particularity but as identical abstract beings; b) the law judges its addressees by reference to general and objective standards equally applicable to all; and c) the application of these standards is mitigated only by a limited number and range of exculpatory claims.² This thesis is not meant to be merely descriptive —of the way in which current law judges us— but also normative: that the law judges us in this abstract way is a desirable feature of our legal systems in so far as it is closely connected to some values such as impartiality, dignity, equality and fairness and it is a means of realizing specific forms of community.

Lucy's book is a rare achievement in contemporary legal philosophy. Two (unfortunate, in my view) features characterize a substantial part of current work in philosophy of law: first, contemporary philosophy of law is severely disconnected from the law as such (to put it in Lucy's words, legal theory's stance is highly abstract) and,

* Artículo recibido el 13 de agosto de 2018 y aprobado para su publicación el 13 de noviembre de 2018.

** UNAM.

¹ William Lucy, *Law's Judgment* (Oxford Hart Publishing 2017).

² Ibid 4-5.

AMALIA AMAYA

second, it has a fairly narrow focus. Lucy's book stands out as an exception to this state of affairs in that it masterfully connects the legal and philosophical theses under discussion with a solid knowledge of doctrinal areas, showing how the claims advanced bear on the real, pressing, problems facing legal practice. The book also departs from the 'you'd better know a lot about a little' kind of approach that is characteristic of analytic philosophy of law and provides a refreshingly broad discussion of some fundamental legal values.

Despite its virtues, I find the main claim of the book highly objectionable. My critique has two strands. First, I will level an objection against the abstractedness of law's judgment defended by Lucy on the grounds that seeing and judging people on the abstract terms that the thesis recommends amounts to non-virtuous judgment. This objection is a general one that is importantly connected with several of the objections against *LAJ* considered by Lucy. The second strand of my critique is directed against the justificatory part of Lucy's project. One of the main reasons why Lucy's finds *LAJ* valuable is because it fosters a distinctive kind of community that is in significant ways egalitarian. I will argue that the kind of community envisioned by Lucy as desirable falls short of the kind of community we (I) hope to inhabit. Virtuous judgment, rather than abstract judgment, is the tool whereby the law may help us realize a deeper communitarian ideal- one that goes beyond Lucy's egalitarian one.

I. LAW'S ABSTRACT JUDGMENT IS NON-VIRTUOUS JUDGMENT

The claim that law's judgment is abstract has two aspects: a) one aspect has to do with the way in which the law sees us, and b) the second aspect relates to how the law judges us. My claim is that on both accounts law's abstract judgment is non-virtuous. The virtuous gaze is one in which we are viewed as beings with equal moral worth and equal legal rights, but also —and here it radically departs from the mode of seeing involved in *LAJ*— as the unique creatures that we are. Thus, the virtuous' judge, in contrast to the judge that is committed to *LAJ*, would see us in all our particularity and would not be blind to the differences that make us who we are.

LAW'S JUDGEMENT AND VIRTUOUS JUDGEMENT

How would the law judge us if it did so virtuously? The virtuous judge, in contrast to the mode of judging required by LAJ, would a) have the ability to see the whole picture, perceive all the morally and legally salient features of the case, and miss nothing of relevance; b) be emotionally attached to the parties whose case is being disposed; c) describe and re-describe the case in all its particularity; and d) specify the values at stake in ways that make them applicable to the situation at hand —she will know how to put into practice a particular value, which might even require, on occasion, that she revise the received conception of the values at stake in order to avoid unjust or absurd decisions. Hence, she will know when, in light of the circumstances, a defeating condition obtains, which may lead one to call into question the applicability of the legal rule.

Thus, virtuous judgment is markedly different from abstract judgment. It embodies a distinct form of both seeing and judging. First, it sees their addresses in their full complexity, rather than in LAJ's limited way. Secondly, it employs context-sensitive standards of judgment, which opens up the possibility that some cases might not be, given the peculiar configuration of circumstances, 'rule-cases' (as Detmold, whose work is also discussed by Lucy)³ nicely puts it.

Let me illustrate by means of two examples (to be added to the many lucidly discussed by Lucy) the critical ways in which virtuous judgment differs from LAJ. One example of law's abstract judgment might be thought to be the decision of the Canadian Supreme Court in the well-known Tracy Latimer case, namely, a decision to condemn a father to life in prison (against the recommendation of the jury) for putting an end to his daughter's life, who had undergone several surgeries (and more surgeries had been planned) and lives in a vegetative state which, however, does not free her from a terrible pain.⁴ Another example of law's abstract judgment would be a decision to send a man, Leroy Reed (who is cognitively deficient) to prison for life, in application of the 'three strike and you are out' law, for standing at the entrance of the courtroom armed to look for

³ See Michael Detmold, 'Law as Practical Reason' (1989) *Cambridge Law Journal* 436-471.

⁴ See *R v Latimer* [1997] 1 SCR 217 and *R v Latimer* [2001] 1 SCR 2.

AMALIA AMAYA

a job as a private detective (this decision was, in fact, not the one taken by the actual jury, who mercifully decided to nullify).⁵ In cases such as those, rather than giving primacy to the claims of generality and abstractedness, a virtuous decision-maker (as I submit was the jury in Reed's case) would see Latimer's and Reed's cases in all their specificity and judge them accordingly.

It is worth emphasizing that to favor a virtuous approach to the law is not, however, to succumb to particularistic impulses. Lucy (rightly) warns us –and I think he is right– that we should not view particularism as the alternative to law's abstract judgment.⁶ Virtuous judgment provides us, I contend, with the correct amount of abstractedness and particularity. As Aristotle said, virtue is the right mean between excess and defect. Virtuous judgment provides us with a third, middle, way in between the unyielding rigor of abstractedness —advocated by Lucy— and the open-ended flexibility of particularity that seems incompatible (as Lucy convincingly argues) with the very nature of law.

II. LAW'S ABSTRACT JUDGMENT FALLS SHORT OF FOSTERING A TRUE COMMUNITY

Lucy claims that law's abstract judgment enjoys significant normative support insofar as it embodies important values (such as dignity, equality and impartiality) and fosters an egalitarian kind of community, more specifically, a Dworkinian community of principle.⁷ My objection to Lucy's arguments in support of the normative appeal of *LAJ* is the following: although egalitarianism is a quintessential component of our ideal of community, it does not exhaust the content of community as a legal and political ideal. Indeed, we expect members of communities to engage socially and politically

⁵ The case was the subject of a TV show, *Frontline*, broadcast in the US in 1986: see <<https://www.nytimes.com/1986/04/08/movies/inside-the-jury-room.html>> and <http://articles.latimes.com/1986-04-04/entertainment/ca-24551_1_deadly-force>.

⁶ Lucy (n 1) 16-19.

⁷ *Ibid* 231.

LAW'S JUDGEMENT AND VIRTUOUS JUDGEMENT

on an egalitarian basis. However, we also aspire to inhabit a community in which people are bounded by affective ties and in which there are relations of mutual aid and reciprocal service. In order to bring about that community, it is critical the way in which the state (through its public servants, judges being to the point here) and the law treats us. An aloof judge, who feels disconnected to those whose case in being judged, and who sees himself as someone who is to blindly apply the law, is ill-suited to establishing the kind of social relationships which, I would argue, are distinctive of fraternal communities.

Thus, to recapitulate, law's abstract judgment is not a virtuous kind of judgment. A virtuous judge would see us and judge us in a rather different way than a judge who is deeply committed to law's abstractedness. It is the former, rather than the latter, that help us to realize a thick ideal of community —and its corresponding values— to the fullest. *LAJ's* model of belonging, with its exclusive focus on egalitarianism, is too thin. Now, Lucy's claim about law's abstract judgment, as argued, is both descriptive and normative. Nothing of what I have said thus far affects the descriptive adequacy of his claim. Lucy might be right that law's for the most part in most instances and in most legal systems sees us and judges us in abstract terms. This is not, however, all it can aspire to do and it is not the best way in which it can help us bring about social change and establish a better kind of community than the one we currently have. Thus, as a normative claim —about how the law should be— *LAJ* seems wanting.

Indeed, Lucy is probably right that doing without law's abstractedness might require 'the replacement of law as we currently know it'.⁸ But I do not think that this should stop us from pursuing this project. After all, even if, as Lucy's exemplarily shows, legal theory should not be disconnected from legal practice, it should also aspire to improve and ameliorate that practice. Thinking up and visualizing a different legal order —one that sees us as the virtuous person would and that judges us virtuously— is an important step towards constructing a different (better) kind of community. That commu-

⁸ Ibid 33.

AMALIA AMAYA

nity —to be sure— would not be the type of liberal, bourgeois or capitalist community we live in now. But neither should the turn to virtue be interpreted as requiring that we should go back to feudal legality —and throw away the important lessons that we have learnt about the importance of generality and abstractedness and the great historical conquests of due process, equal rights, and equality before and under the law.⁹ It requires us, however, that we do not rest content with these important historical achievements and that we be willing to engage in a difficult, but worthy, exercise in legal and political imagination.

⁹ LAJ, as Lucy says, is historically significant, in that its emphasis on generality and abstraction could be seen as generating a major distinction between feudal or medieval law, on the one hand, and bourgeois or liberal law, on the other. See Lucy (n 1) 20.

THE GENERALS AND PARTICULARS OF LAW'S ABSTRACT JUDGEMENT AND THE TROUBLE WITH RESPONSIBILITY IN NEGLIGENCE LAW*

LO GENERAL Y PARTICULAR DEL JUICIO ABSTRACTO DEL DERECHO Y EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO DE NEGLIGENCIA

Haris PSARRAS**

One of the advantages of jurisprudence as a method of legal research that makes it attractive and instructive to lawyers with expertise in various fields of law is that jurisprudential inquiries and conclusions often offer insights into both the generals and the particulars of law. Through exploring a concept that we associate with law in the abstract (e.g. *rule-following* or *adjudication*), legal theorists also deepen our understanding of manifestations of such a concept in a specific field of law as practised in one or more legal systems (e.g. *rule-following* in arbitration processes in common law systems or Florida criminal law *adjudication*).

This advantage is evident in William Lucy's jurisprudential inquiry into what he treats as *law's abstract judgement* (henceforth, *LAJ*) in his most recent monograph, which is somewhat less outspokenly entitled *Law's Judgement*.¹ According to William, the distinguishing feature of law's judgement is its abstract character; a feature that becomes manifest if we consider that 'law judges its addressees by reference to *general and objective standards equally*

* Artículo recibido el 6 de agosto de 2018 y aceptado para su publicación el 19 de noviembre de 2018.

** University of Southampton.

¹ William Lucy, *Law's Judgement* (Hart 2017).

HARIS PSARRAS

applicable to all.² Clearly, this is an observation about law in general. Yet William's argument affirms jurisprudence's enduring legacy of shedding light on both the generals and the particulars of law, through tracing the exercise of *LAJ* in a number of specific areas of law found in contemporary legal systems of Western culture, with special emphasis on English law. Tort and contract, criminal law and anti-discrimination law, citizenship and legal standing; these and additional fields and topics are explored in the book in light of William's argument.

More precisely, the monograph selects troubling problems and unresolved controversies from those and other specific areas of law that appear to lend support to the complaint that *LAJ* stands in tension with, and occasionally impedes the fostering of some of, the values that law is intended to serve. In examining this complaint, William's argument centres upon the following values: the fair treatment of law's addressees as inviolable individuals, respect for each one's dignity, and the promotion of equality and fraternal life in the ideal form of a political community that modern law-governed societies are presumed to aspire to. The more or less felicitous service rendered to those values through established ways in which legal officials tend to form their judgement when they legislate or decide cases in specific areas of law, serves as a means for William to clarify the complaint and as a criterion for evaluating its appositeness.

The essence of the complaint is taken to be that an inevitable distancing from the specific circumstances and attributes of law's addressees that the exercise of *LAJ* – always according to the complaint – inevitably brings with it, cannot help neglecting individual addressees' morally significant particularities. With the abstract character of *LAJ* being understood as a matter of the generality and general applicability of legal norms, the complaint culminates in the assertion that *LAJ* is, in view of its abstract character, a seriously impaired form of moral judgement. In evaluating the complaint, William adopts a moderately critical stance towards it.

When it comes to concerns over *LAJ* at a general level (e.g. the concern that normative abstractions in law tend to overlook the spe-

² Ibid 4.

THE GENERALS AND PARTICULARS OF LAW'S ABSTRACT JUDGEMENT...

cifics of individual persons and situations, even though the consideration of such specifics is often crucial to the formation of sound moral judgements on the respective persons and situations), the monograph acknowledges and selectively affirms them.³ But with regard to concerns over a claimed tension between specific moral values and the way *LAJ* is practiced in specific areas of law in England and beyond, William is considerably more skeptical. In fact, he often engages in a rebuttal of the criticism of legal norms and institutional practices that feeds into such concerns. He does that through demonstrating how particular laws or legal processes and policies in particular legal areas do (or at least are tuned to doing) justice to the morally meaningful specifics of individual cases and persons, and thus serve relatively well overall any moral values that are pertinent to those areas.⁴

As becomes apparent, the jurisprudential *modus operandi* that consists in a parallel consideration of the generals and the particulars of law (or of the generals through the particulars and vice versa) is notably present in William's monograph and also reflected in his stance towards the criticism of *LAJ*: his more positive reception of critical remarks that pertain to the generals of this type of judgement can be contrasted to his informed doubt towards – if not his refutation of – critical remarks that concentrate on its particulars.

I now turn to my own thoughts on William's general stance towards any limitations that may be inherent in *LAJ*, as well as towards that part of the criticism of it that he finds excessive or even misguided in light of examples from particular areas of law. And as I do that I see that any points of agreement or disagreement with key claims in his monograph that have come to mind, and have been progressively taking shape since I first read it, can also be helpfully sketched out in terms of a dividing line between the generals and the particulars. Of course, it is the generals and the particulars of William's approach to *LAJ* and to its critics that I am talking about here, not the generals and the particulars of *LAJ* – though, as one may be quick to point out, the former are built upon the latter.

³ See, e.g. *ibid* 21-22.

⁴ See, e.g. *ibid* chs 3 and 5.

HARIS PSARRAS

In brief, I am in agreement with William when he remains unconvinced by arguments that reject *LAJ* for allegedly being morally myopic or even flawed, but I believe that his rebuttal of most of those arguments would be more persuasive if he made fewer concessions to them; or, to put it differently, if his defence of the moral quality of *LAJ* were more extensive and more categorical. In any case, William's moderate stance towards the critics of *LAJ* that I am taking issue with here, unfolds, as said, at two levels.

At the general level, the monograph joins –albeit temperately– the critics of *LAJ* in lamenting an allegedly inherent tendency of *LAJ* to produce or reiterate abstract conceptualisations of persons and of their conduct in a one-size-fits-all mode⁵ that may undermine the complexity and variety of pertinent moral considerations in difficult legal cases. At the level of the particulars, the monograph, despite the fact that it eventually discredits most of the critics' complaints against what they perceive as *LAJ*'s compromised and inoperative concretisation of key moral values,⁶ occasionally discredits them in a manner that affirms, in principle, the emergence of a tension between *LAJ* and such values; and this is to the disappointment of those who, like me, would argue that such a tension is practically non-existent.

My reservations about the generals of William's only tentatively critical approach to the criticism against *LAJ* were briefly discussed in my book review of *Law's Judgement* last year.⁷ I also highlighted some of the weak points raised by the critics of *LAJ* that appear to me to invite a more robustly critical response. Later in this note, I will also turn to the particulars; more precisely, to one interesting aspect of the particulars of William's approach to the *LAJ*: his worries over what he perceives as *LAJ*'s contribution to a 'moral jolt'⁸ concerning the attribution of responsibility in negligence law. I will do that after I reiterate and expand on one of my book review's reservations regarding the generals of William's view on *LAJ*; a reservation that can both serve as a springboard for moving to the particulars of

⁵ See, e.g. *ibid* 1-2 & 35.

⁶ See, e.g. *ibid* 32-34.

⁷ Harris Psarras (2018) 77 *Cambridge Law Journal* 423-427.

⁸ Lucy (n 1) 79.

THE GENERALS AND PARTICULARS OF LAW'S ABSTRACT JUDGEMENT...

William's approach and pave the way for my synoptic argument to demonstrate that the elements that I find unconvincing in parts of William's generals on *LAJ* share a common root with elements that trouble me in his particulars on it.

My reservation regarding the generals that I consider crucial here is William's treatment of abstract judgement, understood as the evaluation of the conduct of persons on the basis of abstract (i.e. non-person specific) criteria, as a distinctive feature of law's judgement; or, to be more precise, as the distinctive feature of it: remember that the monograph singles out law's judgement, as a special type of judgement of persons' conduct, in light of its abstract character, to which law's judgement also owes the name (*LAJ*) under which it is known in the course of William's argument. I disagree.⁹ Judging a person's conduct on the basis of abstract criteria is not a distinctive feature of law. On the contrary, it is an ordinary feature of any form of guidance and evaluation of persons' conduct on the basis of rules. From religion to management, from courtesy to morals, persons are governed by rules.¹⁰ And rules govern through providing their addressees with binding abstract criteria of action-guidance and judgement. Of course, context- or person-specific considerations are not foreign to decision-making processes in rule-based systems of action-guidance other than law. But such considerations are not unknown to law either;¹¹ so the question as to whether *LAJ* is an apposite name for law's judgement persists.

This question is a pressing one. Far from being only a question about a name, or from solely casting doubt as to whether the abstract character of law's judgement is the feature that such judgement may owe its special character (if it has any) to, it also challenges the view that abstract judgement may have a propensity for moral jolts. If abstract judgement is a feature of any rule-based mode of action-guidance, and considering that most modes of action-guidance

⁹ Psarras (n 7) 424.

¹⁰ See, more generally, HLA Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press 2012) 86-87 & 169-170.

¹¹ See, e.g., N MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law* (Oxford University Press 2005) 80-81.

HARIS PSARRAS

are rule-based, a criticism of *LAJ* for potentially leading to morally flawed evaluations becomes considerably less credible, as it inevitably targets all rule-based systems that drive our actions and allow us to consistently evaluate ours and others' conduct. Such a target is overly demanding, because in its pursuit one appears to have no choice but to abandon rule-based modes of moral judgement altogether in favour of non-rule-based ones.

Now, a dedicated critic of *LAJ* may bite the bullet and argue that dispensing with rule-based judgement is not a bad idea after all. From such a critic's perspective, rules (due to a certain level of abstraction to which they owe their ability to cover an indefinite number of specific cases) may be seen as inherently unresponsive to a morally justified expectation that our judgement is also formed in light of context- or person-specific considerations applying to this or that situation in a morally significant manner. How can one respond to this criticism against *LAJ*?

One way is to argue that *LAJ* (as well as abstract judgement in other rule-based systems beyond law) is not commensurate with the paradigmatic form of person-specific judgement, and thus that a characterisation of the former as morally impaired fails if it is premised upon a comparison between the former and the latter. Clearly, this line of argument, though it precludes the consideration of abstract judgement as a comparatively superior form of moral judgement tout court (in any case, to defend *LAJ* robustly, one does not need to subscribe to such a boastful and most likely misguided praise of abstract judgement), can effectively insulate *LAJ* against complaints for its alleged moral myopia. Another way is one that is more moderate towards *LAJ*'s critics: concede that *LAJ* may give rise to moral jolts, but then argue, in light of the particulars of the exercise of *LAJ* in specific areas of law, that such moral jolts are effectively avoided. It is this latter way that William often follows in his defence of *LAJ*: he rebuts objections against *LAJ* through arguing that though its generals (that is, its rule-based and, hence, non-person-specific character) may indeed give rise to moral problems, its particulars (that is, its manifestations in specific areas of law) prove to meet key moral expectations in any of those areas that he has chosen for field-testing *LAJ*'s moral competency.

THE GENERALS AND PARTICULARS OF LAW'S ABSTRACT JUDGEMENT...

Yet, as said, such rebuttals of the criticism against *LAJ* have its limitations. William's exploration of the charge that *LAJ* has a part in complications concerning the ascription of responsibility in negligence law is telling in this respect. As it has been established in *Nettleship v Weston*,¹² the standard of care that applies to a reasonably competent driver also applies to a learner driver. Regardless of her inexperience, the latter is also under an obligation to adhere to the high standard of performance required from the former. If a learner driver (as Mrs Weston, in this case) is in breach of the generally required standard, she is found responsible for the occurrence of any harm that her breach has caused to another person and liable to compensate for it. In the monograph, this rule is considered as a typical manifestation of *LAJ*, in the sense that it is blind to the particularity of the learner driver's situation.

So far so good. But, in discussing this case, the monograph also turns to a relevant complaint of the critics of *LAJ*: holding a learner driver responsible for failing to meet the standard required from an experienced driver amounts, according to the critics, to an instance of judging the learner driver unfairly.¹³ More precisely, the rule in *Nettleship v Weston* is seen by the critics as a paradigmatic case of the morally objectionable judgements that *LAJ* is accused of having a propensity to lead to, due to its abstract character. Here, the objection to *LAJ*'s supposed neglect of morally crucial person-specific considerations culminates in the critics' claim that 'imposing liability on Mrs Weston for failing to meet a standard she plainly could not meet penalises her for failing to do the impossible'.¹⁴

Clearly, though this complaint against *LAJ* is discussed in light of a specific case from negligence law, it concerns the generals of *LAJ*. In fact, it is another version of the critics' leitmotif that law's judgment of a person and its negative evaluation of her conduct in light of abstract, rule-based criteria rather than in light of person-specific considerations are often morally problematic and occasionally morally untenable. William's response to this criticism of the generals

¹² [1971] EWCA Civ 6.

¹³ Lucy (n 1) 80.

¹⁴ Ibid 79.

HARIS PSARRAS

of *LAJ* is not a response at the general level, as it would be the one I would favour. Far from offering itself as a general defence of the moral legitimacy and appositeness of abstract judgement in law and in other rule-based systems, William's approach is framed in terms of the particulars of *LAJ* in negligence law (equally field-specific defences of *LAJ* can be found in William's discussion of *LAJ*'s place in other fields of law surveyed in the book).

More specifically, William's negligence-law-specific response could be summarised as follows: the crux of fairness in negligence law is less a matter of a fair judgement regarding the defendant's responsibility for her acts and more a matter of a fair system of outcome responsibility according to which each person is found responsible for the outcome of her acts in a manner that is reciprocal, impartial, and beneficial for all law's addressees.¹⁵ This response draws inspiration from Honoré's account primarily of strict liability, but also of fault liability in private law.¹⁶ Regardless of whether the critics of *LAJ* would be attracted to William's invitation for a fresh appraisal of *LAJ*'s manifestations in negligence law (an appraisal to be conducted, this time, in terms of a conception of fairness different to the one that their criticism has been premised upon), I hold that a response to the critics in light of the generals rather than the particulars of *LAJ* would be more apt and effective, even when it comes to a controversy as limited to a specific field of law as the one over the fairness of responsibility ascription in negligence law may seem to be.

A response to the critics' complaint that *LAJ* is to blame for the unfair, according to them, decision against Mrs Weston could take the form of a defence of the generals of *LAJ*, if, for instance, it emphasises that person-specific judgement cannot be a substitute for *LAJ*, because the two forms of judgement are incommensurable to each other. Incommensurability, here, can be highlighted in different terms, separately or cumulatively.

To the complaint that *LAJ* leads to unfair (in light of *Nettleship v Weston*) and, more broadly, to morally objectionable judgements

¹⁵ Ibid 91-92.

¹⁶ See T Honoré, 'Responsibility and Luck: The Moral Basis of Strict Liability' in his *Responsibility and Fault* (Hart 1999) 14-40.

THE GENERALS AND PARTICULARS OF LAW'S ABSTRACT JUDGEMENT...

of specific persons, one could respond through indicating that the exercise of *LAJ* in negligence and elsewhere in law is about judging not persons, but specific acts (the virtues and vices of a person as a character or other character traits no matter how relevant they may be to a facilitation or hindering of such a person's compliance with the law do not interest *LAJ*).¹⁷ To the complaint that *LAJ* produces unwarrantedly negative evaluations of a person's conduct in light of rule-based criteria, one could object that the primary moral function of rules is to provide action-guidance before they are (and in order not to be) infringed;¹⁸ not necessarily to provide criteria of evaluation of their possible infringements (let alone of the infringers' broader conduct) as blameworthy, neutral or, in rare cases, even praiseworthy for some reason. And the list of responses to the criticism of *LAJ* that call attention to the *LAJ*'s generals rather than to its particulars could possibly continue.

It may now be time to wrap this up. As I look forward to receiving William's responses that are expected to be as thought-provoking as the monograph itself, I will end with this: the analysis of *LAJ* and of its critics' objections that William undertakes in *Law's Judgement* is engagingly complex, because it covers both the generals and the particulars of *LAJ*. The present note could be seen as an invitation to hear more about the intertwinement between the two, which, as any careful reader of the monograph must have noticed, William is fully aware of and potentially keen to explore even further.

¹⁷ Regarding the exclusion of the quality of a person's character from a possible set of considerations regarding the scope and justification of strict liability (and, by extension, of fault liability) consider, e.g. J. Gardner, "Obligations and Outcomes in the Law of Torts" in P Cane & J Gardner, *Relating to Responsibility: Essays in Honour of Tony Honoré on his 80th Birthday* (Hart 2001) 111-144, 115.

¹⁸ See, e.g. the idealist approach to the basis of liability in negligence as discussed in NJ McBride, 'Duties of Care-Do They Really Exist?' (2004) *Oxford Journal of Legal Studies* 417-441, 421-422.

LAW'S ABSTRACT JUDGEMENT (LAJ) AND INTELLIGENT FIDELITY: ON WILLIAM LUCY'S LAW'S JUDGEMENT*

*EL JUICIO ABSTRACTO DEL DERECHO Y LA FIDELIDAD
INTELIGENTE: SOBRE LAW'S JUDGEMENT DE WILLIAM LUCY*

Imer B. FLORES**

We have to choose between an abstract, principled, moral reading... and a concrete, dated, reading.

Ronald Dworkin, *The Arduous Virtue of Fidelity* (1997)

Every proposition of positive law, whether contained in a statute or a judicial precedent, is to be interpreted reasonably, in the light of its evident purpose.

Lon L. Fuller, *The Case of the Speluncean Explorers* (1949)

SUMMARY: I. *Introduction: Law's Abstract Judgement (LAJ)*. II. *LAJ Reviewed*. III. *LAJ Revised*. IV. *Conclusion: LAJ Recognised*.

* Artículo recibido el 8 de agosto de 2018 y aceptado para su publicación el 5 de noviembre de 2018. Revised and extended version of the comment prepared for a "Book Symposium" on William Lucy's *Law's Judgement*, 28 August 2016.

** Professor-Researcher, Institute for Legal Research (IJJ) and Law School (FD) of the National Autonomous University of Mexico (UNAM). I am grateful not only to William Lucy for his willingness to put his book under scrutiny of Juan Vega Gómez (as Chair), Amalia Amaya, Rodrigo Camarena González, and myself (as Commentators), but also to Edgardo Ocampo y Rubén Rivera for helpful research assistance and discussion of a previous draft, along as Adrián Chávez and Sócrates Osorio.

IMER B. FLORES

I. INTRODUCTION: LAW'S ABSTRACT JUDGEMENT (*LAJ*)

Elucidating and defending the abstract nature of law's judgement is the double aim of William Lucy's *Law's Judgement*.¹ It is worth mentioning that this feature of law, *i.e.* law's abstract judgement (hereinafter *LAJ*), has been either dismissed or overlooked by legal theory. What's more for most critical authors it is morally troublesome or historically anachronistic.² Hence, the book rectifies and redresses this wrong not only by exploring the various connections between *LAJ* and some of our most important legal and political values, such as dignity, equality and community, but also by showing its close relations to juristic conceptions embedded in the law, such as personhood, *i.e.* legal persons, and fairness, including responsibility, impartiality and equity (or even mercy). In that sense, it serves a double purpose: first, it makes a case against those who counsel liberation from *LAJ*; and, second, it redirects attention to the task of morally evaluating *LAJ* in its own terms.

In my opinion, Lucy's contributions, in addition to providing the first book-length and pretty exhaustive analysis and defence of *LAJ*, are both descriptive/explicative and prescriptive/normative, since it has both explanatory/expository and justificatory aims.³ In what follows, I will commence by reviewing Lucy's *LAJ*; continue by revising critically his version of *LAJ*; and conclude by reinforcing why I applaud and embrace Lucy's *LAJ*.

¹ See William Lucy, *Law's Judgement* (Hart Publishing 2017) (hereinafter references will be made directly in the text and between parentheses). See also 'Abstraction and the Rule of Law' (2009) 29 *Oxford Journal of Legal Studies* 481-509.

² See Roberto Mangabeira Unger, *Knowledge and Politics* (Free Press 1975) 74: "The language of formal equality is a language of rights as abstract opportunities to enjoy certain advantages rather than a language of the concrete and actual experience of social life."

³ See Imer B Flores, 'The Legacy of Ronald Dworkin (1931-2013): A Legal Theory and Methodology for Hedgehogs, Hercules, and One Right Answers' (2015) 9 *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* 157-192, 165-173; and, 'Taking (Human) Dignity and Rights Seriously: The Integrated Legal, Moral and Political Philosophy of Ronald Dworkin', in Salman Khurshid, Lokendra Malik & Verónica Rodríguez-Blanco (eds), *Dignity in the Legal and Political Philosophy of Ronald Dworkin* (Oxford University Press 2018) 101-129, 103-107.

LAW'S ABSTRACT JUDGEMENT (LAJ) AND INTELLIGENT FIDELITY...

II. LAJ REVIEWED

The main claim that William Lucy defends right from the start and develops throughout the book is: “[L]aw’s judgement is abstract” (p. 3). For that purpose, in the introductory chapter 1, he begins by explaining his claim re how law judges us, which he identifies mainly with bourgeois (or liberal and modern) law, and by emphasizing that LAJ includes as three of its most distinctive features:

- 1) The presumptive identity component;
- 2) The uniformity component; and
- 3) The limited avoidability component.

According to (1) law —usually— sees its addressees as *identical abstract beings*, regarding both their capacities and entitlements, at least in a formal way; (2) law —generally speaking— judges its addressees by reference to *general and objective standards equally applicable to all*; and (3) law —often— includes a *limited number and range of exculpatory claims* that are subject to reasonableness standards (pp. 4-5). The first component refers to the nature of law’s addressees, *i.e.* legal persons or subjects, whereas the second and third components relate to the content of laws themselves (the former to legal standards and the later to its mitigations, *i.e.* rules and exceptions) (pp. 15-16). As Lucy clarifies, in stating the three components —(1), (2), and (3)— the qualifications used —‘usually’, ‘general speaking’, and ‘often’— are deliberate: “My claim is not that these three components are realised to the maximum degree across the whole of all or most current legal systems. Rather, it is that their significance in many legal systems and much legal thought is such that departures from them —which are in fact numerous— are regarded as suspicious or problematic.” (p. 5)

Lucy continues by making explicit two caveats regarding LAJ (p. 16):

- (i) It is not ubiquitous, but pretty common throughout legal doctrine; and
- (ii) It oscillates from more to less abstract (and back).

IMER B. FLORES

And from the last caveat, *i.e.* “*LAJ* must be contrasted with less abstract (but not pure particularistic) judgment”, prefigures “another and related warning”: “It is that *LAJ* should not be flippantly contrasted with moral or ethical judgement. This is a mistake because there is no *a priori* reason why the models in play in one domain should not be similar or even exactly the same as those in another” (p. 18).

Later on Lucy responds to the question: “Why is *LAJ* worthy of further study?” (p. 19) Although his response is not fully unpacked until the end of the book, he advances: “My general argumentative strategy is an attempt to find value in *LAJ* regardless of the charges against it” (p. 25). In short, there are at least four considerations that make the study of *LAJ* worthwhile, each one responding to a charge against it:

(A) It appears to be an historical anachronism, but it is “historically significant”: “Its emphasis in generality and abstraction could be seen... as generating a distinction between feudal (or medieval law), on the one hand, and bourgeois (or liberal) law, on the other” (pp. 19-20);

(B) It “seems deeply morally counter-intuitive” by suppressing particularities and differences: “[L]aw deliberately ignores much about character, context, and knowledge of those before it, so that makers of good faith mistakes and those not wilfully ignorant can often be trapped in the law’s maw” (p. 21);

(C) It looks like “there is a great deal wrong with it” and as such is “deeply problematic” (p. 22); and,

(D) It follows —from A, B and C— that *LAJ* is, therefore, unfair, morally objectionable, or suspect.

In sum, he identifies at least four different, but sometimes related, strands in the critique of *LAJ*:⁴

⁴ See Karl Marx, “Critique of the Gotha Programme”, in Karl Marx and Friedrich Engels, *Collected Works: 1874-1883*, vol. 24 (Lawrence and Wishart 1989); and, Evgeny Pashukanis, *Law and Marxism: A General Theory* (first published in Russian 1924, Pluto Press 1983). See also Unger (n 2); *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory* (Free Press 1976); and *The Critical Legal Studies Movement* (Harvard University Press 1986). For an overview of the critical legal studies, in general, and the (critical) feminist theory, critical race theory, and other critical

LAW'S ABSTRACT JUDGEMENT (LAJ) AND INTELLIGENT FIDELITY...

(a) The grip of a significant historical transition: “it is a shift from modern law to postmodern law, from autonomous law to responsive law, or from [liberal] legal order to post-liberal legal order” (p. 22);

(b) The suppression of “particularity and difference”, by ignoring “many of the significant features of those before it” and by articulating and informing behind an arguably gender-neutrality an “objectionably valorised notions of masculinity, on the one hand, and inappropriate images of femininity, on the other” (pp. 23-24);

(c) The problem of fairness: “although law is often a means of treating people equally, it is simultaneously and equally often a means of treating them unequally. Treating different people as if they were the same, or treating different people in exactly the same way, is in effect a form of unequal treatment” (p. 24); and

(d) Two related forms of an intuition regarding the problem of fairness: “One holds that, keeping defendants rather than claimants in mind, it is unfair for the law to hold them to standards of behaviour which they cannot achieve... The other, related form of this intuition holds that it is unfair not to excuse good-faith wrong doing” (p. 25).⁵

Lucy proceeds to tackle the methodological question of “How?” Firstly, he advances: “The approach adopted here is jurisprudential or legal-philosophical”; but with an important constraint “law’s judgement is an aspect of legal institutional design”, which refers to “both to procedural and substantive doctrines, on the one hand, and more general features of a legal system, on the other” (p. 26). Secondly, he cautions: “The temptation among many contemporary jurists and legal philosophers is to assume that answers... must entail the construction of arguments from first principles” (p. 27). Instead, he explains: “What follows avoids immediate recourse to first principles. Our examination of LAJ aims to illuminate the values, if any, immanent within this aspect of legal institutional design or, at

approaches, in particular, see Brian Bix, *Jurisprudence: Theory and Context* (3rd ed, Sweet & Maxwell 2003) 217-236.

⁵ Before proceeding to the following section, he advances the core of chapter 3: “Any adequate response to this critique must look closely at the law’s conception of liability-responsibility, law’s supposed impartiality and the role of mercy in the administration of law” (p 25).

IMER B. FLORES

the very least, closely related to it". Thirdly, he clarifies "The values I examine are normative —part of our moral, ethical and legal fabric—" and "I ignore non-normative sources of support for *LAJ*", and even elucidates (p. 28):

My discussion of the values immanent within and supportive of *LAJ* is not in any sense foundational. It is not therefore concerned, as much moral philosophy is, with the epistemological or rational basis of those values. Rather, the principal burden is to elucidate those values and their relationship not just with this aspect of legal institutional design but also with one another.

Fourthly, he makes explicit one key aspect: "One way in which we can try to ensure a close fit between our normative and explanatory accounts of an aspect of legal institutional design, on the one hand, and that aspect of legal institutional design, on the other, is by embracing the participants' point of view as our principal methodological injunction" (p. 29).⁶ Lastly, he takes sides with those —like Ronald Dworkin— who think that contemporary legal philosophy does not have to be boring, but "should strive to be interesting" (p. 31, fn 79).⁷ He adds (p. 32):

⁶ See William Lucy, *Understanding and Explaining Adjudication* (Oxford University Press 1999).

⁷ See Ronald Dworkin, 'Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy' (2004) 24 *Oxford Journal of Legal Studies* 1-37. (Reprinted in *Justice in Robes* (Harvard University Press 2006) 140-186.) Ibid 37 (185-186): "I believe that legal philosophy should be of interest to disciplines both more or less abstract than itself. It should be of interest to other departments of philosophy —political philosophy, of course, but other department as well— and it should be of interest to lawyers and judges. There is just now an explosion of interest in legal philosophy... But this explosion is taking place not within courses called "jurisprudence", which I fear remain dreary, but within substantive areas of law... I don't just mean that these courses engage theoretical as well as practical issues: they engage exactly the issues I have been discussing about the content of legality and its implications for the content of law. But legal philosophers who regard their work as descriptive or conceptual as distinct from normative have, in my view, lost an opportunity to join these discussions and debates, and in some universities the dominion of jurisprudence has shrunk in consequence". See David Enoch, 'Is General Jurisprudence Interesting?' in David Plunkett *et als.* (eds), *Dimensions of Normativity: New Essays*

LAW'S ABSTRACT JUDGEMENT (LAJ) AND INTELLIGENT FIDELITY...

[W]e cast our troth in with the proponents of the allegedly interesting jurisprudential project and focus upon illuminating some area of legal institutional design. The questions in this enterprise do not revolve around the existence conditions for law in general or for any conceivable legal system, but instead centre upon particular legal concepts and features of existing legal systems.

He finishes his introductory chapter one “Law’s Judgement” with a “Prospect”: “Chapter two addresses the legal person, examining the forms it takes and sketching the nature of its relation with LAJ”. “Chapter three distinguishes three charges of unfairness that LAJ often generates. One of the charges relates to legal-liability responsibility, [other] raises the issue of impartiality and the third invokes the idea of equity (or mercy)” (pp. 32-33). The remaining chapters explore —as advanced— the various connections between LAJ and some of our most important legal and political values, such as “dignity” in chapter four (pp. 123-162), “equality” in chapter five (pp. 165-203), and “community” in chapter six (pp. 205-242). “The final [concluding] chapter —chapter seven— recaps the arguments of the previous chapters and reiterates the claim that LAJ is nowhere near as morally and politically problematic as critics lead us to believe” (p. 34).

Clearly, his argument implies the adoption of a broader normative perspective, which can be characterized as “immanence” and distinguished from “consistency” (or “congruence” or “coherence”):⁸

on Metaethics and Jurisprudence (Oxford University Press 2019) (forthcoming); and Julie Dickson, ‘Why General Jurisprudence Is Interesting’, (2017) 49 *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía* 11-39. See also Pau Luque, ‘The Interestingness of the Non-Interestingness Objection to General Jurisprudence’ (2017) 49 *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía* 5-10.

⁸ See Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (rev. ed. Yale University Press 1969) 81-91 (originally published: 1964); and Amalia Amaya, *Tapestry of Reason. An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument* (Hart Publishing 2015). See also Imer B Flores, ‘Sobre la coherencia en el derecho y en la argumentación jurídica’ in ‘Sobre *The Tapestry of Reason: An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, de Amalia Amaya. / *On The Tapestry of Reason: An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, by Amalia Amaya’ (2017), 46 *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 163-178.

IMER B. FLORES

“The immanence (or embeddedness or embodiment) claim is stronger than the mere consistency claim in two respects. First, because it insists that the values in play are not merely compatible with, but make normative sense of *LAJ*; and second, because it holds that these values are indeed manifest or constrained in that social-institutional form” (p. 246).

What’s more, he adds: “an account of the moral and political company that *LAJ* keeps adds to the latter’s lustre because it endorses an holistic position about value. Such a position holds that both the worth and truth of each of our values is, either in part or in full, a function of how well each fits with the rest of our values” (p. 247). Immediately after, he refers to Dworkin —who espoused this kind of view— and quotes a couple of passages from *Justice for Hedgehogs* (pp. 247-248): “in political morality integration is a necessary condition of truth. We do not secure finally persuasive conceptions of our several political unless our conceptions do mesh.” And, “full value holism —the hedgehog’s faith that all values form an interlocking network, that each of our convictions about what is good or right or beautiful plays some role in supporting each of our other convictions in each of those domains of value”.⁹ In the final chapter seven “Conclusion”, Lucy wraps his argument (pp. 243-245):

My attempt to place *LAJ* in a broader normative (moral-cum-political) perspective is intended to make some of its particular features less troubling than they might appear when viewed up close... Furthermore, this broader normative perspective prevents us viewing *LAJ* in isolation, helping us to see that it is not a free-standing, single ‘thing’ or discrete item but, rather, part of a more complex interconnected whole or amalgam comprising, at the least, notions of dignity, equality and community.

⁹ See Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Harvard University Press 2011) 5-6 and 120. See Imer B. Flores, ‘Ronald Dworkin’s *Justice for Hedgehogs* and Partnership Conception of Democracy (With a Comment to Jeremy Waldron’s “A Majority in the Lifeboat”)’ (2010) 4 *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* 65-103, 67-76; ‘The Legacy of Ronald Dworkin...’ (n 3) 173-181, and ‘Taking (Human) Dignity and Rights Seriously...’ (n 3) 107-111.

LAW'S ABSTRACT JUDGEMENT (LAJ) AND INTELLIGENT FIDELITY...

III. LAJ REVISED

I agree almost completely with Lucy's claims, but I fear he is being extremely cautious and tends to avoid going deeper and stops short by adopting weaker versions, instead of the stronger versions. Let me be clear, I totally agree that law's judgement is abstract, and contains the three components described by Lucy, and so on, especially regarding the duty of the judges of fidelity to law and its purposes and values to the extent that I endorse completely the virtues of LAJ. As the reader can see I am sympathetic to the project, and will like to push it forward.

First, instead of endorsing unambiguously the claim that law's judgment—in addition to being abstract—is objective, Lucy affirms (p. 5, fn 8):

It is tempting to say that these features show that law's judgement is also objective and there is at least one credible sense of 'objective' in which this is right... However, the notion of objectivity when applied to law can have many other senses... and is undoubtedly complex. Although some significant points about law's abstract judgement can be made using various senses of that term... this runs the risk of unnecessary complication.¹⁰

He can easily respond that his claim is merely that law's judgement is abstract, without endorsing or neglecting that it can be objective as well. In any event, instead of saying that it is "undoubtedly complex" and "runs the risk of unnecessary complication", I will like to advise him on the contrary: to explore not only the dichotomies abstract-concrete, general-particular and objective-subjective, but also the close interconnections between abstract-general-objective, on the one hand, and concrete-particular-subjective, on the other hand. After all, these three components, in general, and the uniformity component, *i.e.* "law judges its addressees by reference to *general and*

¹⁰ Lucy includes references to Matthew Kramer, *Objectivity and the Rule of Law* (Cambridge University Press 2007) and Kent Greenwalt, *Law and Objectivity* (Oxford University Press 1992). See also Ronald Dworkin, 'Objectivity and Truth: You'd Better Believe It' (1996) 25 *Philosophy and Public Affairs* 87-139.

IMER B. FLORES

objective standards equally applicable to all" (p. 4), in particular, are rooted in the interconnection between abstractness, generality and objectivity, which are at the core of law's formality and even legality.

Actually, in his "Abstraction and the Rule of Law", Lucy advanced: "That concept [*i.e.* the concept of the rule of law] consists of two constitutive claims: first, that the rule of law stands against arbitrary power and, second, that it consists of, at the very least, a limited number of principles, observance of which prevents law-makers from exercising power arbitrarily."¹¹ Furthermore, he acknowledged that Lon L. Fuller's and Joseph Raz's accounts of the rule of law do not explicitly support *LAI*, except implicitly through "the requirement that legal rules be general." He added:¹²

As a matter of both lawyerly and ordinary common sense, generality in this context can have at least two meanings... one idea in play is that the provision in question applies to all citizens or, perhaps, to all of its addressees (these two possibilities need not be the same)... Generality here is therefore *simple uniformity: the same rules bind all*...

But there is another sense generality can plausibly have here... [rules] are or must be applied in the same manner. Saying this is to say more than that the same rules do or should bind all citizens (or addressees). It is to insist upon *uniformity of application*. This second sense of generality turns attention from the rules themselves to their enforcement and interpretation...

Simple uniformity and uniformity of application can be advanced by, and are to some extent embodied in, law's abstract judgement. The uniformity component of law's abstract judgement is, after all, virtually synonymous with simple uniformity. The first —presumptive identity— component ensures a degree of uniformity of application by making it

¹¹ Lucy, 'Abstraction and the Rule of Law' (n 1) 494.

¹² *Ibid.*, 495-496. See Fuller (n 8), especially 'The Generality of the Law' 46-49 and 'Congruence between Official Action and Declared Rule' 81-91; and Joseph Raz, *The Authority of Law* (Oxford University Press 1979). See also HLA Hart, 'Book Review' (1965) 78 *Harvard Law Review* 1281-1296; Ronald Dworkin 'The Elusive Morality of Law' (1965), Marshall Cohen 'Law, Morality and Purpose' (1965), and Lon L Fuller 'A Reply to Professors Cohen and Dworkin' (1965), in "The Morality of Law -A Symposium", 10 *Villanova Law Review* 631-639, 640-654, and 655-666, respectively.

LAW'S ABSTRACT JUDGEMENT (LAJ) AND INTELLIGENT FIDELITY...

very difficult for liability decisions to turn upon particularities of the disputants' character or context...

Second, regarding Lucy's caveats, although he announces that "LAJ is not ubiquitous", he cannot really mean it, at least not without risking a contradiction, since he asserts "It is more deeply embedded in some areas of legal doctrine than in others. A more expansive survey would disclose areas in which it has little influence"; and, "Judged across entire legal systems, the abstract nature of LAJ is thus a matter of degree, of more or less" (p. 16). In that sense, the fact that LAJ is not as deeply embedded in all areas of legal doctrine, even if we grant that there are areas with little influence, does not disprove, but —on the contrary— proves that it is ubiquitous, *i.e.* present everywhere, where law is and its large or little presence, re-confirms that it is thus a matter of degree, of more or less.

Let me suggest a friendly amendment to this caveat: LAJ is ubiquitous, though more deeply embedded in some areas of legal doctrine than in others, including some in which it may appear to have little influence, and as such LAJ's ubiquity across entire legal systems is thus a matter of degree, of more or less. Furthermore, this way of framing his caveat is consistent with the book, in general, and the other two warnings, in particular: not only LAJ oscillates from more to less abstract and back, and can be contrasted with less abstract (but not pure particularistic) judgment,¹³ but also has a close interconnection with moral or ethical judgement.¹⁴

¹³ Let me suggest that this oscillation from more to less abstract and back brings to mind "something like" John Rawls' "reflective equilibrium", HLA Hart's "critical reflective attitude", and Ronald Dworkin's "three stages of interpretation". See John Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard University Press 1971) 48-51; HLA Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press 1961) 56 (there is 2nd ed "With a Postscript": 1994) 57; and Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Harvard University Press 1986) 65-68. See also Wilfrid J Waluchow, *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree* (Cambridge University Press 2007); Imer B Flores, 'In the Dark Side of the Conventionality Thesis?' in Enrique Villanueva (ed), *Studies in Social, Political and Legal Philosophy. Philosophy of Law and of Politics* (Rodopi 2002) 143-156, 155-156; and 'The Living Tree Constitutionalism: Fixity and Flexibility' (2009) 3 *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* 37-74, 62.

¹⁴ On the moral reading of law, see Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*

IMER B. FLORES

Third, despite his thorough defence of *LAJ*, Lucy tends to adopt the weaker versions, although stronger ones are easily available to him: “I do not claim that the three components of *LAJ* have marked each and every legal system known to human-kind. I claim only that *LAJ* is a more pronounced feature of liberal or bourgeois legal systems than it is of feudal legal systems” (p. 6). From my perspective, it is possible to adopt a stronger version of the *LAJ* claim to the extent that it is not only a pronounced feature of modern law, *i.e.* bourgeois or liberal, but also a prominent feature of law that has marked each and every legal system. He can again easily respond by repeating what his claim is and is not, but I will like to counsel him to the contrary. Let me be clear, I completely agree that “*LAJ* is a more pronounced feature of liberal or bourgeois legal systems than it is of feudal legal systems”, but it is still a prominent feature of law that has marked each and every legal system, including both feudal or medieval law and liberal or modern law. The problem seems to be that Lucy considers the former as rigid and the latter as not. In his voice (p. 20):

If the former was made up of different legal incidences tied to a variety of fairly rigid roles, one’s rights and obligations being determined by those roles, then the latter seems distinctive in its lack of such rigidity and because all addressees of the law are legally formally equal. Law’s abstract judgement in part embodies the latter idea and this could possibly be regarded as a constitutive characteristic of bourgeois law.

...There was no genuine sense in which all addressees of the law were regarded as the same before it; nor were addressees of the law always

(Harvard University Press 1977) (there is 2nd ed with “Appendix: Reply to Critics”: 1978) 149; (n 13) 90; *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution* (Harvard University Press 1996) 1-38, 2; and, ‘The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve’ (1997) 65 *Fordham L. Rev.* 1249. See also James E. Fleming, *Fidelity to Our Imperfect Constitution. For Moral Readings and Against Originalisms* (Oxford University Press 2015); and Imer B. Flores, ‘Intelligent or Unintelligent Fidelity?’ in *Book Review Symposium on Fidelity to our Imperfect Constitution: Six Views and a Response* (2016) 31 *Constitutional Commentary* 407-423; and ‘Constitutional Interpretation, Intelligent Fidelity, and (Im)Perfection: On James E. Fleming’s *Fidelity to Our Imperfect Constitution*’ (2017) 11 *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* 31-58.

LAW'S ABSTRACT JUDGEMENT (LAJ) AND INTELLIGENT FIDELITY...

bound by the same laws. The law recognized a number of different legal statuses and these determined one's legal rights and duties, liabilities and immunities, in a fairly rigid way.

Certainly, in the feudal or medieval law there were different categories of legal addressees and the different legal statuses determined one's rights and obligations, whereas *prima facie* in the liberal or modern law all legal addressees were placed in the same (or similar) broad category and so had the same (or similar) bundle of rights and obligations.¹⁵ Let me suggest that LAJ is independent not only of the rigidity or not of the categories but also of the multiplicity or not of legal addressees, since the abstractness is and will be present within each category regardless of being broadly or narrowly construed. Is this consistent with Lucy's position? And more importantly, is this true? I believe it does.

Bear in mind that in chapter two "Law's Persons", Lucy begins by clarifying "the legal person is not necessarily a natural person... Corporations are not natural persons —the kind of physically embodied human beings by which we are surrounded— yet they are certainly legal persons" (p. 35). Continues by distinguishing at least two in-

¹⁵ Remember that in William Shakespeare's *The Merchant of Venice*, the Duke of Venice is glad to defer to the judgement of the foreign visitor, who is no other than Portia herself in disguise impersonating a male young "doctor of the law". After Shylock rejected the late payment of the principal and even twice and thrice as much, the court decides to grant his bond, *i.e.* a pound of flesh from Antonio. But Portia not only clarifies that Shylock is indeed entitled to remove with his knife only the flesh, *i.e.* exactly one pound, neither less nor more, and not the blood, but also cites a law under which he, as a Jew and hence an alien, having attempted indirectly and directly to take the life of a Venetian citizen, has to forfeit his property, half to the government and half to Antonio, and his life depends of the Duke's mercy... As you can see the final ruling derives completely of the legal statuses of both Shylock and Antonio. Imagine how different the outcome would have been if either Shylock was not an alien, but a Venetian citizen, or Antonio was not a Venetian citizen, but an alien. See William Shakespeare, *The Merchant of Venice*, IV, 1: "Por. Tarry, Jew; / The law hath yet another hold on you. / It is enacted in the laws of Venice, / If it be prov'd against an alien, / That by direct or indirect attempts / He seek the life of any citizen, / The party 'gainst the which he doth contrive / Shall seize one half his goods; the other half / Comes to the Privy coffer of the state; / And the offenders life lies in the mercy / Of the duke only 'gainst all other voice".

IMER B. FLORES

stances of legal person-talk: “One encompasses what can be called ‘the person as presupposition’ (*PaP*), while the other is ‘the person as consequence’” (*PaC*) (p. 37).¹⁶ Accordingly, the legal person is understood not only “as the precondition of legal regulation” (p. 39) (or the “common point of imputation” in Kelsenian terms) but also “as a consequence of legal doctrine [that] can yield numerous apparently quite different persons” (p. 52) (or “an artificial construction of jurisprudence” / “a construction of legal science” in Kelsenian terms).¹⁷ Finally, he concludes: “‘the’ legal person is multiform and not identical with natural persons” (p. 53). In that sense, a “legal person” is a construction that does not correspond necessarily to a “natural person” (or a “human being” in Kelsenian terms), since legal systems do not grant necessarily “personhood” (or “personality” in Kelsenian terms) to all natural persons and even recognize non-natural persons as legal persons.¹⁸ In Hans Kelsen’s words:¹⁹

It is said, too, that the human being has “personality”, that the legal order invests man with personality —and not necessarily all men. Slaves are not “persons,” they have no legal personality. Traditional theory does not deny that “person” and “human being” are two different concepts, though it asserts that according to modern law, as distinguished to ancient law, all men are persons or have personality.

It is worth noting that the legal person comprehends not only the broader category of *PaP* and different narrower categories of *PaC*,

¹⁶ See Felix S Cohen, ‘Transcendental Nonsense and the Functional Approach’ (1935) 35 *Columbia Law Review* 838: “the meaning of a definition is found in its consequences.”

¹⁷ See Lon L Fuller, *Legal Fictions* (Stanford University Press 1967), especially chapter 3 “Is Fiction an Indispensable Instrument of Human Thinking?” 93-137.

¹⁸ See Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L Paulson trans, Oxford University Press 1992) (originally published in Vienna: 1934) 39-41, 46-52, especially 48 and 50; *General Theory of Law & State* (Harvard University Press 1949) 93-109, especially 99; and *Pure Theory of Law* (first published in Vienna 1960, Max Knight trans, University of California Press 1967) 168-192, especially 172 and 191. See also Stanley L Paulson, ‘Hans Kelsen’s Doctrine of Imputation’ (2001) 14 *Ratio Iuris* 47-63.

¹⁹ Kelsen, *Pure Theory of Law* (n 18) 172.

LAW'S ABSTRACT JUDGEMENT (LAJ) AND INTELLIGENT FIDELITY...

including both natural and non-natural persons, but also that the abstractness is and will be present within each category, with their respective set of rights and duties.²⁰ The fact that the category of legal persons has been extended from very few more or less rigid categories in ancient law²¹ to several rigid categories in medieval law²² to the not so rigid category of all—or almost all—legal addressees in modern law reinforces in my point of view that *LAJ* is independent both of the multiplicity or not and the rigidity or not of the categories.

What's more, the fact that nowadays boys and girls, citizens and foreigners, disabled and not-disabled, heterosexual and homosexual, men and women, poor and rich, religious and not religious, and so on, can fit into the same abstract and broad category of human beings does not mean that they are completely identical nor that there are any differences among them. Let me insist that abstractness—and even generality—should not be confounded with equality, as Lucy himself argues, by exploring the connection between *LAJ* and “equality” (pp. 165-203), and even seems to recognize, as

²⁰ In my opinion, it is a mistake to grant (or extend) the same bundle of rights and obligations from an individual (natural) person to a collective (non-natural) person, such as a for-profit corporation, as the Supreme Court of the United States apparently did in the Hobby Lobby case by extending the religious freedom of the individual owners to their enterprise. See *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014). Analogously, in what I consider as a similar mistake, the Supreme Court of Mexico did grant (or extend) “moral damages” from individual (natural) persons to collective (non-natural) persons. See Contradicción de tesis 100/2003-PS.

²¹ In Roman law, for example, the status of an individual legal person could be: a Roman citizen (*status civitatis*), unlike foreigners; a free individual (*status libertatis*), unlike slaves; or a member of a Roman family (*status familiae*) either as the head of the family (*pater familias*) or as any other member (*fili familias*). Cfr. Patrick William Duff, *Personality in Roman Private Law* (first published 1938, Rotham Reprints 1971) ¶ 1-25.

²² In English law, for instance, as Lucy reminds us “The ‘legal sorts and conditions of men’ included, *inter alia*, that of Earl and Baron, Knight, serf, member of religious order, Clergy, Alien and Jew” (p. 20). See Frederick Pollock and Frederic William Maitland, *The History of English Law. Before the Time of Edward I*, Vol. I (first published 1895, Cambridge University Press 1968) 407.

IMER B. FLORES

George Orwell puts it: “All animals are equal, but some animals are more equal than others.”²³

Fourth, there are a couple of minor points, in which I prefer an alternative approach (or some other stipulations) and somehow a different conclusion. On the one hand, at first I was intrigued by Lucy’s use of the term “impartiality” (pp. 96-110), which in some contexts seemed to me to refer to “neutrality”. Then, I noticed —by revising the essay²⁴ from which that section draws upon— that Lucy conceded not only that “impartiality is often taken to be synonymous with the idea of neutrality” but also that “efforts to distinguish them appear merely stipulative, inventing a distinction not actually here.”²⁵

Personally, I believe that complete neutrality is impossible in social sciences, in general, and in the law, in particular. It is neither possible nor desirable. The law is not neutral, it has purposes and values, and the legal officials cannot remain neutral by taking no position, they have to act upon and take some position, as Lucy points out: “Yet, although adjudication rarely, if ever, extends its judgement to every aspect of the disputants’ conduct and character, it always invokes (when done legitimately, at least) the law values. And the judicial duty of fidelity to law *must* include, if recourse to purposes and values is unavoidable in rule application and interpretation, fidelity to those purposes and values” (p. 100).²⁶ (I will return to the discussion on fidelity to law in section IV. Conclusion: *LAJ* Recognised.)

On the contrary, I consider that impartiality at least in the application and interpretation of law is not only desirable and possible

²³ George Orwell, *Animal Farm: A Fairy Story* (1945) X. *Cfr.* Lucy (p. 50): “One group (playing boys) is indulged by the law, in the sense that their heedlessness is accepted as a naturally occurring factor that usually negates liability, while other groups (the developmentally disabled and playing girls) are not so indulged.”

²⁴ See William Lucy, ‘The Possibility of Impartiality’ (2005) 25 *Oxford Journal of Legal Studies* 3-31.

²⁵ *Ibid* 5 and 13.

²⁶ *Cfr.* *ibid* 18: “Judgement is made in accordance with the values of the law. And the judicial duty of fidelity to law *must* include, if recourse to purposes and values is unavoidable in rule application and interpretation, fidelity to those purposes and values.”

LAW'S ABSTRACT JUDGEMENT (LAJ) AND INTELLIGENT FIDELITY...

but also necessary.²⁷ Since the law is not neutral and the legal officials cannot remain neutral, it is necessary not only to guarantee “a minimal requirement of impartiality in the context of legal disputes, namely, an attitude of openness to and lack of pre-judgement upon the claims of the disputants” (p. 97)²⁸ but also to *audi alteram partem*, i.e. listen to the other party or side, in order to take a position on the dispute and not on the disputants, and much less to have an already biased, prejudiced or pre-established position on either the dispute or the disputants, as Lucy puts it (p. 106):²⁹

Judgment must be based on the law and not some assessment, unless it is part and parcel of the law, of one or other of the disputants' moral or social status or virtue. Why? To ensure that disputants are treated in the same way regardless of their character or worth, their moral status, lifestyle or gender, ethnicity or religion. Judgement according to the law

²⁷ Elsewhere I have argued that the principle of impartiality *Nemo iudex in causa sua*, i.e. “No one should be judge in his/her own cause”, is and must be complemented by a twin principle *Nemo legislator in causa sua*, i.e. “No one should be legislator in his/her own cause”. See Imer B Flores, ‘Legisprudence: The Forms and Limits of Legislation’ (2007) 1 *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* 247-266, 263. See also ‘The Quest for Legisprudence: Constitutionalism v. Legalism’, in Luc J Wintgens (ed), *The Theory and Practice of Legislation: Essays on Legisprudence* (Ashgate 2005) 26-52; and ‘Legisprudence: The Role and Rationality of Legislators — *vis-à-vis* Judges— towards the Realization of Justice’ (2009) 1:2 *Mexican Law Review* 91-110.

²⁸ Lucy (n 24) 15.

²⁹ Ibid 24. Please note that most of the times to be a part or parcel of the law will appear to require an explicit introduction of an exception to the rule, for example, the Mexican Civil Code of 1870 was revised in 1884 and modified later on in 1928-1932 to include an exception to the maxim *ignorantia iuris non excusat*, i.e. “The ignorance of law is no defence / excuse”, or alternately *ignorantia legis neminem excusat*, i.e. “The ignorance of law excuses no one” (p. 80), allowing judges to take into account extreme circumstances, such as notorious ignorance, misery or poverty. However, my take is that LAJ and the duty of fidelity not only to law but also to its purposes and values give much more room for action. In recent years, the Supreme Court of Mexico, in its First Chamber, in a majoritarian decision (4-1) granted the restitution of rights and obligations of a disabled person with Asperger syndrome who was previously incapacitated and decided to present its ruling in the traditional extended format and in an easy-reading version, considering his incapacity. See Amparo en revision 159/2013 (also known as Ricardo Adair’s or RACR’s case).

IMER B. FLORES

therefore treats disputants impartially, not in the sense of taking no position on the rights and wrongs on the dispute, but in the sense of taking no position on the rights and wrongs of their character, commitments, moral standing, etc., except insofar as such considerations are relevant to the interpretation or application of the relevant law.

On the other hand, Lucy affirms at the beginning of the book “Law’s judgement is supposedly blind to these differences, treating Duke and pauper, man and woman, Christian and non-Christian, homosexual and heterosexual, aesthete and philistine alike” (p. 8); later on, he reiterates “The law and the courts are supposedly blind to differences in status and needs, treating both mighty and lowly in exactly the same way” (p. 99). And in his conclusion he asserts (p. 243):

The abiding motif of the various arguments presented in previous chapters is that law’s abstract judgement (*LAJ*) ignores much. What it ignores, and the ways in which it does so, is not, however, well captured in the traditional image of *Justitia*. That image most often tells us that the law has no gaze, for *Justitia* does not see: law and justice are blind. But they are patently not. When we stand before the law, facing its judgement, the law’s agents assuredly do see: they register all of those aspects of ourselves and our conduct made relevant by the law, both at conviction and liability stages, and at sentencing and remedy stages. The law sees, yet it almost never attempts to view us in all our detail and context, being satisfied only with glimpses of the real nature, character, experience and milieu of those it judges. This is not to suggest that the law’s agents—judges, magistrates, police officers, wardens and the like—deny the humanity and particularity of those with whom they interact. Yet they must often ignore aspects of that double-sided truth, setting aside or placing out of view many of the specificities of those before them.

Let me recall that the traditional image of *Justitia* is depicted by a goddess, Astrea, for the Greeks, and Themis, for the Romans, who is not blind but blindfolded, *i.e.* it is no that she does not see, but that she is not expected to see. Therefore, I am confident, on the contrary, that the traditional image of the blindfolded goddess *Justitia* does capture why *LAJ* ignores much and has to ignore much.

Last but not least, fifth, one of the many contributions of the book—as I’ve already said—consists in providing the first book-length

LAW'S ABSTRACT JUDGEMENT (LAJ) AND INTELLIGENT FIDELITY...

pretty exhaustive analysis and defence of *LAJ*, and its connection not only with our most important legal and political values, such as dignity, equality and community, but also with some juristic conceptions embedded in the law, such as personhood, *i.e.* legal persons, and fairness, including responsibility, impartiality and equity (or even mercy).

Anyway, I have to confess that at some point I was speculating what about the connection of *LAJ* with liberty (and its many facets as autonomy, freedom, free will and even responsibility).³⁰ However, I was surprised that though it was not developed explicitly, it was found throughout the book in most of the discussions, but especially in two: 1) on the rationalist legal person (and *PaP*) and its rationality (pp. 63-67); and, 2) on liability-responsibility (pp. 81-82), and its three conditions: capacity (pp. 87-89), intentionality (pp. 82-85), and rationality (pp. 85-86).

On one side, after delineating three conceptions of rationality, from the “more demanding” to the “less demanding” and then to the “even less demanding”, Lucy affirms (p. 64): “To be an addressee of the law here, to be ‘response-able’, is to have the general capacity both to recognise reasons and have reasons as the basis for one’s beliefs and conduct”. On the other, after demarcating three conditions of liability-responsibility, Lucy cites Fuller at length (p. 90), but let me emphasize the relevant portions: “To embark on the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules involves of necessity a commitment to the view that man is, or can become, a responsible agent, capable of understanding and following rules, and answerable for his defaults”. “Every departure from the principles of the law’s inner morality [or legality] is an affront to man’s dignity as a responsible agent”.³¹ Furthermore, Lucy clarifies (p. 91):

³⁰ See Benjamin Constant, ‘The Liberty of the Ancients compared with That of the Moderns’ (1819), *Political Writings* (Biancamaria Fontana tras, Cambridge University Press 1988); Isaiah Berlin, ‘Two Concepts of Liberty’ (1958), reprinted in *Four Essays on Liberty* (Oxford University Press 1969); and Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (n 9) 219-252 and 364-378.

³¹ Fuller (n 8), 162.

IMER B. FLORES

Yet law traditionally does build-in a good deal of room for such choice because it normally attempts to engage with the practical reasoning of its addressees. It sets and communicates requirements to its addressees, but it is possible for its addressees to ignore these, to make and act upon other choices, albeit at the risk of sanction or other legal consequence. By building in room for choice, the law treats its addressees as (in Fuller's term) responsible beings, with (in Fuller's terms) dignity. In allowing the possibility of choice contrary to its guidance, law also respects freedom. This is freedom to act other than law requires, but it is no less a form of freedom for all that.

I found these discussions very illuminating and consistent with the revision of the classic literature done by Friedrich A. Hayek, who attributed to Marcus Tullius Cicero the most effective formulations of freedom under the law:³²

- 1) The conception of general rules —*leges legum*;
- 2) The conception of obedience to law in order to be and remain free —*omnes legum servi sumus ut liberi esse possimus*; and
- 3) The conception of the judge as a law with voice and of the law as a voiceless judge —*Magistratum legem esse loquentum, legem autem mutum magistratum*.

IV. CONCLUSION: LAJ RECOGNISED

To conclude let me clarify that I not only applaud Lucy's pretty exhaustive analysis and defence of LAJ but also embrace it because he has the merit of "standing on the shoulders of giants",³³ in general,

³² See Friedrich A Hayek, *The Constitution of Liberty* (The University of Chicago Press 1960, 166-167 and 462; Edward Coke, *The Selected Writings of Sir Edward Coke*, vol. I (Liberty Fund 2003); and Charles Louis de Secondat, Baron de la Brede et Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, trans. Thomas Nugent (Hafner Press 1949) (originally published 1750). See also Imer B Flores 'Law, Liberty and the Rule of Law in a Constitutional Democracy' in Imer B Flores and Kenneth E Himma (eds), *Law, Liberty and the Rule of Law* (Springer 2013) 77-101, 85-86.

³³ It is well known that Isaac Newton popularized the English expression "standing on the shoulders of giants". See 'Letter to Robert Hooke' (February 5, 1675): "If I have seen further it is by standing on the shoulders of giants." Available on line: <<https://digitallibrary.hsp.org/index.php/Detail/objects/9792>> (last

LAW'S ABSTRACT JUDGEMENT (LAJ) AND INTELLIGENT FIDELITY...

and Dworkin and Fuller, in particular. On the one hand, in addition for adopting a form of “moral reading”, for his sympathetic but yet critical discussion of Dworkin’s conceptions of “dignity” (via Immanuel Kant) (p. 149),³⁴ of “equality” as “(the right to) equal concern and respect” (pp. 192-200),³⁵ and of “community” (or even “fraternity”) as “community of principle” (pp. 230-241).³⁶

On the other hand, for his references to Fuller and the acknowledgment that the judicial duty of fidelity to law, *i.e.* to follow and apply the existing law, not to create new law, includes and must include fidelity to law’s purposes and values, which I have characterized — following Fuller— as an “intelligent fidelity” in contraposition to a “unintelligent fidelity”.³⁷ In Lucy’s words (pp. 100-101):³⁸

accessed 02/02/19). But the Latin locution *nanos gigantum humeris insidentes* can be traced all the way back to the Twelfth century. See John of Salisbury, *The Metalogicon of John of Salisbury. A Twelfth-Century Defense of the Verbal and Logical Arts of the Trivium* (first published 1159, Daniel D. McGarry tr, University of California Press 1955) 167: “Bernard of Chartres used to compare us to dwarfs perched on the shoulders of giants. He pointed out that we see more and farther than our predecessors, not because we have keener vision or greater height, but because we are lifted up and borne aloft on their gigantic stature.” Actually, the metaphor has an even remoter origin, according to Greek mythology the giant Orion was able to restore his sight by traveling to the East guided by the dwarf Cedalion (or Kedalion) upon his shoulders.

³⁴ See Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here?* (Princeton University Press 2006); and, ‘Dignity’ in *Justice for Hedgehogs* (n 9) 191-218. See also Flores, ‘Taking (Human) Dignity and Rights Seriously...’ (n 3) 111-120.

³⁵ See Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality* (Harvard University Press 2000).

³⁶ See Dworkin (n 13) 211-216; ‘The Liberal Community’ in *Sovereign Virtue...* (n 35) 211-236; and *Justice for Hedgehogs* (n 9) 311-323 and 382-385.

³⁷ See Lon L. Fuller, ‘The Case of the Speluncean Explorers’ (1949) 62 *Harvard Law Review* 616-645, 625-626. (Reprinted with commentaries by Paul Butler, Alan Dershowitz, Frank Easterbrook, Alex Kozinski, Cass Sunstein and Robin West as ‘The Case of the Speluncean Explorers Revisited’ (1999) 112 *Harvard Law Review* 1876-1923.) See also Imer B. Flores, ‘Intelligent or Unintelligent Fidelity?’ (2016), 31 *Constitutional Commentary* 407-422, 421-422; and ‘Constitutional Interpretation, Intelligent Fidelity, and (Im)Perfection: On James E. Fleming’s *Fidelity to Our Imperfect Constitution*’ (2017) 11 *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* 31-58, 48-52.

³⁸ Lucy (n 24) 18-19.

IMER B. FLORES

But, as soon as it is conceded that the law is a purposive institution, it becomes unavoidably normative: law in general and the law of particular jurisdictions consists not only of a collection of standards, requirements or prohibitions, but also of a range of purposes that animate them... what we expect of good judges deciding hard cases is *judgement*, where what is meant is not simply a resolution of the dispute, but a discerning assessment of what the law and its underpinning purposes or values require in the particular case.

Certainly, in hard cases, factual or fictional, such as the Elmer's case,³⁹ the Ida White's —or the vanished legacy— case,⁴⁰ the Speluncan explorers' case,⁴¹ and even the “No dogs (in the airport/railway station/subway)” rule⁴² or the “No vehicles in the park” rule,⁴³ the fidelity to law and to its purposes or values necessitates *LAI*. It will guide the judge in doing a virtuous judgement from the abstract to the concrete and back of what the law and its purposes or values truly need not only in most cases but also in exceptional ones that cry for a mitigation of the rigidities of the written law. In sum, I endorse Lucy's *LAI* and will like to push the argument even further.

³⁹ See *Riggs v. Palmer* 115 N.Y. 506, 22 N.E.188 (1889). See also Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n 14) 23 and (n 13) 15-20.

⁴⁰ See Fred L. Gross, ‘The Vanished Legacy’, in *What Is the Verdict?* (MacMillan Company 1944) 115-161. See also Luis Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho* (Fondo de Cultura Económica 1956) 256-269, and *Tratado general de filosofía del derecho* (Porrúa 1959) 647-654; and Imer B. Flores, ‘La técnica jurídica en la aplicación del derecho’ (1995) 45: 201-202 *Revista de la Facultad de Derecho de México* 17-55, 20-21.

⁴¹ See Fuller (n 37) 616-645. See also Peter Suber, *The Case of the Speluncan Explorers. Nine New Opinions* (Routledge 1998).

⁴² See Imer B Flores, ‘The Problem about the Nature of Law *vis-à-vis* Legal Rationality Revisited: Towards an Integrative Jurisprudence’, in Wil Waluchow & Stefan Sciaraffa (eds), *The Philosophical Foundations of the Nature of Law* (Oxford University Press 2013) 101-126, 118-122. See also Recaséns Siches (n 40) 645-647.

⁴³ See HLA Hart, ‘Positivism and the Separation of Law and Morals’ (1958) 71 *Harvard Law Review* 593-629, 606 (reprinted in *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford University Press 1983) 49-87, 63); and, Hart (n 13) 124 (127). See also Imer B Flores, ‘H.L.A. Hart's Moderate Indeterminacy Thesis Reconsidered: In Between Scylla and Charybdis?’ (2011) 5 *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* 147-173, 157-158 and 171-172.

LAW'S JUDGEMENT: SOME THOUGHTS*

EL JUICIO DEL DERECHO: *ALGUNAS REFLEXIONES*

William LUCY**

SUMMARY: I. *Amalia on Virtue and Community*. II. *Rodrigo's Questions*. III. *Haris's Tension*.

My first thought is gratitude: I'm grateful to Amalia Amaya, Rodrigo Camarena Gonzalez and Haris Psarras and for taking the time and trouble to engage with *Law's Judgement*.¹ Academic lives seem to be increasingly busy and the time needed to live that kind of life —to read, think, talk and teach— is under pressure from various performance metrics and indicators.² So: I appreciate them making time. I am also grateful for the opportunity to think again about some of the arguments in the book, provoked by their interesting and insightful thoughts and comments. What follows are my thoughts on some of their thoughts.

I. AMALIA ON VIRTUE AND COMMUNITY

I think that modern law's judgment —the way in which we, law's addressees, are assessed by its multiplicity of standards— is abstract. And a brief way of unpacking what I mean by 'abstract' is: it ignores a great deal about our conduct, characters and context when it judges

* Artículo recibido el 15 de agosto de 2018 y aceptado para su publicación el 27 de noviembre de 2018.

** Law School, Durham University; w.n.lucy@durham.ac.uk.

¹ Hart Publishing 2017.

² Two academics have made time to write about this: M Berg & B Seeber, *The Slow Professor* (University of Toronto Press 2016).

WILLIAM LUCY

us. Now, I presume that Amalia doesn't disagree with this as an empirical claim, that she accepts that law's abstract judgment (hereinafter *LAJ*) is an obvious but not ubiquitous feature of the major modern legal systems. But it is absolutely plain that she doesn't like it. I'm not certain that I like it either, but I set myself to examine what might be said in its favour in the latter part of *Law's Judgement*. My aim was not to provide an all-round defence of *LAJ*; it was, rather, to see if we could add ballast to the argumentative scales and incline them a little in *LAJ*'s favour. So, although Amalia takes me to offer a 'justification' for *LAJ*, I do not see my own arguments in that way if we mean by 'justification' something like this: an argument or series of arguments which show *LAJ* is of *overwhelming* importance or value.³

For Amalia, *LAJ* is, it seems, of no moral or political value. That is because abstract judgement is not virtuous judgement. The virtuous judge sees "the whole picture, perceives all the morally and legally salient features of the case and miss[es] nothing of relevance"; she is "emotionally attached to the parties [and] will describe and re-describe the case in all its particularity"; she can "specify the values at stake in ways that make them applicable to the situation at hand" and will revise those values when necessary to avoid absurdity or injustice. I have no problem with this as a possible and plausible characterisation of what virtuous judgement might look like in the abstract, or at large. I'm sure that openness to all possible relevant considerations when making decisions, emotional engagement with the parties affected by one's decisions and sensitivity to the values in play in decisions are, in general, commendable.

But this picture of virtuous judgement is not a picture of legal judgement (or even that narrow subfield of it which consists of appellate courts deciding hard cases) in any of the jurisdictions with which I am familiar.⁴ One thing that looms large —overpoweringly

³ Whereas Amalia takes me to be offering a full justification for *LAJ*, another reader of the book suggests that my examination of *LAJ*'s value is altogether too tentative: H Passas, Book Review (2018) 77 *Cambridge Law Journal* 423-427 at 427.

⁴ I would not now say, as I once did, that this replaces law's judgement with another, more ethically sensitive form of judgement: see W. Lucy, Book Review (1999) 19 *Legal Studies* at 427-428 and Alan Norrie's reply at 231-234 of his *Punishment, Responsibility and Justice* (Clarendon Press 2000).

LAW'S JUDGEMENT: SOME THOUGHTS

so— in that limited subfield of legal judgement, but which features only fleetingly in Amalia's characterisation of virtuous judgement is this: the law. That is, the legal doctrines, principles and rules, alongside their alleged underpinning values, the interpretation or application of which is the subject matter of the dispute in an appellate court hard case. It is exactly those principles and rules which prevent judges from being virtuous, in Amalia's sense: they stop judges seeing the whole picture, they exclude some or many or possibly all of the morally salient features of the case and they constitute an interpretive straight-jacket through which the case must be described (so it cannot, legally speaking, be 're-described'). The cases I mentioned in *Law's Judgement* to highlight the 'moral jolt' that *LAJ* presents illustrate just this kind of exclusion and limitation; they are shorthand means of highlighting *LAJ*'s morally troublesome nature.

I disagree with Amalia, for now at least, about how we should respond to this: she responds by replacing *LAJ* with *LVI* (law's virtuous judgment) whereas I attempt to examine what moral or political weight *LAJ* might have despite its morally troubling features. This disagreement could well be temporary, since it is not certain that *LAJ* will, in the end, pass muster in moral and political terms; it might have some such credit but that might not be enough to outweigh its moral and political debits. I, however, have not yet given up on *LAJ* and so cannot endorse *LVI*.

As to community, we are in agreement, subject to one caveat. I argue in chapter 6 of *Law's Judgement* that *LAJ* embodies or supports a fairly thin form of community which, as Amalia notes, is egalitarian. It is not "a community in which people are bounded by affective ties and in which there are relations of mutual aid and reciprocal service". I agree with Amalia that that is a worthy ideal, a form of community worth striving for and worth maintaining where it exists. The kind of community that *LAJ* creates is thinner than that, but not without moral standing; furthermore, that thin kind of community may well be a first step to the realisation of thicker, morally more appealing forms of community. The caveat is this: I do not think that our efforts to realise morally appealing forms of community is a zero-sum game, such that realising a thin form of community in some contexts (the juridical, for example) makes impossible the re-

WILLIAM LUCY

alisation of other, thicker forms of community in other, related contexts. The sources and forms of community are interconnected, and the means of realising and thwarting its many forms, are various;⁵ while law might be a means of realising and maintaining one such form of community, I hope that is not the only means. Moreover, if we have to rely upon law alone to realise our various ideals of community, then I think we are in trouble.

II. RODRIGO'S QUESTIONS

These are excellent questions and none of them were raised, never mind answered, in *Law's Judgement* which is not to say they are irrelevant. Rodrigo's questions are pressing and absolutely pertinent.

This, I hope, is an accurate paraphrase of the thrust of Rodrigo's first question: are statutory provisions the paradigm instance of rules? And, if they are, is it appropriate to speak of law's *abstract* judgement in a common law legal system, since precedents look more like examples than rules, and abstraction is a notion more fitting for rules than for examples? On the first point, my answer is this: I don't think so. My reason is that, along with most common lawyers, I have a rather loose understanding of what rules are: they are usually relatively general injunctions, although they can of course have very specific content, with an 'internal aspect' displayed by all who accept the rules.⁶ Common lawyers are just as happy to speak about rules in relation to cases —'the rule in *Rylands v Fletcher*' and 'the rule against perpetuities'—⁷ as they are to speak about rules in rela-

⁵ Despite the tidal wave of literature during the last 18 years, one of the best starting points for thinking about these matters is still A Mason, *Community, Solidarity and Belonging* (Cambridge University Press 2000).

⁶ See HLA Hart, *The Concept of Law* (Clarendon Press, 3rd ed, 2012) at, among many other places, 55-56. For the argument that neither Hart nor other positivists properly understood the nature of common law adjudication, which in part echoes Rodrigo's point here, see AWB Simpson, 'The Common Law and Legal Theory' in AWB Simpson (ed), *Oxford Essays on Jurisprudence*, 2nd Series (Clarendon Press 1973) 77-99.

⁷ For the former, see C Witting, *Street on Torts* (Clarendon Press, 15th ed, 2018) ch 18; on the latter, which is really a series of rules some of which now take statu-

LAW'S JUDGEMENT: SOME THOUGHTS

tion to statutory provisions (as in the 'rule' in section 53 (1) (a) of the Law of Property Act 1925 that an interest in land can only be created or disposed of in writing signed by the person creating or disposing of the interest).

Of course, they might be mistaken to do so, although I am not sure that their mistake is that common law 'rules' are always examples while statutory 'rules' are always rules. Insofar as the distinction between rules and examples rests upon specificity, the former always being more specific or detailed than the latter, it is dubious: the common law rule (or example) in *Rylands v Fletcher* is not radically, qualitatively less specific than that in s 53 (1) (a) of the LPA 1925. If the distinction is instead one that turns upon malleability, the thought being that examples provide more interpretative leeway for followers than rules, then that might be so in some instances. But all propositions are ripe for interpretation, particularly those, like propositions of law, that we have to 'apply' to the world. As a football referee, I have to apply the offside rule. That rule can be explained to me in at least two ways: I can be shown instances of the rule being applied by other referees and I can be given the text of the rule. In each case, there is room for interpretation, questions and clarifications. I doubt that there is anything like a qualitative distinction between examples and rules, the difference being at most one of degree.

Does this matter for the arguments of *Law's Judgement*? It might. For if we think there is a bright-line, qualitative distinction between rules and examples, the former always and ever being more detailed and less 'malleable' than the latter, then abstraction will be easier to achieve through rules than via examples. But I am not persuaded that such a bright-line qualitative distinction exists.

Rodrigo's second and third questions raise difficult issues. The problems of implementing the principle of accommodation are the core of his second question and I have no answers to the issues Rodrigo highlights. All I have to say is that he undoubtedly raises the correct issues: cultural accommodation is difficult for law, inso-

tory form, see G Virgo, *The Principles of Equity and Trusts* (3rd ed, Clarendon Press, 2018) ch 4 at 102-104.

WILLIAM LUCY

far as the latter is a regime of general rules (or principles or propositions). It remains difficult even for a regime of law that displays no or few of the marks of *LAJ*, since the questions of who belongs and how they belong, and of whether or not that type of belonging is sufficient to merit legal recognition, are just as pressing there. The Western legal systems have excluded and included different groups at different times: animals could once stand trial, but we now think it more appropriate to confer various legal protections upon them; women's entrance into the domain of legal recognition was, in English law, incremental, full standing perhaps not fully confirmed until 1991.⁸ These struggles for inclusion and recognition are the stuff of everyday political action and, I think, will exist in any kind of legal system. How particular legal systems react to them and, ultimately, either accommodate or reject them, is important and interesting.⁹ But law should be only one stop in the journey of these recognition struggles and, in my view, not always the most important one, since legal changes alone do not often completely solve the struggles and injustices which provoke them.

Sovereignty is the fulcrum of Rodrigo's third question, which I think can be paraphrased thus: is *LAJ* a product of sovereignty in the form it exists in the liberal state? That form, as Rodrigo suggests, is this: there is a single and supposedly all-powerful source of law. Certainly, the change from feudal to liberal (or bourgeois, capitalist or mercantile) legal orders was accompanied by changes in the way in which public power was envisaged. That was possibly a transformation from the charismatic power of Kings, Queens and Lords to the power of the 'State', something independent of those whose conduct deployed the power 'it' unleashed.¹⁰ But I'm not sure that

⁸ Although falling into a traditional misogynistic trope of lumping women and animals together, I do so only for reasons of time and space. On animals, see EP Evans, *The Criminal Prosecution and Capital Punishment of Animals* (Faber and Faber 1987); for what might be the last step in the process of fully recognising women's standing in English law, see *R v R* [1991] 4 ALL ER 481 UKHL.

⁹ Note the UK Supreme Court has recently tackled a case very similar to *Masterpiece Cakeshop*: *Lee v Ashers Baking Company Ltd* [2018] UKSC 49.

¹⁰ On the 'invention' of the state, see Q Skinner, *Visions of Politics Volume II* (Cambridge University Press 2002) ch 14.

LAW'S JUDGEMENT: SOME THOUGHTS

state power has ever and always been reducible to a single sovereign source in the Western jurisdictions, many of which are politically complex, being amalgams of different cultures, 'national' groups and, of course, sources of power. Furthermore, this near 'pluri-sovereign' reality was seemingly stumbled upon or hinted at by John Austin, albeit as a matter of legal theory. What, after all, is the conclusion of Austin's search for the sovereign if not this: it's complicated!¹¹ I think that might be Rodrigo's thought, too, and, if so, I share it. What, then, is the relationship between *LAJ* and sovereignty? On a properly nuanced and probably complex view of the latter, I'm sure there is an historical, temporal correlation. As yet, I have no clear idea as to the causal or other connections that might underlie that correlation.

III. HARIS'S TENSION

Haris takes the tension between *LAJ* and a range of moral values as the core of his comment. The tension is between *LAJ*'s failure to see all that is significant about the conduct and character of those it judges and those values which incline us towards an altogether more ethically sensitive —or virtuous, for Amalia— mode of judgement. He thinks that, although I offer some arguments to undermine some of the criticisms of *LAJ* that arise from these values, I nevertheless make too much of this tension. For me, there certainly is a tension; for Haris, there is not (or, as he says, it "is practically non-existent"). Can our disagreement be resolved? Possibly.

One step to accord consists of noting what, exactly, we agree about. Haris and I are certainly in agreement on this issue: that the use of rules as a means of guiding and judging conduct always entails some degree of abstraction.¹² That is because rules *qua* rules must have some degree of generality and generality always, to some degree, overrides particularity. I, like Haris, hold that "abstract judge-

¹¹ See lecture 6 of his *The Province of Jurisprudence Determined*, edited by W Rumble (first published 1832, Cambridge University Press 2009). It is not surprising that this is by far the longest chapter in the book.

¹² See *Law's Judgement* (Hart Publishing 2017) at 16-19.

WILLIAM LUCY

ment is a feature of any rule-based mode of action-guidance". Where we might differ, though, is here: I think it is perfectly possible for different systems of rule-based action-guidance to display, across each system as a whole, different degrees or levels of abstraction. They can be, at large, more or less 'abstract'. One of the contrasts I attempted to draw in *Law's Judgement*, albeit hastily, was between the level of abstraction displayed by modern legal systems, which manifest *LAJ*, and the English feudal legal systems. My hunch is that the latter was much less abstract than the former, modern law's embrace of *LAJ* being one of its most distinctive features.¹³ Furthermore, the possibility of more or less abstract systems of rule-governed action-guidance is attested by the contributions to this symposium, Haris's view of such systems occupying a very different place on the 'more or less abstract spectrum' than Amalia's view. Of course, if Haris's view is that there is no such spectrum, that there are simply different—in terms of their content—systems of equally abstract judgement, then he would reject this point. But if he accepts it, where else might we disagree?

Perhaps on argumentative strategy. Haris is absolutely right to note that my responses to many actual and imagined criticisms of *LAJ* operate at the level of specifics rather than generalities, using my discussion of liability in negligence law as an example. My argument in *Law's Judgement* is that this system of liability-responsibility is not unfair or, perhaps more accurately, not as unfair as critics allege. Its moral basis can be found in a not obviously morally mistaken system of outcome responsibility. It seems that Haris does not disagree with the particulars of that argument, but he does find it a little petty-fogging or trivial. He thinks that "a response to... critics in light of the generals rather than the particulars of *LAJ* would be more apt and effective". Haris might well be right about that and he seems well placed to take up that issue himself. But I have what could be a partial defence for this approach, although some might regard it as no defence at all.

¹³ Ibid 19-21. For a fascinating discussion of feudal legality, see Rio, A "Half-Free' Categories in the Early Middle Ages: Fine Distinctions Before Professional Lawyers', ch 5 of P Dresch & J Schiele (eds), *Legalism: Rules and Categories* (Clarendon Press 2015).

LAW'S JUDGEMENT: SOME THOUGHTS

It is this: *LAJ* is hard to talk about in the abstract. One reason for that is that it is there, right in front of our (contemporary or modern lawyers) noses. So close, indeed, that we almost can't see it. Furthermore, not only is it so close, it is also very nearly ubiquitous, albeit not in the sense of being always and ever explicitly in play: its absence is often as telling as its presence, making lawyers suspicious of law's so narrowly drafted that they all but name a person, group or class or bodies of law that lack systematicity or generality. A good way of bringing this very close but not quite ubiquitous feature of the modern legal landscape into focus is to point to particular instances or aspects of it. That is how I began *Law's Judgement* and how, as Haris notes, I respond to a few of the arguments offered by jurists against *LAJ*.

One could dub this a 'bottom up' approach, the 'bottom' being particular juridical instances of *LAJ*. The usual contrast is with a 'top-down' approach which was characterised thus by Jules Coleman: "In top down explanations, the theorist begins with what she takes to be the set of norms that would gain our reflective acceptance... Then she looks at the body of law... and tries to reconstruct it plausibly as exemplifying those norms. Parts of the law... may fail to be plausibly reconstructed... and identified as mistakes".¹⁴ I do not think that one approach or the other is always obviously better nor do I believe that there is an *a priori* truth here to guide us. If Haris accepts that too, then the only thing that sets us apart is our different approaches to *LAJ*. That counts as a genuine difference but it is not, I think, one which will yield a great substantive divergence, generating radically incompatible accounts of *LAJ*'s value.

¹⁴ *Risks and Wrongs* (Cambridge University Press 1992) 8. Coleman's point of contrast is not bottom-up approaches but middle-level theory: *ibid*. In what seems like a previous life I complained about both: see section III of my 'Rethinking the Common Law' (1994) *Oxford Journal of Legal Studies* 539-564.

ARTÍCULOS

ARTICLES

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD*

JUDICIAL DECISIONS: JUSTIFICATION AND RATIONALITY

Pedro CABALLERO ELBERSCI**

Resumen:

En este artículo se parte de la asunción común de que los ordenamientos jurídicos modernos exigen que las decisiones judiciales deben ser fundamentadas. Algunos filósofos del derecho, partiendo de esta exigencia práctica, han desarrollado diversas propuestas teóricas para explicar la estructura y el funcionamiento de las decisiones judiciales, pero también para ofrecer criterios de valoración que permitan determinar si cierta decisión judicial se encuentra propiamente justificada. En este artículo, en primer lugar, se reconstruyen algunas de estas propuestas teóricas y se clasifican en dos modelos diferentes: la teoría estrecha del silogismo judicial y la teoría amplia del silogismo judicial. En segundo lugar, se explicita un complicado problema que aqueja a estos modelos, a saber, la paradoja del seguimiento de reglas. En tercer lugar, se propone una manera de disolver este espinoso problema y, a su vez, de dar un paso adelante en la construcción de una nueva línea explicativa, que aquí llamaré “teoría pragmatista de las decisiones judiciales”. Por último, se ofrece una manera plausible de acomodar conceptualmente los aportes teóricos más relevantes de cada uno de los tres enfoques.

Palabras claves:

Decisión judicial, justificación, racionalidad, reglas, seguimiento de reglas, normatividad.

* Artículo recibido el 28 de febrero de 2018 y aceptado para su publicación el 6 de agosto de 2018.

** La investigación que se presenta en este trabajo fue realizada en el marco del Programa de Becas Postdoctorales del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Profesor e investigador en el ITAM, e-mail: pcaballeroelbersci@gmail.com

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

Abstract:

This article begins with the common assumption that modern legal systems require that judicial decisions must be substantiated. Some legal philosophers, starting from this practical requirement, have developed different theoretical proposals to explain the structure and functioning of judicial decisions, but also offer evaluation criteria that enables us to determine if a certain judicial decision is properly justified. In this article, some of these proposals are reconstructed and classified into two different models: the narrow theory of judicial syllogism and the broad theory of judicial syllogism. Secondly, a complicated problem that afflict these models, “the rule following paradox”, is made explicit. I then explore a step forward to overcome this problem and I call it the “Pragmatist Theory of Judicial Decision”. Finally, a plausible way to conceptually accommodate the most relevant theoretical contributions of each of these three models is offered.

Keywords:

Judicial Decision, Justification, Rationality, Rules, Following Rules, Normativity.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Precisiones preliminares*. III. *La teoría estrecha del silogismo judicial*. IV. *La crítica de Juan Carlos Bayón*. V. *La teoría pragmatista de las decisiones judiciales: condiciones de adecuación para la competencia normativa y la justificación*. VI. *La articulación de los aportes de cada una de las tres teorías*. VII. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

El análisis que aquí se ofrece comienza desde un punto usual en las investigaciones sobre este tema. Este punto expresa que en la mayoría de los sistemas jurídicos modernos existe una norma que obliga a los funcionarios judiciales a fundamentar sus decisiones. Más precisamente, se podría decir que la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos generalmente disponen: *a)* que los funcionarios judiciales deben resolver las controversias jurídicas que llegan a sus tribunales; *b)* que para resolverlas deben establecer una decisión particular; *c)* que estas decisiones particulares deben contar con una fundamentación o argumentación a su favor.

Tomando en serio estas exigencias prácticas, algunos filósofos del derecho han asumido el compromiso teórico de crear, por un lado, modelos explicativos que capturen las prácticas jurídicas en las cuales los funcionarios judiciales fundamentan sus decisiones. En otras palabras, modelos que expliquen, con cierto nivel de abstracción y generalidad, qué estructura tienen y cómo funcionan las decisiones judiciales. Por otro lado, modelos prescriptivos que indiquen cómo los funcionarios judiciales deberían fundamentar sus decisiones y cómo los demás participantes de la práctica judicial podrían valorar dicha tarea. En otras palabras, modelos que propongan criterios o condiciones prescriptivas y valorativas de acuerdo con las cuales se pueda considerar si cierta decisión judicial se encuentra o no adecuadamente justificada.

Teniendo en consideración el punto de partida y los propósitos explicativos explicitados, aquí se sostendrán, principalmente, las siguientes afirmaciones.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

En la segunda sección, que en la teoría analítica del derecho hay dos modelos acerca de las decisiones judiciales que han sido los más relevante y generalmente aceptados. Estos modelos aquí serán denominados, respectivamente, “teoría estrecha del silogismo judicial” y “teoría amplia del silogismo judicial”. De esta manera, se considerará que las propuestas explicativas más interesantes y mayormente difundidas dentro de la tradición analítica se pueden agrupar, sin pérdida de los elementos característicos relevantes, dentro de estos dos modelos generales.³

En la tercera sección, que estos dos modelos están afectados por el conocido problema de la paradoja del seguimiento de reglas. Aquí se reproducirá el argumento de Juan Carlos Bayón, que expresa, en pocas palabras, que ambos modelos están comprometidos, a través de sus nociones de justificación, con una concepción de las reglas y de la aplicación de reglas que sufre del problema del regreso al infinito al que somete la llamada “paradoja del seguimiento de reglas”.

En la cuarta sección, que en la teoría del lenguaje se encuentra una manera plausible de solucionar o, más bien, de disolver este complicado problema filosófico. En otras palabras, en esta sección se desarrollará un paso ulterior en la línea argumentativa delineada por Bayón, que consiste en proponer una solución donde este autor había puesto acertadamente un problema. De esta forma se presentarán las bases para desarrollar un nuevo modelo teórico acerca de las decisiones judiciales, que aquí llamaré “teoría pragmatista”. Particularmente en esta dirección van los esfuerzos de esta investigación.

En la quinta sección, por un lado, que cada uno de estos tres modelos enseña algo valioso acerca de las decisiones judiciales y de la manera en que estas pueden ser justificadas. Por otro lado, que estas lecciones se encuentran en niveles explicativos distintos y que, por esta razón, estas lecciones pueden ser, y deberían ser, convenientemente ensambladas o articuladas.

Pero, antes de eso, en la próxima sección, se harán algunas precisiones en cuanto al contenido de los términos técnicos que se usarán y se explicitarán algunos compromisos teóricos y meta-teóricos que

³ Uso del término “modelo” como sinónimo de un conjunto de teorías que comparten entre sí características comunes o similares.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

se asumirán en este trabajo. Esta tarea es expositivamente indispensable dada la enorme cantidad de literatura, que parte de asunciones y presupuestos diversos, que ha sido producida sobre este tema.

II. PRECISIONES PRELIMINARES

En los contextos jurídicos, la expresión “decisión judicial” sufre de ambigüedad. Esta expresión puede ser usada, al menos, en dos sentidos diversos. En un primer sentido, para referirse solamente a la conclusión particular de las controversias judiciales; en un segundo sentido, para referirse conjuntamente a la conclusión particular y a las premisas que se ofrecen a su favor. En este trabajo, con el propósito de evitar confusión, se usará la expresión “conclusión particular” para referirse al primer sentido, y la expresión “decisión judicial” para referirse al segundo sentido.⁴

Esta noción de “decisión judicial” es equivalente a un sentido comúnmente asociado a la expresión “razonamiento judicial”. Ambos son procesos o productos argumentativos en los cuales algunas afirmaciones cumplen el rol de premisas, mientras que otras cumplen el rol de conclusión. Sin embargo, la noción de “decisión judicial” no es equivalente a otros sentidos, quizá más habituales, de “razonamiento”. Algunos de estos sentidos tienen un componente adicional que no está siempre presente en las decisiones judiciales, y que es

⁴ La expresión “decisión judicial” padece, además, la conocida ambigüedad *proceso-producto*, es decir, puede ser considerada como la actividad (proceso) de expresar un conjunto de enunciados, o puede ser considerada como el resultado (producto) de dichas actividades. En otras palabras, esta expresión se refiere tanto a “la actividad de decidir y de argumentar” como a “el contenido expresado en dicha decisión y argumentación”. Me parece adecuado explicitar esta ambigüedad desde el inicio porque resulta conveniente no limitar el uso de estos términos a sólo uno de estos dos sentidos. Por otro lado, la noción de “decisión judicial” padece también la ambigüedad *proceso o producto psicológico-lingüístico*. En sentido psicológico, la decisión judicial tiene lugar en la mente de un individuo y está compuesta por un conjunto de estados mentales o actitudes proposicionales. En cambio, en sentido lingüístico, esta tiene lugar en un discurso oral o escrito y está compuesta por enunciados expresados en una lengua determinada. En este trabajo, la noción de “decisión judicial” será entendida en su sentido lingüístico.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

justamente uno de los aspectos que se intenta dilucidar si están presentes en dichos procesos argumentativos judiciales.⁵

Por último, hay otro conjunto de expresiones que tienen contenidos similares a los de “decisión judicial”, “conclusión” y “premisas” que estoy definiendo. Se trata, respectivamente, de las expresiones “sentencia judicial”, “considerandos” y “resolución”. Las sentencias son aquellos instrumentos lingüísticos, jurídicos, de carácter procesal, conformadas típicamente por dos partes: los considerandos y la resolución o parte dispositiva. Los considerandos suelen presentar las premisas ofrecidas a favor de la conclusión de las decisiones judiciales, y la resolución suele presentar la conclusión de la decisión judicial. Sin embargo, a veces la conclusión está anticipada en los considerandos o algunas premisas se encuentran en la parte resolutive. Otro problema es que las decisiones judiciales son expresadas paradigmáticamente, pero no solamente, en las sentencias judiciales. Hay otros instrumentos procesales que contienen decisiones judiciales, pero que no son propiamente sentencias judiciales.

Por otro lado, el término “justificación”, incluso cuando es asociado a esta noción de decisión judicial, también sufre de ambigüedad. Este término puede ser usado, al menos, en dos sentidos diversos. En un sentido, para referirse a las premisas presentadas a favor de la conclusión particular. Esta noción es similar a algunos sentidos comúnmente asociados a los términos “argumentación”, “fundamentación”, “motivación”. En otro sentido, para referirse a un criterio que se establece con respecto a la relación que existe entre las premisas y la conclusión. Esta noción sirve como una herramienta que permite expresar cómo se deberían fundamentar las decisiones

⁵ Esta noción de “razonamiento”, que será usada más adelante, presenta estos elementos: (i) un proceso o producto que contiene un conjunto de enunciados que se comportan como premisas o como conclusión, (ii) el cual puede ser reconstruido de acuerdo con algunos tipos de esquemas o estructuras argumentativas determinadas, y (iii) en el cual se supone que hay cierto tipo de relación más o menos astringente entre las premisas y la conclusión. Más adelante veremos qué tipos de razonamientos, según cada uno de los modelos, son requeridos para estar en condiciones de considerar que una decisión judicial se encuentra justificada. Por esta razón, me parece más adecuado usar la expresión “decisión judicial” que la expresión “razonamiento judicial”.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

y qué criterio o conjunto de criterios son adecuados para determinar si cierta decisión judicial está o no justificada.

En este trabajo se usará el término “justificación” en el segundo de sus sentidos. La razón principal para distinguir entre ambos sentidos de “justificación” es que de otra manera se corre el riesgo de caer en el absurdo de afirmar que cualquier conclusión particular de cierta decisión judicial, sólo por el hecho de contar con una fundamentación —*i.e.* con una o más premisas en su apoyo— se encuentra justificada.

III. LA TEORÍA ESTRECHA DEL SILOGISMO JUDICIAL

La tesis central de la teoría estrecha del silogismo judicial expresa que una decisión judicial está justificada si, y sólo si, puede ser reconstruida como un razonamiento deductivo en el cual su conclusión es consecuencia necesaria de, o está lógicamente implicada por, una norma jurídica general, una descripción de hechos (*i.e.* de los hechos del caso) y a veces también algunas definiciones. Una de las formulaciones más emblemáticas de esta tesis es la siguiente:

Justificar o fundar una decisión consiste en construir una inferencia o razonamiento lógicamente válido, entre cuyas premisas figura una norma general y cuya conclusión es la decisión. El fundamento de una decisión es una *norma general* de la que aquélla es un caso de aplicación. Entre el fundamento (norma general) y la decisión hay una relación lógica, no causal. Una decisión fundada es aquella que se deduce lógicamente de una norma general (en conjunción con otras proposiciones fácticas y, a veces, también analíticas).⁶

⁶ Bulygin, Eugenio, “Sentencia judicial y creación de derecho”, *La Ley*, 124, 1966. Otra de las formulaciones emblemáticas dice: “Estamos plenamente de acuerdo con su enfoque general [de Neil MacCormick] y con las principales tesis de su artículo, tales como: i) el razonamiento jurídico que pretende mostrar que una decisión o una pretensión están justificadas de acuerdo con el derecho vigente es esencialmente deductivo o, por lo menos, puede ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas, normativas y fácticas, se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular. Esta inferencia muestra que la decisión de aplicar esas conse-

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

De acuerdo con este enfoque, una decisión judicial —premisas y conclusión— está justificada si la misma puede ser reconstruida como una estructura argumentativa subyacente, deductiva y normativa, compuesta por dos premisas y una conclusión. Una premisa de tipo normativo, llamada “premisa de derecho”, cuyo contenido expresa la norma que el juez considera aplicable a los hechos particulares del caso, y es extraída o extraíble de uno o más enunciados jurídico-normativos. Una premisa de tipo descriptivo, llamada “premisa de hechos”, cuyo contenido expresa la descripción de los hechos del caso en cuestión, y es extraída o extraíble de las pruebas ofrecidas durante el proceso judicial. Vale la pena aclarar que el contenido de esta premisa tiene por objeto una acción particular, descrita por el juez, perteneciente a la clase general de acciones prevista por la norma. Finalmente, una conclusión también de tipo normativo, que resuelve la controversia judicial prescribiendo la aplicación de una sanción, cuyo contenido expresa la consecuencia jurídica prevista por la norma para la clase general de acciones de la cual la descripción del hecho es un caso.

Este modelo, según algunos teóricos, se enfrenta a algunos problemas. Uno de ellos se desprende de la pregunta acerca de cómo se debería reconstruir la premisa de derecho y la conclusión particular de la decisión, es decir, qué tipos de enunciados deberían aparecer en cada una de ellas. Las conclusiones particulares de las decisiones judiciales, generalmente, están compuestas por enunciados normativos. Por lo que, dichas conclusiones deberían ser —hay buenas razones para que sean— reconstruidas como enunciados normativos. Ahora bien, si la conclusión de una decisión judicial contiene un enunciado normativo, ésta sólo puede estar lógicamente justificada si entre sus premisas hay también al menos otro enunciado de tipo normativo. Porque si así no fuese, se estaría violando el principio de Hume, que expresa que no podemos obtener conclusiones normativas de premisas solamente descriptivas. El candidato obvio para

conclusiones a este caso particular está jurídicamente justificada”. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Limits of Logic and Legal Reasoning”, en Martina, A. A. (ed.), *Preproceedings of the III International Conference on Logica Informatica Dirittto*, vol. II, Firenze, 1989, p. 303.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

desempeñar este rol es la premisa de derecho. Así las cosas, esta premisa también debería ser reconstruida como un enunciado normativo.⁷

Otro de los problemas que enfrenta este modelo se sigue de la respuesta a la cuestión anterior: ¿los razonamientos lógicos deductivos operan solamente con enunciados fácticos, es decir, susceptibles de ser considerados verdaderos o falsos? Dado que la premisa de derecho y la conclusión del razonamiento son, como acabamos de precisar, enunciados normativos; dado que los enunciados normativos no son, al menos en principio, susceptible de verdad o falsedad, y dado que la lógica deductiva trabaja, en principio, solamente con enunciados verdaderos o falsos, parecería que el tipo de razonamiento que presupone este modelo no puede ser realmente deductivo. Los enunciados normativos no son susceptibles de ser considerados verdaderos o falsos a menos que se adopte algún tipo de realismo normativo o a menos que trate a dichos enunciados como proposiciones normativas. La primera posibilidad sostiene que existen hechos normativos de los cuales se puede predicar existencia. Pero esta es una posición minoritaria o, al menos, controvertida entre los teóricos de la metaética. La segunda posibilidad sostiene que dichos enunciados no son propiamente normas, sino proposiciones acerca de normas y que, por lo tanto, estos enunciados son susceptibles de ser verdaderos o falsos. Pero en esta posibilidad resurgiría el pro-

⁷ Como dicen Alchourrón y Bulygin: “El problema principal respecto de la justificación de las sentencias judiciales es que, siendo normativas, no pueden ser justificadas mediante meras aserciones de hechos (por complejos que sean esos hechos). En efecto, cuando un juez condena a Juan a pena de prisión porque encuentra que es culpable de haber matado a Alfredo, no sólo afirma un hecho (de que Juan ha cometido homicidio), sino dicta una prescripción, esto es, una norma, a los efectos de que Juan sea enviado a la cárcel. Una proposición normativa que afirme que conforme al sistema de normas del país el juez tiene la obligación de condenar a aquellos que han cometido homicidio es una mera afirmación de un hecho y no basta para justificar la prescripción (norma) dictada por el juez. Para justificarla el juez tiene que *usar* la norma dictada por el legislador, es decir, correspondiente del Código Penal. Es decir, la *norma* que prescribe que para todo x, si x ha cometido homicidio, x debe ser condenado a una pena de prisión, de la que el juez infiere —mediante un argumento deductivo— que Juan (quien ha matado a Alfredo) debe ser condenado a una pena de prisión”. *Ibidem*, p. 319.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

blema precedente, este es, que la conclusión de la decisión judicial debería ser reconstruida como un enunciado realmente normativo y no como proposiciones normativas, es decir, enunciados acerca de normas.

Si la lógica deductiva trabaja solamente con enunciados descriptivos o lo hace también con enunciados normativos es un problema cuya solución está todavía abierta. La lógica deductiva, como es mayo-mente entendida, trabaja con una noción de verdad como primitiva, porque tanto las conectivas proposicionales (conjunción, disyunción, negación, condicional) como las nociones lógicas centrales (consecuencia lógica, implicación lógica, inconsistencia lógica, etcétera) son definidas en términos de verdad. Así las cosas, un razonamiento es lógicamente válido si sus premisas implican lógicamente la conclusión o, lo que es equivalente, si la conclusión es consecuencia necesaria de las premisas. Esta argumentación conduce finalmente al llamado dilema de Jørgensen,⁸ el cual expresa que: o bien una lógica de normas no es conceptualmente posible, porque la noción de inferencia y las conectivas proposicionales se caracterizan en términos de verdad, y la verdad no opera sobre normas; o bien una lógica de normas es conceptualmente posible, pero entonces el concepto de inferencia y las conectivas lógicas no pueden ser definidas en términos de verdad.⁹

⁸ Cfr. Jørgensen, Jørgen, "Imperatives and Logic", *Erkenntnis* 7, 1, 1937, pp. 288-296.

⁹ En la teoría del derecho, tomando el primer cuerno del dilema, se han construido lógicas de proposiciones normativas, como sustituto de una propia lógica de normas. Cfr., sobre todo, los siguientes: Von Wright, Georg Henrik, *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Routledge and Kegan Paul, 1963; Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, "The Expressive Conception of Norms", en Hilpinen, Risto (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, 1981, pp. 95-124; Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, "Pragmatic Foundation for a Logic of Norms", *Rechtstheorie* 15, 1984, pp. 453-464. Sin embargo, estos esfuerzos no han sido considerados satisfactorios porque se entiende que los razonamientos jurídico-normativos requieren una lógica que trabaje tanto con enunciados descriptivos como normativos. En otra línea de investigación, tomando el segundo cuerno del dilema, teniendo en consideración algunas intuiciones generales acerca de la manera en que de hecho razonamos. Cfr. Von Wright, Georg Henrik, *Logical Studies*, prefacio, Routledge, 1957 y Alchourrón, Carlos, "Concepciones de la lógica", *Enciclopedia de Filosofía*, vol. 7, 1995, pp. 63 y 64, y teniendo

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

De todos modos, algunos teóricos del derecho han sostenido, independientemente de los problemas a los que lleva el desarrollo de un sistema lógico que trabaje con normas, que se puede dar cuenta teóricamente de las decisiones judiciales mediante una reconstrucción sencilla de la estructura subyacente, deductiva y normativa, de este tipo de razonamiento jurídico. Hay, en realidad, dos formas de hacerlo. La primera es mediante la forma lógica del silogismo categórico, por ejemplo, “Todo aquel que haya cometido homicidio debe ser castigado”, “Juan González ha cometido homicidio”, “Juan González debe ser castigado”. La primera premisa es un enunciado normativo que establece una clase general y abstracta de acciones. La segunda premisa es un enunciado descriptivo que afirma que cierta persona ha llevado a cabo una acción particular. Y la conclusión es un enunciado normativo en el que se incluye la acción particular dentro de la clase general y abstracta de acciones. La segunda es mediante la forma lógica del *modus ponens*, una especie del silogismo hipotético, por ejemplo, “si alguien ha cometido homicidio, entonces debe ser condenado a una pena de prisión”, “Juan González ha cometido homicidio”, “Juan González debe ser condenado a una pena de prisión”. La primera premisa es un enunciado condicional en el cual el antecedente establece una clase general y abstracta de acciones, y el consecuente una consecuencia jurídica. La segunda premisa es un enunciado descriptivo en el que se afirma el antecedente, es decir, que cierta persona ha llevado a cabo una

en cuenta que el desafío consiste en determinar si es posible definir las relaciones lógicas sin recurrir a, o implicar de alguna manera, alguna noción de verdad, se han desarrollado algunos fundamentos teóricos para el desarrollo de una “verdadera” lógica de normas. En esta línea, se ha propuesto, de manera convincente, una caracterización de las inferencias lógicas y sus conectivas para enunciados normativos mediante una noción abstracta de consecuencia lógica, siguiendo las reglas de introducción y eliminación. *Cfr.* Gentzen, Gerhard, “Untersuchungen über das logische schliessen”, *Math. Zeitschrift*, 39, 1934, pp. 176-210 y *Cfr.* Belnap, Nahuel, “Tonk, Plonk and Plink” en *Analysis*, 22, 1962, pp. 130-134 en un contexto de deducibilidad; Alchourrón, Carlos y Martino, Antonio, “Lógica sin verdad”, *Theoria* 3, 1988, 7-43 y Alchourrón, Carlos, *op. cit.*, 1995. Sin embargo, un sistema lógico que siga esta propuesta no ha sido, hasta ahora, completamente desarrollado. *Cfr.* Navarro, Pablo y Rodríguez, Jorge Luis, *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge University Press, 2014.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

acción particular. Y la conclusión es un enunciado normativo en el cual se establece que a la persona que ha llevado a cabo la acción particular, que es una instancia de la clase general de acciones, se le debe aplicar la consecuencia jurídica establecida en el consecuente del condicional.

1. *La teoría amplia del silogismo judicial*

La tesis central de la teoría amplia del silogismo judicial expresa que una decisión judicial está justificada si, y solo si, la misma está interna y externamente justificada. Esta tesis se asienta en la conocida distinción, trazada por Jerzy Wróblewski, entre las llamadas “justificación interna” y “justificación externa”. Una de las primeras formulaciones de Wróblewski de esta distinción es la siguiente:

Internal justification deals with the validity of inferences from given premises to legal decision taken as their conclusion. The decision in question is internally justified if the inferences are valid and the soundness of the premises is not tested... External justification of legal decision tests not only the validity of inferences, but also the soundness of premises. The wide scope of external justification is required especially by the paradigmatic judicial decision because of the highest standards imposed on it.¹⁰

En la teoría del derecho, esta distinción generalmente se utiliza para separar conceptualmente entre la justificación acerca de la conclusión particular de la decisión judicial y la justificación acerca de las premisas sobre las que se apoya dicha conclusión. Pero esta interpretación simple de dicha distinción oscurece uno de los méritos de su análisis, rico y detallado, sobre las decisiones judiciales.

El primer mérito de Wróblewski es haber intentado distinguir y relacionar las nociones de “decisión”, “justificación” y “racionalidad”, las cuales están implícita o explícitamente conectadas de distintas

¹⁰ Wróblewski, Jerzy, “Legal Decision and Its Justification”, *Logique et Analyse*, 14 (53), 1971, p. 412.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

maneras en los escenarios conceptuales acerca de las decisiones judiciales.

Wróblewski, antes de distinguir entre justificación interna y externa, distingue otras tres nociones de ‘justificación’ para las decisiones judiciales: “psicológica”, que consiste en una explicación de la decisión por medio de fenómenos psicológicos; “lógica *sensu stricto*”, que se limita al campo de las proposiciones y de la lógica formal, y “lógica *sensu largo*”, que consiste en dar razones adecuadas para la decisión o en las premisas para la inferencia de una decisión de acuerdo con las directivas de inferencia aceptadas.¹¹ Este autor sostuvo que la última de estas nociones es operativamente adecuada para el análisis de la justificación de las decisiones jurídicas y, seguidamente, la relaciona con una noción amplia de racionalidad:

Logical justification *sensu largo* covers all reasonings for which the adjective “rational” is currently used. It covers, hence, not only the field of a formal logic of propositions and of norms, but also that of practical reasoning dealing with norms and evaluations... The concept of justification has to be sufficiently ample to be used adequately for the current notions of “rationality” of such a decision. Rational decision is a justified decision. Rationality is relative to the amount of knowledge of the decision-maker, to his evaluations and to the rules of inference accepted by him. Justified decision is relative to the norms, evaluations and inferences taken into account by the decision-maker.¹²

El segundo y mayor mérito del análisis de Wróblewski proviene de haber relacionado las nociones de justificación interna y externa con tres nociones de “decisión judicial”: “la decisión interpretativa”, que determina el significado de la disposición jurídica aplicada; “la decisión fáctica” (o de evidencia), que determina los hechos que han ocurrido en cierto tiempo y lugar, y “la decisión final”, que determina las consecuencias de la aplicación de la norma jurídica a los hechos probados.¹³ Concretamente, este mérito, que es aquel que oculta la interpretación simplista de la distinción, consiste en ha-

¹¹ *Ibidem*, pp. 410 y 411.

¹² *Ibidem*, pp. 411 y 412.

¹³ *Ibidem*, pp. 412-417.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

ber mostrado que cada uno de estos tipos de decisión judicial deberían estar justificados mediante una justificación interna —la justificación de la inferencia, es decir, del paso inferencial que va desde las premisas a la conclusión— y mediante una justificación externa —la justificación particular de cada una de las premisas que apoyan la conclusión.

De acuerdo con esto, una decisión judicial está justificada si, y sólo si, por un lado, como en la teoría estrecha, esta contiene una justificación interna, esto es, si puede ser reconstruida como un razonamiento deductivo en el cual la conclusión es consecuencia necesaria de una norma jurídica general, una descripción de hechos y algunas definiciones. En otras palabras, si, y sólo si, el paso inferencial que va desde las premisas, de derecho y de hechos, hasta la conclusión está deductivamente justificado. Por el otro lado, si la decisión judicial contiene una justificación externa, esto es, si las decisiones intermedias de derecho y de hechos pueden ser reconstruidas como dos razonamientos en los cuales la conclusión (*i.e.* la premisa de derecho y premisa de hechos) se sigue deductiva o inductivamente de otras premisas. En otras palabras, si, y sólo si, el valor de cada una de estas premisas está, a su vez, deductiva o inductivamente justificado.¹⁴

El tercer mérito es haber mostrado, por un lado, que la reconstrucción de las decisiones judiciales como un único razonamiento deductivo y normativo oscurece una gran cantidad de actividades decisorias, que conllevan también otros tipos de razonamientos, y que los funcionarios judiciales suelen realizar en sus decisiones.

¹⁴ Aquí entiendo que existen sólo dos sentidos en lo que un razonamiento puede ser lógicamente “legítimo”. El primero es cuando la conclusión es inferida por deducción. Esto significa que la verdad o corrección de la conclusión está completamente garantizada por la verdad o corrección de las premisas de las cuales esta se infiere. Un razonamiento con esta característica es un razonamiento lógicamente *válido*. El segundo sentido es cuando la conclusión es inferida por inducción. Esto significa que la verdad o corrección de la conclusión es más o menos probable dependiendo de la verdad o corrección de las premisas. La verdad o corrección de las premisas hace más probable la verdad o corrección de la conclusión, pero no garantiza su verdad o corrección. Un razonamiento con esta característica es un razonamiento más o menos *fuerte* dependiendo de la verdad o corrección de las premisas y de la calidad de estas. En esta dicotomía, un razonamiento abductivo es un tipo de razonamiento inductivo.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

Veamos cuáles son estas actividades de acuerdo con el desarrollo posterior de este modelo realizado por algunos autores contemporáneos.¹⁵ Estos teóricos analíticos han identificado distintas actividades que los funcionarios judiciales suelen realizar en sus decisiones. Pero, además, ellos han reconstruido los distintos tipos de razonamientos que dichos funcionarios judiciales deberían desarrollar en sus decisiones.

La llamada “decisión intermedia de derecho” consiste en un procedimiento argumentativo complejo en el cual se aducen razones a favor de una conclusión que generalmente está compuesta por un enunciado normativo. Se trata, en otras palabras, de la argumentación acerca de la determinación del contenido de significado atribuido a una o más disposiciones normativas, que compone la premisa de derecho. En cuanto a esta decisión particular, se han identificado las siguientes actividades decisorias que los funcionarios judiciales generalmente realizan de manera explícita o implícita:

- 1) La elección de las fuentes del derecho vigente que son relevantes para el caso en cuestión.
- 2) La elección de las disposiciones normativas aplicables que disciplinarían el caso.
- 3) La elección de una norma extraída o extraíble por interpretación de estas disposiciones mediante métodos interpretativos.
- 4) La solución de eventuales conflictos entre normas, antinomias, cuando varias normas regulen el caso diversa o incompatiblemente.
- 5) La integración de eventuales lagunas normativas, cuando el caso no sea regulado por alguna norma.

¹⁵ Cfr., entre otros, los siguientes: Comanducci, Paolo, “Razonamiento jurídico: elementos para un modelo”, Fontamara, 1999; Chiassoni, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica: brevario para juristas*, Marcial Pons, 2011. Guastini, Riccardo, *Interpretare e Argomentare*, Giappichelli, 2012; Canale, Damiano, “Il ragionamento giuridico”, en Pino, Giorgio, Schiavello, Aldo y Villa, Vittorio (eds.), *Filosofia del Diritto. Introduzione al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, 2013; Canale, Damiano y Tuzet, Giovanni, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Analisi e Diritto, 2019.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

6) La individualización de eventuales excepciones a la aplicación de la norma interpretada.

Por otro lado, se ha precisado que al determinar el contenido de significado de la premisa de derecho —actividad que conlleva la adopción explícita o implícita de algunas o todas las decisiones apenas presentadas— los funcionarios judiciales deberían desarrollar un razonamiento deductivo y normativo que podría ser reconstruido de la siguiente forma:

- a) Si x es una disposición jurídica, entonces x debe interpretarse mediante la directiva interpretativa DI.¹⁶
- b) x es una disposición jurídica DJ.
- c) Entonces, x debe interpretarse mediante la directiva interpretativa DI.¹⁷

La llamada “decisión intermedia de hechos” consiste en un procedimiento argumentativo complejo en el cual se aducen razones en favor de una conclusión que está compuesta por un enunciado descriptivo. Se trata de la argumentación que los funcionarios judiciales suelen realizar acerca de la determinación de los hechos —*i.e.* que ciertos hechos han ocurrido en cierto tiempo y lugar— la cual compone la premisa de hechos. En cuanto a este tipo particular de decisión se han identificado las siguientes actividades decisorias que los funcionarios judiciales generalmente realizan explícita o implícitamente:

¹⁶ Vale la pena mencionar que, en realidad, esta premisa suele ser establecida mediante un método interpretativo escogido dentro de un conjunto de métodos interpretativos considerados igualmente admisibles en cierta comunidad jurídica. La elección de uno de los métodos entre otros igualmente admisibles requeriría también que se desarrolle un razonamiento normativo que establezca como conclusión esta premisa. *Cfr.*, entre otros, Chiassoni, Pierluigi, *op. cit.*, pp. 55-159.

¹⁷ Hay una extensa discusión acerca de cómo se debería reconstruir teóricamente este razonamiento y sobre el tipo de lógica o de racionalidad que implicaría cada una de estas reconstrucciones. *Cfr.* Atienza, Manuel, *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Palestra, 1991. En ese trabajo se encuentran algunos de los modelos que han sido ofrecidos para reconstruir este razonamiento.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

- 7) La verificación de las pruebas concernientes al caso.
- 8) La reconstrucción y calificación jurídica del caso.
- 9) La individualización de las características del caso abstracto con las que conectan las distintas consecuencias jurídicas eventualmente previstas por la norma aplicable al caso.
- 10) La individualización de las características que, entre las mencionadas, están presentes en el caso concreto.

Por otro lado, se ha precisado que al establecer la premisa fáctica—actividad que conlleva la adopción explícita o implícita de estas elecciones— los funcionarios judiciales deberían desarrollar una argumentación acerca de hechos que debería poder ser reconstruida como un razonamiento probatorio con dos fases conceptualmente diversas.

Por un lado, un razonamiento probatorio en sentido estricto mediante el cual se argumente a favor de cierta reconstrucción del hecho objeto de la controversia. Este razonamiento debería contener como premisas una serie de proposiciones sobre hechos particulares, que se asumen probados mediante las pruebas ofrecidas por las partes durante el proceso judicial, y como conclusión otra proposición, que se asume como hipótesis. Este razonamiento particular debería ser reconstruido como un razonamiento de tipo *abductivo*, esto es, un tipo de inferencia inductiva que se basa en que: si cierta hipótesis proporciona una buena explicación de un conjunto de fenómenos, y si ninguna hipótesis diferente proporciona una explicación igualmente buena o mejor, entonces es probable que dicha hipótesis sea verdadera. En esta inferencia, la hipótesis constituye una de las premisas y el enunciado del cual se quiere determinar su verdad constituye la conclusión.¹⁸

- a) Se verificaron los hechos H1, H2, H3.
- b) La reconstrucción del hecho RH explica H1, H2, H3.
- c) Entonces, se ha verificado la reconstrucción del hecho RH.

¹⁸ Cfr. Tuzet, Giovanni, *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Analisi e Diritto, Giappicheli, 2006. En ese trabajo se encuentra un análisis pormenorizado del razonamiento abductivo cuando es aplicado en el derecho.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

Por el otro lado, un razonamiento llamado “subsuntivo” mediante el cual se argumenta acerca de la inclusión de la acción particular, descrita en la reconstrucción de los hechos previamente realizada, en la clase general y abstracta prevista en la norma, a la cual la norma jurídica establece una cierta consecuencia jurídica. En este paso argumentativo se pretende justificar la aplicación de la norma al caso particular de la controversia. Este paso tiene la función de conectar la justificación intermedia de derecho con la justificación intermedia de los hechos. Este razonamiento debería ser reconstruido como un razonamiento deductivo de tipo *modus ponens* descriptivo, cuyas premisas y conclusión están compuestas por enunciados descriptivos, con respecto a la subsunción de la acción individual dentro de la clase general y abstracta de acciones que la norma prevé.

- a) Si x (RH) presenta las características C1, C2, C3, entonces x será un caso regulado por la norma N.
- b) X (RH) presenta las características C1, C2, C3.
- c) Entonces, x (RH) está regulado por la norma N.

Así las cosas, las decisiones intermedias, tanto de derecho como de hechos, se caracterizan por estar compuestas por procesos argumentativos bastante complejos, que presuponen una gran cantidad de actividades decisorias. Asimismo, estos productos argumentativos, para que puedan ser considerados justificados, deberían poder ser reconstruidos mediante diversos tipos de razonamientos, que presuponen diversas concepciones acerca de la racionalidad.

A la luz de lo analizado, se puede sostener que la teoría estrecha y la teoría amplia del silogismo judicial consisten en dos etapas diversas, pero relacionadas, de un mismo modelo acerca de las decisiones judiciales. Ambas teorías son diversas porque presentan una reconstrucción teórica diversa de las decisiones judiciales y de sus criterios de justificación. Pero, a su vez, ambas teorías están estrechamente relacionadas porque la segunda teoría adopta la primera para, luego, engrosar y precisar su espectro explicativo. Por un lado, incorporando varios aspectos característicos de las decisiones judiciales que la primera no tenía. Por ejemplo, una gran cantidad de decisiones intermedias que los funcionarios judiciales suelen tomar

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

al efectuar sus decisiones. Por el otro lado, precisando algunos elementos de la justificación de las decisiones judiciales que la primera teoría había tratado de manera demasiado general o simplificada. Por ejemplo, la distinción entre justificación interna —de la inferencia— y externa —de las premisas.

Desde este punto de vista, estas dos teorías se entienden como dos estados teóricos diferentes pero relacionados que componen un mismo modelo general. Por esta razón, en la sección que sigue, me referiré a ambas teorías bajo la misma etiqueta, a saber, el modelo del silogismo judicial.¹⁹

IV. LA CRÍTICA DE JUAN CARLOS BAYÓN

Bayón ha realizado un análisis de inestimable valor para el escenario teórico de la justificación de las decisiones judiciales en un breve y poderoso artículo titulado: “Bulygin y la justificación de las decisiones judiciales: la parte sorprendente”. En este trabajo presenta un análisis de la concepción de las reglas y de la aplicación de reglas con las que las dos teorías anteriores del silogismo judicial se encuentran implícitamente comprometidas, a través de sus nociones de justificación. Su trabajo representa uno de los avances mejor dirigidos en la literatura teórica acerca de la justificación de las decisiones judiciales.

Según Bayón, la idea de justificación propia del modelo del silogismo judicial se entiende como un corolario del principio de universalidad, que es asumido como una condición o exigencia básica de la racionalidad. Este principio desempeña un rol central en cuanto a la posibilidad de discernir entre juicios correctos e incorrectos en cualquier contexto. El modelo del silogismo judicial sostiene que un juicio es correcto en la medida en que es una aplicación de una regla, es decir, en la medida en que es una aplicación de una pauta general

¹⁹ *Cfr.* Canale, Damiano, “Il ragionamento giuridico”, *op. cit.*, 2013. En ese trabajo se encuentra un detallado análisis del paso de la teoría estrecha a la teoría amplia del silogismo judicial, y de otras líneas de investigación de tradiciones no analíticas sobre las decisiones judiciales.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

a un caso específico. No habiendo ningún otro sentido inteligible en que pueda predicarse que un juicio es correcto o incorrecto.

Porque justificar un juicio requiere indicar el fundamento del mismo, dar razones; y como es una cuestión de mera racionalidad juzgar del mismo modo cualquier otro supuesto igual en los aspectos relevantes, dar razones implica siempre trascender la particularidad de un caso: implicaría comprometerse con una pauta general, con una norma (sólo a luz de la cual, precisamente, tendría sentido decir de la concurrencia de cierta propiedad que constituye “una razón”).²⁰

Bayón está de acuerdo en que la justificación de un juicio es —y no puede ser otra cosa que— la justificación de la aplicación de una regla o una pauta general. Sin embargo, sostiene que el modelo silogístico incorpora una concepción de la justificación racional que va bastante más allá de esta última tesis, que llama “universalismo mínimo”.²¹ Este modelo va más allá en el sentido que implica una cierta imagen (que Wittgenstein llamó “platónica”, “intelectualista” o “reglas como raíles” y Sellars llamó “regularista”) de lo que él llama “la competencia normativa”, esto es, una cierta concepción acerca de qué son las reglas, en qué consiste seguir o aplicar reglas y en cómo se debería proceder para justificar un juicio.

Con arreglo a esta imagen o concepción —que no es sino la que Wittgenstein llamó “platónica” o “intelectualista” o de “las reglas como raíles”— la competencia normativa pasaría por la representación de un contenido proposicional expresable en una formulación que especificaría qué aplicaciones son correctas articulando exhaustivamente criterios suficientes de aplicación; y saber determinar lo que una regla requiere —y, por lo tanto, justificar para uno mismo o ante los demás que algo es o no es una aplicación correcta de una regla— supone usar inferencialmente una formulación de esa clase como premisa mayor de un razonamiento subsuntivo.²²

²⁰ Bayón, Juan Carlos, “Bulygin y la justificación de las decisiones judiciales: la parte sorprendente”, en Moreso, José Juan y Redondo, María Cristina (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Marcial Pons, 2007, p. 147.

²¹ *Ibidem*, p. 148.

²² *Idem*.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

Ahora bien, Bayón no está de acuerdo, específicamente, con esta concepción de la competencia normativa. Su argumento está compuesto por una excelente reconstrucción y extrapolación del problema de la paradoja del seguimiento de reglas de Wittgenstein.²³ En palabras del teórico español:

Juzgar, en cualquier contexto, no es más que clasificar un objeto particular, esto es, subsumirlo en un concepto; pero no es posible articular y explicitar (“codificar”) un conjunto de reglas que fijen exhaustivamente cuándo lo particular es una instancia de lo universal, porque eso sería tanto como articular meta-reglas para la aplicación de reglas, con la consiguiente reproducción del problema en lo concerniente a la aplicación de las meta-reglas. En suma, el juicio es irreductible a algoritmo porque no es posible, *sin regreso al infinito*, la formulación completa de criterios explícitos para el juicio. Y, por lo tanto, toda explicitación o formulación de normas presupone un sustrato de normas *implícitas en prácticas* resistente, por razones conceptuales, a cualquier intento de enunciación exhaustiva (o codificación); y el reconocimiento de ese hecho debería conducirnos a dar una forma irreductiblemente abierta a toda explicitación o formulación de normas.²⁴

En la próxima sección, se analizará la última parte del párrafo apenas transcrito y se ofrecerá una manera conceptualmente plausible de explicar cómo se puede dar cuenta de las reglas y de la aplicación de reglas implícitas en las prácticas sociales, sin caer en el regreso al infinito al que condena la paradoja del seguimiento de reglas. Así, la objeción de Bayón marcó la dirección en que la explicación de la justificación de las decisiones judiciales es errónea y por dónde no se debería proseguir. En lo que sigue, esta objeción se tomará como punto de partida para comenzar una nueva dirección explicativa, que luego será redirigida en función de la solución que se propondrá para este problema.

La objeción de Bayón afecta, específicamente, a la concepción de la competencia normativa que se encuentra, precisamente, en el nivel meta-teórico con respecto a las posiciones teóricas del modelo

²³ Aunque este argumento, como bien dice Bayón, tiene raíces más lejanas.

²⁴ Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 149.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

silogístico de las decisiones judiciales. A nivel teórico, este modelo ofrece una reconstrucción racional de las decisiones judiciales y de sus criterios de justificación, que incorporan implícitamente, a través de su noción de justificación, esta concepción de la competencia normativa que cae dentro de la paradoja del seguimiento de reglas.

V. LA TEORÍA PRAGMATISTA DE LAS DECISIONES JUDICIALES: CONDICIONES DE ADECUACIÓN PARA LA COMPETENCIA NORMATIVA Y LA JUSTIFICACIÓN

Bayón explicó el problema de la paradoja del seguimiento de reglas de Wittgenstein mediante una síntesis brillante. Sin embargo, este autor se detuvo en ese punto y no realizó un paso sucesivo en esta línea argumentativa. Sucesivamente podría haber expresado, como aquí se hará, que si bien este problema ha sido efectivamente expuesto por Wittgenstein en las *Investigaciones filosóficas*, el propio autor en dicho libro ha ofrecido una manera de sortear este problema; que si bien no ha sido considerada por Kripke en *Wittgenstein sobre reglas y lenguaje privado* (quizá el libro más influyente sobre este tema), otros filósofos del lenguaje la han considerado y desarrollado en sus propios trabajos.

Wittgenstein presentó en las *Investigaciones filosóficas* lo que se conoce como la paradoja del seguimiento de reglas de la siguiente manera:

“¿Pero cómo puede una regla enseñarme (lehren) lo que tengo que hacer en este lugar? Cualquier cosa que haga es, según alguna interpretación, compatible con la regla” —No, no es eso lo que debe decirse. Sino esto: Toda interpretación pende, juntamente con lo interpretado, en el aire; no puede servirle de apoyo. Las interpretaciones solas no determinan el significado.²⁵

Este problema aqueja a la noción de regla y, consecuentemente, de aplicación de reglas, cuando se entiende a las reglas como un cri-

²⁵ Wittgenstein, Ludwig, *Philosophical Investigation*, Macmillan Publishing Company, 1953, §157.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

terio suficiente de aplicación correcta basado solamente en una formulación lingüística aplicable a un caso o a una acción particular. El problema radica, precisamente, en que para aplicar una regla, debemos formularla explícitamente; pero cuando la formulamos explícitamente, estamos usando expresiones lingüísticas, las cuales a su vez deben ser interpretadas. Ahora, si entendemos que una regla no es otra cosa que un criterio suficiente de aplicación correcta basado solamente en una formulación lingüística aplicable a casos, acciones, instancias (actuales o futuras), entonces este criterio cae indefectiblemente, cada vez que se aplica, en un regreso al infinito de interpretaciones de las expresiones lingüísticas.

Diversos autores, con quienes estoy de acuerdo, han argumentado que Wittgenstein expuso, en un paso argumentativo ulterior, una manera de bloquear el regreso al infinito de las interpretaciones al que conduce esta concepción de las reglas.²⁶ Estos autores han criticado a Kripke porque en el famoso análisis que presentó en *Wittgenstein sobre reglas y lenguaje privado* parece no haber considerado el siguiente párrafo:

Que aquí hay un malentendido se muestra ya en que en este curso de pensamiento damos interpretación tras interpretación; como si cada una nos contentase al menos por un momento, hasta que pensamos en una interpretación que está aún detrás de ella. Con ello mostramos que hay una captación de una regla que no es una interpretación, sino que se manifiesta, de caso en caso de aplicación, en lo que llamamos “seguir una regla” y en lo que llamamos “contravenirla”.²⁷

²⁶ Cfr. principalmente los siguientes: McDowell, John, “Wittgenstein on Following a Rule”, *Synthese*, 58, 3, 1984, p. 357; McGinn, Colin, *Wittgenstein on Meaning*, Blackwell, 1984, p. 68; Brandom, Robert, *Making it Explicit: Reasoning, Representing y Discursive Commitment*, Harvard University Press, 1994, pp. 3-67.

²⁷ Wittgenstein, Ludwig, *op. cit.*, §201. Considero oportuno agregar dos enunciados que están antes y después del último párrafo transcrito, en donde Wittgenstein dice que las reglas no pueden ser entendidas como si proporcionaran una captación inmediata de todas sus posibles aplicaciones “como si pudiéramos captar de golpe el empleo total de la palabra” (Wittgenstein, Ludwig, *op. cit.*, §191), o como si las reglas fueran unos “raíles invisibles tendidos hasta el infinito”. Wittgenstein, Ludwig, *op. cit.*, §218.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

Esta idea consiste, básicamente, en que hay una manera plausible de entender a las reglas y a la aplicación de reglas que no se basa en la formulación explícita, o incluso en la intelección, de una formulación lingüística como un criterio suficiente de corrección, sino que se basa en la manifestación de las reglas de acuerdo con sus usos concretos por parte de los participantes en una cierta práctica social. Esta manera de entender la naturaleza de las reglas y el funcionamiento del seguimiento o aplicación de reglas exige que, en el plano teórico, los criterios de justificación de las decisiones judiciales se establezcan en función de la reconstrucción de la competencia normativa de los participantes en las prácticas sociales y, por lo tanto, de los criterios de aplicación correcta de dichas reglas que se manifiestan implícitamente en dichas prácticas.

Robert Brandom ha ofrecido una propuesta que continúa y desarrolla estas ideas, primeramente, en *Making it Explicit: Reasoning, Representing and Discursive Commitment* y, posteriormente, en diversos libros y artículos, en donde precisa sus posiciones. En esta sección la expondré de manera sintética y circunscrita al argumento que aquí se está analizando. Considero que esta propuesta constituye un posible avance en la línea argumentativa presentada por Bayón, al proponer una concepción adecuada de la competencia normativa, que sirve para construir una noción apropiada de justificación para las decisiones judiciales.

La propuesta de Brandom puede ser presentada a través de tres condiciones de adecuación para cualquier explicación plausible de la competencia normativa, que se extraen de tres distinciones relacionadas.

La primera es, siguiendo a Brandom, la “condición pragmatista”. Esta se dirige a bloquear, precisamente, el problema del regreso al infinito de las interpretaciones. Este problema nos ha enseñado que se debe establecer una noción de regla que no esté comprometida con la concepción de las reglas como un criterio suficiente de aplicación correcta basado una formulación lingüística aplicable a una acción particular, sino que se base en una explicación de las reglas como manifestaciones concretas en una cierta práctica social. La distinción que se propone como medio para superar este problema es aquella que separa conceptualmente entre la determinación de las

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

reglas y la aplicación de las reglas. Brandom sostiene que estas dos actividades no deben ser entendidas como si fuesen dos fases diversas y consecutivas, sino como dos aspectos simultáneos del mismo fenómeno. Según Brandom, no se puede entender la noción de instituir o determinar reglas en las prácticas sociales independientemente de la noción de aplicarlas, y viceversa. La determinación y la aplicación de reglas son nociones diversas, pero recíprocamente dependientes.²⁸

La segunda es, de acuerdo con Brandom, la “condición de construcción de nociones propiamente normativas”. La explicación de la competencia normativa debe establecer un medio para declarar error sobre la aplicación de reglas por parte de los participantes. Esta explicación debe contener nociones normativas adecuadas que permitan determinar si cierta aplicación ha sido realizada correcta o incorrectamente. La distinción que se propone separa conceptualmente entre acciones (*i.e.* acciones físicas o lingüísticas, como actos de habla o uso de conceptos) y estados normativos (*i.e.* compromisos y habilitaciones). La distinción entre acciones y estados normativos nos permite marcar la diferencia que existe entre lo que se hace en la práctica, la acción, y lo que se debe hacer en la práctica, la acción correcta. De esta manera, se puede dar sentido a la idea de que los participantes lleven a cabo aplicaciones correctas o incorrectas de las reglas.²⁹

La tercera es, siguiendo a Brandom, la “condición de construcción de nociones normativas no circulares”. La explicación de la com-

²⁸ Brandom, Robert, *op. cit.*, p. 25.

²⁹ Brandom define los estados normativos basándose en el principio kantiano de autonomía práctica. Este principio establece que la autoridad de las reglas sobre los participantes se deriva de sus actitudes de reconocimiento hacia ellas, es decir, que los participantes son quienes confieren a la regla su carácter vinculante. De acuerdo con esto, cada participante tiene autonomía para vincularse a las reglas de dos maneras diferentes. Por un lado, cada participante *es responsable* de la acción llevada a cabo siguiendo una regla o, en otras palabras, cada participante *se compromete* a que su acción es correcta de acuerdo con la regla. Por otro lado, cada participante también está comprometido con los demás participantes, ya que ellos son quienes deciden si otorgan o no *autoridad* al participante o, en otras palabras, si otorgan o no una *habilitación* con respecto al compromiso del participante en relación con cierta acción. *Cfr. ibidem*, pp. 18-30.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

petencia normativa debe evitar que los estados normativos de las acciones de los participantes se asimilen directamente a las actitudes que los participantes manifiestan hacia esos estados y, de este modo, termine siendo correcto lo que consideren correcto. Por esta razón debe establecerse algún medio para declarar la existencia de error acerca de la propia consideración de la corrección de la acción. La distinción que se propone separa a los estados normativos (*i.e.* compromisos y habilitaciones) de las actitudes normativas (*i.e.* suscripciones y atribuciones).³⁰ Así las cosas, mientras la segunda condición establece una distinción que permite declarar corrección o incorrección acerca de la acción, la tercera condición establece una distinción que permite declarar corrección o incorrección acerca de la consideración del criterio de corrección de la acción.³¹

De esta manera, Brandom propone una manera apropiada de dar cuenta de la competencia normativa —que explica en qué consisten las reglas y el seguimiento de reglas— que no se encuentra comprometida con el problema del regreso al infinito de las interpretaciones al que condena la paradoja del seguimiento de reglas. Además, esta propuesta evita otros problemas que ahora no es el momento de explicitar. Esta propuesta debería ser adoptada para ofrecer una teoría apropiada de la justificación de las decisiones judiciales.

³⁰ Brandom las llama “actitudes normativas”, sin embargo, dado que no se trata de actitudes estrictamente normativas, sino de actitudes prácticas hacia los estados normativos, la llamaré directamente “actitudes prácticas”.

³¹ Las actitudes prácticas se expresan cuando se toma o se trata a un participante, explícita o implícitamente, como alguien que tiene o posee un estado normativo. Más precisamente, estas actitudes se presentan de dos maneras: como la suscripción de estados normativos (*e.g.* el compromiso que asume un participante a título personal) y como la atribución de estados normativos (*e.g.* la atribución de una habilitación que otorga un participante a alguno de los demás participantes). Desde esta perspectiva, por un lado, se entiende que la autoridad de las reglas tiene un intermediario que está mediado por las actitudes que los participantes manifiestan en la práctica cuando evalúan y tratan la actuación propia y la de los demás como correcta o incorrecta. Así las cosas, se entiende que estas actuaciones se consideren correctas o incorrectas en virtud de lo que manifiestan implícitamente los participantes al valorar los estados normativos propios y de los demás participantes. *Cfr. ibidem*, pp. 30-46.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

VI. LA ARTICULACIÓN DE LOS APORTES DE CADA UNA DE LAS TRES TEORÍAS

A este punto se pueden conjugar algunas conclusiones interesantes. En primer lugar, creo que hay buenas razones, considerando las expuestas hasta ahora, para sostener que cada una de las tres teorías tiene una lección importante para enseñar.

La teoría estrecha del silogismo judicial nos enseña algo valioso, por un lado, en cuanto a la posibilidad de reconstruir racionalmente la estructura básica de las decisiones judiciales mediante un razonamiento sencillo, de acuerdo con una estructura lógico-deductiva. Por el otro lado, en cuanto a la posibilidad de contar con un criterio claro y preciso, desde un punto de vista lógico-deductivo, para determinar si cierta decisión judicial se encuentra o no justificada.

La teoría amplia del silogismo judicial nos enseña algo relevante, por un lado, en cuanto a la posibilidad de reconstruir racionalmente la estructura y el funcionamiento de las decisiones judiciales de una manera más rica y detallada. Esta teoría ensancha el espectro teórico de la anterior para abarcar otros aspectos —una serie amplia de decisiones intermedias— que los funcionarios judiciales suelen llevar a cabo en sus decisiones. Por el otro lado, nos brinda la posibilidad de contar con un criterio más preciso, basado en la distinción entre justificación interna y externa, para determinar si cierta decisión judicial se encuentra o no justificada.

Por último, la teoría pragmatista de las decisiones judiciales nos enseña algo importante acerca de las nociones de justificación que proponen los dos modelos anteriores. Este modelo nos brinda la posibilidad, por un lado, de identificar con claridad un problema filosófico que aqueja a ambas nociones, el problema de la paradoja del seguimiento de reglas; pero, además, de resolver dicho problema, disolviéndolo. En definitiva, este modelo nos ofrece la posibilidad de construir una nueva noción de justificación, que sea más fina y adecuada para los propósitos explicativos que persiguen las teorías de las decisiones judiciales.

En segundo lugar, precisamente acerca de las nociones de justificación expuestas, creo que se han explicitado razones convincentes

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

para sostener que cada modelo ofrece o puede ofrecer una noción propia de “justificación” y, consecuentemente, también de “racionalidad”.

De acuerdo con la teoría estrecha, una decisión judicial está justificada si, y sólo si, puede ser reconstruida como un razonamiento en el que la conclusión es consecuencia necesaria de —o está lógicamente implicada por— una norma jurídica general, una descripción de hechos y a veces también algunas definiciones. Así, este primer modelo está comprometido con una racionalidad lógica de tipo deductivo.

Según la teoría amplia, una decisión judicial está justificada si, y sólo si, está interna y externamente justificada. Esto es, por un lado, si el paso inferencial que va desde las premisas, de derecho y de hechos, a la conclusión está deductivamente justificado. Por el otro lado, si el valor de verdad o corrección de cada una de estas premisas está, a su vez, deductiva o inductivamente justificado. Así las cosas, este segundo modelo está comprometido con un tipo de racionalidad más amplia, esto es, un tipo de racionalidad lógica que además de razonamientos deductivos trabaja con razonamientos inductivos.

Por último, de acuerdo con la teoría pragmatista, una decisión judicial está justificada si, y sólo si, esta se construye apelando a las prácticas lingüísticas en las cuales los participantes realizan acciones y las valoran intersubjetivamente suscribiéndose o atribuyéndose mutuamente compromisos y habilitaciones con respecto a dichas acciones. Este tercer modelo está comprometido con un tipo de racionalidad social de tipo lingüístico y normativo que proviene de la competencia que los usuarios de lenguaje manifiestan en sus prácticas comunicativas.³²

En tercer lugar, creo que hay razones convincentes para afirmar que las lecciones que enseñan estos modelos se encuentran en niveles teóricos diversos y que esto permite articularlas de cierto modo.

El modelo del silogismo judicial, en su versión estrecha y amplia, ofrece una reconstrucción de las decisiones judiciales desde

³² Cfr. Brandom, Robert, *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism*, Harvard University Press, 2000, pp. 1-44.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

una aproximación teórica que trabaja en distintos niveles. Por un lado, ofrece una reconstrucción conceptual con una función teórico-descriptiva, esto es, presenta una reconstrucción explicativa que reproduce de manera simplificada la estructura y el funcionamiento de las decisiones judiciales —de una manera general, abstracta y neutral— para favorecer una mejor comprensión de las mismas.³³ Por otro lado, ofrece una reconstrucción conceptual con una función teórico-prescriptiva, esto es, presenta una reconstrucción prescriptiva (normativa) —particular, concreta y parcial— acerca del modo en que los funcionarios judiciales deberían fundamentar sus decisiones.³⁴ Por último, ofrece una reconstrucción conceptual con una función teórico-valorativa, esto es, ofrece criterios o condiciones prescriptivas (normativas) de acuerdo con las cuales se pueda determinar si cierta decisión judicial se encuentra o no justificada.³⁵

En cambio, el modelo pragmatista de las decisiones judiciales ofrece una propuesta meta-teórica sobre la concepción de la competencia normativa con la cual las nociones de justificación están implícita o explícitamente comprometidas. Una aproximación meta-teórica de este tipo se refiere a los discursos teóricos acerca de la justificación de las decisiones judiciales, en la que se analizan, comparan y precisan las nociones técnicas que son conceptualmente prioritarias o centrales en estas teorías.³⁶

Para concluir, considero que el aporte meta-teórico del modelo pragmatista de las decisiones judiciales puede ser beneficiosamente articulado con los aportes teóricos del modelo silogístico. Dicho modelo podría incorporar el aporte del modelo pragmatista siempre y cuando adopte, en sus niveles teórico-prescriptivo y teórico-valorativo, las condiciones de adecuación para una concepción correcta

³³ Esta es la actividad teórica de la cual se vale típicamente quien pretende comprender el derecho.

³⁴ Esta es la actividad teórica de la cual se vale típicamente quien pretende llevar a cabo correctamente la función judicial.

³⁵ Esta es la actividad teórica de la cual se vale típicamente quien pretende valorar y criticar cierta la función judicial con respecto a cierta decisión.

³⁶ Esta es la actividad teórica de la que se vale típicamente quien analiza las teorías en competición y se propone construir nociones conceptualmente apropiadas para utilizar en las teorías.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

de la competencia normativa y, por lo tanto, de la justificación. Esto se podría —y se debería— realizar dado que las condiciones de adecuación para la competencia normativa que el modelo pragmático propone provienen de la reconstrucción de nuestras prácticas lingüísticas y sociales, las cuales son esencialmente diversas a las condiciones de justificación que la lógica propone para diversos tipos de razonamientos. De esta manera se puede sostener que los aportes de estos modelos pueden ser beneficiosamente articulados dentro de un nuevo modelo que los incorpore y los ensamble conjuntamente.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCHOURRÓN, Carlos, “Concepciones de la lógica”, *Enciclopedia de Filosofía*, vol. 7, Madrid, Trotta, 1995. Reproducido en Alchourrón, Carlos, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Marcial Pons, 2010.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, “The Expressive Conception of Norms”, en HILPINEN, Risto (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, 1981. Reproducido en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, “Pragmatic Foundation for a Logic of Norms”, *Rechtstheorie*, 15, Duncker & Humblot, 1984.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, “Limits of Logic and Legal Reasoning”, en MARTINO, A. A. (ed.), *Preproceedings of the III International Conference on Logica Informatica Dirittto*, vol. II, Firenze, 1989. Reproducido en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALCHOURRÓN, Carlos y MARTINO, Antonio, “Lógica sin verdad”, *Theoria*, 3, 1988.
- ALEXY, Robert, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford University Press, 1989.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Palestra, 1991.
- BAYÓN, Juan Carlos, "Bulygin y la justificación de las decisiones judiciales: la parte sorprendente", en MORESO, José Juan y REDONDO, María Cristina (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Marcial Pons, 2007.
- BELNAP, Nahuel, "Tonk, Plonk and Plink", *Analysis*, 22, 1962. Reproducido en STRAWSON, P. F. (ed.), *Philosophical Logic*, Oxford University Press.
- BULYGIN, Eugenio, "Sentencia judicial y creación de derecho", *La Ley*, 124, 1966. Reproducido en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BRANDOM, Robert, *Making it Explicit: Reasoning, Representing y Discursive Commitment*, Harvard University Press, 1994.
- BRANDOM, Robert, *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism*, Harvard University Press, 2000.
- CANALE, Damiano, "Il ragionamento giuridico", en PINO, Giorgio et al. (eds.), *Filosofia del Diritto. Introduzione al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, 2013.
- COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico: elementos para un modelo*, Fontamara, 1999.
- CHIASSONI, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica: brevario para juristas*, Marcial Pons, 2011.
- GENTZEN, Gerhard, "Untersuchungen über das logische schliessen", *Math. Zeitschrift*, 39, 1934. Traducido en *The Collected Papers of Gerhard Gentzen*, North Holland, 1969.
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Giappichelli, 2012.
- JÖRGENSEN, Jörgen, "Imperatives and Logic", *Erkenntnis*, 7, 1, 1937.
- KRIPKE, Saul, *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Harvard University Press, 1982.
- MCDOWELL, John, "Wittgenstein on Following a Rule", *Synthese*, 58, 3, 1984.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

- MCGINN, Colin, *Wittgenstein on Meaning*, Blackwell, 1984.
- NAVARRO, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge University Press, 2014.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophical Investigation*, Macmillan Publishing Company, 1953.
- WILSON, George, “Kripke on Wittgenstein on Normativity”, *Midwest Studies in Philosophy*, 19, 1994.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, “Legal Decision and Its Justification”, *Logique et Analyse* 14, 53, 1971.
- TUZET, Giovanni, *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Analisi e Diritto, Giappicheli, 2006.
- VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Routledge and Kegan Paul, 1963.
- VON WRIGHT, Georg Henrik, *Logical Studies*, Routledge, 1957.

AGENCY AND LEGAL RESPONSIBILITY: EPISTEMIC AND MORAL CONSIDERATIONS*

AGENCIA Y RESPONSABILIDAD LEGAL: CONSIDERACIONES EPISTÉMICAS Y MORALES

Carlos MONTEMAYOR**

Enrique CÁCERES***

Abstract:

What kind of agency is required for legal standing? What are the cognitive and rational requirements assumed by legal systems about the subjects of the law? How is it that humans comply with these requirements? In previous work,¹ we argued that these questions require a new approach to legal theory, based on recent findings in cognitive science, and which goes beyond extant neuro-legal approaches. We now elaborate on this proposal, now focusing on issues regarding agency and normativity, including types of agency that are relevant for social epistemology. The main conclusion of the paper is that the high cognitive demands on the explicit rational capacities of agents assumed by legal philosophy are not only incompatible with findings in psychology, but also that a careful and systematic analysis of moral and epistemic agency is required to fully comprehend legal normativity.

Our main argument is that forms of collective agency, moral and epistemic, differ from individual agency, which must also be distinguished as moral and epistemic. Crucially, collective agency differs from individual

* Artículo recibido el 25 de junio de 2018 y aceptado para su publicación el 9 de noviembre de 2018.

** San Francisco State University.

*** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y en el C3 de la UNAM.

¹ E Cáceres and C Montemayor, 'Pasos hacia una naturalización cognitiva en la filosofía del derecho (Steps Towards a Cognitive Naturalization of Legal Philosophy)' (2016) 10 Problema.

CARLOS MONTEMAYOR / ENRIQUE CÁCERES

agency not merely because of differences in rational standards, but fundamentally because of constraints on the cognitive integration of information. Several consequences of this approach are assessed, including aspects of information integration for judgment and decision-making, reliable communication in epistemic agency, and the integration of moral considerations in legal reasoning. A thorough revision of the notion of "autonomy" is justified under the present proposal, partly because the standard requirements for legal standing and autonomy are too demanding and unrealistic in many cases, and partly because collective agency needs to be taken into consideration as a fundamental kind of legally responsible agency for processes of information integration. By relying on the distinction between epistemic and moral forms of reasoning, we explain how legal systems demand high levels of cognitive integration for legal responsibility at the collective level.

Keywords:

Attention, Moral Agency, Epistemic Agency, Consciousness and Attention Dissociation, Collective Agency.

Resumen:

¿Qué tipo de agencia es necesaria para la personalidad jurídica? ¿Cuáles son los requisitos cognitivos y racionales que los sistemas legales asumen acerca de los sujetos de la ley? ¿Cómo es que los seres humanos cumplen con estos requisitos? En trabajo previo (Cáceres y Montemayor, 2016), hemos argumentado que estas preguntas requieren un nuevo acercamiento a la teoría del derecho, basado en hallazgos recientes en ciencia cognitiva, que van más allá de tratamientos teóricos neuro-legales contemporáneos. Aquí construimos sobre esta propuesta, ahora enfocándonos en cuestiones de agencia y normatividad, incluyendo tipos de agencia que son relevantes para la epistemología social. La conclusión principal del artículo es que los muy estrictos requisitos cognitivos que se asumen sobre las capacidades explícitas de racionalidad de los agentes cognitivos, presupuestos por la ley, no sólo son incompatibles con los hallazgos en psicología, sino que un análisis sistemático de la agencia moral y epistémica también es necesario para poder entender la normatividad legal.

El argumento principal es que tipos de agencia colectiva, moral y epistémica, difieren de la agencia individual, la cual también debe distinguirse como moral y epistémica. Fundamentalmente, la agencia colectiva difiere de la individual no sólo con base en diferencias con respecto a la racionalidad,

AGENCY AND LEGAL RESPONSIBILITY...

sino también con base en los criterios de integración informativa. Varias consecuencias de este análisis son evaluadas, incluyendo aspectos concernientes a integración informativa para juicios y decisiones, comunicación fiable para la agencia epistémica, y la integración de consideraciones morales en el razonamiento jurídico. Una revisión comprensiva de la noción de “autonomía” es justificada por esta propuesta, en parte porque los requisitos comunes para la personalidad y autonomía jurídica son muy demandantes e inadecuados en muchos casos, y en parte porque la agencia colectiva debe tomarse en consideración como un tipo fundamental de agencia legal responsable para procesos de integración informativa. Basándonos en la distinción entre formas epistémicas y morales de razonamiento, explicamos cómo los sistemas legales necesitan de altos niveles de integración cognitiva para la responsabilidad legal a nivel colectivo.

Palabras clave:

Atención, agencia moral, agencia epistémica, disociación entre consciencia y atención, agencia colectiva.

CARLOS MONTEMAYOR / ENRIQUE CÁCERES

SUMMARY: I. *Agency and Legal Standing*. II. *Types of Agency*. III. *Epistemic and Moral Agency*. IV. *Collective and Individual Agency: Autonomy as Condition and as Capacity*. V. *Law, Collective Action and Collective Monitoring*. VI. *Conclusion*. VII. *References*.

I. AGENCY AND LEGAL STANDING

That agency is required for legal standing is a truism. Legal standing requires at least some degree of autonomy in decision-making and therefore, a non-trivial degree of agency for intentional action. Several areas of the law, for instance civil and criminal law, assume autonomy and agency for legal standing. This assumption is so universal that it plays a critical role in legal philosophy, for instance, in the foundational notions of a legal system —personhood, legal efficacy, and legal validity. This notion of autonomy and agency is also fundamental in political philosophy and ethics (it suffices to mention the work of Kant and Rousseau, particularly their notions of freedom and legitimate authority).

Because of recent developments in the cognitive sciences, however, an interesting question is what *kind* of agency is required for legal standing. Research in behavioral economics shows that human decision making departs from ideal standards of rationality in significant ways, presenting worrisome challenges for the assumption that rational reflection is a fundamental requirement for legal autonomy and optimal choice.² If the idealized agency assumed by Kantian notions of personhood and autonomous rationality, explicitly endorsed by John Rawls' notion of "reflective equilibrium," cannot be verified as a distinctive feature of human rational capacities, then a pressing issue is to determine what kind of agency is at stake in legal normativity.

² E Cáceres and C Montemayor, 'Pasos hacia una naturalización cognitiva en la filosofía del derecho; (Steps Towards a Cognitive Naturalization of Legal Philosophy)' (2016) 10 Problema 137.

AGENCY AND LEGAL RESPONSIBILITY...

This question concerning the type of agency required for legal standing is, therefore, no trivial matter. Until recently, it received no attention in legal studies (and to this day, it receives almost no attention at all). In fact, even in philosophical approaches to this topic, it was almost universally accepted that some kind of a priori, explicit and conscious capacity for judgment was essential to have legal standing and autonomy. Much of these requirements were taken from moral philosophy. Epistemology played some role, but not a central role. Thus, one finds enshrined in many legal codes requirements for autonomy or legal standing that resemble the requirements for autonomy defended by Kant: they require conscious assessment of consequences, explicit evaluation of such consequences, and consciously guided obedience to universalizable principles and norms, such as the categorical imperative. Fundamental legal principles derive from this conception of legal autonomy and agency (e.g., ignorance of the law does not allow for its disobedience, parties to a contract must declare that they fully understand the terms of the agreement and they must be fully capable of rational judgment).

Similar requirements were assumed in economics. In the field of economics, however, these assumptions were tested with empirical evidence —an area of economics now known as “behavioral economics”. As mentioned, findings in behavioral economics and rationality show that humans don’t really comply with the rational and coherentist requirements of idealized normative theories assumed in economics. In fact, in many circumstances, humans violate basic rules of rationality, evidence updating and probability theory. In previous work,³ we discussed the importance of this research for legal theory.⁴ What we want to emphasize now is how these find-

³ Ibid.

⁴ See A Fairweather and C Montemayor, ‘Inferential Abilities and Common Epistemic Goods’ in A Fairweather (ed), *Virtue Epistemology Naturalized: Bridges Between Virtue Epistemology and Philosophy of Science* (Synthese Library 366, Springer 2014) 123-142; A Fairweather and C Montemayor, *Knowledge, Dexterity, and Attention: A Theory of Epistemic Agency* (Cambridge University Press 2017); and A Morton, *Bounded Thinking: Intellectual Virtues for Limited Agents* (Oxford University Press 2012), for why this research does not have negative implications for epistemic normativity. What the empirical findings show is that idealized normative

CARLOS MONTEMAYOR / ENRIQUE CÁCERES

ings put into question the assumption that there is a single kind of agency that is necessary for legal standing —a kind of agency that is ideally rational and quasi-omniscient about legal principles and their consequences. To the extent that the present approach is an inquiry into the cognitive requirements for legally relevant agency, this paper can be considered as an exercise in legal anthropology. More precisely, we aim to offer an account of legally relevant agency that takes into consideration recent findings in cognitive science, and which takes epistemic agency as seriously as moral agency. In this respect, the present approach differs significantly from naturalistic approaches that focus exclusively on neuroscience.

A key conclusion of this paper is that different kinds of agency play distinctive roles in a legal system, at different levels of information integration—one cannot assume that there is a simple kind of agency or autonomy for legal subjects across the board. In particular, the Kantian or neo-Kantian (e.g., Rawlsian) conception of agency is too demanding for most forms of legal agency and too narrow to capture the complexity of legal systems. Explaining exactly what this means, in the context of legal theory, is one of the main goals of this paper. In doing so, we hope to explain why legal theory should start taking findings in the psychology of agency much more seriously. This new approach to legal theory could help identify institutional reforms that facilitate the implementation of legal norms by contextualizing their application in accordance with specific forms of agency.

Evidence in cognitive science will play an important role in the present analysis. But so will epistemology. In fact, a crucial part of our proposal concerns how social epistemology is fundamental to understand the manner in which various kinds of agency play different roles in the integration of a legal system. We will use insights from social epistemology, based partly on Fairweather and Montemayor,⁵ as well as novel approaches regarding the distinction between consciousness and attention. We explain why different forms of collective agency, moral and epistemic, must be distinguished from in-

assumptions are not descriptively adequate or true of human psychology.

⁵ Fairweather and Montemayor, *Knowledge...* (n 4).

AGENCY AND LEGAL RESPONSIBILITY...

dividualistic agency, which must also be differentiated in terms of moral and epistemic. We argue that collective agency in legal systems differs from individual agency not merely because of differences in rational standards, but fundamentally because of the type of constraints on the process of information integration. We seek to justify a revision of the notion of “autonomy,” partly because the standard requirements for legal standing and autonomy are too demanding and unrealistic in many cases, and partly because collective agency needs to be taken into consideration as a fundamental kind of legally responsible agency for processes of information integration.

The views defended here are meant to satisfy the kind of naturalistic approach that has become influential in many areas of philosophy, including legal philosophy.⁶ But the main goal of our paper is to present a naturalistic approach that takes *intentional action* as its main focus. This “agency-first” approach that takes the capacities of agents, or more precisely *agency*, as a fundamental target of analysis in legal theory is critical to understand the situated interests of the subjects of the law —an approach that has been the focus of recent literature.⁷ We take this agency approach as a central commitment. Naturalism and the agency-first approach frame the analysis we present here, and we hope to provide new insights with respect to both.

Finally, we want to clarify from the outset that our view does not entail a systematic or pervasive differentiation between epistemic and moral agency. The relation between moral and epistemic norms, and the psychological processes required to follow these norms, are issues that demand thorough investigation, theoretically and experimentally. Following legal norms requires both epistemic and moral capacities, and agents succeed at complying with legal precepts because of these capacities. All we claim here is that epistemic and moral capacities differ in some important respects, and as we illustrate below, these capacities can pull in opposite directions.

⁶ B Leiter, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* (Oxford University Press 2007).

⁷ V Rodríguez-Blanco, *Law and Authority under the Guise of the Good* (Hart Publishing 2014).

CARLOS MONTEMAYOR / ENRIQUE CÁCERES

II. TYPES OF AGENCY

Agency is a complex phenomenon. It requires cognitive integration, working memory, and goal directed intentional action. Intentional action can be either implicit (i.e., automatic and without much conscious access or effort) or explicit (i.e., consciously integrated action with declarative and inferential knowledge). Evidence shows that intentional action may occur automatically in many cases, without awareness or declarative knowledge, and that some types of reasoning require more effortful conscious attention.⁸ In addition, voluntary action can be decomposed into conscious and unconscious cognitive processes,⁹ as well as predictive and postdictive elements, which can be understood statistically.¹⁰ The available evidence shows that all kinds of agency, either implicit or explicit (largely automatic or conscious) require a “person-level” integration of information, like the type of integration provided by guided *attention*. But there are very important distinctions between these kinds of agency, and only a few of them fall under the typically assumed type of agency at work in much philosophical analysis: conscious reflective agency.

There are well-documented consequences of these different types of agency that corroborate the complexity of epistemic and moral agency. Here we will highlight a particularly revealing one. Evidence shows that there is a compression of perceived intervals between an action and its consequences that only affects *intentional action*, called “intentional binding”.¹¹ Intentional action slightly alters time perception because of the way in which causally related

⁸ See D Kahneman, *Attention and Effort* (Prentice-Hall 1973); B Hommel, ‘Grounding Attention in Action Control: The intentional control of selection’ in B Bruya (ed), *Effortless Attention: A New Perspective in the Cognitive Science of Attention and Action* (MIT Press 2010) 121-40; and C Montemayor and H Haladjian, *Consciousness, Attention, and Conscious Attention* (MIT Press 2015).

⁹ LC Krisst, C Montemayor and E Morsella, ‘Deconstructing Voluntary Action: Unconscious and Conscious Component Processes’ (2015). In P.

¹⁰ JW Moore and P Haggard, ‘Awareness of Action: Inference and Prediction’ (2008) 17(1) *Consciousness and Cognition* 136-144.

¹¹ P Haggard, S Clark and J Kalogeras, ‘Voluntary action and conscious awareness’ (2002) 5 *Nature Neuroscience* 382-385.

AGENCY AND LEGAL RESPONSIBILITY...

consequences of goal oriented, self-initiated action, are cognitively integrated with other sensorial information. It takes ingenuity and rigorous analysis to figure this out. This is not something subjects are typically consciously aware of at any point in time. This kind of agency effect is implicit and unconscious, as are many kinds of agency we use daily to navigate the world without much cognitive effort (e.g., prudential, epistemic, moral). This does not mean that intentional action can be fully unconscious; it only means that many sub-components of an intentional action can be unconscious, and in most cases *must* be, unconscious.¹² We do not have to reflectively judge our explicit intentions and then tell ourselves what we should do with our body when we typically intend to act. We very rarely do so, and when we do, it is only when we want to determine the overall goal of a process involving many sub-processes, bodily and cognitive, which are mostly automatic. In fact, in some cases of highly skillful performance, consciously reflecting on our actions has the opposite effect of paralyzing us into inaction (think of a gymnast who is constantly thinking on the implications of every one of her moves).

It is not just the scientific evidence that reveals the importance of the distinction between implicit and explicit kinds of agency. Philosophical analysis, particularly with respect to the varieties of intentional action, also justifies this distinction. There is a neglected but longstanding tradition in philosophy that gives implicit agency a fundamental role in guiding us towards having a *virtuous life*. For instance, skilled action of an implicit kind was valued in ancient Chinese philosophy because of its automatic effects on personal flourishing, which requires habituation without consciously explicit effort to command and justify action.¹³ The idea is that the virtuous person should act virtuously without much thought or judgment. In daily life, automatic agency also plays a fundamental role. Artistic and athletic performances of the highest complexity require an

¹² See Fairweather and Montemayor, *Knowledge...* (n 4); *ibid*, for further elucidation.

¹³ E Singerland, *Effortless Action: Wu-wei as Conceptual Metaphor and Spiritual Idea in Early China* (Oxford University Press 2003).

CARLOS MONTEMAYOR / ENRIQUE CÁCERES

enormous amount of cognitive coordination and intentional planning. Yet, performers experience little consciously reflective effort in executing such complex intentional actions. In fact, most performers report experiencing a kind of joyous abandonment of their consciously attentive self in executing these largely automatic complex actions. It seems that if conscious attention to plans were necessary for this kind of skillful agency, performers would be too distracted by these conscious inferences and commands, and would not be capable of skillful execution. As mentioned, in these cases of highly virtuous or skillful performance, conscious reflective agency is highly counterproductive.

This kind of attention required to achieve goals without much conscious awareness of rules and the principles concerning how to follow these rules is fundamental for *epistemic agency*, from learning how to speak a language to executing skillful performances concerning communication, and it plays a clear and intuitive role in making our perceptual and inferential capacities reliable.¹⁴ We must make a distinction between the phenomenally conscious experience of selfless joy associated with effortless performance (what artists and athletes describe as “being in the zone”) and the “access” that conscious awareness provides to explicit rules, semantic contents, and inferential deliberations.¹⁵ In other words, the type of attention that guides intentional action does not demand explicit access to rules and inferences concerning how to execute perceptual or inferential routines.

Attention routines during highly skilled performance are interesting because they present a seemingly paradoxical type of agency. So-called “effortless attention” is the kind of attention that, as the

¹⁴ See Fairweather and Montemayor, *Knowledge...* (n 4); Fairweather and Montemayor, ‘Inferential...’ (n 4).

¹⁵ See N Block, *On a Confusion About a Function of Consciousness* (1995) 18 (2) *Behavioral and Brain Sciences* 227-47; and N Block, ‘On a Confusion About a Function of Consciousness’ in Ned Block, Owen J Flanagan and Güven Güzeldere (ed), *The Nature of Consciousness: Philosophical Debates* (MIT Press 1997) 375-415, for the distinction between access and phenomenal consciousness; and see Montemayor and Haladjian (n 8), for a theoretical framework that justifies and elucidates the dissociation between consciousness and attention.

AGENCY AND LEGAL RESPONSIBILITY...

performance gets more complicated and the requirements for goal completion get more demanding, the less the agent experiences consciously reflective effort. This is not a precise linear relation, but the main characteristic of effortless attention for our purposes is that as tasks increase in information-integration demands, consciously effortful attention to explicit instructions decreases. This is a very familiar experience for anyone who has learned how to ride a bicycle: at first, one must consciously reflect on and attend to bodily balance and movement, but once one has learned the basics, one stops thinking about bodily movements.

A philosopher that fully appreciated the importance of the automatic and implicit aspects of agency was Elizabeth Anscombe. Automaticity in intentional action is not only the mark of skill but also a basic feature of how we experience our own bodies as we act in order to achieve a goal. This does not mean that we are always acting automatically and without deliberation. What it means is that deliberation of the explicit, inferential kind, plays only a minor role in guiding processes that are largely automatic, skillful, and habitual. Attentional guidance has these characteristics. When one guides attention to satisfy a need, one rarely is conscious of all the information required to satisfy that need. In fact, the goal one wants to achieve guides action in a way that irrelevant information and not immediately urgent information is *suppressed* from entering conscious awareness. This is a property of agents that makes them reliable in the satisfaction of their needs, and it is an essential aspect of intentional action. In *Intention*,¹⁶ Anscombe writes:

What distinguishes actions which are intentional from those which are not? The answer that I shall suggest is that they are the actions to which a certain sense of the question ‘Why?’ is given application; the sense is of course that in which the answer, if positive, gives a reason for acting. But this is not a sufficient statement, because the question “What is the relevant sense of the question ‘Why?’” and “What is meant by ‘reason for acting?’” are one and the same.

¹⁶ GEM Anscombe, *Intention* (first published 1957, Harvard University Press 2000).

CARLOS MONTEMAYOR / ENRIQUE CÁCERES

There is much to say about Anscombe's account of intentional action, and we shall not delve into it here. What is important for present purposes is that, for Anscombe, one does not need to represent explicitly these "Why" questions about goals and reasons for action separately, or ask whether the action that coincides with the movements of our bodies also complies with how we are representing the rule or goal guiding the action. Obviously there is a level at which some sense of why we initiated an action features in conscious awareness, but this could merely be attentional guidance that is anchored automatically (as in most perceptual routines geared towards action), rather than explicit inferential reasoning. In addition, in many cases, attentional guidance is effortless. There seems to be, therefore, at least two broad kinds of agency: one implicit and largely unconscious, compatible with attention routines for action and motor-control, and an explicit or declarative one, associated with working memory and access consciousness to semantic contents and explicitly formulated rules. The key question, then, is what does this mean for legal agency and autonomy—or what does it mean for *legal standing*.

The traditional assumption that legal standing requires full knowledge and rational autonomy is problematic for three reasons. First, it idealizes human rationality and freedom in a way that makes it incompatible with actual human capacities. This disadvantage is not merely an empirical shortcoming of the Enlightenment view of humankind; it also has morally negative consequences for those who lack the capacity for explicit and declarative intentional action. This is why the revised notion of autonomy we present here has implications for a defense of *neurodiversity*—the notion that "non-standard" psychological conditions should not be stigmatized as abnormal or defective. Depriving these individuals of legal standing is one of the most concrete and dramatic forms of social stigmatization.

Second, the idealized notion of human autonomy is problematic because, as we argue below, collective agency plays a critical role in the guidance of social behavior regulated by the law. The focus on individuals, rather than collectives, of the standard assumptions of autonomy and rationality thus oversimplify the layered structure of agency in legal systems. Finally, the idealized view also *de-con-*

AGENCY AND LEGAL RESPONSIBILITY...

textualizes action in an implausible way by making it dependent on abstract forms of rule-following, rather than on the concrete needs that agents have and must immediately satisfy at any given time. An aspect of this de-contextualization is that the idealized view blurs important distinctions. One of them is the distinction between implicit and explicit agency. Another fundamental one is the distinction between epistemic and moral agency.

III. EPISTEMIC AND MORAL AGENCY

Agency is always constrained by specific problems that require adequate enough solutions in order to achieve goals, given a limited amount of information and resources. The intentional actions regulated by law are not different, and they comply with this basic agential structure—they regulate the behavior of agents at specific contexts for action, with concrete goals, and with a limited amount of information and resources. Access to information is always limited, and this must be taken into consideration in explaining legal efficacy, autonomy, and legal standing.

One way to address this problem has already been highlighted—the distinction between implicit and explicit agency. Implicit agency is attention guided, responsive to immediate needs, and reliable in eliminating unnecessary information by using only the relevant information required to solve specific problems. It is implicit because this kind of agency, pervasive in our intentional actions, does not require the conscious and reflective judgment (or endorsement) of declaratively postulated rules. Vast areas of the behavior regulated by legal systems fall under this kind of agency: paying a subway ticket, or getting money out of a cash machine do not require conscious reflection on the civil legislation governing these transactions. Obviously, intentional actions can be legally described explicitly, through declarative judgments—this is what lawyers and judges do. But this does not mean that the subjects of the law *need* to do this. It is actually implausible, theoretically and empirically, to assume this generalization.

Here, it is important to make a further distinction. Besides implicit and explicit agency, there is a distinction between epistemic

CARLOS MONTEMAYOR / ENRIQUE CÁCERES

and moral agency. The easiest way to illustrate the contrast between epistemic and moral agency is through cases in which epistemic normativity clashes with moral normativity. From a financial and epistemic point of view, it is justified to increase value by paying less to workers, or even by enslaving them. But from a moral point of view this is unacceptable. A clearer example is provided by the Nuremberg trials. Testing vaccines on children who will suffer and die painful deaths from conducting scientific research is epistemically justified because it will help produce more medical knowledge, thereby increasing our scientific understanding of the human body. But from a moral point of view, this is appalling and unjustified. In many difficult legal cases, what is justified from an epistemic point of view is unjustified from a moral point of view (and vice versa). This is the source of the conflicting intuitions and judgments that judges must ponder in their decisions regarding difficult cases.

There are, therefore, four relevant types of agency in legal systems. There is implicit and explicit epistemic agency, and there is implicit and explicit moral agency. There are many problems surrounding these distinctions that we shall not discuss here. The main point we want to make is that these types of agency play a critical role in legal intentional action and judgment. In the next section, we introduce a further distinction, namely that between *individual and collective agency*. For now, we focus on further developing the distinction between epistemic and moral agency.

The four types of agency sketched above allow us to provide an outline of the framework required to explain contextuality in legal action.¹⁷ On the semantic understanding of contextuality, information is made more precise by the agent's interests, goals, and situations. Similarly, information about legal principles and rules is made concrete by the situations that agents find themselves in. The assumption has been, based on the Enlightenment model, that there is a reflective process on general and abstract legal rules and principles that then concludes with the explicit judgment and endorsement, moral or epistemic, of a norm that is then used to guide an

¹⁷ See Cáceres and Montemayor (n 1); *ibid*, for details on how contextuality is necessary to explain the actions of subjects of the law.

AGENCY AND LEGAL RESPONSIBILITY...

explicit intention to act in a concrete situation, time and place. This model gets things backward. Agents act, for the most part, based on implicit forms of epistemic and moral agency to satisfy their basic needs. It is only at the judicial and legislative levels that the explicit endorsement of norms *as such* becomes necessary. The point is not merely that explicit judgment is not necessary at the situated and contextualized action level, but rather that such an endorsement would be counterproductive and unrealistic in most cases. Furthermore, as mentioned above, it could also be immoral, because it precludes subjects that lack these reflectively demanding capacities from having legal standing.

A legal system is not constituted merely by principles and rules that require the endorsement of idealized subjects according to explicitly formulated rules of rational guidance. A legal system is most fundamentally determined by concrete intentional actions, at the individual and collective level. These actions, individual and collective, are best understood in terms of attention routines that aim at the satisfaction of concrete social needs, rather than the achievement of an optimal reflective endorsement regarding an explicitly formulated intention. But one can actually go further. Even the reflective endorsements pronounced by officials and institutions, according to the explicit wisdom of the canons of jurisprudence, are a kind of attention routine in which explicit agency is being exercised. What one is *attending to*, as an official, may be a principle or norm, but that doesn't change the fact that attention is guiding these pronouncements. In other words, attention is also guided toward the satisfaction of concrete social needs, of a more explicit kind, in these cases.

The consciousness and attention dissociation helps explain these types of attention and agency.¹⁸ Implicit epistemic agency is best understood in terms of perceptual attention that does not necessitate conscious awareness for its reliability and precision. Access to information (explicitly formulating an inference) may also be dissociated from phenomenally conscious attention (attention to the phenomenology or qualitative character of an experience). In this way, one may say that many intentional actions by legal subjects are of an

¹⁸ Montemayor and Haladjian (n 8); *ibid.*

CARLOS MONTEMAYOR / ENRIQUE CÁCERES

epistemic-implicit kind —riding the subway, paying the mortgage, or getting a loan. Other actions, particularly in criminal law, seem to demand more consciously reflective intentions. But subjects follow legal norms mostly implicitly, and it is mostly officials who pay attention to explicit and consciously reflective endorsements of such norms. It is only in this more “fragmented” way that legal efficacy becomes possible.

Since this kind of empirically based and more realistic approach is necessary to make sense of legal validity and also to account for how the actual capacities of subjects underlie legal norms, it follows that a layered structure of different types of agency is required to determine and constitute a legal system. This type of cognitive integration can only occur through collective forms of agency, which is the topic of the next section. At this point, it is crucial to highlight the consequences of our approach for the notions of autonomy and legal standing. Autonomy should not require the explicit endorsement of reflectively accessed information about norms and their consequences. It requires only the condition that the capacities of subjects are operating in the right contexts, where they are reliable without being manipulated, coerced or otherwise impeded. We expand on this below.

With respect to information integration, the structure of legal systems is such that only judges and a select set of legal operators need to represent norms explicitly and deliberately —the way most ethicists and legal theorist assume. Most of what happens at many offices where the law governs both operators and subjects is basic instrumental rationality, and operating at these contexts may depend almost exclusively on implicit skills that satisfy immediate needs. There must be coordination between these intentional actions and the letter of the law and obviously, there is ample room for dissonance, as one finds in corrupt governments. The reason why these deviations do not seriously threaten the validity of a legal system as a whole is because *on average* the behavior of subjects conforms to general legal norms, based on the subjects’ reliable skills (moral and epistemic), which do not require reflecting on the content of norms as reasons for action. Thus, contrary to the assumptions of most prevailing views, the majority of subjects of legal norms never think

AGENCY AND LEGAL RESPONSIBILITY...

of them explicitly in order to act intentionally and in a normatively determined way, in order to satisfy the social goals that the law also seeks to satisfy.

How is this coordination between the law, the explicit judgments of judges and lawyers, and the implicit intentional actions of subjects achieved? To a first approximation, it works similarly to the “coordination” between the explicit rules of syntax identified by professional linguists and the rules of syntax children all around the world learn implicitly at a very early age, when they first learn a language.¹⁹ It is by *cognitively integrating* attention guided goals that the explicit matches the implicit —the declarative matches the reliable attentive guidance of skills. Explicit attention to norms is thus coordinated with implicit attention to concrete needs and goals. In the case of legal systems, collective agency through legal institutions is critical to achieve this kind of coordination.

Some forms of cognitive integration for legal normativity-coordination are moral. Family law regulates many moral principles that guide subjects implicitly, in their satisfaction of basic personal needs. Criminal law, however, with its emphasis on conscious intent, regulates behavior in which breaches to moral principles and other anti-social behaviors must guide subjects more explicitly, in order for them to have the required “guilty mind” or *mens rea*. An analysis of criminal law in terms of how *explicit* intent must be in the guidance of criminal behavior is a promising path the present analysis opens. For instance, strict liability approaches to criminal law may be considered as views that favor dispensing with explicit intent for criminal agency, while responsibilist approaches necessitate more

¹⁹ Interestingly (and ironically), John Rawls (1971, section 9) proposed a “linguistic analogy” in order to explain how there could be rules that one follows innately. Since one learns syntax without explicitly judging and endorsing the rules of syntax, this analogy goes very much against Rawls’ views on reflective endorsement and reflective equilibrium. For a similar tension in epistemology and its resolution based on reliable skills rather than explicit judgments see Fairweather and Montemayor, *Knowledge...* (n 4). See Mikhail, *Elements of Moral Cognition: Rawls’ Linguistic Analogy and the Cognitive Science of Moral and Legal Judgment* (Cambridge University Press 2011), for a thorough development of Rawls’ analogy.

CARLOS MONTEMAYOR / ENRIQUE CÁCERES

explicit guidance. The type of implicit and explicit agency in these cases is mostly *moral* in nature.

Contract law regulates behaviors that satisfy economic and financial needs. Many of these behaviors can occur implicitly. For example, vast areas of economic behavior are implicitly guided by needs that require their reliable satisfaction for basic survival (e.g., housing, feeding, or health). Only at the regulatory level, more specifically, at the collective-agency level, can one find systematic forms of explicit normativity guiding contract law. The type of implicit and explicit agency in these cases is mostly *epistemic* in nature. For this reason, it seems that the proper scope of the economic analysis of law concerns epistemic forms of agency, rather than moral types. This is obviously an area of research that requires further investigation.²⁰

We hope it is clear by now that the reflective and explicit form of intention to act as declaratively endorsed judgment, assumed in Kantian conceptions of autonomy, is insufficient to accurately describe the complexity of legal systems, the notion of legal validity and the way in which subjects obey the law. It is also unjustified to use it as the sole standard for legal standing. Epistemic or moral agency need not be explicit and declarative. This offers the opportunity to define “autonomy” and “legal standing” in more flexible and realistic ways, with an eye toward social justice.

How to understand autonomy and legal standing in systems that require collective forms of integration, such as legal systems? If moral and epistemic agency, manifest in the behavior regulated by law, need not occur by explicit knowledge of rules one must judge and follow, it seems that autonomy also splits into implicit and explicit. But what exactly does this mean? Here is a tentative answer. The autonomy required for legal standing in most cases simply means that the reliable forms of attention guidance, moral and epistemic, that allow subjects to satisfy their social needs, which are governed by law, are *properly manifested*, without unnecessary ex-

²⁰ See Fairweather and Montemayor, *Knowledge...* (n 4) chapter 7, for an analysis of Hayek’s “economic problem” that shows why collective epistemic agency is necessary to solve this problem.

AGENCY AND LEGAL RESPONSIBILITY...

traneous manipulation or oppression. The more explicit kind of autonomy, championed by the Kantian conception, is necessary only in rare cases, mostly concerning serious consequences to one's own life or integrity, as in criminal procedures, or when one is fulfilling an official role, as in the cases of judges, legislators or lawyers. Guaranteeing the respect for these two kinds of autonomy depends on the adequate integration of collective action through legal institutions.

IV. COLLECTIVE AND INDIVIDUAL AGENCY: AUTONOMY AS CONDITION AND AS CAPACITY

It is not immediately obvious to the lay person that legal systems require what H. L. A. Hart²¹ calls "secondary rules." Actually, the view that legal systems are based on coercion is so intuitive that it served as the foundation for legal validity and as the distinctive legal characteristic of a system of norms.²² The legal point of view of normativity is the point of view of an accepted system of sanctions, which according to positivism, is independent of moral authority. But secondary rules were crucial to fully understand the distinctiveness of legal systems from a clearer conceptual perspective. The justification for secondary rules in the present account is provided by the explicit judgments and attention to rules that officials must perform. The requirement that these rules must be independent from morality or religion is perfectly compatible with the present proposal. However, the notion that legal systems must be constituted without any type moral agency is *incompatible* with our proposal. As mentioned, many of the intentional actions governed by law are based on implicit needs that need to be satisfied, moral and epistemic. On our account, the need for secondary rules is based on the need for explicit judgments at the official level, which plays the role of cog-

²¹ HLA Hart, *The Concept of Law* (2nd edn with postscript by J. Raz & P. Bulloch eds, Clarendon Press 1961) (Oxford University Press, 1994).

²² H Kelsen, *Pure Theory of Law* (M Knight tr, University of California Press 1960/1967); see F Schauer, *The Force of Law* (Harvard University Press 2015), for a contemporary version of this thesis, based on findings in sociology and psychology, among other disciplines.

CARLOS MONTEMAYOR / ENRIQUE CÁCERES

natively integrating collective intentions and judgments, according to recognized norms of the system (e.g., from courts, administrative offices or investigative panels). The explicit judgment that a norm is part of the system thus plays a fundamental *integrative role*.

Collective agency is also moral or epistemic —an issue that we further elucidate in the next section. In some instances, a collective agent will investigate the truth of a claim, thus pursuing a collective epistemic goal. In other cases, a collective agent will seek to provide justice to a victim, thereby pursuing a moral goal. These are not incompatible goals, although epistemic and moral intentional actions are not the same and they *can* be incompatible, as explained above. Thus, the explicit and implicit agency distinction provides a new way of understanding the roles a legal system plays at different levels. Many of these roles will depend on implicit attention guidance. Only instances of norm integration, validation or demotion (associated with secondary rules) will depend on the explicit judgment of recognizing rules as norms of the system —presumably a strictly epistemic task. This collective goal of explicitly recognizing the limits of the normative system serves a publicly valuable function, and it is fully compatible with our account.

It is also not immediately obvious that normative force could be derived only from conventions about secondary rules. Normative force, on the present account, derives from attention to needs and the implicit or explicit intentions of agents, and not merely by explicit convention. This approach has the advantage of *situating normative force* in the concrete needs and attention routines of agents. The distinction between implicit and explicit intentional actions allows for immediate and automatic guidance in subjects that need to act in order to satisfy personal needs. The explicit acceptance and endorsement of rules at the official level plays a similar role —it satisfies the needs of the institutions responsible for implementing the law, including public needs for the recognition of rules.²³ Coordination of implicit and explicit intentional actions, individual and

²³ For a thorough defense of the view that there are collective epistemic agents that satisfy collective epistemic needs see Fairweather and Montemayor, *Knowledge...* (n 4) chapter 7.

AGENCY AND LEGAL RESPONSIBILITY...

collective, is provided by cognitively integrating the attention-like routines to goals at the individual level with the public endorsement concerning similar public needs at a societal level.

Coordination occurs because reasons for acting can be either implicit or explicit. As Anscombe would say, the relevant sense of the question “Why?” and “What is meant by ‘reason for acting?’” are one and the same. Coordination occurs not because of a miraculous match between reflective judgment and the actions of subjects that largely ignore the content of the laws that govern them. Rather, coordination occurs because goals and needs need to be satisfied, and collective action is necessary for the satisfaction of many of these social needs.

With respect to autonomy, the explicit judgments of a court are autonomous to the extent that they manifest rationality because of the aggregated capacities of individuals that constitute the court. This is a rational and reflective capacity. This capacity, as explained before, is assumed in Kantian accounts of autonomy, but subjects need not rely on this capacity, and actually are unlikely to do so because acting would become too difficult or even impossible given the amount of information and inferences subjects would need to access at any given time. Autonomy in the reflective sense is required of judges and other officials that implement and apply the law. This is because their goals must be explicitly stated, their decisions must be publicly justified, and their actions must be implemented by collective coercive methods.

The autonomy of individuals, by contrast, need not be explicit in this way, and it is very rare when individuals engage in this kind of reflective exercise as they comply with the law. Autonomy here is best understood as a *condition*, rather than a *reflective capacity*. Obviously, individuals rely on epistemic and moral capacities in order to achieve their social goals and satisfy their needs, but the autonomy they require is not a capacity to reflect. Rather, their autonomy is based on the condition of not being obstructed to manifest their more implicit and less reflective capacities.

Notice that the implicit and explicit dimensions of legal normativity are compatible with reflective judgments of a moral kind on the part of agents as well as with reflective epistemic endorsements.

CARLOS MONTEMAYOR / ENRIQUE CÁCERES

What is crucial is that these *need not* be reflective judgments of legal norms and their application to concrete cases. But the most plausible way to understand the intentional actions of individual subjects is that they need not consciously reflect on norms and goals *in general*, regardless of whether the type of agency they engage in is moral or epistemic. In any case, the thesis defended here is that there is no reflective endorsement of legal norms for subjects of the law in most cases in which their behavior is governed by law.

The coordination and informational integration between implicit and explicit actions depends on *collective action*. This coordination is based on collective need-satisfaction, similarly to what happens in markets. The difference is that legal systems satisfy the most urgent social needs that require integration of moral and epistemic information. Markets are not like this, as the slave trade dramatically shows. In satisfying the most important social needs, moral and epistemic needs must be satisfied in unison. This requires collective action from courts, legislative bodies, ministries and specialized agencies. Satisfying the needs of individuals in a market need not imply the satisfaction of needs concerning justice. The satisfaction of moral and epistemic needs that seeks to create a just society is a very distinctive and important constraint on legal systems. It may even be that this constraint is what is unique about legal systems, because the satisfaction of moral and epistemic needs in unison does not seem to be a constraint of other systems —at least not in the reliable, transparent, and socially coordinated way that characterizes legal systems.

To satisfy their urgent social needs, individuals pay attention to social threats, forms of social domination and hierarchy, and social cues about access to goods, moral and epistemic. They rarely pay attention to principles and rules as such —this is the job of judges and legal officials. Subjects may attend to angry people at a window office, piles of paperwork, cues about social hierarchy, shortcuts to facilitate procedures and other socially relevant features that guide their intentional actions governed by law. Even the bureaucrat at the booth pays attention mostly to socially salient features, rather than to explicit formulations of laws and principles, in accordance to reflective jurisprudence. It is really just at the judicial level

AGENCY AND LEGAL RESPONSIBILITY...

that one finds such an explicit kind of attention to rules and their consequences. The content of the law, with its language of rights, property or federal taxes is perceived by the lay person in terms of threats and deadlines by concrete subjects embedded in very specific cultures and hierarchies, which guide their intentional actions. It is likely that the very notion of a legal norm, as something judges need to pay attention to, was something that came into being very recently, but we shall not argue for that claim here.

How exactly are moral and epistemic needs collectively satisfied in unison within a legal system? We provide an example of moral and epistemic goal-integration based on how collective epistemic agents “mask” their epistemic dispositions in legal systems.²⁴ This example captures two important aspects of the epistemic and moral agency distinction. On the one hand, it shows that epistemic and moral agency can, and actually must, occur at the collective level in order to satisfy urgent social needs. On the other hand, it illustrates the importance of moral goals in order to curtail collective epistemic agency, which without these controls, would produce injustice.

V. LAW, COLLECTIVE ACTION AND COLLECTIVE MONITORING

Dworkin’s influential work²⁵ presents compelling reasons to justify the need of moral principles and moral reasoning in judicial decisions. A key feature of what makes moral principles relevant, in his view, is that they contribute to reaching adequate decisions in cases where the law is not decisive or in which rules cannot be simply applied in terms of a recognition-principle plus some facts that justify their application. Weighing and pondering —reflective practices concerning moral value— become important ingredients of good judicial judgment, and the judge needs to pay attention not only to salient legal issues, but also to salient moral issues. This has been discussed in the context of criticisms to legal positivism, particularly

²⁴ Based on Fairweather and Montemayor, *Knowledge...* (n 4).

²⁵ R Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Duckworth 1977); and R Dworkin, *Law’s Empire* (Harvard University Press 1986).

CARLOS MONTEMAYOR / ENRIQUE CÁCERES

Hart's contention that legal systems are systems of rules. But the distinctions between implicit and explicit, as well as moral and epistemic agency, allow for more psychological nuances here.

The interpretation of the law in a hard case may require principles, besides rules, but this issue should not be reduced to whether or not the law is fully captured by social rules or social rules *plus* moral principles. Although this is clearly an important debate, there is more to judicial deliberation in a hard case than the debate between positivism and its critics. More specifically, the interpretation of the law by a judge requires explicit, public and declarative deliberation about the epistemic and moral aspects constitutive of a social practice. Paying attention to what is salient in these cases requires the epistemic and moral capacities of the judge, and the collective epistemic and moral deliberations of courts.

Here is our concrete proposal.²⁶ A “mask” is a way of preventing the normal manifestation of a disposition or ability. An antidote, for example, masks the effects of a poison. Analogously, a court and legal systems in general need to mask typical epistemic dispositions of courts and legal offices to achieve fair results. Consider the “moral masks” imposed on the epistemic dispositions to obtain information in order to settle the facts of a case. There are many instances of this kind of masking. A court cannot consider information obtained illegally, or against procedure, even if the information is veridical. The court is actually legally justified to ignore veridical information (required by law to do so), which is clearly *unjustified* from an epistemic point of view. In this case, a principle of fairness concerning due process (a human right of citizens) prevents the reliable dispositions of the court to deliver veridical information.²⁷

How does this analysis help with hard cases? In *Brown v. Board of Education*, there were facts about market value, financial issues and other economic factors that the court could have considered suffi-

²⁶ Based on Fairweather and Montemayor, *Knowledge...* (n 4).

²⁷ An interesting issue is whether this type of masking plays a role in the implementation of human rights more generally, in particular with respect to the clash between civil and political rights versus social, economic, and cultural rights. For an illustration of this clash and its relevance for international law see C Montemayor, *La unificación conceptual de los derechos humanos* (Porrúa 2002).

AGENCY AND LEGAL RESPONSIBILITY...

cient to hold a “business as usual” approach, based on precedent. Its capacity to assess these financial and social facts as decisive, however, was masked by a larger, much more important consideration: the equal protection of subjects under the law. Without such masks, legal systems as a whole would simply monitor, control, oppress and justify their collective control by means of facts about markets or public safety. A legal system cannot simply oppress and control in this way. Part of what makes a case hard difficult is the extent to which a moral mask should prevent the collective epistemic capacities of legal institutions, including courts.

This issue has consequences for other contemporary topics regarding information gathering and the police force. In the context of the United States, alleged social facts about safety and crime reduction have produced an unfair system of incarceration that is biased towards minorities, in particular the African-American and Hispanic communities. It is not only the difference in incarceration rates, but also the harassment of these communities by the police that creates substantial differences in how people in minority communities live their lives. This collective monitoring of the population is justified from an epistemic point of view, in order to establish facts about crimes that must be investigated, and to identify statistical correlations between types of individuals and the likelihood of criminal behavior. But when such collective monitoring is so invasive and insidious, it must be masked by morality, just the way the collection of information is masked for the purposes of privacy, even if the information is accurate.

Human rights may compete with one another. The right to privacy may compete with the right to information; the right to property may compete with the right to public health. But in general, human rights are forms of masking the collective control exercised by the state. As mentioned previously, markets and other social systems lack this structure (although it is an interesting question which other systems resemble legal systems in this respect). Having principled ways of masking collective monitoring and policing is crucial to achieve better collective legal action. At least some legal principles concerning justice and fairness can be captured in this way. To repeat, explicit discourse and rationality occur at the collective and

CARLOS MONTEMAYOR / ENRIQUE CÁCERES

official level, and non-epistemic (in fact, anti-epistemic) masks are imposed in order to curtail the abrasive effects of collective epistemic agents on the lives of citizens. At this collective level, the judge is not speaking for herself —she is representing a collective. This social “fiction” of the judge representing the state is not theatrical. The judge truly is manifesting a *different type of agency* than the one she manifests at home: it is an explicit kind of agency, which must comply with the demands of *public responsible discourse*. Courts and other collective bodies also display this kind of agency. Legal systems manifest the most complex forms of collective epistemic and moral agency for this reason.

The subject of the law does not consciously know the specific text of the law that prohibits murder, then reflects on it, and intends to follow the rule. The subject of the law simply knows, in an intuitive and implicit way, that killing is wrong, and that is what *guides* her behavior. The judiciary and legislative bodies must reflect explicitly, and take the text of the law as the basis of their judgments in considering murder cases. But this is not to guide the behavior of subjects; it is to guarantee that there is public and transparent disclosure of the explicit action taken collectively by the state in order to socially control subjects. As mentioned, coordination happens not because of a miraculous connection between explicit texts approved by congress and the actions of subjects. Coordination occurs because of the individual and collective satisfaction of the same social needs, urgently required to have a democratic process and a fair system of courts. These needs are the same for individuals and legal collectives, but they are satisfied implicitly or explicitly. These are two types of justification, one of which is private and has normative “grip” on subjects; the other one is public and has normative force because of the public commitments of a fair and open society.

What is distinctive of legal systems, as opposed to markets, religions, and other forms of collective epistemic or moral agency, is that legal systems are uniquely *complex* in their integration of intentional actions for achieving socially valuable goods. This is an intuitive idea, and it shouldn't be too surprising. Historically, markets, commerce, religion, and moral systems emerged first, and only after the explicit and declarative (interpretative) integration of social goals were

AGENCY AND LEGAL RESPONSIBILITY...

made public with a specific intent, can one find clear examples of legal systems. We propose that the influence of morality, as “masking” epistemic collective decisions from institutions, is a fruitful way of understanding the complexity of legal systems and also of how information is integrated within legal systems at different levels.

VI. CONCLUSION

We started by considering evidence from the cognitive sciences concerning the importance of agency in different domains. We emphasized the importance of the distinction, established by the empirical findings, between explicit and implicit agency. We then explained the importance of this distinction for the notions of autonomy and legal standing. We proposed that, in light of this distinction, it seems important to update and expand the notion of autonomy in order to take into consideration findings in cognitive science and to adopt a more realistic view of the human subject. These are issues informed by the naturalistic approach mentioned at the beginning of the paper.

We also emphasized the importance of two kinds of agency, epistemic and moral, as well as their interplay in legal systems. This emphasis on agency was expanded further with an analysis of how the implicit and explicit distinction relates to the individual and collective kinds of agency. An agency-first approach highlights the kind of situated and need-based kind of intentional action required for most social behaviors and also the more explicit kind of agency required in public deliberation.

The combination of these two approaches, we argued, opens new avenues of investigation that directly involve other areas of philosophy, most directly philosophy of mind and epistemology. The proposal of understanding the interaction between moral and epistemic agency in terms of masks is one of them, and the revision of the notions of autonomy and legal standing is another.²⁸

²⁸ We are grateful to an anonymous reviewer for valuable comments that helped us improve this paper.

CARLOS MONTEMAYOR / ENRIQUE CÁCERES

VII. REFERENCES

- Anscombe GEM, *Intention* (Harvard University Press 2000).
- Block N, On a Confusion About a Function of Consciousness (1995) 18 (2) *Behavioral and Brain Sciences* 227-47.
- , 'On a Confusion About a Function of Consciousness' in Ned Block, Owen J. Flanagan and Güven Güzeldere (ed), *The Nature of Consciousness: Philosophical Debates* (MIT Press 1997) 375-415.
- Cáceres E and Montemayor C, 'Pasos hacia una naturalización cognitiva en la filosofía del derecho; (Steps Towards a Cognitive Naturalization of Legal Philosophy)' (2016) 10 *Problema* 137-165.
- Dworkin R, *Law's Empire* (Harvard University Press 1986).
- , *Taking Rights Seriously* (Duckworth 1977).
- Fairweather A and Montemayor C, 'Inferential Abilities and Common Epistemic Goods' in A Fairweather (ed), *Virtue Epistemology Naturalized: Bridges Between Virtue Epistemology and Philosophy of Science, Synthese Library* 366 (Springer 2014) 123-142.
- Fairweather A and Montemayor C, *Knowledge, Dexterity, and Attention: A Theory of Epistemic Agency*, (Cambridge University Press 2017).
- Haggard P, Clark S, and Kalogeras J, 'Voluntary action and conscious awareness' (2002) 5 *Nature Neuroscience* 382-385.
- Hart HLA, *The Concept of Law* (2nd edn with postscript by J. Raz & P. Bulloch eds, Clarendon Press 1961) (Oxford University Press, 1994).
- Hommel B, 'Grounding Attention in Action Control: The Intentional Control of Selection' in B Bruya (ed), *Effortless Attention: A New Perspective in the Cognitive Science of Attention and Action* (MIT Press 2010) 121-40.
- Kahneman D, *Attention and Effort* (Prentice-Hall 1973).

AGENCY AND LEGAL RESPONSIBILITY...

- Krisst LC, Montemayor C and Morsella E, 'Deconstructing Voluntary Action: Unconscious and Conscious Component Processes' in P Haggard and B Eitam (eds), *The Sense of Agency* (Oxford University Press 2015) 25-62.
- Kelsen H, *Pure Theory of Law* (M Knight tr, University of California Press 1960/1967).
- Leiter B, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* (Oxford University Press 2007).
- Mikhail J, *Elements of Moral Cognition: Rawls' Linguistic Analogy and the Cognitive Science of Moral and Legal Judgment* (Cambridge University Press 2011).
- Montemayor C, *La unificación conceptual de los derechos humanos* (Porrúa 2002).
- Montemayor C and Haladjian HH, *Consciousness, Attention, and Conscious Attention* (MIT Press 2015).
- Moore JW and Haggard P, 'Awareness of action: Inference and prediction' (2008) 17(1) *Consciousness and Cognition* 136-144.
- Morton A, *Bounded Thinking: Intellectual Virtues for Limited Agents* (Oxford University Press 2012).
- Rawls J, *A Theory of Justice* (Harvard University Press 1971).
- Rodriguez-Blanco V, *Law and Authority under the Guise of the Good* (Hart Publishing 2014).
- Schauer F, *The Force of Law* (Harvard University Press 2015).
- Singerland E, *Effortless Action: Wu-wei as Conceptual Metaphor and Spiritual Idea in Early China* (Oxford University Press 2003).

EL ENFOQUE ARGUMENTATIVO DE MANUEL ATIENZA Y LA TEORÍA ESTÁNDAR: DOS PROBLEMAS Y UN ENSAYO DE SOLUCIÓN*

*MANUEL ATIENZA'S ARGUMENTATIVE APPROACH
AND THE STANDARD THEORY: TWO PROBLEMS AND A SOLUTION*

José CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO**

Resumen:

En el contexto contemporáneo donde vienen refinándose distintas teorías de la argumentación jurídica, Atienza ha acuñado un término que ha comenzado a gozar de fortuna sobre todo en la literatura especializada hispánica: “teoría estándar de la argumentación jurídica”. No obstante el éxito de dicha categoría, no ha dejado de haber cierta controversia sobre la misma, entre otras cosas, sobre dos cuestiones conectadas entre sí. Por un lado, sobre su utilidad, y por otro lado, sobre los modelos argumentativos que cabría adscribir a ella, en particular el del propio Atienza. El propósito en este trabajo es ensayar una respuesta a ambas cuestiones, para sostener que el enfoque del profesor de la Universidad de Alicante puede ser adscrito a la “teoría estándar”, pero sólo si se asume un modo de entenderla “externo” al modelo de racionalidad kantiano, el que evidencia, al mismo tiempo, que dicha categoría puede resultar de utilidad para el perfeccionamiento de las contemporáneas teorías de la argumentación jurídica.

* Artículo recibido el 19 de marzo de 2018 y aceptado para su publicación el 3 de septiembre de 2018.

** Doctor en Derecho (Universidad de Zaragoza, España); profesor de Filosofía del Derecho y de Argumentación Jurídica (Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú). Investigador CONCYTEC. Dirección postal: Urb. Campiña Paisajista s/n, San Lázaro, Arequipa, Perú (CP: 04001). Correo electrónico: jchavezfernandez@ucsp.edu.pe.

JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

Palabras clave:

Atienza, teoría estándar, argumentación jurídica, racionalidad kantiana, racionalidad aristotélica.

Abstract:

In contemporary debates in legal reasoning Professor Manuel Atienza has coined a term which has gained certain notoriety amongst theorists of legal argumentation: “the standard theory of legal argumentation”. Despite the relative success of the term, there is some controversy about two connected questions: its allegedly usefulness, on one hand; and the kind of argumentative models that could be included in it, on the other. This paper purposes to answer both questions by claiming that Atienza’s argumentative model might be an instance of a “standard theory”, but only if it is understood in a way that is “external” to the model of Kantian rationality. At the same time, this argument will show that the term is useful for improving legal reasoning theories.

Keywords:

Atienza, Standard Theory, Legal Argumentation, Kantian Rationality, Aristotelic Rationality.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Atienza: la teoría estándar de la argumentación jurídica y sus críticas*. III. *Una breve descripción del enfoque argumentativo de Atienza*. IV. *Teoría estándar: racionalidad kantiana y racionalidad aristotélica*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Como resulta ya suficientemente conocido, Manuel Atienza viene estudiando, sistematizando y valorando críticamente —al menos desde la década de los noventa de manera consistente— los rasgos fundamentales de las principales teorías contemporáneas de la argumentación jurídica. En el contexto de ese esfuerzo, ha acuñado el término “teoría estándar”¹ para referirse a una teoría de la argumentación jurídica “tipo” —es decir, con algunas señas de identidad preponderantes— constituida básicamente por los modelos esencialmente coincidentes de Alexy y de MacCormick, sin descartar los de Aarnio, Peczenik o, incluso, Wróblewski.² Ello ha sido realizado, aparentemente, con un doble objetivo. Por un lado, distinguirla de lo que podría entenderse como el conjunto de sus “precursores” —básicamente Viehweg, Perelman o Toulmin,³ a los que recientemente se ha añadido a Recaséns⁴—, y por otro lado, someterla a una valo-

¹ Atienza, Manuel, “Para una Teoría de la argumentación jurídica”, *Doxa*, vol. 8, 1990, p. 39; o Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2006, pp. 167-169 y 303 (la edición original española del libro por el Centro de Estudios Constitucionales data de 1991). Hace algunos años la autoría de la categoría en cuestión ha sido reconocida por él mismo: Atienza, Manuel, “Crítica de la crítica crítica. Contra Enrique Haba y consortes”, en Haba, Enrique (coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2014, p. 108.

² Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 15 (la edición original es de 2006).

³ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, cit., p. 303.

⁴ Por ejemplo: Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, cit., p. 40 (quien parece haber sido el primero en vislumbrarlo: Atienza, Manuel, “Para una razonable definición de razonable”, *Doxa*, vol. 4, 1987, p. 190); García Amado, Juan Manuel, “Retórica, argumentación y derecho”, *Isegoría*, vol. 21, 1999, p. 136; Cabra

JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

ración crítica en su conjunto, en orden a perfeccionarla a través de algunos retoques y del desarrollo de algunos aspectos complementarios de indudable importancia.

Desde entonces, la categoría “teoría estándar” ha sido utilizada cada vez más en la literatura especializada principalmente hispánica,⁵ sin dejar de levantar cierta polémica sobre diversos aspectos relacionados con ella.⁶ Dos de ellos —especialmente conectados, hasta el punto de parecerme en realidad dos modos distintos de enfocar un mismo problema— me interesan particularmente aquí. El primero tiene que ver con la utilidad o conveniencia de dicho rótulo, lo que llamaré en este trabajo “el problema sobre su indeterminación”. El segundo guarda relación con la adscripción a dicha categoría de los diversos modelos elaborados por los teóricos que se ocupan de la argumentación jurídica, a lo que me referiré cuando mencione “el problema de la adscripción”.

Apalategui, Juan Manuel, “Antiformalismo y argumentación jurídica”, *Derechos y Libertades*, vol. 24, 2011, p. 69; Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *La argumentación en el derecho*, Lima, Palestra, 2003, pp. 78-81; Rivaya, Benjamín, *Una historia de la filosofía del derecho española del siglo XX*, Madrid, Iustel, 2010, p. 206; Barberis, Mauro, “¿Imperialismo de la argumentación? Comentarios al *Curso de argumentación jurídica* de Manuel Atienza”, *Doxa*, vol. 37, 2014, p. 327; o Feteris, Eveline, *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, 2a. ed., Dordrecht, Springer, 2017, p. 282. Yo mismo me he ocupado del tema extensamente: Chávez-Fernández Postigo, José, *Luis Recaséns y la Teoría estándar de la argumentación jurídica*, pp. 197 y ss.

⁵ Por ejemplo: Suárez Llanos, Leonor, “Razón práctica y argumentación en MacCormick: de la descripción a la justificación crítico-normativa”, *Derechos y Libertades*, vol. 15, 2006, p. 176; Cabra Apalategui, Juan Manuel, “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns Siches: estimativa jurídica y logos de lo razonable”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 27, 2011, p. 40; o Elósegui Itxaso, María, “El principio de proporcionalidad de Alexy y los acomodamientos razonables en el caso del TEDH *Eweida y otros C. Reino Unido*”, en Flores, Antonio *et al.* (eds.), *El neoconstitucionalismo en la teoría de la argumentación de Robert Alexy*, México, Porrúa, 2015, p. 138.

⁶ Una síntesis bastante útil de una polémica reciente sobre la teoría estándar que ha implicado a varios juristas latinos de orientaciones iusfilosóficas diversas, puede consultarse en: Carrión, Roque, “Crítica de la teoría (estándar) de la argumentación jurídica. Razones y pasiones de una controversia”, en Haba, Enrique (coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, *cit.*, pp. 405 y ss.

Respecto del problema de la indeterminación, resulta curioso que, por ejemplo, por un lado, Atienza critique a Haba que al atacar a la teoría estándar de la argumentación jurídica caiga en la “falacia de la indeterminación”, error que consistiría en “criticar una postura, una cierta teoría, eludiendo toda precisión”,⁷ y que, por su parte, García Amado haga una crítica semejante a Atienza —aunque sin la acusación de incurrir en falacia, desde luego— al señalar respecto de la teoría estándar que “al parecer, casi nadie sabe exactamente qué es ni quién la hizo”,⁸ y que, no obstante semejante observación, él mismo haga uso del término, aunque para criticarla.⁹ Me parece que este primer problema podría formularse de la siguiente manera: en vez de utilizar el término “teoría estándar” para aglutinar ciertos aspectos más o menos coincidentes de los modelos teóricos argumentativos de algunos autores ¿no sería de mayor utilidad ocuparse críticamente de cada modelo en particular y sin generalizaciones?

Respecto del problema de la adscripción, una vez más Atienza ha criticado de Haba, por ejemplo, que no incluya dentro de los autores que forman parte de la teoría estándar a MacCormick, pero que sí lo haga con Ferrajoli o Dworkin.¹⁰ Ahora bien, lo que tiene especial relevancia para este trabajo es que el profesor de Alicante parece rechazar —aunque no lo haga de una manera suficientemente clara— que el rótulo en cuestión acuñado por él pueda aplicarse a su propio

⁷ Atienza, Manuel, “Crítica de la crítica crítica...”, *cit.*, p. 114, y *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017, p. 99. El artículo al que se refiere es: Haba, Enrique, “Razones para no creer en la actual teoría (ilusionista) de la argumentación”, en Haba, Enrique (coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, *cit.*

⁸ García Amado, Juan Manuel, “¿Es realista la Teoría de la argumentación jurídica?”, en Haba, Enrique (coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, *cit.*, p. 386.

⁹ García Amado prefiere en general referirse al modelo de Alexy como “el núcleo de significado” de la teoría estándar (*ibidem*, pp. 378 y 379).

¹⁰ Atienza, Manuel, “Entre callar y no callar: decir lo justo”, en Haba, Enrique (coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2014, p. 183. Aunque podría interpretarse algunas señales recientes en la línea de un giro en Atienza en orden a considerar a Dworkin y a Nino como adscritos a la teoría estándar, al menos en algún sentido (Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, *cit.*, p. 104).

JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

modelo argumentativo.¹¹ Me parece que este segundo problema podría formularse con la siguiente pregunta: ¿el enfoque argumentativo de Atienza puede adscribirse en algún sentido a la teoría estándar de la argumentación jurídica?

Para intentar alcanzar en este trabajo una respuesta convincente a ambas cuestiones, mi enfoque será predominantemente filosófico jurídico, y me conduciré a través del siguiente itinerario. En primer lugar, daré cuenta de lo que entiende Atienza por “teoría estándar”, y de las críticas que le formula. En segundo lugar, describiré muy sintéticamente los rasgos más saltantes del modelo argumentativo del profesor de Alicante. Finalmente, ensayaré una solución a las dos cuestiones principales del trabajo —el problema de la indeterminación, y el de la adscripción—, para lo que me valdré comparativamente de dos de los modelos históricos de racionalidad práctica que propusiera Alexy como paradigma: el kantiano y el aristotélico.

II. ATIENZA: LA TEORÍA ESTÁNDAR DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SUS CRÍTICAS

En este numeral abordaré, en primer lugar, lo que entiende Atienza por “precursores” de la teoría estándar; en segundo lugar, me ocuparé de hacer una síntesis de los rasgos básicos que confiere a dicha teoría, y, finalmente, me detendré en dar cuenta brevemente de sus principales críticas.

¹¹ Dice expresamente: “...por lo que a mí respecta, los reproches que parece dirigirme Haba (al incluirme dentro de los partidarios de la “teoría” estándar) carecen simplemente de sentido... Aunque en muchos aspectos (seguramente en lo esencial) coincida con Alexy o con MacCormick (más con él último que con el primer MacCormick), ya antes he señalado que mi actitud frente a esos autores nunca ha sido la de aceptar sin más sus tesis y que las críticas que les he formulado desde hace tiempo se solapan parcialmente con las de Haba...”. (Atienza, Manuel, “Crítica de la crítica crítica...”, *cit.*, p. 113). Y más recientemente: “...yo creo haber sido siempre muy consciente de [las] insuficiencias que se pueden atribuir a la teoría estándar. Y he tratado, por ello, de construir un tipo de teoría que, aunque acepte muchos componentes elaborados por esa teoría estándar, se aparta de la misma en diversos extremos...”. (Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, *cit.*, p. 113).

1. *Los precursores de la teoría estándar (y sus precursores)*

Como Atienza ha insistido y resulta ya incontrastable, a mediados del siglo XX aparecieron importantes trabajos de los que son considerados generalmente ahora precursores de la teoría estándar de la argumentación jurídica, en tanto que pusieron de relieve las serias deficiencias del modelo formalista que casi reducía el razonamiento jurídico a la aplicación lógico-deductiva del silogismo, y llamaron la atención sobre la decisiva importancia de los aspectos materiales de la argumentación e interpretación jurídicas, aunque sin elaborar ellos mismos modelos teórico-prácticos refinados o cabalmente desarrollados;¹² me refiero en concreto a las obras —las fechas entre paréntesis corresponden a la primera edición de las mismas— de Viehweg (1953),¹³ Recaséns (1956),¹⁴ Perelman (1958)¹⁵ y Toulmin (1958).¹⁶

Más recientemente, Atienza ha visto con claridad que no es suficiente remitirse a los precursores de la teoría estándar, sino que ha encontrado en Vaz Ferreira (1910)¹⁷ a un autor que sería una suerte de “precursor de los precursores” de las contemporáneas teorías de

¹² Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, cit., pp. 67, 167, 168 y 303. El profesor de Alicante llega a decir: “Los precursores, como es bien sabido, defendieron que la lógica deductiva no estaba en condiciones de suministrar un método adecuado para el razonamiento con cuestiones jurídicas (en general, cuestiones prácticas) y, en su lugar, propusieron otros métodos alternativos: la tópica, la (nueva) retórica, la lógica operativa (lo que luego se llamaría lógica informal) o la lógica de lo razonable” (Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., p. 103). Lo que, a mi juicio, se puede matizar, al menos respecto de Recaséns y de su logos de lo razonable (Chávez-Fernández Postigo, José, *Luis Recaséns y la Teoría estándar de la argumentación jurídica*, cit., pp. 57 y ss.).

¹³ Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. de L. Díez-Picazo, 2a. ed., Pamplona, Thomson-Reuters, 2007.

¹⁴ Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 3a. ed., México, Porrúa, 1980.

¹⁵ Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. de J. Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 2006.

¹⁶ Toulmin, Stephen, *Los usos de la argumentación*, trad. de M. Morrás y V. Pine-da, Barcelona, Península, 2007.

¹⁷ Vaz Ferreira, Carlos, *Lógica viva*, Lima, Palestra, 2016.

JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

la argumentación jurídica.¹⁸ A su modo de ver, sería la procedencia geográficamente periférica y el idioma de la filosofía jurídica de autores como el uruguayo Vaz Ferreira —algo semejante a lo que habría pasado con el hispano-mexicano Recaséns Siches— lo que habría determinado que estos antecedentes latinos de la teoría estándar no se hayan conocido con suficiencia sino hasta hace relativamente poco tiempo. Atienza destaca, en concreto, que en el profesor uruguayo se dieran tres ingredientes y un presupuesto que irían en la línea de lo que —a su juicio— la filosofía del derecho necesita hoy para consolidarse como un modelo no positivista con un enfoque argumentativo prominente: *a*) un uso razonable del método analítico, *b*) un objetivismo mínimo en materia moral, *c*) la implantación social, y *d*) un pragmatismo filosófico entendido de una manera muy amplia como un sentido básico de concreción o de practicidad en la reflexión filosófica. Sobre estos aspectos volveré en el siguiente numeral.

Para terminar este acápite sólo me gustaría añadir una cosa. Me parece que no habría razones suficientes para restringir la búsqueda de antecedentes o precursores hispanos o latinos de la teoría estándar o, en todo caso, de una filosofía del derecho no positivista con un enfoque argumentativo prominente, a los del siglo XX. Uno de los precursores hispánicos de la teoría estándar como Recaséns, por ejemplo, ha dado cuenta de la relevancia que tienen los trabajos de autores españoles de mediados del siglo XIX como el de Balmes (1845),¹⁹ quien, no obstante su nítida conexión con la racionalidad que con Alexy podemos llamar “aristotélica”,²⁰ resulta realmente inclasificable.²¹ En su obra se descubre una preocupación constante

¹⁸ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 157 y 162-169, y con más detalle en: Atienza, Manuel, “Por qué no conocí antes a Vaz Ferreira”, en Vaz Ferreira, Carlos, *Lógica viva*, Lima, Palestra, 2016, pp. 10 y ss.

¹⁹ Balmes, Jaime, *El criterio*, Barcelona, Mateu, 1963.

²⁰ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de J. M. Seña, 2a. ed., Barcelona, Gedisa, 2004, p. 133.

²¹ Para Recaséns, a Balmes “...le parecía frívolo centrar los problemas de conocimiento y las cuestiones lógicas en torno del silogismo; porque se daba cuenta de que la corrección del racionio, aunque e[s] necesaria, no constituye el meollo del conocimiento justificado”, sobre todo, respecto de “...las cuestiones de conducta humana...” (Recaséns Siches, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “ra-*

por la razonabilidad práctica y por la prudencia entendida como una virtud tanto intelectual como moral, la que se deja ver, por ejemplo, en su denuncia de la insuficiencia del silogismo y de la lógica deductiva,²² o en su interés en ocuparse de las formas de argumentación, así como de los paralogramas y falacias.²³ Sobre la importancia de los modelos alexianos de racionalidad práctica para intentar resolver los dos problemas que enfrente en este trabajo, volveré en el cuarto numeral.

2. La versión estándar

Como señalé anteriormente, Atienza acuñó el término “teoría estándar” para referirse a un modo preponderante de teorizar sobre la argumentación jurídica cuyos principales referentes serían —aun proviniendo de tradiciones filosóficas y jurídicas muy distintas—²⁴ las obras de Alexy²⁵ y de MacCormick²⁶ (1978). Tampoco es que haya tratado de circunscribirla a dichos aportes, puesto que, a su modo de ver, a dicha teoría cabría adscribir también al menos a Aarnio, a Peczenik y a Wróblewski,²⁷ fijando además un conocido trabajo fir-

zable”, México, UNAM, 1971, p. 365). Destaca, por otro lado, que Balmes estudia “...la invención, la intuición, el tino y la prudencia. Analiza la influencia de las emociones sobre el pensamiento, especialmente sobre el pensamiento práctico, examinando el problema de la elección de los fines, de la determinación de los medios, y del papel que en todo eso juega el «buen sentido»”. (*Ibidem*, p. 366).

²² Balmes, Jaime, *El criterio*, cit., p. 133.

²³ Balmes, Jaime, *Filosofía elemental*, 3a. ed., México, Porrúa, 1981, pp. 41 y ss.

²⁴ Mientras que las referencias para MacCormick serían Hume, Hart y la tradición escocesa del *Common Law*; para Alexy las propias serían Kant, Habermas y la ciencia jurídica alemana. (Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, cit., p. 169).

²⁵ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Lima, Palestra, 2007. Por su parte, como vimos, García Amado se refiere al modelo de Alexy como “el núcleo de significado” de dicha teoría. (García Amado, Juan Manuel, “¿Es realista la Teoría de la argumentación jurídica?”, cit., p. 379).

²⁶ MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Nueva York, Oxford University Press, 2003.

²⁷ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 31 y 703.

JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

mado por los dos primeros y por el propio Alexy como el de referencia para entender la teoría.²⁸

Para el profesor de Alicante, sin embargo, las cosas habrían cambiado bastante desde la primera formulación que hizo de la teoría estándar, hasta el punto de que podría hablarse hoy de una “teoría estándar desarrollada”.²⁹ Atienza hace mención en concreto a los avances en la argumentación en materia de hechos; a la contribución que para el enfoque argumentativo habría tenido la teoría de las razones para la acción y las obras de Dworkin y de Nino —no considerados por él originalmente como adscritos a la teoría estándar—; al interés por la profundización en el estudio de las falacias y de la lógica informal; al desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, la que habría sido enriquecida por la explicitación de un concepto no positivista del derecho, y por avances en aspectos concretos del razonamiento jurídico como el de la ponderación,³⁰ y, por último, por el alejamiento por parte de MacCormick del positivismo y por su acercamiento a modelos pospositivistas como los de Dworkin y Alexy.³¹

A pesar de que Haba³² ha señalado que existirían catorce rasgos que para Atienza identificarían a la teoría estándar —o quince, si se cuenta con el que el propio Haba añade críticamente: el “síndrome normativista”—, parece que a lo que Atienza se refiere con

²⁸ Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, cit., p. 381. Se refiere a: Aarnio, Aulis et al., “The Foundation of Legal Reasoning”, *Rechtstheorie*, vol. 12, 1981, pp. 1333-158, 257-279 y 423-448.

²⁹ Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., pp. 104 y 105.

³⁰ Por ejemplo: Alexy, Robert, “Reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años”, en Bernal Pulido, Carlos (ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Lima, Palestra, 2011, pp. 73 y ss.

³¹ Por ejemplo: MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, trad. de J. Gascón, Lima, Palestra, 2016.

³² Haba, Enrique, “Razones para no creer en la actual teoría (ilusionista) de la argumentación”, pp. 47 y 48; “Callar o no callar... That is the Question!”, pp. 142-148, y “Avatares de lo “racional” y lo “razonable”, cuando son eximidos de tener carné de identidad”, pp. 220-222, todos en: Haba, Enrique (coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, cit.

esas más o menos mismas características reproducidas en varios de sus trabajos no es a los rasgos definitorios de la versión estándar de la teoría argumentativa, sino a un fenómeno más amplio, aunque indudablemente ligado a la misma: el constitucionalismo o pospositivismo³³ o, más recientemente, lo que él ha comenzado a llamar “constitucionalismo pospositivista”,³⁴ y del que convendrá ocuparse recién en el tercer numeral de este trabajo.

En ese orden de ideas, si bien el profesor de la Universidad de Alicante no ha hecho una revisión exhaustiva o canónica de los rasgos que identificarían a esta versión “estándar”, me parece que de lo que ha afirmado en sus trabajos se puede reconstruir tanto una caracterización elemental o mínima, como un conjunto ordenado de críticas a la misma. Para cerrar este acápite, me ocuparé en seguida de lo primero.

Para Atienza, desde que se acuñó el rótulo, la teoría estándar habría tenido, por lo menos, dos rasgos claros. En primer lugar, el hecho de partir de una distinción bastante nítida entre dos momentos: a) la decisión judicial, y b) su discurso justificatorio; ocupándose casi exclusivamente de este último —lo que se ha llamado “contexto de justificación”—, y no del proceso mismo de la toma de decisiones con sus elementos psicológicos o sociológicos —lo que se ha llamado “contexto de descubrimiento”—.³⁵

En segundo lugar, el esfuerzo por distinguir, pero también integrar, dos aspectos de la argumentación jurídica que viera con claridad Wróblewski:³⁶ a) el lógico-formal o de justificación interna, que se ocuparía ante todo del respeto por las reglas de la inferencia, y b) el de racionalidad práctica o de justificación externa, que, sin excluir la lógica formal, se detendría sobre todo en el establecimiento de las premisas con las que se realiza la inferencia.³⁷

³³ Atienza, Manuel, “Entre callar y no callar: decir lo justo”, *cit.*, pp. 182-183; *El derecho como argumentación*, *cit.*, pp. 52-56; y *Curso de argumentación jurídica*, *cit.*, pp. 28-30.

³⁴ Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, *cit.*, pp. 117 y ss.

³⁵ Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, *cit.*, p. 13.

³⁶ Por ejemplo: Wróblewski, Jerzy, “Legal Syllogism and Rationality of judicial Decision”, *Rechtstheorie*, vol. 5, 1974, pp. 33-46.

³⁷ Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, *cit.*, pp. 67-68; y *Curso de argumentación jurídica*, *cit.*, p. 31.

JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

3. *Las críticas a la teoría estándar*

Respecto de las críticas a la teoría estándar, Atienza fue más exhaustivo desde el principio,³⁸ aun cuando no haya dejado de matizarlas y ahondarlas recientemente.³⁹ Considera que una teoría de la argumentación jurídica debe evaluarse respecto de su objeto, su método y su función, por lo que ha encontrado deficiencias de la versión estándar en cada uno de esos aspectos —las más profundas en el primero—, las que sintetizaré enseguida.

Respecto de su objeto, la teoría estándar: *a)* se ocuparía preferentemente de cuestiones normativas, descuidando la argumentación sobre hechos y, en concreto, la cuestión probatoria —aunque reconoce que bastante se ha avanzado en el último tiempo en estas materias—; *b)* se detendría sólo en la interpretación y la aplicación jurídicas —preferentemente en la de los tribunales superiores—, relegando los ámbitos de la producción y de la dogmática jurídicas; *c)* en parte como consecuencia de lo anterior, se concentraría en el proceso de adjudicación, olvidando los de mediación o negociación, y en concreto el de la racionalidad estratégica, e incluso llegando a entender “idealísticamente” que todo discurso jurídico es un caso especial —una especie— del discurso práctico general, cuando ello no se verificaría, por ejemplo, con el discurso de los abogados o el de los legisladores;⁴⁰ *d)* por un lado, se haría cargo sólo del contexto de justificación, abandonando el de descubrimiento —sin que resulte claro que pueda o deba distinguirse siempre entre ambos nítidamente— y

³⁸ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, cit., pp. 304-325; *El derecho como argumentación*, cit., p. 31, y “Crítica de la crítica crítica...”, cit., pp. 108 y 109.

³⁹ Atienza, Manuel, “Algunas tesis sobre el razonamiento judicial”, en Aguiló Regla, Josep y Grández Castro, Pedro (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, 2017, pp. 11-20; y “Entre callar y no callar: decir lo justo”, cit., pp. 102-116.

⁴⁰ Sobre esto se puede confrontar Bustamante, Thomas, “Racionalidad judicial y racionalidad legislativa: un sucinto análisis de la crítica de Manuel Atienza a la tesis del caso especial y su contribución para la teoría de la argumentación en el ámbito legislativo”, en Aguiló Regla, Josep y Grández Castro, Pedro (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, 2017, pp. 47 y ss., y la respuesta de Atienza: “Epílogo (abierto)” en el mismo libro, pp. 420-422.

por otro lado, se centraría en el aspecto prescriptivo, prescindiendo del descriptivo: el de los argumentos que tienen lugar de hecho en la vida jurídica; lo que habría impedido una comprensión cabal no sólo del razonamiento jurídico en general, sino del mismo razonamiento justificativo en particular, si se toma en cuenta que existirían elementos explicativos que juegan un rol importante también en la justificación,⁴¹ y e) distinguiría sin los suficientes matices entre casos judiciales “fáciles” y “difíciles” —consiguientemente, entre justificación interna y externa—, sin ocuparse de los casos que podrían catalogarse más bien como “intermedios” y “trágicos”.

Respecto de su método, la teoría estándar: a) no habría elaborado un procedimiento que represente adecuadamente cómo los juristas justifican de hecho sus decisiones, y b) sólo habría construido criterios mínimos de racionalidad práctica para juzgar la corrección de las argumentaciones jurídicas.

Finalmente, respecto de sus funciones: a) en lo cognoscitivo, no permitiría una comprensión profunda o completa del fenómeno del derecho y de la práctica de argumentar jurídicamente; b) en lo práctico o técnico, no ofrecería una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar el derecho, y c) en lo político o moral, no sería suficientemente crítica respecto de la práctica de la justificación jurídica al interior de los Estados constitucionales contemporáneos, por lo que podría terminar resultando ideológica.

Una vez sintetizada la versión estándar tanto en sus rasgos como en sus falencias según la entiende Atienza, en el siguiente numeral conviene que me ocupe brevemente de su modelo argumentativo, con el objeto de poder contrastarlo luego con la teoría estándar, y así poder ensayar una respuesta a las dos cuestiones esenciales de este trabajo en el cuarto numeral del mismo.

⁴¹ Para el profesor de Alicante “...tanto en el contexto de descubrimiento como en el contexto de justificación se puede llevar a cabo un tipo de discurso doble: descriptivo y prescriptivo”. (Atienza, *Las razones del derecho*, cit., pp. 308 y 309). Con más detalle en: *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 115 y 116.

JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

III. UNA BREVE DESCRIPCIÓN DEL ENFOQUE ARGUMENTATIVO DE ATIENZA

En este numeral no intentaré hacer una síntesis del amplio y variado pensamiento filosófico jurídico de Atienza, sino que me concentraré sencillamente en elaborar una versión descriptiva y sintética de su enfoque argumentativo, intentando esclarecer, asimismo, su encaje en lo que el profesor de Alicante ha llamado un “constitucionalismo pospositivista”.

1. *El constitucionalismo pospositivista*

Para Atienza, el enfoque argumentativo en el derecho en general, sería un fenómeno que parte de los cambios sociales y jurídicos de fines del siglo XX trayendo como consecuencia la crisis definitiva del formalismo, de los positivismo normativista y realista, del iusnaturalismo y de las teorías críticas.⁴² Ahora bien, la construcción de una teoría de la argumentación jurídica para este tiempo, traería como presupuesto —como primer paso— una nueva concepción del derecho que se caracterizaría por los famosos catorce rasgos que Atienza consignó en *El derecho como argumentación*⁴³ y que, como señalé en el primer numeral de este artículo, Haba impugnó erróneamente como características de la teoría estándar misma.⁴⁴ A estos rasgos, Atienza ha sumado recientemente otros tres que, a su modo de ver, habrían estado de alguna manera implícitos en los anteriores.⁴⁵

Lo que Atienza llamó “constitucionalismo” o “pospositivismo”⁴⁶ y ahora ha perfilado y prefiere llamar “constitucionalismo pospo-

⁴² Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., pp. 107 y 108.

⁴³ Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, cit., pp. 55 y 56.

⁴⁴ Por ejemplo: Haba, Enrique, “Razones para no creer en la actual teoría (ilusionista) de la argumentación”, cit., pp. 47 y 48.

⁴⁵ Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., p. 108.

⁴⁶ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 28-30.

EL ENFOQUE ARGUMENTATIVO DE MANUEL ATIENZA...

sitivista⁴⁷ se caracterizaría por los siguientes diecisiete elementos que sintetizaré, pero sin evitar los solapamientos que se dan indudablemente entre ellos: *a)* una estructura del sistema jurídico que se esclarece en la interacción de principios y reglas; *b)* una tendencia a la consideración de las normas sobre todo en su rol en el razonamiento práctico; *c)* la idea de que el derecho es una práctica social compleja que incluye no sólo normas, sino también procedimientos y valores;⁴⁸ *d)* la importancia de la interpretación vista, sobre todo, como un proceso racional; *e)* la interrelación entre el lenguaje descriptivo y el prescriptivo, y la reivindicación del carácter práctico del derecho; *f)* el paso de la validez meramente formal a una también sustancial-constitucional; *g)* el paso de una jurisdicción meramente legalista a una también principialista; *h)* la tesis de que entre derecho y moral existe un vínculo necesario o intrínseco; *i)* la tendencia a la integración de la razón práctica jurídica, moral y política; *j)* la idea de que la razón jurídica no es meramente instrumental, sino que está guiada por la corrección y la justicia; *k)* la defensa de algún tipo de pluralismo jurídico; *l)* la importancia de la justificación racional de las decisiones para la consolidación de la democracia; *m)* la convicción de que existen criterios objetivos que dotan de racionalidad a la justificación jurídica; *n)* la consideración de que la moral que incorpora el derecho no es sólo la positiva, sino también una “crítica” o racionalmente justificada; *o)* el pragmatismo filosófico, en

⁴⁷ Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., pp. 117 y ss.

⁴⁸ Recientemente, Atienza ha señalado que “...el rasgo fundamental del postpositivismo consiste en ver el Derecho como una práctica social, lo cual no significa olvidarse de que el derecho es también (puede verse también como) un sistema normativo. Más exactamente, el Derecho es una práctica social de carácter autoritativo, y de ahí la importancia que tiene el sistema de normas...”; para añadir luego: “...esta última forma de ver el Derecho significa algo así como un cambio ontológico: el Derecho no sería ya (o no es simplemente) un objeto, una realidad que está ahí fuera y que la teoría ha de describir y explicar; sino más bien una empresa, una actividad, en la que lo esencial es fijarse en los fines y valores que ha de perseguir, y, naturalmente, los medios, los instrumentos que han de usarse para ello; el Derecho, en definitiva, consiste en un conjunto enormemente complejo (un artefacto construido para ciertos propósitos, no en un objeto natural) de medios y fines”. (Atienza, Manuel, “La concepción postpositivista del derecho de Miguel Ángel Rodilla”, *Doxa*, vol. 41, 2018, pp. 329 y 330).

JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

el sentido de una primacía de la práctica; *p*) un objetivismo ético mínimo, y *q*) el reconocimiento de la ambigüedad del derecho fruto de su naturaleza tanto autoritativa como valorativa.⁴⁹

A su modo de ver, este constitucionalismo positivista no sería definitivamente un “neoconstitucionalismo” —con las ambigüedades propias de este término al que realmente pocos se adscribirían—,⁵⁰ ni tampoco un tipo de iusnaturalismo o de iuspositivismo —el primero definitivamente superado, mientras que el segundo en vía irremediable de serlo—.⁵¹ Se trataría más bien de una filosofía del derecho no positivista, y signada por el enfoque argumentativo,⁵² la que guardaría una relación directa, me parece, con lo que ha de ser —a juicio de Atienza— una filosofía del derecho para el mundo latino en particular, pero válida también para otras “regiones” del orbe.⁵³

⁴⁹ Muy sintéticamente señala: “...mi concepción del Derecho está muy próxima a la de autores como Alexy, Dworkin o Nino, y creo que no muy distante a la de Zagrebelsky... En concreto, el tipo de teoría del Derecho que yo defiendo es: 1) constitucionalista, 2) no positivista, 3) basada en la unidad de la razón práctica, lo que supone negar que pueda trazarse una separación tajante (en el plano conceptual) entre el Derecho y la moral, 4) que defiende un objetivismo moral mínimo, 5) reconoce la importancia de los principios y 6) de la ponderación, así como 7) el papel activo de la jurisdicción, y 8) subraya el carácter argumentativo del Derecho” (*ibidem*, p. 129). Para un cotejo de dos de los temas del enfoque argumentativo de Atienza con las propuestas de Alexy y Dworkin se puede ver: Pérez Bermejo, Juan Manuel, “Coordenadas para una teoría de la argumentación: Alexy y Dworkin como ejes de referencia”, en Aguiló Regla, Josep y Grández Castro, Pedro (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, 2017, pp. 275 y ss.

⁵⁰ Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., pp. 117-130.

⁵¹ Por ejemplo: Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Para una teoría postpositivista del derecho*, Lima, Palestra, 2009, pp. 127-155. Me he ocupado críticamente en particular de este trabajo en otra ocasión: Chávez-Fernández Postigo, José, “Sobre el iuspositivismo que hemos de dejar atrás. Una crítica iusnaturalista a «Dejemos atrás el positivismo jurídico» de Atienza y de Ruiz Manero”, *Dikaion*, vol. 20, 2011, pp. 49-69, por lo que aquí no incidiré en este aspecto.

⁵² Atienza, Manuel, “Por qué no conocí antes a Vaz Ferreira”, en Vaz Ferreira, Carlos, *Lógica viva*, Lima, Palestra, 2016, pp. 16 y ss.

⁵³ Sobre el “decálogo” para elaborar una filosofía del derecho para el mundo la-

2. *Hacia una teoría de la argumentación jurídica*

En ese orden de ideas, la construcción de una teoría de la argumentación jurídica como la que Atienza va consolidando implicaría partir del constitucionalismo pospositivista descrito y dar un segundo paso de tipo “técnico”, en el que podría distinguirse tanto una parte general, como una especial.

La parte general estaría destinada a esclarecer la noción de argumentación a través de la distinción entre “concepto” y “concepciones” de la misma.⁵⁴ Mientras que el concepto de argumentación sería muy abstracto y abarcaría diversos elementos como, por ejemplo, que los razonamientos guardan relación con un lenguaje o que los mismos se encaminan a la solución de un problema; las concepciones de la argumentación implicarían interpretar dichos elementos desde diversos enfoques: el formal, el material y el pragmático (y sus especies: el retórico o el dialéctico). El razonamiento jurídico, en concreto, requeriría de los tres, aun cuando el acento en uno u otro enfoque dependería del campo, del contexto o del operador del derecho al que se circunscriba:

- a) El enfoque formal se ocuparía de problemas como los lógicos que hacen abstracción de los hechos, se centraría en la argumentación como resultado inferido, ofreciendo esquemas o formas argumentales deductivas o no deductivas, y su valor dominante sería la certeza.
- b) El enfoque material presupondría el formal, se detendría en los problemas de corrección de los contenidos de los enunciados y se resolvería en una teoría de las premisas, y sus valores dominantes serían la verdad y la justicia.
- c) Finalmente, el enfoque pragmático supondría los dos anteriores, contemplaría la argumentación como actividad lingüística, se ocuparía de los problemas de persuasión eficaz del auditorio

tino, y su desarrollo, revisar: Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., pp. 47-93.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 108-111. Con amplia información en: Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 107-422.

JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

(retórica) o de los que se dan al intentar alcanzar procedimentalmente un acuerdo respecto de la solución a un problema concreto (dialéctica), y sus valores centrales serían la aceptabilidad y el consenso.⁵⁵

La parte especial implicaría contestar tres preguntas: ¿cómo analizar una argumentación jurídica?, ¿cómo evaluarla? y ¿cómo argumentar?⁵⁶

- a) Respecto del análisis de la argumentación, Atienza propone un método para la representación de argumentos: a través de diagramas, que se ocuparían de su estructura, y de flechas, que lo harían de su flujo; además de ofrecer, sobre la base de la propuesta de MacCormick en cuatro categorías,⁵⁷ una clasificación propia de hasta ocho cuestiones controvertidas.
- b) Respecto de la evaluación de los argumentos, Atienza propone un examen de la cuestión de la única respuesta correcta, distinguiendo la utilidad de proponer la misma dependiendo de los contextos en que se desarrolle la argumentación jurídica; además de ofrecer los criterios que a su juicio avalarían la objetividad del razonamiento jurídico: universalidad, coherencia, adecuación de las consecuencias, moral social, moral justificada y razonabilidad, esta última a modo de criterio de cierre y entendida básicamente como proporcionalidad, en el sentido de evaluación de costos y beneficios para tomar una decisión.⁵⁸

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 110-114. El planteamiento del profesor de Alicante sobre los tres enfoques de la argumentación es semejante al de la primera triada propuesta por Vega Reñón para quien cabe distinguir hasta cuatro regiones o perspectivas sobre la argumentación: la analítica o lógica, la dialéctica, la retórica, y la socio-institucional. (Vega Reñón, Luis, *Introducción a la teoría de la argumentación*, Lima, Palestra, 2015, pp. 27-32). No obstante, Atienza distingue los matices peculiares de su propuesta. (Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, cit., pp. 76-94).

⁵⁶ Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, p. 111. Con lujo de detalles en: *Curso de argumentación jurídica*, pp. 423-802.

⁵⁷ MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 100 y ss.

⁵⁸ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 562-564.

EL ENFOQUE ARGUMENTATIVO DE MANUEL ATIENZA...

- c) Finalmente, respecto de la forma correcta de argumentar, su propuesta se enfoca en la distinción de las etapas que pueden identificarse en el proceso de solución racional de un problema jurídico.

Para el profesor de la Universidad de Alicante, un enfoque argumentativo como el que él propone saldría más o menos bien librado de las críticas que normalmente se lanzan contra la “teoría estándar” sin que éstas especifiquen con claridad a los destinatarios de las mismas.⁵⁹

IV. TEORÍA ESTÁNDAR: RACIONALIDAD KANTIANA Y RACIONALIDAD ARISTOTÉLICA

Me encuentro ahora en condiciones de encarar las preguntas que me han traído hasta aquí. ¿Vale la pena hacer referencia a una “teoría estándar” en orden al perfeccionamiento de las contemporáneas teorías de la argumentación jurídica? Por otro lado, ¿en qué sentido puede ser apropiado adscribir el enfoque argumentativo de Atienza a dicha categoría? Para responder a ambas cuestiones y con ello intentar esclarecer los problemas de la indeterminación y de la adscripción de la teoría estándar, creo que vale la pena distinguir primero entre dos de los modelos de racionalidad práctica destacados por Alexy: el kantiano y el aristotélico.

1. Alexy y los modelos históricos de racionalidad práctica

Como es conocido, en un libro —*El concepto y la validez del derecho*—⁶⁰ que marca un giro en su enfoque iusfilosófico al ocuparse de temas que hasta entonces no habían sido explícitos en su pensamiento,⁶¹ el profesor de la Universidad de Kiel intenta defen-

⁵⁹ Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., pp. 111-116.

⁶⁰ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, cit., pp. 132 y ss.

⁶¹ Alexy, Robert, “Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con los años”, cit., pp. 73 y ss.

JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

der la existencia de la racionalidad o razón práctica, para lo que juzga con acierto que se requiere primero el esclarecimiento de su concepto, para lo que se vale de su análisis a través de cuatro modelos históricos de comprensión de la misma. Mientras que los tres primeros serían concepciones de la razón práctica que actualmente compiten entre sí, el cuarto —que el profesor alemán asocia históricamente a Nietzsche— implicaría más bien su crítica radical. De esta manera, Alexy asocia a cada una de estas tres concepciones de la racionalidad práctica un punto de referencia histórico, llamándolas: “aristotélica”, “hobbesiana” y “kantiana”; para luego defender su teoría del discurso en general y también la de los derechos humanos en particular⁶² como un modelo dentro de la concepción kantiana de la racionalidad. En lo que sigue me concentraré muy brevemente en caracterizar sólo el primer y el tercer modelo,⁶³ los que podríamos llamar en su conjunto, por lo pronto, modelos “no positivistas” de racionalidad práctica.

Massini-Correas ha ensayado una comparación entre ambos modelos destacados por Alexy que puede ser de utilidad en este trabajo. A su modo de ver, los modelos “pragmático-constructivistas” —así llama a los que Alexy denomina “kantianos”— se caracterizarían por valerse del legado del filósofo de Königsberg para contrarrestar las consecuencias escépticas del irracionalismo y del iuspositivismo, buscando una justificación racional de los derechos humanos y de una teoría de la justicia a través de la remisión a alguna forma de objetividad transubjetiva y transpositiva, pero renunciando a cualquier alusión a las estructuras finalistas de la realidad que Aristóteles denominó “cosas humanas”. En el fondo, se trataría de un enfoque que

⁶² Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, trad. de L. Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 62 y ss.

⁶³ Respecto del modelo hobbesiano de racionalidad, del que no me ocuparé aquí, Alexy precisa que la “...idea de la racionalidad instrumental se convierte en una concepción independiente de la racionalidad [precisamente, la que denomina “hobbesiana”] sólo cuando es vinculada con la tesis no cognoscitivista según la cual la elección de los fines, como así también la ponderación entre fines y medios, consecuencias secundarias y fines en competencia depende, en última instancia, de preferencias subjetivas que no pueden ser fundamentadas racionalmente...” (Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 134).

implica tanto la renuncia a que el lenguaje práctico pretenda tener una dimensión “semántico-veritativa”, como la opción correlativa de adoptar un cognitivismo moral mínimo de base.⁶⁴

Por otro lado, los modelos “iusnaturalistas realistas” —así llama el profesor argentino a los “aristotélicos” en la nomenclatura alexiana— se entenderían fuertemente deudores de la tradición del Estagirita acerca de la razón práctica, y se caracterizarían por sostener una continuidad entre derecho y eticidad en general, y por fundamentar dicha eticidad o moralidad —ya sea especulativamente, ya sea prácticamente— en las estructuras de la realidad humana de un modo “objetivista fuerte”,⁶⁵ es decir, en lo que Alexy ha llamado críticamente “concepto enfático de metafísica”.⁶⁶

A mi modo de ver, hay otro rasgo complementario que distingue a ambos modelos de racionalidad y que, estando conectado con el anterior, guarda relación ya no sólo con las fuentes materiales —por decirlo de alguna manera— de la objetividad moral que se concibe necesariamente vinculada con el derecho, sino también con el modo de proceder de la razón práctica incluyendo a la propiamente jurídica. Me refiero a que, mientras que los modelos de racionalidad kantiana tienden a entender la razonabilidad práctica como un método procedimental e instrumental de carácter ideal sólo aproximadamente aplicable a la realidad, los modelos aristotélicos se caracterizan por insistir en que dicha racionalidad es en gran medida fruto del ejercicio de una virtud moral e intelectual: la prudencia,⁶⁷ en constante contacto, a través de la experiencia, con la contingen-

⁶⁴ Massini-Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, t. I, p. 8. En ese sentido, me parece que son ejemplos paradigmáticos del modelo kantiano de racionalidad práctica el de Alexy y el de MacCormick.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 10. A mi modo de ver, encontraríamos modelos claros de racionalidad aristotélica en los enfoques teóricos de Kalinowski y de Finnis.

⁶⁶ Alexy, Robert, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, *La institucionalización de la justicia*, 3a. ed., Granada, Comares, 2016, pp. 86 y ss.

⁶⁷ Un ensayo sintético sobre el rol de la prudencia en el trabajo argumentativo del juez, puede confrontarse, por ejemplo, en: Portela, Jorge Guillermo y Maino, Carlos Alberto Gabriel, “Prudencia jurídica, argumentación y razonamiento judicial”, en Puy, Francisco y Portela, Jorge Guillermo (comps.), *La argumentación de los operadores jurídicos*, Buenos Aires, EDUCA, 2005, pp. 325-378.

JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

cia de las realidades sociales en las que el razonamiento jurídico se concreta.⁶⁸

Y dado que de lo que se trata en este trabajo no es ofrecer razones por las que un modelo pudiera ser considerado en teoría más solvente que el otro para encarar los problemas prácticos del derecho,⁶⁹ en el último acápite de este numeral me limitaré sencillamente a ofrecer una respuesta a las dos preguntas principales de esta investigación asociadas respectivamente a los problemas de indeterminación y de adscripción de la teoría estándar.

2. *Un ensayo de solución*

Pues bien, lo primero que habría que decir es que Atienza —hipotéticamente, desde luego— podría poner una objeción de inicio a mi propuesta de comprensión de ambos modelos de racionalidad, o por lo menos, a que se le aplique sin más el que con Alexy hemos llamado “kantiano” y que hemos caracterizado aquí con dos rasgos principales: a) el de una moral objetiva mínima procedimentalmente construida sin referencia directa a la realidad estructural humana, y b) el de una racionalidad práctica procesal e ideal, en tanto que desvinculada de la realidad a causa de no plantearse como informada por la prudencia como virtud intelectual y moral que hace capaz a la razón de operar correctamente con las cosas contingentes a partir de la experiencia.

⁶⁸ Seoane, por ejemplo, ha reprochado al modelo de Alexy en concreto, entre otras cosas: “demasiado carácter ideal y distanciamiento de la praxis jurídica”, “demasiado carácter procedimental” y “el olvido de la prudencia”. (Seoane, José Antonio, “Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy”, en Serna, Pedro (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, 2a. ed., Granada, Comares, 2005, p. 194).

⁶⁹ Lo que he ensayado ya en otros trabajos, por ejemplo: Chávez-Fernández Postigo, José, *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Lima, Palestra, 2012, pp. 91 y ss., y Luis Recaséns y la Teoría estándar de la argumentación jurídica, *cit.*, pp. 281 y ss.

El profesor de Alicante podría remitirse para dicha defensa a muchos de sus escritos donde no sólo reprocha esa desconexión con la realidad que advierte él mismo en la teoría estándar,⁷⁰ sino que antes bien evidencia su constante esfuerzo por ocuparse de la realidad tal cual es, a través, por ejemplo, del pluralismo jurídico y del pragmatismo que implica, a su modo de ver, un cotejo constante con casos prácticos reales.⁷¹ Incluso podría decir que la moral procedimentalmente justificada que asume en su modelo ético mínimo no excluye otras ideas morales más bien sustantivas que se nos presentan como objetivas, como la idea kantiana de dignidad, por ejemplo.⁷² Finalmente, podría poner incluso como testimonio definitivo de todos estos aspectos mencionados, el dato de que es precisamente esa conexión con la realidad, que luce clara en su enfoque y que se echa en falta en la teoría estándar, lo que ha cristalizado en su tesis de que no todo discurso jurídico resulta ser un caso especial del discurso práctico general, como lo entiende, por ejemplo, Alexy.⁷³

Sobre esta hipotética defensa del profesor de Alicante, lo primero que habría que reconocer es que en Atienza —muy probablemente por su carácter cultural hispánico—⁷⁴ se encuentra indudablemente una preocupación constante por los datos sociológicos y empíricos de la realidad, que no es propio de la tradición kantiana. No pretendo poner aquello en cuestión aquí. A lo que me refiero es a otra cosa: que es la matriz kantiana de entender la racionalidad práctica —la que es propia de la que él ha categorizado como “teoría estándar”— la que marca su propio enfoque hasta circunscribir el modo en que puede, por un lado, construir ese objetivismo moral mínimo⁷⁵ y, por otro

⁷⁰ Por ejemplo: Atienza, Manuel, “Crítica de la crítica crítica...”, *cit.*, p. 113.

⁷¹ Por ejemplo: Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, *cit.*, pp. 363 y ss.

⁷² *Cfr.* Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, *cit.*, pp. 212 y ss.

⁷³ Por ejemplo: Atienza, Manuel, “Algunas tesis sobre el razonamiento jurídico”, *cit.*, pp. 11-15.

⁷⁴ Recaséns Siches, Luis “Algunas contribuciones españolas al estudio de la prudenencia”, *Diánoia*, vol. 17, 1971, pp. 189 y ss.

⁷⁵ Por ejemplo: Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, *cit.*, pp. 193 y ss.

JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

lado, abordar precisamente de manera metodológica e instrumental esa realidad social que tanto le preocupa.⁷⁶

Dicho de otro modo, al problema de la “adscripción”, es decir, a la pregunta de si el enfoque argumentativo de Atienza puede adscribirse a la teoría estándar, es posible contestar negativa o afirmativamente, dependiendo de la perspectiva que se asuma.

En primer lugar, se podría contestar que Atienza no queda adscrito a la teoría estándar de la argumentación, como parece asumir él mismo, pero sólo si nos posicionamos en una perspectiva que llamaré aquí “interna” al modelo de racionalidad kantiano. Es decir, si reducimos la discusión sobre la teoría estándar a la que ocurre al interior del modelo kantiano de racionalidad práctica, o sea, al que ocurre entre sus cultores. Desde dicha perspectiva interna se puede decir sin problema que el profesor de Alicante no es un representante de la teoría estándar, pues muchas de las críticas que ha formulado a los modelos de Alexy, Aarnio y Peczenik —que representan algo así como el núcleo de adscripción a dicha teoría— son variadas, acertadas y profundas. Aunque si esa es la razón para excluir a Atienza, parece que habría también suficientes razones para hacerlo con los modelos de MacCormick o de Wróblewski, pues tampoco hay una coincidencia suficiente entre los suyos y el modelo de Alexy. Por ejemplo, MacCormick reconoció con Finnis la importancia para el razonamiento jurídico de la prudencia en el sentido aristotélico,⁷⁷ aunque sin sacar las consecuencias que tal hallazgo debería haber tenido para la reformulación de su propio modelo, si se hubiese asumido también, por ejemplo, la tesis del profesor australiano respecto de la existencia de “absolutos morales”⁷⁸ —los

⁷⁶ Para el profesor español la dogmática jurídica sería una “tecno-praxis”, donde el orden de los términos del calificativo no resulta fortuito, a mi juicio (*ibidem*, pp. 167 y ss.).

⁷⁷ MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de derecho*, cit., p. 284.

⁷⁸ Finnis, John, *Absolutos morales. Tradición, revisión y verdad*, trad. de J. García Norro, Barcelona, EIUNSA, 1992, pp. 15 y ss. Para Finnis es una exigencia de la razonabilidad práctica que todo acto humano cuyo fin sea dañar directamente un valor o bien humano básico, sea intrínsecamente ilícito, más allá de cualquier valoración consecuencialista respecto de sus “beneficios” (Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2011, pp. 118-125).

EL ENFOQUE ARGUMENTATIVO DE MANUEL ATIENZA...

que podrían entenderse como “prohibiciones morales no derrotables”—, y más bien Wróblewski habría estado bastante lejos de suscribir un objetivismo ético, por lo menos, como el que sostienen hoy Alexy o Atienza, me parece.⁷⁹ Si extremamos este punto de vista, incluso habría razones para decir que Aarnio tampoco forma parte de este modelo, o no tan sencillamente.⁸⁰ Con lo cual, parece que si asumimos la perspectiva interna al modelo de racionalidad kantiano, hablar de “teoría estándar” no sería útil para resolver esta vez el problema de la “indeterminación”, sino más bien podría resultar perjudicial, pues no tener suficientemente en cuenta las distinciones entre los planteamientos, haría a la categoría vaga e indeterminada, por lo que podría llevarnos a confusiones respecto del objeto de la defensa o de la crítica de la teoría.

En cambio, desde una perspectiva que sugiero llamar aquí “externa” al modelo kantiano de racionalidad práctica —en el sentido en que desde él se opta por no reducir el análisis de la teoría estándar al que puede hacerse desde la propia racionalidad kantiana—, es posible decir que Atienza es, sin duda, un representante de la teoría estándar, en el sentido de que para desarrollar su teoría de la argumentación jurídica asume —más allá de los matices señalados— un modelo predominantemente kantiano y no aristotélico de racionalidad práctica. Pero desde luego, desde esta perspectiva “externa” de análisis, no sólo Atienza quedaría claramente adscrito a la teoría estándar, sino también lo estarían, al menos, MacCormick y Wróblewski. Por lo que me inclino a pensar que sólo la perspectiva externa al modelo de racionalidad kantiano haría que la categoría “teoría estándar de la argumentación jurídica” acuñada por Atienza, sea una herramienta conceptual útil para el debate sobre los modelos teóricos de argumentación jurídica no positivistas. Una perspectiva “externa” como la que propongo, ayudaría mejor a resolver el problema de la indeterminación y pondría de relieve, por ejemplo, que

⁷⁹ Por ejemplo: Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de J. Igarua y F. Ezquiaga Ganuzas, Lima, Grijley, 2013, pp. 18 y ss.

⁸⁰ Por ejemplo, un enfoque que insiste con detalle en las diferencias entre Aarnio y Alexy se puede consultar en: Cabra Apalategui, José Manuel, “Racionalidad y argumentación jurídica”, *Derechos y libertades*, vol. 9, 2000, pp. 158 y ss.

JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

nos encontramos frente a modelos teóricos de argumentación que se sitúan principalmente dentro de lo que Alexy ha llamado racionalidad kantiana, y no dentro de aquellos que podrían desarrollarse desde una racionalidad predominantemente aristotélica, de los que ha dado cuenta recientemente, por ejemplo, Vigo.⁸¹

Me refiero a modelos no positivistas —pero no constructivistas—, que siendo marcadamente aristotélicos no han pretendido tampoco permanecer herméticos frente a la recepción de diversas tradiciones de pensamiento, como es el caso, curiosamente, de uno de los “precursores” latinos de la teoría estándar: el hispano-mexicano Recaséns,⁸² o el de alguno de los “precursores de los precursores” hispánicos de la misma del que ya tuve oportunidad de decir algo en el segundo numeral de este trabajo, me refiero a Jaime Balme. Por supuesto, antes bien, un caso paradigmático de lo que podríamos llamar un modelo no-positivista de racionalidad aristotélica con un enfoque marcadamente argumentativo del derecho lo podríamos encontrar, por ejemplo, en Georges Kalinowski (1965),⁸³ situado en el espacio-tiempo, curiosamente, a caballo entre los “precursores” y los “cultores” de las contemporáneas teorías de la argumentación jurídica.

V. CONCLUSIÓN

Para terminar este estudio, quizá baste señalar que me parece que estos modelos argumentativos no positivistas de preponderante tradición aristotélica tienen la ventaja de que son capaces de ofrecer

⁸¹ Rodolfo Vigo los llama —imprecisamente, cabe decir— “neoconstitucionalistas” iusnaturalistas (Vigo, Rodolfo, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, Buenos Aires, EDUCA, 2015, pp. 452-457). Atienza, por su parte, toma conciencia de este dato, aunque no se ocupa de él. (Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., p. 129).

⁸² Chávez-Fernández Postigo, José, *Luis Recaséns y la Teoría estándar de la argumentación jurídica*, cit., pp. 105-116 y 187-196.

⁸³ Kalinowski, Georges, *Introducción a la lógica jurídica*, trad. de J. Casaubón, Buenos Aires, EUDEBA, 1973, pp. 145 y ss. (el original fue publicado en francés en 1965).

críticas o aportes “externos” a los modelos teóricos argumentativos predominantemente kantianos, precisamente, porque se trata de contribuciones peculiares a su propia tradición de pensamiento. Me refiero, principalmente, a la justificación racional de la moral material que postulan, o a la posibilidad de plantear una racionalidad práctica prudencial que sea capaz de minimizar la arbitrariedad en el contacto directo y experiencial con la contingencia de la realidad social. Me parece que se trata de elementos cuya discusión más habitual podría ser renovadora en orden a la mejora significativa de las contemporáneas teorías de la argumentación jurídica.

En ese orden de ideas, el uso del término “teoría estándar” para referirse a los modelos no positivistas kantianos de enfocar la argumentación, podría ser útil, pues permitiría visibilizar con mayor claridad las críticas y los aportes que provendrían de la perspectiva “externa” de entender la racionalidad práctica. Por lo que creo que, si este breve trabajo puede ayudar en ese sentido, habrá valido la pena escribirlo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis *et al.*, “The Foundation of Legal Reasoning”, *Rechtstheorie*, vol. 12, 1981.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de J. M. Seña, 2a. ed., Barcelona, Gedisa, 2004.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Lima, Palestra, 2007.
- ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, trad. de L. Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- ALEXY, Robert, “Reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años”, en BERNAL PULIDO, Carlos (ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Lima, Palestra, 2011.

JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

- ALEXY, Robert, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, *La institucionalización de la justicia*, 3a. ed., Granada, Comares, 2016.
- ATIENZA, Manuel, “Para una razonable definición de “razonable””, *Doxa*, vol. 4, 1987.
- ATIENZA, Manuel, “Para una Teoría de la argumentación jurídica”, *Doxa*, vol. 8, 1990.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2006.
- ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2012.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- ATIENZA, Manuel, “Crítica de la crítica crítica. Contra Enrique Haba y consortes”, en HABA, Enrique (coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2014.
- ATIENZA, Manuel, “Entre callar y no callar: decir lo justo”, en HABA, Enrique (coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2014.
- ATIENZA, Manuel, “Por qué no conocí antes a Vaz Ferreira”, en VAZ FERREIRA, Carlos, *Lógica viva*, Lima, Palestra, 2016.
- ATIENZA, Manuel, “Algunas tesis sobre el razonamiento judicial”, en AGUILÓ REGLA, Josep y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, 2017.
- ATIENZA, Manuel, “Epílogo (abierto)”, en AGUILÓ REGLA, Josep y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, 2017.
- ATIENZA, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017.
- ATIENZA, Manuel, “La concepción postpositivista del derecho de Miguel Ángel Rodilla”, *Doxa*, vol. 41, 2018.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Para una teoría postpositivista del derecho*, Lima, Palestra, 2009.

- BALMES, Jaime, *El criterio*, Barcelona, Mateu, 1963.
- BALMES, Jaime, *Filosofía elemental*, 3a. ed., México, Porrúa, 1981.
- BARBERIS, Mauro, “¿Imperialismo de la argumentación? Comentarios al *Curso de argumentación jurídica* de Manuel Atienza”, *Doxa*, vol. 37, 2014.
- BUSTAMANTE, Thomas, “Racionalidad judicial y racionalidad legislativa: un sucinto análisis de la crítica de Manuel Atienza a la tesis del caso especial y su contribución para la teoría de la argumentación en el ámbito legislativo”, en AGUILÓ REGLA, Josep y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, 2017.
- CABRA APALATEGUI, José Manuel, “Antiformalismo y argumentación jurídica”, *Derechos y libertades*, vol. 24, 2011.
- CABRA APALATEGUI, José Manuel, “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns Siches: estimativa jurídica y logos de lo razonable”, *Anuario de Filosofía del derecho*, vol. 27, 2011.
- CABRA APALATEGUI, José Manuel, “Racionalidad y argumentación jurídica”, *Derechos y libertades*, vol. 9, 2000.
- CARRIÓN, Roque, “Crítica de la teoría (estándar) de la argumentación jurídica. Razones y pasiones de una controversia”, en HABA, Enrique (coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2014.
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, José, “Sobre el iuspositivismo que hemos de dejar atrás. Una crítica iusnaturalista a «Dejemos atrás el positivismo jurídico» de Atienza y de Ruiz Manero”, *Díkaion*, 20, 2011.
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, José, *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Lima, Palestra, 2012.
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, José, *Luis Recaséns y la Teoría estándar de la argumentación jurídica. Una revalorización del logos de lo razonable*, Pamplona, Thomson Reuters, 2017.

JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

- ELÓSEGUI ITXASO, María, “El principio de proporcionalidad de Alexy y los acomodamientos razonables en el caso del TEDH *Eweida y otros C. Reino Unido*”, en FLORES, Antonio *et al.* (eds.), *El neoconstitucionalismo en la teoría de la argumentación de Robert Alexy*, México, Porrúa, 2015.
- FETERIS, Eveline, *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, 2a. ed., Dordrecht, Springer, 2017.
- FINNIS, John, *Absolutos morales. Tradición, revisión y verdad*, trad. de J. García Norro, Barcelona, EIUNSA, 1992.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2011.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La argumentación en el derecho*, Lima, Palestra, 2003.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Retórica, argumentación y derecho”, *Isegoría*, vol. 21, 1999.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “¿Es realista la Teoría de la argumentación jurídica?”, en HABA, Enrique (coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2014.
- HABA, Enrique, “Razones para no creer en la actual teoría (ilusionista) de la argumentación”, en HABA, Enrique (coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2014.
- HABA, Enrique, “Callar o no callar... That is the Question!”, en HABA, Enrique (coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2014.
- HABA, Enrique, “Avatares de lo “racional” y lo “razonable”, cuando son eximidos de tener carné de identidad”, en HABA, Enrique (coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2014.
- KALINOWSKI, Georges, *Introducción a la lógica jurídica*, trad. de J. Casaubón, Buenos Aires, Eudeba, 1973.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Nueva York, Oxford University Press, 2003.

EL ENFOQUE ARGUMENTATIVO DE MANUEL ATIENZA...

- MACCORMICK, Neil, *Retórica y Estado de derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, trad. de J. Gascón, Lima, Palestra, 2016.
- MASSINI-CORREAS, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, t. I.
- PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucile, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. de J. Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 2006.
- PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel, “Coordenadas para una teoría de la argumentación: Alexy y Dworkin como ejes de referencia”, en AGUILÓ REGLA, Josep y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, 2017.
- PORTELA, Jorge Guillermo y MAINO, Carlos Alberto Gabriel, “Prudencia jurídica, argumentación y razonamiento judicial”, en PUY, Francisco y PORTELA, Jorge Guillermo (comps.), *La argumentación de los OPERADORES jurídicos*, Buenos Aires, EDUCA, 2005.
- RECASÉNS SICHES, Luis, “Algunas contribuciones españolas al estudio de la prudencia”, *Diánoia*, vol. 17, 1971.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*, México, UNAM, 1971.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 3a. ed., México, Porrúa, 1980.
- RIVAYA, Benjamín, *Una historia de la filosofía del derecho española del siglo XX*, Madrid, Iustel, 2010.
- SEOANE, José Antonio, “Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy”, en SERNA, Pedro (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, 2a. ed., Granada, Comares, 2005.
- SUÁREZ LLANOS, Leonor, “Razón práctica y argumentación en MacCormick: de la descripción a la justificación crítico-normativa”, *Derechos y libertades*, vol. 15, 2006.

JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

- TOULMIN, Stephen, *Los usos de la argumentación*, trad. de M. Morrás y V. Pineda, Barcelona, Península, 2007.
- VAZ FERREIRA, Carlos, *Lógica viva*, Lima, Palestra, 2016.
- VEGA REÑÓN, Luis, *Introducción a la teoría de la argumentación*, Lima, Palestra, 2015.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. de L. Díez-Picazo, 2a. ed., Pamplona, Thomson-Reuters, 2007.
- VIGO, Rodolfo, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, Buenos Aires, EDUCA, 2015.
- WRÓBLEWSKI, J., "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", *Rechtstheorie*, vol. 5, 1974.
- WRÓBLEWSKI, J., *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de J. Igartua y F. Ezquiaga Ganuzas, Lima, Grijley, 2013.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL DE LOS PRINCIPIOS PENALES EN EL ÁMBITO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD*

RECONSTRUCTING PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW IN CONSTITUTIONAL REVIEW

José Ángel FERNÁNDEZ**

Resumen:

La dogmática de los principios penales adolece de una reconstrucción normativa a partir de categorías estructurales. La propuesta de Atienza y Ruiz Manero sobre los enunciados jurídicos contiene un arsenal conceptual que resulta especialmente adecuado a la hora de realizar una taxonomía de los principios y límites penales. Esta reconstrucción resulta particularmente provechosa en el ámbito del control de constitucionalidad de las leyes penales, ya que, a partir del test de proporcionalidad, los derechos y bienes constitucionales son clasificados por parte de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional comparada como principios o reglas. Por tanto, este estudio pretende sentar las bases teóricas y metodológicas de una reconstrucción estructural de los principios penales.

Palabras clave:

Principios penales, control de constitucionalidad, principios y reglas.

* Artículo recibido el 14 de enero de 2018 y aceptado para su publicación el 4 de junio de 2018.

** Doctor en derecho. Profesor de derecho penal y teorías criminológicas; director del Departamento de Derecho Público de la Universidad Austral de Chile.

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

Abstract:

Fundamental principles of criminal law theory lack a normative-structural analysis. Atienza's and Ruiz Manero's proposal in regards to legal decisions contain a typology of mandatory norms (rules, principles in a broad sense and directives) that is especially suitable for an analytical reconstruction of principles of criminal law. This proposal is also relevant and useful in the field of constitutional courts' decisions related to Criminal law, because the principle or test of proportionality in its strict sense classifies fundamental rights into rules and principles. My aim in this paper is to discuss and propose a groundwork for normative reconstruction of the principles of criminal law using Atienza's and Ruiz Manero's framework.

Keywords:

Fundamental Principles of Criminal Law, Constitutional Review of Criminal Law, Principles and Legal Rules.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Una breve exposición sobre la relevancia de las piezas del derecho en la reconstrucción de los principios y límites penales*. III. *Reglas y principios: reglas derrotables y principios especialmente protegidos*. IV. *Un sistema (analítico) de control de constitucionalidad de las leyes penales articulado en principios, reglas y categorías sospechosas*. V. *Conclusiones*. VI. *Fuentes consultadas*.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las principales falencias en el desarrollo de la dogmática de los principios y límites penales —especialmente aquellos referidos al derecho penal sustantivo— estriba en el hecho de que no se han delimitado e interpretado a tenor de las distintas racionalidades jurídicas: la legislativa, la judicial y la constitucional. Así, nos encontramos ante un elenco de principios, mandatos y garantías que, o bien parece que deben aplicarse a todos los operadores jurídicos y políticos relacionados con el derecho penal (gobierno, legislador, jueces, fiscales y órganos con jurisdicción constitucional); o bien, parece que constituyen una serie de principios político-criminales destinados exclusivamente al legislador penal.

De esta manera, existe una confusión no sólo respecto al contenido de cada uno de ellos, sino también en cuanto a su operatividad en las decisiones de los órganos del Estado y, en nuestro caso, de los tribunales constitucionales. A mayor abundamiento, gran parte de los principios penales se encuentran formulados por el discurso jurídico penal de manera que no permiten distinguir entre cuestiones de política criminal (legislativa) y cuestiones de dogmática penal-constitucional.¹ Dicha situación ha provocado una merma considerable en su aplicación práctica.

Nuestra propuesta para afrontar esta problemática parte del presupuesto de que las categorías conceptuales desarrolladas por la

¹ Bascuñán, Antonio, “Derechos fundamentales y derecho penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 9, 2007, p. 54.

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

teoría del derecho pueden sentar las bases de una dogmática integrada entre la dogmática de los derechos fundamentales y la dogmática de los límites y principios penales, ya que permite, en último término, que un mismo discurso sea utilizado por diferentes aproximaciones científicas.² Este estudio presentará las bases para la reconstrucción de los denominados principios, límites, garantías y mandatos penales a través de las categorías de reglas, principios en sentido estricto y directrices desarrolladas por Atienza y Ruiz Manero en *Las piezas del derecho*. Sin perjuicio de aceptar o no esta propuesta, una reconstrucción estructural de los principios penales resulta ineludible si tenemos presente que el principal test de constitucionalidad a la hora de aplicar y resolver los conflictos constitucionales entre derechos y bienes constitucionales (el denominado principio de proporcionalidad en sentido amplio), toma como referencia un derecho constitucional articulado en reglas y principios.

El estudio se estructurará en tres grandes apartados. El primero tratará de poner en evidencia la relevancia de *Las piezas del derecho* en la reconstrucción de los principios y límites penales; el segundo expondrá brevemente los criterios de distinción entre reglas y principios y uno de los problemas que plantea esta diferenciación, la denominada derrotabilidad de reglas, y el cuarto apartado reconstruirá algunos de los principios penales a partir de la propuesta de *Las piezas del derecho* y otras categorías desarrolladas por la teoría del derecho.

II. UNA BREVE EXPOSICIÓN SOBRE LA RELEVANCIA DE *LAS PIEZAS DEL DERECHO* EN LA RECONSTRUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y LÍMITES PENALES

La propuesta de Atienza y Ruiz Manero desarrollada en *Las piezas del derecho* que, si bien no es compartida por una buena parte de los

² Ferrajoli, Luigi, “La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, en Pisarello, Gerardo y Manrique, Ricardo (eds.), *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 66 y ss.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

teóricos del derecho y constitucionalistas,³ resulta especialmente relevante a la hora de reconstruir las disposiciones normativas y las normas implícitas constitucionales que establecen principios o límites penales.

No obstante, debe advertirse que el objeto de análisis debe ser más amplio que el establecido en el citado estudio (los enunciados jurídicos). Además de analizar las disposiciones normativas constitucionales de carácter penal, debe incluirse el conjunto de normas reconocidas en el lenguaje de los dogmáticos y de los operadores jurídicos, ya que la mayor parte de los principios penales tienen su asidero en el mundo de la aplicación del derecho. En el ámbito penal es donde se muestra con mayor claridad que muchas normas constitucionales forman parte de las denominadas normas implícitas o adscritas a una disposición constitucional.⁴

A esta cuestión, los autores entienden que, si bien su estudio se centra en el lenguaje del legislador o en nuestro caso del Constituyente, esta propuesta se puede entender como una *Teoría general de los enunciados jurídicos*, entre los que se incluirían los enunciados no legislativos y, en especial, los fallos de los tribunales de justicia.⁵ Dentro de estos últimos, los enunciados jurídicos que comparten más rasgos y características con los enunciados legislativos son, sin duda, los fallos de los tribunales constitucionales que contienen reglas de mandato, no sólo respecto de los particulares, sino también generales, abstractas y con eficacia *erga omnes*.⁶

También, una reconstrucción de los principios y límites penales debe dar cuenta de otro tipo de normas constitucionales de segundo orden, las que podemos denominar como principios especialmente

³ Una de las reconstrucciones especialmente crítica de la propuesta de Atienza y Ruiz Manero y, en concreto, en cuanto a su teoría estructural de los enunciados jurídicos puede verse en: Ratti, Gioavanni, *El gobierno de las normas*, Marcial Pons, 2013, pp. 154-173.

⁴ Véase una aproximación sobre la distinción entre disposición y norma en: Pozzolo, Susana y Escudero, Rafael (eds.) *Disposición vs. Norma*, Lima, Palestra, 2011.

⁵ Atienza, Manuel y Ruiz, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2004, p. 20.

⁶ Núñez, Álvaro, "Sin precedente: una mirada escéptica a la regla del *stare decisis*", *Doxa*, Madrid, núm. 39, 2016, pp. 32.

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

protegidos, entre los que destacamos el principio del interés superior del menor y las denominadas categorías sospechosas, ya que estos despliegan importantes efectos en los juicios de constitucionalidad relacionados con el derecho penal.

La tipología de los enunciados jurídicos propuesta por Atienza y Ruiz Manero parte de la distinción —dentro del género de las normas de mandato— entre reglas y principios que, a su vez, pueden ser normas para la acción o normas que establecen fines a alcanzar. Junto a las reglas de mandato estos autores contemplan las normas que confieren poderes, que posibilitan la producción de cambios normativos (introducción, modificación o derogación de normas). En cuanto a los valores jurídicos, estos son considerados como el aspecto justificativo de las normas entendidas como razones para la acción. Y son, precisamente, tales valores los que tienen que constituir el objeto fundamental de una dogmática no meramente descriptiva, sino propositiva del derecho válido en el sentido de “suministrar criterios para la aplicación, interpretación y modificación del Derecho”.⁷

A la hora de distinguir entre reglas y principios, los autores toman tres caminos que la teoría del derecho suele utilizar a la hora de clasificar las normas: uno estructural, que consiste en analizar las normas como enunciados que correlacionan casos genéricos con soluciones; otro funcional, relativo al papel que juegan o pretenden jugar en el razonamiento práctico, donde las normas son analizadas como razones para la acción, y un último sociológico o crítico del derecho que se centra en las relaciones de poder que subyacen en la creación y aplicación de las normas.⁸

Los autores se quejan de la ausencia de este último tipo de enfoque en las principales corrientes de la teoría del derecho. Esta situación, por el contrario, no se da en la dogmática de los principios penales, especialmente, aquella heredera de la tradición de la criminología crítica que ha desarrollado una aproximación garantista y/o bienestarista del denominado derecho penal material (fines de la pena y principios y límites penales). Por el contrario, la dogmá-

⁷ Atienza y Ruiz, *op. cit.*, pp. 18 y 19.

⁸ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

tica penal presenta un déficit en la reconstrucción estructural de los principios y límites penales.

Desde una perspectiva estructural, la mayor parte de los principios y límites penales pueden catalogarse como normas regulativas de mandato, es decir, aquellas que califican como prohibidos u obligatorios casos genéricos y que, a la vez, pueden estructurarse como reglas o principios. Además, tanto las reglas como los principios pueden estructurarse como normas de acción o como normas que establecen fines a alcanzar.⁹

Los autores clasifican los principios entre principios del sistema primario, destinados a guiar la conducta del ciudadano, y del sistema secundario, dirigidos a guiar el ejercicio de los poderes normativos públicos (la creación y aplicación de las normas). Pueden existir principios que sólo afectan a los creadores y aplicadores del derecho, como el principio de *in dubio pro reo* o el de deferencia hacia el legislador (principios institucionales), pero no existen principios sólo destinados a los ciudadanos (principios sustantivos), ya que, en mayor o menor medida guían la conducta de los poderes públicos.¹⁰

Para los autores, los principios en sentido estricto poseen también una estructura condicional como sucede en las reglas más comunes, es decir, las reglas de acción. Este tipo de principios siempre pueden formularse como enunciados que correlacionan casos con la calificación normativa de una determinada conducta. La diferencia estriba en que, mientras en las reglas configuran sus condiciones de aplicación de forma cerrada, los principios en sentido estricto la tienen de forma abierta.¹¹ Por tanto, se apartan de la concepción de Alexy que considera a todos los principios como mandatos de optimización.¹²

Esta caracterización de los principios como normas que sólo pueden cumplirse en diversos grados de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas únicamente puede predicarse respecto de las

⁹ *Idem*.

¹⁰ *Ibidem*, p. 45.

¹¹ *Ibidem*, pp. 30 y 31.

¹² Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 109 y 118-122.

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

directrices. De esta manera, las directrices se configuran de forma abierta, tanto en sus condiciones de aplicación como en el modelo de conducta prescrito: no se establece ninguna acción, sino un determinado estado de cosas con ciertas características. Las directrices se diferencian así de las reglas de fin (de mandato) en que estas últimas tienen cerradas sus condiciones de aplicación y, sobre todo, en que se requiere que el fin se cumpla de forma plena, mientras que las directrices lo hacen de forma abierta y el fin perseguido debe cumplirse en la mayor medida posible.

Una de las principales aportaciones de *Las piezas del derecho* es la distinción exhaustiva y excluyente entre principios en sentido estricto y directrices que, como veremos, tienen una especial relevancia en la taxonomía de los principios y límites penales que proponemos en este estudio. Ahora bien, un principio puede ser considerado en diversos contextos argumentativos como principio en sentido estricto como directriz, pero, según los autores, no pueden ser utilizados a la vez por una misma persona en un mismo contexto argumentativo.¹³

La distinción entre principios en sentido estricto y directrices en términos de razones para la acción pasa porque estas últimas establecen razones de tipo utilitario no excluyente, pues puede haber razones en sentido contrario con mayor peso. Por el contrario, los principios en sentido estricto contemplan razones de corrección que, al igual que las directrices, no son razones excluyentes. Sin embargo, en este último caso estamos ante razones finales y no instrumentales o utilitarias. Una vez determinada la prevalencia de un principio en sentido estricto, este se expresa al igual que una regla de acción: se debe realizar sin más la acción prescrita, sin tener presente las consecuencias de estas. En cambio, las directrices exigen al destinatario de la misma que delibere acerca de la idoneidad y necesidad de sus acciones, tanto en relación con el fin perseguido como en relación con otros fines cuya persecución también resulta ordenada, y que pueden verse afectados por el empleo de tales medios.¹⁴

¹³ Atienza y Ruiz, *op. cit.*, p. 66.

¹⁴ *Ibidem*, p. 67.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

Para los autores, el proceso ponderativo resulta necesario en ambos, pero la manera de realizarlo es distinta: cuando se opera con principio en sentido estricto, la ponderación consiste en construir casos genéricos y determinar en cuáles de ellos prevalece un principio respecto de otros posibles principios concurrentes. En cambio, cuando se opera con directrices la ponderación consiste en operativizar un fin y/o sus formas de aplicación: se tienen en cuenta los límites marcados por otros fines y eligiendo medios que sean aptos para lograr el fin en cuestión y afectando en la menor medida posible la consecución de otros fines. De esta manera, el especial carácter controversial en la aplicación de las directrices hace que estas sean un asunto encomendado especialmente a los órganos con legitimación democrática, y su control jurisdiccional sólo se justifica en los casos en que estos órganos se aparten de manera grave de los fines establecidos por estas, o apliquen medios especialmente desproporcionados para su consecución.¹⁵

Las razones para la acción pueden comprender una dimensión institucional. Por razones institucionales podemos entender aquellas que no se refieren directa ni indirectamente al comportamiento de ningún ciudadano, sino al comportamiento de los poderes públicos con el objetivo de conservar o mejorar el funcionamiento del propio derecho. Así, por ejemplo, el principio de deferencia hacia el legislador es una razón institucional dirigida, en último término, a proteger la democracia.¹⁶ Pero, en ocasiones, esta dimensión ins-

¹⁵ *Ibidem*, p. 50.

¹⁶ Los autores incorporan la dimensión institucional del derecho en la segunda edición de *Las piezas del derecho*. Véase con mayor profundidad un estudio previo a la segunda edición en: Atienza, Manuel y Ruiz, Juan, "La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica", *Doxa*, núm. 24, 2004, pp. 115-130. Así, toman como referencia la tesis de Raz sobre los déficits operativos del discurso moral. Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 195-191. La dimensión institucional del derecho ha tomado en los últimos años relevancia en la teoría del derecho a partir del denominado neoinstitucionalismo del derecho y, en particular, de la obra de MacComirck. En el tema que nos ocupa, la coordinación y el equilibrio entre las agencias constituye una característica del orden institucional de un Estado constitucional moderno. El principio de corrección funcional constituye, de esta manera, una convección en sistemas masivamente institucionalizados que cumple un rol vital en la manutención de un orden

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

titucional puede entrar en conflicto con otras normas sustantivas constitucionales. Sin duda, los principios institucionales tienen una especial relevancia expresa o latente en el control de constitucionalidad de las leyes penales. Así, estos principios institucionales pueden prevalecer respecto de otros principios sustantivos, como sucede en la prisión provisional, donde la efectividad del proceso penal (principio institucional destinado a la consecución de una serie de principios sustantivos como el de seguridad) prevalece respecto del derecho a la libertad (principio en sentido estricto). Atienza mantiene que los principios en sentido estricto, al suministrar razones para la corrección, poseen algún tipo de prioridad sobre las razones autoritativas como las que apelan a la deferencia hacia el legislador o acuden al precedente.¹⁷ A la vez, los principios en sentido estricto

constitucional con separación de poderes. MacCormick, Neil, *Instituciones del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 56, 63 y 64. No obstante, Pereira entiende que la dimensión institucional del derecho propuesta por Raz parece ser incompatible con la propuesta de MacCormick, ya que al vincular lo propiamente jurídico con las instituciones u órganos primarios que efectúan las consideraciones autoritativas, sólo se daría cuenta en último término de la contingencia de lo jurídico. Por el contrario, MacCormick aboga por una tesis sobre la naturaleza del derecho universal y atemporal (MacCormick, *op. cit.*, pp. 27-58). Pereira, Esteban, "La teoría del derecho como posibilidad. Reflexiones sobre la naturaleza y el concepto de derecho", *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 17, 2012, p. 101 y nota 76. En todo caso, pareciese que Atienza y Ruiz otorgan a la dimensión institucional del derecho una posición subsidiaria respecto a los criterios de corrección, en contraposición con la postura de MacCormick que, a modo de ejemplo, otorga a la autoridad o del poder de quien decide el carácter de criterio diferenciador esencial entre los diferentes tipos de reglas (de aplicación absoluta, estricta y discrecional) (MacCormick, *op. cit.*, p. 46), sin perjuicio de que compartan una posición pospositivista del derecho. En el mismo sentido, Atienza manifiesta que "la obediencia o la deferencia al legislador puede ser un límite —incluso el límite— de la interpretación, pero no su objetivo. En la autoridad puede estar la respuesta al por qué interpretar, pero no al para qué interpretar". Atienza, Manuel, "Estado de Derecho, argumentación e interpretación", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, p. 483.

¹⁷ Sobre la manera que pueden operar los principios formales en la interpretación constitucional, véase: Portocarrero, Jorge, *La ponderación y la autoridad del derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

también tienen un mayor peso sobre las directrices, es decir, aquellas que apelan a razones finalistas.¹⁸

En cuanto a las relaciones de poder, las reglas de fin y, sobre todo, las directrices no delimitan *ex ante* la articulación de los intereses en conflicto, sino que exigen en cada caso una ponderación de estos intereses. No determinan los espacios de poder de una vez por todas y haciendo abstracción de los intereses en presencia en cada caso como sucede en las reglas de acción. En cambio, los principios en sentido estricto imponen restricciones valóricas a la persecución de intereses por parte de diversos sujetos sociales mediante la asunción de valores que consideran como razones categóricas frente a cualquier interés. De ahí que los principios en sentido estricto prevalezcan, *prima facie*, frente a las directrices. No obstante, como advierten los autores, el que dichos valores se consideren como razones categóricas no significa que puedan darse conflictos entre principios en sentido estricto y entre estos y directrices.¹⁹

En cuanto los principios implícitos, constituyen uno de los ámbitos más fructíferos para el análisis ideológico o crítico del derecho, especialmente a la hora de mostrar o *desenmascarar* el carácter contradictorio, y, en particular, en el conjunto de principios de un determinado sistema jurídico.²⁰ Así, la mayor parte de los principios penales constituyen normas adscritas a disposiciones de derecho constitucional que no sólo han mostrado el carácter contradictorio, sino también discriminatorio del sistema penal.

Una de las funciones más importantes de los principios desde la dimensión legitimadora del poder, además de las propias funciones sociales desempeñadas por el derecho, es aquella que incide en las condiciones de la vida de la sociedad. Efectivamente, los principios dan mejor cuenta de una realidad del Estado contemporáneo, fundamentalmente, en sus dimensiones bienestarista y multicultural, que ha generado un derecho que no sólo ostenta las funciones clásicas de represión y garantía, sino también de ingeniería social, pro-

¹⁸ Atienza, Manuel, "Constitución y argumentación", *Derecho Procesal Constitucional, Ius et Veritas*, Lima, Ediciones legales, 2011, p. 218.

¹⁹ Atienza y Ruiz, *op. cit.*, p. 40.

²⁰ *Ibidem*, pp. 40-45.

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

moviendo la consecución de ciertos objetivos colectivos. Pero este incremento del poder del derecho también demanda de una mayor justificación a través de la incorporación de derechos fundamentales, muchos de ellos formulados como principios. Por esta razón, una mayor relevancia de los principios constitucionales requiere una adecuada y desarrollada dogmática de los principios y límites penales que permita afrontar los problemas constitucionales en situaciones como la violencia de género o machista o las relaciones del derecho penal con el fenómeno del multiculturalismo.

III. REGLAS Y PRINCIPIOS: REGLAS DERROTABLES Y PRINCIPIOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS²¹

La propuesta de Atienza y Ruiz Manero que, como hemos visto, diferencia entre principios y reglas, requiere criterios de distinción entre estos dos tipos de normas. Tras más de treinta años de discusión, las opiniones sobre la distinción entre reglas y principios pueden ser divididas, a grandes rasgos, en dos tesis: una fuerte y otra débil. La demarcación fuerte entiende que la distinción no se refiere al grado de generalidad, sino que más bien es cualitativa o estructural, sin perjuicio de que el mayor grado de generalidad constituya una característica de la mayoría de los principios. Así, las tesis de demarcación fuerte, según Aarnio, se fundamentan parcialmente en la última noción wittgensteniana de reglas: las reglas son seguidas o no lo son, pero siempre pueden ser objeto de todo tipo de excepciones.²²

Otra característica estructural radica en el carácter abierto o cerrado de las condiciones de aplicación. Se afirma que los principios, al contrario de las reglas, no cuentan con un supuesto de hecho de-

²¹ Fernández, José Ángel, "Principialismo, garantismo, reglas y derrotabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales", *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 11, núm. 85, 2015, pp. 64-75.

²² Aarnio, Aulis, "Reglas y principios en el razonamiento jurídico", conferencia pronunciada en el II Seminario Internacional de Filosofía del Derecho ¿Decisión Judicial o Determinación del Derecho?, 2000, p. 2, disponible en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2070/1/AD-4-35.pdf>.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

finido con una serie cerrada de propiedades. Así, por ejemplo, el mandato de reserva legal (penal) posee unas condiciones cerradas de aplicación, mientras que, en el caso de los principios, sus condiciones de aplicación están indeterminadas o abiertas, al menos, parcialmente. Además, la dimensión de peso predicable a los principios o, al menos, de las directrices, hace que estos se encuentren siempre en una situación de derrotabilidad. A modo de ejemplo, la prevención especial, entendida como una norma constitucional implícita en la gran parte de los sistemas constitucionales, no cuenta con un hecho condicionante que dé lugar a su consecuencia jurídica (la re-socialización), ni tampoco se puede exigir un cumplimiento pleno, sino gradual.

La tesis o demarcación débil afirma, por el contrario, que reglas y principios guardan entre sí una relación de grado y no una estructural o cualitativa. La diferencia gradual se suele manifestar en el mayor nivel de abstracción o de vaguedad de la norma y en el mayor contenido axiológico de la mayoría de los principios respecto de las reglas. También se ha aducido la mayor jerarquía de los principios, pero esta importancia no depende de su estructura como regla o como principio, sino del concreto sistema de fuentes.

García Figueroa señala que la distinción estructural entre principios y reglas puede ponerse en duda por dos razones: a) las reglas pueden incluir elementos que hagan que las condiciones de aplicación no puedan cerrarse; b) las reglas y principios pueden interactuar entre sí, como ocurrió precisamente en el famoso caso *Riggs v. Palmer* usado por Dworkin.²³ De esta manera, García Figueroa concluye que, en el moderno Estado constitucional, la concepción tradicional de las reglas ha quedado obsoleta y, por tanto, al igual que los principios, estas son susceptibles de ponderación.²⁴

²³ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, 1984, p. 73. En todo caso, parte de la doctrina mantiene que la concepción dworkiniana de los derechos como “triumfos” excluye la ponderación como forma de interpretación o test de constitucionalidad. Möller, Kai, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 5, 2007, p. 460.

²⁴ Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 97 y ss.; García, Alfonso, “La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho”, *Diritto & Questione Publiche*, núm. 3, 2003, p. 198.

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

Ahora bien, esta concepción plantea un problema crucial en la dogmática de los principios y límites penales: la posibilidad de que un principio excepcione a una regla, a lo que Bayón denomina como el “caballo de Troya” en las teorías principialistas.²⁵ En otras palabras, la posibilidad de que una regla no tenga cerradas sus condiciones de aplicación. Efectivamente, si la diferencia entre ambas es sólo una cuestión de gradualidad, entonces, las reglas pueden entrar en conflicto con otros principios y prevalecer estos sobre aquellas. Normalmente, la atención de la doctrina se ha centrado en el conflicto entre una norma infraconstitucional estructurada como una regla y un principio o interés constitucional, en el que un caso que, formalmente, cumpla con las propiedades o condiciones de aplicación establecidas en aquella, pero no se aplica su consecuencia jurídica por afectar de manera grave o intolerable a un valor reconocido en un principio (conflicto concreto de constitucionalidad).

Pero también puede darse un conflicto entre una regla o un principio, ambos reconocidos por la Constitución. Así, en el caso del delito de sodomía chileno del artículo 365 CP;²⁶ no se presenta un caso en que, a partir de la aplicación de un principio, no se aplique esta figura penal, sino un conflicto entre una regla (la prohibición de discriminación por razones personales)²⁷ y una serie de principios como, por ejemplo, el principio del interés superior del menor.²⁸

²⁵ Bayón, Juan Carlos, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razón para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999, p. 362; Ratti, *op. cit.*, p. 165.

²⁶ “Art. 365. El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio”. Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1683-2010-INA, de 4 de enero de 2011 y el comentario crítico de Bascuñán, Antonio, “La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (comentario a la sentencia del tribunal constitucional de 4 de enero de 2011, rol n° 1683-2010)”, *Estudios Públicos*, núm. 124, 2011, pp. 113-137.

²⁷ No obstante, la prohibición de discriminación por razones personales es considerada por parte de la doctrina y, en especial, la jurisprudencia estadounidense, como un principio especialmente protegido o que, *prima facie*, ostenta un mayor peso en la ponderación. Véase en extenso, Winkler, Adam, “Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts”, *Public Law and Legal Theory Research Paper*, Series 06-14, 2006, p. 804.

²⁸ Véase en la Sentencia Tribunal Constitucional, Rol núm. 1683-2010, cons. 13

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

La derrotabilidad de las normas estructuradas en reglas refleja dos de las críticas, ambas fundamentadas en criterios morales, que la teoría del derecho formuló al positivismo jurídico de mediados del siglo XX: el argumento de la injusticia manifiesta o intolerable (los juicios de Núremberg) y el argumento de los principios. La primera presenta una eficacia reductora del ordenamiento jurídico: nos dice qué normas no son jurídicas, a pesar de ser *positivas*. En cambio, la segunda presenta una eficacia expansiva sobre el ordenamiento jurídico: nos dice qué normas (principios) son jurídicas, además de las reglas positivas. El argumento de la injusticia suele ser invocado en casos de extrema gravedad, como guerras y regímenes autoritarios, es decir, se orienta en garantizar un umbral mínimo de corrección. En cambio, los principios muestran todo su vigor en sociedades democráticas y se orientan hacia un horizonte de ideales.

Así, el argumento de derrotabilidad supone que una norma estructurada como una regla puede contener excepciones, no sólo respecto de las establecidas por los criterios clásicos de solución de conflicto entre reglas (especialidad, jerarquía, etcétera), sino también por principios de carácter moral, cuya concreción sólo puede llevarse a cabo a través del recurso de la razón práctica.²⁹ Como manifiesta García Figueroa, el concepto de principio ha cedido protagonismo al argumento de la derrotabilidad en la crítica al positivismo.³⁰

El problema que plantea este razonamiento es que afecta a la propia esencia de las normas: la capacidad de guiar nuestras conductas. Ante este problema la respuesta que ha tenido más repercusión es, precisamente, el denominado constructivismo discursivo desarrollado por Habermas,³¹ es decir, la ética es algo que construimos

a 15. No obstante, debe aclararse que este fallo sólo reconoce el principio del interés superior del menor.

²⁹ Caracciolo, Ricardo, "Una discusión sobre normas derrotables", *Discusiones*, núm. 5, 2005, pp. 87-100.

³⁰ García, Alfonso, "Neoconstitucionalismo y derrotabilidad", *Curso de Verano Derecho y Conciencia*, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, julio de 2009, pp. 3 y 4, disponible en: <http://studylib.es/doc/7467162/neoconstitucionalismo-y-derrotabilidad>.

³¹ No obstante, debemos tener presente que Habermas niega la posibilidad de conceptualizar a ciertos derechos fundamentales como normas derrotables. Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de dere-*

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

a través de unos presupuestos comunicativos que sirven para garantizar la racionalidad del resultado fruto de las deliberaciones en un Estado democrático. Esto significa que el resultado del procedimiento es justo en la medida en que se sigan fielmente las reglas de procedimiento.³²

Por tanto, parece ser que las únicas reglas no derrotables serían aquellas que garantizaran una deliberación democrática, como es el caso, del mandato de reserva legal.³³ En cambio, el resto de las reglas (constitucionales) serían susceptibles de ser derrotadas por principios. Dentro de estas últimas, podemos incluir las denominadas categorías sospechosas desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense a través del denominado test de escrutinio estricto. Este test de constitucionalidad se ha centrado, principalmente, en los casos de discriminación racial que la propia Corte Suprema ha venido conociendo desde la independencia de los Estados Unidos.³⁴ Para que la prohibición de discriminación pueda ser derrotada, debe demostrarse la extrema importancia o necesidad de la norma o medida, y la ausencia de una forma menos discriminatoria para conseguir esta finalidad imperiosa. Como podemos apreciar, estamos ante uno de los test de constitucionalidad menos deferente hacia el legislador, ya que atribuye la carga de la prueba de esta finalidad imperiosa al propio legislador. En este sentido, el

cho en términos de teoría del discurso, Madrid, Trotta, 1998, pp. 313 y ss.

³² García, "Neoconstitucionalismo y derrotabilidad", *cit.*, 2009, p. 15.

³³ Esta posición concuerda con el denominado modelo de control de constitucionalidad puramente procedimental, defendido, entre otros, por Hart. Hart, John, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 1997, pp.117, 169 y ss. También, pero desde una posición menos deferente con el legislador, las reglas no derrotables se encuadrarían dentro del denominado "modelo fuerte de los derechos" (*Strong trump model*), que entiende los derechos fundamentales como derechos absolutos en los que no cabe ningún tipo de ponderación. Pero, incluso, aquellos que entienden que los derechos fundamentales están estructurados como derechos relativos, aceptan la posibilidad de que algunos de ellos se encuentren estructurados como absolutos. Véase una visión crítica en: Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, 2012, pp. 117-22.

³⁴ Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law. Principles and Policies*, Nueva York, Wolters Kluwer, 2016, pp. 688-699.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

juicio de escrutinio estricto ha sido visto por parte de la doctrina estadounidense como una especie de compromiso entre los dos grandes test de constitucionalidad de las leyes: como una categoría de prohibiciones (reglas) aplicadas a partir de procesos interpretativos de carácter subsuntivo o como un balance de intereses sometidos a la ponderación.³⁵

IV. UN SISTEMA (ANALÍTICO) DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES ARTICULADO EN PRINCIPIOS, REGLAS Y CATEGORÍAS SOSPECHOSAS

A partir de las consideraciones anteriores, podemos clasificar los derechos fundamentales desde una perspectiva estructural, como reglas, principios, directrices y principios especialmente protegidos, y a las cuales se les aplica un test distinto de constitucionalidad o proceso interpretativo.

Así, por ejemplo, el mandato de no discriminación a minorías sexuales que, en el ámbito de los principios y límites penales, tiene su correlato, entre otros, en la prohibición de un derecho penal de autor, puede conceptualizarse: 1) como una regla constitucional y, por tanto, el test correspondería al de subsunción; 2) como un principio constitucional que tendría como estándar de constitucionalidad el clásico juicio de razonabilidad o de proporcionalidad en sentido amplio, y 3) por último, desde una posición intermedia, como una norma que tiene un mayor peso en el proceso interpretativo (test de escrutinio estricto) y que, por tanto, en casos excepcionales podría ser derrotada por otro principio o regla.

Como podemos apreciar, la reconstrucción de los límites penales en reglas y principios despliega importantes consecuencias en la dogmática de control de constitucionalidad: la justificación del test o juicio de constitucionalidad aplicable. A partir de esta reconstrucción, proponemos las siguientes líneas generales en el control de constitucionalidad de las leyes penales.

En primer lugar y, a partir de una aplicación preferente de las reglas respecto de los principios en el sistema de control de constitu-

³⁵ Winkler, *op. cit.*, p. 804.

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

cionalidad, una de las primeras tareas a las que debe abocarse una dogmática integrada de los principios penales reside en señalar las reglas con relevancia constitucional en materia penal. A mayor abundamiento, abogamos por un primer escalón o elemento esencial en la dogmática sobre el control de constitucionalidad de las leyes penales, que comprendería las reglas constitucionales. Ante la vulneración de la regla constitucional existen tres posibilidades: la primera, aplicable en la mayoría de los casos, es la declaración de inconstitucionalidad de la norma infraconstitucional; la segunda, radica en una interpretación conforme con la Constitución que permita adecuar esta norma a la regla constitucional, y la tercera y más excepcional, la posibilidad de un conflicto constitucional entre una regla, y un principio y que el resultado final de la ponderación consista en la aplicación preferente de este, entendido como un caso de derrotabilidad de una regla constitucional. En segundo lugar, deberá establecerse si nos encontramos ante un conflicto constitucional entre principios. Aquí, en primer lugar, deberá determinarse si uno de los principios ostenta una mayor protección o peso en sentido abstracto).³⁶ Y, por último, deberá aplicarse el test básico de proporcionalidad o razonabilidad en el caso en que nos encontremos ante principios de igual jerarquía.

1. *ALGUNOS EJEMPLOS DE RECONSTRUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y LÍMITES AL IUS PUNIENDI A PARTIR DE LA RECONSTRUCCIÓN PROPUESTA*

Como hemos manifestado al inicio de este estudio, nuestro objetivo es sentar las bases teóricas y metodológicas en la reconstrucción es-

³⁶ Debe tenerse presente que parte de la dogmática constitucional y de la teoría del derecho entienden que no existe una jerarquización de los principios constitucionales a la hora de aplicar el juicio constitucional de proporcionalidad. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008, p. 406; Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2005, pp. 578 y ss. En cambio, otros autores como Mattias y Meister se muestran a favor de otorgar un mayor peso en abstracto a ciertos derechos fundamentales a la hora de aplicar el test de proporcionalidad. Klatt y Meister, *op. cit.*, pp. 29-42

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

tructural de los principios penales que sirva, no sólo para comprender de mejor manera cómo operan estos en el ámbito del control de constitucionalidad, sino también, para establecer las razones para la acción de cada uno de ellos en el razonamiento práctico. De esta manera y a partir del contenido deóntico de cada uno de los principios y límites penales establecido por la propia Constitución, las leyes, la jurisprudencia constitucional los tribunales supranacionales en materia de derechos fundamentales y la dogmática de los principios penales, debe determinarse su estructura normativa (reglas, principios en sentido estricto y directrices) y cómo interactúan entre sí en caso de conflicto.

A continuación, se expone de manera provisional la reconstrucción de algunos de los principios y límites penales que, a priori, presentan mayor interés desde la formulación propuesta y que, además, han sido problematizados por los tribunales constitucionales.

A. El mandato de certeza ¿un conflicto abstracto entre normas constitucionales?

Parte de la doctrina entiende que el mandato de certeza no está estructurado como una regla, sino como una suerte de principio que se encuentra en tensión con otros derechos o bienes constitucionales. Así, pueden concurrir dos tipos de ponderaciones: una intrínseca entre los diferentes bienes y derechos constitucionales, que pretende proteger el mandato de certeza, y otra externa que da cuenta del conflicto entre estos con otros principios o intereses constitucionales.

A partir de la comprensión del mandato de determinación establecida por el Tribunal Constitucional español, como la necesidad de que las normas penales sean *concretas, precisas, claras e inteligibles*, la doctrina ha fijado sus diversos fines o fundamentos. La claridad e inteligibilidad de los textos normativos conectan con el fundamento de la previsibilidad o seguridad subjetiva, entendida esta como la posibilidad del conocimiento efectivo de la norma penal por parte de los ciudadanos (cognoscibilidad). La precisión se vincula con los principios de democracia, separación de poderes y seguridad jurídica en sentido estricto, que proporciona la necesaria vinculación

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

de los jueces con el imperio de la ley. Y, por último, la concreción es entendida como la suficiente individualización de ley penal que permite una aplicación igualitaria de esta.

Como primera regla interpretativa, el legislador y, en su caso, los tribunales constitucionales deberían, en la medida de lo posible, que la descripción de la ley penal o la sentencia interpretativa del tribunal constitucional contribuyan, idealmente, a una mayor claridad, precisión y aplicación igualitaria de esta. Pero en ocasiones esta posibilidad no resulta viable, como ha manifestado Navarro, en el sentido de que la consecución de una ley sea clara y fácil de comprender para todos los ciudadanos, de manera que estos puedan adecuar su conducta a futuro; precisa o exacta para lograr la efectiva vinculación de los poderes del Estado a la ley penal, y, a la vez, concreta para asegurar una aplicación igualitaria no siempre resulta posible. Así, por ejemplo, más claridad no supone siempre más precisión. Tomando como ejemplo el delito de hurto, la descripción de la conducta como “no hurtarás” o “robarás” resulta mucho más clara para el ciudadano lego en derecho que la establecida en los códigos penales pero que, sin duda, resulta mucho más precisa para los operadores jurídicos.³⁷

Por tanto, esta ponderación interna puede entenderse como un conflicto entre directrices, en el que subyace un mandato de optimización o, por el contrario, como un conflicto entre principios en sentido estricto, en el que en caso de conflicto prevalecerán unos bienes o derechos fundamentales respecto de otros. Así, a modo de ejemplo, una parte considerable de la doctrina entiende que las exigencias de precisión (seguridad objetiva) y concreción (aplicación igualitaria de la ley) deben primar en caso de conflicto con la de claridad (seguridad subjetiva).³⁸

La ponderación o conflicto externo consiste en una ponderación entre la consecución de la concreción, precisión, claridad e inteligibilidad de la norma penal y la preservación de otros bienes jurídicos, cuya protección encuentre alguna raigambre en términos constitucionales que, en la dogmática de los principios penales, suele

³⁷ Navarro, Irene, *El mandato de determinación y tipicidad penal*, Madrid, Comares, 2010, p. 30.

³⁸ Respecto de los conflictos constitucionales en abstracto, véase en extenso, *ibidem*, pp. 28-60.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

denominarse como el principio de protección efectiva de bienes jurídicos.³⁹ Esta clase de ponderación parece estar estructurado como un conflicto entre directrices, ya que se requiere una optimización de ambos.

Lo relevante es que, en ambos tipos de ponderaciones, el mandato de certeza requiere una ponderación en abstracto,⁴⁰ ya que, desde una posición garantista del mandato de certeza, no resulta posible sortear un problema de certeza con el argumento de que, en el caso concreto, el sujeto supo o debió conocer el contenido normativo de la disposición penal (posición subjetivista).⁴¹

Por tanto, se requiere establecer unos criterios interpretativos (reglas de ponderación en abstracto) que, entre otras funciones, limiten la posibilidad de difuminar de facto el mandato de certeza, ya que no resulta especialmente complicado encontrar un bien jurídico de raigambre constitucional para enervar esta garantía penal. Así, por ejemplo, tenemos aquella que establece que, a mayor restricción de libertad generada, tanto en el injusto penal, como en la consecuencia jurídica, mayor claridad, precisión o concreción deberá exigirse en la descripción de la norma penal y, por tanto, mayores son las posibilidades de declararla inconstitucional por infringir el mandato de certeza.⁴²

B. El principio de proporcionalidad: los principios penales como mecanismos de concreción de los derechos fundamentales y solución de conflictos constitucionales

En la actualidad, existe un consenso creciente en aglutinar gran parte de los principios y límites materiales penales (lesividad y ex-

³⁹ López, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 469; Ossandón, María M., *La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 464-471.

⁴⁰ Véase, en extenso, Martínez, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 59-114.

⁴¹ Van Weelzel, Alex, *La garantía tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2001, pp. 22 y ss.

⁴² Por todos, Ossandón, *op. cit.*, p. 470.

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

clusiva protección de bienes jurídicos, necesidad, etcétera) bajo el denominado “principio de proporcionalidad en sentido amplio”. De esta manera, en la finalidad constitucionalmente legítima, como presupuesto al principio de proporcionalidad, podemos incluir el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos-penales, además del resto de prohibiciones absolutas (reglas constitucionales valorativas) en materia penal. Los subprincipios de idoneidad y necesidad se expresan en el discurso de los principios penales en los principios de necesidad de la pena, subsidiariedad, *ultima ratio*, fragmentariedad e intervención mínima. Y, por último, el principio de proporcionalidad en sentido estricto abarcaría tanto, entre otras variables, el clásico principio de proporcionalidad penal entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena.⁴³

Por tanto, los principios de protección exclusiva de bienes jurídicos, *ultima ratio*, fragmentariedad y subsidiariedad no constituyen normas de conducta primaria (reglas o principios), sino normas secundarias que tienen como finalidad la aplicación de las primeras, a saber, un criterio de interpretación destinado a concretar las limitaciones de cada derecho fundamental y, a la vez, un sistema de creación o descubrimiento de normas adscritas a disposiciones constitucionales.

C. El principio de culpabilidad ¿un caso paradigmático de concreción de un principio en reglas constitucionales?

En sentido positivo, el principio de culpabilidad constituye la versión penal de la idea del principio de responsabilidad por los propios actos. Pero en el ámbito del control de constitucionalidad es el aspecto negativo el que adquiere mayor relevancia, es decir, como límite al *ius puniendi*.

El principio de culpabilidad contiene, desde una perspectiva negativa, una serie de límites que impide imponer una pena con inde-

⁴³ Lopera, Gloria, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 387 y ss.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

pendencia de los beneficios que pudiera conllevar.⁴⁴ En este sentido, la doctrina penal ha establecido cuatro sub-principios (responsabilidad por el hecho, personalidad de las penas, tipicidad subjetiva y reprochabilidad) que, *a priori*, presentarían la estructura de una regla. En este sentido, Mir Puig entiende que el principio de culpabilidad no puede incluirse en el principio o juicio de proporcionalidad. El sacrificio del principio de culpabilidad sostiene el autor:

Nunca podría considerarse un coste admisible por el hecho de que pudiera resultar proporcionado al beneficio de una mayor prevención... [La pena] implica un reproche ético-jurídico que solo es justo dirigir a quien es culpable y en la medida de su culpabilidad. Es este reproche en el que ningún caso puede imponerse al que no lo merece, por muy necesaria y proporcionada al fin de prevención que pueda ser la privación de derechos que implica la pena.⁴⁵

Así, la relación entre la gravedad del delito y la pena impuesta no formaría parte del principio de culpabilidad, sino del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Este caso estamos ante una lógica utilitarista de coste/beneficio.⁴⁶

D. Los fines de la pena: ¿un caso paradigmático de conflicto entre directrices?

La estructura de los mandatos de la prevención general y especial se asemeja a una directriz, ya que estamos ante finalidades de cumplimiento graduales.⁴⁷ Un caso paradigmático, como veremos, lo encontramos en la resocialización como fin de la pena. Aquí no se es-

⁴⁴ Mir, Santiago, "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal", en Carbonell, Juan Carlos *et al.* (eds.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, t. II, Madrid, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1369 y 1370, 1378-1382.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 1382.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Véase, en este sentido, en extenso una propuesta en Sánchez, Fernando G., *Una teoría principialista de la pena*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

tablece una norma para la acción, sino un determinado estado de cosas con ciertas características: en la medida de lo posible y tomando en cuenta otros principios, la regulación, interpretación y aplicación de las penas intentarán resocializar al delincuente en el mayor grado posible. No obstante, la cuestión más problemática es si estos mandatos tienen alguna incidencia en el control de constitucionalidad de las leyes.

Así, en el caso de la prevención general, resulta problemática una declaración de inconstitucionalidad por no ser capaz de ejercer una coacción psicológica en la ciudadanía o reafirmar o estabilizar la “conciencia del derecho”. En cambio, en el caso de la prevención especial y, en concreto, en su dimisión positiva o resocializadora pareciese que tiene, al menos en el derecho comparado (artículo 25. 2 Constitución Española), una mayor incidencia como parámetro de control de constitucionalidad. No obstante, la doctrina del TC español entiende que el citado precepto “no contiene un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria: ya que lo que pretende es que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a estos objetivos, sin que estos sean su única finalidad”.⁴⁸ No obstante, debemos recordar que los autores de *Las piezas del derecho*, si bien entienden que la aplicación y optimización de las directrices corresponde principalmente a las instituciones políticas, se muestran a favor de una protección jurisdiccional, en los casos en que estos órganos se aparten de manera grave de los fines establecidos por estas, o apliquen medios especialmente desproporcionados para su consecución.

*E. El principio del interés superior del menor:
¿un mandato de optimización reforzado?*

Uno de los principios penales de mayor complejidad desde un punto de vista estructural es, sin duda, el denominado principio del inte-

⁴⁸ Sentencia Tribunal Constitucional español 167/2003, del 29 de septiembre de 2003, FJ 6.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

rés superior del menor que, junto a otras razones de tipo valorativo, ha llevado a que cada uno de los interlocutores del sistema penal juvenil asigne un significado diverso a este principio que, en no pocas ocasiones, simplemente ha derivado en una mera “etiqueta” carente de contenido. Así, el empleo del término “interés superior del menor” puede derivar en un mero recurso emotivo-ideológico para justificar cualquier acción represiva; en nueva versión del sistema tutelar de menores; o en la trampa del “cajón de sastre”, en el que incluyen razonamientos de todo tipo, muchos de ellos contradictorios, para que sean utilizados en el caso concreto según convenga desde un punto de vista ideológico o moral.⁴⁹

En las últimas décadas la tendencia internacional en materia de derechos humanos se ha caracterizado por enunciar y reconocer la existencia de derechos fundamentales propios, específicos y exclusivos para determinados grupos o sectores de la sociedad. Así, por ejemplo, se ha reconocido la existencia de derechos fundamentales a las minorías étnicas, las mujeres, y en lo que más nos interesa, a los niños y adolescentes. De esta manera, han surgido nuevas garantías para asegurar y aumentar la eficacia y alcance de los derechos fundamentales de esas personas en particular, como es el caso del principio del interés superior del menor.⁵⁰ Esta situación conlleva a una mayor conflictividad con el conjunto de derechos fundamentales e intereses o bienes constitucionales.

El principio del interés superior del menor responde a uno de los problemas fundamentales de la interpretación que puso ya de manifiesto Kelsen: la posibilidad de atribuir diferentes significados a los enunciados normativos, y la ausencia de metacriterios jurídicos que establezcan qué criterio debe aplicarse en cada caso (criterios interpretativos de segundo orden de preferencia o exclusión).⁵¹ De esta

⁴⁹ Chan, Gustavo, “El principio de «interés superior»: ¿concepto vacío o «cajón de sastre» del derecho penal juvenil? Precisiones conceptuales y una propuesta sobre su incidencia en el juicio de reproche penal juvenil”, *Cuadernos de Justicia Juvenil*, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009, pp. 56 y ss.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 56. Estamos ante un claro ejemplo en el que se otorga un mayor peso en abstracto a determinados derechos a la hora de aplicar el test de proporcionalidad.

⁵¹ Kelsen, Hans, “Prefacio. Sobre la interpretación”, *Eunomía*, estudio introduc-

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

manera, el principio del interés superior del menor no debe identificarse en el ámbito penal con el derecho a la reinserción o con el principio socio-educativo, ni con ningún otro principio o derecho fundamental, pues no se agota en estos, sino que se trata más bien de un mecanismo para dotarlos de una eficacia particular. En realidad, revela la obligación del Estado de proteger y tutelar de manera reforzada sus derechos.⁵² Estaríamos, por tanto, ante un caso de un principio especialmente protegido, o, mejor dicho, ante una norma de interpretación que otorga un mayor peso a todos los derechos fundamentales (principios o directrices) relacionados con el menor que, en el caso concreto, puedan garantizarlos en mayor medida. Así, el principio del interés superior tiene una doble dimensión: en primer lugar, estamos ante un criterio interpretativo de segundo orden de corte garantista, de modo que toda decisión que concierna a los menores de edad debe priorizar la satisfacción integral de sus derechos; y, en segundo lugar, también ante una forma de resolución de conflictos entre derechos e interés.

Así, los derechos del menor, desde una perspectiva integral, tienen *prima facie* un mayor peso, es decir, ante una suerte de mandato de ponderación u optimización asimétrico. Esto implica que, en la práctica, el interés superior del niño sea establecido a partir de la ponderación de los derechos en función de la situación y del momento, otorgando prioridad a ciertos elementos sobre otros —como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la situación familiar, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad, el contexto social y cultural del o los niños.⁵³

Otra dificultad en la comprensión de este principio radica en el hecho de que este puede operativizarse a través de dos formas de ponderación: el clásico principio de proporcionalidad penal y el denominado principio de proporcionalidad en sentido amplio. Sin perjuicio de que la doctrina ha establecido formas de integración de es-

torio y trad. de Núñez Vaquero, núm. 1, 2011, pp. 173-184.

⁵² *Ibidem*, pp. 58 y 60.

⁵³ Alegre, Silvina *et al.*, “El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas”, *Sistema de Información sobre la Primera Infancia en Latinoamérica*, núm. 5, 2014, p. 21.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

tas maneras de ponderar,⁵⁴ la opción por una de ellas puede generar un resultado sensiblemente diferente. Pero, incluso, si optamos por aplicar el principio del interés superior del menor a partir del clásico principio de proporcionalidad penal, éste no está ausente de dificultades. Así y a la hora de ponderar los intereses o bienes en conflicto, la justicia juvenil es, sin duda, el ámbito del derecho penal donde se plantea con mayor intensidad el conflicto entre las dos grandes concepciones sobre el principio de proporcionalidad penal, ambas, a la vez, relacionadas con las diferentes corrientes sobre los fines de la pena. Por una parte, la concepción consencuentalista o utilitarista se centra en las concepciones prevencionistas de la pena, ya sea general o especial. En último término, busca, a partir de los diferentes intereses en conflicto, un beneficio social. Y, por otra parte, las concepciones deontológicas de la proporcionalidad buscan una pena racional en términos de merecimiento de pena. Esta posición entiende que la culpabilidad limitada de los menores infractores justifica una intervención penal de menor intensidad, ya sea debido a factores socio-personales, a los efectos indeseados o latentes del derecho penal o, simplemente, a la menor capacidad del menor de apreciar los efectos producidos por la comisión de un delito.⁵⁵

V. CONCLUSIONES

Como se ha intentado demostrar y explicar en este trabajo, una reconstrucción de los denominados principios y límites penales a partir de una comprensión principialista de la Constitución resulta especialmente provechosa para entender, desde una perspectiva estructural, cómo operan los principios penales en el razonamiento jurídico y, en especial, en el constitucional.

Por otra parte, una reconstrucción de los principios penales en reglas, principios y directrices desde una perspectiva estructural constituye el punto de partida a la hora de determinar, por una

⁵⁴ Lopera, *op. cit.*, pp. 497-553.

⁵⁵ Von Hirsch, Andrew, "Proportionate Sentences for Juveniles. How Different than for Adults?", *Punishment & Society*, vol. 3, núm. 2, 2001, p. 221.

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

parte, cómo operan cada uno de los denominados principios penales como razones para la acción, y, por otra, cómo se manifiestan las relaciones de poder en el razonamiento jurídico.

Esta reconstrucción permite aplicar de una manera más correcta los diferentes test o juicios de constitucionalidad que tienen como referencia las dos principales formas de interpretación: la subsunción destinada para la aplicación de reglas y la ponderación reservada para los conflictos entre principios y entre principios y reglas.

Hemos añadido a la propuesta de Atienza y Ruiz Manero otra categoría conceptual: las denominadas categorías sospechosas. Quizá, desde un punto estructural, no estemos ante una nueva norma regulativa de mandato y, simplemente, estemos ante una forma de resolver un conflicto entre principios y/o reglas, pero consideramos que resulta relevante visibilizarlas ya que, como hemos visto, tienen una especial relevancia en el derecho penal.

VI. FUENTES CONSULTADAS

- AARNIO, Aulis, “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, conferencia pronunciada en el II Seminario Internacional de Filosofía del Derecho ¿Decisión judicial o determinación del Derecho?, 2000, disponible en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2070/1/AD-4-35.pdf>.
- ALEGRE, Silvina *et al.*, “El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas”, *Sistema de Información Sobre la Primera Infancia en Latinoamérica*, núm. 5, 2014.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008.
- ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ATIENZA, Manuel, “Estado de derecho, argumentación e interpretación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2004.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

- ATIENZA, Manuel, "Constitución y argumentación", *Derecho Procesal Constitucional, Ius et Veritas*, Lima, Ediciones legales, 2011.
- BASCUÑÁN, Antonio, "Derechos fundamentales y derecho penal", *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 9, 2007.
- BASCUÑÁN, Antonio, "La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (comentario a la sentencia del tribunal constitucional de 4 de enero de 2011, rol no. 1683-2010)", *Estudios Públicos*, núm. 124, 2011.
- BAYÓN, Juan Carlos, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razón para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999.
- BERNAL, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2005.
- CARACCIOLO, Ricardo, "Una discusión sobre normas derrotables", *Discusiones*, núm. 5, 2005.
- CHAN, Gustavo, "El principio de «interés superior»: ¿concepto vacío o «cajón de sastre» del derecho penal juvenil? Precisiones conceptuales y una propuesta sobre su incidencia en el juicio de reproche penal juvenil", *Cuadernos de Justicia Juvenil*, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009.
- CHEMERINSKY, Erwin, *Constitutional Law. Principles and Policies*, Nueva York, Wolters Kluwer, 2016.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- FERNÁNDEZ, José Ángel, "Principialismo, garantismo, reglas y derrotabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales", *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 11, núm. 85, 2015, pp. 64-75.
- FERRAJOLI, Luigi, "La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos", en PISARELLO, Gerardo y MANRIQUE, Ricardo, (eds.), *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ

- GARCÍA, Alfonso, “La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho”, *Diritto & Questione Publiche*, núm. 3, 2003.
- GARCÍA, Alfonso, “Neoconstitucionalismo y derrotabilidad”, *Curso de Verano Derecho y Conciencia*, Aranjuez, Universidad Rey Juan Carlos, julio de 2009.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez, Madrid, Trotta, 1998.
- KELSEN, Hans, “Prefacio. Sobre la interpretación”, *Eunomía*, estudio introductorio y trad. de Núñez Vaquero, núm. 1, 2011.
- LOPERA, Gloria, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- LÓPEZ, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la Ley*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- MÖLLER, Kai, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 5, 2007.
- MIR, Santiago, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal”, *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, 2009.
- NAVARRO, Irene, *El mandato de determinación y tipicidad penal*, Madrid, Comares, Estudios de Derecho penal y Criminología, 2010.
- NÚÑEZ, Álvaro, “Sin precedente: una mirada escéptica a la regla del *stare decisis*”, *Doxa*, Madrid, núm. 39, 2016.
- DÓNNDÓN, María M., *La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- PEREIRA, Esteban, “La teoría del derecho como posibilidad. Reflexiones sobre la naturaleza y el concepto de derecho”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 17, 2012.

BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ESTRUCTURAL...

- POZZOLO, Susana y ESCUDERO, Rafael (eds.), *Disposición vs. Norma*, Lima, Palestra, 2011.
- RATTI, Gioavanni, *El gobierno de las normas*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- SÁNCHEZ, Fernando G., *Una teoría principialista de la pena*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- VAN WEELZEL, Alex, *La garantía tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2001.
- VON HIRSCH, Andrew, "Proportionate Sentences for Juveniles. How Different than for Adults?", *Punishment & Society*, vol. 3, núm. 2, 2001.
- WINKLER, Adam, "Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts", *Public Law and Legal Theory Research Paper*, Series 06-14, 2006.

Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional chileno del 4 de enero de 2011, Rol núm. 1683-2010.
- Sentencia del Tribunal Constitucional español 167/2003, del 29 de septiembre de 2003.

“SCIENTIFIC INFERENCE” VS. “LEGAL REASONING”? —NOT SO FAST!*

¿“INFERENCIA CIENTÍFICA” VS. “RAZONAMIENTO JURÍDICO”?
—*¡NO TAN RÁPIDO!*

Susan HAACK**

Abstract:

To understand why the interactions of science with the legal system can be so problematic, it's not enough to gesture vaguely towards a supposed contrast between scientific and legal “modes of thinking”; we need to look, instead, to the consequences of the different purposes of science and the law, the different constraints under which they pursue those purposes, and the different cultures of the two enterprises. From this perspective we can see why the law sometimes asks more of science than science can give, and sometimes gets less from science than science could give; and also why a simple dichotomy of “scientific inference” vs. “legal reasoning” is more misleading than helpful.

Keywords:

Law, Legal Reasoning, Science, Scientific Inference.

Resumen:

Para entender por qué la interacción de la ciencia y el derecho puede ser tan problemática, no basta con apuntar vagamente hacia un supuesto contraste entre los “modos de pensamiento” científico y jurídico. Es necesario considerar, en cambio, las consecuencias de los distintos objetivos que tanto la ciencia como el derecho persiguen, así como las limitaciones bajo las cuales

* Artículo recibido el 20 de febrero de 2018 y aceptado para su publicación el 17 de agosto de 2018.

** University of Miami School of Law.

SUSAN HAACK

dichos objetivos son perseguidos, y las diferentes culturas que involucran a ambas empresas. Desde esa perspectiva, es posible observar no sólo por qué el derecho en algunas ocasiones pide más de lo que la ciencia puede dar en tanto que en otras recibe menos de lo que la ciencia podría dar, sino también por qué la simple dicotomía “inferencia científica” vs. “razonamiento jurídico” es en realidad más engañosa que útil.

Palabras clave:

Ciencia, derecho, inferencia científica, razonamiento jurídico.

I should like to know [said Mr Chichely] how a coroner is to judge of evidence if he has not had a legal training?" "In my opinion," said Lydgate, "legal training only makes a man more incompetent in questions that require knowledge of another kind... No man can judge what is good evidence on any particular subject unless he knows that subject well. People talk about evidence as if it could be weighed in scales by a blind Justice. [But a] lawyer is no better than an old woman at a post-mortem examination... You might as well say that scanning verse will teach you to scan the potato crops.¹

¹ George Eliot, *Middlemarch* (first published 1871-72, Signet Classics 1964) 155. Mr Chichely, the town attorney, and Dr Lydgate, the town doctor, are discussing who should be appointed as the new town coroner.

"SCIENTIFIC INFERENCE" VS. "LEGAL REASONING"??...

Mulling over the invitation² to write 6,000 or so words on “different legal and scientific modes of thinking,” I felt like a panicked examination candidate who’s just realized that the question he has twenty minutes to answer would take at least a Ph.D. dissertation to handle adequately. There are so many issues entangled here that I hardly knew which loose end to tug first.

Eventually, I decided to begin with two simple observations: that the work of a scientist is very different from the work of an attorney or a judge; and that, when scientists give expert testimony or advise a court, a regulative body, etc., communication can be difficult and very imperfect. Lawyers, judges, and juries don’t always understand scientific evidence very well; and scientists don’t always convey clearly to lawyers, judges, and jurors what’s solidly-established and uncontroversial, what’s very likely true but still contested by a few, what’s still conjectural, and what’s as yet beyond the reach even of plausible scientific conjecture. In consequence, the law sometimes asks more of science than science can give, and sometimes gets less from science than the best that science could give.

Is this simply because the kind of person who becomes an attorney or a judge will likely have a very different temperament and very different talents from the kind of person who becomes an astrophysicist or an anthropologist, and will certainly have had very different education and training? No: while true enough, this is hardly explanation enough. We need to understand *why* the two enterprises require such different temperaments and talents and such different kinds of specialized apprenticeship. Well, might those supposed “different legal and scientific modes of thinking” provide an explanation? No; this still doesn’t go deep enough. True, no one would mistake a scientific article for a legal brief or a judicial ruling; but there’s a deeper reason for this difference: the different goals of science and the law.

The aspiration of science, I take it, is to find out how the world is; the aspiration of a legal system, to decide what to do, in these

² An invitation, sent by Professor Richard Lempert on behalf of the Academy, to participate in an American Academy of Arts and Sciences meeting on law and science.

SUSAN HAACK

or those circumstances, to make our human world, in some measure, more just and more livable. If we want to understand why the law experiences such difficulties in handling scientific evidence, we need to go beyond those supposed “different modes of thinking” to consider these very different *purposes*, the very different *constraints* under which scientists and legal players pursue those purposes, and the very different *cultures* of the two enterprises.

The core business of the sciences is inquiry, investigation, finding explanations of natural, or in the case of the social sciences, social phenomena, events, etc. To be sure, scientists do many other things as well, and sometimes instead: attend seminars on “grant-writing,” apply for grants, read others’ grant applications, design apparatus, computer programs, etc., write up their results, referee others’ papers, make slides and posters to present at conferences, and perhaps apply for patents, attend to their start-up companies, and so on. And, to be sure, if a scientist feels passionately about some issue, he may find himself morphing into an advocate for action to combat global warming, to get Intelligent Design Theory out of the public-school classroom, or to bring clean water to the tribe he is studying; or, if he discovers a taste for this kind of thing, may find himself becoming a professional expert witness, biotech executive, scientific administrator, dean, provost, or university president.

Still, the essential business of science, as of history, detective work, investigative journalism, legal scholarship, etc., is inquiry: i.e., an effort to find answers to some question or questions. And what this requires is that you identify a phenomenon in need of explanation, come up with a potentially explanatory conjecture, figure out the consequences of the conjecture, look at the evidence you have and any further evidence you can find a way to lay hands on, and assess where all this evidence points and what conclusions might be drawn, with what degree of confidence.

It’s often assumed that there’s a distinctively scientific way of inquiring, the “scientific method,” and that it’s this method that explains the remarkable successes of the sciences. In *Daubert*,³ Justice Blackmun took this for granted; by now it is even enshrined in

³ *Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc.*, 509 U.S. 579, 592 (1993).

"SCIENTIFIC INFERENCE" VS. "LEGAL REASONING"??...

Black's Law Dictionary.⁴ Scientists themselves, put on the spot to say something about how they do what they do, often gesture at some half-understood philosophical conception of this supposed method⁵ —often, unfortunately,⁶ like Justice Blackmun's conception, something vaguely Popperian in tenor. But there *is no* method used by all scientists and only by scientists. On the one hand, there are the familiar, inescapable kinds of inference involved in all serious empirical inquiry. But these are not used *only* by scientists. On the other hand, there are the myriad specialized tools, techniques, and procedures devised by generation after generation of scientists to get more evidence of the kind they need and a subtler sense of where it points: instruments of observation, mathematical and statistical techniques, experimental, epidemiological, and other protocols, etc., *and* the internal social arrangements that have grown up in scientific communities to enable the sharing of results, encourage creativity, discourage dishonesty, and so on. But these scientific "helps"⁷ to inquiry, which are constantly evolving and often local to a specific field, are not used by *all* scientists.

This is not to deny that scientists make inferences —of course they do: about what might explain a puzzling event or phenome-

⁴ The account of "scientific method" now found in *Black's Law Dictionary* (10th edn, Thomson Reuters 2014) 1547, cobbles together a quotation from *Daubert* and a quotation from the NRC/NAS report, *Strengthening Forensic Science in the United States* (National Academies Press 2009).

⁵ See, e.g., Peter Bock, *Getting It Right: R&D Methods for Science and Engineering* (Harcourt Brace 2001) 168; Stephen S. Carey, *A Beginner's Guide to Scientific Method* (4th edn, Wadsworth 2011) 305ff. Hugh G. Grauch, *Scientific Method in Practice* (Cambridge University Press 2003) acknowledges the simple-mindedness of the kind of thing typically found in beginning college texts, but is himself quite naïve about the supposedly "incisive thinking and penetrating analysis" of Popper and Kuhn (11).

⁶ "Unfortunately" because, ironically enough, Popper's philosophy of science is really just a thinly-disguised skepticism. Susan Haack, 'Just Say "No" to Logical Negativism' (2011) in Haack, *Putting Philosophy to Work: Inquiry and Its Place in Culture* (first published 2008, expanded edn, Prometheus Books 2013) 179-94 (text) and 298-305 (notes).

⁷ The word is Francis Bacon's. Francis Bacon, *Works*, vol IV, 42 (*The New Organon* [1620] Aphorism II).

SUSAN HAACK

non, about what the consequences would be if this or that conjecture were true, about the degree to which a conjecture is warranted by the evidence. But such inferences aren't unique to the sciences—everyone trying to answer an empirical question makes them; and doing science isn't *simply* a matter of inference. For one thing, it requires not only reasoning, but also appropriate connections with the world; ultimately, all scientific theories rest on experience, the evidence of the senses. For another, science can't confine itself to a language fixed in advance, but will require the development of new vocabulary or the adaptation of older vocabulary in a specialized language more closely approximating newly-identified kinds of stuff, thing, event, etc.—as witness, for example, the hundred-year history of the development of the concept of DNA.⁸ That's why, as Dr Lydgate realized a long time ago, scientific work requires a grasp of *content*, not just of *form*.

Perhaps all this sounds radical; and from the perspective of twentieth-century proponents of inductivist, deductivist, probabilistic, Bayesian, game-theoretical, etc., models of the Scientific Method, it *is* radical. But it would have been entirely familiar to Thomas Huxley, according to whom the “man of science... simply uses with scrupulous exactness, the method which we all, habitually and at every minute, use carelessly”;⁹ to Albert Einstein, who once observed that “the whole of science is nothing more than a refinement of common sense”;¹⁰ to Percy Bridgman, who commented that the supposed scientific method is “something talked about by people... on the outside,”¹¹ when the crucial thing is that a scientist “do his utmost

⁸ More detailed history can be found in Susan Haack, *Defending Science-Within Reason: Between Scientism and Cynicism* (Prometheus Books 2003) 77-78 and 224-27; and ‘The Growth of Meaning and the Limits of Formalism, in Science and Law’ (2009) XXIX(1) *Análisis Filosófico* 5.

⁹ Thomas H. Huxley, *On the Educational Value of the Natural History Sciences* (John van Voorst 1854), 13.

¹⁰ Albert Einstein, ‘Physics and Reality’ in *Ideas and Opinions of Albert Einstein* (Crown Publishers 1954) 290.

¹¹ Percy Bridgman, ‘On Scientific Method’ (1949) in Bridgman, *Reflections of a Physicist* (Philosophical Library 1955) 81.

"SCIENTIFIC INFERENCE" VS. "LEGAL REASONING"??...

with his mind, *no holds barred*";¹² to James B. Conant, who wrote that "what the scientist does is simply to carry over, into another frame of reference, habits that go back to the caveman";¹³ or to Gustav Bergmann, who described science as the "long arm" of common sense.¹⁴

I'm tempted to say, with Paul Feyerabend, that in science, "*the only principle that does not inhibit progress is: anything goes*".¹⁵ This is not, however, to suggest, as he did, that there's nothing more to science than power, politics, rhetoric, and negotiation; but only to recognize the creative, open-ended, improvisational character of scientific work. And neither is it to suggest, as he did, that science isn't a rational enterprise; but only to acknowledge that the reason the sciences have been able to make their remarkable discoveries isn't that they have a unique method of inquiry, but that they have amplified and refined the familiar procedures of the most ordinary everyday inquiry with tools and techniques that enable them to get more, more exact, and more reliable evidence, and better assess where it points. As the saying goes, nothing succeeds like success: each step forward enables scientists to correct past missteps, and perhaps to glimpse new ways to go about tackling the next problem.

If this is right, there is no peculiarly scientific method a scientist is obliged to employ. And neither, obviously, is there anything in the sciences analogous to legal rules about burdens and standards of proof or the admissibility of evidence.¹⁶ There *are*, however, other kinds of constraint on scientific work. The most important, internal

¹² Percy Bridgman, 'New Vistas for Intelligence' (1947) in Bridgman, *Reflections of a Physicist* (ibid.) 553, 554.

¹³ James B. Conant, *Modern Science and Modern Man* (Columbia University: Bampton Lectures in America #5 1952) 22 <<https://archive.org/details/modern-scienceand030457mbp>> accessed 28 August 2018.

¹⁴ Gustav Bergmann, *Philosophy of Science* (University of Wisconsin Press 1957) 222.

¹⁵ Paul K. Feyerabend, *Against Method* (first published 1975, Verso 1978) 23.

¹⁶ To be sure, there are sometimes conventions about evidence adopted in specific scientific fields (such as standards of statistical significance); but these are hardly comparable to legal rules specifying that this or that kind of evidence may not be heard by the trier of fact or, if heard, must be disregarded.

SUSAN HAACK

to the enterprise, is that —like a historian or a legal scholar or any other empirical inquirer— a scientist has an obligation to respect the evidence, the facts. But there are also external constraints, such as rules about the ethical treatment of human or animal subjects; and professional constraints, such as the need to find funding for your work, the risk that you won't be able to publish anywhere respectable if your work is too far from mainstream ideas, or the fear that you will be written off as a crank if your ideas are too radically at odds with what is taken to be already well-established.

Again, scientific inquiry isn't bound by anything like the statutes of limitations or rules limiting the introduction of new evidence to which legal proceedings are subject; it takes the time it takes. Depending on the difficulty of the problem in the existing state of knowledge, the availability of resources, the abilities, backgrounds, and motivation of the people involved, and how hospitable the environment in which the research is conducted happens to be, progress may be painfully slow or exhilaratingly fast, steady or uneven. There are, however, external time constraints, such as the need to report results in a timely way to whatever body funds your work, or to produce something publishable this year to get tenure, a raise, or a promotion; not to mention the need to publish quickly to ensure that it's you, and not your rival, who gets credit for a discovery.

In any scientific community, probably, some will be more ready to try a new conjecture when the existing hypothesis most of their colleagues are content to work with encounters difficulties, and others will be more disposed to keep trying to adapt the old idea. Still, consensus will gradually form. *Ideally*, we would find agreement among scientists in a field when, and only when, the evidence is sufficient to indicate that it's probably safe to rely on this conjecture, but likely to be a waste of time pursuing work on that rival idea. But there's absolutely no guarantee that consensus on a scientific question will always faithfully track the state of the evidence. The work is hard; and scientists are only human. Sometimes they cut corners; sometimes they deceive themselves into thinking that the evidence points more decisively to a commercially-desired or politically convenient conclusion, or to the conclusion they have long defended, than it really does; and they are almost always subject to pressures both from

"SCIENTIFIC INFERENCE" VS. "LEGAL REASONING"?...

the larger world and from within their profession. There's a considerable gap between science as it would ideally be conducted, and science as it actually *is* conducted in the real world.

Ideally, again, given their core task, the culture of the sciences would accord with the values Robert Merton described long ago,¹⁷ with respect for evidence and willingness to share results taking center-stage. But scientists don't work in a vacuum; they are part of, and depend on, a larger society. *In practice*, the core values of science can be eroded by the competing priorities —political, commercial, legal, and institutional— of the bodies that support scientific work. Governments, pharmaceutical companies, etc., that fund scientific research almost always have other concerns besides discovering the truth, and sometimes have an interest in playing down, disguising, or suppressing unpalatable facts.¹⁸ And recent changes in the management of universities have created a raft of perverse incentives —especially, the insistent demands that everybody be “productive” all the time— which encourage haste and carelessness, and damage the scientific ethos. The result? —an explosion of journals, a torrent of publications, salami publishing, misleading multiple attributions of authorship, an increasingly overburdened and corrupt peer-review system, and an enormously time— and energy-consuming preoccupation with “writing grants,” and the vast bureaucracy that accompanies it.

Over time, the *physical* and *intellectual* helps to scientific inquiry —the instruments, techniques of measurement and calculation, etc.— have grown steadily more sophisticated, more discriminating, more powerful. But the *social* helps, the institutional arrangements to encourage creativity, honesty, evidence-sharing, and the like, have not. Instead, as science has grown larger, more expensive, potentially more profitable, and politically more consequential, as scientific publishing has become big business, and as university administra-

¹⁷ Robert K. Merton, ‘Science and Democratic Social Structure’ in Merton, *Social Theory and Social Structure* (Free Press 1946) 307-16.

¹⁸ See, e.g., Susan Haack, ‘Scientific Secrecy and “Spin”: The Sad, Sleazy Saga of the Trials of Remune’ (2006) in Haack, *Putting Philosophy to Work* (n 6) 141-52 (text) and 289-93 (notes).

SUSAN HAACK

tors have come increasingly to rely on badly flawed surrogate measures of the quality of the work produced, such social helps as the pre-publication peer-review system¹⁹ are under severe strain. The titles of recent articles —“Who’s Afraid of Peer Review?”²⁰ “The Corruption of Peer Review is Harming Scientific Credibility,”²¹ “Peer Review Fraud,”²² “Scientific Regress”²³— hint at a disturbing truth: the integrity of the scientific enterprise is presently under real threat.²⁴

It is sometimes said that the purpose of a trial, like the purpose of scientific work or historical research, is to discover the truth.²⁵ But a common-law trial²⁶ isn’t remotely like a scientific experiment or a historical investigation; indeed, no one involved in such a trial is trying to discover who committed the crime, who or what caused the injury, etc. When judges, attorneys, or jurors try to figure out the truth of factual questions, no doubt they go about it in much

¹⁹ See Susan Haack, ‘Peer Review and Publication: Lessons for Lawyers’ (2007) in Haack, *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law* (Cambridge University Press 2014) 156-79.

²⁰ John Bohannon, ‘Who’s Afraid of Peer Review?’ (2013) 342(6154) *Science* <<http://science.sciencemag.org/content/342/6154/60.full>> accessed 28 August 2018.

²¹ Hank Campbell, ‘The Corruption of Peer Review is Harming Scientific Credibility’, *Wall Street Journal*, (New York 14 July 2014) A15.

²² Charlotte Haug, ‘Peer Review Fraud-Hacking the Scientific Publication Process’ (2015) 373(25) *New England Journal of Medicine* 2393-95.

²³ William Wilson, ‘Scientific Regress’ (May 2016) *First Things* 37-42.

²⁴ I have drawn in this section on my *Defending Science—Within Reason* (n 8); ‘The Integrity of Science: What it Means, Why it Matters’ (2006) in *Putting Philosophy to Work* (n 6) 121-40 (text) and 283-88 (notes); and *Scientism and its Discontents* (Rounded Globe 2017) <<https://roundedglobe.com/books/1b42f98a-13b1-4784-9054-f243cd49b809/Scientism%20and%20its%20Discontents/>> accessed 28 August 2018.

²⁵ Janet Reno, ‘Message from the Attorney General’ in Edward Connors, Thomas Lundgren, Neal Miller and Tom McEwen (eds), *Convicted by Juries, Exonerated by Science* (National Institute of Justice [NIJ] Research Report 1996) iii-iv, iii.

²⁶ I will speak here only of common-law trials, and mostly of U.S. legal procedures. Elsewhere, however, I have written briefly about civil-law evidentiary procedures. Susan Haack, ‘La justicia, la verdad y la prueba: No tan simples, después de todo,’ in Jordi Ferrer Beltrán and Carmen Vázquez (eds), *Debatiendo con Taruffo* (Marcial Pons 2016) 311-36 (English version available from the author).

"SCIENTIFIC INFERENCE" VS. "LEGAL REASONING"??...

the same way as the rest of us; but this *isn't* what they're doing at trial. The task of the attorneys is to make the best case they can for their side; which may require them to turn the peculiar constraints imposed by our evidence law to their side's advantage. The task of the judge presiding over a trial is to ensure that the legal rules are followed and the law appropriately applied; which may require him to exclude relevant, but inadmissible, evidence. And the task of the jury (or of judges acting as triers of fact in a bench trial)²⁷ is to determine whether the party with the burden of proof has presented admissible evidence sufficient to establish guilt, liability, etc., to the degree required by the standard of proof; which may oblige them to ignore relevant evidence that has been ruled inadmissible.

I would say, rather, that the purpose of a trial is to arrive at a determination of guilt, responsibility, punishment, liability, or whatever, in a legally-correct way. This, however, is not to suggest that factual truth is just irrelevant to our legal process. For the hope is that arriving at conclusions in a legally-correct way will mean that, by and large and on the whole and in the long run, justice is served; and part of what this means is that, if all those involved do their jobs adequately, often enough *the truth about what actually happened will come out*. Insofar as there is an epistemological rationale for our adversarial legal system, it would be this: provided that attorneys are effective in seeking out evidence favorable to their side, discovering the weaknesses of evidence favoring the other side, and exposing those weaknesses in cross-examination, that judges rule correctly on the (in)admissibility of evidence, and that juries understand their duty and perform it adequately, this admittedly-oblique procedure is a tolerably-efficient way —given the inevitable limitations of time and resources— of arriving, often enough, at factually-correct verdicts.²⁸

²⁷ When, in what follows, I speak of the distinctive kind of reasoning used by judges, of course I refer to the role of a judge presiding over a case, not the role of a judge serving as trier of fact (or, in a common, but potentially misleading, phrase, as "finder of fact") in a bench trial.

²⁸ As I suggested in 'Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way' (2004), in Haack, *Evidence Matters* (n 19) 27-46.

SUSAN HAACK

There *is* a distinctive kind of reasoning used by attorneys and judges —the process we describe by the phrase “analogize and distinguish”. But this isn’t a distinctively legal way of discovering truths about the world, but something quite different. Like all truths about human societies, truths about what the law is in some place at some time are made true by things people do; but unlike a legal scholar, whose task is to discover such truths, a judge interpreting statutes and precedents may be *contributing to making* something legally true. Sometimes the application of a legal provision to a specific case is a matter of deduction from a statute or a rule, or from a statute or a rule plus legal principles of statutory interpretation;²⁹ and when it is, what’s involved is, simply, deduction, not some peculiarly legal kind of reasoning. But where this doesn’t suffice, a judge may argue that relevant similarities between this case and these other previous cases and relevant differences between this case and those other previous cases mean that that the legally-most-reasonable upshot is this rather than that; and the attorneys for each side will try to persuade the judge that this case is analogous to these previous cases where the upshot was the one their side seeks, but distinguishable from those other previous cases going the other way. In short, the peculiarly legal reasoning in which judges engage is aimed at *determining how to interpret and extrapolate a law or a rule* in the light of the precedents; while the peculiarly legal reasoning in which the parties to a case engage is aimed at *persuading the judge to stress these precedents, these analogies, these distinctions, rather than those*.

Perhaps this too sounds radical; and from the perspective of those who suppose that judges and attorneys are *finding out the real meaning* of the law or statute concerned it *is* radical. But it would have been entirely familiar to Oliver Wendell Holmes, who wrote that the appearance that a judge is deducing the legally-cor-

²⁹ “American statutory interpretation is not a simple exercise,” but involves attention both to text and to context: William N. Eskridge, Jr., *Interpreting Law: A Primer on How to Read Statutes and the Constitution* (Foundation Press 2016) 26-27. A long appendix (407-45) lists the Supreme Court’s observations on the canons of statutory interpretation from 1986-2016.

"SCIENTIFIC INFERENCE" VS. "LEGAL REASONING"??...

rect result is often just the “evening dress” the proposed interpretation puts on “to appear respectable”;³⁰ or to Benjamin Cardozo, who wrote of the “creative element” in a judge’s work, the frequent forks in the road, and the incompleteness of the signposts.³¹ You only have to look at some of those tangled plurality rulings from the Supreme Court —*Allegheny v. ACLU*,³² say, or *Williams v. Illinois*³³— to realize how implausible it is to suppose that, when judges disagree about the interpretation of some legal provision, at least one of them must have made a logical mistake and got the wrong answer. Rather, they disagree about how to apply a law in the circumstances of this case because they give different weights to various historical, legal, moral, political, economic, etc., considerations.

Granted, scientists often argue analogically,³⁴ and even, sometimes, go through a process that might be described in terms of analogizing and distinguishing. Molecular biologists working in the wake of Marshall Nirenberg and Johan Mattaei’s successful solution of the first “word” of the code by which RNA builds proteins,³⁵ for example, were presumably thinking that their word would be like Nirenberg and Mattaei’s in certain respects, but unlike it in others. True, too, legal reasoning by analogy³⁶ involves spotting a pattern common to

³⁰ Oliver Wendell Holmes, ‘Book Notices’ (1880) 14 *American Law Review* 233, 234 [reviewing William Anson, *Principles of the English Law of Contracts* [Clarendon Press 1879] and Christopher Columbus Langdell, *Selection of Cases on the Law of Contracts* [2nd edn, Little, Brown, & Co. 1879]]. See also Susan Haack, ‘On Logic in the Law: “Something, but Not All” (2007) 20(1) *Ratio Juris* 1-31.

³¹ Benjamin N. Cardozo, *The Growth of the Law* (Greenwood Publishers 1924) 57.

³² *Cnty. of Allegheny v. ACLU*, 492 U.S. 573 (1989).

³³ *Williams v. Illinois*, 567 U.S. 50 (2012).

³⁴ C. S. Peirce provided a plausible analysis of such arguments as mixed inferences, i.e., inferences involving abduction, deduction, and induction. Charles Sanders Peirce, *Collected Papers* (Charles Hartshorne, Paul Weiss and [vols. 7 and 8] Arthur Burks [eds], Harvard University Press 1931-58) 2.733 (1883) (references are by volume and paragraph number).

³⁵ What Nirenberg and Mattaei discovered was that “[o]ne or more uridylic acid residues appear to be the code for phenylalanine.” The story is told by Horace Freeland Judson in *The Eighth Day of Creation* (Simon and Schuster 1979) 480 ff. (the quotation is from p. 481).

³⁶ See Scott Brewer, ‘Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Ra-

SUSAN HAACK

a class of previous cases and the case at hand; which is in some respects quite similar to the first, abductive step of a scientific argument by analogy, which involves spotting a pattern common to these and those natural or social things, phenomena, or events. But there's a crucial difference: the upshot of a scientific analogy is a factual conjecture, a potential explanation that then needs to be checked against what is taken to be already known, explored for explanatory power, and tested (directly or indirectly) against the world; the upshot of a legal analogy, by contrast, is an interpretation or application of a rule or a law—which may be better or may be worse, and may become established in the legal system or may not, but which just isn't susceptible to this kind of testing against the facts.

Unlike the work of scientists, the work of attorneys and judges is formally constrained in many ways: by rules of procedure, timeliness, etc., and by the rules about burdens and standards of proof, admissibility, and discovery to which the legal scrutiny of evidence must conform. Moreover, in the law promptness and finality are, rightly, valued: we want legal decisions to be reached without interminable delay, and (normally) to stand once the appeals process has been exhausted. In this, the law is very different from the sciences: while scientists would no doubt *prefer* that they find the answers to the questions they're struggling with sooner rather than later, the idea that they might simply decide to accept whatever answer looks best now, regardless of how inadequate present evidence may be, is just bizarre; and while, again, they would no doubt *prefer* that the currently-accepted theory stand firm, the idea that they might simply decree that it *will* stand firm no matter what new evidence comes in is no less so.

To be sure, the sciences aren't wholly open and improvisational, and our legal system isn't wholly rigid and formalized. The sciences have their rigidities: protocols for going about this kind of experiment or that kind of study, the routinized "write-by-numbers" style

tional Force of Legal Argument by Analogy' (1996) 108 *Harvard Law Review* 923-1028; and, for a detailed comparison of Peirce's analysis of analogical arguments in science with Brewer's analysis of legal analogizing, Susan Haack, 'On Logic in the Law' (n 30) 22-23.

"SCIENTIFIC INFERENCE" VS. "LEGAL REASONING"??...

of almost all scientific articles today, and so on. And our legal system is constantly adapting to changing circumstances: developing, for example, a raft of ways of handling mass tort claims,³⁷ diversion programs in sentencing,³⁸ a whole body of internet law,³⁹ alternative forms of dispute resolution,⁴⁰ and so forth. And it also gradually adapts to scientific developments —as, for example, in response to new DNA identification techniques and databases, some jurisdictions issued “John Doe” warrants or tolled the statute of limitations on certain crimes.⁴¹

Still, the culture of our legal system is very different from the culture of the sciences: strongly adversarial, focused on advocacy rather than on inquiry; shaped by a thicket of rules and formalities; and encouraging, and in some circumstances even mandating, the sequestering of information. True, there’s sometimes competition in the sciences (between rival individuals, or rival teams); but this isn’t, as in our legal system, built-in, structurally-required. True, there’s sometimes advocacy in the sciences (for one approach to a problem, or one proposed explanation, over another); but this isn’t, as in the law, built-in, structurally-required —indeed, it is something to be regretted. And true, again, results in the sciences are sometimes withheld (to prevent a rival’s beating you to a discovery, to disguise a weakness in your approach, etc.); but this isn’t, as with the law’s

³⁷ See, e.g., Judith Resnik, ‘From “Cases” to “Litigation”’ (1991) 54 *Law & Contemporary Problems* 6-68.

³⁸ See, e.g., William R. Kelley, *Criminal Justice at the Crossroads: Transforming Crime and Punishment* (Columbia University Press 2015), chapter 5.

³⁹ See, e.g., Ian C. Ballon, *E-Commerce & Internet Law: Treatise with Forms* (2nd edn, Thomson Reuters 2015).

⁴⁰ See, e.g., Deborah R. Hensler, ‘Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement is Reshaping our Legal System’ (2003) 25 *Penn State Law Review* 65-97.

⁴¹ ‘Tossing out the Clock: Some States are Repealing Some Statutes of Limitations’ *National Law Journal* (June 23, 2003). Regrettably—since “recovered memory” testimony is, to say the least, far from reliable—some jurisdictions also repealed statutes of limitations in response to claims of supposedly recovered memories of long-ago crimes. See, e.g., Martin Gardner, ‘The False Memory Syndrome’ (1993) 17 *Skeptical Inquirer* 370-75.

SUSAN HAACK

protection of proprietary information, something required —but, again, something to be regretted.

Of course, just as there's a considerable gap between science as it would ideally be conducted and science as it actually is conducted, there's also a considerable gap between our legal system as theoretically conceived and justified, and our legal system as it actually functions in practice. After all, like scientists and the rest of us, lawyers, judges, and jurors are only human: not every cross-examination is equally well-informed and searching,⁴² not every judicial interpretation of the law is equally reasonable, not every verdict based strictly or appropriately on the evidence presented. Moreover, our legal system is seriously overburdened; and as fewer and fewer cases go to trial and more and more go to arbitration or are concluded with a plea bargain or a settlement, the assumptions on which the epistemological rationale for adversarialism depends become less and less realistic.

Scientific inquiry, I have argued, is continuous with everyday empirical inquiry, but enormously refined and amplified by specialized tools and techniques. So one reason it's hard for those outside the relevant field fully to understand scientific evidence is, simply, that they are unfamiliar with those tools and techniques and with the technical vocabulary that grows up in every serious scientific specialty —vocabulary that can be at best superficially understood by someone who lacks real knowledge of the subject-matter. Yes, sometimes it's possible even for someone without specific knowledge of the field to spot methodological flaws: an epidemiological study has no controls, say, or wasn't conducted double-blind, or relied on self-reported disorders; but some flaws are very hard for an outsider —whether a judge, an attorney, a juror, or for that matter a scientist from a different field— to detect.

Moreover, the adversarial culture of our legal system not only encourages lawyers and judges to assume that, on any scientific ques-

⁴² Reportedly, the now-notorious lab technician Annie Dookhan had been cross-examined *a hundred and fifty times*, but her gross malfeasance was never revealed. Sean K. Driscoll, 'I Messed Up Bad': Lessons on the Confrontation Clause from the Annie Dookhan Scandal,' (2014) 56 *Arizona Law Review* 717-40.

"SCIENTIFIC INFERENCE" VS. "LEGAL REASONING"??...

tion, there must be two sides, but also tends to draw in, as expert witnesses, those scientists who are ready to settle on a conclusion when most people in their field take the view that they must wait for further evidence (and who, to make matters worse, are apt to grow more dogmatically certain as they testify over and over to the same effect). And though, on many scientific questions—including, very often, the scientific questions at the heart of toxic-tort litigation—the most reasonable position is “As yet, we just don’t know,” neither party is likely to want to hire as their expert a scientist who would candidly say just that. At the same time, the procedures of the law can come as quite a culture-shock to legally-naïve scientists, who may find their treatment under cross-examination disrespectful, the legal preoccupation with conflicts of interest baffling,⁴³ and being “Dauberted out” by a judge who rules that their work isn’t really scientific downright insulting.

And it’s not surprising if, faced with the need to reach some conclusion when the relevant science is as yet unsettled —“to decide,” as Learned Hand put it long ago, “where doctors disagree”⁴⁴— lawyers and judges often look for something like procedural principles to appraise scientific testimony, in effect falling back on their skills in scanning verse to scan the potato crops. This, I suspect, partly explains *Daubert’s* preoccupation with “methodology.”⁴⁵ It also suggests why statistical significance, relative risk > 2,⁴⁶ faithfulness to

⁴³ See generally Deposition Transcripts of National Science Panel, *In re Silicone Gel Breast Implants Prods. Liab. Litig.* 887 F. Supp. 1447 (N.D. Ala. 1999) <<https://web.archive.org/web/20170303061311/http://www.fjc.gov/BREIMLIT/mdl926.htm>> accessed 28 August 2018.

⁴⁴ Learned Hand, ‘Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony’ (1901) 15 *Harvard Law Review* 40-58, 54.

⁴⁵ *Daubert* (1993) 595. The preoccupation with methodology continues even though, in *Gen. Elec. Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136, 146 (1997), the Supreme Court distanced itself from *Daubert’s* distinction between methodology and conclusions.

⁴⁶ The final ruling in *Daubert* on remand from the Supreme Court, *Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc.*, 43 F.3d 1311, 1320 (9th Cir. 1995), seems to have been very influential in encouraging the idea that proof of RR > 2 is required for epidemiological evidence to be even admissible. For history and critique, see Susan Haack, ‘Risky Business: Statistical Proof of Specific Causation’ in Haack, *EvidenceMatters* (n 19) 264-92.

SUSAN HAACK

the “Bradford-Hill criteria,”⁴⁷ and the like are sometimes given a completely artificial legal importance; why the pseudo-rigorous ACE-V fingerprint-identification “methodology” passes legal muster;⁴⁸ why adversarial testing under cross-examination in court is sometimes confused with real-world empirical testing;⁴⁹ and why the scientific peer-review process, developed for very different purposes, is sometimes taken as a straightforward indication of evidentiary reliability.⁵⁰

Well, as I warned you, this is only the twenty-minute version of that hypothetical Ph.D. dissertation; and now I’m just about out of words. I hope, however, at least to have shown that, if we are to understand why the interactions of science and the legal system can be so problematic, we need to do much more than gesture vaguely towards supposed “different legal and scientific modes of thinking”—to think through the consequences of the different purposes, constraints, and cultures of science and of the law.⁵¹

BIBLIOGRAPHY

Bacon F, *Works*, vol IV, 42 (*The New Organon* [1620] Aphorism II).

Ballon IC, *E-Commerce & Internet Law: Treatise with Forms* (2nd edn, Thomson Reuters 2015).

⁴⁷ Austin Bradford Hill, ‘The Environment and Disease: Association or Causation’ (1965) 56 *Proceedings of the Royal Academy of Medicine* 295-300. For a history and critique of how Hill’s work has been used by attorneys and judges, see Susan Haack, ‘Correlation and Causation: The “Bradford Hill Criteria” in Epidemiological, Legal, and Epistemological Perspective,’ in Haack, *Evidence Matters* (n 19) 239-63.

⁴⁸ See, e.g., *United States v. Havvard*, 117 F. Supp. 2d 848, 854 (S.D. Ind. 2000).

⁴⁹ *ibid.*

⁵⁰ See again Haack, ‘Peer Review and Publication: Lessons for Lawyers’ (n 19).

⁵¹ My thanks to Pamela Lucken for help in finding relevant materials and Nicholas Mignanelli for help in formatting the references; and to Mark Migotti and my audiences in the Faculty of Law at the University of Amsterdam, the Faculty of Law at the University of Alicante, and the Instituto de Investigaciones Jurídicas at UNAM for helpful comments and suggestions.

"SCIENTIFIC INFERENCE" VS. "LEGAL REASONING"??...

- Bergmann G, *Philosophy of Science* (University of Wisconsin Press 1957) 222.
- Bock P, *Getting It Right: R&D Methods for Science and Engineering* (Harcourt Brace 2001) 168.
- Bohannon J, 'Who's Afraid of Peer Review?' (2013) 342(6154) *Science* <<http://science.sciencemag.org/content/342/6154/60.full>>
- Bradford Hill A, 'The Environment and Disease: Association or Causation' (1965) 56 *Proceedings of the Royal Academy of Medicine* 295-300.
- Brewer S, 'Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy' (1996) 108 *Harvard Law Review* 923-1028.
- Bridgman P, 'New Vistas for Intelligence' (1947) in Bridgman, *Reflections of a Physicist*, 553, 554.
- , 'On Scientific Method' (1949) in Bridgman, *Reflections of a Physicist* (Philosophical Library 1955) 81.
- Burks A [eds], Harvard University Press 1931-58) 2.733 (1883).
- Campbell H, 'The Corruption of Peer Review is Harming Scientific Credibility' *Wall Street Journal*, (New York 14 July 2014) A15.
- Cardozo BN, *The Growth of the Law* (Greenwood Publishers 1924) 57.
- Carey SS, *A Beginner's Guide to Scientific Method* (4th edn, Wadsworth 2011) 305ff.
- Conant JB, *Modern Science and Modern Man* (Columbia University: Bampton Lectures in America #5 1952) 22 <<https://archive.org/details/modernscienceand030457mbp>>
- Driscoll SK, 'I Messed Up Bad": Lessons on the Confrontation Clause from the Annie Scandal D,' (2014) 56 *Arizona Law Review* 717-40.
- Einstein A, 'Physics and Reality' in *Ideas and Opinions of Albert Einstein* (Crown Publishers 1954) 290.

SUSAN HAACK

- Eliot G, *Middlemarch* (first published 1871-72, Signet Classics 1964) 155.
- Eskridge WN, Jr., *Interpreting Law: A Primer on How to Read Statutes and the Constitution* (Foundation Press 2016) 26-27. A long appendix (407-45) lists the Supreme Court's observations on the canons of statutory interpretation from 1986-2016.
- Feyerabend PK, *Against Method* (first published 1975, Verso 1978) 23.
- Gardner M, 'The False Memory Syndrome' (1993) 17 *Skeptical Inquirer* 370-75.
- Grauch HG, *Scientific Method in Practice* (Cambridge University Press 2003).
- Haack S, 'Correlation and Causation: The "Bradford Hill Criteria" in Epidemiological, Legal, and Epistemological Perspective,' in Haack, *Evidence Matters* (n 19) 239-63.
- , 'Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way' (2004), *Evidence Matters* (n 19) 27-46.
- , 'Just Say "No" to Logical Negativism' (2011) in Haack, *Putting Philosophy to Work: Inquiry and Its Place in Culture* (first published 2008, expanded edn, Prometheus Books 2013) 179-94 (text) and 298-305 (notes).
- , 'La justicia, la verdad y la prueba: No tan simples, después de todo,' in Jordi Ferrer Beltrán and Carmen Vazquez (eds), *Debatiendo con Taruffo* (Marcial Pons 2016) 311-36.
- , 'On Logic in the Law: "Something, but Not All' (2007) 20(1) *Ratio Juris* 1-31.
- , 'Peer Review and Publication: Lessons for Lawyers' (n 19).
- , 'Risky Business: Statistical Proof of Specific Causation' in Haack, *Evidence Matters* (n 19) 264-92.
- , 'Scientific Secrecy and "Spin": The Sad, Sleazy Saga of the Trials of Remune' (2006) in Haack, *Putting Philosophy to Work* (n 6) 141-52 (text) and 289-93 (notes).
- , 'The Growth of Meaning and the Limits of Formalism, in Science and Law' (2009) XXIX(1) *Análisis Filosófico* 5.

"SCIENTIFIC INFERENCE" VS. "LEGAL REASONING"?...

- , *Defending Science—Within Reason: Between Scientism and Cynicism* (Prometheus Books, 2003) 77-78 and 224-27; and
- Hand L, 'Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony' (1901) 15 *Harvard Law Review* 40-58, 54.
- Haug C, 'Peer Review Fraud—Hacking the Scientific Publication Process' (2015) 373(25) *New England Journal of Medicine* 2393-95.
- Hensler DR, 'Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement is Reshaping our Legal System' (2003) 25 *Penn State Law Review* 65-97.
- Holmes OW, 'Book Notices' (1880) 14 *American Law Review* 233, 234 (reviewing William Anson, *Principles of the English Law of Contracts* [Clarendon Press 1879] and Christopher Columbus Langdell, *Selection of Cases on the Law of Contracts* [2nd edn, Little, Brown, & Co. 1879]).
- Huxley TH, *On the Educational Value of the Natural History Sciences* (John van Voorst, 1854), 13.
- Kelley WR, *Criminal Justice at the Crossroads: Transforming Crime and Punishment* (Columbia University Press 2015), chapter 5.
- Merton RK, 'Science and Democratic Social Structure' in Merton, *Social Theory and Social Structure* (Free Press 1946) 307-16.
- Reno J, 'Message from the Attorney General' in Edward Connors, Thomas Lundgren, Miller N and McEwen Tom (eds), *Convicted by Juries, Exonerated by Science* (National Institute of Justice [NIJ] Research Report 1996) iii-iv, iii.
- Resnik J, 'From "Cases" to "Litigation"' (1991) 54 *Law & Contemporary Problems* 6-68.
- Sanders Peirce C, *Collected Papers* (Charles Hartshorne, Paul Weiss and [vols. 7 and 8]).
- Wilson W, 'Scientific Regress' (May 2016) *First Things* 37-42.

CONTROVERTIBILIDAD DEL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA Y LA PROPUESTA DE LA HERMENÉUTICA ANALÓGICA*

*CONTESTABILITY OF THE LEGAL CONCEPT OF PERSON
AND ANALOGICAL HERMENEUTICS*

Helga LELL**

Resumen:

El concepto jurídico de persona se encuentra ampliamente naturalizado como sinónimo de sujeto de derechos y obligaciones, a la par que remite a un antiguo elemento teatral. La carga simbólica de este concepto ha provocado que el campo semántico variara notablemente a lo largo de la historia y que, en la actualidad, existan controversias en torno a su sentido y significado. En este marco, el objetivo de este trabajo es presentar cómo la hermenéutica analógica puede realizar útiles aportes en el desentrañamiento del sentido del término “persona”, pero, sobre todo, resaltar el vínculo entre controvertibilidad y analogía que se manifiesta en su interpretación.

Palabras clave:

Persona, hermenéutica analógica, derecho, legislación civil.

* Artículo recibido el 25 de junio de 2018 y aceptado para su publicación el 28 de septiembre de 2018.

Un trabajo preliminar fue expuesto en el III Coloquio Internacional de Hermenéutica Analógica y II Congreso Internacional de Hermenéutica Gadameriana del 18 al 20 de mayo de 2016 (CABA, Argentina), organizado por el Centro de Estudios de Filosofía y Teología de la Orden de Predicadores de la Facultad de Filosofía de la Universidad del Norte de Santo Tomás de Aquino.

** Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Conicet, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Universidad Nacional de La Pampa, Santa Rosa, Argentina.

HELGA LELL

Abstract:

The legal concept of person is commonly associated with rights and obligations, additionally, it is related to a metaphor: an antique mask that allowed to portray roles in ancient theaters, even though the symbolic essence of this concept has produced several changes in its history.

This article aims to analyze how analogic hermeneutics might be useful in order to expose the semantics of “person” and discuss the important link between contestability and analogy.

Keywords:

Person, Analogic Hermeneutics, Law, Civil Legislation.

CONTROVERTIBILIDAD DEL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA...

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Controversias y la función integradora de la analogía*. III. *La metáfora de la persona y su valor retórico*. IV. *La hermenéutica analógica*. V. *La controvertibilidad del concepto de persona*. VI. *El cambio de la semántica del concepto jurídico de persona en el ordenamiento jurídico argentino*. VII. *Consideraciones finales*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La hermenéutica analógica constituye una herramienta adecuada para la interpretación de normas jurídicas que presentan conceptos abstractos e indeterminados por cuanto coloca, en un rol protagónico, la potencialidad controversial que ellos albergan en su seno. Es decir, la posibilidad misma de la analogía surge de la existencia de un campo de lucha interpretativa y argumentativa que pone en tela de juicio las fronteras significativas de los textos.

El derecho es un fenómeno repleto de instituciones que se configuran a partir de metáforas que poseen una dimensión educativa y autolegitimadora. Comprender qué significan ellas requiere no sólo poder adentrarse en la carga simbólica de aquellas figuras retóricas, sino también el análisis de las intenciones de los creadores de las instituciones respectivas y cómo las regulaciones que ellas apuntan se extienden hasta el presente, es decir, cómo es que aún prescriben algo semejante pero a la vez distinto que aquello que establecían en su instancia genética.

Una de estas instituciones la constituye el concepto de persona en el ámbito del derecho, el cual se encuentra ampliamente naturalizado como sinónimo de sujeto de derechos, pero remite a un antiguo elemento teatral. La carga simbólica de este concepto ha provocado que el campo semántico variara notablemente a lo largo de la historia y que, en la actualidad, existan controversias en torno a su sentido y significado.

En este marco, el objetivo de este trabajo es presentar cómo la hermenéutica analógica puede realizar útiles aportes en el desenrañamiento del sentido del término “persona” pero, sobre todo,

HELGA LELL

resaltar el vínculo entre controvertibilidad y analogía que se manifiesta en su interpretación.

II. CONTROVERSIAS Y LA FUNCIÓN INTEGRADORA DE LA ANALOGÍA

El concepto jurídico de persona se construye sobre la base de una metáfora y, por lo tanto, encierra un valor simbólico que lo dota de un fuerte dinamismo interpretativo. El concepto se traslada a lo largo de diferentes generaciones y excede su sentido genético para brindar un abanico de posibilidades semánticas muy variado. Precisamente, el término “persona” simboliza la máscara teatral romana y se ha filtrado en el derecho como el centro de imputación normativo. No obstante, observar el uso común puede revelar ambivalencias y disputas constantes para que abarque o no diferentes fenómenos.

La brecha entre el sentido literal y el sentido metafórico del concepto, por un lado, asegura la perdurabilidad expresiva de la institución y su adaptabilidad a diferentes contextos, y, por el otro, da lugar a la característica de controvertible semánticamente de la “persona”.

En principio, no existe un significado único y exacto de lo que es la persona, en el campo jurídico, pero el hecho de que pueda discutirse al respecto no implica caer en el extremo opuesto y englobar dentro de este concepto a cualquier elemento. Puede existir una controversia pero al menos dentro de ella debe existir un plano común de acuerdos sobre los cuales discutir.

El término “persona” constituye el común denominador para un conjunto de fenómenos, algunos de los cuales parecieran estar incluidos en él de manera más aceptable mientras que otros generan un mayor grado de discusiones. Esto es, existe una denominación que homogeneiza, una palabra que caracteriza diferentes hechos, pero respecto de la cual cabe ir más allá para encontrar la esencia en común que los unifica.

Independientemente de ese núcleo esencial que unifica y permite la expansión semántica del concepto de persona a diferentes elementos, la posibilidad de extender el campo significativo a hechos muy distantes unos de otros provoca discusiones respecto de dónde

CONTROVERTIBILIDAD DEL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA...

deben ser trazadas las fronteras semánticas para evitar la caída en un relativismo total. Cada posición adoptada debe necesariamente ser acompañada de argumentos que la sustenten y que puedan defenderla frente a otras interpretaciones posibles. Esta dimensión argumentativa posee una faz en cierta forma agonal puesto que cada posición pretende tener un ámbito de validez que aspira negarle a las demás, es decir, una postura adoptada aspira a vencer, en cierta medida, a otras incompatibles con ella misma. Quizá esa lucha semántica sea inacabable, pero en la argumentación es posible hallar puntos de consenso. Así, la faz simbólica de la institución no siempre es deformadora de la realidad, sino que puede cumplir una función integradora.¹

III. LA METÁFORA DE LA PERSONA Y SU VALOR RETÓRICO

El concepto jurídico de persona se construye a partir de una metáfora que tiene un alto valor educativo y legitimador. Veyne² señaló que, si bien desde el siglo VI a.C. los griegos ya no habrían interpretado de manera literal sus mitos, estos últimos continuaban en vigencia por su valor pedagógico. El concepto de persona no surge de un mito; no obstante, con él ocurre algo semejante al fenómeno de aquellas creencias helénicas puesto que son formas constitutivas de cierto imaginario social. La “persona” encierra una metáfora que, como tal, posee un carácter retórico y, por lo tanto, pedagógico. Enseña a partir de una semejanza soterrada que se intenta poner de manifiesto.

Muchas palabras tienen en su comienzo significados ocultos y a veces contradictorios con sus significaciones sociales actuales. Pero el estudio etimológico no es un retroceso pues no es recuperación sino reinterpretación. Es el descubrimiento del sentido de las raíces que persisten transformadas en las palabras actuales.³ Es en este

¹ Esta visión de la faz simbólica que la entiende como integradora frente a los procesos de deformación de la realidad es tomada de Ricoeur, Paul, *Ideología y utopía*, Madrid, Gedisa, 1989, pp. 55-59.

² Veyne, Paul, *Les Grecs ont-ils cru à leurs mythes?*, Editions du Suil, 1992, pp. 1-3.

³ Bordelois, Ivonne, *La palabra amenazada*, 2a. ed., Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2005, pp. 15-17.

HELGA LELL

marco que la dilucidación de las posibles acepciones del término “persona” aparece como relevante puesto que su origen y sus sentidos actuales no coinciden plenamente y esa tensión entre lo literal, lo genético y lo actual genera una amplia riqueza significativa, con controversias y puntos argumentativos de encuentro.

En principio, la génesis etimológica la vincula a un elemento utilizado por el ser humano y no al ser humano mismo: la máscara teatral. Claro está que, trasladado al campo jurídico, no es el objeto el que adquiere derechos, pero sí representa algo: la disociación con el hombre. Ahora bien, en el uso común y en gran parte de los textos normativos jurídicos, “persona” aparece en un sentido amplio, como sinónimo de ser humano. ¿Cómo diferenciar el uso? ¿Cuándo es estricto y cuándo es amplio su sentido? Incluso, en la actualidad se ha despertado una fuerte pugna por los derechos de los animales a los cuales se les caracteriza como sujetos de derechos no humanos, esto es, como personas frente al derecho. ¿Es ello posible? ¿Abarca este término a los humanos, a las personas jurídicas (como por ejemplo una empresa, una universidad, el Estado, etcétera), es decir, seres ficcionales y a los animales? ¿Podría una ley otorgar derechos y obligaciones a un personaje (o sea, alguien que encarna una “persona”) de un cuento de hadas? Dicho esto, cabe indagar en la raíz de la palabra.

La etimología de este concepto remite a la *persōna*, la máscara teatral romana mediante la cual se representaban diferentes personajes en el escenario y que permitía la ampliación de las voces para que fueran audibles para el público. De allí la cita acerca del actor y el rol en una obra referida anteriormente. A su vez, este término se derivaría del etrusco *phersu* y éste del griego πρόσωπον —*prōsōpon*—. ⁴ Como puede notarse fácilmente, la idea literal remite al rol ejercido en cierto contexto o bien a la tecnología corporal que permite al ser humano presentarse en escena y como cierto personaje.

⁴ Corominas, Joan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, 3a. ed., Madrid, Gredos, 2005, pp. 502-503; Ferrater Mora, José, “Persona”, *Diccionario de Filosofía*, t. III (K-P), 1a. ed. Actualizada, Barcelona, Ariel, 2004, pp. 2759-2764; Di Pietro, Alfredo y Lapiezza Elli, Enrique, *Manual de derecho romano*, Buenos Aires, Depalma, 1982, p.68.

CONTROVERTIBILIDAD DEL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA...

No es relevante quién es el actor, quién es el sujeto o el ser humano detrás de la máscara, ni siquiera importa si es humano, lo que importa es qué papel le permite jugar dicho elemento, papel que se representa sólo a partir del uso de la máscara. La disociación entre ser humano y persona es evidente e impacta fuertemente en el ámbito jurídico.

IV. LA HERMENÉUTICA ANALÓGICA

La hermenéutica analógica se presenta como método, arte y ciencia de la interpretación/comprensión de textos hiperfrásticos, es decir, mayores que la frase y cuyo sentido va más allá de la palabra y el enunciado.⁵ La construcción de esta herramienta de interpretación surge como un arte y ciencia en general para la interpretación de cualquier tipo de textos. En particular, aquí interesa destacar una obra de Mauricio Beuchot dedicada a la aplicación de la hermenéutica analógica al ámbito jurídico.⁶

La hermenéutica analógica presenta como ventaja el hecho de ser una alternativa entre el univocismo y el equivocismo en la interpretación textual. De esta manera, no propugna la existencia de una única verdad, pero tampoco cae en el extremo opuesto de señalar que toda interpretación es válida. De allí la caracterización de “analógica” que acompaña al proceso hermenéutico pues la analogía es un punto intermedio entre la identidad y la diferencia, pero en ella predomina esta última. Así, la hermenéutica analógica procura generar un campo de validez de interpretaciones que el univocismo cerraría, pero también limitar el campo de validez de interpretaciones que el equivocismo abriría desmesuradamente. De esta manera, al aplicar la hermenéutica analógica a la tarea de desentrañar qué es la persona, se da lugar un grupo de interpretaciones válidas que pueden ser jerarquizadas con arreglo al texto y al autor. No se exige una

⁵ Beuchot Puente, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, 2a. ed., México, Ítaca-UNAM, Facultad de Filosofía y Letras, 2000, pp. 15 y 16.

⁶ La obra mencionada es Beuchot Puente, Mauricio, *Hermenéutica analógica y derecho*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008.

HELGA LELL

única interpretación como posible ni tampoco se deja abierto hasta el infinito el ámbito de las interpretaciones a la vez posibles y válidas. Algunas se acercan más a la verdad del texto (por ejemplo, no cabe duda de que los seres humanos son personas) y otras se alejan más (por ejemplo, cabe la duda acerca de si una gallina puede ser considerada una persona) pero se podrá delimitar ese ámbito de la interpretación.⁷

El primer paso al abordar el concepto jurídico de persona como texto consiste en su contextualización para conocer la intencionalidad originaria que se esconde detrás de su carga simbólica, su momento histórico, los condicionamientos sociales, etcétera. La interpretación también exige saber a quién o a quiénes se dirige lo que se pretende comunicar. El contenido del texto, en principio, se dirige a un auditorio en particular según la intención del autor. No obstante ello, los textos con largos periodos de vigencia, tal como es el caso claro de las instituciones jurídicas, pueden tener más destinatarios que los que el autor inicialmente pudo tener en mente. En efecto, cuando es recibido por otros que no son los receptores originales, el texto puede no tener el mismo sentido que el que tenía en un momento preciso. En el caso de la persona como concepto jurídico, la cuestión se complejiza en tanto la metáfora y la denominación del fenómeno al que se le intentaba dar nombre, probablemente no surgieron de manera intencional y en un momento determinado sino a partir de usos sociales. Esto significa que es imposible localizar un autor con certidumbre y que tampoco existe un contexto fácilmente delimitable.

El estudio de los textos pretéritos constituye el objeto de la filología. La raíz etimológica de la denominación de esta disciplina proviene del griego: *filo* (“amar” o “tener amistad con”), y *logos* (“razonamiento”, “argumentación” o “habla”). Una definición más amplia apunta que la filología es el estudio de la producción escrita y la cultura de una época como medio de interpretación de la literatura, y, para ello, abarca estudios de retórica, historia y lingüística evolutiva. Saussure se ocupa de la filología con la finalidad de deslindarla de la lingüística pues mientras esta última se ocupa de la lengua, la pri-

⁷ *Ibidem*, pp. 11-13.

CONTROVERTIBILIDAD DEL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA...

mera interpreta textos a la luz de la historia literaria, de las costumbres, de las instituciones, y de la lengua cuando es necesario para descifrar el sentido de inscripciones redactadas en una lengua arcaica. Curtius señala que la filología se ve afectada por un problema epistemológico: la interpretación de textos ocurre cuando media distancia entre la producción y la lectura de ellos. Aquí surge el problema de los signos puesto que los términos no son las cosas. Generalmente, no se lee una versión original del texto sino el producto de una historia textual por lo que se produce una relación diádica entre emisor y receptor que hace al texto objeto de participación mutua, caracterizado por su dinamicidad entre las modalidades de su producción y recepción en el plano diacrónico.⁸ Así, la interpretación implica en cierta manera descontextualizar para recontextualizar.⁹ Le hermenéutica no se interesa sólo por los textos escritos como la filología, sino que su objeto de estudio es más amplio. Por ello, la persona debe ser entendida como una institución, como un texto, como una acción simbólica, algo que excede la mera palabra y que redimensiona la comunicación y las prácticas de los individuos.

Tanto el autor de un texto como su receptor son protagonistas del proceso hermenéutico y es imprescindible conocer acabadamente las condiciones desde las cuales cada uno de ellos actúa a efectos de optimizar las interpretaciones.¹⁰ Como se ha dicho antes, conocer en este caso un autor certero es imposible, pero sí es posible remontarse a la época antigua en Grecia y Roma donde surgió este término y su metáfora. Para Beuchot, tanto la pragmática como la hermenéutica realizan aportes en el rescate del sentido de un texto. La pri-

⁸ Saussure, Ferdinand de, *Curso de lingüística general*, publicado por Charles Bally y Albert Sechehaye con la colaboración de Albert Riedlinger, trad. de Amado Alonso, Buenos Aires, Losada, 1945, pp. 43-45; Curtius, Ernst Robert, *Literatura europea y Edad Media latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, pp. 34 y 35; Orduna, Germán, "Medievalismo hispánico: estado actual y cuestiones de método", en Penna, Rosa y Rocasrossa, María (eds.), *Studia Hispánica Medievalia II*, Buenos Aires, UCA, pp. 11-14. Para una síntesis de este problema véase Miranda, Lidia Raquel, *Homo legens, Un recorrido por la literatura de la Edad Media Española*, Buenos Aires, De Los Cuatro Vientos, 2010, pp. 21-28.

⁹ Beuchot Puente, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica...*, cit., p. 4.

¹⁰ *Ibidem*, p. 24.

HELGA LELL

mera porque se preocupa por rescatar el significado del hablante con objetividad y la segunda porque trata de ser consciente de que hay una gran carga de subjetividad impresa por el intérprete.¹¹ En la tensión entre ambos horizontes interpretativos es que se manifiesta la riqueza analógica del término, pero también es el campo de lucha entre argumentos respecto de lo controvertible. Las brechas entre lo unívoco y lo equívoco y entre la intención originaria y la mirada actual generan espacios de pugna por ampliar o restringir la semántica del concepto.

El conocimiento que se desarrolla en la interpretación es principalmente teórico, pero, por extensión y aplicación, se torna práctico. Ello erradica la necesidad de optar por construir una disciplina netamente teórica o una técnica totalmente práctica porque la riqueza del contenido de los textos jurídicos permite ambas facetas.¹² En estos términos, la naturaleza de la hermenéutica es ser un arte y ciencia de la interpretación que tiene por objeto la comprensión del texto. Se divide en teórica y práctica: la primera porque requiere la recolección de principios y reglas que guían la interpretación sutil y adecuada; la segunda porque es la aplicación de esos principios y reglas en la interpretación concreta de un texto a partir de su reposición en un contexto apropiado.¹³ No sólo se debe prestar atención al contexto de producción del concepto de persona, sino también a cada contexto de reproducción de este, es decir, cada instancia de unión entre lo literal, lo genético, lo metafórico y lo actual.

Por otro lado, la interpretación analógica es conciencia de la finitud. Así, aunque las interpretaciones sean potencialmente infinitas, porque los significados lo son, la mente del hombre es finita y si ha de conocer algo, lo hace a partir de circunstancias determinadas. El contexto actúa como un marco de referencia, que el hombre recibe de la comunidad, en el diálogo con otros intérpretes. De esta manera, la comunidad, que no es ideal sino limitada y finita, ayuda a deter-

¹¹ Beuchot Puente, Mauricio, *La retórica como pragmática y hermenéutica*, Rubí (Barcelona), Anthropos, 1998, p. 2.

¹² Beuchot Puente, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, 4a. ed., México, Ítaca-UNAM, Facultad de Filosofía y Letras, 2009, pp. 20 y 21

¹³ Beuchot, *La retórica como pragmática, cit.*, pp. 34 y 35

CONTROVERTIBILIDAD DEL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA...

minar el segmento de interpretación. Esto conduce a otro problema: el peso del contexto lleva al conflicto de las tradiciones. Siempre se interpreta desde un esquema conceptual, desde una tradición. “Hay que ver el contexto del que habla y alcanzar a ver el contexto del que escucha”¹⁴

La pertenencia a una tradición es propia de la idea de comunidad. En este marco es necesario armonizar la conservación de la tradición con el avance hermenéutico. La tradición es algo que se da para la recuperación y el desarrollo a la vez, algo se retiene y algo se renueva. Para poder innovar, quien interpreta debe saber ubicarse en el contexto de la tradición y reconocerse a sí mismo dentro de ella para avanzar en ella e incluso trascenderla.¹⁵

A diferencia de otras corrientes enroladas en la hermenéutica filosófica, la hermenéutica analógica requiere una conexión con la metafísica y, si bien reconoce la importancia de lo lingüístico, no afirma la reducción del mundo al lenguaje. Al respecto, dice Beuchot: “Si se comenzó diciendo que el lenguaje es la casa del ser, esto es, que el ser se da en el lenguaje, también hay que recordar que el lenguaje solo vive gracias al ser, al cual dice o expresa”¹⁶

Asimismo, en relación con la metafísica, comenta el filólogo mexicano que cada ser humano tiene un mundo histórico condicionado por su tiempo y su ambiente. Los hombres se comunican entre sí por un horizonte mayor en el que esos horizontes menores pueden entremezclarse. Si no se mantuviera la continuidad humana a través del cambio histórico ni siquiera sería posible la historia. Es la naturaleza humana la que permanece a pesar de la situación de la época, cambiante y huidiza. En la posibilidad de ese diálogo se da la posibilidad de la metafísica. El preguntar por su condición de posibilidad es parte del horizonte metafísico. A pesar de estar en una situación espacio-temporal, el hombre puede vivir en el horizonte abierto, del espacio y el tiempo, a la verdad, y sólo por ello es posible la intelección histórica.¹⁷

¹⁴ Beuchot Puente, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica...*, 4a. ed., cit., p. 64.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 68-71.

¹⁶ *Ibidem*, p. 95.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 105-107.

HELGA LELL

En síntesis, la hermenéutica analógica afirma la imposibilidad de alcanzar una interpretación perfectamente unívoca de un texto. Sin embargo, la decepción que surge de tal aseveración no debe arrojar al extremo opuesto de una interpretación equivocista ambigua, vaga, relativista y subjetivista. Por el contrario, se busca una interpretación analógica, intermedia entre la univocidad y la equivocidad, aunque más inclinada a esta última porque en la analogía, aun cuando confluyen la identidad y la diferencia, predomina esta última. Existe un sentido relativamente igual pero que es predominante y propiamente diverso para los signos o textos que lo comparten. Es cierta conciencia de que lo que en verdad se da es diversidad de significado, diversidad de interpretaciones, pero no es renuncia a un algo de uniformidad y de estabilidad.¹⁸

V. LA CONTROVERTIBILIDAD DEL CONCEPTO DE PERSONA

Como señala Viola,¹⁹ el concepto de persona no escapa a una problemática general del derecho: mientras los juristas aspiran a lograr un lenguaje técnico que sea lo más unívoco y preciso posible, sus esfuerzos rara vez son exitosos. Esta indeterminación suele despertar múltiples opiniones, como, por ejemplo, que conceptos amplios acaban por ser vacíos o cuasi-vacíos de contenido, que resultan inútiles para resolver conflictos o que son una puerta para la arbitrariedad más que para la discrecionalidad judicial. Para no caer en un extremo escéptico, al menos se puede afirmar que, en el marco de un Estado de derecho, se genera una especial carga de justificación para los intérpretes y que, además, existe alguna asociación entre abstracción, controvertibilidad e indeterminación.²⁰ Paradójicamente, este tipo de conceptos, a la vez que se determinan en su práctica interpretativa, son a su vez criterios hermenéuticos que operan como fundamento para el reconocimiento o no de derechos.

¹⁸ *Ibidem*, p. 52.

¹⁹ Viola, Francesco, "El estatuto jurídico de la persona", *Derecho y cambio social*, Lima, núm. 40, año XII, 2015, pp. 1 y 2.

²⁰ Iglesias Vila, Marisa, "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional", *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 77-104.

CONTROVERTIBILIDAD DEL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA...

Por otro lado, el concepto de persona surge a partir de una metáfora que, como tal, posee efectos en términos de la comprensión que se realiza de los acontecimientos cotidianos. Los aspectos imaginativos de la razón son centrales para la cognición en tanto permiten construir categorías que dan sentido a las experiencias poco conocidas en función de otros conceptos que gozan de mayor claridad.²¹ Ricoeur²² propone que la metáfora innova en el campo semántico en el que se produce y, por lo tanto, no es la mera sustitución o traslación de características. Ello se logra a partir de la aproximación de dos términos que deberían estar alejados. Así, esta figura retórica requiere una comprensión que supone necesariamente un dinamismo semántico para rehacer la operación discursiva que dio origen a la innovación y que exigiría, como segundo paso, la explicación de la metáfora.

El concepto jurídico de persona, diferente y —según se le define— a veces desligado del de hombre o mujer, nace a partir de una metáfora teatral que hace referencia a las máscaras utilizadas por los actores en la Antigua Roma para amplificar la voz del sujeto detrás de ellas. Así, la persona se erige en un conjunto de roles a ser puestos en escena por individuos, pero la unidad del ser detrás de la máscara es irrelevante. Los individuos forman tantas personas como papeles representen.

La idea antes mencionada ha dado pie y ha legitimado a la posición juspositivista pues justifica la separación entre la persona y el ser humano detrás de ella y, por ende, cualquier tipo de reparto de derechos y obligaciones es válido en tanto no cabe ninguna calificación de justo/injusto o correcto/incorrecto. Pero las metáforas no son estáticas y las sociedades que utilizan las lenguas olvidan las relaciones originarias y resignifican los términos.²³ En este marco, el concepto jurídico de persona ha variado diacrónicamente y en el contexto de sistemas normativos cada vez más complejos y con

²¹ Lakoff, George y Johnson, Mark, *Metáforas de la vida cotidiana*, Madrid, Cátedra, 1991, pp. 39-42.

²² Ricoeur, Paul, *La metáfora viva*, Madrid, Ediciones Europa, 1980, pp. 142 y 143; Ricoeur, Paul, *Del texto a la acción. Ensayos de hermenéutica. II*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2010, pp. 51-54.

²³ Bordelois, *op. cit.*, p. 30.

HELGA LELL

tendencias que se han modificado. Por ello, toda definición de la persona que permita comprender su capacidad retórica debe efectuarse a la luz de los contextos hermenéutico y pragmático.²⁴ A partir de esta base es que pueden dilucidarse los efectos jurídicos de dicho concepto. En síntesis, la problematización de la persona como concepto radica en que el campo semántico que se le atribuya impacta sobre el reconocimiento o no de ciertos derechos de los individuos y también de qué individuos tienen derechos.

VI. EL CAMBIO DE LA SEMÁNTICA DEL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

A nivel de la teoría general del derecho, el de persona es calificado como uno de los conceptos jurídicos fundamentales. A su vez, la definición estandarizada y que, en principio, se presenta como general señala que la persona es todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Esta visión, inspirada en el más extremo positivismo jurídico, nace en las antiguas Roma y Grecia en donde la persona era, en realidad, una tecnología corporal, como ya se ha mencionado antes. Así, la metáfora habría sido receptada en el derecho romano para destacar la separación entre el ser humano que ejecuta las acciones y el rótulo que le es puesto en el marco de un escenario específico.

La expansión del derecho romano a lo largo del mundo y de la historia ha provocado que el concepto subsista en las teorías jurídicas actuales y muchos de los códigos civiles actualmente vigentes.

De esta manera, como puede notarse, el concepto jurídico de persona puede ser analizado en dos planos, al menos. El primero de ellos es el nivel legal, es decir, cómo los ordenamientos jurídicos definen este término. El segundo es el teórico-filosófico, esto es, desde qué perspectiva metodológica y epistemológica los estudiosos y operadores del derecho se aproximan a la persona y desde la cual la definen. Como veremos a continuación, no es lo mismo una definición juspositivista que jusnaturalista, realista que idealista, etcétera.

²⁴ Beuchot, *op. cit.*, 1998, pp. 20 y 21.

CONTROVERTIBILIDAD DEL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA...

En el plano teórico, podemos notar que aún en muchas universidades se sigue enseñando el concepto jurídico de persona desde la visión positivista, ya sea a través de la *Teoría pura del derecho* explícitamente que dedica algunas páginas a depurar las características humanas del centro de imputación normativa, o a través de otras obras que reiteran aquel concepto.

A nivel legislativo es donde nos encontramos el mayor cambio. Como se ha mencionado antes, hasta la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, la definición del concepto jurídico de persona se encontraba explícita en el Código Civil elaborado por Vélez Sarsfield. Claramente, el hecho de incluir una definición expresa permite notar la inspiración teórica desde la cual se parte: el derecho crea mediante definiciones lo que es, no hay un dato de la realidad previo que permita entender qué es la persona. Para ser más claro aún respecto de la inspiración positivista, el antiguo Código Civil, en su artículo 30, establecía que “son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones”.

Asimismo, mientras esta concepción positivista y estricta que destacaba que la persona solo es un centro de imputación normativa, sin más derechos que los conferidos por el orden jurídico y que debe prescindir de toda otra consideración extra-jurídica, en otras normas aparecía (y aún aparece) el mismo concepto con un sentido completamente distinto. Es el caso, principalmente, de las normas que consagran derechos y, en particular, de los tratados internacionales de derechos humanos.

En el ámbito jurisprudencial, en 1993, la Corte señalaba: “El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”.²⁵ De esta manera, marcaba un antecedente importante que muestra la comprensión de algún vínculo entre el concepto de persona y el ser humano. Esta cita ha sido una base importante en la reforma reciente del Código Civil y Comercial.

²⁵ “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar”. CSJN, 06/04/1993.

HELGA LELL

No obstante, la dualidad semántica tan contrastante y contradictoria no ha sido resaltada y puesta en tela de juicio por académicos, doctrinarios u operadores jurídicos.

El nuevo Código Civil y Comercial (CCyC) carece de definiciones acerca de qué debe entenderse por persona. Esto implica que sea posible deducir en qué consiste este término a partir de la propia experiencia humana de ser persona. Los “Fundamentos del proyecto del Código Civil y Comercial”:²⁶

Pese a que en este Proyecto se han insertado definiciones en todos los casos en que se consideró necesario, no se conserva la que el Código Civil vigente trae en su artículo 30; se abandonó incluso la idea de sustituirla por otra más apropiada. Es que la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano, por el solo hecho de serlo; y la definición de la persona a partir de su capacidad de derecho confunde al sujeto con uno de sus atributos, amén de que da la falsa idea de que la personalidad del sujeto es concedida por el ordenamiento jurídico. La idea del Proyecto es por el contrario que la persona es un concepto anterior a la ley; el Derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin. Es la noción de persona que alberga la Constitución Nacional desde su misma sanción en 1853, la que proviene de sus fuentes desde la asamblea de 1813, y la que fue ratificada con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de las convenciones y tratados de derechos humanos en el texto que rige a partir de la reforma de 1994.²⁷

Además de este punto, es decir, de la carencia de una definición del concepto jurídico de persona, cabe resaltar dos cuestiones complementarias. La primera es que el Código sí define a las personas jurídicas (artículo 141). La segunda es que en lo demás, habla de personas o personas humanas. Esto deja ver que el nuevo criterio semántico se encuentra ligado a la realidad.

Aún más, el artículo 51 CCyC, señala que la persona humana es inviolable y con derecho al reconocimiento de su dignidad. En otro artículo, el 1738, reconoce el derecho de las personas a su autonomía a

²⁶ El documento se encuentra disponible en: <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primero.PDF>.

²⁷ <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primero.PDF>.

CONTROVERTIBILIDAD DEL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA...

partir de poder definir su propio proyecto de vida. Este detalle no es menor por cuanto inscribe a la legislación en un paradigma que enfatiza en el individuo como tal y no mera y exclusivamente como un miembro de un cuerpo político. Esto último es traído a colación por su coincidencia con los tres principios que señala Nino²⁸ respecto del sustento de la base filosófica de los derechos humanos.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

El concepto jurídico de persona, como toda institución del derecho, posee una dimensión simbólica a ser desentrañada en los diferentes contextos socioculturales en los que se inserta. La hermenéutica analógica realiza un aporte relevante en dicha tarea por cuanto pone de manifiesto la necesidad de atender no sólo al contexto genético, sino también a la subjetividad del intérprete actual. Asimismo, enfatiza en la necesidad de rechazar los extremos univocista y equivocista para concentrarse en la riqueza analógica de los términos.

Aquí resulta de sumo interés destacar este último hecho puesto que la analogía revela el campo de variantes interpretativas posibles que se abren paso en la tensión entre lo literal y lo metafórico, entre lo pretérito y lo actual. Cada postura, cada nuevo significado, requiere el acompañamiento de argumentos que sustenten su supervivencia frente a otras visiones, contrarias total o parcialmente. Lo analógico supone un margen de controvertibilidad necesariamente. Existirán sentidos que no presenten dudas, pero habrá otros que despierten sentimientos encontrados al respecto.

El concepto jurídico de persona ha nacido siglos atrás y esa separación temporal con su origen aporta mayor riqueza, pero también mayores desafíos interpretativos. Asimismo, se ha erigido en uno de los conceptos esenciales en el derecho lo cual genera una gran responsabilidad interpretativa puesto que es también un fundamento de derechos. Es fácil reconocer algunos sentidos cercanos al focal, pero también las fronteras semánticas se encuentran en constante

²⁸ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 171-184.

HELGA LELL

proceso de expansión y retracción. Es necesario ser conscientes de la controvertibilidad del campo significativo del término para poder afrontar el diálogo argumentativo que la interpretación conlleva.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BEUCHOT PUENTE, Mauricio, *La retórica como pragmática y hermenéutica*, Rubí (Barcelona), Anthropos, 1998.
- BEUCHOT PUENTE, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, 2a. ed., México, UNAM-Ítaca, Facultad de Filosofía y Letras, 2000.
- BEUCHOT PUENTE, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, 4a. ed., México, Ítaca-UNAM, Facultad de Filosofía y Letras, 2009.
- BEUCHOT PUENTE, Mauricio, *Hermenéutica analógica y derecho*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008.
- BORDELOIS, Ivonne, *La palabra amenazada*, 2a. ed., Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2005.
- COROMINAS, Joan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, 3a. ed., Madrid, Gredos, 2005.
- CURTIUS, Ernst Robert, *Literatura europea y Edad Media latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975.
- DI PIETRO, Alfredo y LAPIEZA ELLI, Enrique, *Manual de derecho romano*, Buenos Aires, Depalma, 1982.
- FERRATER MORA, José, "Persona", *Diccionario de Filosofía*, t. III (K-P), 1a. ed. actualizada, Barcelona, Ariel, 2004.
- IGLESIAS VILA, Marisa, "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional", *Doxa*, núm. 23, 2000.
- LAKOFF, George y JOHNSON, Mark, *Metáforas de la vida cotidiana*, Madrid, Cátedra, 1992.
- MIRANDA, Lidia Raquel, *Homo legens. Un recorrido por la literatura de la Edad Media Española*, Buenos Aires, De Los Cuatro Vientos, 2010.

CONTROVERTIBILIDAD DEL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA...

- NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989.
- ORDUNA, Germán, “Medievalismo hispánico: estado actual y cuestiones de método”, en PENNA, Rosa y ROCASAROSSA, María (eds.), *Studia Hispánica Medievalia II*, Buenos Aires, UCA.
- RICOEUR, Paul, *La metáfora viva*, Madrid, Ediciones Europa, 1980.
- RICOEUR, Paul, *Ideología y utopía*, Madrid, Gedisa, 1989.
- RICOEUR, Paul, *Del texto a la acción. Ensayos de hermenéutica. II*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- SAUSSURE, Ferdinand de, *Curso de lingüística general*, publicado por Charles Bally y Albert Sechehaye con la colaboración de Albert Riedlinger, trad. de Amado Alonso, Buenos Aires, Losada, 1945.
- VEYNE, Paul, *Les Grecs ont-ils cru à leurs mythes?*, Editions du Suil, 1992.
- VIOLA, Francesco, “El estatuto jurídico de la persona”, *Derecho y Cambio Social*, Lima, núm, 40, año XII, 2015, 2015.

TEORIZACIÓN Y MODELAJE DEL DERECHO. UN ENFOQUE UNIFICADOR BASADO EN CIBERNÉTICA, CIENCIA COGNITIVA Y COMPLEJIDAD*

*THEORIZATION AND MODELLING OF LAW. A UNIFYING APPROACH
BASED ON CYBERNETICS, COGNITIVE SCIENCE AND COMPLEXITY*

Roberto Gustavo MANCILLA CASTRO**

Resumen:

Este artículo es parte de un proyecto mayor el cual busca usar conceptos de teoría de sistemas, complejidad y cibernética para poder crear modelos de comportamiento jurídico que puedan ser sujetos a modelaje y simulaciones computacionales, haciendo con ello que teoría y práctica sean más fáciles de interrelacionar. Debido a problemas de espacio, dos modelos del derecho serán ofrecidos al lector: uno sobre cómo es creado el conocimiento del derecho, la justicia, el Estado del derecho y cómo circula y otro sobre qué son las normas, cómo se implementan y quiénes son sus sujetos. El trabajo que se ofrece en este estudio se correlaciona con el enfoque socio-empírico del *Law and Society*. Concluyo que teoría y práctica tiene una relación recursiva: la teoría sin referente práctico es ficción y práctica sin teoría es un desarrollo a ciegas; el modelaje a computadora es una forma de mejorar la relación complementaria que ambas deben tener.

Palabras clave:

Empiricismo jurídico, teoría del derecho, informática jurídica, modelos de comportamiento jurídico, derecho y sociedad.

* Artículo recibido el 9 de marzo de 2018 y aceptado para su publicación el 31 de agosto de 2018.

** Maestro y doctor en Derecho por la Universidad de California, Berkeley; licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey.

ROBERTO GUSTAVO MANCILLA CASTRO

Abstract:

This paper is part of a larger project —a theory of Law— which purports to use concepts of systems theory, complexity and cybernetics in order to create models of legal behavior that can be subject to computer simulation and modeling, thus making theory and practice more relatable to each other. Because of space constrains, two models of Law are proposed: one on how knowledge about Law, Justice and the Rule of Law is created and circulates, and one on what norms are and how they are implemented, along with a brief notion of who are its subjects. The work offered in this study is correlated with the Law and Society approach to legal empiricism and concludes that theory and practice hold a recursive relation: theory without a practical referent is fiction and practice without theory is blind development; computer modeling is a way to further the complementary relationship that both ought to hold.

Keywords:

Legal Empiricism, Theory of Law, Legal Informatics, Models of Legal Behavior, Law and Society.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Conceptos básicos*. III. *Modelo de flujo de información*. IV. *Modelo implementador del derecho*. V. *La utilidad y novedad del presente enfoque*. VI. *Conclusión: Law and Society y la información jurídica. Una propuesta de matrimonio*. VII. *Fuentes*.

I. INTRODUCCIÓN

El movimiento de derecho y sociedad (*Law and Society*, en inglés), surgido del realismo jurídico norteamericano, entiende el derecho como una institución social que posee una cultura y estructura y busca analizarlo a través de medios empíricos. Sin embargo, entre los practicantes de esta corriente, no hay un consenso sobre la forma en que el derecho debe ser definido, pero entienden que tanto derecho como sociedad reposan uno dentro del otro. Su enfoque fundamental consiste en hacer una diferencia entre “el Derecho en acción” y “el Derecho en los libros”,¹ centrándose en lo primero y enfatizando la forma en que los procesos sociales extrajurídicos continuamente construyen y reconstituyen el significado e impacto de la norma jurídica.²

Tres aspectos del *Law and Society*, como programa práctico, fueron establecidos por Phillip Selznick en su artículo sobre el programa de Jurisprudencia y Política Social de la Universidad de California en Berkeley:³

- *Law and Society como investigación basada en problemas*: su punto de partida es la experiencia de la población y los individuos que constituyen las instituciones. Los problemas genuinos surgen de la experiencia práctica. Este aspecto es integrador.

¹ Esta distinción fue hecha por Roscoe Pound en su artículo “Law in Books and Law in Action”, *American Law Review*, vol 44, núm. 12, 1910.

² Edelman, Lauren y Suchman, Mark “Legal Rational Myths: The New Institutionalism and the Law and Society Tradition”, *Law & Social Inquiry*, Berkeley, vol. 21, núm. 4. 1996, pp. 907-8.

³ Selznick, Phillip, “Jurisprudence and Social Policy: Aspirations and Perspectives”, *California Law Review*, Berkeley, vol. 68, núm. 12, 1980, pp. 215-6.

ROBERTO GUSTAVO MANCILLA CASTRO

Pone de relieve cada recurso intelectual y normativo porque postula un estado de bienestar a la luz del cual los arreglos existentes deben ser evaluados.

- *Law and Society como derecho en contexto*: el derecho siempre es parte de un orden normativo mayor, empieza con el entendimiento de que el “derecho positivo” sólo es parte de una esfera mayor. Los fundamentos históricos, sociológicos, económicos, políticos y psicológicos deben ser explorados. También, el cambio social es una preocupación primordial. El derecho en sociedad sugiere que la creación de la norma y las actividades jurisdiccionales y sancionadoras son aspectos que permean en la vida social y que sus formas jurídicas pertenecen a un flujo continuo.
- *Law and Society como derecho en acción*: el orden jurídico es más que un sistema de normas y reglas, es un conjunto de agencias que responden a necesidades y presiones sociales; esto último está sujeto a las vicisitudes que recaen en cualquier institución humana y los dilemas propios que se enfrentan al legislar y administrar. Por ello, los estudios del derecho en acción tienen lugar en un mundo de presión, limitaciones y oportunidades; los principios, las normas y las políticas públicas a implementar forman sólo una parte del contexto de decisión.

Durante mi experiencia en Berkeley como estudiante doctoral pude apreciar que una desventaja del enfoque de *Law and Society* es que trae consigo una multitud de narrativas a veces en contradicción porque se ve el mismo fenómeno de distintos ángulos.⁴ Además, la implementación de estudios empíricos presuponen enfo-

⁴ Un gran ejemplo de esto lo podemos encontrar en “Hollow Hopes, Flypaper, and Metaphors”, una reseña del clásico de Gerald N. Rosenberg, “The Hollow Hope”, que hace Malcolm Feeley, en el que hace al mismo tiempo una crítica, deconstrucción y defensa, partiendo de la premisa de que el aludido autor escribió su obra pensando más como abogado practicante que como científico social. Publicado originalmente en el volumen 17 de *Law & Soc. Inquiry* en 1992, este artículo puede obtenerse de forma gratuita en la página del Berkeley Law Scholarship Repository: https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=fac_pubs.

TEORIZACIÓN Y MODELAJE DEL DERECHO...

ques teóricos de derecho, política y relaciones sociales, las cuales son subyacentes y varían de un practicante a otro; así lo constaté en varias clases de *Jurisprudence* y *Social Policy*, donde muchas veces regresábamos a Weber, Marx y Durkheim.

Pude constatar en clases y en las conferencias anuales de los que se adhieren a esta corriente que en el *Law and Society* existe un escepticismo, en general, de las teorías del derecho porque tradicionalmente han sido creadas con un enfoque abstracto que simplifica los detalles de las relaciones sociales subyacentes al derecho.⁵ Además, al verse desde la óptica de la cibernética, suelen tener un enfoque de causalidad lineal, es decir, ven a los fenómenos jurídicos en una relación de causa y efecto, un comienzo y un final definido.

El propósito de este artículo consiste en proveer un esbozo de una teoría no lineal del derecho, basada en relaciones causales circulares —aquellas en las que el efecto se retroalimenta a la causa en un proceso continuo— las cuales capturan de mejor manera las complejidades de la vida social en una época de grandes avances tecnológicos y de creciente globalización. Las relaciones causales pueden ayudar a unificar distintas narrativas sobre la sociedad y el derecho en un todo coherente.

Mis modelos jurídicos poseen una fuerte base científica, permeados por nociones de cibernética y ciencia cognitiva. La idea que me motivó a crear estos modelos se basa en la brecha existente entre muchas corrientes de filosofía jurídica y las ciencias cognitivas, pues falta mayor fundamentación de la filosofía del derecho con los más recientes descubrimientos científicos.

Asimismo, busco crear un valor práctico adicional al crear modelos de comportamiento jurídico que puedan ser mapeados a computadora y den lugar a diversas visualizaciones que puedan maximizar el conocimiento y la experiencia de quien lo consulta. Esto se da por medio de la correlación de los materiales jurídicos con estudios empíricos usando mis modelos como referente. Para demostrar mi

⁵ Aunque no es un autor del *Law and Society*, Twining hace una excelsa crítica del *Jurisprudence* y en general de todo esfuerzo teórico del derecho. Véase Twining, William, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009, p. 5.

ROBERTO GUSTAVO MANCILLA CASTRO

punto, los dos modelos que explicaré tendrán ejemplos de aplicación en distintas escalas de análisis (micro y macro).

El esbozo teórico que busco ofrecer en una forma resumida intenta complementar y ser completado por el enfoque empírico del *Law and Society*, además de ser un puente entre la filosofía del derecho y ciencias como la cibernética, la ciencia cognitiva y la teoría de sistemas complejos.

II. CONCEPTOS BÁSICOS

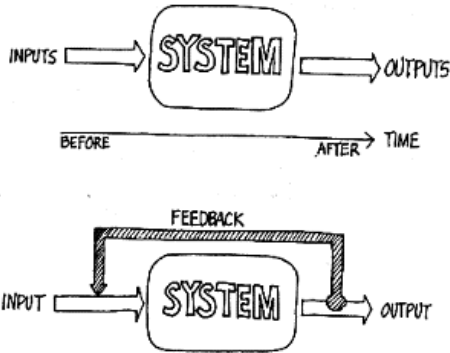
Puesto que el presente artículo es parte de un proyecto más grande y complejo, presupongo varios conceptos pertenecientes a la cibernética y la ciencia cognitiva; los que voy a explicar para entender mejor el tema son los siguientes: causalidad circular, constructivismo epistemológico y niveles sociológicos de análisis.

La causalidad se entiende como una forma lineal: una causa es seguida por un efecto que termina la acción. Sin embargo, también se puede estudiar desde un punto de vista circular: la causa es controlada o afectada por su propio resultado.⁶ A esto se le conoce como ciclo de retroalimentación (*feedback loop*). Los sistemas procesadores de información tienen entradas (*inputs*), consecuencia de la influencia del ambiente en el sistema, y salidas (*outputs*), el impacto que tiene el sistema en el ambiente. En cada ciclo de retroalimentación, la información sobre el resultado de una acción se envía a la entrada del sistema a manera de información. La retroalimentación se puede ilustrar de la siguiente forma:⁷

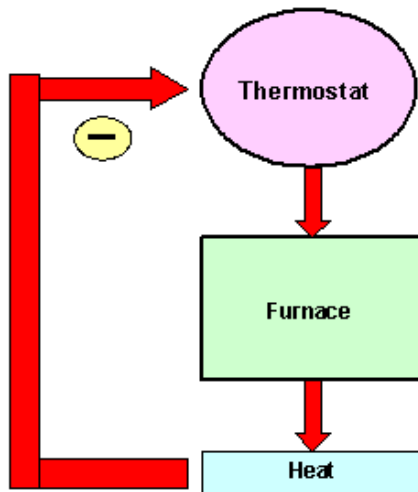
⁶ Heylighen, Francis y Joslyn, Cliff, *Cybernetics*, disponible en: wwwc3.lanl.gov/pub/users/joslyn/encs2.pdf.

⁷ *Principia Cybernetica Web*, "Feedback", disponible en: <http://pespmc1.vub.ac.be/FEEDBACK.html>.

TEORIZACIÓN Y MODELAJE DEL DERECHO...



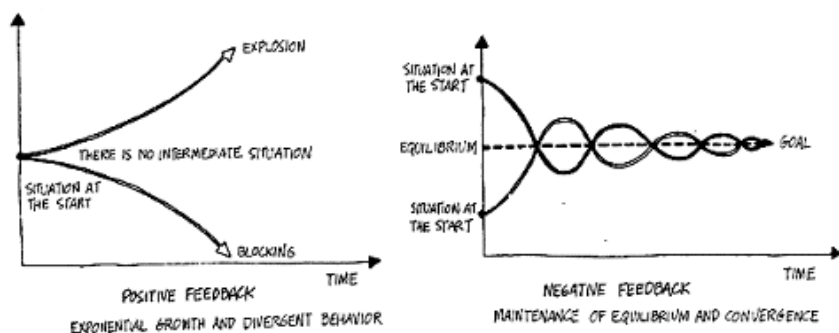
Un ejemplo de un ciclo de retroalimentación puede encontrarse en el termostato. Para poder mantener una temperatura estable, éste tiene un sensor que percibe cambios; si el cuarto está muy frío, manda un mensaje a la calefacción para producir calor, el cual luego regresa al termostato. Un aumento en la temperatura hará que el termostato mande otro mensaje a la calefacción, haciendo que se detenga. Si la temperatura disminuye nuevamente, el ciclo comenzará otra vez.⁸



⁸ Imagen tomada de la siguiente página: http://www.occc.edu/biologylabs/Documents/Homeostasis/Negativve_Feedback.htm.

ROBERTO GUSTAVO MANCILLA CASTRO

Los procesos de retroalimentación pueden ser de dos tipos, el primero se trata de los positivos, cuando nueva información permite y acelera la transformación de entrada y salida en la misma dirección que los resultados anteriores, teniendo entonces efectos acumulativos y resultando en un crecimiento exponencial;⁹ el segundo tipo es la retroalimentación negativa, cuando nueva información produce un resultado en la dirección opuesta a las anteriores, estabilizando el sistema y manteniendo un equilibrio.¹⁰ Estos tipos de retroalimentación los podemos ilustrar de la siguiente manera:



Si se deja una retroalimentación positiva sin controlar, sus efectos cumulativos pueden llevar a la destrucción del sistema, este tipo de comportamientos se regula por medio de la retroalimentación negativa.¹¹ Un ejemplo del *feedback* negativo es la forma en cómo el cuerpo humano regula su propia temperatura. Por su parte, una retroalimentación positiva puede ilustrarse en el crecimiento del interés de una cuenta de ahorros; asumiendo que no se retire dinero, cuando se genera interés, el importe principal crecerá, a mayor crecimiento, mayor interés generado y así sucesivamente.¹²

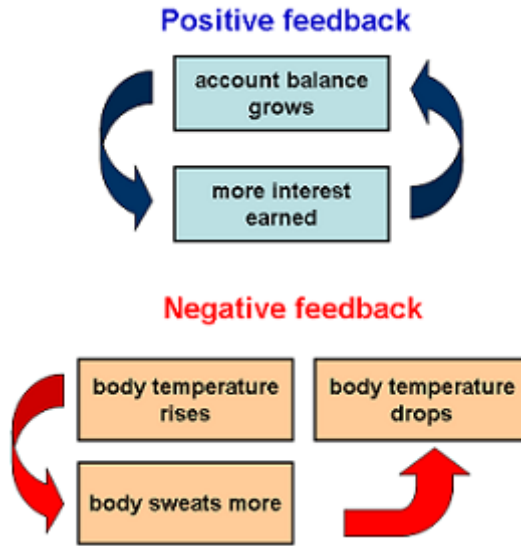
⁹ Principia Cybernetica Web, *op. cit.*

¹⁰ Wiener, Norbert, *Cybernetics: or Control and Communication in the Animal and the Machine*. 2a ed. Cambridge: MIT Press, p. 97.

¹¹ Principia Cybernetica Web, *op. cit.*

¹² National Oceanic and Atmospheric Administration, *A Paleo Perspective on Abrupt Climate Change*, disponible en: <http://www.ncdc.noaa.gov/paleo/abrupt/story2.html>.

TEORIZACIÓN Y MODELAJE DEL DERECHO...



Otra noción de suma importancia para el presente artículo es la de la epistemología constructivista, una teoría del conocimiento que se centra en la participación activa del sujeto en la construcción de representaciones de la realidad, en lugar de reflejarla o representarla, rechazando así la idea de una realidad ontológica objetiva y percibida pasivamente a través de los sentidos. La construcción creativa ocurre a través de la interpretación, es incorporada a la percepción de los organismos y en sus procesos cognitivos, con la memoria actuando como punto de referencia.¹³

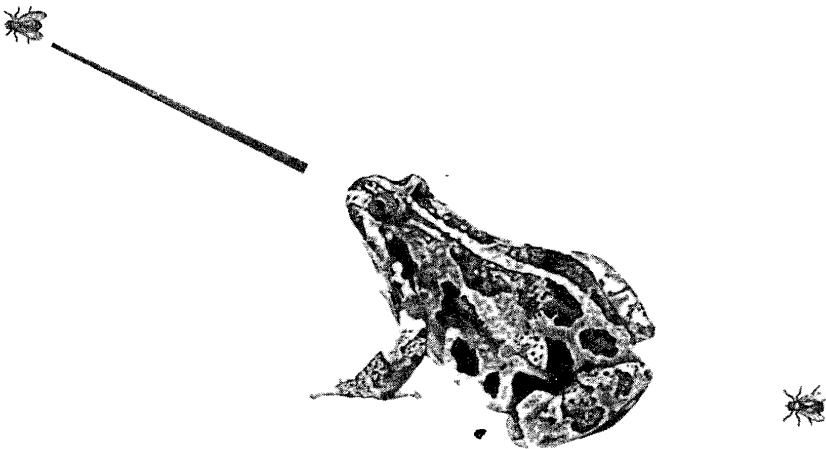
Las representaciones se crean al distinguir una cosa de otra y al asignar a dicha diferencia un significado en relación con el sujeto que realiza dicha actividad. Todas las representaciones de la realidad son, por ende, autorreferenciales, lo cual lleva a la definición de von Foerster de la cognición como "Cognición → cómputo de descripciones de una realidad". El observador —cualquier sistema vivo— define y redefine sus límites e interacciones con lo que le rodea, basado en lo que percibe y sabe. La cognición se vuelve una

¹³ Brier, Soren, *Cybersemiotics, why Information is not Enough*, Toronto, Toronto University Press, 2008, p. 257.

ROBERTO GUSTAVO MANCILLA CASTRO

recursión infinita de descripciones que sólo terminan cuando el observador cesa de existir.¹⁴

El constructivismo epistemológico establece que el conocimiento es una creación subjetiva. Describe la operación de un observador dentro de su repertorio de representaciones, cuenta por la construcción de su identidad, diferenciándose a sí mismo del ambiente y estableciendo los estímulos ambientales a los cuales reaccionará y al repertorio de acciones a tomar, a raíz de los mismos, que le permitirá sobrevivir.¹⁵ Éste es el caso de todo sistema vivo.



Todo esto puede relacionarse con el comportamiento orientado al cumplimiento de metas, el cual puede dividirse en dos tipos: 1) teleológico, cuando la meta de un sistema se establece por el observador, y 2) teleonómico, cuando el observador genera su propio propósito al interactuar con el ambiente.¹⁶ Un ejemplo de compor-

¹⁴ Foerster, Heinz von, *Understanding Understanding: Essays on Cybernetics and Cognition*, Nueva York, Springer, 2003, pp. 2016-2017.

¹⁵ Véase Brier, Soren, *Cybersemiotics, why information is not enough*, Toronto: University Press, Toronto, 2008, p. 182; Varela, Francisco et al., *The Embodied Mind. Cognitive Science and Human Experience*, Cambridge, MIT Press, 1993, pp. 172-174, 176.

¹⁶ Bourguine, Paul y Lesne, Annick (eds.), *Morphogenesis. Origins of Patterns and Shapes*, Nueva York, Springer, 2006, pp. 10-12.

TEORIZACIÓN Y MODELAJE DEL DERECHO...

tamiento teleológico, o de sistemas observados, es el antes mencionado termostato, creado por los humanos para cumplir con un propósito; por otro lado, cualquier animal que se adapta a un ambiente para poder sobrevivir toma parte de un comportamiento teleonómico, es un sistema que observa.

Los seres humanos como observadores tienen un grado de reflexividad que va más allá de la simple autorreferencia de la cognición general a todos los seres vivos. Su comportamiento es tanto teleológico como teleonómico: los seres humanos pueden establecer una finalidad propia, pero dicho proceso está templado por la necesidad de sobrevivir. Por otra parte, los sistemas sociales son un conjunto de dos o más sujetos que se observan mutuamente; también son teleonómicos y teleológicos.¹⁷ Los sistemas sociales humanos se encuentran marcados por una tensión entre el “Yo” y el “Otro”.

El término “sistema social” es sumamente flexible y puede comprender distintas escalas, desde diadas, triadas¹⁸ y grupos pequeños (de 2 a 20 integrantes),¹⁹ hasta grandes organizaciones,²⁰ ciudades y Estados, fenómenos que pueden comprender miles o millones. Asimismo, el sistema social posee dimensiones que reflejan unidades altamente móviles como tribus nómadas o unidades establecidas en un territorio, como lo son las ciudades y los Estados. En el presente artículo, ofreceré dos formas de analizar los sistemas sociales humanos: una subjetiva y una geográfica.

El nivel subjetivo queda comprendido por los siguientes elementos: individuo, grupos pequeños, organizaciones, grupos de organizaciones, poblaciones organizacionales, campo organizacional y sistema mundo. Este nivel se encarga de estudiar los sistemas sociales que se encuentran circunscritos específicamente a una demar-

¹⁷ Mancilla, Roberto, “Introduction to Sociocybernetics part 2: Power, Culture and Institutions”, *Journal of Sociocybernetics*, vol. 10, núm. 1-2. 2012, disponible en: <http://zaguan.unizar.es/ojs/index.php/rc51-jos/article/view/625>.

¹⁸ Kadushin, Charles, *Understanding Social Networks. Theories, Concepts and Findings*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 21.

¹⁹ Hudson, Christopher G., *Complex Systems and Human Behavior*, Lyceum Books, 2010, pp. 358 y 359.

²⁰ Scott, W. Richard y Davis, Gerald F., *Organizations and Organizing*, Pearson, Prentice Hall, 2007, pp. 152-153.

ROBERTO GUSTAVO MANCILLA CASTRO

cación especial. El nivel geográfico de análisis queda comprendido por comunidad, ciudad, región/entidad federativa, Estado, confederaciones de Estados y sistema mundo. Su propósito es estudiar la estructuración especial de los sistemas sociales, pero, al mismo tiempo, posee un elemento subjetivo que no es propicio a moverse de lugar, a diferencia de los niveles subjetivos.²¹

III. MODELO DE FLUJO DE INFORMACIÓN

En el modelo de flujo de información, uno debe considerar las nociones de derecho, justicia y Estado de derecho como valores²² o fenómenos mentales. Estos últimos tienen complementariedad: el pensamiento abstracto existe como una noción transubjetiva —todas las posibilidades (presentes y futuras) de una idea— pero, cuando éste es procesado por la cognición subjetiva a través del razonamiento lógico, se colapsa en un aspecto específico y se vuelve una teoría o paradigma.

Una idea que resuena con lo anteriormente expuesto es el concepto filosófico de valor: objetos ideales que no se encuentran en la realidad, pero son vistos como una cualidad en objetos o cosas vistos como valiosos, como otras ideas; tienen validez, pero, a diferencia de las mismas, pueden tener un peso, no obstante, de no ser realizadas, es decir, poseen una pretensión de materializarse.²³ Los valores como objetos ideales son absolutos; un sistema cognitivo, subjetivo y relativo por naturaleza, no puede determinar el contenido de un absoluto aunque pueda declarar su existencia; éstos tienen que ser entendidos no como un estado de las cosas (lo que “es”),

²¹ Mancilla, Roberto, “Introduction to Sociocybernetics part 1: Third Order Cybernetics and a Basic Framework for Society”, *Journal of Sociocybernetics*, vol. 9, núm. 1/2, 2011, disponible en: <http://zaguan.unizar.es/ojs/index.php/rc51-jos/article/view/623>.

²² Zapata Vela, José, *El conocimiento jurídico*, México, Cultura, 1928, p. 30.

²³ Recaséns Siches, Luis, “Human Life, Society and Law: Fundamentals of the Philosophy of Law”, en Ireland, Gordon y Recaséns Siches, Luis (eds.), *Latin American Legal Philosophy*, trad. de Gordon Ireland, Cambridge, Harvard University Press, 1948, pp. 9-18.

TEORIZACIÓN Y MODELAJE DEL DERECHO...

sino como las cosas deberían ser (un “deber ser”), cuyo contenido varía de una persona a otra.

En el contexto de la organización social, la justicia, el derecho y el Estado de derecho son tanto valores como también paradigmas específicos o teorías que pueden estar en conflicto unas con otras. Es importante notar que algunos valores funcionan como condición para la realización de otros: el derecho ayuda a implementar la justicia, y el Estado de derecho se ocupa de la conjunción funcional de ambos.

En el modelo del flujo informacional, el derecho, la justicia y el Estado de derecho interactúan en tres niveles: 1) valores como información; 2) valores como parte de un lenguaje de programación social, y 3) implementación de los valores.

Con respecto al derecho, el primer nivel de interacción tiene sus orígenes en la actividad humana y es generado por dos flujos: uno interno, el cual incluye la aceptación del derecho por parte de quienes están sometidos al mismo, y uno externo que constituye la aceptación colectiva e interacción social.²⁴ Estos flujos interactúan por medio del lenguaje. El derecho es información de control, permite la coordinación del elemento humano de la sociedad al establecer procedimientos que ayudan a organizarlo.²⁵ El derecho puede ser considerado como un algoritmo que busca resolver la siguiente pregunta: ¿cuáles son los procedimientos que deben organizar la interacción social?

A través de la cognición jurídica —el procesamiento de información (por individuos y colectividades) relacionado con la forma de la organización social—, el derecho pasa de este primer nivel a un segundo: el de la sintaxis del lenguaje de programación social. Al mismo tiempo, este tipo de cognición abre paso a la aplicación de procedimientos de organización social que son creados por medio de una estructura hecha de teorías implementadoras del derecho, las cuales son presupuestas por aquellos que lo aplican y, al mismo tiempo, generan nueva información que se retroalimenta a otros niveles.

²⁴ Livas, Javier, *Cibernética, Estado y derecho*, México, Ediciones Guernika, 1988, p. 206.

²⁵ *Ibidem*, pp. 207, 208 y 215.

ROBERTO GUSTAVO MANCILLA CASTRO

Entonces, la generación, aplicación y transmisión de la información jurídica son una cadena de procesos causales circulares que van del primer al tercer nivel y viceversa. Para este propósito, se puede llegar a las dos siguientes conclusiones:

- Toda teoría del derecho busca ordenar y correlacionar las experiencias de seres humanos mientras interactúan con un ambiente (objetos físicos y otros humanos en un contexto social); la realidad social se constituye por medio de estas interacciones.
- Los conceptos comunes de las teorías sociales son estrategias organizadoras que los humanos han desarrollado para ordenar patrones complejos de información potencial.

Todos los niveles de la teoría del derecho se comunican unos con otros por medio de la cognición jurídica, es decir, el procesamiento de información que se usa para estructurar el comportamiento humano (el medio para distinguir una cosa de otra y de darle a lo diferenciado un significado). Los valores morales y políticos luego son incorporados a la información y usados como estrategia para lograr diversas metas, éstas pueden o no tener una naturaleza política. La incorporación de valores es la forma en la que la justicia influye al derecho e interactúa con él en los tres niveles de información: de control, como la semántica del lenguaje de programación social y la justicia como ideología (nivel implementador).

Como información de control, la justicia busca contestar la pregunta “¿cuáles son los valores que deben permear dentro de la organización social?”. En el nivel de programación social, el derecho forma la sintaxis porque establece los procedimientos que deben organizar la vida social, mientras que la justicia forma la semántica porque establece el contenido de los procedimientos, es decir, los valores aplicables. Por último, el aspecto ideológico de la justicia representa los valores contenidos en los diferentes materiales usados por los aplicadores del derecho y resultan en diferentes luchas por reprogramar la sociedad y su contenido total o parcial.

El derecho y la justicia son valores, no puede existir una teoría absoluta sobre los mismos; cada teoría (incluyendo la presente) com-

TEORIZACIÓN Y MODELAJE DEL DERECHO...

prende un aspecto de dicho absoluto, pero nunca su totalidad.²⁶ Otra faceta importante de las teorías occidentales de la justicia es que son autosimilares y pueden ser reducidas a la idea que Trasímaco expresó en la *República* de Platón: la justicia es el dominio del más fuerte.²⁷ Cuando el derecho y la justicia se conjuntan, el primero es transformado por el segundo, se vuelve un juego social en el cual la definición del más fuerte se encuentra sujeta a cambios, diversos grupos buscan transformar dicho criterio de acuerdo con lo que resulte más próximo a sus valores; aquí yace la relación institucional entre derecho, cultura, sociedad y política.

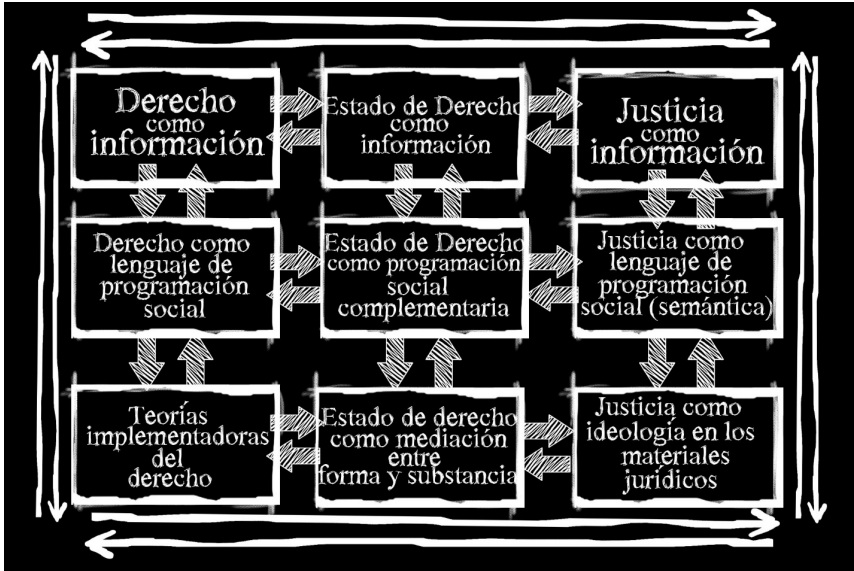
El Estado de derecho es la mediación entre derecho y justicia, en una forma viable, y tiene los mismos tres niveles con algunas variaciones. En el primer nivel es información de control, en el segundo se trata de programación social complementaria, toda vez que derecho y justicia conforman el lenguaje de programación social. El Estado de derecho funciona como un sistema que verifica la adecuación de dicha conjunción. En el último nivel, se entiende como la mediación de forma y sustancia, es decir, la materialización de justicia como ideología y de las teorías implementadas del derecho. Mientras que este último tiende a la existencia y estabilidad del sistema social, y la justicia a su optimización, el Estado de derecho tiende a la adecuación en la conjunción de ambos.

En el modelo informacional, los valores de derecho, justicia y Estado de derecho tienen a la cognición jurídica actualizándolos por medio de la interrelación de sus niveles; una interacción vertical, pero al mismo tiempo existe, entre los niveles de los valores, una interacción horizontal. Todo lo anterior puede expresarse de la siguiente forma:

²⁶ Kelsen, Hans, "What is Justice?", en Kelsen, Hans (ed.), *What is Justice?: Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley, University of California Press, 1960, p.1.

²⁷ Plato, *Republic*, trad. de G. M. A. Grube, C.D.C. Reeve (ed.), Hackett Publishing Company, 1992, pp. 5-14.

ROBERTO GUSTAVO MANCILLA CASTRO



En la práctica, el modelo epistemológico puede ser usado para darle seguimiento a la información general y especializada que circula dentro de una demarcación territorial y su sistema jurídico. La utilidad consiste en determinar si hay estabilidad en un sistema cuando el flujo de información es similar a los valores o procedimientos que se encuentran impregnando las normas; por otro lado, existe cambio cuando hay una divergencia entre la información que circula y aquella consolidada dentro de los materiales jurídicos. También este modelo puede ayudar a rastrear cambios mediante la búsqueda de la información que influencia al sistema a lo largo del tiempo.

Un ejemplo de este sistema puede encontrarse en un resumen aproximado del flujo de la información jurídica en México en dos periodos separados, de 1920 a 1950 y de 1980 a 2010. En el primer periodo, las cosas van como sigue:

TEORIZACIÓN Y MODELAJE DEL DERECHO...

México (1920-1950)			
	Derecho	Estado de Derecho	Justicia
Información de control	Derecho Alemán (teoría jurídica) Derecho Francés (derecho civil y administrativo) Constitucionalismo estadounidense	Énfasis en litigio constitucional para tutelar desigualdades sociales (amparo)	Carlos Marx Escritores socialistas
Lenguaje de programación social	Derecho Alemán (teoría jurídica) Derecho Francés (derecho civil y administrativo) Constitucionalismo estadounidense	Énfasis en litigio constitucional para tutelar desigualdades sociales (amparo)	Socialismo e intervención estatal
Ideología y teorías implementadoras	Normativismo Kelseniano	Sistema normativo estático con contenido social. Constitucionalismo fuerte	Socialismo e intervención estatal

En los primeros treinta años, se puede ver una tutela constitucional fuerte, influencia europea y de legislación socialista con intervención estatal. Lo anterior permea en los tres niveles: el superior declara qué escritos son influyentes y los circula al resto del sistema; el nivel medio comprende el enfoque tomado por la legislación, y el tercero, el tipo general de sistema teórico, advierte la ideología que lo informa y su conjunción. El México de 1920 a 1950 fue un sistema estable porque había similitud en el contenido de los textos académicos y aquel del sistema normativo. Sin embargo, esto no fue así del todo en el siguiente caso:

ROBERTO GUSTAVO MANCILLA CASTRO

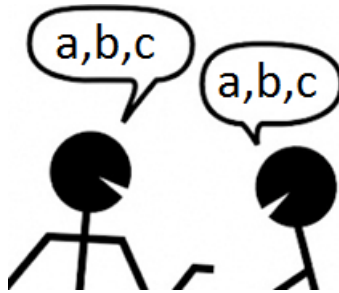
México (1980-2010)			
	Derecho	Estado de Derecho	Justicia
Información de control	Autores europeos y norteamericanos variados. Derechos humanos	Énfasis en la aplicación de tratados de derechos humanos sobre los sistemas jurídicos nacionales. (control de la convencionalidad). Desregulación administrativa	Literatura de derechos humanos. John Rawls. Escritores socialistas diversos.
Lenguaje de programación social	Autores europeos y norteamericanos variados. Derechos humanos	Énfasis en la aplicación de tratados de derechos humanos sobre los sistemas jurídicos nacionales. (control de la convencionalidad). Desregulación administrativa	Derechos humanos. John Rawls. Normas e instituciones de seguridad social sobrantes.
Ideología y teorías imprementadoras	Positivismo diverso y derechos humanos	Derecho administrativo desregulado. Aplicación de tratados de derechos humanos sobre el derecho nacional pero a la par de la constitución. Constitucionalismo atemperado por el derecho internacional de los derechos humanos.	Neoliberalismo y pensamiento de libre mercado

En el segundo caso, hay un cambio del ordenamiento normativo socialista, fuertemente constitucionalista, a uno que se trata más de derechos humanos que constitucionales, ansioso en desregular y establecer un mercado libre, en lugar de tener intervención estatal y derechos sociales fuertemente implementados. En este caso, hay una diferencia entre el contenido del sistema jurídico con el de la doctrina existente, no sólo hay la posibilidad de cambio, sino que la transformación actual puede rastrearse a través del tiempo, una vez que se haga recuento de los acontecimientos históricos del periodo en cuestión.

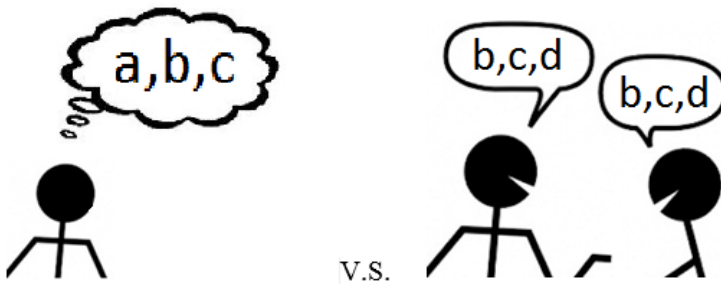
TEORIZACIÓN Y MODELAJE DEL DERECHO...

IV. MODELO IMPLEMENTADOR DEL DERECHO

El modelo implementador del derecho comprende diversas teorías jurídicas y busca mostrar la forma en la que el derecho se manifiesta en la realidad. Estas teorías crean un proceso de comunicación en el siguiente sentido: una teoría del orden normativo comprende los signos en común que permiten el intercambio de información, una teoría de los sujetos del derecho comprende a aquellos que son parte de la comunicación. Lo anterior puede expresarse de la siguiente manera:



Una idea empírica del derecho ayuda a distinguir los signos como se usan en realidad *vis a vis* a como se buscaba que se usaran.



El modelo del orden normativo es el principal componente del orden implementador, los sujetos del derecho deben ser mencionados por una norma para tener ese carácter, y el “derecho en los libros” se encuentra dentro de los materiales jurídicos existentes. Las normas,

ROBERTO GUSTAVO MANCILLA CASTRO

definidas como un proyecto de realidad, permiten la cognición jurídica y la comunicación, es decir, una realidad hipotética a la cual la realidad social existente debe moldearse. Al mismo tiempo, porque se manifiestan en la realidad, las normas forman parte de la realidad y, por ende, su sola existencia afecta a la realidad social.

Un orden normativo es un sistema que intenta moldear la realidad social a sus mandatos. Para este propósito, se aplica constantemente este orden y resulta en su interpretación y, algunas veces, modificación para poder adaptarse a los cambios en tales circunstancias. Sus elementos son los siguientes: 1) la norma jurídica; 2) su aplicación; 3) la interpretación resultante, enmienda o cambios informales resultantes de la aplicación, retroalimentados a la norma y que la cambian. El orden normativo es estático y dinámico a la vez, es tanto un depositario de información (normas jurídicas) y el proceso por medio del cual cambian las normas (aplicación, interpretación, reforma y cambio informal).

Las perspectivas clásicas de la norma jurídica establecen dos elementos: hipótesis normativa y una situación hipotética que, de ser cumplida, trae consigo una consecuencia jurídica; estas normas se organizan en una relación jerárquica y estricta donde la norma superior determina la validez de la inferior, y ultimadamente la norma más alta descansa sobre una presuposición de validez (La *Grundnorm* kelseniana o la *Rule of Recognition* de Hart). Además, en estas concepciones de la norma, se establecen solamente deberes, es decir, lo que debe ser, y se recurre a la siguiente fórmula: "Si A es, debe ser B".²⁸

Este tipo de concepción de la norma no toma en cuenta muchos aspectos que el *Law and Society* ha entendido como importantes: 1) la norma se entiende como un mandato hipotético, donde debería también entenderse como un aspecto de la realidad, pues cuando la norma es publicada, su sola existencia puede provocar que sus receptores tomen medidas para aceptar o rechazar su contenido; 2) los convencionalismos, la moral y las reglas sociales pueden afectar la implementación de normas, y el formalismo jurídico minimiza

²⁸ Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*, trad. De Michael Hartney, Nueva York, Oxford University Press, 1990, pp. xxxii, xxxviii, 1.

TEORIZACIÓN Y MODELAJE DEL DERECHO...

o ignora esta influencia; 3) los receptores de la norma, por lo general, crean una narrativa de cumplimiento que puede ser aprobada por las autoridades (endogeneidad jurídica).²⁹

Tomando en cuenta esto, en mi idea, la norma jurídica comprende dos elementos:³⁰ 1) endonorma, es decir, el núcleo de la norma constituido por hipótesis y consecuencia normativa, y 2) perinorma, los aspectos sociológicos de la norma que determinan su validez, éstos consisten en convencionalismos y reglas sociales que rodean las normas, su aplicación y también las morales que rodean su aplicación y aceptación.

Como proyectos de realidad, las normas pueden tener tres tipos de contenido: 1) cuando las reglas norman el comportamiento directamente, pueden ser deónticas, establecen un “deber ser” y son sujetas a la posibilidad de violación; éstas pueden ser expresadas por la siguiente fórmula: “si A es, debe ser B”. Ejemplo: “si se comete un robo, la sanción debe ser...”;³¹ 2) las reglas técnico convencionales son aquellas que deben ser observadas necesariamente para que una acción sea considerada como legal o válida, establecen un “tener que”. Se pueden formular de la siguiente forma: “Para A, haz B”. Un ejemplo de este tipo de normas puede encontrarse en la expedición de un documento público como lo es un pasaporte: “para obtener un pasaporte, cumpla con los siguientes requerimientos...”.³² Por último, 3) las reglas ónticas establecen un “ser”, es decir, la existencia de elementos del sistema jurídico; son mantenidas por las creencias de todas las personas que constituyen la sociedad,³³ se pueden formular como “X cuenta como Y en el contexto C”.³⁴ El dinero es

²⁹ Edelman, Lauren *et al.*, “The Endogeneity of Legal Regulation: Grievance Procedures as Rational Myth”. *American Journal of Sociology*, vol 5, núm. 2, 1999, pp. 406-54.

³⁰ Se adopta la terminología usada por Cossío, pero se le adscribe un significado completamente diferente.

³¹ Kelsen, *op cit.*, pp. xxxii, xxxviii, 1.

³² Robles, Gregorio, *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de teoría analítica del derecho*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, 1982, p. 41.

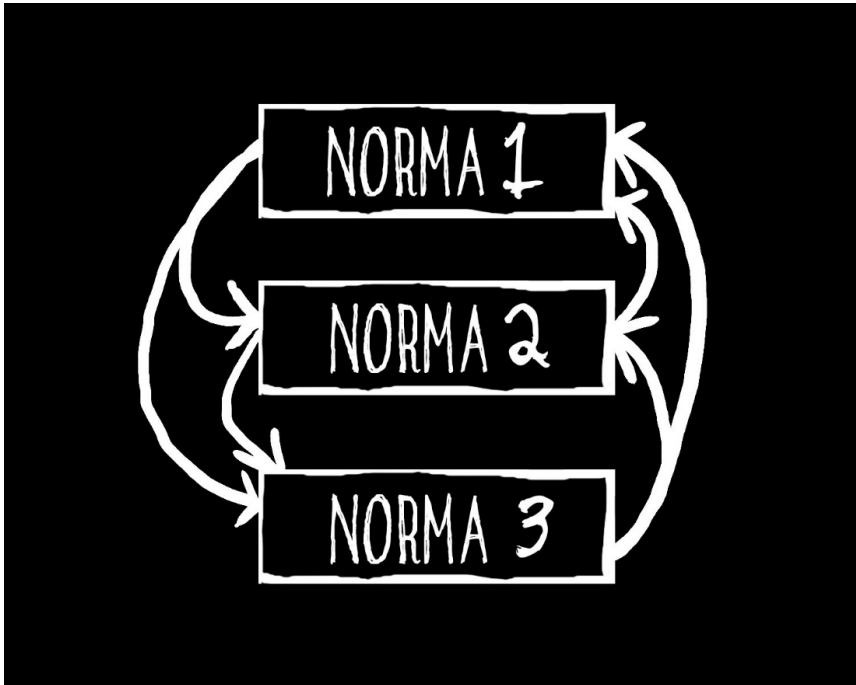
³³ *Idem.*

³⁴ Tomada de John Searle. Véase Searle, John, *Making the Social World*, Oxford

ROBERTO GUSTAVO MANCILLA CASTRO

un buen ejemplo de lo anterior, puesto que existe debido a que una norma lo declara y continúa existiendo porque hay una asignación de valor continuada, por ejemplo: “El dólar cuenta como moneda de cambio en el contexto de los Estados Unidos de América”.

Tomando en cuenta la causalidad circular y la autorreferencia, uno no puede entender la jerarquía jurídica como una relación lineal estricta entre normas superiores e inferiores, sino como una cadena de procesos causales circulares donde se da una influencia mutua. Van Heocke describe lo siguiente: “Circularidad implica que las normas superiores dentro de la jerarquía de un sistema jurídico no sólo determinan a las inferiores, sino también, a su vez son determinadas por éstas”.³⁵ Esto puede expresarse de la forma siguiente:

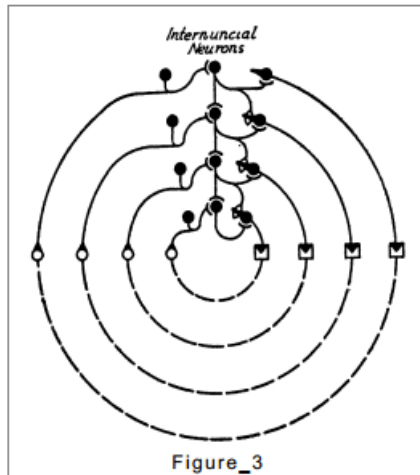


University Press, 2010; *The Construction of Social Reality*, Nueva York, Free Press, 1995.

³⁵ Hoecke, Mark van, *Law as Communication*, Oxford, Hart Publishing, 2002, pp. 37 y 38.

TEORIZACIÓN Y MODELAJE DEL DERECHO...

La idea de la jerarquía normativa comprende una ilusión de rigidez estructural. A medida en que las normas jurídicas se relacionan unas con otras, por medio de la aplicación jurídica, los sistemas normativos funcionan de forma heterárquica. Una heterarquía es una forma de organización donde no hay una organización rígida, más bien la organización varía de acuerdo con lo que dicten las circunstancias. El término fue creado por Walter McCulloch, en 1945. En este estudio, se comprueba que el cerebro humano se encuentra organizado de forma heterárquica. La siguiente ilustración es un circuito neural, que se considera heterárquico:³⁶



En una heterarquía jurídica, las normas superiores se relacionan con las inferiores al condicionarles su existencia por virtud de su contenido. Por ejemplo, una norma constitucional no puede ser contradicha por normas secundarias, y existe el control constitucional para invalidarlas si se llega a dar el caso. Las normas inferiores se relacionan a las superiores al aplicarlas y expandir su contenido por medio del suyo, tal como lo dijo Van Hoecke; pero las normas inferiores pueden ser usadas para expandir el contenido de la superior

³⁶ Sturgis McCulloch, Warren, *A Heterarchy of Values Determined by the Topology of Nervous Nets*, disponible en: http://vordenker.de/ggphilosophy/mcculloch_heterarchy.pdf.

ROBERTO GUSTAVO MANCILLA CASTRO

más allá de sus parámetros establecidos e incluso puede modificarlas sin que medie un procedimiento de reforma (mutación jurídica o cambio informal). Sin embargo, a pesar de la existencia de instrumentos para declarar como ilegales o inconstitucionales a las normas inferiores, hasta el momento que esto suceda (si es que llega a pasar), la norma inferior se encuentra modificando a la superior.

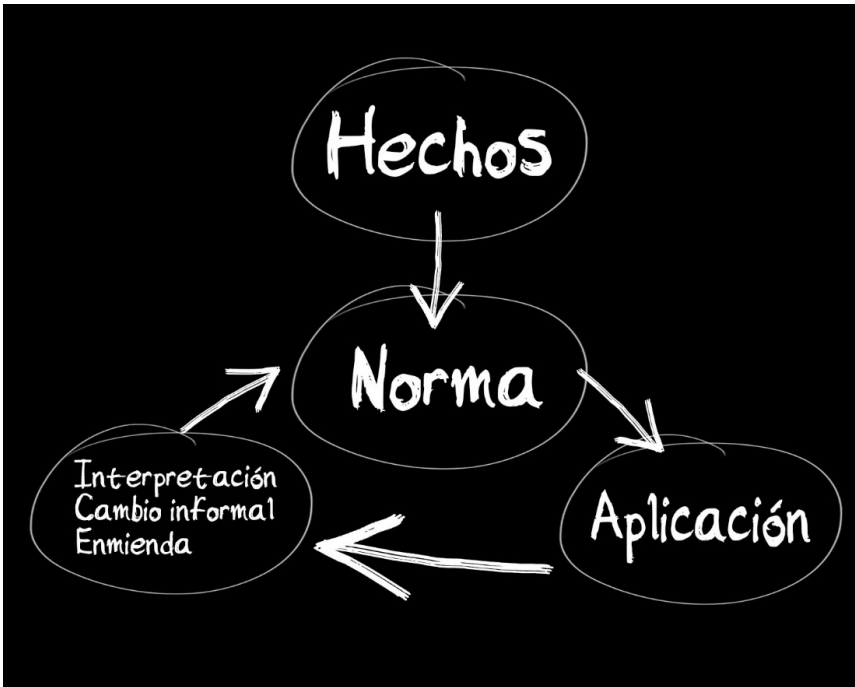
Respecto de los sujetos del derecho, los sistemas sociales como procesadores de informaciones pueden incurrir en una comunicación masiva; las personas que lo comprenden pueden comunicarse unas con otras en un nivel individual, además de tener la posibilidad de ser miembros de distintas personas morales a la vez. En mi entendimiento teórico del derecho,³⁷ establezco que la división entre lo público y lo privado es insuficiente para comprender la complejidad actual de las relaciones sociales y, por ello, propongo dos tipos de personas jurídicas: móviles y geográficas. Las primeras son aquellas que tienen dominio sobre una extensión geográfica y generan las reglas que los gobiernan, mientras que las segundas son individuos o grupos de individuos capaces de realizar diferentes actividades a través de una o varias extensiones geográficas y, aunque no generan reglas territoriales, su campo óptico práctico se encuentra dentro de los individuos que la comprenden.

Cuando la norma se aplica, sus alcances deben ser interpretados, sin embargo, una vez que la interpretación es insuficiente, puede haber un cambio que se encuentre fuera del procedimiento de reforma. En este caso, hay una reconstrucción normativa que permite incorporar nuevos significados a la norma.³⁸ Todo esto puede expresarse mediante el siguiente esquema:

³⁷ Mancilla, Roberto, "The Inadequacy of the Public/Private Distinction as a Challenge for Constitutionalism in the XXI Century". A publicarse en 2017 en la revista *Global Jurist*, en su número especial "Law and Boundaries 2014", editorial DeGruyter.

³⁸ Gimeno Presá, María Concepción, "Normas y significado. Una aproximación desde la filosofía de Wittgenstein", en Bonorino, Pablo Raúl, *El derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*, Lima, ARA Editores, 2010, pp. 257 y 263; Mondugno, Franco, *Teoría de la interpretación jurídica*, Querétaro, FUNDAP, 2004, p. 18.

TEORIZACIÓN Y MODELAJE DEL DERECHO...



Para ejemplificar el funcionamiento del modelo del orden normativo, permítaseme ofrecer al lector un chiste conocido entre los litigantes: Moisés se encontraba dándole los mandamientos del Señor al pueblo de Israel y a medida que mencionaba cada una de estas reglas, era abucheado cada vez más por la multitud. En el momento en que daba el último mandamiento al pueblo, al borde del disturbio, les dice: “Tranquilos muchachos, tranquilos; falta ver lo que dicen los jueces”. Ninguna ley es inmutable o infalible, pues todas ellas se encuentran sujetas a interpretación.

Tomemos los siguientes mandamientos como ejemplo y veamos cómo se pueden desarrollar en conjunto a manera de sistema:

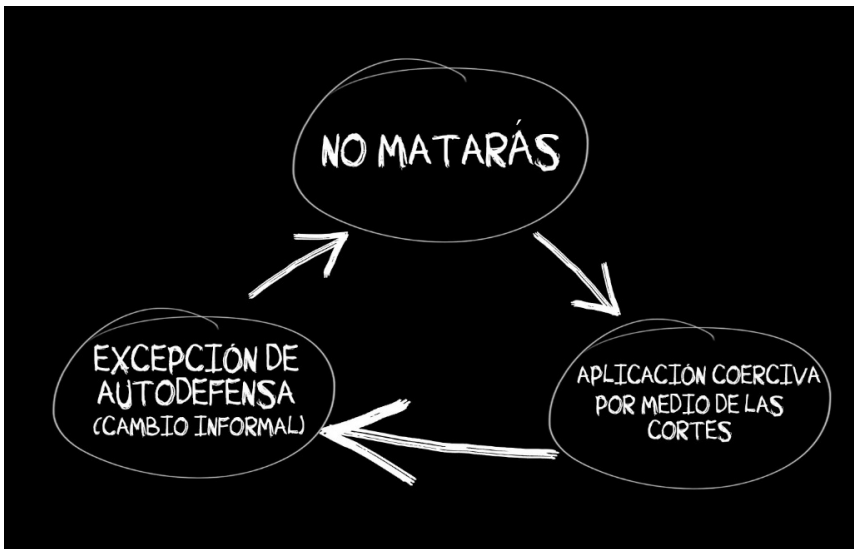
- No matarás.
- No robarás.
- No codiciarás... cosa alguna de tu prójimo.

ROBERTO GUSTAVO MANCILLA CASTRO

En las legislaciones penales de todo el mundo, existen numerosas excepciones a la prohibición de robar y matar, mientras que la prohibición de codicia es una de naturaleza moral, más que un crimen, pero por diversión, digamos que si uno puede probarlo, codiciar puede ser considerado como una tentativa de robo y, por ello, es punible. Veamos lo que las cortes tienen que decir al respecto. Imaginemos que éstas encontraron como excepción de homicidio a la autodefensa y el resguardo de otros, y en el caso del robo, el hurto famélico; por otro lado, también encontraron que codiciar no se puede tener como un crimen, sino que resulta más una regla moral. Los tres mandamientos se verían de esta forma:

- No matarás.
 - o Excepto en autodefensa.
 - o Excepto para salvar a otros.
- No robarás.
 - o Excepto en caso de hambre o enfermedad que amenace la vida.

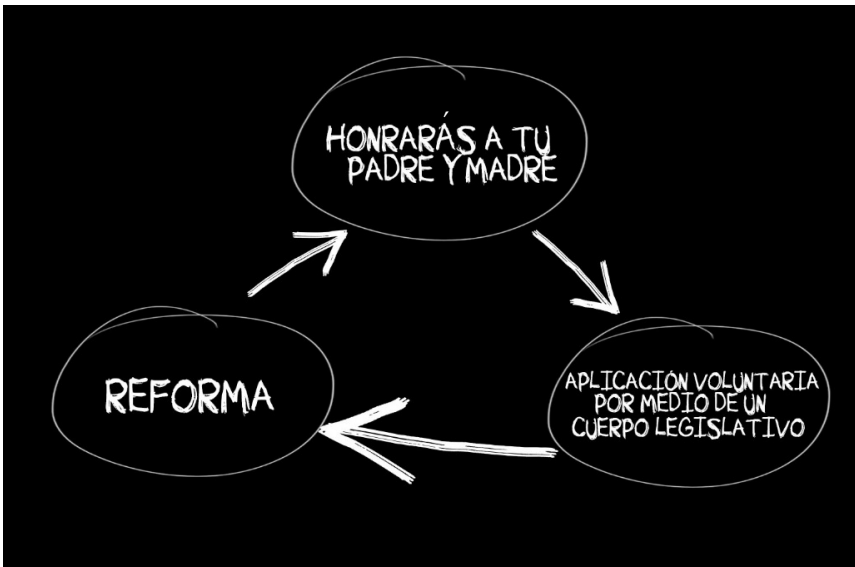
El proceso de aplicación normativa se ejemplificaría de la forma siguiente:



TEORIZACIÓN Y MODELAJE DEL DERECHO...



Digamos que hay otro mandamiento, “Honrarás a tu padre y madre”, y recientemente ha sido incorporado al sistema jurídico; el proceso de reforma procede de la forma siguiente:



ROBERTO GUSTAVO MANCILLA CASTRO

Supongamos que este nuevo mandamiento tiene también un par de excepciones. Digamos que un padre golpea a una madre y a su hijo o hija, honrando a la madre, su vida e integridad física, lesiona o mata al padre y las cortes no sancionan este comportamiento. El sistema normativo quedaría compuesto de la forma siguiente:

- Honrarás a tu padre y madre
 - o Excepto para salvaguardar la vida o bienestar de uno contra las agresiones del otro.
- No matarás.
 - o Excepto en autodefensa.
 - o Excepto para salvar a otros.
- No robarás.
 - o Excepto en caso de hambre o enfermedad que amenace la vida.

Complicuemos el ejemplo un poco más e imaginemos que “No robarás” es un mandato que se encuentra en legislación regular, mientras que los otros dos son parte de la Constitución:

- 1) No matarás.
- 1) Honrarás a tu padre y madre.
- 2) No robarás.

Cuando se interpretan normas que poseen la misma jerarquía, a veces las circunstancias favorecen la interpretación de los principios de una sobre la otra, pero eso no significa que en lo general una tenga mayor nivel que la otra, sólo en ese contexto específico. Regresando al caso en el que el hijo mata al padre que golpea a la madre mientras la defiende, la jerarquía podría ser la siguiente:

- 1)
 - a) Honrarás a tu padre y madre
 - b) No matarás.
- 2) No robarás.

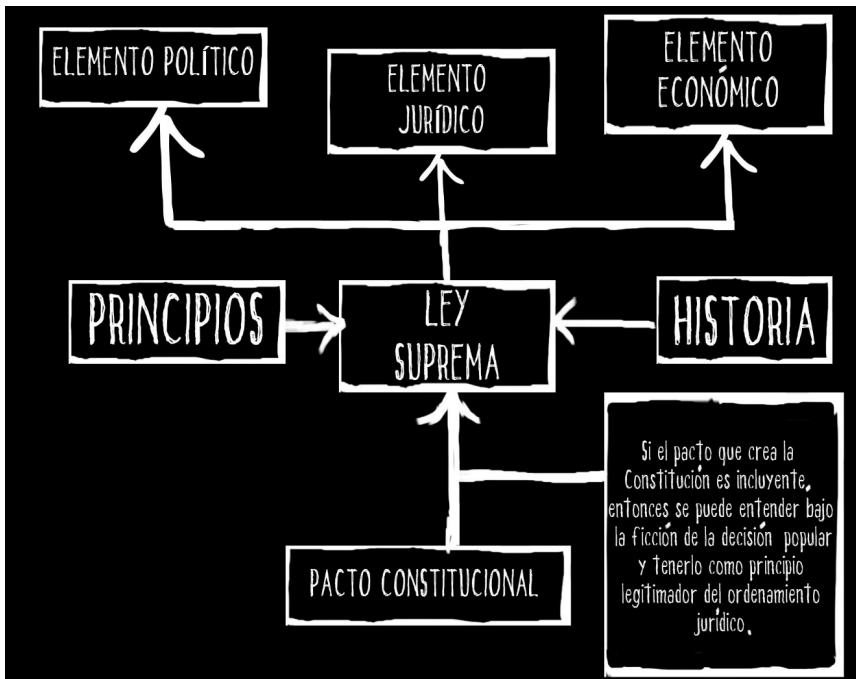
Lo anterior es una simplificación de los sistemas jurídicos, pero su dinámica esencial se encuentra comprendida por estos ejemplos,

TEORIZACIÓN Y MODELAJE DEL DERECHO...

donde una jerarquía linear puede ser vista con facilidad. En sistemas jurídicos más complejos, hay una circularidad donde la norma superior determina la de la inferior, esta última siendo ilícita o inconstitucional cuando violan el contenido de la primera; sin embargo, la ley superior es inútil si no cuenta con legislación inferior que implemente sus mandatos.

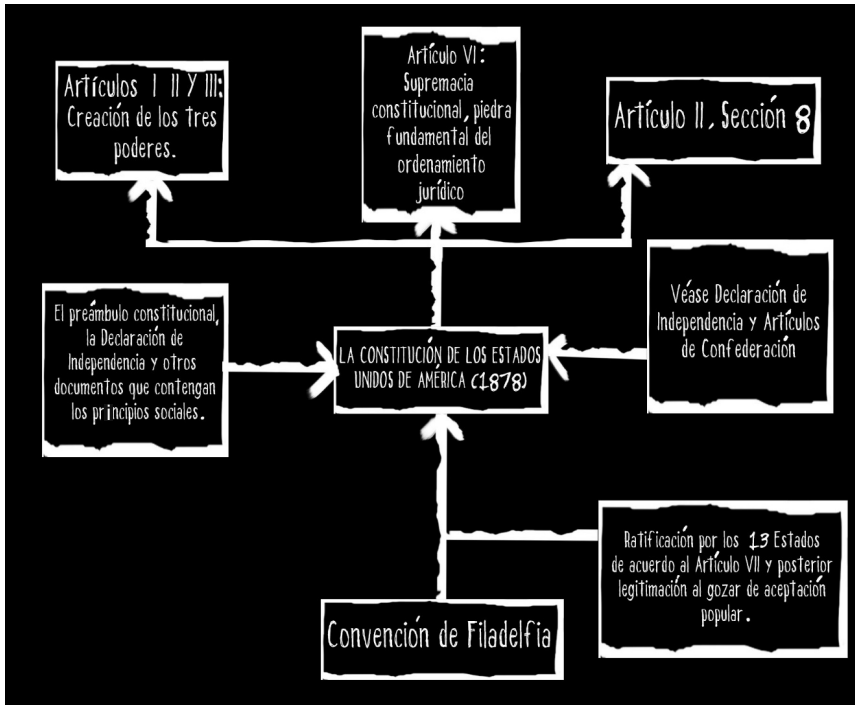
Expondré un segundo ejemplo relacionado sobre cómo un sistema jurídico de mayor tamaño podría encontrarse estructurado. No me centraré en los aspectos de la aplicación, en vez de ello, me enfocaré en cómo se organizan. Para esto usaré un modelo de la Constitución como ley autorreferencial que comprende aspectos económicos, históricos, políticos, sociológicos, jurídicos, dentro de un Estado con una jerarquía definida y sujeto de aplicación de implementación.

Haré la más simple de las correlaciones de este modelo con el texto de la Constitución de los Estados Unidos de América, pues algo más complejo necesitaría un capítulo o incluso un libro. El modelo básico es el siguiente:



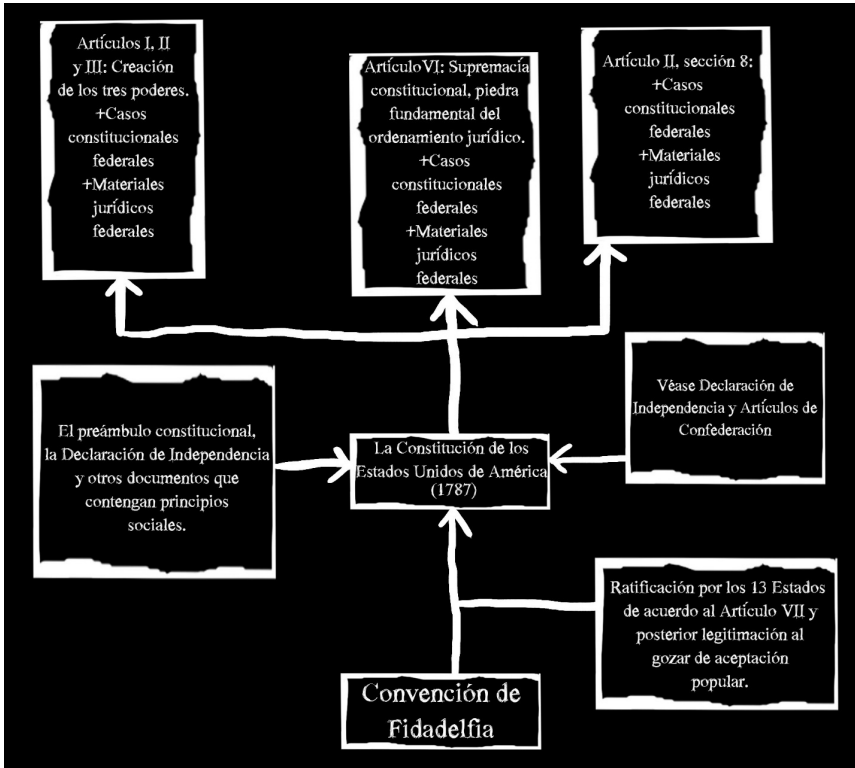
ROBERTO GUSTAVO MANCILLA CASTRO

La correlación del modelo con la Constitución de Estados Unidos se puede expresar de la forma siguiente:



En lugar de exponer un ejemplo muy estático, estableceré en el siguiente esquema la forma cómo las otras fuentes del derecho en Estados Unidos se relacionan con la Constitución. Sin embargo, sólo haré una mención breve y no una correlación con algún material o caso en específico, puesto que hay demasiados para hacer una correlación básica tal y como lo hice con los artículos constitucionales. Para realizar esto, pondré en negritas el material jurídico una vez que se toma en cuenta la aplicación jurídica y después especificaré los distintos tipos de fuentes en los Estados Unidos y la jerarquía que guardan.

TEORIZACIÓN Y MODELAJE DEL DERECHO...



Los casos federales que pongo en la correlación son aquellos en lo que existe una interrelación constitucional. Esta distinción es importante porque el *caselaw* estadounidense que interpreta una ley guarda la misma jerarquía que la norma. Entonces, los casos federales que interpretan la Constitución son una extensión de la misma.³⁹

En los Estados Unidos las fuentes del derecho son las siguientes: legislación (estatal y federal), comprende las Constituciones estatales y federal, artículos, tratados, reglas de las cortes y de las agencias administrativas; casos (estatales y federales), pueden ser judiciales (casos de derecho común y aquellos que interpreten legislación) y administrativo (decisiones de agencias); por último, están las auto-

³⁹ Conelly, Allison, *The Sources of Law*. University of Kentucky College of Law, disponible en: http://www.law.uky.edu/files/docs/clinic/sources_of_the_law.pdf.

ROBERTO GUSTAVO MANCILLA CASTRO

ridades secundarias. La jerarquía que guardan las fuentes una con otra es la siguiente:⁴⁰

- 1) Constitución de los Estados Unidos de América.
- 2) Leyes federales, tratados y reglas de funcionamiento de las cortes.
- 3) Reglas de las agencias administrativas.
- 4) Casos federales.
- 5) Constituciones estatales.
- 6) Legislación estatal y reglas de cortes.
- 7) Reglas de agencias administrativas estatales.
- 8) Casos estatales.
- 9) Autoridades secundarias.

La importancia de la integración teórica que realizo reside en el hecho de que los estudios empíricos pueden ser usados para observar el impacto real de los diversos materiales jurídicos en la realidad social, con el fin de asegurar una visualización más clara de la información presente. Uno podría correlacionar todos los estudios empíricos y materiales jurídicos con base en la aplicación (qué material interpreta o cambia a cuál otro) y la jerarquía que guardan (superior-inferior), y, después de hacer esto, uno podría visualizarlo de diferentes formas.

Si a este modelo uno le agrega el modelo de flujo de información, puede verse si las ideologías y teorías que circulan entre los practicantes y académicos convergen o divergen a aquella que permea el material existente y entonces determinar si hay un movimiento hacia el cambio o la estabilidad del sistema.

Respecto de los sujetos del derecho, en mi teoría digo que la distinción entre público y privado es insuficiente para comprender la complejidad de las relaciones sociales actuales. Por esta razón, propongo dos tipos de personas jurídicas: móviles y geográficas. Las últimas son aquellas que tienen dominio sobre una extensión espacial y generan reglas que gobiernan sobre la misma, mientras que las primeras son los individuos o asociaciones de individuos con la

⁴⁰ *Idem.*

capacidad de realizar diferentes actividades dentro de extensiones geográficas y no generan reglas territoriales.

V. LA UTILIDAD Y NOVEDAD DEL PRESENTE ENFOQUE

Ahora que mi esbozo de teoría del derecho ha sido puesto a consideración del lector, es necesario señalar las formas en las que es más comprensiva y exhaustiva que otros enfoques. Mencionaré brevemente también la posibilidad de usar esta teoría para el modelaje a computadora de sistemas jurídicos.

Las teorías del derecho varían en su contenido debido a que diferentes autores hacen énfasis en determinados aspectos. Mi teoría es compuesta, en su naturaleza, dentro de ella establezco diferentes subteorías que comprenden reformulaciones de las teorías anteriores, así como innovación y divergencias. Construyo una teoría de la norma en las que hay reglas ónticas, técnicas y deónticas manifestadas a través de un hecho; éstas están sujetas a la aplicación y aceptación de la realidad social que intentan modificar. Por ello, las normas tienen un núcleo que consiste en una hipótesis, una consecuencia y una periferia que comprende moralidad, reglas sociales y costumbres.

Las normas son entonces aplicadas, de forma voluntaria o coercitiva, por una persona móvil o geográfica y resultan en una enmienda, interpretación o cambio informal, y se retroalimenta entonces a la norma y forma parte de ella; todo esto dentro de la dinámica de un juego. Trato de innovar dentro del normativismo porque llevo a cabo una configuración más fluida o dinámica. También construyo una teoría del flujo epistemológico (dentro del derecho, justicia y Estado de derecho) que constituye la base de la interrelación de todas estas teorías.

Resumiendo, mi teoría puede ayudar a los académicos a entender y analizar problemas socio-jurídicos en una forma más profunda de lo logrado anteriormente porque es más amplia debido a su uso de procesos causales circulares, autorreferencia y recursión; lo anterior la hacen cercana a sistemas computarizados y le permite crear modelos sujetos a aplicación práctica.

ROBERTO GUSTAVO MANCILLA CASTRO

VI. CONCLUSIÓN: *LAW AND SOCIETY* Y LA INFORMÁTICA JURÍDICA. UNA PROPUESTA DE MATRIMONIO

La teoría y la práctica guardan una relación complementaria. La primera ayuda a darle coherencia a un conjunto de prácticas al describir su interacción de una forma más abstracta, ésta ayuda a evitar conflictos entre perspectivas que surgen de la naturaleza relativa de cada opinión, mientras que la última informa el contenido, método y limitaciones de la teoría. Este mismo caso se da entre mi teoría y la tradición jurídica del *Law and Society*.

Por un lado, esta teoría del derecho, con su uso de causación circular, autorreferencia y otros conceptos, puede dar una nueva perspectiva a practicantes de este movimiento sobre cómo los sistemas sociales funcionan en general. Puede también transmitir un modelo de derecho que puede ser aplicado a la práctica por medio de la correlación del rastreo del flujo de la información sobre derecho, justicia y Estado de derecho en un sistema social, de los materiales por medio de la jerarquía y la forma en que se modifican unas a otras, el contraste entre un ideal y la realidad existente para determinar la medida de la aplicación normativa y la implementación de valores.

Esta teoría no sólo es un esquema heurístico abstracto, más bien cuando uno correlaciona estos modelos, puede verse la estructura completa de un sistema jurídico por medio del estudio de la información que fluye de él y a él; puede ser usado para observar si se aplican sus normas o no y cuánto de ello se conforma con un estándar ideal de calidad. Todo esto constituye un modelo del derecho dentro de una extensión geográfica, la cual, de ser utilizada, puede ayudar a los practicantes a tener una imagen más completa posible del derecho: asegurar mayor precisión en la práctica de estudios empíricos.

Por el otro lado, la tradición del *Law and Society* es el elemento crucial que ayuda a poner este esquema en práctica: Por medio del mismo, uno puede determinar el flujo de información, perfecto para la correlación de materiales jurídicos y llevar a cabo el diagnóstico del sistema jurídico al determinar la realidad existente, que después es contrastada con un ideal.

TEORIZACIÓN Y MODELAJE DEL DERECHO...

Al hacer uso de los conceptos de causación circular, autoorganización y autorreferencia, creados en el contexto de la cibernética, pero que son esenciales en la informática, tomo ventaja de las convergencias entre programación de computadora e interacción social —ambas son procesos de comunicación— para poder crear modelos a computadora del derecho en una forma que resulte útil en una dimensión práctica.

VII. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- BOURGINE, Paul y LESNE, Annick (eds.), *Morphogenesis. Origins of Patterns and Shapes*, Nueva York, Springer, 2006
- BRIER, Soren, *Cybersemiotics, Why Information is not Enough*, Toronto, Toronto University Press, 2008
- EDELMAN, Lauren y SUCHMAN, Mark, "Legal Rational Myths: The New Institutionalism and the Law and Society Tradition", *Law & Social Inquiry*, Berkeley, vol. 21, núm. 4. 1996.
- EDELMAN, Lauren *et al.*, "The Endogeneity of Legal Regulation: Grievance Procedures as Rational Myth", *American Journal of Sociology*, vol. 5, núm. 2, 1999.
- FEELEY, Malcolm, "Hollow Hopes, Flypaper, and Metaphors", *Law & Social Inquiry*, Berkeley, vol. 17, núm. 4. 1992.
- FOERSTER, Heinz von, *Understanding Understanding: Essays on Cybernetics and Cognition*, Nueva York, Springer, 2003.
- GIMENO PRESÁ, María Concepción, "Normas y significado. Una aproximación desde la filosofía de Wittgenstein", en BONORINO, Pablo Raúl (ed.), *El derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*, Lima, ARA Editores, 2010.
- HOECKE, Mark van, *Law as Communication*, Oxford, Hart Publishing, 2002.
- HUDSON, Christopher G., *Complex Systems and Human Behavior*, Lyceum Books, 2010.
- KADUSHIN, Charles, *Understanding Social Networks. Theories, Concepts and Findings*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

ROBERTO GUSTAVO MANCILLA CASTRO

- KELSEN, Hans, "What is Justice?", en KELSEN, Hans (ed.), *What is Justice?: Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley, University of California Press, 1960.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Norms*, trad. de Michael Hartney, Nueva York, Oxford University Press, 1990.
- LIVAS, Javier, *Cibernética, Estado y derecho*, México, Ediciones Guernika, 1988.
- MANCILLA, Roberto, "The Inadequacy of the Public/Private Distinction as a Challenge for Constitutionalism in the XXI Century". A publicarse en 2017 en la revista *Global Jurist*, en su número especial "Law and Boundaries 2014", editorial DeGruyter.
- MONDUGNO, Franco, *Teoría de la interpretación jurídica*. Querétaro, FUNDAP, 2004.
- PLATO, *Republic*, trad. de G. M. A. Grube, C. D. C. Reeve (ed.), Hackett Publishing Company, 1992.
- POUND, Roscoe, "Law in Books and Law in Action", *American Law Review*, vol. 44, núm. 12, 1910.
- RECASÉNS Siches, Luis, "Human Life, Society and Law: Fundamentals of the Philosophy of Law", en IRELAND, Gordon y RECASÉNS SICHES, Luis (eds.), *Latin American Legal Philosophy*, trad. de Gordon Ireland, Cambridge, Harvard University Press, 1948.
- ROBLES, Gregorio, *Las reglas del derecho y las reglas de los Juegos. Ensayo de Teoría analítica del derecho*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, 1982.
- SCOTT, W. Richard y DAVIS, Gerald F., *Organizations and Organizing*, Pearson, Prentice Hall, 2007
- SEARLE, John, *Making the Social World*, Oxford University Press, 2010.
- SEARLE, John, *The Construction of Social Reality*, Nueva York, Free Press, 1995.
- SELZNICK, Phillip, "Jurisprudence and Social Policy: Aspirations and Perspectives", *California Law Review*, Berkeley, vol. 68, núm. 12, 1980.

TEORIZACIÓN Y MODELAJE DEL DERECHO...

- TWINING, William, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009.
- VARELA, Francisco *et al.*, *The Embodied Mind. Cognitive Science and Human Experience*, Cambridge, MIT Press, 1993.
- WIENER, Norbert, *Cybernetics: or Control and Communication in the Animal and the Machine*, 2a. ed., Cambridge, MIT Press.
- ZAPATA VELA, José, *El conocimiento jurídico*, México, Cultura, 1928.

Electrónicas

- CONELLY, Allison, *The Sources of Law*, University of Kentucky College of Law, disponible en: http://www.law.uky.edu/files/docs/clinic/sources_of_the_law.pdf.
- HEYLIGHEN, Francis y Joslyn, Cliff, *Cybernetics*, disponible en: www.c3.lanl.gov/pub/users/joslyn/encs2.pdf.
- MANCILLA, Roberto, "Introduction to Sociocybernetics part 1: Third order cybernetics and a basic framework for society". *Journal of Sociocybernetics*, vol. 9, núm. 1/2, 2011, disponible en: <http://zaguan.unizar.es/ojs/index.php/rc51-jos/article/view/623>
- MANCILLA, Roberto, "Introduction to Sociocybernetics part 2: Power, Culture and Institutions", *Journal of Sociocybernetics*, vol. 10, núm.1-2, 2012, disponible en: <http://zaguan.unizar.es/ojs/index.php/rc51-jos/article/view/625>.
- MCCULLOCH, Warren Sturgis, *A Heterarchy of Values Determined by the Topology of Nervous Nets*, disponible en: http://vordenker.de/ggphilosophy/mcculloch_heterarchy.pdf.
- National Oceanic and Atmospheric Administration, *A Paleo Perspective on Abrupt Climate Change*, disponible en: <http://www.ncdc.noaa.gov/paleo/abrupt/story2.html>.
- Principia Cybernetica Web*, "Feedback", disponible en: <http://pespmc1.vub.ac.be/FEEDBACK.html>.

H. L. A. HART: VIDA Y CONTEXTO FILOSÓFICO*

THE LIFE AND PHILOSOPHICAL CONTEXT OF H. L. A. HART

Francisco M. MORA SIFUENTES**

*You know he's a positivist,
but he's quite a nice man...¹*

Resumen:

En este trabajo se ofrece un bosquejo biográfico de H. L. A. Hart así como una reconstrucción del contexto cultural y filosófico en el que forjó su pensamiento. En la primera parte se proporcionan los datos más relevantes de su biografía, entre los que destaca su participación en los servicios de inteligencia durante la Segunda Guerra Mundial. Posteriormente, el trabajo incursiona en el panorama filosófico británico de principios del siglo XX, durante la llamada revuelta anti-idealista, que es donde se ubican los orígenes de la moderna filosofía analítica. Es allí donde encontramos los antecedentes del método filosófico de Hart; concretamente, en la corriente de la filosofía del lenguaje ordinario encabezada por J. L. Austin. El autor concluye con una serie de testimonios del propio Hart donde se evidencia lo anterior y plantea algunos temas para futuras investigaciones.

Palabras clave:

H. L. A. Hart, biografía, revuelta anti-idealista, filosofía analítica, filosofía del lenguaje ordinario.

* Artículo recibido el 20 de febrero de 2018 y aceptado para su publicación el 31 de julio de 2018.

** Profesor-investigador de tiempo completo. Departamento de Derecho. Universidad de Guanajuato (México). Miembro del SNI-Conacyt (Nivel 1) y del Cuerpo Académico "Democracia, Sociedad Civil y Libertades". Contacto: *fm.mora@ugto.mx*

¹ La anécdota es del propio Hart quien dijo que escuchó a alguien referirse a su persona en esos términos durante su visita a Harvard. Véase Sugarman, David, "Hart Interviewed: H. L. A. Hart in Conversation with David Sugarman", *Journal of Law and Society*, vol. 32, núm. 2, 2005, p. 279.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

Abstract:

This work has two aims: to sketch a biography of H. L. A. Hart and to reconstruct the cultural and philosophical context in which his thought developed. The first part provides the most relevant data of his biography: his participation in intelligence services during World War II. Subsequently, the work addresses the British philosophical landscape of the early twentieth century, when the so-called anti-idealist revolt took place, and when modern analytic philosophy was born. It is there, more precisely, in the stream of ordinary language philosophy headed by J. L. Austin, where the background of Hart's philosophical method can be found. I conclude with some testimonies of Hart to illustrate the above-mentioned claims and propose some topics for further research.

Keywords:

H. L. A. Hart, Biography, Anti-idealist Revolt, Analytic Philosophy, Ordinary Language Philosophy.

H. L. A. HART: VIDA Y CONTEXTO FILOSÓFICO

SUMARIO: I. *Introducción* II. *Bosquejo biográfico* III. *Aproximación a su contexto: revuelta anti-idealista y filosofía analítica* IV. *A modo de conclusión*. V. *Bibliografías*.

I. INTRODUCCIÓN

En el curso académico 1956-57 un ex agente de inteligencia y profesor británico pasó un año en la Universidad de Harvard como *visiting scholar*. El dato revelador es que la invitación le fue hecha para incorporarse a las actividades tanto de la Escuela de Derecho como a las del Departamento de Filosofía. Eran años difíciles. Concluida la Segunda Guerra Mundial y librada Europa (y el mundo) del yugo del nazismo, surgieron cuestionamientos de cómo fue posible que un mal tan radical se hubiera afianzado en Alemania, uno de los pináculos culturales de Occidente. Por razones obvias, el gremio de los juristas fue llamado a rendir cuentas, pero no sólo ellos. Durante mucho tiempo se acusó a los teóricos positivistas de pasividad, e incluso de complicidad, ante los graves desmanes cometidos por los lugartenientes de Adolf Hitler —la máxima *Gesetz als Gesetz*, se pensaba, nos colocó frente al abismo totalitario—. Contra corriente en esos días turbulentos, el profesor en cuestión siempre se dijo incardinado dentro de la tradición de pensamiento jurídico positivista, sujeto a severa crítica como lo estaba.

En pleno *revival* de doctrinas de derecho natural, H. L. A. Hart se batió en defensa del positivismo jurídico, de la distinción entre el “derecho que es” y el “derecho que debe ser” considerada durante mucho tiempo el núcleo de dicha posición. Y pasados los años, el juicio sobre su producción intelectual es casi unánime: estamos ante el teórico del derecho más grande de la segunda parte del siglo XX. Ahora bien, ¿cuál ha sido su contribución a la teoría y la filosofía del derecho? ¿En qué medida nuestra comprensión del fenómeno jurídico es deudora de las distinciones y categorías acuñadas por él? y, por otra parte, ¿cuáles son sus aportaciones más allá de dicho ámbito? ¿Cuáles son, en fin, los aspectos más conflictivos de su obra? Este trabajo tiene como finalidad proporcionar un marco para comprender su obra dentro de la “corriente” anglosajona de la *analytical*

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

philosophy que es donde se desarrolla, y en la que adquiere su pleno sentido. En efecto, la obra hartiana se entiende mejor si se tienen presentes los desarrollos de aquella; sobre todo, los relativos a la filosofía del lenguaje ordinario. Asimismo, es más comprensible a la luz de Thomas Hobbes, Jeremy Bentham o John Austin, quienes forman el canon de la *analytical jurisprudence*, de la cual Hart es considerado su último gran salto cualitativo.

Con esa finalidad, esta entrega está dedicada a su vida y al contexto filosófico en el cual se gestó su pensamiento. En trabajos posteriores se desarrollarán sus dimensiones metodológicas, jurídicas o políticas. Advertido ello, el escrito se abre con una biografía mínima que toma como punto de referencia el inexcusable libro de Nicola Lacey así como diversas entrevistas concedidas por el autor. Servirán a este propósito también algunos obituarios o ensayos de sus colegas, tutorandos o *supervisees*. La segunda parte de este trabajo se dedicará a elaborar un mapa sobre la filosofía británica de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, que es donde se ubica su contexto tanto cultural como filosófico. En este apartado utilizo materiales sobre la historia de la filosofía analítica, sus antecedentes, precursores y desarrollos. Entre ellos, se destacará la obra de John Langshaw Austin de quien Hart fuera colega y cuyo método influyó notablemente en el autor de *El concepto de derecho*. Se concluye, como ya se adelantó, con unas breves consideraciones que servirán como pautas para trabajos futuros.

II. BOSQUEJO BIOGRÁFICO²

Hijo de Rose Samson y Simeon Hart, Herbert Lionel Adolphus (H. L. A.) Hart nació en Harrogate, Yorkshire, Reino Unido, el 18 de julio de 1907. Fue el tercero de cuatro hijos: Albert, quien nació en 1901; Reggie, en 1902; el propio Herbert y Sybil, su hermana pequeña, quien naciera en 1915. Sus padres, descendientes de inmi-

² Esta primera parte retoma y modifica un trabajo dictaminado de próxima aparición: Mora Sifuentes, Francisco M., "Biografía mínima de H. L. A. Hart", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 9, enero-junio de 2017.

H. L. A. HART: VIDA Y CONTEXTO FILOSÓFICO

grantes polacos y alemanes que se instalaron en Londres durante el siglo XVIII, lograron una posición relativamente cómoda dedicándose con éxito a los negocios de confección de trajes y ropa.³ Un aspecto relevante en la formación de su carácter y sensibilidad es que fue criado en el seno de una familia que mantenía su identidad judía ortodoxa. Pero, al mismo tiempo, recibía la típica educación británica de principios del siglo pasado. Ello iba a redundar en posteriores ambivalencias existenciales de nuestro autor. Ambivalencias respecto a la “cuestión judía” o al sionismo, sobre cómo se percibía en tanto descendiente de judíos o sobre qué partido tomar en otras cuestiones políticas, etcétera.⁴ También es notorio que Hart se comportó siempre como un *Englishman*. Fue alguien integrado a la cultura británica, así como a la élite intelectual oxoniense. Por lo que hace a sus preferencias políticas, puede afirmarse que fue un autor claramente “liberal” (socialdemócrata).

Cursó sus primeros estudios en el *Cheltenham College*, uno de los pocos centros educativos con residencias para judíos separadas del resto del alumnado.⁵ Sus padres, aunque buscaban cierta asimilación social de sus hijos, no deseaban, por otra parte, que se produjese

³ Cfr. Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and Noble Dream*, Oxford, OUP, 2004, pp. 11 y ss. Como ya señalé, la cronología que voy a hacer de la vida de Hart sigue en gran medida el plan del trabajo de N. Lacey, mismo que ha sido aclamado y criticado por igual: aclamado porque se trata de la biografía definitiva del autor; criticado porque revela muchos aspectos de la vida privada del profesor Hart, fundamentalmente sus ambigüedades sexuales o las peculiaridades de su “relación abierta” con su esposa Jenifer. De la biografía emerge una imagen de Hart sumamente frágil e inseguro, por lo que puede cuestionarse que la misma contribuya en algo a valorar su imagen pública (cuando no, a demeritarla abiertamente). A este respecto, pueden verse MacCormick, D. Neil, *H. L. A. Hart*, 2a. ed., California, Stanford University Press, 2008, p. 4; o, en un tono mucho más crítico: Nagel, Thomas, “The Central Questions”, *London Review of Books*, 3 de febrero de 2013, pp. 3 y ss.

⁴ Isaiah Berlin, su gran amigo y colega en Oxford, se refería a él como uno de los varios “cripto-judíos” que conformaban su círculo social, y que eran, según palabras del propio Berlin, “miembros de familias indudablemente judías pero que no deseaban identificarse como tales en ningún sentido”. Véase Dubnovov, Arie M., *Isaiah Berlin. The Journey of a Jewish Liberal*, Palgrave Macmillan, 2012, p. 55.

⁵ Véase Honoré, Tony, “Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992)”, *Proceedings of the British Academy*, vol. 84, 1994, 295-321, p. 295.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

ran influencias negativas o cuestionamientos de tipo religioso sobre ellos. Esto explicaría su preferencia por tal centro de estudios. En su niñez nuestro autor destacó por su facilidad para “abstraerse de lo que sucedía a su alrededor y de aprender cosas reteniéndolas en su memoria”.⁶ A sus escasos once años, sin embargo, los días en *Cheltenham* fueron muy infelices para él. El estilo cuasi militar del centro, su marcado énfasis por la cultura atlética o la falta de conexión empática con el profesorado hicieron que recordara su estancia en *Cheltenham* como la época más triste de su vida.⁷ Ello fue así a tal grado que la idea de abandonar los estudios llegó a rondar por su cabeza. Tal sentimiento de frustración contrasta radicalmente con su aprecio hacia la escuela que lo recibió posteriormente, la *Bradford Grammar School*. En *Bradford* encontró el ambiente que su anterior centro le había negado y, sobre todo, el estímulo de sus profesores. Ambos hechos influyeron de manera decisiva para recobrar el gusto por los estudios. Hart respondió a esos cambios con la obtención de la calificación más alta en muchas de las materias que cursó —historia, griego, latín, francés, etcétera—, hasta llegar a convertirse en alumno destacado. Ocupó el cargo de *Head Boy*, nombramiento estudiantil de enorme responsabilidad.⁸ Su veneración por esta escuela lo acompañó hasta el final de sus días.

En octubre de 1926 ingresó al *New College* para obtener el grado en *Literae Humaniores*, una suerte de estudios conjuntos en griego, latín, historia antigua y filosofía —coloquialmente conocidos como *Greats*—. Su inteligencia, su buena disposición para el estudio de los clásicos griegos y las enseñanzas de *Bradford* permitieron que Hart estuviera en varios sentidos preparado para afrontar el reto de in-

⁶ Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart*, cit., p. 17.

⁷ Esto es algo que se recoge en la mayoría de las biografías sobre el autor. Incluso él mismo no dejaba pasar cualquier oportunidad para enfatizar su “desdichado” paso por ese colegio. Véase, por ejemplo, “Hart Interviewed: H. L. A. Hart in Conversation with David Sugarman”, cit., p. 269.

⁸ Véase Honoré, Tony, “Herbert Lionel Adolphus Hart...”, cit., p. 296. Entre sus profesores destaca a Mr. Goddard, admirador de Otto Spengler, de quien Hart heredaría —a decir de Honoré— “el gusto por las generalizaciones” o “su atención por las minucias del lenguaje”, ello explica en parte la posterior devoción que Hart le profesará a Jeremy Bentham (*idem*).

H. L. A. HART: VIDA Y CONTEXTO FILOSÓFICO

corporarse “a la más alta jerarquía social y educativa” que representa estudiar en Oxford.⁹ Entre sus contemporáneos se encontraban personajes que destacarían profesionalmente o que en el futuro serán sus colegas. Por ejemplo, en la *Jowett Society*, dedicada al estudio de la filosofía, y de la que luego fuera presidente, conoció a su amigo Isaiah Berlin,¹⁰ el famoso pensador liberal e historiador de las ideas que se encuentra entre los más relevantes del siglo pasado.¹¹ Su paso por *New College* fue muy exitoso. Obtuvo la máxima distinción a la que puede aspirar cualquier alumno, los llamados *First Class Honours*, por lo que fue el mejor de su generación y dejó así una marca indeleble entre sus profesores. También se ganó el respeto de su tutor, algo que abonó positivamente en la confianza personal del joven Hart.

Por aquel entonces los *Greats* eran el prelude para forjarse carrera en la abogacía.¹² Esta era una de las pretensiones iniciales de Herbert Hart pues con ello satisfacía en parte un viejo anhelo familiar. A pesar de lo anterior, siempre deseó convertirse en profesor, siempre quiso labrarse un prestigio entre la élite académica oxoniense que le era tan familiar. Señala N. Lacey que ya en 1929, apenas unos meses después de graduarse, la reputación intelectual que

⁹ Cfr. Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart.*, cit., p. 22.

¹⁰ Sugarman, David, “Hart Interviewed”, cit., p. 284.

¹¹ En general sobre la figura de I. Berlin, pueden verse: Ignatieff, Michael, *A Life of Isaiah Berlin*, Londres, Chatto & Windus, 1998; así como el ya citado trabajo de Arie M. Dubnovov. Un punto que conviene destacar es que Berlin fue un firme defensor del pluralismo valorativo. Es decir, de la idea de que los distintos valores y bienes humanos entran en conflicto entre sí y no es dado una armonización coherente de los mismos. La elección por alguno necesariamente implica la pérdida de otros. No existe una única respuesta correcta para los asuntos humanos. Es muy conocida también su distinción entre pensadores o autores “erizos” y “zorros”; distinción que toma de un verso del poeta Arquíloco: “*Muchas cosas sabe la zorra, pero el erizo sabe una sola, y grande*”. Esto es relevante porque el gran crítico de Hart, Ronald M. Dworkin partirá precisamente de la idea contraria: de la tesis de la “unidad del valor”. De este último, véase Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2011 [trad. cast. de Horacio Pons, *Justicia para erizos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014].

¹² Véase Páramo, Juan Ramón de, “Entrevista a H. L. A. Hart”, *Doxa*, núm. 5, 1989, pp. 339-371, p. 371.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

cimentó durante sus estudios fue reconocida cuando el *Jesus College* le ofreció un puesto como profesor de Filosofía, pero lo rechazó. Su ambición era mayor. Ese mismo año concursó para obtener una beca en el *All Souls College*, por entonces el único *College* de Oxford dedicado a la investigación a tiempo completo.¹³ Sin embargo, y pese a haberlo intentado hasta en dos ocasiones, no obtuvo la beca. Esta sería la razón por la cual retomó la idea, nunca abandonada del todo, de estudiar derecho y convertirse en abogado. Para ello, en lugar de cursar otro año presencialmente en la Universidad, como era normal en aquel momento, preparó sus exámenes por cuenta propia bajo la supervisión de Charles A. Manning,¹⁴ “un sudafricano excéntrico que creía en el *apartheid*”.¹⁵ En 1932 se presentó y aprobó los exámenes para convertirse en *barrister*, lo que le permitió ejercer la profesión, también con éxito, hasta 1940. Durante esta época conoció a Jenifer Fischer Williams, con la que se casaría en 1941 y tendría cuatro hijos.¹⁶

¹³ Cfr. Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart*, cit., p. 41.

¹⁴ Honoré, Tony, “Herbert Lionel Adolphus Hart...”, cit., p. 297-8.

¹⁵ Cfr. Sugarman, David, “Hart Interviewed”, cit., p. 270; así como: Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart*, cit., p. 40.

¹⁶ Jenifer Hart fue, por mérito propio, una persona sumamente interesante (sobre este punto, véase su autobiografía: *Ask Me No More: An Autobiography*, Londres, Peter Halban, 1998). Hija de Sir John Fischer Williams y Eleanor Marjorie, provenía de una familia de clase media acaudalada. Dadas las obligaciones de su padre, un profesor en Derecho Internacional y activista, su niñez transcurrió entre Londres, Ginebra o París, donde fue educada. En la descripción de Lacey: “De piel clara, pelo rojizo-dorado, de complexión delgada y expresión franca; [Jenifer] irradiaba vitalidad, determinación, intensidad e inteligencia. Esa intensidad vital, tanto como su belleza física, la hacían excepcionalmente atractiva para los hombres” (Cfr. Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart*, cit., pp. 64 y ss.). Por su parte, T. Nagel la recuerda: “hermosa, franca y sexualmente abierta”; que se sentía “atraída por grandes mentes” —Isaiah Berlin o Michael Oakeshott, nos dice, se cuentan entre sus *affaires* amorosos— (Cfr. Nagel, Thomas, “The Central Questions”, cit., p. 4). En el plano profesional, Jenifer fue pionera dentro del Servicio Público Británico, al que accedió por oposición con el número tres en una lista de entre más de cuatrocientos candidatos. Abandonó su puesto en el servicio civil para acompañar a su marido en su carrera académica y desde 1947 ella misma fue profesora de Historia en el *St Anne’s College* en Oxford. Sin embargo, el aspecto por el que tal vez sea más recordada es porque durante su juventud, en los años treinta, ingresó a las filas del partido co-

H. L. A. HART: VIDA Y CONTEXTO FILOSÓFICO

Otro periodo en la biografía de Herbert Hart corresponde a su paso por el servicio de inteligencia del Reino Unido, también identificado por sus siglas “MI5”, acrónimo de *Military Intelligence, Section Five*, en labores de espionaje y contraespionaje. Lo inminente de la Segunda Guerra Mundial se convirtió en certeza para Hart ya desde 1938. Cuando estaba con sus amigos Richard Wilberforce, John Sparrow y Duff Dumbarr, con quienes ejercía la abogacía, recibió la noticia de que Arthur N. Chamberlain había firmado los Acuerdos de Múnich. “Paz para nuestro tiempo”, según el famoso discurso pronunciado en un aeropuerto al volver a Londres. “Nos miramos los unos a los otros con lágrimas en los ojos; no era necesario hablar”.¹⁷ Las concesiones de Chamberlain eran el comienzo del fin, pensaba; “lo que estaba sucediendo en Alemania puede destruir nuestra forma de vida”.¹⁸ Así, después intentar obtener algún puesto de trabajo relacionado con la Guerra, fue recomendado finalmente con el director del “MI5” e ingresó al servicio en junio de 1940. “Abandoné la abogacía el mismo día en que Hitler invadió los Países Bajos”.¹⁹ Su labor consistió en descifrar y explicar comunicaciones encriptadas [*Ultra Material*] que procedían del servicio secreto alemán. Ese trabajo de inteligencia realizado en su departamento contribuyó de manera importante a que el desembarco a Normandía resultase exitoso.²⁰ Durante su paso por el servicio de inteligencia tuvo la fortuna de contar entre sus colegas a otros destacados filósofos como Stuart

munista británico. Incluso se rumoreó su participación como espía infiltrada o que pudo suministrar información privilegiada a los servicios secretos rusos desde su posición de funcionaria. Véase “Obituary: Jenifer Hart”, *The Telegraph*, 9 de abril de 2005. Disponible en: <http://www.telegraph.co.uk/news/obituaries/1487412/Jenifer-Hart.html> (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2018). Años más tarde, este asunto volvería a aflorar para la familia Hart, con consecuencias sumamente desagradables.

¹⁷ Tal y como lo consigna: Honoré, Tony, “Herbert Lionel Adolphus Hart...”, *cit.*, p. 299.

¹⁸ Honoré, Tony, “Herbert Lionel Adolphus Hart...”, *cit.*, p. 298.

¹⁹ *Cfr.* Sugarman, David, “Hart Interviewed”, *cit.*, p. 272. La recomendación con el director del MI5, dicho sea de paso, le fue proporcionada por su esposa, Jenifer.

²⁰ Honoré, Tony, “Herbert Lionel Adolphus Hart...”, *cit.*, p. 299.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

Hampshire y Gilbert Ryle.²¹ Así, no fue extraño que esa época en el Servicio de Inteligencia también le resultase estimulante en términos intelectuales.

Todavía con responsabilidades en el “MI5” Hart comenzó a vislumbrar su futuro una vez más. La opción de regresar a la práctica de la abogacía concluida la Segunda Guerra Mundial no le resultaba estimulante. Sin embargo, hay cierta ambivalencia en ello pues, por otra parte, siempre reconocía que el ejercicio de la profesión ante los tribunales fue determinante en su aprendizaje o en su obra posterior.²² Como recordó en alguna entrevista: “El ejercicio de la abogacía me hizo entender el derecho de una manera mucho más práctica de tal y como lo estudié para obtener mi título. Me suministró un gran número de ejemplos sobre los cuales filosofar”.²³ Se percató de que en el mundo del “derecho en acción” muchas veces surgían cuestiones que bien podían abordarse, o bien resolverse, filosóficamente. Quizá su reticencia a volver a la abogacía estaba relacionada al hecho de que encontraba muy criticables las actitudes del gremio de los juristas de su época. Creía, por ejemplo, que “la cultura social que le rodeaba era de muy mal gusto”, que estaba envuelta en “gran pomposidad” o que su utilidad social brillaba por su ausen-

²¹ En realidad, Hart, Hampshire, Ryle o J. L. Austin, fueron algunos entre varios filósofos formados en el humanismo clásico que trabajaron para los servicios de inteligencia británica. Según se consigna en una entrada de la *British Academy*, existían al menos dos razones para que fuera así: “En aquellos días se alentaba a los alumnos más brillantes (generalmente hombres[!]) para que estudiaran los clásicos; y los clasicistas estaban acostumbrados a trabajar con información fragmentaria o términos poco familiares —aparentemente, el estudio de la historia militar griega o romana fue particularmente útil para prever las operaciones militares alemanas”. Cfr. “Humanities Scholars who Worked in Military Intelligence in the Second World War”, *British Academy*, disponible en: <http://www.britac.ac.uk/node/5572/> (fecha de acceso: 26 de noviembre de 2018).

²² Dicho de forma resumida por el propio Hart: “La importancia general de mis ocho años de práctica jurídica para mi posterior trabajo como filósofo del Derecho, consistió principalmente en la adquisición de un conocimiento detallado de algunas ramas del Derecho como objeto de reflexión filosófica, lo que pude llevar a cabo aplicando algunas distinciones útiles y técnicas filosóficas”. Véase Páramo, Juan Ramón de, “Entrevista a H. L. A. Hart”, *cit.*, pp. 340-1.

²³ Cfr. Sugarman, David, “Hart Interviewed...”, *cit.*, p. 271.

H. L. A. HART: VIDA Y CONTEXTO FILOSÓFICO

cia; por no decir abiertamente que para lo único que había servido su trabajo como abogado fue para “ahorrarle dinero a los ricos”.²⁴ Pero la razón más poderosa fue que no la encontraba tan atractiva en términos intelectuales. La ambivalencia reaparece pues el ejercicio profesional, tal y como él señalara, le hizo darse cuenta de que sus verdaderos intereses estaban en la filosofía y no en el ejercicio del derecho.²⁵ Lo cierto es que para ese momento era ya un hombre casado, con familia bajo su responsabilidad, lo que seguramente complicaba la decisión.

Después de pensarlo mucho, en el año de 1945, Hart aceptó una oferta para incorporarse finalmente al *New College* como profesor ayudante y tutor en filosofía. Lo curioso del asunto es que se trataba de un profesor que iba a ocupar una plaza sin apenas publicaciones o sin experiencia previa en la docencia, algo asombroso para las exigencias de ingreso a la Universidad. Y es que “para los estándares de la vida académica contemporánea, la idea de que un simple egresado, sin mayor experiencia académica que esa, consiguiera un puesto permanente como profesor sólo una década después de graduarse es inconcebible”.²⁶ Era inconcebible, incluso, en los años treinta o cuarenta del siglo pasado, lo que confirmaría cuánto destacó en sus años de estudiante.²⁷ Por entonces, el centro de su interés no estaba en el derecho sino que se centraba en cuestiones filosóficas. Fundamentalmente, estaba inmerso en el ambiente en torno al cual se desarrolló la llamada “filosofía del lenguaje ordinario” en su versión oxoniense, con J. L. Austin a la cabeza. Entre los años de 1945 a 1952 dictó clases de Filosofía y algunos cursos los impartió con Stuart Hampshire.

Como profesor, Hart fue un docente destacado y un supervisor exigente.²⁸ Su labor pasaba por impartir materias, investigar, or-

²⁴ Cfr. Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart*, cit., p. 112.

²⁵ Páramo de, Juan Ramón de, “Entrevista a H. L. A. Hart”, cit., p. 340.

²⁶ Cfr. Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart*, cit., p. 114.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Entre otros, Hart tuvo como alumnos bajo su supervisión a: Brian Barry, John Finnis, Vernon Bogdanor, Geoffrey MacCormack, Peter Hacker, Joseph Raz, Vinit Haksar, Ruth Gavison, Stephen Munzer o Wilfrid Waluchow. Waluchow su último discípulo formal —hasta donde tengo conocimiento—, también da un testimonio

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

ganizar seminarios o revisar avances de sus alumnos, entre otras. Joseph Raz recuerda que a su llegada a Oxford las clases de Hart eran un verdadero suceso: “Estaba contagiado por la sensación de acontecimiento que sus clases suscitaban, por la expectación con la que los estudiantes de posgrado esperaban oír nuevas ideas sobre temas profundos, por la excitación generada por sus opiniones, por las discusiones que seguían a cada clase”.²⁹ Impartía un seminario sobre responsabilidad penal con Rupper Cross y Nigel Walker, seminario modélico por el número pequeño de estudiantes de investigación y la metodología que empleaba (consistente en el envío de avances de ensayos que revisaba con meticulosidad para discutirlos posteriormente).³⁰ Hart aborrecía la jerga, la mistificación o la palabrería innecesaria y era muy paciente con sus alumnos.³¹ Les reataba con preguntas del tipo: “¿cómo lo sabes?” o “¿qué quieres decir

del talante de Hart, dedicándole unas palabras llenas de gratitud y admiración en un pequeño trabajo con motivo del 50 aniversario de la publicación de *The Concept of Law*. Véase Waluchow, Wilfrid, “H. L. A. Hart: Supervisor, Mentor, Friend, Inspiration”, *Problema. Anuario de Teoría y Filosofía del Derecho*, num. 5, 2011, pp. 3-10. Para una visión más problemática de sus primeros años como profesor en Oxford, véanse las pp. 127-131 de la biografía de Lacey citada.

²⁹ Ruiz Manero, Juan, “Entrevista con Joseph Raz”, *Doxa*, núm. 9, p. 322.

³⁰ *Ibidem*, pp. 322 y 323. En otro lugar, Raz detalla con más precisión la metodología: “Cada semana uno de ellos presentaba un tema sobre el que nos había dado anticipadamente una detallada y anotada lista de textos a leer. En la misma hoja figuraban también una lista de cuestiones a discutir, y el seminario se desarrollaba en este orden con Herbert, cuando era su turno, planteando una pregunta tras otra, tomando en consideración opiniones del auditorio, presentando algunas de sus propias ideas, debatiéndolas con sus colegas y con el auditorio”. Véase “En memoria de H. L. A. Hart”, *Doxa*, núm. 13, 1993, pp. 27-30, p. 28.

³¹ Robert Summers, quien trabajó una temporada en Oxford bajo la supervisión de Hart, recordaba, de igual forma, ese seminario así como su nivel de exigencia hacia sus alumnos: “Insistía siempre mucho en la importancia de pensar sobre un problema y llegar por uno mismo a la solución. Por supuesto, también quería que sus estudiantes leyeran a fondo sobre el problema. No ahorraba críticas sobre los trabajos y los esquemas que preparaba y le entregaba antes de nuestras reuniones regulares, pero sin embargo nunca dejaba de combinar la crítica con el ánimo que infundía”. *Cfr.* Atienza, Manuel, “Entrevista a Robert S. Summers”, *Doxa*, núm. 23, 2000, p. 767-8.

con...?”.³² Herbert Morris, un alumno a su cargo, recordaba el grado de atención que ponía:

En alguna ocasión utilicé la palabra ‘lubricar’ relacionada con la función de las reglas —‘ellas lubrican una práctica...’ sostuve—. Y Hart me dijo: ‘¡esa es una palabra muy obscena como para utilizarla!’. Esa connotación sexual jamás me pasó por la cabeza. Pero era muy característico de Hart prestar atención palabra por palabra.³³

Su primera publicación relevante “The Ascription of Responsibility and Rights” es de 1949.³⁴ En ella queda patente su aplicación de herramientas provenientes del análisis del lenguaje sobre distintos conceptos jurídicos. Sin embargo, puede afirmarse que no vislumbraba hasta entonces que sería en el ámbito jurídico en el que desplegaría definitivamente sus habilidades. De hecho, entre los años de 1945 y 1952 sus contactos con la Facultad de Derecho eran más bien escasos.³⁵ Sea como fuere, en el trabajo citado ya puede advertirse el germen del método que va a utilizar el “Hart filósofo del derecho”, por decirlo de alguna manera. Ese ensayo fue relevante para labrarse una reputación no sólo entre los filósofos, sino también en el gremio de los teóricos del derecho porque, entre otras cosas, introdujo en el mismo la idea de derrotabilidad de los conceptos [*defeasibility*], idea seminal que, aunque abandonada posteriormente por él, continúa siendo objeto de debate hoy en día.³⁶

Hart fue persuadido por J. L. Austin y George Paul de que podría optar a ser el sucesor de Arthur L. Goodhart en la cátedra de Teoría del Derecho.³⁷ Un dato que me gustaría resaltar al respecto es que

³² Cfr. Honoré, Tony, “Herbert Lionel Adolphus Hart...”, *cit.*, p. 300.

³³ Cit. por Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart.*, *cit.*, pp. 159.

³⁴ Hart, H. L. A., “The Ascription of Responsibility and Rights”, *Proceedings of the Aristotelian Society* 49, 1948-9, 171-194.

³⁵ Cfr. Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart.*, *cit.*, pp. 148.

³⁶ Cfr. Honoré, Tony, “Herbert Lionel Adolphus Hart...”, *cit.*, p. 300.

³⁷ Sobre Arthur L. Goodhart, académico estadounidense que hizo carrera en Cambridge y Oxford, miembro de la familia de banqueros *Lehman Brothers*, puede verse: Goodhart, William, “A. L. Goodhart”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 1/2010, disponible en: http://eprints.lse.ac.uk/32908/1/WPS2010-01_Goodhart.pdf (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2018).

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

Austin parecía tener una visión imperialista de la filosofía sobre el derecho. Es decir, participaba de la idea de que la filosofía jurídica no puede ser sino una *Ancilla Philosophae*. Ello se confirmaría en el hecho de que pensaba, por ejemplo, que sólo un “filósofo real” o “puro” podía “elevar la credibilidad intelectual de la Cátedra de Filosofía del Derecho”. Y, sobre todo, porque al congratularse por el nombramiento de Hart dejó escrito lo siguiente: “Es maravilloso ver el imperio de la Filosofía anexa otro ámbito de conocimiento de esta manera —por no mencionar lo magníficamente bien que lo harás”.³⁸ Así, durante la primavera de 1952, la comisión formada, entre otros, por F. J. Lawson, Harold Hanbury o William D. Ross lo eligió para ocupar la *Chair of Jurisprudence* del *University College, Oxford*. Con su nombramiento aceptó el reto de revitalizar la teoría analítica del derecho con la idea básica de que su labor iba a consistir —como señalara posteriormente— en “vender filosofía a los juristas”.³⁹ Su lección inaugural fue impartida ese mismo año con un título que no dejaba dudas de su ambición y altura de miras: “Definition and Theory in Jurisprudence”.⁴⁰

En el cénit de sus facultades físicas e intelectuales H. L. A. Hart va a desplegar, en los años venideros, sus dotes más portentosas como filósofo sirviéndose también de su habilidad como jurista derivada de su práctica profesional. Su trabajo renovó el campo de la teoría y filosofía del derecho. Tal como ha sido señalado por Alan Ryan: “Revivir la moribunda disciplina de la teoría del Derecho analítica, no sólo fue una cuestión de lógica, imaginación y de agudeza sobre el sentido y la naturaleza del Derecho que pocos han igualado”, sino que “la bella durmiente en el cuento de hadas tuvo que despertarse con un beso, y ciertamente Hart puso toda su pasión en el tema”.⁴¹ Desde su nombramiento como catedrático su producción científica se incrementará de manera notable; sobre todo tras su visita a Estados Unidos donde, como he señalado en la introducción, fue recibido

³⁸ Cfr. Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart.*, cit., p. 149.

³⁹ Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart.*, cit. pp. 151.

⁴⁰ Hart, H. L. A., “Definition and Theory in Jurisprudence”, *Law Quarterly Review*, núm. 70, 1954, pp. 37-60.

⁴¹ Citado por Honoré, Tony, “Herbert Lionel Adolphus Hart...”, cit., p. 305.

H. L. A. HART: VIDA Y CONTEXTO FILOSÓFICO

tanto por colegas del Departamento de Derecho como del Departamento de Filosofía.⁴² De estos años son sus trabajos a medio camino entre filosofía moral y filosofía política tales como “Are There Any Natural Rights?”⁴³ o su “Legal and Moral Obligation”.⁴⁴ Estrechará su colaboración con Anthony (Tony) Honoré, lo que dará como resultado la publicación de su primer gran obra en coautoría, *Causation in the Law*.⁴⁵

Otro trabajo de esta época reviste particular importancia, su “Positivism and the Separation of Law and Morals”.⁴⁶ En él avanza algunas tesis centrales de su propuesta teórica: la crítica a la teoría imperativista del derecho; el germen de la distinción entre reglas que prescriben acciones (primarias) y otras que confieren poderes para la creación de obligaciones (secundarias); la idea de vaguedad o textura abierta del lenguaje⁴⁷; la posibilidad de dar sentido a una pequeña parte de la doctrina del derecho natural, etcétera.⁴⁸ El artículo corresponde a la “Oliver Wendell Holmes Lecture” que dictó en la Universidad de Harvard en abril de 1957 y constituye una de las defensas más articuladas, elocuentes y claras que existen a favor de la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral. Su famosa polémica con el profesor Lon L. Fuller (a quien se recuerda el día de la presentación de Hart “yendo y viniendo de un lado a otro

⁴² “Los filósofos pensaban que era un magnífico abogado, mientras que los abogados pensaban que era un magnífico filósofo”. Hart citado por Honoré, Tony, “Herbert Lionel Adolphus Hart...”, *cit.*, p. 306.

⁴³ Hart, H. L. A., “Are There Any Natural Rights?”, *Philosophical Review*, núm. 64, 1955, pp. 175-191.

⁴⁴ Hart, H. L. A., “Legal and Moral Obligation”, *Essays in Moral Philosophy*, ed. de A. I. Melden, Seattle, University of Washington Press 1958, pp. 82-107.

⁴⁵ Hart, H. L. A. y Honoré, A. M., *Causation in the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1959.

⁴⁶ Hart, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, núm.71, 1957-8, pp. 593-629.

⁴⁷ Sobre este punto en particular, puede verse, de modo crítico: Flores, Imer B., “H. L. A. Hart’s Moderate Indeterminacy Thesis Reconsidered: In Between Scylla and Charybdis?”, *Problema*, núm. 5, 2011, pp. 147-173.

⁴⁸ Véase, por todos: Páramo, Juan Ramón de, “Entrevista a H. L. A. Hart”, *cit.*, p. 342.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

al final del auditorio como un león⁴⁹) se trabó precisamente con la réplica a este ensayo publicado en el mismo número de la *Harvard Law Review*.⁵⁰

La publicación de *The Concept of Law* en 1961 marca un antes y un después en la teoría y la filosofía del derecho contemporánea que encumbra a H. L. A. Hart como referente inexcusable.⁵¹ Es difícil exagerar la influencia que ha ejercido dicha obra desde entonces. Bien puede decirse —parafraseando el *dictum* de Robert Nozick a propósito de *A Theory of Justice* de John Rawls— que todo aquel que quisiera dedicarse a hacer teoría del derecho seriamente tenía que trabajar desde la obra de Hart y en caso de no hacerlo, debía explicar por qué no lo hacía. Esa misma estrategia fue seguida por Ronald Dworkin —su no menos célebre adversario— al señalar que la exposición de Hart es la forma más “clara, elegante y potente” en que se ha presentado la teoría positivista del derecho, por lo que “cualquier crítica o intento de indagar la solidez del positivismo jurídico debe partir de la consideración de sus puntos de vista”.⁵² Entre la filosofía de su época y el derecho Hart va a construir en *El concepto de derecho* un “puente”; un puente que, tras sus pasos, muchos otros transitarán en el futuro.

Los años posteriores a la aparición de su *opus magnum* serán los de mayor éxito y reconocimiento. De este periodo, estimo, hay dos

⁴⁹ La anécdota es de Joel Feinberg, filósofo moral estadounidense, quien estuvo presente el día que Hart impartió su conferencia en Harvard. Véase Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart*, cit., p. 197. Sobre esta polémica, sus personajes, el contexto histórico en el que se gestó o algunos posibles malentendidos sobre la valoración e interpretación de la obra de Fuller, puede verse: Lacey, Nicola, “Out of the ‘Witches’ Cauldron”, en Cane, P. (ed.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 1-42.

⁵⁰ Fuller, Lon L., “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958, pp. 630-672.

⁵¹ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press 1961 [trad. cast. de G. Carrió, *El concepto de derecho* (1963), Buenos Aires, Abeledo Perrot, varias reimp., 2007].

⁵² Dworkin, Ronald, “El modelo de reglas (I)”, en *id.*, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002, p. 65 [v. or., “The Model of Rules”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 35, num. 1, 1967, pp. 14-46. Posteriormente en: *Taking Rights Seriously*, Londres, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1977].

H. L. A. HART: VIDA Y CONTEXTO FILOSÓFICO

hechos que debe recoger esta biografía mínima. Por una parte, su visita a la Universidad de California, en Los Ángeles (UCLA), durante la cual tuvo la posibilidad de discutir sus ideas nada más ni nada menos que con Hans Kelsen, el otro gran teórico del positivismo jurídico del siglo XX, y, por la otra, su polémica con Sir Patrick Devlin. El ensayo “Kelsen Visited”⁵³ es el testimonio del debate público sostenido por ambos teóricos en la Universidad de Stanford ante una numerosa audiencia.⁵⁴ La polémica Devlin-Hart, en cambio, trasciende la teoría del derecho estrictamente hablando al tratar de los límites legítimos del derecho penal y si éste, el “brazo armado” del derecho, puede ser utilizado para imponer la moral social. Sin género de duda, los argumentos esgrimidos por Hart en ella constituyen su mayor contribución al debate público de la Inglaterra de su tiempo. Sus planteamientos comienzan en el artículo “Immortality and Treason”,⁵⁵ publicado en *The Listener*, y terminaron en su trabajo *Law, Liberty and Morality*,⁵⁶ en el que Hart, básicamente, rescató el principio del daño de John Stuart Mill frente al “moralismo legal” defendido por el juez Devlin. Al trabajo publicado en *The Listener* el propio autor se referiría posteriormente como “de los mejores que haya escrito jamás”.⁵⁷

Si la publicación de *El concepto de derecho* supuso el punto culminante en su carrera como teórico del derecho, la decisión de jubilarse relativamente joven de su cátedra en Oxford en 1968 marca, igualmente, el comienzo de otra etapa en su biografía. Esa etapa es la de editor de la obra de Jeremy Bentham y *Principal* del *Brassenose College*. Pero ¿qué pudo haberlo motivado a tomar esa decisión? Para N. Lacey, el “abandono” de su cátedra pudo obedecer al hecho de que tal vez Hart pensaba que su contribución a la filosofía jurídica había concluido. Pero el motivo que al parecer influyó más en esa decisión es que con ello pudo conseguir un sueño personal: de-

⁵³ Hart, H.L.A., “Kelsen Visited”, *UCLA Law Review*, núm. 10, 1963, pp. 709-728.

⁵⁴ Sobre esto, véase: Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart.*, cit. pp. 245-253.

⁵⁵ Hart, H. L. A., “Immortality and Treason”, *The Listener*, 30 de julio de 1959, pp. 162 y ss.

⁵⁶ Hart, H. L. A., *Law, Liberty and Morality*, Londres, Oxford University Press, 1963.

⁵⁷ Véase Sugarman, David, “Hart Interviewed”, cit., p. 284.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

dicarse a la edición de la obra de Bentham, empresa muy anhelada por él al tratarse de un personaje al que profesaba profunda admiración y simpatía.⁵⁸ Después de obtener los fondos necesarios con tal fin, editó y publicó en 1970 junto a James H. Burns el volumen *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*.⁵⁹ En ese año, destaca también la publicación que Hart hiciera de *On Laws in General*.⁶⁰ Esta última edición supone un hito no sólo porque sistematiza y presenta al completo la teoría jurídica analítica de Bentham sino porque con él se hace patente que su obra era en varios aspectos adelantada a su tiempo (por ejemplo, en lo que ahora conocemos como lógica deóntica), e incluso superior a la de John Austin.⁶¹

En 1973 H. L. A. Hart fue nombrado director del *Brassenose College*, cargo que desempeñara con agrado. La labor realizada desde esta posición y el estudio de la obra de Bentham lo llevarían nuevamente a dar una serie de conferencias por Europa y los Estados Unidos. Esas conferencias le sirvieron de base para elaborar su aportación a los estudios de dicho autor, sus *Essays on Bentham* publicado en 1982.⁶² Después de dejar la Dirección del *Brassenose* en 1978 Hart fue persuadido para ser *Honorary Fellow* del University College, posición que ostentó hasta el final de sus días. El año siguiente fue importante en la biografía de Hart no sólo por la aparición de varios trabajos, por su labor como editor o por su retorno “formal” a la investigación, sino por la acusación hecha por un diario contra su esposa por haber colaborado como espía de la KGB rusa en el periodo en que Hart era funcionario del servicio de inteligencia británico. Durante una entrevista televisada, en efecto, Jenifer Williams habló cándidamente de sus contactos con la inteligencia so-

⁵⁸ Véase Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart*, cit., p. 300.

⁵⁹ Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Londres, Athlone Press 1970.

⁶⁰ Bentham, Jeremy, *Of Laws in General*, ed. H. L. A. Hart (Collected Works of Jeremy Bentham), Londres, Athlone Press, 1970. Véase, al respecto, Honoré, Tony, “Herbert Lionel Adolphus Hart...”, cit., p. 317.

⁶¹ Al respecto, puede verse Lewis, A. E. D., “John Austin (1780-1859): Pupil of Bentham”, *The Bentham Newsletter*, núm. 2, 1979, pp. 18 y ss.

⁶² Hart, H. L. A., *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982.

H. L. A. HART: VIDA Y CONTEXTO FILOSÓFICO

viética antes de la guerra. *The Sunday Times* publicó un artículo en el que insinuó que Hart estuvo involucrado en labores de espionaje al interior del “MI5” a través de su esposa.⁶³ Este escándalo afectó mucho al profesor de Oxford preocupado como lo estaba por su buena reputación. Acudió a los tribunales por difamación contra el diario. Con todo, la nota triste de este episodio es que Hart tuvo un fuerte colapso nervioso que lo llevó al hospital. Desde entonces su salud sufriría un severo revés causándole profundas secuelas.

En 1983 se imprime una compilación de sus trabajos más significativos, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, que abarca escritos publicados durante poco más de un cuarto de siglo en materia de teoría y filosofía del derecho.⁶⁴ Para ese momento, la influencia e impacto de su obra iusfilosófica era innegable. Los comentaristas que adoptaban o criticaban la propuesta metodológica de *El concepto de derecho* se contaban por centenares. Pero la actitud de Hart no consistió en “salvar” su posición privilegiada. Estuvo lejos de imponer su apabullante autoridad teórica en la discusión para zanjar polémicas. Por el contrario, prefirió aprender de la vasta literatura que su libro había generado; sobre todo por lo que hace a sus críticos. Reformuló algunos puntos de su obra antes que intentar elaborar y publicar una defensa general de sus planteamientos frente a los ataques de Lon L. Fuller, R. Dworkin, John Finnis o J. Raz, entre otros.⁶⁵ Un dato que me parece debe subrayarse es que Hart tuvo avanzada la respuesta a la crítica dworkiniana contenida en *Taking Rights Seriously* contra el positivismo jurídico (el argumento de los principios) misma que, sin embargo, cambia completamente de blanco tornándose más potente y difícil de responder (la tesis de la controversia) tras la aparición de *Law’s Empire*.⁶⁶ Y lo que es más importante: su

⁶³ Cfr. Nagel, Thomas, “The Central Questions”, *cit.*, p. 3.

⁶⁴ Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983.

⁶⁵ Por ejemplo, escribe Hart en el *postscript*: “Preferí situarme como observador y sacar partido de un debate sumamente instructivo en el que algunos de los críticos han discrepado entre sí casi tanto como conmigo”. Cfr. Hart, H. L. A., “Postscript”, *The Concept of Law*, 2a. ed., J. Raz y P. A. Bulloch, 1994, p. cit. p.; véase, en términos similares en la introducción, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *cit.*, pp. 1 y 2.

⁶⁶ Dworkin, Ronald, *Law’s Empire*, Harvard, Belknap Press, 1986.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

respuesta a esta última fue la que, al parecer, no le satisfacía.⁶⁷ Existen suficientes evidencias de que trabajó en una defensa completa de su obra, pero la misma no fue publicada durante la vida del autor.⁶⁸

En los últimos años de su vida, y a pesar de su debilitada condición física, militó en varias causas: apoyó a *Greenpeace* y a *Amnistía Internacional*, así como la campaña local antirracista promovida por Ann y Michael Dummet. En 1985 H. L. A. Hart se opuso públicamente, en las páginas de la *New York Review of Books*, a una campaña iniciada desde las más altas esferas de la Universidad de Oxford con la finalidad de otorgar un doctorado *honoris causa* a Margaret Thatcher. Años después se opondría igualmente a la Guerra del Golfo. Señala N. Lacey en su biografía que Hart aprovechó sus últimos años para cultivar sus relaciones personales más íntimas, que siempre le acompañaron su buen talante, su generosidad o sencillez.⁶⁹ El autor de una de las monografías más importantes escrita, hasta donde tengo noticia, sobre la obra hartiana en castellano, proporciona un testimonio vivo de su genio y figura:

Hart representa lo mejor de la tradición universitaria anglosajona, aunque nunca fue conservador ni conformista, sino todo lo contrario: gran parte de las reformas estatutarias progresistas del campus de Oxford se deben a su implacable voluntad de cambio de las instituciones y de las normas discriminatorias. Sus cualidades personales en el trato, su atención amable hacia sus alumnos y su falta de arrogancia ante las críticas le convertían en una persona realmente entrañable, personalidad que no es frecuente encontrar en la Academia. Hart era el profesor de Oxford de toga envejecida —en Oxford, existe una verdadera competición por

⁶⁷ Así lo señala: Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart*, cit., pp. 349 y ss. La articulación de esa respuesta a la primera crítica de Dworkin se advierte ya en la conferencia dictada en la Universidad Complutense de Madrid en 1979 y publicada posteriormente como: Hart, H. L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. al cast. de L. Hierro, F. Laporta y J. R. de Paramo, *Sistema*, núm. 36, Madrid, 1980, pp. 3-18.

⁶⁸ Al respecto, puede verse la nota de los editores de la segunda edición a *El concepto del derecho*. Véase: Bulloch, P. A. y Raz, Joseph, “Editors’ Note”, en Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., cit., pp. vii y ss.

⁶⁹ Véase, nuevamente, Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart*, cit., pp. 355 y ss.

H. L. A. HART: VIDA Y CONTEXTO FILOSÓFICO

quién lleva la toga más deteriorada—, de paseo en bicicleta —por cierto, con el paraguas atravesado en posición horizontal, lo cual le hacía convertirse en una peligrosa amenaza— y de vida inmersa en la comunidad universitaria. ¿Quedan profesores con ese talante?⁷⁰

Un accidente en bicicleta y otro en automóvil, finalmente, empeoraron gravemente su salud, situación que se hizo crítica y evidente para todos sus allegados durante los últimos días de su vida. Herbert Lionel Adolphus Hart murió una mañana fría de invierno —el 19 de diciembre de 1992— a la edad de ochenta y cinco años mientras dormía.

III. APROXIMACIÓN A SU CONTEXTO: REVUELTA ANTI-IDEALISTA Y FILOSOFÍA ANALÍTICA

Una vez establecidas fechas y hechos relevantes de su biografía, conviene analizar el contexto general en el que se gestó el pensamiento de H. L. A. Hart. Pues bien, dicho contexto se sitúa en el ambiente cultural británico de mediados del siglo XX. Hay un testimonio del autor en el que acota ese periodo desde los años de la preguerra hasta su posterior elección, en 1952, como titular de la cátedra de Filosofía del Derecho. Esos años corresponden a la época en la que la “filosofía lingüística” tuvo su apogeo tanto en Cambridge como en Oxford:

Por supuesto —escribió—, hubo importantes diferencias de énfasis y objetivos entre la variante de Oxford de este tipo de filosofía, donde su principal expositor fue J. L. Austin, y la de Cambridge, que floreció bajo la influencia de Wittgenstein. No obstante, ambas estuvieron inspiradas por el reconocimiento de la gran variedad de tipos de discurso humano y de comunicación significativo. Con ese reconocimiento surgió la convicción de que las perplejidades filosóficas persistentes en ocasiones podían resolverse no mediante el despliegue de alguna teoría general, sino a través de la discriminación y caracterización cuidadosa de las di-

⁷⁰ Páramo, Juan Ramón de, “H. L. A. Hart: In Memoriam”, *Derechos y Libertades*, núm. 2, 1993-1994, p. 16.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

ferentes maneras en que es utilizado el lenguaje humano, algunas de las cuales reflejan diferentes formas de la vida humana. Según esta concepción de la filosofía, había sido un error garrafal de mucha filosofía anterior, y recientemente y de forma notable del positivismo lógico de los años de la pre-guerra, asumir que existe una única forma de discurso válido (el basado en hechos empíricos, o en proposiciones o definiciones necesarias o lógicamente verdaderas), que descarta como sinsentidos, como meras expresiones de sentimiento, todos los demás usos del lenguaje que, como en el caso de algunas expresiones metafísicas o juicios morales, no podían mostrarse ni como disfrazadas ni como complejas formas de los pocos discursos preferidos.⁷¹

Pero antes del ascenso de la moderna “filosofía analítica”, de la cual la anterior es una variante, en una conocida trama de influencias, fue necesario oponerse vigorosamente a toda especulación que construía grandes sistemas. Porque, en efecto, durante alguna parte del siglo XIX y principios del XX ese fue el tipo de pensamiento que dominó en los más importantes círculos intelectuales británicos, es decir, ese era el tipo de reflexión cultivada no sólo en *Oxbridge* sino también en sitios como Edimburgo, Glasgow o Gales.⁷² Entre sus exponentes se encontraban Thomas H. Green —quien introdujo el idealismo en Oxford, teórico político liberal, promotor del “Estado mínimo” que “maximiza” la libertad individual—; Bernard Bosanquet —que fuera profesor en Oxford—, Francis H. Bradley —su devoto más radical— o John M. E. McTaggart —profesor del *Trinity College*, Cambridge, el más talentoso y sistemático entre sus pares—.⁷³ Tal periodo queda perfectamente ejemplificado en el llamamiento que hizo Green “a los ingleses menores de veinticinco años a cerrar los libros de Mill y Spencer y abrir los de Kant y Hegel”.⁷⁴ Esos au-

⁷¹ Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 2 y 3.

⁷² Cfr. Mander, W. J., *British Idealism: A History*, Oxford, OUP, 2011, pp. 7 y 8.

⁷³ Cfr. Priest, Stephen, “British Idealism”, *The Oxford Handbook Oxford of Philosophy*, cit., pp. 412-3.

⁷⁴ Cfr. Sorley, William, R., *A History of English Philosophy*, G.P. Putnam’s Sons, Nuev York-Londres, 1920 [hay trad. cast. de T. Efrón y J. Gómez Paz, *Historia de la filosofía inglesa*, Buenos Aires, Losada, 1951, por donde se cita, p. 313.]

H. L. A. HART: VIDA Y CONTEXTO FILOSÓFICO

tores pasaron a la historia por alejarse de la tradición empirista inglesa al formar una escuela próxima al idealismo absoluto alemán.⁷⁵

William J. Mander, en su libro *British Idealism*, sostiene que si puede hablarse de una “escuela” idealista británica se debe a que entre esos autores existía consciencia de formar parte de una empresa común: se conocían personalmente, conocían el trabajo de sus pares, se citaban entre sí, aunque no estuvieran siempre de acuerdo —las polémicas no eran infrecuentes entre ellos—.⁷⁶ Por otro lado, ese sentido de escuela también se lo proporcionaban ciertos temas compartidos y sobre todo su modo de aproximación a ellos. En primer término, los problemas políticos y sociales ocupaban un lugar central para los idealistas. Esto puede explicarse por el proceso de industrialización del que fueron testigos o la aparición de la así llamada “cuestión social”. En segundo término, tal y como señala el propio Mander, lo que unía a los idealistas es que todos poseían una concepción distintiva del mundo del conocimiento y del lugar de la filosofía dentro de él. Insistían en la esencial *unidad* subyacente de aquél, argumentaban que todas las ideas están unidas sistemáticamente entre sí, que no existen divisiones fundamentales entre las diversas ramas del conocimiento, que los conceptos y principios de alguna rama conducen a los de otra.⁷⁷ Con Hegel, pensaban que la filosofía debería ocuparse de la realidad en su totalidad y ésta es precisamente la nota que le proporciona su carácter distintivo, es decir, una concepción de la filosofía como un todo unificado y sistemático.

⁷⁵ A decir de De Ruggeiro, los neo-hegelianos ingleses pensaban que “el error fundamental del empirismo y del naturalismo consiste en aislar desde el comienzo el pensamiento de la naturaleza, puesto que ni el pensamiento ni el mundo exterior son existencias independientes”. Cfr. Ruggeiro, Guido de, *Modern Philosophy*, trad. de A. Howard y R. Collingwood, Londres, George Allen & Unwind LTD., 1921, p. 265.

⁷⁶ Cfr. Mander, W. J., *British Idealism*, cit., p. 3. De “escuela hegeliana” o “neo-hegeliana” también habla William Sorley. Véase su *Historia de la filosofía inglesa*, cit., p. 311.

⁷⁷ Cfr. Mander, W. J., *British Idealism*, cit., pp. 3 y 4. *Ídem*. Y aquí es precisamente donde irrumpe Hegel con fuerza: “El gran mérito de Hegel —nos dice De Ruggeiro— radica en haber demostrado que el verdadero objetivo de la filosofía es Dios, el absoluto, como unidad sintética del mundo externo y del ser que han surgido por diferenciación y por lo que retornan a su unidad”. Cfr. Ruggeiro, Guido de, *Modern Philosophy*, cit., pp. 265 y 266.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

Suele reconocerse que Bradley, Bosanquet y McTaggart fueron los más influyentes entre los idealistas británicos.⁷⁸ Al estudiar e incorporar a su trabajo referencias platónicas o “continentales”, bien kantianas, bien hegelianas, alteraron el típico pensamiento empirista inglés. Francis H. Bradley, por ejemplo, realizó aportaciones en el campo de la ética, la epistemología, la lógica o la metafísica. Su idealismo se acentuaba en este último campo —el metafísico— donde, entre otras cosas, sostuvo que: “Nuestras concepciones del mundo (incluso las más refinadas, comunes entre sus predecesores filosóficos) contienen contradicciones ocultas que, fatalmente, aparecen cuando intentamos pensar en sus consecuencias”.⁷⁹ Por esta razón, Bradley rechazó la opinión de que la realidad puede comprenderse como constituida por muchos objetos que existen independientemente unos de otros (pluralismo) y de nuestra experiencia de ellos (realismo). En consecuencia, su punto de vista combina monismo —i.e. la afirmación de que la realidad es una, de que no hay cosas reales separadas— con idealismo metafísico —i.e. la afirmación de que la realidad consiste únicamente en idea o experiencia—.⁸⁰

McTaggart fue una figura central dentro del panorama filosófico inglés de finales del siglo XIX. Nacido en Londres y educado en *All Souls*, fue miembro del grupo de discusión denominado los “Apóstoles de Cambridge” del que formaba parte, al unirse en 1886, entre otros el mismo Albert North Whitehead. A dicho grupo se incorporarían posteriormente George Edward Moore y Bertrand Russell. Como ya he señalado, McTaggart fue el más sistemático en el desarrollo de su obra entre los idealistas británicos, así como el experto sobre Hegel más lúcido. Se caracterizó además por tener una aproximación original a la metafísica, esto es, no siguió del todo la dialéctica hegeliana, y la entendía como “estudio sistemático de la naturaleza úl-

⁷⁸ Véase Stroll, Avrum, *Twentieth-Century Analytic Philosophy*, Nueva York, Columbia University Press, 2000 [hay trad. cast. de J. F. Álvarez y E. Bustos Guadaño, *La filosofía analítica del siglo XX*, Madrid, Siglo XXI Editores, 2002, por donde se cita, p. 110]

⁷⁹ Véase Basile, Pierrefrancisco, “Francis Herbert Bradley”, *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, 2009, disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/bradley/> (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2018).

⁸⁰ *Idem*.

H. L. A. HART: VIDA Y CONTEXTO FILOSÓFICO

tima de la realidad”. Para él, las ciencias empíricas no pueden reemplazar la indagación metafísica debido a que cualquier afirmación empírica de cualquier ciencia —cualquier afirmación desde la física—, que nos proporcione conocimiento sobre la realidad última no constituye, en sí misma, una afirmación de ésta, sino una afirmación metafísica a propósito de la física. Pero sin duda, MacTaggart es más famoso por su tesis de la “irrealidad del tiempo”, esto es, la idea de que nada de lo que existe tiene la propiedad de ser en el tiempo y que, por tanto, que “el tiempo es irreal”.⁸¹

Pues bien, frente a ese neo-absolutismo filosófico se gestó a principios del siglo XX lo que se dio a conocer como la “revuelta” o “rebelión” contra el idealismo británico. Los nombres que suelen invocarse son los de G. E. Moore, B. Russell y Ludwig Wittgenstein. El dato curioso es que los primeros abrazaron durante algún tiempo el idealismo influenciados por McTaggart, quien fuera su profesor y amigo. Moore, además, fue seguidor de las tesis de Bradley.⁸² Como recuerda Russell:

En Cambridge, tomé contacto con la filosofía de Hegel, el cual, a través de 19 volúmenes abstrusos, pretendía haber demostrado algo que equivaldría muy bien a una versión corregida y elaborada de las creencias tradicionales. Hegel concebía el universo como una unidad firmemente estructurada. Su universo era como la jalea por el hecho de que, si se tocaba cualquier parte de ella, temblaba el conjunto; pero era distinto de la jalea, porque no se podía realmente cortar en partes. Según él, su aparente consistencia en partes era una ilusión. La única realidad era lo Absoluto, que era como llamaba a Dios. En esta filosofía, me encontré a gusto durante algún tiempo. Tal como me la expusieron sus partidarios, especialmente McTaggart, que entonces era uno de mis íntimos amigos, la filosofía de Hegel me había parecido, a la vez, encantadora y demos-

⁸¹ Véase McDaniel, Cris, “John E. McTaggart”, *Stanford Encyclopaedy of Philosophy*, 2009, disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/mctaggart/> (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2018).

⁸² Sobre la influencia de McTaggart en Moore, puede verse: Moore, George Edward, “An Autobiography”, en Schillp, P. A. (ed.), *The Philosophy of G. E. Moore*, Northwestern University, Evaston & Chicago, 1941, pp. 3-39.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

trable. McTaggart era un filósofo, seis años mayor que yo aproximadamente, y un discípulo ardiente de Hegel durante toda su vida.⁸³

Pero insatisfechos en cierto momento, Moore y Russell comenzaron a trabar o, mejor dicho, a retomar, un método a fin de depurar su filosofía de todo oscurantismo y que dio por denominarse “filosofía analítica” debido a su compromiso con el “análisis”.⁸⁴

¿Ahora, qué podemos entender por aquella? En términos generales, por filosofía analítica podemos entender una corriente que da preminencia al análisis del lenguaje con pretensiones antimetafísicas. Desde ese punto de vista muchos de los problemas filosóficos pueden aclararse, resolverse o disolverse por medio del análisis cuidadoso del lenguaje, la argumentación y el rigor lógico. Como podemos apreciar, la cuestión de cómo se considere el lenguaje es de primer orden.⁸⁵ Así, y dicho de manera muy elemental, el lenguaje puede concebirse bien en términos “científicos” o “lógico-matemáticos” —idealizado—; o bien en términos en los que lo utilizan sus hablantes —no idealizado—, es decir, en su uso “corriente” u “ordinario”. Esa preminencia por el lenguaje dio lugar al famoso *linguistic turn*, expresión acuñada para enfatizar el cambio de paradigma que

⁸³ Russell, Bertrand, *Portraits from Memory and Other Essays*, Nueva York, Simon and Schuster, 1956, p. 17.

⁸⁴ Podría pensarse en una primera instancia que la noción “análisis” serviría para agrupar a una serie de pensadores en tanto “analíticos”. Pero la misma, como destaca P. S. Hacker, “es demasiado elástica, capaz de interpretaciones distintas, incluso conflictivas, para ser útil en sí misma como criterio de diferenciación”. Hacker, Peter M. S., “Analytic Philosophy: What, Where, and Whither?”, en Biletzki, A. y Matar, A., *The Story of Analytic Philosophy: Plot and Heroes*, Londres-Nueva York, Routledge, 1998, pp. 3-34.

⁸⁵ Para Dummett la filosofía analítica puede caracterizarse con base en la afirmación de los siguientes tres principios: “1) el objetivo de la filosofía es el análisis de la estructura del pensamiento; 2) el estudio del pensamiento tiene que ser claramente del estudio psicológico del acto de pensar; y 3) el método propio de análisis del pensamiento consiste en el análisis del lenguaje”. Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo con el planteamiento de Dummett. Al respecto, resulta muy instructivo el trabajo de: Hacker, Peter M. S., “Analytic philosophy: what, where, and whither?”, en Biletzki, A. y Matar, A., *The Story of Analytic Philosophy: Plot and Heroes*, Londres-New York, Routledge, 1998, pp. 3-34, esp. pp. 4 y ss.

supuso la transformación de problemas ontológicos o epistemológicos en problemas semánticos. Hay quienes afirman que el primero en operar dicho cambio fue Gottlob Frege. Para M. Dummet, por ejemplo, el preciso lugar donde podemos situar el origen de la tradición de la corriente analítica tal y como la conocemos hoy en día es en *Die Grundlagen der Arithmetik*, impreso en 1884.⁸⁶ Concretamente, el giro lingüístico se inauguraría en su famoso párrafo (§) 62 donde Frege comienza preguntándose sobre la naturaleza de los números (¿qué son los números?) y en su lugar termina por preguntarse sobre el significado de las oraciones que contienen números (¿qué significa '4' en la expresión 'X?').⁸⁷ Pero tal afirmación sobre su origen es muy controvertida y necesitaría mayor consideración.⁸⁸ No me detendré en esta cuestión pues nos alejaría bastante de nuestro tema central. Conviene, por tanto, volver a los protagonistas de la revuelta.⁸⁹

Moore y Russell cultivaron una relación tanto de respeto como de mutua admiración. Russell siempre sostuvo que el inicio de la revuelta anti-idealista se debe al genio del primero. Reconoció que fue Moore quien le convenció de abandonar su hegelianismo, que ejerció también una influencia en sus desarrollos.⁹⁰ Por su parte, Moore

⁸⁶ Ésta es la controvertida tesis central su libro: *Origins of Analytic Philosophy*, Cambridge Massachusets, Harvard University Press, 1993.

⁸⁷ Se pregunta Frege: "62. ¿Pero cómo puede sernos dado un número, si no podemos tener de él ninguna imagen o intuición. Solamente en el contexto de un enunciado se refieren las palabras a algo. De lo que se tratará, pues, es de determinar el sentido de un enunciado dentro de un numeral" (*Los principios de la aritmética*, trad. de U. Moulines, prol. de J. Mosterín, Barcelona, Laia, 1972, p. 86).

⁸⁸ Como bien apunta P. S. Hacker, si por ese contextualismo entendemos que Frege es el iniciador de la filosofía analítica convendría entonces retrotraerse, al menos, a Jeremy Bentham y su no menos importante método de la "paráfrasis". Cfr. Hacker, Peter M. S., "Analytic Philosophy: What, Where, and Whither?", *cit.*, p. 11.

⁸⁹ La polémica está servida desde que se cuestionan cosas tales como dónde fijar su origen si se trata de un desarrollo de impronta *exclusivamente* británico o no lo que nos lleva a la polémica ¿hay que distinguir entre una "filosofía continental" y otra "analítica"? O bien, ¿su cuna fue Cambridge? ¿Su centro de influencia se trasladó a Oxford?

⁹⁰ Nuevamente en palabras de Russell: "Moore, como yo, estuvo influido por Mc-Taggart y, por poco tiempo, fue hegeliano. Pero se desprendió con más rapidez que

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

recordaba que en una conversación sostenida con McTaggart trató de refutar con distintos argumentos la famosa tesis de la inexistencia del tiempo —una “proposición monstruosa”, una afirmación contra el sentido común—, cuando Russell le hizo notar que tenía aptitudes para filosofar, incitándolo a desarrollarlas.⁹¹ De igual manera, Moore también reconoció sin ambages que aquel fue el pensador más influyente en su vida.⁹² El año de 1903 fue muy relevante porque salieron a la luz tres obras fundamentales: *Principia Ethica*, donde Moore hace una defensa del análisis como método filosófico, propugna el realismo moral, en la línea de Platón, además de plantear la llamada falacia naturalista, “The Refutation of Idealism”,⁹³ más vinculado a nuestro tema y los *Principles of Mathematics*⁹⁴ de Russell. Ahora bien, ¿cuáles fueron sus aportes a la revuelta en cuestión?

La contribución de Moore puede cifrarse en dos puntos: en su negación del idealismo y en su compromiso con el análisis. Por lo que respecta al primer punto, Moore ataca el idealismo berkeleyano al trazar una distinción clara entre mente y objeto conocido. Su argumento principal, en palabras de Avrum Stroll, “se basaba en la distinción entre el objeto de percibir y el objeto percibido. Argumenta que el acto depende claramente de la mente, pero que la entidad percibida (por ejemplo, un fragmento azul) no lo es”.⁹⁵ Es decir, “no existen razones para creer que la existencia del fragmento azul tiene el mismo carácter que la existencia del acto de la percepción” sino que “existen buenas razones para creer lo contrario”⁹⁶. Es así como Moore se mueve hacia alguna forma de realismo, denominado “rea-

yo del hegelianismo y, en gran parte, fueron las conversaciones que mantuve con él las que me llevaron a abandonar tanto a Kant como a Hegel. A pesar de ser dos años más joven que yo influyó grandemente en mis concepciones filosóficas”. Russell, Bertrand, *Portraits from Memory and Other Essays*, cit., p. 72.

⁹¹ Cfr. Moore, George Edward, “An Autobiography”, cit., p. 14.

⁹² *Idem*.

⁹³ Moore, George Edward, “The Refutation of Idealism”, *Mind*, vol. 12, 1903, pp. 433-453.

⁹⁴ Russell, Bertrand, *The Principles of Mathematics*, Cambridge, at The University Press, 1903.

⁹⁵ Stroll, Avrum, *La filosofía analítica del siglo XX*, cit., p. 112.

⁹⁶ Cfr. Stroll, Avrum, *La filosofía analítica del siglo XX*, cit., p. 113.

lismo pluralista”. En segundo lugar, por lo que hace a su compromiso con el análisis, Moore también estimó que la falta o insuficiencia de este último es el origen de muchos desacuerdos filosóficos. Escribe en el Prefacio de su *Principia Ethica*:

Me parece que en la ética, así como en todos los otros estudios filosóficos, las dificultades y desacuerdos... se deben principalmente a una causa muy simple, a saber, al intento de responder cuestiones sin descubrir antes con precisión qué cuestión se desea responder. No sé hasta qué punto se acabaría esta fuente de error, si los filósofos trataran de descubrir qué cuestión plantean, antes de intentar responderla; pues, la tarea de analizar y distinguir es, a menudo, muy difícil... Pero me inclino a pensar que, en muchos casos, bastaría un intento decidido para conseguir buen éxito...⁹⁷

Russell, por su parte, no sólo abrazó el análisis como el correcto modo de proceder filosóficamente, sino que fue más allá motivado por su interés en las matemáticas.⁹⁸ En particular, pensaba que el lenguaje común con su inherente vaguedad era la fuente de permanentes equívocos, esto es, “sentía que el lenguaje ordinario encerraba las «salvajes supersticiones de los caníbales» y otros errores,

⁹⁷ Moore, G. E., *Principia Ethica*, Cambridge University Press, 1903 [reimp. 1963], p. VII. Con todo, no está del todo claro qué entendía Moore por “análisis”. Sobre la cuestión, véase Hacker, Peter M. S., “Analytic Philosophy: What, Where, and Whither?”, *cit.*

⁹⁸ A decir de W. P. Alston, la forma de proceder de Russell puede explicarse del siguiente modo: “comenzamos con un cuerpo de conocimiento que nos sentimos profundamente inclinados a aceptar pero presenta los siguientes inconvenientes: a) las pretensiones del conocimiento no parecen estar adecuadamente justificadas; b) existen problemas no resueltos sobre la naturaleza de las entidades involucradas; c) nos sentimos incómodos al comprometernos con la existencia de tales entidades”. Si podemos mostrar que este cuerpo de conocimiento se puede formular en términos de relaciones entre entidades más simples, más inteligibles, más innegables, y que cuando sea formulado así exista una justificación decisoria para ello, entonces habremos logrado un avance filosófico, habremos convertido lo problemático en no problemático, lo oscuro en claro, lo incierto en cierto”. Véase Alston, W. P., “Bertrand Russell: epistemología y metafísica”, en varios autores, *Los orígenes de la filosofía analítica. Moore, Russell, Wittgenstein*, trad. de A. Anton et al., Madrid, Tecnos, 1976, p. XX.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

confusiones y vaguedades, y que imposibilita dar correcta expresión a ciertas verdades filosóficas fundamentales”.⁹⁹ Tras la estela de Frege, se mueve hacia el “logicismo” y, como él, se adhirió a la empresa de reducir la matemática a la lógica, esto es, reducir los números de la aritmética a proposiciones lógicas que es en lo que radica la llamada “tesis logicista”. En su *Principia Mathematica*, escrita junto A. N. Whitehead, dichos autores buscaron constatar que “toda la matemática puede establecerse en términos de lógica sin necesidad de términos indefinidos requeridos por la lógica general”. De la misma forma pretendían demostrar “que la lógica constituye un lenguaje ideal que mediante la formulación formal estricta podía dar cuenta de las diversas oraciones del lenguaje cotidiano”.¹⁰⁰ En este punto, tanto Russell como Frege coinciden en utilizar la lógica como herramienta que permite erradicar los defectos que, a decir de ellos, el lenguaje natural posee.

Además, Russell formulará su “atomismo lógico” —gracias, como reconoce, a unas ideas de Wittgenstein— a partir de la premisa de que existe un isomorfismo entre la estructura lógica del lenguaje, por una parte, y la estructura de la realidad, por otra. El atomismo, como explicó Russell en la serie de conferencias que llevan el mismo nombre, es una doctrina lógica y, sobre la base de ella, que contiene cierta doctrina metafísica: “Cuando digo que mi lógica es atomista, quiero decir que comparto la creencia de sentido común en que hay multitud de cosas diferentes; estoy lejos de considerar que la aparente multiplicidad se reduce, simplemente, a una diversidad de aspectos o divisiones irreales de una única Realidad indivisible”.¹⁰¹ Estimaba que era una verdad incontestable la existencia de hechos, “que el mundo contiene hechos, que son lo que son pensemos lo que pensemos acerca de ellos, y que hay también creencias, que se refieren a esos hechos y que por referencia a dichos hechos son verdaderas o falsas”. Esto último es de gran importancia pues en ambas

⁹⁹ Véase Sainsbury, Mark, “Bertrand Russell”, *The Oxford Handbook of Philosophy*, cit., p. 825.

¹⁰⁰ Véase Alston, W. P., “Bertrand Russell: Epistemología y Metafísica”, cit.

¹⁰¹ Russell, Bertrand, “La filosofía del atomismo lógico”, en *id.*, *Lógica y conocimiento*, trad. de J. Muguerza, Madrid, Taurus, p. 250-1.

H. L. A. HART: VIDA Y CONTEXTO FILOSÓFICO

tesis radicaba el núcleo de su doctrina, en la idea de que: “Todo conocimiento puede establecerse en términos de sentencias atómicas y de sus compuestos «veritativos-funcionales»”.¹⁰² Una de sus más significativas contribuciones radicó en hacer notar que la estructura lógica del lenguaje no se corresponde con su estructura gramatical, que es el tema central de su artículo “On Denoting”,¹⁰³ de donde extrae explicación al problema de la cuantificación, así como su teoría general de las “descripciones”.

Hijo de un acaudalado empresario de la industria metalúrgica, ingeniero de formación que derivó a la filosofía al enfrentarse al problema de fundamentación de las matemáticas, L. Wittgenstein contribuyó también al desarrollo del programa iniciado por sus antecesores.¹⁰⁴ Su obra publicada en vida, el *Tractatus Logicus-Philosophicus*, va a arrinconar no sólo a la metafísica, sino también a la ética al sostener que sólo puede hablarse de aquellas “proposiciones” que sean susceptibles de verdad o falsedad, esto es, “científicas”. Se ha señalado, en efecto, que esa obra, al menos en su primera parte, se mantiene fiel al espíritu del atomismo lógico, a la finalidad de buscar un lenguaje ideal que nos saque del *impasse* de la representación distorsionada de la realidad a la que nos aboca el lenguaje ordinario, si bien con variantes.¹⁰⁵ De particular interés para nuestro propósito es el “confinamiento al silencio” de la ética. Como explica N. Malcolm,¹⁰⁶ el punto expresado en el §6.41 del *Tractatus* no se re-

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ Russell, Bertrand, “On Denoting”, *Mind*, vol. 14, 1904, pp. 479-493.

¹⁰⁴ Una excelente biografía e introducción a la obra de Wittgenstein puede verse en el estudio introductorio elaborado para la Biblioteca de Grandes Pensadores de Gredos. Véase Reguera, Isidoro, “Ludwig Wittgenstein, el último filósofo”, en *Wittgenstein, tomo I (‘Tractatus Logicus-Philosophicus’ e ‘Investigaciones Filosóficas’)*, Madrid, Gredos, 2009, pp. XI-CXXII.

¹⁰⁵ La influencia del atomismo es clara en la primera parte del *Tractatus*. Así, por ejemplo, puede leerse que “el mundo es la totalidad de los hechos, no de las cosas”; que “un hecho atómico es una combinación de objetos (entidades cosas)”, etcétera. Por otra parte, una de las variantes más claras entre ambos es la “tesis pictórica” asumida por Wittgenstein.

¹⁰⁶ Malcolm, Norman, “Ludwig Wittgenstein”, en varios autores, *Los orígenes de la filosofía analítica, cit.*, p. 149.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

fiere a la inexistencia del valor sino a su existencia *en* el mundo.¹⁰⁷ Debido a que las proposiciones sólo pueden expresar lo que existe en él, toda la ética cae en el ámbito “trascendental”¹⁰⁸ y, por tanto, no puede “expresarse”. Lo que siguió tras la aparición de esta obra forma parte de la historia del pensamiento del siglo XX: el Círculo de Viena tomará con entusiasmo el programa de formular un lenguaje más perfecto, en la línea de Frege-Russell-Wittgenstein, con el que imprimir una marcada “actitud científica” a la empresa filosófica, hasta el extremo de plantear *Der Logische Aufbau der Welt*.¹⁰⁹

Pero ese estado de cosas dio un nuevo vuelco. Poco a poco el cientificismo a ultranza del Círculo de Viena generaba cada vez más dudas respecto a su utilidad. Para los miembros del Círculo el lenguaje “significativo” sólo era aquél que pudiera superar el test del principio de verificación. Y como es de sobra conocido, el propio Wittgenstein se separó de esa concepción del lenguaje asumida en el *Tractatus*, “simplemente porque los logros del [mismo] no son tales, pues el «lenguaje perfecto» termina por no decir nada de lo que importa”.¹¹⁰ Ahora no será el centro de su atención la estructura lógica del lenguaje sino su *uso*. En efecto, en sus *Philosophische Untersuchungen* el análisis dejará de ser sobre el lenguaje “monolítico” de la ciencia para versar sobre los diversos *juegos de lenguaje* en que nos insertamos. El significado está, por tanto, en el uso que una comunidad de hablantes hace de él. Las reglas, su seguimiento, son básicas en esos juegos de lenguaje en la medida en que sirven de paradigmas para confrontar y juzgar nuestra experiencia. De los “juegos

¹⁰⁷ “6.41. El sentido del mundo tiene que residir fuera de él. En el mundo todo es como es y todo sucede como sucede: *en* él no hay ningún valor, y si lo hubiera carecería de valor. Si hay un valor que tenga valor, tiene que residir fuera de todo suceder y ser-así. Pues todo suceder y ser-así son casual. Lo que los hace no-casuales no puede residir *en* el mundo; porque de lo contrario, sería casual a su vez. Ha de residir fuera del mundo”. Cfr. Wittgenstein, t. I, (*Tractatus*), cit., p. 133.

¹⁰⁸ “6.421. Está claro que la ética no resulta expresable. La ética es trascendental. (Ética y estética son una y la misma cosa)”. Cfr. Wittgenstein, t. I, (*Tractatus*), cit., p. 133.

¹⁰⁹ Por utilizar el no menos famoso título del libro de Rudolf Carnap publicado en 1928.

¹¹⁰ Reguera, Isidoro, “Ludwig Wittgenstein, el último filósofo”, cit.

del lenguaje” se derivan “formas de vida”, que no son otra cosa que el trasfondo cultural de las actividades realizadas en un tiempo y lugar determinado. Una comunidad dada tendrá, por tanto, su “imagen del mundo” derivada de sus formas de vida y de sus juegos del lenguaje. Si “la filosofía es una batalla contra el *encantamiento* que el lenguaje ejerce en nuestra inteligencia”,¹¹¹ como el propio Wittgenstein sostenía, el abandono del lenguaje ideal abre nuevas vías. Liberados del corsé “lógico-formal” o “trascendental” ahora habrá que comprender los múltiples juegos del lenguaje regidos por sus reglas en una forma de vida e imagen del mundo determinadas.

Si en Cambridge el “segundo” Wittgenstein sienta las bases de otra filosofía, en un tenor similar, varios filósofos en Oxford, encabezados por G. Ryle y J. L. Austin, se centraron en rehabilitar el lenguaje ordinario como lenguaje digno de consideración filosófica. El parecido entre ambas líneas de pensamiento es palmario, aunque con ciertas diferencias.¹¹² Ahora bien, ¿cuáles fueron las relaciones entre ambos centros? Lo anterior no es sencillo de determinar. Isaiah Berlin, por ejemplo, dejó escrito que fue durante un seminario informal que tenían varios colegas cuando surgió lo que se conocerá como el “análisis filosófico” en Oxford y afirma dos cosas importantes.¹¹³ La

¹¹¹ Cfr. Wittgenstein, t. I, (Investigaciones filosóficas), *cit.*, p. 259.

¹¹² “Mientras el grupo de Cambridge sostiene una concepción *platónica* del filosofar, los oxonienses entienden la filosofía al estilo *aristotélico*. El grupo de Cambridge llamados también wittgenstenianos tiende a limitarse a la solución de problemas específicos; llevados de la cuestionabilidad en que han quedado los “juegos del lenguaje” adoptan una *postura negativa* frente a las posibilidades que este análisis puede ofrecer, así como negativa es también su posición frente a afirmaciones de naturaleza filosófica y, sobre todo, frente a la pretendida posibilidad de constitución de las mismas”. Por su parte, “el grupo de *filósofos de Oxford* tiende a interesarse más por los *detalles reales del lenguaje común* y por delinear conclusiones filosóficas generales. Parece mantener una *actitud positiva* ante el análisis del lenguaje común y de la fecundidad del mismo orden a la obtención de tesis filosóficas”. Véase López Moreno, Ángeles, “Filosofía del lenguaje. Implicaciones para la filosofía del Derecho”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 10, 1987-1990, pp. 80 y 81.

¹¹³ Cfr. Berlin, Isaiah, “J. L. Austin y los comienzos de la filosofía de Oxford”, en *id.*, *Impresiones personales*, H. Hardy (comp.), trad. de J. J. Utrilla y A. Coria Méndez, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

primera es que esa corriente no derivó tanto de las tesis de Austin directamente cuanto de la utilización de un método particular que todos ellos aplicaban y, la segunda, que su desarrollo tampoco se debió al autor del *Tractatus*. El rechazo al verificacionismo era patente en ambos casos, esto es, ambos se apartaron de “la doctrina de un idioma lógicamente perfecto, capaz de reflejar la estructura de la realidad”.¹¹⁴ Así, tanto de *Las investigaciones filosóficas* como de la filosofía del lenguaje ordinario oxoniense derivó una visión parecida pero *independiente* en cuanto a su fuente: las opiniones del Wittgenstein “terapéutico” todavía no habían sido publicadas antes de la guerra, y si bien comenzaban a circular los libros *Marrón y Azul*, tales trabajos —según afirma Berlin— no habían llegado a ningún miembro de su grupo por lo que el análisis en Oxford no fue deudor de las ideas de aquél.¹¹⁵

Gilbert Ryle, por su parte, dice en su autobiografía que el programa de demoler la metafísica les resultó en gran medida indiferente a sus contemporáneos toda vez que no estuvieron tan influidos como sus antecesores por los neo-hegelianos. Ahora, es verdad que él mismo siguió la estela de Russell y Wittgenstein que le llevó a hacer filosofía atomista modificada en su trabajo “Systematically Misleading Expressions”.¹¹⁶ Sin embargo, luego comenzaría a distanciarse de ellos. Su testimonio a propósito del positivismo lógico es muy revelador. Aunque no deja de reconocerle algunas aportaciones relevantes, o incluso que puedan encontrarse “ecos” del mismo en su obra principal, Ryle afirmó que hubo un resultado colateral no deseado por los positivistas lógicos, esto es, un resultado derivado del cientificismo obcecado propagado por ellos, pues:

Al equiparar la metafísica con el sinsentido y al sentido con la ciencia, suscitó una extraña pregunta: ¿en dónde estamos los filósofos que nos oponemos al sinsentido? ¿Son metafísicas las oraciones de las que está compuesto el mismo *Erkenntnis*? ¿Son física, astronomía o zoología?

¹¹⁴ Cfr. Berlin, Isaiah, “J. L. Austin y los comienzos de la filosofía de Oxford”, *cit.*, p. 227.

¹¹⁵ *Idem.*

¹¹⁶ Ryle, Gilbert, “Systematically Misleading Expressions”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 32, 1931-1932, pp. 139-170.

H. L. A. HART: VIDA Y CONTEXTO FILOSÓFICO

¿Qué hay de las oraciones y fórmulas de las que están hechos los *Principia mathematica*?... La convicción de que la dicotomía vienesa, o ‘ciencia o sinsentido’ tenía pocas ‘oes’ nos llevó a algunos, incluyéndome a mí, a albergar, y trabajar con la siguiente sospecha.¹¹⁷

Debe anotarse, por lo demás, que Ryle contribuyó a la discusión filosófica de su época con su *The Concept of Mind*¹¹⁸ —advírtase el paralelismo del título con el libro de Hart— en el que buscó desmontar el “mito cartesiano” que defiende un dualismo entre “mente-cuerpo”. Dados los presupuestos o compromisos ontológicos, así como las implicaciones semánticas del mito del “hombre dentro de la máquina”, es famosa la postulación que hiciera Ryle como “error categorial”. En su ocupación por el problema de las otras mentes, G. Ryle compartía intereses de su colega y amigo, J. L. Austin, quien ejerciera una enorme influencia sobre Hart y la filosofía oxoniense de mediados del siglo pasado.

Austin se contaba, efectivamente, entre los filósofos más importantes de su época hasta su prematura muerte a la edad de cuarenta y nueve años en 1960. Se formó en Oxford, en una tradición más aristotélica que platónica. Estuvo influenciado por G. E. Moore, Cook Wilson y por quien ejerciera de su tutor, H. A. Prichard. Su inteligencia, agudeza y estilo de escritura, “llano e ingenioso a la vez”, le valieron de inmediato el reconocimiento entre sus colegas. Tal reconocimiento se debió no sólo a sus “inigualables facultades intelectuales” sino también a su “sorprendente franqueza” o “claridad de propósitos”.¹¹⁹ Durante la Segunda Guerra Mundial Austin trabajó —al igual que Hart, recuérdese— para los servicios de inteligencia británicos. De su participación llegó a decirse que “él más que nadie fue responsable de la exactitud salvadora del servicio de inteligencia durante el desembarco en Normandía”.¹²⁰ Al abandonar el ejército

¹¹⁷ Cfr. Ryle, Gilbert, “Autobiographical”, en Wood, O. P. y Pithcer, G. (eds.), *Ryle*, Nueva York, MacMillan-Doubleday, 1970, p. 10. 117

¹¹⁸ Ryle, Gilbert, *The Concept of the Mind*, Hutchinson’s University Library, 1949.

¹¹⁹ Hampshire, Stuart, “J. L. Austin, 1911-1969”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, new series, vol. 60, 1959-1960, p. I.

¹²⁰ La expresión la recoge Warnock, G. J., “John Langshaw Austin: a Biographical Sketch”, *Proceedings of the British Academy*, 1963.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

en 1945 se retiró con el rango de *Lieutenant Colonel* y recibió, entre otros, los siguientes galardones: la Orden del Imperio Británico, la *Croix de Guerre* francesa y la Legión al Mérito de los Estados Unidos de América. Fue admirador de Leibniz y, para la trama que aquí reseñamos, en 1953 apareció publicada su traducción al inglés de *Die Grundlagen der Arithmetik* de Frege.

Realizó estudios sobre la naturaleza de la verdad, el libre albedrío, la acción o el conocimiento del mundo, dedicándose a cuestiones que le parecían relevantes sin “esquema metodológico” previo o, incluso, sin “una doctrina del quehacer filosófico” como tal.¹²¹ Ahora, debe anotarse que su proceder no revela *el* método filosófico, si por ello entendemos una aproximación sistemática o, mejor, dogmática a las preguntas fundamentales. Pero su manera de trabajar, como no podía ser de otra forma, sí revela el *suyo*. Ningún trabajo mejor para darnos cuenta de ello que *A Plea for Excuses*, donde proporciona algunos puntos de partida, destacándose por encima de todo la importancia del lenguaje. Su “método” descansaba en una idea sencilla en apariencia: saber qué queremos decir. Efectivamente, las palabras no son “hechos o cosas” —escribió Austin—, “son nuestras herramientas”, por lo que tenemos el deber de limpiarlas y emplearlas correctamente, esto es, “deberíamos *saber qué queremos decir* y qué no y, con ello, estar preparados para las trampas que el lenguaje nos tiende”.¹²² “Hay que sacarlas del mundo” —decía— “para advertir sus arbitrariedades o inadecuaciones”, para volver a mirar la realidad de forma más aguda.¹²³ Creía que nuestro repertorio de palabras comunes contenía todas las distinciones o conexiones dignas de ser trazadas, y que las mismas eran producto del dilatado uso entre varias generaciones de hablantes competentes que las han estimado relevantes. Las palabras poseen para Austin una riqueza que no debe pasar inadvertida en el tratamiento de problemas prácticos. Y ese cúmulo de distinciones, en fin, no es siquiera susceptible de

¹²¹ Hampshire, Stuart, “J. L. Austin, 1911-1969”, *cit.*, p. II.

¹²² Cfr. Austin, J. L., “A Plea for Excuses: The Presidential Address”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, new series, vol. 57, 1956-57, pp. 1-30, p. 7.

¹²³ Cfr. Austin, J. L., “A Plea for Excuses”, *cit.*, p. 8.

ser suplantado por aquellas que se le ocurran a un filósofo sentado en la comodidad del sofá de su casa.¹²⁴

Es patente, pues, la importancia de las palabras, del lenguaje en general, y ordinario en particular, en su proceder. De hecho, podría llegar a pensarse que Austin opera una especie de fetichismo sobre las palabras. Nada más lejos de la realidad. La utilización de las herramientas que pregona, su enfoque en el lenguaje ordinario, no pretende alzarse como tribunal de última instancia de la investigación filosófica, ni tampoco debe estimarse insuperable, mucho menos perfecto. No es, como escribe en otra parte, la última palabra. “El lenguaje ordinario —afirmó— no clama por ser la última palabra, si es que existe algo semejante”.¹²⁵ Porque, repitémoslo, en él podemos encontrar un cúmulo de distinciones relevantes a fines prácticos y es difícil negar que no haya algo valioso ahí. Pero tampoco puede negarse que al lenguaje ordinario se adhiere “la superstición, el error, las fantasías”, mismas que, en no pocas ocasiones, “se mantienen en pie ante la prueba de la supervivencia”. Austin tenía claro que “el lenguaje ordinario *no* es la última palabra: en principio, siempre se la puede completar mejor o sustituir. Sólo recuérdese: *es* la *primera* palabra”.¹²⁶ Una derivación de tal forma proceder, esto es, del método de la primera palabra, si se quiere, es el “principio de aplicabilidad ontológica”, como apunta Stroll. Dicho principio “afirma que tales distinciones son algo más que verbales, esto es, seleccionan o discriminan características reales del mundo” —normalmente, aunque no siempre—. Es decir, en principio, “si existe una distinción en el lenguaje corriente, y la misma ha existido durante mucho tiempo, podemos esperar su correlato en el mundo real”.¹²⁷

La máxima contribución de Austin se centra en la teoría de los “actos del habla” [*Speech Acts*]. Su origen, en tanto teoría que al día de hoy continúa ejerciendo un influjo notable en filosofía, lingüística y en los estudios literarios, se encuentra en las “William James Lectures”, dictadas en la Universidad de Harvard en 1955. El texto

¹²⁴ *Idem.*

¹²⁵ *Cfr.* Austin, J. L., “A Plea for Excuses”, *cit.*, p. 11.

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ *Cfr.* Stroll, Avrum, *La filosofía analítica del siglo XX*, *cit.*, p. 197.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

revisado fue publicado póstumamente como *How to Do Things with Words* en el año 1962 por J. O. Urmson. En el prefacio que acompaña a dicha publicación, elaborado por este último, se advierte que el desarrollo de las ideas contenidas en ese libro comenzó en el artículo “Other Minds”¹²⁸ y continuaron en las clases que versaron sobre el tema “Palabras y acciones” dictadas en Oxford durante los cursos 1952-1954. El núcleo del libro radica en criticar lo que Austin denominó la “falacia descriptiva”¹²⁹ y en enfatizar que, en determinadas circunstancias, “hacemos diciendo”. La obra en cuestión contiene la teoría de los actos del habla de Austin de forma ampliada donde distingue entre tres tipos de actos: el fonético, el fático y el rético. Esos tipos de actos llevan, a su vez, a otra gran distinción entre actos locutivos, ilocutivos y perlocutivos. Como señala Stroll, de “actos” Austin pasa a la terminología de “fuerza”: hablar de fuerza locutiva equivale a hablar de su sentido o significado; hablar de un acto ilocutivo, por su parte, consiste en las palabras utilizadas a fin de animar, persuadir o aconsejar algo. Por último, el acto perlocutivo describiría el resultado materializado en acción de ese consejo o incitación, esto es, la persuasión o inducción lograda con ello. La teoría de los “actos realizativos” frente a los “constatativos”, la idea de que existen expresiones que poseen peculiaridades que no deben confundirse con el hecho de pronunciarlas y que, en determinadas circunstancias, realizamos acciones con ellas, en fin, está en el núcleo de su contribución filosófica.

Austin pensaba que la empresa intelectual era eminentemente cooperativa. En ella, el intercambio mutuo de argumentos, la confrontación de posiciones resulta primordial para desentrañar distinciones, usos, significados... a fin de avanzar sobre algunas cuestiones bien delimitadas frente a esa misma pretensión llevada de forma individual.¹³⁰ Pero no se trataba, como ya hemos dicho, tanto de una investigación taxonómica de la forma de hablar cotidiana de las per-

¹²⁸ Austin, J. L., “Other Minds”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 20, 1946, pp. 148-187.

¹²⁹ Véase Austin, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*, trad. de G. Carrió y E. Rabbiosi, Barcelona, Paidós, 1996, p. 43.

¹³⁰ Cfr. Hampshire, Stuart, “J. L. Austin, 1911-1969”, cit., p. VIII.

H. L. A. HART: VIDA Y CONTEXTO FILOSÓFICO

sonas *per se* cuanto de una vía para encontrar distinciones o usos subyacentes que no resultan moralmente indiferentes en cuanto a su sentido. Esa forma de proceder fue característica en Austin y la puso en marcha en un seminario informal llevado a cabo los jueves en las habitaciones de *All Souls*. Como recuerda I. Berlin, hubo varias razones que hicieron provechosas tales reuniones: el pequeño número de participantes que además se conocían bien entre ellos, hablaban libremente, no alardeaban de sus conocimientos, eran completamente espontáneos, y sabían que si alguien tomaba una ruta equivocada que conducía a un despeñadero, ello no importaba, pues podían volver sobre sus pasos en futuras sesiones. Además, no sentían necesidad alguna de publicar sus avances o ideas.¹³¹ H. L. A. Hart participó activamente en tales seminarios, mismos que, según el autor de *Two Concepts of Liberty*, fueron un auténtico “círculo mágico” en el que sus asistentes conocieron “la verdadera felicidad intelectual”.¹³²

La influencia de J. L. Austin en Hart es palmaria. Existen numerosas referencias del propio autor que no dejan lugar a dudas de que ese fue el preciso *humus* del que se nutre su obra. Recordaba Hart en una entrevista:

Como profesor ayudante tomé parte en las habituales discusiones de otros filósofos de Oxford que asistían a un seminario semanal informal, grupo dirigido por el fallecido profesor J. L. Austin. Entre las diversas materias que discutíamos bajo la guía estimulante de Austin, estaba el concepto general de reglas de conducta, que intentábamos clarificar al considerar diferentes sistemas de reglas jurídicas y no jurídicas (por ejemplo, reglas de juegos, de clubes, etcétera), así como al considerar el significado de las diversas expresiones (“seguir”, “obedecer”, “aplicar”) usadas en relación con las reglas, y al identificar las diferencias entre sus diversas funciones, como las de determinar la validez de las transacciones (por ejemplo, los contratos o las transmisiones de la propiedad, o la

¹³¹ Cfr. Berlin, Isaiah, “J. L. Austin y los comienzos de la filosofía de Oxford”, *cit.*, p. 228-9.

¹³² Cfr. Berlin, Isaiah, “J. L. Austin y los comienzos de la filosofía de Oxford”, *cit.*, p. 230.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

legislación) contrastadas con las de la imposición de deberes u obligaciones o las de concesión de derechos.¹³³

Por otra parte, su oposición al positivismo lógico quedó patente en uno de sus primeros trabajos publicados, de corte eminentemente filosófico, *A Logician's Fairy Tale*. En él Hart muestra su descontento contra el logicismo rampante de su época, contra la imposibilidad de dar algún tipo de sentido a expresiones no “verificables” o que caen fuera de lo lógico o matemáticamente “formalizables”.¹³⁴ En otro trabajo, donde pasaba revista al estado de la cuestión de la teoría del derecho en Inglaterra y los Estados Unidos, advertía el espectro en que se movía la filosofía de la Inglaterra de mediados del siglo XX y que no era otro que el iniciado por Ryle y Austin en Oxford o por el segundo Wittgenstein en Cambridge: “La filosofía en Inglaterra, incluida la filosofía moral —escribió— se ha ocupado principalmente del análisis del lenguaje, y los problemas filosóficos más tradicionales se han planteado y discutido como cuestiones de significado y no como cuestiones de hecho”.¹³⁵ Afirmaba Hart, en un tenor similar, que los filósofos ingleses más jóvenes no estaban tan preocupados por las disciplinas formalizadas de las ciencias, la matemática o la lógica, sino que, más bien, trabajaban dentro de la filosofía del lenguaje ordinario, un lenguaje que compartían tanto historiadores y críticos de arte como juristas.

Pero sin duda, no hay mejor lugar para corroborar la influencia de Austin que el propio prefacio de *El concepto de derecho*. Que “debemos utilizar una consciencia agudizada de las palabras para agudizar nuestra percepción de los fenómenos” es una cita textual de J. L. Austin recogida por Hart que sintetiza bien lo apuntado. De la misma manera, en ese prefacio se muestra preocupado por el análisis como movimiento que tuvo su inspiración:

¹³³ Véase Páramo, Juan Ramón de, “Entrevista a H. L. A. Hart”, *cit.*, p. 340.

¹³⁴ Véase Hart, H. L. A., “A Logician's Fairy Tale”, *Philosophical Review*, vol. 60, n.2., 1951, pp. 198-212.

¹³⁵ Hart, H. L. A., “Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain 1945-52”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 2, 1953, pp. 360.

H. L. A. HART: VIDA Y CONTEXTO FILOSÓFICO

En la convicción de que la mayor parte de los problemas filosóficos, si no es que todos, pueden disolverse mostrando simplemente el origen de algún malentendido del lenguaje en el que es discutido. Ciertas falacias típicas fueron identificadas, como aquella que trata como cuestiones de hecho lo que en realidad son meras disputas verbales; o la idea de que cualquier expresión sustantiva (incluidos los sustantivos generales y abstractos) depende de entidades separadas de ellos.¹³⁶

Pero también se muestra comprometido con otra idea: “Con la idea de que muchas distinciones importantes, que no son inmediatamente obvias, entre los tipos de situación social, o relaciones, pueden ser esclarecidas mejor mediante un examen de los usos típicos de las expresiones relevantes y de la manera en que éstas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa”.¹³⁷ Este párrafo, finalmente, alude a la pretensión metodológica de que su trabajo es a la vez un análisis del lenguaje ordinario y un ejercicio de sociología descriptiva.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

A través de estas líneas he intentado ofrecer un bosquejo tanto de la vida de H. L. A. Hart como de su contexto filosófico. Me parece que de ese recorrido emerge un paisaje relativamente coherente, que nos proporciona elementos de juicio para comprender su obra con mayor profundidad. Así, estimo, puede concluirse que, en el plano biográfico, la contribución de Hart no se entiende en toda su complejidad sin ambas conflagraciones mundiales —sobre todo la Segunda Guerra Mundial—. Tampoco se entiende, en el plano filosófico, sin el surgimiento del positivismo lógico y la posterior revolución que supuso el análisis del lenguaje ordinario y éstas, a su vez, sin la vuelta anti-idealista. Todo ello incardinado en lo que hoy entendemos por filosofía analítica, en el marco más amplio del pensamiento filosófico del siglo XX. Con este breve repaso ello se hizo patente, es decir, su íntima relación con la “corriente” filosófica analítica en su

¹³⁶ *Ibidem*, p. 361.

¹³⁷ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., p. XII.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

vertiente de análisis del lenguaje ordinario. Ahora, ¿qué hay específicamente de su relación con la teoría jurídica analítica? ¿De qué manera vinculó al campo jurídico algunos planteamientos filosóficos de los que fue testigo? Aquí sólo puedo anotar un principio de respuesta.

Su escrito “Philosophy and Jurisprudence in Britain 1945-52” constituye un claro reflejo del estimulante ambiente intelectual del que Hart fue testigo y protagonista. Ahí, después de criticar obras de distintos iusfilósofos, dejó anotado *in nuce* lo que será su agenda, enfatizando algunos desarrollos filosóficos que a su juicio eran dignos de consideración en el ámbito de la teoría del derecho. En particular:

La noción de regla y las características lógicas de las expresiones que invocan o aplican reglas han estado en el centro de las discusiones filosóficas recientes y, como parte de una revisión de la descripción general de nuestras nociones de cuerpo y mente, también se han estudiado con detalle el concepto de una acción cuyos resultados son de una importancia evidente para elucidar la “intención”, el “motivo” y la “voluntad” y, con el tiempo, debería conducir a la eliminación de la confusión en torno a los términos “objetivo” y “subjetivo” en la filosofía del derecho. Nuevos estudios de las funciones de los nombres y las descripciones pueden resultar pertinentes a los problemas jurídicos sobre identidad y error con respecto a la parte contratante, y a la interpretación de documentos, mientras que el descubrimiento de que una proposición o regla puede o referirse a otra proposición o regla de muchas maneras diferentes, podría servir para una mejor comprensión tanto de la estructura como de la relación entre sistemas jurídicos y de las relaciones entre normas jurídicas y morales.

Por último, el interés en los tipos de argumentos que pueden, como en el derecho y la moral, ser racionales sin ser concluyentes y en la forma en que se aplican conceptos que no son susceptibles de definición rígida sino de ‘textura abierta’ puede ayudar a los juristas a emanciparse finalmente de la noción de que la prueba deductiva agota la noción de razonamiento que ha inspirado la oscuridad dogmática como la extravagancia escéptica en el pasado.¹³⁸

¹³⁸ Hart, H. L. A., “Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain 1945-52”, *cit.*, p. 365.

H. L. A. HART: VIDA Y CONTEXTO FILOSÓFICO

Corría el año 1953 cuando apareció publicado dicho texto. El lector con formación en el ámbito de la teoría del derecho inmediatamente se dará cuenta de que se trata de un párrafo sorprendente por premonitorio de lo que será la obra jurídica hartiana. Poco más puedo decir. Determinar en qué medida H. L. A. Hart completó ese programa será el objetivo de futuros trabajos.¹³⁹

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALSTON, W. P., "Bertrand Russell: Epistemología y Metafísica", en varios autores, *Los orígenes de la filosofía analítica. Moore, Russell, Wittgenstein*, trad. de A. Anton et. al., Madrid, Tecnos, 1976.
- ATIENZA, Manuel, "Entrevista a Robert S. Summers", *Doxa*, núm. 23, 2000.
- AUSTIN, J. L., "A Plea for Excuses: The Presidential Address", *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, vol. 57, 1956-57.
- AUSTIN, J. L., "Other Minds", *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 20, 1946.
- AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*, trad. de G. Carrió y E. Rabossi, Barcelona, Paidós, 1996.
- BASILE, Pierrefrancisco, "Francis Herbert Bradley", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2009, disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/bradley/>.
- BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Londres, Athlone Press 1970.

¹³⁹ Agradezco las sugerencias que a una versión preliminar de este trabajo me formularan el profesor Josep Joan Moreso y Alicia I. Saavedra-Bazaga, del Instituto Europeo Universitario, durante su estancia como *visiting* en la New York University (NYU) Law School. De igual forma, pude presentar una ponencia con un borrador de este texto en las VI Jornadas Internacionales de Filosofía del Derecho del IJ-UNAM. Doy gracias por el apoyo para participar en dicho foro a los profesores Enrique Cáceres, Imer B. Flores y Juan Vega. Finalmente, agradezco las correcciones de los dictaminadores de *Problema* que me ayudaron a mejorar este trabajo. Los errores o insuficiencias persistentes son de la exclusiva responsabilidad del autor.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

- BENTHAM, Jeremy, *Of Laws in General*, ed. de H. L. A. Hart, (Collected Works of Jeremy Bentham), Londres, Athlone Press, 1970.
- BERLIN, Isaiah, "J. L. Austin y los comienzos de la filosofía de Oxford", en *id.*, *Impresiones personales*, comp. de H. Hardy, trad. de J.J. Utrilla y A. Coria Méndez, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.
- BILETZKI, A. y MATAR, A., *The Story of Analytic Philosophy: Plot and Heroes*, Londres-Nueva York, Routledge, 1998.
- DUBNOVOV, Arie M., *Isaiah Berlin. The Journey of a Jewish Liberal*, Palgrave Macmillan, 2012.
- DWORKIN, Ronald, "El modelo de reglas (I)", en *id.*, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002.
- DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2011 [trad. cast. de Horacio Pons, *Justicia para erizos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014].
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard, Belknap Press, 1986.
- FLORES, Imer B., "H. L. A. Hart's Moderate Indeterminacy Thesis Reconsidered: In Between Scylla and Charybdis?", *Problema*, núm. 5, 2011.
- FULLER, Lon L., "Positivism and Fidelity to Law: a Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958.
- GOODHART, William, "A. L. Goodhart", *LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2010*, disponible en: http://eprints.lse.ac.uk/32908/1/WPS2010-01_Goodhart.pdf.
- HAMPSHIRE, Stuart, "J. L. Austin, 1911-1969", *Proceedings of the Aristotelian Society*, new series, vol. 60, 1959-1960.
- HART, H. L. A. y HONORÉ, A. M., *Causation in the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1959.
- HART, H. L. A., "A Logician's Fairy Tale", *Philosophical Review*, vol. 60, núm. 2., 1951.
- HART, H. L. A., "Are There Any Natural Rights?", *Philosophical Review*, núm. 64, 1955.

H. L. A. HART: VIDA Y CONTEXTO FILOSÓFICO

- HART, H. L. A., "Definition and Theory in Jurisprudence", *Law Quarterly Review*, núm. 70, 1954.
- HART, H. L. A., "Immorality and Treason", *The Listener*, 30 de julio de 1959.
- HART, H. L. A., "Kelsen Visited", *UCLA Law Review*, núm. 10, 1963.
- HART, H. L. A., "Legal and Moral Obligation", *Essays in Moral Philosophy*, ed. de A. I. Melden, Seattle, University of Washington Press, 1958.
- HART, H. L. A., "Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain 1945-52", *American Journal of Comparative Law*, núm. 2, 1953.
- HART, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, núm.71, 1957-8.
- HART, H. L. A., "The Ascription of Responsibility and Rights", *Proceedings of the Aristotelian Society* 49, 1948-9.
- HART, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- HART, H. L. A., *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982.
- HART, H. L. A., *Law, Liberty and Morality*, Londres, Oxford University Press, 1963.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press 1961. [trad. cast. de G. Carrió, *El concepto de derecho* (1963), Abelardo Perrot, Buenos Aires, 2007].
- HONORÉ, Tony, "Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992)", *Proceedings of the British Academy*, vol. 84, 1994.
- LACEY, Nicola, "Out of the 'Withces' Cauldron", en Cane, P. (ed.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Oxford, Hart Publishing, 2010.
- LACEY, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and Noble Dream*, Oxford, OUP, 2004.
- LEWIS, A. E. D., "John Austin (1780-1859): Pupil of Bentham", *The Bentham Newsletter*, núm. 2, 1979.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

- LÓPEZ MORENO, Ángeles, “Filosofía del lenguaje. Implicaciones para la filosofía del Derecho”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 10, 1987-1990.
- MACCORMICK, D. Neil, *H. L. A. Hart*, 2a. ed., California, Stanford University Press, 2008.
- MANDER, W. J., *British Idealism: A History*, Oxford, OUP, 2011.
- MCDANIEL, Cris, “John E. McTaggart”, *Stanford Encyclopaedy of Philosophy*, 2009, disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/mctaggart/>.
- MOORE, George Edward, “An Autobiography”, en SCHILLP, P. A. (ed.), *The Philosophy of G. E. Moore*, Evaston & Chicago, Northwestern University, 1941.
- MOORE, George Edward, “The Refutation of Idealism”, *Mind*, vol. 12, 1903.
- MORA SIFUENTES, Francisco M., “Biografía mínima de H. L. A. Hart”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 9, enero-junio de 2017.
- NAGEL, Thomas, “The Central Questions”, *London Review of Books*, 3 de febrero de 2013.
- PÁRAMO, Juan Ramón de, “Entrevista a H. L. A. Hart”, *Doxa*, núm. 5, 1989.
- PÁRAMO, Juan Ramón de, “H. L. A. Hart: In Memoriam”, *Derechos y Libertades*, núm. 2, 1993-1994.
- REGUERA, Isidoro, “Ludwig Wittgenstein, el último filósofo”, en Wittgenstein, *‘Tractatus Logicus-Philosophicus’ e ‘Investigaciones Filosóficas’*, t. I, Madrid, Gredos, 2009.
- RUGGEIRO, Guido, *Modern Philosophy*, trad. de A. Howard y R. Collingwood, Londres, George Allen & Unwind LTD., 1921.
- RUSSELL, Bertrand, *Portraits from Memory and Other Essays*, Nueva York, Simon and Schuster, 1956.
- RUSSELL, Bertrand, *The Principles of Mathematics*, Cambridge, at The University Press, 1903.

H. L. A. HART: VIDA Y CONTEXTO FILOSÓFICO

- RYLE, Gilbert, "Autobiographical", en WOOD, O. P. y PITHCER, G. (eds.), *Ryle*, Nueva York, MacMillan-Doubleday, 1970.
- RYLE, Gilbert, "Sistematically Misleading Expressions", *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 32, 1931-1932.
- RYLE, Gilbert, *The Concept of the Mind*, Hutchinson's University Library, 1949.
- SORLEY, William R., *A History of English Philosophy*, Nueva York-Londres, G. P. Putnam's Sons, 1920.
- STROLL, Avrum, *Twentieth-Century Analytic Philosophy*, Nueva York, Columbia University Press, 2000.
- SUGARMAN, David, "Hart Interviewed: H. L. A. Hart in Conversation with David Sugarman", *Journal of Law and Society*, vol. 32, núm. 2, 2005.
- WALUCHOW, Wilfrid, "H. L. A. Hart: Supervisor, Mentor, Friend, Inspiration", *Problema. Anuario de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 5, 2011.
- WARNOCK, G. J., "John Langshaw Austin: A Biographical Sketch", *Proceedings of the British Academy*, 1963.

TRES CONTRATOS, TRES INCERTIDUMBRES: LA CONFORMACIÓN DE SOLUCIONES INSTITUCIONALES EN HOBBS, LOCKE Y ROUSSEAU*

*THREE CONTRACTS, THREE UNCERTAINTIES: THE CONFIGURATION
OF INSTITUTIONAL SOLUTIONS IN HOBBS, LOCKE AND ROUSSEAU*

Diego SOLIS DELGADILO**
Josafat CORTEZ SALINAS***

Resumen:

Este trabajo analiza cómo la interpretación de incertidumbre afecta las propuestas de diseño institucional. Para ello, revisamos los contratos sociales en las obras de Hobbes, Locke y Rousseau a la luz del neoinstitucionalismo de la elección racional. Nuestro argumento es que los contratos sociales propuestos por cada uno de estos autores tienen como objetivo superar problemas de incertidumbre. Sin embargo, cada uno de ellos, dadas sus circunstancias históricas, los concibió de manera distinta. Esto último tiene consecuencias sobre cómo las instituciones distribuyen el poder político.

Palabras clave:

Instituciones, incertidumbre, cooperación, acción colectiva, contrato social.

* Artículo recibido el 9 de febrero de 2018 y aceptado para su publicación el 13 de agosto de 2018.

** Doctor en Ciencias Sociales-Ciencia Política-Flacso-México. Tutor de la Maestría en Políticas Públicas Comparadas de la Flacso México.

*** Doctor en Ciencias Sociales-Ciencia Política-Flacso-México. Profesor-investigador en el Centro de Estudios Políticos de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM.

DIEGO SOLIS DELGADILLO / JOSAFAT CORTEZ SALINAS

Abstract:

This paper analyzes how different understandings of social uncertainty lead to different frameworks for institutional design. For this, the ideas of social contract theorists, such as Hobbes, Locke and Rousseau, are examined from the approach of Rational Choice Institutionalism. The argument is that the social contract theories, defended by each of these authors, aim to overcome problems of uncertainty. However, given their historical circumstances, each political thinker conceived uncertainty differently, which ultimately has consequences for the way in which institutions distribute political power.

Keywords:

Institutions, Uncertainty, Cooperation Action, Social Contract.

TRES CONTRATOS, TRES INCERTIDUMBRES...

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Incertidumbre e instituciones*. III. *Hobbes y la guerra de todos contra todos*. IV. *Locke y el abuso del poder del Estado*. V. *Rousseau y la imposibilidad de la representación*. VI. *Incertidumbre, cooperación y distribución de poder*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es analizar cómo la interpretación del problema de incertidumbre afecta las propuestas de diseño institucional. Para ello, revisamos los contratos sociales en las obras de Hobbes, Locke y Rousseau a la luz del neoinstitucionalismo de la elección racional. Se busca demostrar que los contratos sociales propuestos por cada uno de estos autores tienen como objetivo superar problemas de incertidumbre, sin embargo, cada uno de ellos, dadas sus circunstancias históricas, los concibió de manera distinta. El artículo sostiene que dichas diferencias influyen sobre la manera en que distribuyen el poder político.

Las instituciones son entendidas frecuentemente como reglas del juego, conocidas y compartidas por los miembros de la sociedad, que estructuran las interacciones sociales, son marcos en los que las interacciones sociales tienen lugar.¹ Estas instituciones pueden estar más o menos estructuradas² e incluyen reglas formales, leyes escritas, convenciones sociales, normas informales de comportamiento, creencias compartidas sobre el mundo y los mecanismos para hacerlas cumplir.³ Al mismo tiempo, estas reglas son relevantes porque tienen consecuencias sobre cómo se distribuye tanto el poder político como el económico.⁴

¹ North, Douglass, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Nueva York, Cambridge University Press, 1990, pp. 3-61.

² Shepsle, Kenneth, "Rational Choice Institutionalism", en Rhodes, R. A. W. *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Nueva York, Oxford University Press, 2006, pp. 1031-1049.

³ North, Douglass C. *et al.*, *Violence and Social Orders. A Conceptual Framework for Interpreting Human History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 1-29.

⁴ Knight, Jack, *Institutions and Social Conflict*, Nueva York, Cambridge University

DIEGO SOLIS DELGADILLO / JOSAFAT CORTEZ SALINAS

El neoinstitucionalismo, especialmente su corriente de elección racional, asume una serie de supuestos. En primer lugar, las instituciones son endógenas y son resultado de la interacción humana; en segundo lugar, los actores son autointeresados y buscan promover sus intereses;⁵ en tercer lugar, los actores se encuentran constreñidos por reglas, tanto formales como informales,⁶ que limitan su rango de posibles acciones al establecer aquello que está permitido, prohibido o requerido por los actores;⁷ en cuarto lugar, las reglas son benéficas para los actores porque generan certidumbre acerca de aquellas estrategias y comportamientos que son válidos en un juego;⁸ en quinto lugar, las instituciones generan incentivos, promoviendo algunos comportamientos e inhibiendo otros, y finalmente, las instituciones tienen resultados distributivos que pueden generar ganadores y perdedores.⁹

El nuevo institucionalismo es reciente, pero se puede establecer un diálogo con los clásicos de Hobbes, Locke y Rousseau para identificar diversos componentes que actualmente forman parte de las premisas del neoinstitucionalismo. En primer lugar, la idea del estado de naturaleza, de una situación pre política, destaca el problema de la incertidumbre; en segundo lugar, la idea del contrato social asume por un lado individuos con voluntad propia como constructos sociales que son producto de la interacción humana; por otro lado, las sanciones del Estado generan incentivos que controlan el autointerés de los actores, y finalmente, la composición del Estado conlleva no solamente la concentración del poder político en una organización, sino también diversas formas de distribución del poder político en un monarca, en una legislatura o en el pueblo.

Press, 1992; Acemoglu, Daron y Robinson, James, *Economic Origins of Dictatorship and Democracy*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006. pp. 21-40.

⁵ Shepsle, Kenneth, *op. cit.*; Colomer, Josep, *Lecciones de teoría política positiva*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1999, pp. 9-32.

⁶ North, Douglass, *op. cit.*, pp. 3-61.

⁷ Ostrom, Elinor, *Understanding Institutional Diversity*, New Jersey, Princeton University Press, 2005.

⁸ Ostrom, Elinor, *Governing the Commons: The Evolutions of Institutions for Collective Action*, Nueva York, Cambridge University Press, 1990; North, Douglass, *op. cit.*; Shepsle, Kenneth, *op. cit.*, pp. 5-31.

⁹ Knight, Jack, *op. cit.*, pp. 21-40.

TRES CONTRATOS, TRES INCERTIDUMBRES...

Este trabajo está organizado de la siguiente manera; primero se presenta la definición de incertidumbre y la manera en que se relaciona con el diseño institucional; enseguida, se aborda el contrato social en Hobbes, precisando el tema del orden en el estado de naturaleza; se continúa analizando el contrato social de Locke y su preocupación por la protección de los derechos de propiedad; en cuarto lugar, se desarrolla el contrato social en Rousseau y los problemas que se desprenden de la imposición de intereses parciales en el espacio público. Posteriormente, se hace una comparación destacando las consecuencias de estas diferencias en la concepción de la incertidumbre sobre la organización del Estado y la distribución de poder político. Finalmente se presentan las conclusiones.

II. INCERTIDUMBRE E INSTITUCIONES

En el centro del institucionalismo de la elección racional se encuentra el tema de la incertidumbre. North¹⁰ sostiene que las instituciones son creadas para generar orden y reducir incertidumbres en el intercambio porque disminuyen los costos de transacción y producen certeza contractual al generar regularidades. Esta condición es necesaria para llevar a cabo intercambios económicos porque amigora el riesgo de incumplimiento por alguna de las partes.

En otras palabras, las instituciones evitan comportamientos oportunistas.¹¹ Este supuesto de actores autointeresados que buscan maximizar su utilidad es el que guía al institucionalismo económico. Existe incertidumbre sobre el comportamiento humano porque no es posible conocer la confiabilidad de los actores de manera *ex ante*. La solución a este problema es el establecimiento de reglas que hacen cumplir los compromisos adquiridos e imponen altos costos de desertión a los participantes.

Por incertidumbre nos referimos a una condición donde una persona no puede asignar las probabilidades de un evento y es incapaz

¹⁰ North, Douglas, *op. cit.*; North, Douglas, "Institutions", *The Journal of Economic Perspectives*, 5, 1, 1991, pp. 97-112.

¹¹ Williamson, Oliver E., *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting*, China Social Sciences Publishing House, 1985, pp. 65-84.

DIEGO SOLIS DELGADILLO / JOSAFAT CORTEZ SALINAS

de arribar a formas de asegurarse contra el acto.¹² Por ejemplo, en el caso de la *Teoría de la justicia* de Rawls,¹³ los individuos bajo el velo de la ignorancia actúan en condiciones de incertidumbre porque desconocen qué lugar ocuparán en el futuro. De la misma manera, las situaciones pre políticas, como las planteadas en el estado de naturaleza, son inciertas debido a la falta de predictibilidad en el comportamiento humano.

En esta corriente, las instituciones son concebidas como una forma de superar dilemas de acción colectiva, en situaciones en las que la cooperación puede generar bienes colectivos pero la maximización del interés individual evita que esto suceda, generando resultados socialmente ineficientes.¹⁴ En el caso de la *Lógica de la acción colectiva*, la maximización individual conduce a la subproducción de bienes públicos.¹⁵ Mientras que en la aplicación que hace Hardin en la *Tragedia de los Comunes* lleva a la sobreexplotación de recursos naturales.¹⁶ Consideramos que los contratos sociales propuestos por Hobbes, Locke y Rousseau proveen un marco institucional que disminuye la incertidumbre y promueve la cooperación.

El efecto de la incertidumbre sobre el diseño institucional ha sido abordado previamente,¹⁷ indicando su impacto en el diseño de instituciones socialmente eficientes y en los actores que actúan de manera similar a los individuos bajo el velo de la ignorancia de Rawls: diseñarán instituciones que favorezcan al actor social medio en lugar de generar ventajas distributivas.

¹² North, Douglas, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, cit., pp. 3-61.

¹³ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 135-140.

¹⁴ Peters, Guy B., *Institutional Theory in Political Science. The New Institutionalism*, Londres-Nueva York, Pinter, 1999, pp. 43-62.

¹⁵ Olson, Mancur, *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge, Harvard University Press, 1965. pp. 5-52.

¹⁶ Hardin, Garrett, "The Tragedy of the Commons", *Science*, New Series, 12(3859), 1968, pp. 1243-48.

¹⁷ Tsebelis, George, *Nested Games. Rational Choice in Comparative Politics*, Berkeley, University of California Press, 1990, pp. 92-118.

TRES CONTRATOS, TRES INCERTIDUMBRES...

En este trabajo, sostenemos que la incertidumbre que da origen al diseño institucional no se limita a las potenciales posiciones que ocuparán quienes diseñan las reglas, sino que responden al tipo de comportamiento, impredecible, que buscan evitar. El diseño institucional depende del tipo de incertidumbre que los autores consideran como criterio relevante. Para Tsebelis¹⁸ las consideraciones sobre la repartición futura de recursos es el tema central, para otros el criterio puede girar sobre temas como la sobrevivencia, la protección de la propiedad o la aversión a la tiranía.

La alternativa a la convivencia social bajo un marco institucional es una situación con un amplio espectro de opciones, en el que los resultados de los individuos dependen de las acciones de los demás. Las soluciones institucionales propuestas por estos autores buscan reducir el repertorio de estrategias disponibles para los actores, teniendo en mente comportamientos oportunistas específicos que se presentan en el estado de naturaleza o bajo las instituciones propuestas por otros autores. En consecuencia, reparten el poder político en función de los comportamientos que buscan evitar.

Este último punto rompe con la idea de Tsebelis¹⁹ quien considera que la incertidumbre sobre las posiciones futuras llevará a una distribución justa de los recursos. Contrario a esta idea, consideramos que, en los diseños institucionales analizados, la repartición del poder político está pensada para resolver la falta de certeza generada por el comportamiento maximizador de determinados actores. Esto se puede observar en las propuestas teóricas de los tres contratos sociales que analizamos en este artículo.

III. HOBBS Y LA GUERRA DE TODOS CONTRA TODOS

El miedo es parte fundamental del pensamiento hobbesiano; en el centro del argumento del *Leviatán* se encuentra la preocupación por una vida corta y violenta en el estado de naturaleza, en ese constructo teórico caracterizado por la anarquía, la competencia y el

¹⁸ Tsebelis, George, *op. cit.*, pp. 92-118.

¹⁹ *Idem.*

miedo, poblado por actores autointeresados que buscaban satisfacer sus necesidades y acumular poder para sobrevivir.

En el estado de naturaleza los hombres se enfrentan a la incertidumbre acerca del comportamiento de los demás individuos. Los hombres al no estar sometidos a ningún tipo de norma política o social están inmersos en una guerra de todos contra todos, en una condición en donde no existen barreras que contengan las pasiones y deseos de los hombres, un estado en el que los hombres tienen derecho a todo e incluso el hombre más fuerte puede ser presa de los demás mientras duerme. En el estado de naturaleza los hombres viven sin seguridad, con miedo, y en peligro de una muerte violenta, es una vida solitaria, pobre, repugnante, brutal y corta.²⁰

La solución propuesta por Hobbes a la incertidumbre del estado de naturaleza es la constitución del *Leviatán*, de un ente ante el cual los individuos, en busca de su seguridad, renuncian a su capacidad de violencia en favor de un súper hombre con poder absoluto. Los hombres racionales²¹ buscando salir del estado de naturaleza, arriban a la conclusión de que la única manera de garantizar su propia seguridad es mediante la celebración de un contrato social que dote al soberano de las armas, sanciones suficientes e incentivos, que le permitan garantizar la paz y evitar vivir en estado de zozobra. Este argumento lo resumiría siglos después John Stuart Mill: “Para impedir que los miembros más débiles de la comunidad fuesen devorados por los innumerables buitres, era necesario que hubiese un animal de presa más fuerte que el resto y que estuviese encargado de contenerlos”.²²

Ese animal más fuerte, lo encontró Hobbes en la figura bíblica del Leviatán, pero a diferencia del monstruo del libro de Job, no tiene un carácter divino, sino que es el resultado de un pacto celebrado entre hombres. El Leviatán existe para garantizar la seguridad de sus súbditos y evitar el peligro de una muerte violenta.²³

²⁰ Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, [1651] 2013, pp. 3-304.

²¹ Entendemos aquí por racionales el hecho de que los hombres son capaces de estimar las consecuencias de sus actos.

²² Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, Madrid, Akal, [1859] 2012, p. 48.

²³ Schmitt, Carl, *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes*, Chicago-Londres, The University of Chicago Press, 1938, pp. 35-157.

TRES CONTRATOS, TRES INCERTIDUMBRES...

En consecuencia, con la conformación del Estado los individuos obtienen certeza acerca de los comportamientos válidos de otros hombres, tienen información acerca de lo que es permitido, lo que genera certidumbre, porque las normas están respaldadas por el monopolio de la violencia del Leviatán. Aquí Hobbes introduce las capacidades de monitoreo y sanción como uno de los elementos cruciales para el buen funcionamiento de las instituciones. Si el Leviatán careciera de ellas, se trataría de leyes muertas o como él lo sostuvo: “Leyes que sin espada no serían más que palabras”.²⁴

Hobbes había experimentado la incertidumbre que se desprende de la guerra y estaba convencido de que la única manera de evitar la guerra civil, una condición que se asemeja al estado de naturaleza, era por medio de la concentración de la autoridad tanto legislativa como ejecutiva en una persona o grupo de personas. Para Hobbes el soberano debía poseer un poder ilimitado para garantizar la seguridad de sus súbditos, lo que conllevaba a que los súbditos obedecieran al soberano mientras que éste fuera capaz de garantizar su seguridad.

De ahí que, como señala Schmitt,²⁵ el Leviatán-Estado puede ser también entendido como una guerra civil impedida continuamente, lo que Hobbes ilustraba como la lucha entre el Leviatán-Estado y el Behemoth-Revolución, de manera que el absolutismo estatal era una condición necesaria para evitar el caos. La solución institucional de Hobbes es distribuir el poder político absoluto en una persona o un número restringido de personas, ya que considera que la dispersión del poder es una amenaza para la paz y por lo tanto debe ser evitada.

IV. LOCKE Y EL ABUSO DEL PODER DEL ESTADO

El pensamiento de Locke cuestiona la solución hobbesiana al problema del orden, poniendo atención en los problemas que surgen

²⁴ Hobbes, Thomas, *op. cit.*, pp. 3-304.

²⁵ Schmitt Carl, *op. cit.*, pp. 35-157.

de la concentración del poder absoluto en la figura del monarca.²⁶ Locke tiene una idea, diferente a la de Hobbes, del estado de naturaleza, y propone una solución distinta a la incertidumbre. Por ello, no es de extrañar que autores como John Rawls consideren el trabajo de Locke como una justificación para resistir al poder de la Corona.²⁷

A diferencia del estado de naturaleza hobbesiano, Locke imaginó la situación pre política como un estado de perfecta libertad en la que no existen estructuras de autoridad. Locke concibió un estado de naturaleza regido por la ley natural, esto es, por normas de reciprocidad, en donde los hombres no buscan dañar a otras personas en tanto que aquellas no les generen daños u ofensas. En consecuencia, la ejecución de esta ley es descentralizada y se encuentra en manos de todos los hombres quienes tienen derecho a castigar a quien transgreda la ley natural. Estas sanciones están justificadas en la ley natural ya que un criminal al abusar de su libertad demuestra que no comparte las reglas de la razón y equidad común y puede ser sancionado por los demás hombres.²⁸

Para Locke un problema central en el estado de naturaleza es que cuando los hombres son jueces de sus propias causas pueden ser parciales, cegarse por sus pasiones, o excederse en los castigos. La solución que propone es el gobierno civil, que establece normas y reglas imparciales que son aplicadas a todos por los hombres que han sido autorizados para ello.²⁹ Su propuesta es un diseño institucional que lleva a la aplicación impersonal de la ley.

En el contrato social de Locke el tema de la protección de la propiedad es un tema fundamental, entendiendo a la propiedad en sentido amplio como la vida, la libertad y los bienes. Para Locke solamente a partir de una autoridad externa, ante la cual los miembros de la sociedad renuncian a su poder natural por medio del contrato social, se puede generar certidumbre acerca de la protección impar-

²⁶ Locke, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Buenos Aires, Losada, [1589] 2004, pp. 5-119.

²⁷ Rawls, John, *Lectures on the History of Political Philosophy*, Harvard University Press, 2007, pp. 103-155.

²⁸ Locke, John, *op. cit.*, pp. 5-119.

²⁹ *Idem.*

TRES CONTRATOS, TRES INCERTIDUMBRES...

cial de la propiedad, es decir, las facultades de elaboración de leyes y aplicación de sanciones se trasladan al Estado. En otras palabras, la sociedad civil implica que cada hombre ceda su poder ejecutivo, que le ha dado la naturaleza, al poder público.³⁰

Esta necesidad de certidumbre sobre la propiedad es la justificación del gobierno civil. Sin embargo, para Locke la solución no se encuentra en la monarquía absoluta, porque esta forma de gobierno implica la renuncia de todos los hombres de su libertad, pero manteniendo la libertad absoluta del soberano. Locke considera que la ausencia de controles sobre el soberano resulta más dañina que el mismo estado de naturaleza, porque en las monarquías absolutas un solo hombre se mantiene en el estado de naturaleza, como juez de su propia causa, y es capaz de imponer su voluntad sobre los demás hombres.

El contrato social propuesto por Locke se preocupa por el despotismo que puede ser ejercido por el Estado absoluto. Locke identifica un nuevo problema de incertidumbre, que se deriva de la concentración del poder absoluto en los monarcas y la arbitrariedad con que éstos pueden actuar, de tal forma que el absolutismo puede llevar a situaciones en donde la propiedad de los hombres sea aún más vulnerable que en el estado de naturaleza, de ahí la necesidad de limitar y controlar al poder político.

Locke aboga por instituciones que distribuyan el poder político entre un mayor número de actores, para ello recurre a la idea del consentimiento como fuente de legitimidad. El contrato social se origina por el consentimiento de hombres libres, iguales y racionales.³¹ Una vez constituido el Estado, garantiza la propiedad de los individuos atribuyendo mayores atribuciones al parlamento, considerando a la pluralidad como un freno al ejercicio despótico del poder. Este tipo de gobierno genera que las reglas del juego sean aprobadas por la mayoría y que sean aplicables a todos los miembros de la sociedad, incluyendo a los mismos integrantes del Parlamento. La aplicación sin excepciones de la ley genera certidumbre con respecto a la propiedad de los hombres.

³⁰ *Idem.*

³¹ Rawls, John, *Lectures on the History of Political Philosophy*, cit., pp. 103-155.

DIEGO SOLIS DELGADILLO / JOSAFAT CORTEZ SALINAS

V. ROUSSEAU Y LA IMPOSIBILIDAD DE LA REPRESENTACIÓN

En el estado de naturaleza de Rousseau los hombres nacen libres, y al igual que en el estado de naturaleza de Locke están gobernados por la ley natural. En este contexto, el contrato social surge como una solución a una situación en la que los hombres son gobernados por sus propios instintos.³² Al igual que en Hobbes y Locke, el tránsito hacia una sociedad civil tiene como objeto generar certidumbre con respecto a la preservación de los hombres. Sin embargo, Rousseau difiere profundamente con la solución absolutista de Hobbes, al considerar que el absolutismo se asemeja a una situación en la que un pastor cuida de un rebaño sólo para terminar devorando a las ovejas, o, en otras palabras, que en la monarquía prevalecen los intereses privados y no el interés público. En este punto comparte con Locke la idea de que los abusos y arbitrariedades del Estado pueden ser tan peligrosos para los hombres como el estado de naturaleza, pero, a diferencia de Locke, propone una solución más radical para controlar el poder político.

En la obra de Rousseau, el contrato social surge como medio de conservación y es creado por medio de la agregación de fuerzas. Este contrato es el resultado del consentimiento de los hombres para otorgar autoridad a un cuerpo político cuya legitimidad procede del consentimiento de los actores que voluntariamente lo han constituido. El resultado del contrato social es una asociación que defiende a cada uno de sus miembros y sus bienes, por medio del poder que procede de cada hombre, pero que a diferencia de la solución hobbesiana considera a cada miembro como parte indivisible del todo.³³ El resultado de este contrato social es un orden político donde las decisiones son tomadas por la voluntad general, lo que

³² De acuerdo con Sabine, Rousseau concibe al hombre natural como un animal puramente instintivo, carente de lenguaje y consecuentemente, al no poder comunicarse más que a través de gritos, de toda idea general. De manera que el hombre natural no era moral ni vicioso. Véase Sabine, George H., *Historia de la teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, [1937] 2012, pp. 398-415.

³³ Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, México, Porrúa, [1762] 1996, pp. 3-76.

TRES CONTRATOS, TRES INCERTIDUMBRES...

garantiza la promoción de la utilidad pública. Este orden político se caracteriza por un principio de igualdad de derechos y por el sometimiento de todos, sin excepción, a la autoridad de las leyes.

La transición del estado natural al estado civil conlleva una transformación de los hombres de una conducta basada en los instintos a otra fundada en la moralidad. Es decir, que el hombre pasa del individualismo, de un estado en donde su preocupación es su propia persona, a un estado en donde es capaz de razonar y controlar sus inclinaciones. Con este tránsito el hombre pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cambio de la certidumbre que provee la libertad civil que está circunscrita a la voluntad general.

La distribución del poder en Rousseau es marcadamente diferente a la propuesta por Hobbes y Locke, para Rousseau la soberanía no radica ni en un monarca ni en una asamblea, sino en el pueblo, en cada uno de los asociados al contrato social en donde reside el poder absoluto. En consecuencia, la única manera de generar certidumbre acerca de la protección de los hombres, especialmente de su libertad, es por medio de decisiones que reflejen la voluntad general. Esta voluntad que no puede recaer en un órgano como el parlamento debido a que el pueblo no puede ser representado sino por él mismo.³⁴ Cualquier otra forma de organización política conlleva un problema de compromiso, esto es, la incertidumbre con respecto a las acciones de los representantes, dado que éstos pueden privilegiar intereses particulares en detrimento de la voluntad general.

Ahora bien, como sostiene Urbinati,³⁵ Rousseau no descarta a las elecciones como medio de selección de tomadores de decisiones,³⁶ pero aboga por el mandato imperativo como un mecanismo que ge-

³⁴ La voluntad general es entendida por Rousseau como unanimidad sosteniendo que “una voluntad dividida sería inconcebible”.

³⁵ Urbinati, Nadia, *Representative Democracy. Principles and Genealogy*, Cambridge, 2006, pp. 60-100.

³⁶ En el *Contrato Social*, Rousseau expresa que el mejor método de selección es la lotería y liga este método de selección con los gobiernos democráticos y a la elección con las aristocracias, sin embargo, más tarde en su libro *Consideraciones sobre el gobierno de Polonia* acepta la representación bajo reglas de mandato imperativo. Véase Manin, Bernard, *The Principles of Representative Government*, Nueva York, Cambridge University Press, 1997, pp. 74-79.

nera certidumbre acerca del comportamiento de los representantes. Por esta razón, establece una relación agente-principal, en la que los representantes tienen un carácter fiduciario cuya obligación es seguir las encomiendas hechas por sus principales, es decir, el pueblo. Solamente bajo este esquema de representación, en donde los agentes no toman decisiones sino que ejecutan instrucciones de sus representantes, se puede llegar a la certidumbre de que la toma de decisiones adoptará medidas que benefician al pueblo y no a intereses particulares.³⁷ Aun en las decisiones en las que la ley llegara a crear privilegios, la gran diferencia con respecto a otros tipos de gobierno radicaría en que si bien esas leyes establecerían las cualidades de los ciudadanos que pudieran acceder a ellos, no establecerían la identidad de quienes pueden acceder a esos privilegios, es decir, Rousseau rechaza por completo la personalización de estos beneficios.

Son precisamente los intereses particulares los enemigos comunes de la voluntad general. Este enemigo común funge como aglutinador de la colectividad contra intereses parciales. Como señala Hannah Arendt,³⁸ Rousseau encontró un principio unificador no en un enemigo externo sino en un enemigo que residía en el interior de cada ciudadano, es decir, su voluntad e intereses particulares. La voluntad general se conforma frente a un enemigo común que es la suma de los intereses particulares de todos los ciudadanos. Lo anterior explica por qué en la elección de magistrados Rousseau se inclina por la lotería como método de asignación de los cargos, porque bajo este procedimiento se minimiza la posibilidad de que una “voluntad particular” prevalezca sobre la voluntad general.³⁹ Este razonamiento tiene consecuencias sobre la distribución del poder político en Rousseau, ya que es la comunidad la que constriñe esos intereses que contravienen el interés público.

Rousseau pone mayor atención al problema derivado de la distribución del poder político porque la manera en que se distribuye el poder en el gobierno civil puede generar incertidumbres con

³⁷ Ubirnati Nadia, *op. cit.*, pp. 60-100.

³⁸ Arendt, Hannah, *The Portable Hannah Arendt*, Londres, Penguin Books, 2000, pp. 259.

³⁹ Manin, Bernard, *op. cit.*, pp. 74-79.

TRES CONTRATOS, TRES INCERTIDUMBRES...

respecto a la manera en que será ejercido. Comparte con Locke la idea de que la concentración del poder en un solo individuo pone en riesgo la preservación de los hombres, pero también cuestiona la solución representativa de Locke, al considerar que solamente los mismos hombres, decidiendo como voluntad general, son garantía de que el interés público prevalecerá en las decisiones del Estado, tomando como consideración el latente enemigo que representan los intereses y voluntades particulares de los individuos o en una versión más débil que sólo la representación por mandato imperativo genera certidumbre de que el actuar de los tomadores de decisiones no se desviará del interés público.

VI. INCERTIDUMBRE, COOPERACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE PODER

Detrás de la idea del estado de naturaleza, reside un problema de acción colectiva, la idea de que la no cooperación produce resultados socialmente ineficientes, ya sea el constante miedo y peligro de una muerte violenta, el despojo de la propiedad privada, o la incertidumbre de una libertad ilimitada. La conformación de los contratos sociales en los tres autores implica un reconocimiento por parte de los hombres en estado de naturaleza de que solamente a través de la cooperación se puede establecer instituciones capaces de proveer certidumbre.

El estado de naturaleza se asemeja a los problemas de cooperación del *dilema del prisionero*, en donde las estrategias cooperativas producen resultados más eficientes en términos sociales. Este problema de cooperación social fue planteado por Rousseau en el dilema de *caza del ciervo*. En esta historia, un grupo de cazadores requieren de la cooperación de los demás para cazar a un ciervo, solamente con la participación de todos se puede lograr este objetivo. No obstante, los cazadores enfrentan dos opciones: cooperar o actuar de manera egoísta y perseguir una liebre. Por tanto, los cazadores deben decidir entre la cooperación que conduce a un beneficio social o el beneficio personal.⁴⁰

⁴⁰ Shepsle, Kenneth, "Rational Choice Institutionalism", *cit.*, pp. 1031-1049.

DIEGO SOLIS DELGADILLO / JOSAFAT CORTEZ SALINAS

La estructura de este juego es básicamente la misma que gobierna la *teoría de juegos*. Esta rama de las ciencias sociales modela interacciones estratégicas donde los resultados para los participantes dependen de lo que los demás decidan hacer. La situación del estado de naturaleza puede ser explicada a partir de un *dilema del prisionero*. En este juego dos criminales son puestos en celdas separadas y tienen ante sí la opción de confesar o no confesar. Si ambos cooperan entre sí y no confiesan cada uno recibe un año de prisión, pero si uno confiesa y el otro no, quien confiesa sale libre y el otro recibe una condena de 20 años, finalmente si ambos confiesan los dos son castigados con cinco años de prisión.

En este juego el resultado cooperativo es el que produce mayor eficiencia. No obstante, cuando uno de los actores decide cooperar enfrenta la incertidumbre sobre el comportamiento del otro jugador. Dado que el potencial costo de callar y que el otro confiese es muy alto (20 años de prisión), lo que se espera es que ambos confiesen y pasen cinco años en prisión. Por lo tanto, la no cooperación es la estrategia dominante del juego. Esta incertidumbre sobre el comportamiento de los jugadores también está presente en la teoría de Hobbes y Locke.

Para fines de simplificar este juego, pensemos en dos jugadores A y B que tienen ante sí dos opciones: actuar de forma pacífica o violenta. El comportamiento pacífico lo podemos considerar como una estrategia cooperativa, mientras que el violento como deserción. La tabla 1 presenta la matriz de pagos de este juego, es decir, la utilidad que cada jugador recibe en cada una de las combinaciones de estrategias.

TABLA 1. *Dilema de cooperación de los individuos en el estado de naturaleza*

		Jugador A	
		Pacífico	Violento
Jugador B	Pacífico	3,3	0,4
	Violento	4,0	2,2

TRES CONTRATOS, TRES INCERTIDUMBRES...

Si ambos jugadores deciden optar por un comportamiento pacífico la utilidad para ambos es de tres unidades. Pero al igual que los prisioneros enfrentan la incertidumbre sobre el comportamiento del otro jugador. Si uno de ellos opta por una estrategia pacífica y el otro actúa de manera oportunista el costo es muy alto. Esto puede observarse en las casillas con estrategias violento/pacífico y pacífico/violento, donde el actor cooperador obtiene una utilidad de cero. En consecuencia, la estrategia dominante es la violencia.

El problema es que, si comparamos los dos equilibrios de este juego pacífico/pacífico y violento/violento, vemos que la cooperación lleva a mayor eficiencia social, debido a que en comparación con la estrategia no cooperativa representa una mejora de Pareto. Esto significa que al menos a uno de los jugadores mejora sus resultados sin empeorar a ninguno de los participantes.

Una solución que se ha dado al *dilema del prisionero* es que cuando éste se juega de manera repetida y la comunicación entre los participantes es permitida, la cooperación es posible. Sin embargo, en situaciones donde el número de actores es alto y no se tiene información sobre todos los miembros del grupo, la cooperación es menos probable.⁴¹ Se requiere de una tercera parte que induzca la cooperación, es decir, que resuelva el problema de incertidumbre de este juego.

Los contratos sociales propuestos por Hobbes y Locke son particularmente compatibles con el *dilema del prisionero* porque parten de una situación socialmente indeseable, caracterizada por la inseguridad, que puede ser solucionada a través de la cooperación social. En el estado de naturaleza la maximización individual lleva a resultados que benefician al individuo en el corto plazo pero que preservan una situación de incertidumbre sobre el comportamiento futuro de los demás actores. La constante competencia resulta ineficiente en términos sociales por los altos costos que conlleva: la inseguridad de la propiedad o la misma vida. Estos autores proponen al Estado como un mecanismo para escapar de estas situaciones no cooperativas.

⁴¹ North, Douglas, *Institutions, Institutional Change...*, cit.; pp. 3-61. North, Douglas, *Institutions*, cit., pp. 97-112.

DIEGO SOLIS DELGADILLO / JOSAFAT CORTEZ SALINAS

En el caso de Rousseau el problema de cooperación se asemeja más a uno de asimetría de información. Este fenómeno ocurre cuando el conocimiento de una de las partes en un contrato es inferior a la del otro. De particular importancia es que una de las partes desconoce las intenciones reales de la otra. En economía tiene aplicaciones cuando los empleadores desconocen las habilidades de los candidatos a un puesto de trabajo⁴² o cuando los inversionistas desconocen el valor real de una firma antes de comprarla.⁴³

En el trabajo de Rousseau se presenta un problema de asimetría de información porque existe incertidumbre sobre las motivaciones reales de los representantes. Los tomadores de decisiones pueden defender intereses particulares una vez en el poder. Para el ciudadano no es posible conocer de manera *ex ante* los intereses que el funcionario representará. Se asemeja a la situación de incertidumbre en los contratos planteada por North,⁴⁴ por tanto, la respuesta institucional de Rousseau con el mandato imperativo es equivalente a las reglas que evitan la desertión en los contratos.

El problema de incertidumbre no se presenta sólo en el estado de naturaleza. Tanto Locke como Rousseau muestran que no solamente la anarquía o las deficiencias de la ley natural son motivo de incertidumbre, sino que algunas soluciones institucionales pueden ser tan perjudiciales para la libertad como la situación pre política del estado de naturaleza. Al respecto, para Locke y Rousseau no cualquier distribución de poder en el gobierno civil es capaz de garantizar la preservación de los individuos, especialmente cuando el poder absoluto es concentrado en un solo individuo, porque al no contar con límites y controles sobre su autoridad puede actuar arbitrariamente y puede abusar de sus súbditos, generando incertidumbre e inseguridad sobre las vidas, libertades y posiciones de los súbditos, por lo

⁴² Stiglitz, Joseph E., "The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics", *Quarterly Journal of Economics*, 115, 2000, pp. 1441-1478.

⁴³ Capron, Laurence, Shen, Jung-Chin, "Acquisitions of Private vs. Public Firms: Private Information, Target Selection, and Acquirer Returns", *Strategic Management Journal*, 28, 2007, pp. 891-911.

⁴⁴ North, Douglas, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, cit., pp. 3-61.

TRES CONTRATOS, TRES INCERTIDUMBRES...

que Locke y Rousseau proponen diseños institucionales que minimicen la posibilidad del despotismo.

Este punto es importante porque cada uno de los autores aquí analizados arriban a soluciones institucionales distintas debido a que se enfocan en distintas incertidumbres: para Hobbes el problema de la incertidumbre es un problema de orden, la incertidumbre que lo motiva es el miedo a una muerte violenta y por lo tanto su solución es el absolutismo como manera de evitar las divisiones propias del estado de naturaleza. Lo que busca este diseño institucional es limitar la competencia incesante entre los hombres en el estado de naturaleza, bajo la premisa de que es la dispersión del poder la que permite el comportamiento oportunista.

Para Locke, el problema es la deficiencia de la ley natural, es decir, los excesos a los que se pueden llegar al momento en que el hombre es juez de sus propias causas. Aquí surge un problema producido por la falta de imparcialidad de los hombres, es decir, la posibilidad de que las personas, cegadas por sus pasiones, abusen de esta autoridad lleva a una situación de incertidumbre que solamente puede ser solucionada con el establecimiento una tercera parte imparcial: el gobierno civil. Locke identifica un segundo problema en la solución hobbesiana, ya que considera que un gobierno donde se concentra el poder político sobre una persona produce un problema de incertidumbre sobre el comportamiento del gobernante. Es esta última preocupación la que conduce un diseño institucional que da primacía al Poder Legislativo y se caracteriza por la distribución plural del poder político.

Finalmente, para Rousseau el problema del estado de naturaleza es uno de preservación, pero a diferencia de Locke considera que las instituciones representativas presentan un problema de compromiso ya que se desconocen las verdaderas intenciones de los representantes. Es decir, identifica un problema de asimetría de información entre los representantes y los representados. En consecuencia, propone un diseño institucional que evita la colonización del espacio público por intereses privados y distribuye el poder político en toda la comunidad a través de la soberanía popular y establece controles sobre el comportamiento de los representantes a través del mandato imperativo (véase tabla 2).

DIEGO SOLIS DELGADILLO / JOSAFAT CORTEZ SALINAS

TABLA 2. *El estado de naturaleza, la incertidumbre y las soluciones institucionales de Hobbes, Locke y Rousseau*

AUTOR	ESTADO DE NATURALEZA	INCERTIDUMBRE	SOLUCIÓN INSTITUCIONAL
Thomas Hobbes	Anárquico	Miedo a una muerte violenta	Estado absolutista (monarquía)
John Locke	Regido por la ley natural	Inseguridad de la propiedad	Gobierno civil (parlamentario)
Jean-Jaques Rousseau	Regido por la ley natural	Colonización del espacio público por intereses privados	Soberanía popular (delegados)

FUENTE: elaboración propia.

Los tres contratos sociales comparten con el institucionalismo de elección racional una preocupación por el comportamiento oportunista. En cada uno de ellos se presenta un problema de compromiso sobre las acciones futuras de los individuos. Estos autores identifican actores que buscan maximizar su beneficio: en Hobbes los hombres, en Locke el soberano y en Rousseau los representantes. En las tres obras se considera que el comportamiento maximizador lleva a resultados socialmente indeseables como la zozobra y la muerte violenta, la expropiación de la propiedad privada o la colonización del espacio público. Los contratos sociales que proponen son soluciones que constriñen el oportunismo y generan certeza sobre los comportamientos válidos.

En suma, el contrato social permite superar dilemas de cooperación que conducen a equilibrios ineficientes como los planteados en el *dilema del prisionero*, al establecer un marco que delimita las acciones permitidas. Particularmente, el estado surge como una tercera parte que hace cumplir los contratos entre los participantes del juego, es decir, el estado disminuye la incertidumbre sobre las estrategias válidas promoviendo resultados sociales más eficientes. Sin embargo, los diseños institucionales pueden generar a su vez

TRES CONTRATOS, TRES INCERTIDUMBRES...

nuevos problemas. En el caso del absolutismo la concentración del poder político da pie a la incertidumbre sobre el actuar del monarca, mientras que en el gobierno civil se presenta incertidumbre sobre las intenciones de los representantes públicos. Estos diseños institucionales son contingentes y buscan solucionar comportamientos específicos que conducen a situaciones socialmente ineficientes.

VII. CONCLUSIONES

Los tres autores aquí analizados comparten la idea de que la cooperación es un requisito crucial para la preservación de los hombres. Los contratos sociales son soluciones a problemas de cooperación que permiten superar un contexto incierto que es socialmente ineficiente. Las propuestas institucionales hechas limitan el comportamiento oportunista de los individuos al restringir las estrategias válidas en la vida social lo que genera información y certidumbre para los demás participantes del juego político.

Las soluciones institucionales en los tres autores varían enormemente con respecto a la forma en que el poder político es distribuido; este trabajo ha sostenido que la explicación de estas divergencias reside en las diferentes concepciones de la incertidumbre. Para Hobbes, el problema de la incertidumbre está relacionado con un problema de orden. En esta teoría el contexto de competencia que genera inseguridad solamente puede ser resuelto a partir de la concentración del poder político, por ello, la solución hobbesiana es absolutista, ya que en este diseño institucional la distribución del poder despoja a todos, menos a uno, de las capacidades de violencia.

En contraste, para Locke el problema no se reduce al orden; en su obra el problema del estado de naturaleza es una falla en la ley natural, particularmente de la incertidumbre derivada de que los hombres sean jueces de sus propias causas. A partir de ello, la solución de Locke es el tránsito hacia un gobierno civil que ejecute imparcialmente la ley, generando certidumbre sobre los miembros de la comunidad política.

No obstante, para Locke el problema de la incertidumbre puede continuar si el poder político es concentrado en una sola persona,

DIEGO SOLIS DELGADILLO / JOSAFAT CORTEZ SALINAS

ya que éste puede actuar tan arbitrariamente como los hombres en el estado de naturaleza. Por lo tanto, su diseño institucional busca reducir la incertidumbre del absolutismo por medio de la distribución del poder en una asamblea representativa plural que evite los excesos de la monarquía y garantice la protección de la propiedad.

Rousseau pone atención en la incertidumbre generada por los gobiernos representativos, particularmente en la posible colonización del espacio público por intereses privados, de ahí que su propuesta distribuya el poder político entre todos los miembros de la sociedad, esto es, que la soberanía, el poder último, resida en el pueblo y que las decisiones públicas reflejen la voluntad general. O en el caso de que se presenten elecciones, que los representantes se ciñan a un mandato representativo, que se comporten como delegados que expresan la voluntad general y no como tomadores de decisiones.

En suma, los autores aquí analizados proponen formas de limitar comportamientos oportunistas. Particularmente, buscan reducir la incertidumbre que se presenta en juegos donde la estrategia dominante es la no cooperación. El Estado surge como una tercera parte que evita la deserción que caracteriza a juegos como el *dilema del prisionero*. Sin embargo, los diseños institucionales a su vez pueden producir nuevos problemas al distribuir el poder político en pocas manos. Es posible que las instituciones resuelvan el problema de cooperación del estado de naturaleza, pero, al mismo tiempo, generen un problema de compromiso entre los gobernantes y gobernados.

La incertidumbre que se deriva del comportamiento de los gobernantes es la que guía el trabajo de Locke y Rousseau. En ambos existe la posibilidad de que tanto el monarca como los representantes públicos privilegien sus intereses sobre los de la comunidad política. De manera que sus propuestas teóricas pueden ser entendidas como formas de contener la arbitrariedad de los gobernantes y garantizar que éstos se apeguen al interés público. La incertidumbre derivada de estos comportamientos maximizadores es la que guía la respuesta institucional de estos autores y la manera en que distribuyen el poder político.

TRES CONTRATOS, TRES INCERTIDUMBRES...

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ACEMOGLU, Daron y ROBINSON, James, *Economic Origins of Dictatorship and Democracy*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006.
- ARENDRT, Hannah, *The Portable Hannah Arendt*, Londres, Penguin Books, 2000.
- CAPRON, Laurence y SHEN, Jung-Chin, "Acquisitions of Private vs. Public Firms: Private Information, Target Selection, and Acquirer Returns", *Strategic Management Journal*, 28, 2007.
- COLOMER, Josep, "El enfoque de elección racional en política", en ARROW, Kenneth y COLOMER, Josep (eds.), *Lecciones de teoría política positiva*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1999.
- HARDIN, Garrett, "The Tragedy of the Commons", *Science*, New Series, 12(3859), 1968.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, [1651] 2013.
- KNIGHT, Jack, *Institutions and Social Conflict*, Nueva York, Cambridge University Press, 1992.
- LOCKE, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Buenos Aires, Losada, [1589] 2004.
- MANIN, Bernard, *The Principles of Representative Government*, Nueva York, Cambridge University Press, 1997.
- MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, Madrid, Akal, [1859] 2012.
- NORTH, Douglass C., *Institutions, institutional change and economic performance*, Nueva York, Cambridge University Press, 1990.
- NORTH, Douglass C., "Institutions", *The Journal of Economic Perspectives*, 5(1), 1991.
- NORTH, Douglass C. et al., *Violence and Social Orders. A Conceptual Framework for Interpreting Human History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- OLSON, Mancur, *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge, Harvard University Press, 1965.

DIEGO SOLIS DELGADILLO / JOSAFAT CORTEZ SALINAS

- OSTROM, Elinor, *Governing the Commons: the Evolutions of Institutions for Collective Action*, Nueva York, Cambridge University Press, 1990.
- OSTROM, Elinor, *Understanding Institutional Diversity*, New Jersey, Princeton University Press, 2005.
- PETERS, Guy B., *Institutional Theory in Political Science. The New Institutionalism*, Londres-Nueva York, Pinter, 1999.
- RAWLS, John, *Lectures on the History of Political Philosophy*, Harvard University Press, 2007.
- RAWLS, John, *La teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, México, 2011.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, México, Porrúa, [1762] 1996.
- SABINE, George H., *Historia de la teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, [1937] 2012.
- SHEPSLE, Kenneth, "Rational Choice Institutionalism", en RHODES, R. A. W. et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Nueva York, Oxford University Press, 2006.
- SCHMITT, Carl, *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes*, Chicago-Londres, The University of Chicago Press, 1938.
- SIEYÈS, Emmanuel-Davide, "Qué es el Tercer Estado", *Escritos Políticos de Sieyes*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- STIGLITZ, Joseph E., "The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics", *Quarterly Journal of Economics*, 115, 2000.
- TSEBELIS, George, *Nested Games. Rational Choice in Comparative Politics*, Berkeley, University of California Press, 1990.
- URBINATI, Nadia, *Representative Democracy. Principles and Genealogy*, Cambridge, 2006.
- WILLIAMSON, Oliver E., *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting*, China Social Sciences Publishing House, 1985.

COMENTARIOS

COMMENTS

MULTI, INTER Y TRANSDISCIPLINARIEDAD*

MULTI- INTER-, AND TRANSDISCIPLINARITY

Francisco José PAOLI BOLIO**

SUMARIO: I. *Perspectiva histórica de la ciencia y la tecnología.*
II. *Multidisciplina.* III. *Interdisciplina.* IV. *Transdisciplina.* V. *Carta de la transdisciplinarietà.* VI. *Estrategia para la investigación.*

I. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA

El desarrollo de la ciencia y la tecnología se entiende mejor cuando se advierten los cambios de las sociedades, junto con los cambios en los paradigmas del conocimiento. Para una mejor captación del tema es conveniente advertir cómo las ciencias —físicas, naturales y sociales— nacen de las preocupaciones de pensadores de disciplinas humanísticas, fundamentalmente filósofos e historiadores. En cuanto a la filosofía, hay varias disciplinas filosóficas que contribuyen notablemente al desarrollo de las ciencias; la más destacada de ellas es la teoría del conocimiento o epistemología, pero también hay disciplinas como la ética, la ontología y aun la estética, de las que brotan preocupaciones y problemas cognitivos que van a explorar las ciencias experimentales empleando métodos empíricos e inductivos, a diferencia de las disciplinas de humanidades que lo hacen deductivamente.

* Artículo recibido el 8 de enero de 2018 y aceptado para su publicación el 10 de agosto de 2018.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

FRANCISCO JOSÉ PAOLI BOLIO

Por su parte, el desenvolvimiento de la tecnología puede analizarse en dos grandes etapas. La primera podemos llamarla mecánica, y viene de tiempos remotos, probablemente prehistóricos, en la que los seres humanos fueron diseñando con sus manos, algunas herramientas para su defensa, el procesamiento de sus alimentos, la manufactura de sus vestidos y para la caza o domesticación de animales. La segunda está vinculada a las ciencias experimentales y exactas y se da como aplicación de principios científicos. Esta segunda tecnología, empieza a darse paralelamente al desarrollo de estas últimas ciencias, pero no se abandona totalmente el diseño mecánico de herramientas y utensilios que viene de la primera etapa. Así pues, sí puede afirmarse que la tecnología de la segunda etapa es mucho más poderosa y permite la solución de problemas humanos y sociales de gran magnitud. La Revolución industrial se beneficia notablemente de las nuevas tecnologías. La llamada era de la información, en la que el desarrollo de las sociedades se va perfeccionando con el uso de la informática, los medios masivos y el proceso de globalización, están notablemente marcados por la intensa utilización de tecnologías informáticas basadas en principios científicos obtenidos de las matemáticas, la física, la química, la óptica y otras.

Una vez que las ciencias empíricas se han consolidado como tales, por haber desarrollado sus objetos propios de estudio, sus metodologías y estrategias de investigación, empiezan a presentar con mayor firmeza sus hallazgos, sus principios y leyes. Esta consolidación va siendo acompañada por análisis hechos por filósofos de la ciencia que van validando esas metodologías y estrategias de investigación con el uso de la lógica.

Hacia fines del siglo XIX y principios del XX se intensifica la relación de colaboración entre las ciencias y las tecnologías que ponen en práctica los principios encontrados por las primeras, además de construir instrumentos, aparatos y sistemas para analizar mucho más amplia y profundamente los fenómenos estudiados.

A finales del siglo XX empezamos a experimentar los seres humanos una serie de cambios vertiginosos en la sociedad y dificultades cada vez mayores para que los Estados-nación controlen a sus poblaciones. Las migraciones se intensifican y alojan a miembros de distintas culturas, costumbres y religiones, en sociedades avanza-

MULTI, INTER Y TRANSDISCIPLINARIEDAD

das o desarrolladas. Los migrantes invaden estas ciudades de países que se han llamado metropolitanos, en busca de trabajo y mejores condiciones de vida, saturando sus sistemas de salud y educativos. También plantean los migrantes retos a esas sociedades para respetar sus creencias y, más todavía, para asimilarlas. Vivimos cada vez más en sociedades “líquidas” como dice Bauman, en las que las instituciones se desvanecen o se muestran impotentes para cumplir sus objetivos. Los Estados nacionales no son ya los que ejercen el poder en ellas, sino que se han desarrollado poderes globales, que toman decisiones por encima de sus autoridades.¹

Ese proceso va mostrando a los científicos la creciente necesidad de lo que llamo la *colaboración disciplinaria* que puede ser de varios tipos, como mostraré en los próximos apartados de estas notas.

II. MULTIDISCIPLINA

Esta forma de colaboración o concurrencia disciplinaria implica la participación de más de dos disciplinas en una investigación o estudio, sin perder cada una su caracterización o abandonar su metodología propia.

Las experiencias multidisciplinarias se dieron ampliamente en el conocimiento que desarrollaron las humanidades, mucho tiempo antes del siglo XVIII en el que se inicia el desenvolvimiento de las disciplinas científicas. Desde hace varios siglos, se ha venido hablando de filosofía de la historia y de historia de la filosofía, también de historia de la literatura.

En este primer tipo de colaboración disciplinaria, entran también las ciencias empíricas y las sociales. Por ejemplo, encontramos la colaboración entre la arqueología y la historia, lo que permite establecer teorías e hipótesis acerca de las épocas anteriores al descubrimiento de la escritura, es decir, de la prehistoria. Esta colaboración disciplinaria ha parecido necesaria para entender algo fundamental: la naturaleza y condiciones de la vida humana. En esto han colaborado disciplinas como la física, la química, la biología, la antropolo-

¹ Véase Zygmunt Bauman, *Tiempos líquidos*, Tusquets, 2012.

FRANCISCO JOSÉ PAOLI BOLIO

gía, la arqueología, la genética, la lingüística, la zoología, la ciencia política, la sociología, la economía, por mencionar algunas.

La realidad es multidisciplinaria, o mejor dicho, exige el concurso de muchas disciplinas para analizarse. Además, lo que llamamos realidad es algo complejo, que contiene diversos elementos de distinta naturaleza. Por otro lado, están los dos tipos de elementos que conocemos, los materiales y los simbólicos. La realidad es vista y entendida por los seres humanos, no sólo a través de los sentidos, sino también a través de las ideas y los conceptos. Estos últimos son como lentes con los que el entendimiento humano analiza la realidad. Cada una de las disciplinas que concurre a explicar algún fenómeno, lo enfoca e ilumina con sus propios conceptos y usa su propia estrategia de investigación y metodología.

Los problemas más complejos como pueden ser el funcionamiento del cerebro que implica una serie de procesos químicos, fisiológicos y biológicos combinados; o en otro ámbito, la operación de las megaciudades que requieren de conocimientos matemáticos, administrativos, sociológicos, económicos, políticos, jurídicos, psicológicos, comunicacionales y varios más; o el cambio climático que exige conocimientos de física, biología, química y otras, requieren la participación y cooperación de personas conocedoras de esas disciplinas y de procedimientos para su aplicación, a fin de lograr un buen diagnóstico y recomendaciones que hay que hacer para que funcionen mejor, o bien para que dejen de generarse acciones (como las emisiones de gases en las industrias y los automóviles), para que no se dañe la naturaleza. Los que conocen y practican las disciplinas mencionadas tienen que sumar esfuerzos, entender de la misma manera esos complicados fenómenos o sistemas.

Muchos temas o asignaturas, como las llamamos en el ámbito de la educación formal, tienen un contenido multidisciplinario. Por ejemplo, el estudio del Estado que normalmente se ve en carreras de Derecho, Ciencias Políticas, Antropología, Economía o Sociología, requiere de conocimientos de varias disciplinas. Todas ellas estudian el fenómeno del poder organizado de la sociedad. Concurren a explicar al Estado, elementos filosóficos que establecen sus fines; económicos con los que se financian sus órganos (contribuciones o impuestos); históricos, para ver la formación de sus órganos y apa-

MULTI, INTER Y TRANSDISCIPLINARIEDAD

ratos; derecho para entender su estructuración o armazón jurídica. Sin la concurrencia de esas disciplinas no se puede presentar y menos explicar el funcionamiento del Estado.

III. INTERDISCIPLINA

Frecuentemente, se utilizan los términos multidisciplina e interdisciplina como equivalentes e intercambiables. Y eso me parece un error. Hay que distinguir los conceptos de una y otra. Es cierto que las dos son formas de colaboración disciplinaria, pero son distintas. La interdisciplina es algo más complejo que la multidisciplina, porque no es la yuxtaposición de disciplinas para estudiar algo, sino que exige una *integración* de la teoría o elementos de la teoría científica de varias disciplinas. Esa integración, requiere a su vez el diseño de una metodología, que utilizan de común acuerdo y con la misma estrategia, investigadores formados en disciplinas distintas.

Es decir, la interdisciplina exige abandonar una visión simple, vista desde diversas ventanas que son las disciplinas, requiere diseñar y construir una visión compleja, mirar desde una sola plataforma teórica compartida y analizarla con una sola metodología. La interdisciplina exige un nivel de integración conceptual. Esta forma de colaboración disciplinaria se desarrolla en grupos de investigación, que son los que han venido haciendo avanzar la ciencia, muy claramente a partir del siglo XX. Los grandes éxitos de la ciencia requirieron notables esfuerzos multi e interdisciplinarios. Frecuentemente los grupos de investigación se inician como multidisciplinarios y —menos frecuentemente— pueden terminar como interdisciplinarios, si alcanzan a formular una teoría y una metodología comunes.

Ejemplos de lo interdisciplinario, que puede partir de dos disciplinas son: la Astrofísica, la Físicoquímica, la Sociobiología o la Bioética. La integración puede ser de ciencias exactas, con físicas, sociales y filosofía. Logros como los viajes a otros planetas, que implicaron el funcionamiento de las naves y la cooperación de equipos de científicos y técnicos de las más diversas especies, se deben a la acción concertada de la multidisciplinaria y en algunos aspectos a la integración disciplinaria.

FRANCISCO JOSÉ PAOLI BOLIO

IV. TRANSDISCIPLINA

Es una estrategia de investigación que corresponde al tipo de sociedades “líquidas” en las que estamos viviendo, cada vez con mayor inseguridad, angustia y temor. Es una estrategia para la búsqueda del conocimiento de una nueva manera, en la que tiene una gran influencia la filosofía de la deconstrucción. También integra a las disciplinas, aunque de una manera especial distinta de la interdisciplina. Esta estrategia consiste en recorrer a través de varias disciplinas un *campo de conocimiento*, como éste que se ha establecido desde hace décadas: el campo se conoce como “Ciencia, Tecnología y Sociedad”. Otro ejemplo de ese ámbito de conocimiento es la identificación de un ecosistema, de la combinación de elementos que lo forman y de su importancia para sostener la vida en general, con especial atención a la vida humana individual y social, orgánica y anímicamente sanas.

Se reconoce como punto de partida que el objeto de conocimiento es algo complejo, como también lo hace la interdisciplina, pero es necesario construir campos de conocimiento de manera clara y expresa. Se pone en duda el criterio de que sólo es válido el conocimiento empírico. Y ese proceso y los retos de las sociedades que cambian aceleradamente, creando inestabilidad y pérdida de referentes de identidad en las personas y los grupos sociales, exige la formación de un nuevo cuerpo teórico disciplinario, con objeto de estudio y metodología propios.

Hay autores que consideran que la transdisciplina se caracteriza mejor si se considera una integración no sólo de ciencias, sino de éstas con la tecnología y desde luego con la filosofía y otras disciplinas de humanidades.

La integración disciplinaria, que puede ser interdisciplinaria o transdisciplinaria, admite distintos niveles y grados. El proceso de integración de las disciplinas empieza a tomar un camino opuesto al que recorrieron cuando se fueron especializando los conocimientos y separando en departamentos estancos o no bien conectados entre sí. Esto empezó a ser posible porque se fue aceptando que el conocimiento, para ser útil a la vida, debería asumir la idea de complejidad. Esa idea quiere decir que los sistemas están formados por subsis-

MULTI, INTER Y TRANSDISCIPLINARIEDAD

temas que interactúan entre ellos, generando cada uno sus propias formas de organización. Y la conclusión es que había que recorrerlos todos: eso significa el *trans*.

La idea de la transdisciplinariedad implica que los expertos conozcan los límites de sus propias disciplinas y que superen la autocontención que representan cada una de ellas. Sólo se puede avanzar en el conocimiento usando nuevas visiones que se construyen a partir de los vínculos que se van descubriendo de una disciplina con otras.

La transdisciplina hay que verla no sólo como una mejor posibilidad del conocimiento, sino sobre todo como una *opción ética*, que se propone combatir las tendencias destructivas en el ser humano. Recordemos las cartas que cruzan Einstein y Freud, para combatir la guerra y la carrera armamentista. Es necesario conducir el desarrollo hacia una condición sustentable de la vida y en especial de la vida humana. La paz sólo se logrará con el desarrollo humano. Para ello hay que comprender los contextos económicos, psicológicos, sociales y culturales y no sólo los físicos, biológicos y químicos.

La opción ética fue claramente planteada en una reunión de científicos de diversas disciplinas que se reunieron en 1994 en la Arrábida (Portugal) y produjeron una carta que reproduzco a continuación.

V. CARTA DE LA TRANSDISCIPLINARIEDAD

Considerando que:

- La proliferación actual de las disciplinas académicas y no-académicas conducen a un crecimiento exponencial del saber que hace imposible toda mirada global del ser humano.
- Sólo una inteligencia que dé cuenta de la dimensión planetaria de los conflictos actuales podrá hacer frente a la complejidad de nuestro mundo y al desafío contemporáneo de la autodestrucción material y espiritual de nuestra especie.
- La vida está seriamente amenazada por una tecnociencia triunfante, que sólo obedece a la lógica horrorosa de la eficacia por la eficacia.
- La ruptura contemporánea entre un saber cada vez más acumulativo y un ser interior cada vez más empobrecido conduce a un ascenso de

FRANCISCO JOSÉ PAOLI BOLIO

un nuevo oscurantismo, cuyas consecuencias en el plano individual y social son incalculables.

- El crecimiento de los saberes, sin precedente en la historia, aumenta la desigualdad entre aquellos que los poseen y los que carecen de ellos, engendrando así desigualdades crecientes en el seno de los pueblos y entre las naciones de nuestro planeta.
- Al mismo tiempo que todos los desafíos enunciados tienen su contraparte de esperanza y que el crecimiento extraordinario de los saberes puede conducir, a largo plazo, a una mutación comparable al pasaje de los homínidos a la especie humana.

Considerando lo que precede, los participantes del Primer Congreso Mundial de Transdisciplinariedad (Convento de Arrábida, Portugal, 2 a 7 de noviembre de 1994) adoptan la presente *Carta* como un conjunto de principios fundamentales de la comunidad de espíritus transdisciplinarios, constituyendo un contrato moral que todo signatario de esta *Carta* hace consigo mismo, fuera de toda coacción jurídica e institucional.

Artículo 1. Toda tentativa de reducir al ser humano a una definición y de disolverlo en estructuras formales, cualesquiera que sean, es incompatible con la visión transdisciplinaria.

Artículo 2. El reconocimiento de la existencia de diferentes niveles de realidad, regidos por diferentes lógicas, es inherente a la actitud transdisciplinaria. Toda tentativa de reducir la realidad a un solo nivel, regido por una única lógica, no se sitúa en el campo de la transdisciplinariedad.

Artículo 3. La transdisciplinariedad es complementaria al enfoque disciplinario; hace emerger de la confrontación de las disciplinas nuevos datos que las articulan entre sí, y nos ofrece una nueva visión de la naturaleza y de la realidad. La transdisciplinariedad no busca el dominio de muchas disciplinas, sino la apertura de todas las disciplinas a aquellos que las atraviesan y las trascienden.

Artículo 4. La clave de la bóveda de la transdisciplinariedad reside en la unificación semántica y operativa de las acepciones *a través y más allá* de las disciplinas. Ello presupone una racionalidad abierta, a través de una nueva mirada sobre la relatividad de las nociones de «definición» y «objetividad». El formalismo excesivo, la absolutización de la objetividad, que comporta la exclusión del sujeto, conducen al empobrecimiento.

Artículo 5. La visión transdisciplinaria es decididamente abierta en la medida que ella trasciende el dominio de las ciencias exactas por su

MULTI, INTER Y TRANSDISCIPLINARIEDAD

diálogo y su reconciliación, no solamente con las ciencias humanas sino también con el arte, la literatura, la poesía y la experiencia interior.

Artículo 6. En relación a la interdisciplinariedad y a la multidisciplinariedad, la transdisciplinariedad es multirreferencial y multidimensional. Tomando en cuenta las concepciones de tiempo y de historia, la transdisciplinariedad no excluye la existencia de un horizonte transhistórico.

Artículo 7. La transdisciplinariedad no constituye una nueva religión, ni una nueva filosofía, ni una nueva metafísica, ni una ciencia de las ciencias.

Artículo 8. La dignidad del ser humano es también de orden cósmico y planetario. La operación del ser humano sobre la Tierra es una de las etapas de la historia del universo. El reconocimiento de la Tierra como patria es uno de los imperativos de la transdisciplinariedad. Todo ser humano tiene derecho a una nacionalidad, pero, a título de habitante de la Tierra, él es al mismo tiempo un ser transnacional. El reconocimiento por el derecho internacional de la doble pertenencia —a una nación y a la Tierra— constituye uno de los objetivos de la investigación transdisciplinaria.

Artículo 9. La transdisciplinariedad conduce a una actitud abierta hacia los mitos y las religiones y hacia quienes los respetan en un espíritu transdisciplinario.

Artículo 10. No hay un lugar cultural privilegiado desde donde se pueda juzgar a las otras culturas. El enfoque transdisciplinario es en sí mismo transcultural.

Artículo 11. Una educación auténtica no puede privilegiar la abstracción en el conocimiento. Debe enseñar a contextualizar, concretar y globalizar. La educación transdisciplinaria reevalúa el rol de la intuición, del imaginario, de la sensibilidad y del cuerpo en la transmisión de los conocimientos.

Artículo 12. La elaboración de una economía transdisciplinaria está fundada sobre el postulado de que la economía debe estar al servicio del ser humano y no a la inversa.

Artículo 13. La ética transdisciplinaria rechaza toda actitud que niegue el diálogo y la discusión, cualquiera sea su origen, ideológico, cientista, religioso, económico, político, filosófico. El saber compartido debería conducir a una comprensión compartida, fundada sobre el respeto absoluto de las alteridades unidas por la vida común sobre una sola y misma Tierra.

Artículo 14. Rigor, apertura y tolerancia son las características fundamentales de la actitud y visión transdisciplinaria. El rigor en la argumenta-

FRANCISCO JOSÉ PAOLI BOLIO

ción, que toma en cuenta todas las cuestiones, es la mejor protección respecto de las desviaciones posibles. La apertura incluye la aceptación de lo desconocido, de lo inesperado y de lo imprevisible. La tolerancia es el reconocimiento del derecho a las ideas y verdades contrarias a las nuestras.

Artículo final. La presente *Carta de la Transdisciplinariedad* es adoptada por los participantes del Primer Congreso de la Transdisciplinariedad, no valiéndose de ninguna otra autoridad que aquella de su obra y de su actividad.

De acuerdo a los procedimientos, que serán definidos de acuerdo con los espíritus transdisciplinarios de todos los países, la *Carta* está abierta a la firma de todo ser humano interesado por las medidas progresivas del orden nacional, internacional y transnacional para la aplicación de sus artículos en la vida.²

VI. ESTRATEGIA PARA LA INVESTIGACIÓN

Considero que es muy importante que se conozca la forma en que los investigadores que plantean la colaboración transdisciplinaria consiguen establecer una metodología de trabajo. El propósito de describirlos a continuación es que las personas interesadas en la transdisciplina sepan no sólo qué es, sino cómo se hace.

² Firman este documento: José Anes, André Astier, Jeanne Bastien, René Berger, François Bianchi, Gérard Blumen, Lais P. Brandini, Jorge Brito, Jacqueline Cahen-Morel, Michel Camus, Antonio Castel Branco, Costin Cazaban, Laura Cerrato, Oliver Costa De Beauregard, Maurice Couquiaud, Ubiratan D'ambrosio, Manuel Da Costa Lobo, Adriana Dalcin, Nicola Dallaporta, Robert De Beaugrande, Marc Williams Debono, Isabel María De Carvalhovieira, Giuseppe Del Re, Javier De Mesone, Michele Duclos, Gilbert Durand, Ruth Escobar, María Fernández, Raquel Gonçalves, Georges Guelfand, Helle Hartvig De Freitas, José Hartvig De Freitas, Eiji Hattori, Phil Hawes, André Jacob, Roberto Juarroz, Anthony Judge, Jacqueline Kelen, Jacques Lafait, Ghislaine Lafait-Hémard, Lima De Freitas, Salomon Marcus, Michel Mathin, Edgar Morin, Raúl Nicolau, Domingo Motta, Edmond Nocolau, Basarab Nicolescu, Alain Oriol, Patrick Paul, Odette Pétrequin, Jean-Marc Philippe, Patricia Prous-Laabeysrie, Philippe Quéau, Daniel Raby, Michel Random, Lucía Santaella-Braga, Elisabeth Sapori, Luigi Secco, Jules Six, Luis Sousa Ribeiro, Dominique Temple, Ana María Vieira.

MULTI, INTER Y TRANSDISCIPLINARIEDAD

Los pasos que sugiero dar para diseñar, además de la metodología, una estrategia de investigación son los siguientes:

- 1) Definir el objeto común, sistema o campo de estudio que se quiere estudiar. Se trata como ya describí de campos complejos.
- 2) Establecer los principios éticos que se deben respetar.
- 3) Determinar el conocimiento necesario sobre el campo por investigar y los valores que deben protegerse, fundamentalmente los de verdad y justicia enunciados en el primer capítulo de este ensayo.
- 4) Desarrollar el marco de integración de los conocimientos.
- 5) Distribuir las actividades de investigación de los miembros del equipo y la necesaria comunicación entre ellos. Hay actividades que deben realizarse en continuo intercambio de hallazgos y es conveniente precisarlos. Es conveniente tener reuniones generales de grupo para intercambiar información y puntos de vista.
- 6) Reunir información disponible e investigar la nueva información requerida.
- 7) Resolver conflictos entre los términos y conceptos, lo cual implica establecer un lenguaje común para entenderse. Esta última es una gran virtud de la transdisciplina, porque hace posible el trabajo de los investigadores y pone de manifiesto la forma en que se va procesando para conocimiento de quienes tengan interés en el campo de conocimiento.

La transdisciplina es, como se ve, una forma de trabajo colectivo que incluye valores y contribuye a un desarrollo humano sustentable, en el que se concreta la aplicación de esos valores y el mantenimiento y progreso de la vida humana. Lo anterior exige respeto a principios éticos y a la naturaleza que es la que permite sostener de manera firme la protección, supervivencia y convivencia justa y equitativa entre los seres humanos que habitamos el planeta Tierra.

CON EL SEGUNDO HEIDEGGER POR LOS CAMINOS DEL DERECHO*

HEIDEGGER AND THE PATHS OF LAW

Juan de Dios GONZÁLEZ IBARRA**

SUMARIO: I. *Introducción: caminando con Heidegger hacia el derecho.* II. *Lenguaje y derecho aplicando a Heidegger.* III. *¿Es posible hablar de lo óntico jurídico conforme Heidegger?* IV. *Conclusión.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN: CAMINANDO CON HEIDEGGER HACIA EL DERECHO

El que Heidegger haya sido nazi durante un periodo de su vida, tal vez no más de dos años, lo ha estigmatizado en el campo de las ciencias sociales, lo que representa una gran pérdida por su poder filosófico, como lo demuestran los alumnos que lo siguieron, tal es el caso de Jürgen Habermas y Hans-Georg Gadamer, por citar algunos; en este artículo intentaremos aplicar el pensamiento del caminante de la selva negra al derecho, aprovechando las dos etapas de su filosofar como son el llamado “primer Heidegger” y el “segundo Heidegger”.

Los verdaderos filósofos, conforme a Sócrates, “se ejercitan para la muerte, y ésta no les parece de ninguna manera terrible”;¹ para Bertrand Russell “no es un esfuerzo sencillo ni descomprometido con la vida y la muerte, nos sirve para bien vivir y bien morir”, de acuerdo

* Artículo recibido el 7 de mayo de 2018 y aceptado para su publicación el 12 de noviembre de 2018.

** El Colegio de Morelos/SNI II.

¹ Platón, “Fedón o del alma”, *Diálogos*, trad. de Patricio de Azcárate, México, UNAM, 1921, p. 179.

JUAN DE DIOS GONZÁLEZ IBARRA

con lo anterior, el derecho y la filosofía están hermanados, pues podemos afirmar razonablemente que ambos convergen hacia fines axiológicos, y conforme a Norberto Bobbio, es un hacer la filosofía del derecho desde la aplicación del pensamiento de Heidegger, lo que es un esfuerzo que sirve para realizar filosofía práctica en el campo de lo iusfilosófico. Para poder entrar a la discusión es indispensable aportar algunos elementos del llamado “segundo Heidegger”, que sean útiles a los lectores en castellano interesados en él, por lo que haremos nuestras reflexiones correspondientes a varias de las obras que el pensador de Messkirch escribió o dictó como conferencias a partir del “giro” o “vuelta” (*Kehre*), misma que realizó años después de escribir en 1926 y publicar en 1927 su gran obra *El ser y el tiempo*.²

Conforme con lo mencionado, es nuestro propósito que podamos caminar iusfilosóficamente, por lo que reflexionaremos sobre el “segundo Heidegger”, en una situación precaria en la cual él se encontraba como proscrito por su pasado nazi,³ preocupado principalmente ya no por la ontología de la facticidad sino por explicar el mundo del *Dasein* (el ser humano que vive ahí: histórica, lingüística y finitamente), la filosofía de la palabra y el tender puentes entre la filosofía occidental y la oriental, dichos libros que hoy podemos tener en nuestras manos gracias a la extinta casa catalana Ediciones del Serbal, con las traducciones al castellano de Yves Zimmermann, son: *Serenidad y De camino al habla*, también analizaremos la obra *Carta sobre el humanismo* y la obra antecedente *Los conceptos fundamentales de la metafísica. Mundo, finitud, soledad* que proviene de un curso impartido en la Universidad de Friburgo en el semestre de invierno de 1929/1930, en donde ya encontramos a un Heidegger intentando comprender y explicar el mundo del *Dasein*.

Con las anteriores aclaraciones vaya pues nuestra gratitud hacia el caminar de Heidegger y de quienes con el esfuerzo traductor hi-

² Heidegger, Martin, *El ser y el tiempo*, trad. de José Gaos, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 2012.

³ Safranski, Rüdiger, *Un maestro de Alemania. Martin Heidegger y su tiempo*, México, Tusquets, 2010, p. 196. A su situación de proscrito se sumará la desgracia de que sus dos hijos eran todavía presos de guerra en Rusia.

CON EL SEGUNDO HEIDEGGER POR LOS CAMINOS DEL DERECHO

cieron posible el que pudiéramos acceder a él en el idioma de Cervantes, los traductores son muchas veces héroes anónimos que injustamente no son mencionados por diversos autores.

En una obra anterior de nuestra autoría que retomaremos, titulada *Heidegger por los caminos hispanoamericanos y otras veredas*, quisimos llevar a cabo una labor de introducción al desarrollo del original y poderoso pensamiento del filósofo de la selva negra alemana en su primera etapa, con información sobre la cuestión biográfica y su relación tan criticada con el nazismo, la construcción de los filosofemas que realizó formando un nuevo lenguaje en la filosofía, partiendo desde los presocráticos hasta la fenomenología de Edmund Husserl, y, finalmente, realizando caminares filosóficos por las veredas del derecho de hoy.

El curso del semestre de invierno 1929/1930 nos permite comenzar este trabajo gracias a que ha sido publicado como libro por la casa editorial Alianza⁴ de Madrid, empezaremos pues nuestro caminar con este ensayo bajo nuestro brazo por los senderos de bosque de la llamada por Alexander von Humboldt “La ciudad de la eterna primavera”, Cuernavaca, en el estado de Morelos, México. En este semestre encontramos a un Heidegger preocupado y ocupado por determinar la esencia de la filosofía y el reto que implica la metafísica, luego es un alejarse de maestros, sus obras anteriores, cursos y reflexiones para continuar su caminar por nuevas veredas apenas esbozadas o nunca intentadas.

El presente ensayo nos lleva por dos caminos, desde la determinación de la esencia de la filosofía y la necesidad de mirar a la metafísica cara a cara, hasta el último, en donde contempla el problema del mundo desde la afirmación de que el ser humano es configurador de mundo. Es un recorrido apasionante en donde va uno descubriendo la genialidad del pensamiento de Heidegger con muchas sorpresas, nos enriquece su filosofar y nos obliga a dejar el aburrimiento y las palabrerías; después del “primer Heidegger”, éste nos trae nuevas preocupaciones y soluciones que nos permiten enriquecernos como nunca lo habíamos hecho.

⁴ Heidegger, Martin, *Los conceptos fundamentales de la metafísica. Mundo, finitud, soledad*, trad. de Alberto Coria, Madrid, Alianza Editorial, 2015, p. 6.

JUAN DE DIOS GONZÁLEZ IBARRA

De entrada, Heidegger afirma que la filosofía ni es ciencia ni una afirmación de una visión del mundo, por el contrario, se enfrenta a la concepción fenomenológica de la filosofía como la ciencia general o fundamental. Es significativo que en el primer capítulo de la primera parte de la obra escriba como subtítulo “Los rodeos para la determinación de la esencia de la filosofía (metafísica) y la necesidad apremiante de mirar a la metafísica a la cara”, el solo enunciado y lo que está entre paréntesis nos señala el enfrentamiento o reto de dejar atrás a la conceptualización de la filosofía como ciencia básica, cuando es más que eso, de entrada sostenemos que históricamente es la madre de todos los conocimientos y, valga la metáfora, es un frondoso árbol con ramas e hijas producto de las semillas que ella produjo.

El enfrentamiento en Davos con Ernest Cassirer, éste el más grande neokantiano y eminente filósofo de Alemania, y un todavía joven Martin Heidegger, fue la confrontación con la fenomenología que Heidegger ya no aceptaba como discípulo de Edmund Husserl y su anterior neokantismo, en la cual estaba de por medio la ontología del pensador de la selva negra y la cassirereana epistemología o teoría del conocimiento,⁵ en la discusión prevaleció el pensamiento de Heidegger.

La que ha sido considerada como la segunda obra capital de Martin Heidegger es *Contribuciones a la filosofía (Del acontecimiento)*, la que empezó a bosquejar a partir de 1936, en donde el concepto de *Ereignis*, que podemos traducir como “el acontecimiento que da o confiere lo propio”, es fundamental en su caminar filosófico, nos apoyaremos en el esfuerzo editorial de la Universidad Austral de Chile, a través de la Facultad de Filosofía y Humanidades, con la traducción de Breno Onetto Muñoz, a quienes desde México damos las gracias y el reconocimiento merecido.⁶

⁵ García Ruiz, Pedro Enrique, “¿Ontología fundamental o teoría del conocimiento? Heidegger crítico del neokantismo”, *Signos Filosóficos*, México, núm. 7, enero-junio de 2002, p. 125.

⁶ Heidegger, Martin, *Contribuciones a la filosofía (Del acontecimiento) Beiträge zur Philosophie (Vom Ereignis)*, trad. de Breno Onetto Muñoz, Chile, Valparaíso, 2001, p. 341.

CON EL SEGUNDO HEIDEGGER POR LOS CAMINOS DEL DERECHO

Consideramos que el caminante de la selva negra realiza su filosofar buscando la explicación del mundo del *Dasein*, del habla, del humanismo, y, según el experto heideggeriano Jesús Adrián Escudero: “Los grandes temas del pensamiento tardío de Heidegger son: la superación de la metafísica, la esencia de la poesía, el nihilismo, la tecnocracia, la función del lenguaje o la concepción del hombre como lugar de manifestación del ser”.⁷

En la obra citada de *Los conceptos fundamentales de la metafísica*, Heidegger, aparte de confrontarse con la metafísica, reflexiona para explicar el mundo del *Dasein*, con su finitud y su soledad, es una de sus grandes obras que representan su andar en busca de encontrar explicaciones no contenidas en *El ser y el tiempo*, también implica un caminar para explicarse desde la filosofía hasta la soledad del *Dasein* en su caída hacia la muerte.

Para empezar, establece que la filosofía por oposición a la explicación de ella como ciencia fundamental o visión del mundo, conforme una visión cartesiana como ciencia absoluta, lo que es “una degradación ilegítima de su esencia”,⁸ irónicamente critica esta postura al afirmar que “la idea de ciencia quizá sea la degradación más fatídica de su esencia más íntima”, pues sólo puede “determinarse desde ella misma y como ella misma, no comparable con nada a partir de lo que pudiera definirse positivamente. Entonces, la filosofía, es algo independiente”, por lo que podemos afirmar que “Ella misma es sólo cuando filosofamos, filosofía es filosofar”, por lo que “La filosofía es un pronunciamiento último y una conversación a solas del hombre que lo abarca por completo y de continuo”, lo dialéctico se observa en el caminar heideggeriano, considera que necesitamos temple de ánimo fundamental del filosofar para poder preguntarnos por el mundo, la soledad y la finitud, apoyándose en el poeta alemán Novalis, confirma que “La filosofía es en realidad la nostalgia, un impulso de estar en todas partes de la casa”, recordando que el habla es la casa del *Dasein*.

⁷ Heidegger, Martin, *¿Qué es la filosofía?*, trad. de Jesús Adrián Escudero, Barcelona, Herder, 2004, p. 74.

⁸ Heidegger, Martin, *Los conceptos..., cit.*, p. 24.

JUAN DE DIOS GONZÁLEZ IBARRA

La finitud es una de las cualidades esenciales del *Dasein*, somos seres enfrentados a la muerte, es “el modo fundamental de nuestro ser”, no podemos ignorarla aunque nos cause angustia, porque nos confronta con nuestra muerte, que tenemos que asumir de una manera personalísima, lo que la relaciona con la soledad, con nuestro aislamiento como seres humanos que vivimos nuestra vida en soledad y, aunque acompañados de nuestros seres queridos, sin embargo ante la muerte estamos solos, así es la condición humana. El *Dasein*, que posee conceptos esenciales por lo que debe ser “arrebataado por aquello que han de concebir. A este ser arrebatado, a despertarlo e implantarlo dirige el esfuerzo fundamental del filosofar, Pero todo ser arrebatado proviene de permanecer en un temple de ánimo”.

Lo anterior debido a la exigencia filosófica de establecer un compromiso vital con nuestro filosofar personal, que nos conduce por las primeras preguntas y las últimas respuestas hacia la muerte, nuestro tiempo limitado nos exige filosofar comprometidamente con alto temple de ánimo básico.

Como podemos reflexionar con la filosofía, toca la esencia humana y las fibras más sensibles de su ser, desde la soledad con la que confrontamos nuestro morir o la finitud de la que nos toca como parte esencial de nuestra condición humana. Retumba en nuestros espíritus la afirmación heideggeriana: “La piedra es sin mundo, el animal es pobre de mundo, el ser humano configura mundo”.⁹

Con todo esto nos damos cuenta del pensamiento del caminante de la selva negra en el sentido de que el filosofar es un compromiso vital que nos lleva hacia lo más íntimo, de nuestros problemas y angustias. Por todo lo anterior, Heidegger será de gran influencia en un gran número de filósofos y pensadores de diversas escuelas y corrientes, desde la filosofía, pasando por la literatura y la psicología.

La obra de Martin Heidegger *Serenidad*,¹⁰ publicada originalmente en alemán en 1959, es un esfuerzo del pensador de Messkirch por tender puentes entre la filosofía occidental con la oriental, básica-

⁹ *Ibidem*, p. 233.

¹⁰ Heidegger, Martin, *Serenidad*, trad. de Yves Zimmermann, Barcelona, Ediciones del Serbal, 1989, p. 12.

CON EL SEGUNDO HEIDEGGER POR LOS CAMINOS DEL DERECHO

mente con el budismo y sintoísmo japonés, combatiendo la pobreza eurocéntrica en el pensar que domina, producto del exceso de información que nos asfixia. También por contribuir con su aportación original en la disputa del pensar calculador instrumental, enfrentado a la reflexión meditativa¹¹ que es creativa y libre, sin embargo ésta exige “un largo entrenamiento”, lo que enfrenta a la vida técnica industrial, producto de la concentración en las grandes ciudades, con seres humanos enajenados por la televisión, periódicos, revistas, habladorías, radio y el cine con la creación de mundos felices artificiales, inexistentes, con el apoyo de la cibernética, resultando el dominio de “la planificación y computación” de la organización y de las empresas automatizadas”,¹² con la amenaza de las bombas nucleares y plantas de generación de electricidad aprovechando la fusión atómica.

Después de afirmar lo anterior, Heidegger suelta una frase demolidora premonitoria, que hoy con la contaminación del aire, tierra y agua por el petróleo es violentísimamente verdadera: “La naturaleza se convierte así en una única estación gigantesca de gasolina, en fuente de energía para la técnica y la industria”, lo que muestra el “poder oculto de la técnica moderna que determina la relación del hombre con lo que es. Este poder domina la tierra entera”.¹³

II. LENGUAJE Y DERECHO APLICANDO A HEIDEGGER

Con lo anterior, la filosofía del lenguaje¹⁴ y la iusfilosofía entran en una dinámica que permiten que ambas se apoyen mutuamente como cadenas vitales para evitar la destrucción del ser humano junto con la naturaleza, por diferencia a la derrotada ecología y su fracaso como ciencia, que toma al ser humano y su entorno como referentes, sostenemos la poca capacidad de ella para evitar la destrucción de la naturaleza, o sea una solución probadamente fallida con los

¹¹ *Ibidem*, p. 19.

¹² *Ibidem*, p. 21.

¹³ *Ibidem*, p. 23.

¹⁴ Cicerón, *La invención retórica*, trad. de Salvador Núñez, Madrid, Gredos, 1997, p. 306.

JUAN DE DIOS GONZÁLEZ IBARRA

datos duros de la depredación ocasionada y el calentamiento global, es decir, afirmamos el fracaso de ella y la necesidad urgente de crear un nuevo reflexionar salvador de nuestro mundo, como puede ser la biosofía, en la cual cada ser viviente y elementos como el agua, aire y tierra son importantes.

En el derecho se armoniza con el segundo Heidegger la corriente del derecho¹⁵ como argumentación, cuyo pionero es Robert Alexy, con su obra *Teoría de la argumentación jurídica*,¹⁶ y Manuel Atienza para Hispanoamérica, con su extensa obra tanto en la docencia como en lo editorial,¹⁷ con los antecedentes de Theodor Viehweg¹⁸ y la obra de Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca¹⁹ relativa a la nueva retórica.

Lo anterior, para permitirnos a quienes nos preocupamos por el derecho, a “comenzar entonces un desarrollo enteramente nuevo del mundo técnico”; el problema de fondo, afirma Heidegger, es que el ser humano “no está preparado para esta transformación universal; que aún no logremos enfrentar meditativamente lo que propiamente se acerca en esta época”,²⁰ a este respecto el desarrollo del respeto al derecho internacional, a partir de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 nos alienta, aunque los hechos muestran que se dio un gran impulso a la tecnociencia y otro, por supuesto menos enérgico, a lo jurídico, esto es un claro peligro para la humanidad y naturaleza entera, y la demostración de que somos como aprendices de brujos en el manejo de la técnica, que, como en la fábula, termina aplastando al ignorante ingenuo que

¹⁵ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. I. Teoría del derecho*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 2011, p. 877.

¹⁶ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 203 y 289.

¹⁷ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 19 y ss.

¹⁸ Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. de Luis Díez Picazo, España, Civitas, 2007, p. 55.

¹⁹ Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 2015, p. 766.

²⁰ Heidegger, Martin, *Serenidad*, cit., p. 25.

CON EL SEGUNDO HEIDEGGER POR LOS CAMINOS DEL DERECHO

en su soberbia considera que puede manejar los entes a su capricho o voluntad.

En el fondo se enfrentan el pensar meditativo y el calculador instrumental financiero de las empresas de la globalización, la obsesión por lo económico contra el deseo de superar la pobreza de la vida material y llegar a la riqueza de la vida espiritual, el valorar solamente al ser humano por lo que posee mas no por su calidad conforme a los valores que guían sus acciones, el tener sobre el ser, la ley del mercado por encima de la ley de la sobrevivencia de todos los seres que pueblan nuestro mundo, el derecho sometido al más fuerte y la filosofía vista como conocimientos inútiles.

La globalización, como etapa actual del capitalismo con su cuarta Revolución industrial o Revolución 4.0,²¹ significa el dominio en todo el mundo del capital financiero, el que no tiene fronteras ni sentimientos con elevados valores axiológicos; así, ni China ni Estados Unidos combaten a fondo la contaminación que producen por el lucro que domina a todos los seres humanos por medio de organizaciones, consorcios y un mercado mundial, sin que existan organismos mundiales suficientemente poderosos para parar este suicidio de toda la humanidad y la destrucción de la naturaleza.

El concepto de serenidad lo podemos aplicar en el derecho, pues es usado por Heidegger como aquella actitud ante la técnica que “Nos hace residir en el mundo de un modo distinto. Nos promete un nuevo suelo y fundamento sobre los que mantenernos y subsistir, estando en el mundo técnico, pero al abrigo de su amenaza”,²² lo anterior pues por la técnica el ser humano se encuentra ante un grave peligro por la energía atómica de que dispone, esto por haber dejado su poder reflexivo, entregándose al confort de la técnica encubierta.

Además, la era atómica no tuvo antes un periodo de preparación iusfilosófica y de las ciencias sociales y humanidades, para que el

²¹ Scwab, Klaus, *La cuarta revolución industrial*, trad. de Portafolio, México, Debate, 2017, p. 45. Obsérvese que aquí desaparecen al traductor y es una empresa la que elimina al ser humano. De la misma editorial está la respuesta contestataria por parte de Yuval Noah Harari, *21 lecciones para el siglo XXI*, México, 2018, p. 271. Afirma que “poetas, pintores y dramaturgos son tan importantes, al menos, como los ingenieros y los soldados”.

²² Heidegger, Martin, *Serenidad*, cit., p. 28.

JUAN DE DIOS GONZÁLEZ IBARRA

ser humano pudiera estar en la disposición creativa de manejar positivamente tal poder devastador, el calentamiento global nos indica que no contamos con la conciencia para tener en nuestras manos tal poder de destrucción, consideramos que nos faltó un desarrollo humano basado en los valores superiores del *Dasein* y un exceso de técnica, ciencia y tecnología fácticamente convertida en productividad y comodidades como el automóvil o la televisión, y en menor desarrollo de la cultura jurídica nacional y global para luchar por la armonía y sobrevivencia.

En otro capítulo de esta obra, que lleva por título “Debate en torno al lugar de la serenidad. De un diálogo sobre el pensamiento en un camino al campo”, mismo que lo presenta Heidegger como un debate entre un investigador, un profesor y un erudito, encontramos que el pensador de Messkirch establece un diálogo entre el caminar filosófico occidental con el oriental, en el cual la serenidad “se despierta cuando a nuestro ser le es otorgado el comprometerse con lo que no es un querer”,²³ va más allá de la voluntad y del pensar para llegar a la plena convicción del respeto a los demás seres, en donde lo jurídico tiene una gran importancia.

La iusfilosofía nos permite, desde la materia jurídica, ir a las primeras causas y últimas consecuencias, impulsar la liberación del consumismo de la gran cantidad de mercancías producidas por la técnica y, que por la cultura de las marcas famosas, se genera una feria de vanidades, en la cual “la investigación científica es algo así como un ataque dirigido a la naturaleza como... esencia de la ciencia moderna”,²⁴ serenidad pues en el manejo de la técnica como forma de escapar de la amenaza que ésta representa para el *Dasein* y la naturaleza toda, serenidad iusfilosófica para proteger a la humanidad.

En la obra publicada por primera vez en alemán en 1959 titulada *De camino al habla*, Martín Heidegger se encuentra plenamente dentro del giro o viraje (*Kehre*), iniciado sobre 1930 (*Ser y tiempo* es de 1927) en el cual, como mencionamos antes, su caminar va dirigido hacia el peligro que representa la técnica y la ciencia y la importan-

²³ *Ibidem*, p. 39.

²⁴ *Ibidem*, p. 79.

CON EL SEGUNDO HEIDEGGER POR LOS CAMINOS DEL DERECHO

cia del habla entre nosotros como seres humanos,²⁵ así, “solamente el habla capacita al hombre en tanto que ser hablante”, se apoya en los trabajos y pensamiento de la filología de Wilhelm von Humboldt, y constituye una reflexión sobre la esencia a partir de la afirmación de que *el habla habla, lo que nos permite* “llevarnos a nosotros mismos al lugar de su esencia, a saber: al recogimiento en el advenimiento apropiador (*Ereignis*)”,²⁶ siendo la esencia del habla el decir.

También encontramos al *Ereignis* traducido como acontecimiento propiciante, identificando por nuestra parte al *Ereignis*, desde la iusfilosofía como a la Constitución en lo general y, en lo particular, a la defensa particular de un derecho humano, en otro campo como en el caso de orar por primera vez con elevada espiritualidad, como aquella acción humana personalísima que es transformadora del *Dasein*, asimismo también lo identificamos como aquello que llamamos amor a primera vista o experiencias cercanas a la muerte, violación, desengaños amorosos o de confianza en la amistad, abusos graves de autoridad atentatorios a la dignidad humana, presenciar un asesinato o el nacimiento de un hijo, después de este evento el ser humano ya no vuelve a ser el mismo, experimenta un cambio por un acto que es transformador profundo de su personalidad como consecuencia de ese evento que marca un parteaguas en su conducta.

Heidegger parte aquí de la afirmación de que “el habla habla”, con lo que nos dirige a la esencia del habla, que es el decir que surge desde el silencio, no desde el ser humano, sino desde el habla misma, es entonces reflexión desde dentro del habla, no desde fuera, pues “No quisiéramos fundamentar el habla desde otra cosa que ella no sea, ni tampoco explicar otra cosa a través del habla”, apoyándose en Johann Georg Hamann (1730-1788) el llamado por genial y sorprendente “El Mago del Norte”, afirma que la razón (*logos*) es habla, entonces hace desaparecer la diferencia común entre este concepto dividido entre razón o palabra y lo íntegro, por lo que en consecuencia la razón es habla y el habla es razón.

²⁵ Heidegger, Martin, *De camino al habla*, trad. de Yves Zimmermann, Barcelona, Ediciones del Serbal, 1987, p. 11.

²⁶ *Ibidem*, p. 12.

JUAN DE DIOS GONZÁLEZ IBARRA

Así, se elimina racionalismo e irracionalismo en una hermandad que busca al *Dasein* integralmente, y que en la iusfilosofía se plasma en lo constitucional y las garantías y los derechos humanos, con lo que cobra sentido la frase mencionada de que “el habla habla”, desde la integridad rota por la división o partición del logos como solamente una de las dos, se une lo racional con lo emocional del ser humano, lo apolíneo con lo dionisiaco, arte y reflexión.

Consecuentemente, puede afirmar: “Reflexionar sobre el habla significa llegar al habla del habla de un modo tal que el hablar advenga como aquello que otorga morada a la esencia de los mortales”, de aquí la frase de su obra *Carta sobre el humanismo*, donde afirma que “El lenguaje es la casa del *Dasein*. En su morada habita el hombre”,²⁷ de la vulgar explicación de que el habla es la expresión de pensamientos y razonamientos por medio de la palabra hablada o escrita, nos elevamos a la esencia del habla, que es el decir propiciado por el silencio, en el cual la palabra llama a los entes a constituir su ser.

La ecuación se invierte, ya no es la palabra la que es el nombre de los entes, sino por el contrario, es el ser quien está dependiendo de la palabra, la palabra le da su cosidad en el mundo, que se ha formado por medio del lenguaje y que el *Dasein* solamente es su huésped.

La palabra jurídica, en su esencia, es creadora del universo humano y no al revés, como se había interpretado hasta entonces, así el habla habla en virtud de su poder creador en el mundo del *Dasein*, el *cosmos* griego como totalidad del mundo ha sido reemplazado por otro, en el cual lo humano es lo que crea por medio de la palabra y, la palabra, lo crea.

Tanto el ser humano como los entes son productos de la palabra, la que los llama a su existir, la palabra jurídica es fuente de existencia y no solamente reflejo o sombra del ente, esto es congruente con el pensamiento heideggeriano, que recurre al mismo origen de las palabras con sus significados primeros, desde sus orígenes griegos o alemanes en donde el decir, el poema y el silencio contienen la

²⁷ Heidegger, Martin, *Carta sobre el humanismo*, trad. de Helena Cortés y Arturo Leyte, Madrid, Alianza Editorial, 2000, pp. 3-21. La obra viene de una carta enviada al pensador francés Jean Beaufret en 1946, editada originariamente en alemán en 1947.

CON EL SEGUNDO HEIDEGGER POR LOS CAMINOS DEL DERECHO

esencia del habla, “El habla habla: Buscaremos el hablar del habla en el poema. Así, lo buscado reside en lo poético de lo hablado”, no es en el hombre sino en el habla donde está el origen a partir del decir permitido por el silencio en contra de las habladuras, las palabras convocan a las cosas, las llaman a sus cosidades.

La palabra es generadora, no generada, es generar a los entes a partir del silencio, el *Dasein* habitando la palabra es entonces quien produce mundo, el mundear de los entes se da mediante la palabra invocadora, por lo que se cumple la afirmación poética de que “Nada sea sin la palabra”,²⁸ el habla “invoca lo encomendado, cosa-mundo y mundo-cosa al Ente de la diferencia”.²⁹

La importancia del silencio en el decir se aprecia en la afirmación “El silencio apacigua llevando a término mundo y cosa en su esencia”, el habla es el son del silencio, así “Sólo en la medida en que los hombres pertenecen al son del silencio son capaces, en un modo que a ellos les es propio, del hablar que hace sonar el habla”.³⁰

La prosa pura es tan poética como la poesía, no es nunca “prosaica”, por el contrario, en su pureza está lo poético y el silencio invocador de las cosas o entes. Sin embargo, “los mortales hablan en la medida que escuchan”, la diferencia permite el espacio y tiempo de la invocación, “El habla habla”.

El hombre habla haciendo venir la diferencia que libera mundo y cosas a la simplicidad de su intimidad, por lo que con el manejo dialéctico que le es tan grato a Heidegger, afirma: “Su hablar habla para nosotros en lo hablado”, así en el poema “Cuando cae la nieve en la ventana/largamente la campana de la tarde resuena/para muchos es preparada la mesa/y está bien provista la casa/en la mesa pan y vino”.

En otro capítulo titulado “El habla en el poema. Una dilucidación de la poesía de Georg Trakl”, Heidegger nos entrega su reflexión sobre la poesía, al afirmar que “todo gran poeta poetiza sólo desde un único poema. La grandeza se mide por la amplitud con que se afianza a ese único poema y por hasta qué punto es capaz de man-

²⁸ Heidegger, Martin, *De camino...*, cit., p. 22.

²⁹ *Ibidem*, p. 26.

³⁰ *Ibidem*, p. 28.

JUAN DE DIOS GONZÁLEZ IBARRA

tener puro en él su decir poético. El decir de un poeta permanece en lo no dicho”,³¹ aquí tenemos la reflexión del caminante de Messkirch respecto a la poesía y al silencio evocador.

Su afirmación de que existe esencialmente un único poema en cada poeta lo entendemos como la forma personalísima en el que cada vate crea su poesía a partir del decir con base en el silencio, aquí notamos la filosofía oriental del budismo en la cual el silencio es el origen de todo lo que existe, como lo menciona el budismo zen, podemos consultar al respecto a Eric Fromm y Suzuki en su obra *Budismo zen y psicoanálisis* y a César Vidal en *Los textos que cambiaron la historia*.

Así, “cada poema habla desde la totalidad del poema único y lo dice cada vez. Desde el lugar del poema único brota la ola que cada vez remueve su decir en tanto que decir poético”, conforme a esto “El diálogo entre pensamiento y poesía evoca la esencia del habla para que los mortales puedan aprender a habitar en el habla. Apenas ha comenzado”, pero, ¿cuál es el lugar del poema único de cada poeta? Heidegger intenta encontrar el de Georg Trakl a partir del primer verso del poema que se titula *Primavera del alma*, que expresa “Algo extraño es el alma sobre la tierra”, mencionando que el alma por ser espiritual es un ser extraño en nuestro mundo material, en el cual el mundo munde a las cosas cosean.

Por nuestra parte, entendemos que lo que Heidegger llama “el poema único” nosotros lo identificamos como la fuente de la inspiración del poeta, ejemplos tenemos muchos desde Bob Dylan hasta Octavio Paz, encontrando el amor, la mujer, la belleza, la libertad, la injusticia, la muerte, el misterio, las flores y el canto en Netzahualcóyotl, hacer poesía requiere que el poeta escuche su poema único de varias maneras o formas, pero sin alejarse de él.³²

En otro capítulo de la obra citada intitolado “De un diálogo acerca del habla entre un japonés y su inquisidor”, que Heidegger lo lleva a cabo como Platón lo realizó, con una plática con el filósofo y traductor conde japonés Kuki Shuzo (1888-1941) y el caminante de la selva negra, el tema es la relación entre la estética europea y la

³¹ Heidegger, Martin, *De camino...*, cit., p. 33.

³² *Ibidem*, p. 65.

CON EL SEGUNDO HEIDEGGER POR LOS CAMINOS DEL DERECHO

japonesa, entre el occidente y el oriente, entender el arte japonés con la estética occidental a partir de la filosofía,³³ en el cual el concepto de *Iki*, que podemos traducir como estilo, elegancia, gusto o lo que encanta con gracia es central, relacionado o próximo con la hermenéutica del arte,³⁴ “es la brisa del silencio del resplandeciente encantamiento”,³⁵ “el puro encantamiento del silencio invocador”.

Discuten sobre el famoso *Teatro No* japonés y el vacío tan importante que emplea en sus representaciones, el conde Kuki le responde a Heidegger que “Para nosotros, el vacío es el nombre eminente para lo que usted quisiera decir con la palabra ser”, así, del vacío del *Teatro No*, surgen todos los seres, pues conforme el conde Kuki: “Cuando debe aparecer un paisaje en la montaña, el lector levanta lentamente la mano abierta y la mantiene quieta, sobre los ojos, a la altura de las cejas”.³⁶

Sorprendido el conde de la interpretación nihilista de la nada, afirma: “Para nosotros, el vacío es el nombre eminente para lo que usted quisiera decir con la palabra ser, Heidegger, apoyándose en el diálogo *Ion* de Platón, sostiene que “Los poetas son los mensajeros de los dioses” y que la hermenéutica “no significa primeramente interpretar, sino traer el mensaje y noticia”.³⁷ Señala Heidegger rotundamente que “Hoy, nuestro pensamiento tiene por tarea pensar lo pensado por los griegos de modo aún más griego”.

Lo que significa no saber más que ellos, sino desde la hermenéutica hoy traer a la actualidad sus mensajes, donde “El hombre es el mensajero del mensaje que lo dirige al desocultamiento de la duplicidad”, en donde entendemos que la hermenéutica permite que lo pensado por los griegos, hoy podamos desde nuestra actualidad conocer, siendo el *Dasein* el que camina al filo de la navaja de lo limitado e ilimitado, del ser y del vacío, de la nada y el ser en su esencia, con la situación de que regresando a la estética “la obra de arte se transforma en un ente “para el comercio del arte”.³⁸

³³ *Ibidem*, p. 80.

³⁴ *Ibidem*, p. 92.

³⁵ *Ibidem*, p. 128.

³⁶ *Ibidem*, p. 98.

³⁷ *Ibidem*, p. 111.

³⁸ *Ibidem*, p. 126.

JUAN DE DIOS GONZÁLEZ IBARRA

Lo que representa en la actual globalización estatus o posición socioeconómica elevada, lo que en el materialismo o mercantilismo actual representa distinción o elegancia independientemente de la cultura o calidad humana que posea quien sea el detentador de la obra de arte, insistimos: es muy claro que el arte se ha convertido en mercancía que da una falsa distinción a quien lo posee.

Heidegger le pregunta al filósofo japonés que cuál es la palabra en su idioma para habla, a lo que él responde vacilante: *koto ba*, a lo que vuelve a inquirir el pensador de la selva negra: ¿y eso qué quiere decir?, encontrando la respuesta de que en Japón es: “La brisa del silencio que apropia el encantamiento invocador, es lo que gobierna la venida de ese encantamiento”.³⁹

En la construcción del mundo del ser humano es la palabra la que forma a su mundo y la palabra jurídica su armonía, lo que es muy diferente al cosmos griego.

III. ¿ES POSIBLE HABLAR DE LO ÓNTICO JURÍDICO CONFORME A HEIDEGGER?

Consideramos que sí, nos basamos en la quiddidad de lo jurídico, que permite crear conforme la palabra los entes como instituciones, procesos y ficciones jurídicas como las personas morales, en el último capítulo del libro en comento que lleva por nombre “La esencia del habla” empieza explicando que una experiencia de algo es aquello que es un ser que “se apodera de nosotros, que nos tumba, nos alcanza”, entonces una experiencia con el habla actúa de igual manera: nos cambia, “dejarnos abordar en lo propio por la interpretación del habla, entrando y sometiéndonos a ella... entonces la experiencia que hagamos con el habla nos alcanzará en lo más íntimo de nuestra existencia”.⁴⁰

Por nuestra inconciencia, la relación con el habla es oscura, “casi muda”, por lo que es difícil encontrar fácilmente la palabra apropiada, aquí los poetas muestran el dominio que poseen con la pa-

³⁹ *Ibidem*, p. 129. Afirma Heidegger en la página 140 que “El pasado es de otro modo el haber sido, como el recogimiento que perdura”.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 143.

CON EL SEGUNDO HEIDEGGER POR LOS CAMINOS DEL DERECHO

labra, en su concisión y certeza, en su poder de expresión con unas cuantas palabras expresan pensamientos y emociones profundas, deseos, temores y alegrías, Heidegger analiza del poeta simbolista alemán seguidor de Nietzsche y traductor de William Shakespeare, Mallarmé, D'Annunzio, Dante, Baudelaire y otros poetas: el alemán Stefan George (1868-1933), el poema de siete estrofas de dos versos cada una:

Esperando a que la diosa antigua
En su fuente el nombre hallara
Después denso y fuerte lo pude asir
Ahora florece y por la región reluce...
Un día llegué de feliz viaje
Con joya delicada y rica
Buscó largamente e hízome saber:
“Sobre el profundo fondo nada así descansa”
Entonces de mi mano se escapó
Y nunca el tesoro de mi país ganó...
Así aprendí triste la renuncia:
Ninguna cosa sea donde falta la palabra.

Con la diosa antigua se refiere a *Norna*, la diosa escandinava del destino individual; en este último verso encontramos el poder absoluto de la palabra, al afirmar Stefan George que sin ella no puede existir cosa alguna, es un mundo en construcción por los seres humanos, un mundo diferente al *cosmos* griego que incluía a todos los seres, cosas o entes, es el mundo que siendo construido por el *Da-sein* confirma la frase de Heidegger: “La piedra no tiene mundo, los animales tienen poco mundo, el hombre crea mundo”,⁴¹ con la afirmación de “Ninguna cosa sea donde falta la palabra”, en lo iusfilosófico podemos afirmar “ninguna cosa sea donde falta en la sociedad la palabra del derecho”, entendemos por qué el habla es el hogar del *Dasein*, es la confirmación de un mundo humanizado en el cual las ciencias del espíritu conforme a Dilthey lo pueden explicar, no así las llamadas ciencias exactas o naturales y, por lo que respecta a la armonía social, es el derecho quien lo busca.

⁴¹ Heidegger, Martin, *Los conceptos...*, cit., p. 225.

JUAN DE DIOS GONZÁLEZ IBARRA

Regresando al habla, Heidegger menciona: “Cuando inquirimos acerca del habla, o sea acerca de su esencia, entonces ya debe es-tarnos hablando el habla misma”, lo que implica que tenemos claro cuál es su esencia y, en mi criterio, es el decir esa esencia que como fundamento permite el ser de la palabra, dialécticamente Heidegger afirma que solamente hablando puede uno encontrar la esencia, escribe que “La esencia del habla: el habla de la esencia”, más adelante en el mismo caminar filosófico afirma “en el cantar comienza el canto a ser canto”.⁴²

Identifica *logos* como ser y decir por diferencia con todos los filósofos anteriores, con esto nos cambia nuestro filosofar, pues tiende puentes entre las dos filosofías: la de la razón y la de la palabra, integra lo que por siglos estuvo separado y enfrentado, une lo apolíneo con lo dionisiaco, mismos puentes entre el filosofar del occidente europeo y oriente japonés del budismo y sintoísmo, la experiencia poética de la palabra con el reflexionar filosófico desde lo ontológico y la esencia del habla, su preocupación por un mundo dominado por las máquinas cibernéticas, de una guerra atómica catastrófica, cultivar “La palabra por la palabra, un tesoro real”.⁴³

Con su concepto de proximidad que nos recuerda “el aire de familia de Wittgenstein”, por lo que menciona “La proximidad que aproxima es el advenimiento apropiador (*Ereignis*) mismo, desde el cual la poesía y el pensamiento están remitidos a lo propio de su esencia”,⁴⁴ en el cual el *Dasein* es a quien se le ha conferido el habla “para hablar del habla”.

Penetrando en la filosofía-teología budista y sintoísta japonesa se refiere al *Tao* como palabra clave en el filosofar de Laotse, que significa camino, y se cuestiona: “Tal vez se oculte en la palabra camino, Tao, el secreto de todos los secretos del decir pensante, si dejamos que estos nombres regresen a lo que dejan en lo no dicho y, si somos capaces de este *dejar*”.⁴⁵

⁴² Heidegger, Martin, *De camino...*, cit., p. 163.

⁴³ *Ibidem*, p. 172.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 175.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 177.

CON EL SEGUNDO HEIDEGGER POR LOS CAMINOS DEL DERECHO

El habla es el florecer del ser humano, el ser humano florece con el habla, en el derecho florece en la argumentación jurídica, la que permite que sea el único en el mundo que pueda hacerlo, y en especial es la poesía y el reflexionar lo que representan sus mejores exponentes, en la filosofía náhuatl de la flor y el canto encontramos un buen ejemplo cuando Nezahualcóyotl nos pregunta: ¿Eres auténtico tienes raíces?, en la cual el canto nos lleva hacia los dioses, en el derecho es con el hablar de la argumentación con lo que nosotros lo formamos.

Por su parte, Heidegger dirá la frase “Palabras como flores”, en la cual se enfrenta la mentalidad calculadora de la técnica a la reflexión filosófica preocupada por el ser humano y su destino, el hablar de Heidegger, él mismo afirma que como emplea razonamientos (dialéctico afirmamos nosotros) como el tiempo temporaliza y el espacio espacializa a la razón calculadora, enojan “El modo de representación corriente se irrita al oír hablar así y con razón, porque se necesita para entenderlo de la experiencia pensante de lo que significa identidad”,⁴⁶ aquí el tiempo y la palabra reposan en el silencio, éste es la fuente de donde emanan ambos.

En relación con la muerte, el caminar reflexivo de Heidegger nos señala que “Los mortales son aquellos que pueden hacer la experiencia de la muerte como muerte. El animal no es capaz de ello. Tampoco puede hablar”.⁴⁷ Por lo que nos recuerda el poema de Stefan George: “Ninguna cosa sea donde falta la palabra”.

En el último capítulo que lleva el título que cierra el libro “El camino al habla” se apoya en el poeta alemán Novalis (1772-1801), mencionando del vate que “Precisamente esto, lo que el habla tiene de propio, a saber, que sólo se ocupa de sí misma, nadie lo sabe”,⁴⁸ a lo que Heidegger afirma que “el habla habla única y solitariamente consigo misma”, el camino al habla hace que el ser humano lo sea en la medida en que él hace uso de esta facultad, así “el ser del humano reside en el habla”, lo que nos sitúa “ante todo es y con el habla”, con el hilo conductor de la frase “Llevar el habla como habla al habla”

⁴⁶ *Ibidem*, p. 191.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 193.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 217.

JUAN DE DIOS GONZÁLEZ IBARRA

nos dirige hacia el silencio para el decir, o sea “una resonancia silenciosa que nos hace oír algo de lo que el habla tiene de propio”.⁴⁹

A continuación cita la obra lógica del *Organón* de Aristóteles⁵⁰ *Peri Hermeneia* o *De la interpretación*, en la cual el Estagirita reflexionó sobre este tema y que Heidegger enfatiza lo que se muestra con las palabras, la desocultación del ser y menciona el dominio que el pensamiento de Aristóteles sobre la palabra ejerció sobre el pensamiento occidental, “y alcanza su culminación en la reflexión sobre el habla de Wilhelm von Humboldt (que la contempla como actividad del espíritu) con su gran obra sobre la lengua Kawi de la isla de Java”,⁵¹ publicado por el hermano Alexander en 1836, “desde entonces este texto, en pro o en contra, nombrado o silenciado, determina toda la ciencia lingüística y filosófica que se ha seguido hasta hoy”.

Así, Humboldt ve “lo esencial del habla en el acto de hablar” con lo que observa, intentando comprenderlo y explicarlo, “un mundo en el que el espíritu debe poner entre sí y los objetos a través de la labor interna de su fuerza, entonces el alma se halla en el verdadero camino para encontrar y poner siempre aún algo más en el habla”, concluye Heidegger afirmando que “El camino al habla de Humboldt se orienta hacia el hombre, lleva a través del habla hacia otra cosa: dar fundamentación y representación del desarrollo espiritual del ser humano”, identifica que “Decir y hablar no son lo mismo. Uno puede hablar y hablar sin fin y no decir nada. En cambio, alguien guarda silencio y no habla y, al no hablar, dice mucho”.

En México esto se construyó con el genial cómico Cantinflas y el verbo *cantinflar*, como aquel que cumple con lo anteriormente mencionado por el pensador de la selva negra. Por otra parte, “El hablar es, en tanto que decir, desde sí un escuchar”,⁵² consecuentemente el decir es esencial en el habla, así “Con la dilucidación narra-

⁴⁹ *Ibidem*, p. 219.

⁵⁰ Aristóteles, *Tratados de lógica (El Organon)*, México, Porrúa, 2012, p. 49. Inicia la obra con: “Es preciso comenzar por decir lo que es el nombre, lo que es el verbo y después lo que es la afirmación y la negación, la enumeración y el juicio. Las palabras expresadas por la voz no son más que la imagen de las modificaciones del alma; y la escritura no es otra cosa que la imagen de las palabras que la voz expresa”.

⁵¹ Heidegger, Martin, *De camino..., cit.*, p. 220.

⁵² *Ibidem*, p. 229.

CON EL SEGUNDO HEIDEGGER POR LOS CAMINOS DEL DERECHO

tiva del despliegue del habla en tanto que decir, el camino al habla ha llegado al habla como tal habla y ha llegado, por consiguiente a su meta. El pensamiento ha dejado tras de sí el camino hacia el habla”.

Como el decir es la esencia del habla está lejano de la palabrería que enajena, de aquello que no muestra nada, surge del silencio de la palabra para poder expresarse, señalando el advenimiento apropiador que permite “dentro de lo cual nuestra vida de mortales tiene siempre su morada”, con lo cual nos apropiamos de nosotros mismos como seres del habla gracias al advenimiento apropiador que a todos nos transforma a partir del silencio reflexivo.

Así, “el advenimiento apropiador apropia al ser humano a su propia puesta en uso del advenimiento apropiador. Apropiando el mostrar cómo hacer propio, el advenimiento apropiador es la puesta-en-camino del decir al habla”.⁵³

Lo opuesto de divagar es el camino del decir, que nos convierte en seres humanos con un hogar en el habla, el decir a partir del silencio que puede ser un corresponder al advenimiento apropiador, siendo toda habla de naturaleza histórica, pues “histórica según el sentido y dentro de los límites de la era presente, era que no inicia nada nuevo, sino que lleva a término lo antiguo, ya prefigurado en la Era Moderna, llevándolo al límite”.⁵⁴

Como podemos entender, Heidegger maneja los conceptos de habla, silencio, advenimiento apropiador, siendo el decir la esencia del habla y el silencio llama a la calma para permitir que surja el advenimiento apropiador del decir pues: “El hombre solamente es capaz de hablar en la medida que pertenece al decir”.⁵⁵

En otra obra de 1947, que empezó como una carta dirigida un año antes al filósofo francés y combatiente en la Resistencia contra los nazis en la Segunda Guerra Mundial Jean Beaufret (1907-1982), que lleva por nombre *Carta sobre el humanismo*, el pensador de la selva negra reflexiona sobre este tema.⁵⁶

⁵³ *Ibidem*, p. 236.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 239.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 240.

⁵⁶ Heidegger, Martin, *Carta..., cit.*, p. 4.

JUAN DE DIOS GONZÁLEZ IBARRA

Parte de enfrentar al *homo barbarus versus* el *homo humanus* que se presenta ya en Grecia y Roma, recordando que bárbaro viene de quienes no hablaban la lengua sino sólo emitían un blablá, luego lo que los distinguía era el dominio del griego y del latín como lengua por oposición, entre ellos fundamentalmente los pueblos germanos, conforme esto el pueblo romano es superior por el dominio del latín, así

El *homo humanus* es ahora el romano, que eleva y ennoblece la *virtus* romana al incorporarle la *paideia* tomada en préstamo de los griegos. Estos griegos son los de la Grecia tardía,⁵⁷ cuya cultura era enseñada en las escuelas filosóficas y consistía en la *erudito e instituto in bonus artes*. En Roma nos encontramos con el primer humanismo.⁵⁸

Lo anterior como producto de la relación de los conquistadores romanos a su vez conquistados⁵⁹ por la cultura griega, muy superior en la filosofía,⁶⁰ artes y ciencia, salvo en el arte de la guerra y la construcción de artefactos bélicos y carreteras.

En el renacimiento de los siglos XIV y XV se va a dar en Roma el recuperar lo griego que había sido aplastado por la Iglesia cristiana por considerarlo como pagano, sin olvidar las obras de san Agustín y de santo Tomás de Aquino, quienes retomarán el pensamiento fi-

⁵⁷ Bowra, C. M., *Historia de la literatura griega*, trad. de Alfonso Reyes, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 197. Afirma este helenista y crítico literario de Oxford que la razón imaginativa predominó en la poesía y la prosa griegas, este autor tiene obras clásicas sobre la cultura griega, afortunadamente contamos con la presente en la brillante traducción de ese sabio mexicano que fue don Alfonso Reyes.

⁵⁸ Heidegger, Martin, *Carta...*, *cit.*, p. 5.

⁵⁹ Millares Carlo, Agustín, *Historia de la literatura latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 207. Realiza un estudio minucioso de los prosistas de la Iglesia cristiana a partir de san Hilario, continúa con san Ambrosio, obispo de Milán; san Agustín, obispo de Hipona con sus obras *Las confesiones* y *La ciudad de Dios*, esta última es una gran utopía que invita a la fraternidad de todos los seres humanos.

⁶⁰ Aristóteles, *Arte poética. Arte retórica*, trad. de José Goya y Muniain y Francisco de P. Samaranch, México, Porrúa, 2007, p. 11.

CON EL SEGUNDO HEIDEGGER POR LOS CAMINOS DEL DERECHO

losófico griego para fundirlo con el cristianismo como religión por medio de su teología.

Posteriormente, con Goethe⁶¹ y Schiller,⁶² entre otros, se dará el humanismo alemán del siglo XVIII, en el cual disentirá Hölderlin en su radicalidad hacia la poesía y la crítica hacia la poca sensibilidad del pueblo germano.

Por su parte, Heidegger afirma que “si se entiende bajo el término general de humanismo el esfuerzo para que el ser humano se torne libre para su humanidad y encuentre en ella su dignidad, en ese caso el humanismo variará en función del concepto que se tenga de libertad y naturaleza del hombre... también el cristianismo es un humanismo”,⁶³ el problema histórico es que a partir de Roma todos los humanismos han concebido al ser humano como animal racional.

Lo antes mencionado genera el problema que lo parcializa metafísicamente, con lo que confunde *Dasein* y ente o cosa, no pregunta por la esencia de lo humano, se enfrentan su animalidad con su espiritualidad, que nos viene del lenguaje, así es que como el lenguaje es el hogar del *Dasein*: “Sólo por ese habitar tiene el lenguaje a modo de morada que preserva el carácter extático de su esencia. A estar en el claro del ser es a lo que yo llamo la ex-sistencia del ser humano. Sólo el hombre tiene ese modo de ser, sólo de él es propio”.⁶⁴

Nuestra animalidad es muy diferente de la de los otros animales, pues gracias a la ex-sistencia, somos los únicos que podemos vernos desde fuera de nosotros mismos gracias a nuestro poder de reflexión; reflexión viene de reflejar y, valga el ejemplo, es como vernos en un espejo único personalísimo, lo que se emplea médicamente en psicoanálisis y psiquiatría.

⁶¹ Reyes, Alfonso, *Trayectoria de Goethe*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 134. El más grande ensayista de México en esta obra nos entrega un relato de la amistad y colaboración de ambos filósofos. También con el desarrollo intelectual de Goethe, nos ilustra el filósofo de Monterrey, y pasajes de su vida que nos permiten acercarnos a uno de los más grandes seres humanos que la humanidad ha tenido.

⁶² Safranski, Rüdiger, *Schiller o la invención del idealismo alemán*, México, Tusquets, 2011, p. 395.

⁶³ Heidegger, Martin, *Carta...*, cit., p. 4.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 5.

JUAN DE DIOS GONZÁLEZ IBARRA

Heidegger emplea mucho este metaconcepto en su obra, así señala: “Desde el punto de vista del contenido, ex-sistencia significa estar fuera en la verdad del ser. Ex-sistencia designa la determinación de aquello que es el hombre en el destino de la verdad”, forma parte de la esencia del ser humano la ex-sistencia, por lo que “de acuerdo con ese destino, lo que tiene que hacer el ser humano en cuanto ex-sistente es guardar la verdad del ser. *El hombre es el pastor del ser*”.

La calidad del ser humano hace que no sea un ser vivo más, sino por el contrario, realiza la afirmación rotunda de que “*el lenguaje es la casa del ser*: Al habitarla el hombre ex-siste, desde el momento en que al habitarla el hombre ex-siste, desde el momento en que, guardando la verdad del ser, pertenece a ella”, por diferencia con el cosmos del pensamiento griego que englobaba a todos los seres del universo, aquí Heidegger nos presenta nuestro mundo humano.

La frase que refiere a que nuestro hogar está ya no en el cosmos, como por milenios se afirmó desde los griegos con los presocráticos, sino que es un mundo humano que responde a otra lógica diferente a ese cosmos que integra todos los seres, la grandeza filosófica de Heidegger crea un mundo humano en el que gracias al lenguaje somos diferentes a los demás seres, entes o animales del universo. Resuenan en nuestros oídos las palabras definitorias: “La piedra no tiene mundo, el animal es pobre de mundo, el *Dasein* forma mundo”.

En el caminar filosófico de este segundo Heidegger su preocupación ha cambiado de la ontología y la cronología al hogar social del ser humano, la trascendencia de esto es enorme pues cambia la perspectiva de su pensamiento anterior.

Es un nuevo filosofar andariego que enriquece nuestro pensar y reflexionar y que tiene en la técnica, tecnología y la ciencia una gran amenaza en virtud de que no nos preparamos para tener tal poder destructor, por el contrario, lo encubierto de la técnica sirvió para no verla como amenaza.

De manera inconsciente avanzamos en la ciencia sin que fuera un caminar acompañado por las humanidades como la filosofía, estética, literatura o ética. Nuestra situación actual en relación con la contaminación y destrucción de la naturaleza responde a ello, lo que Heidegger pudo ver con suma claridad décadas antes de que se pre-

CON EL SEGUNDO HEIDEGGER POR LOS CAMINOS DEL DERECHO

sentaran panoramas aterradores como los que hoy la biosofía nos permite explicar.

El *Dasein* es el único que puede afirmar conscientemente que es, que ex-siste en un mundo en el cual al mundear nos encontramos cada día con más artefactos, que el cosear de los demás entes nos ha sumido en el confort, la molicie y la falta de humanismo, viviendo no una *humanitas* sino un salvajismo tecnocientífico que puede terminar con la humanidad por el desarrollo de la energía atómica tanto de plantas termonucleares como de bombas.

La crítica del alumno de Martin Heidegger, Ernesto Grassi (1902-1991), de la ausencia de un humanismo en el caminante de la selva negra,⁶⁵ la encontramos errónea por lo que antes hemos expresado, la crítica va en el sentido de que Heidegger no retomó las obras de los humanistas como Vives, Cervantes, Boccaccio, Salutati, Vico, Bruni o Baltazar Gracián, por lo que asimiló —según Grassi— con fuerza el racionalismo deshumanizador cartesiano con su razón instrumental.

Lo anterior choca con la afirmación de Heidegger de que “estamos tan imbuidos de «lógica» que todo lo que va en contra de la habitual somnolencia del opinar pasa a ser considerado en el acto como una oposición que debe ser rechazada”, conforme lo anterior, continúa Heidegger: “Siguiendo esta vía lógica se deja que todo acabe hundiéndose en un nihilismo inventado con la ayuda de la lógica”.

Con lo anterior, entendemos que el pensamiento de Heidegger es un humanismo que logró construir un mundo social con la palabra como el hogar del *Dasein* y que, a pesar de su pasado nazi, en la segunda etapa de su caminar comprendemos una preocupación por el peligro de la técnica y, un humanismo, que se apoya en la *humanitas* romana por oposición a lo bárbaro, que se enfrentaba en esos siglos por la desintegración del Sacro Imperio Romano Germánico con Carlomagno a la cabeza.

⁶⁵ Grassi, Ernesto, *Heidegger y el problema del humanismo*, trad. de Ubaldo Pérez Paoli, Barcelona, Anthropos, 2006, pp. 23 y 24. También conviene consultar su obra *La filosofía del humanismo. Preeminencia de la palabra* en la misma casa editorial. Grassi publicó por primera vez en 1947 la obra de su maestro *Carta sobre el humanismo*.

JUAN DE DIOS GONZÁLEZ IBARRA

Heidegger incluso es modesto al afirmar que “Ya es hora de desacostumbrarnos a sobreestimar a la filosofía y, por ende, pedirle más de lo que puede dar. En la actual precariedad del mundo es necesaria menos filosofía, pero una atención mayor en el pensar, menos literatura, pero mucho más cuidado con la letra”, se coloca del lado de la prudencia humanística por encima de la exaltación de la filosofía, encontramos una personal actitud humanística al respecto con la que concluye su libro *Carta sobre el humanismo*.

IV. CONCLUSIÓN

Gracias al iusfilosofar que busca la armonía en la sociedad y en el mundo entero, por medio del derecho nacional e internacional, podemos aprovechar la filosofía heideggeriana, el camino al habla de Heidegger es un caminar que nos permite reflexionar sobre el mundo humano del *Dasein*, tiene un humanismo que lo enfrenta a la tecnociencia y al confort que es producido por la razón instrumental y la falta de un desarrollo de los valores, derechos y garantías humanos que nos permita manejar el peligroso poder oculto desatado por la técnica, por lo que procede un desocultamiento o *alétheia* para poder lograr que la humanidad sobreviva a su propio ingenio instrumental, el cosear debe estar subordinado a un mundear humanístico que nos pueda proteger de nosotros mismos y de la capacidad destructiva que hemos generado, de otra manera percibimos que será muy difícil sobrevivir a los productos que en la historia de la humanidad hemos construido a partir de la técnica, de la tecnología y la enajenación del *Dasein* si no respetamos a los valores jurídicos, al derecho nacional y a los tratados y, por supuesto, a los derechos humanos, de los animales y de la naturaleza. Éste es pues el reto.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, 2014.

CON EL SEGUNDO HEIDEGGER POR LOS CAMINOS DEL DERECHO

- ARISTÓTELES, *Arte poética. Arte retórica*, México, Porrúa, 2007.
- ARISTÓTELES, *Tratados de lógica (El Organon)*, México, Porrúa, 2012.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2014.
- BOWRA, C. M., *Historia de la literatura griega*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- CICERÓN, *La invención retórica*, Madrid, Gredos, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. I. Teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2011.
- GARCÍA RUIZ, Pedro Enrique, “¿Ontología fundamental o teoría del conocimiento? Heidegger crítico del neokantismo”, *Signos Filosóficos*, México, núm. 7, enero-junio de 2002.
- GRASSI, Ernesto, *Heidegger y el problema del humanismo*, Barcelona, Anthropos, 2006.
- HARARI, Yuval Noah, *21 lecciones para el siglo XXI*, México, Debate, 2018.
- HEIDEGGER, Martin, *De camino al habla*, Barcelona, Ediciones del Serbal, 1987.
- HEIDEGGER, Martin, *Serenidad*, Barcelona, Ediciones del Serbal, 1989.
- HEIDEGGER, Martin, *Carta sobre el humanismo*, Madrid, Alianza Editorial, 2000.
- HEIDEGGER, Martin, *¿Qué es la filosofía?*, Barcelona, Herder, 2004.
- HEIDEGGER, Martin, *Los conceptos fundamentales de la metafísica: Mundo, finitud, soledad*, Madrid, Alianza Editorial, 2007.
- HEIDEGGER, Martin, *El ser y el tiempo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- HEIDEGGER, Martin, *Los conceptos fundamentales de la metafísica. Mundo, finitud, soledad*, Madrid, Alianza Editorial, 2015.
- MILLARES CARLO, Agustín, *Historia de la literatura Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 2015.

JUAN DE DIOS GONZÁLEZ IBARRA

- PLATÓN, *Diálogos*, México, Universidad Nacional de México, 1921.
- REYES, Alfonso, *Trayectoria de Goethe*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- SAFRANSKI, Rüdiger, *Schiller o la invención del idealismo alemán*, México, Tusquets, 2011.
- SAFRANSKI, Rüdiger, *Un maestro de Alemania. Martin Heidegger y su tiempo*, México, Tusquets, 2010.
- SCHWAB, Klaus, *La cuarta revolución industrial*, México, Debate, 2017.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, España, Civitas, 2007.

DERECHO, MORAL E INTERPRETACIÓN: CORRELACIÓN ENTRE LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DE H. L. A. HART Y EL PENSAMIENTO DE LON FULLER Y RONALD DWORKIN*

*LAW, MORALITY AND INTERPRETATION: CORRELATIONS
BETWEEN THE ANALYTIC JURISPRUDENCE OF H. L. A. HART
AND THE THOUGHT OF LON FULLER AND RONALD DWORKIN*

Diego RAMÍREZ ANGUIANO**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La filosofía analítica de H. L. A. Hart*.
III. *El debate Hart-Fuller*. IV. *Los principios de Ronald
Dworkin*. V. *Conclusiones*. VI. *Fuentes consultadas*.

I. INTRODUCCIÓN

Prácticamente desde los postulados utilitaristas de John Austin y Jeremy Bentham, en los cuales constantemente se insistió en la necesidad de distinguir firmemente y con un grado máximo de claridad entre el derecho que es y el derecho como debe ser,¹ la teoría jurídica y filosofía del derecho contemporáneas han establecido dos rubros o apartados en aras de explicar el concepto y/o la naturaleza del derecho: *a)* la jurisprudencia analítica y *b)* la jurisprudencia normativa.

* Artículo recibido el 19 de enero de 2018 y aceptado para su publicación el 27 de agosto de 2018.

** Abogado por la Escuela Libre de Derecho, maestro en Derecho Internacional y Comparado por la Universidad de Iowa en los Estados Unidos de América y candidato a doctor en Derecho por la Universidad La Salle, México.

¹ Hart, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, febrero de 1958, p. 594.

DIEGO RAMÍREZ ANGUIANO

- a) La labor de la jurisprudencia analítica consiste en buscar y explicar las propiedades esenciales del derecho, aquello que hace al derecho lo que “es”;² es decir, defiende la posibilidad de llevar a cabo una explicación del derecho totalmente libre de valoración alguna.³
- b) La jurisprudencia normativa establece que no puede tenerse una explicación adecuada del derecho sin dedicarnos a evaluaciones morales del mismo o, dicho de otra manera, no podemos tener una explicación del derecho sin llevar a cabo evaluaciones morales de las funciones o propósitos del derecho en su conjunto.⁴

Existe un tercer rubro a considerar, el cual puede decirse que está en medio de los dos anteriormente mencionados. Así, algunos teóricos dan una explicación del derecho basada en la premisa metodológica que para presentar adecuadamente una explicación del derecho “como es”, necesariamente tiene que tomarse una postura en torno al mérito o demérito del derecho; por tanto, de acuerdo con este punto de vista, la labor de caracterizar al derecho “como es” está necesariamente relacionada con la comprensión que uno tenga de cómo el derecho debe ser moralmente, por lo que las dos actividades no pueden separarse de la forma en que Bentham y Austin defendieron.⁵ El exponente más importante de esta manera de explicar el concepto y la naturaleza del derecho fue el filósofo estadounidense, Ronald Myles Dworkin.

Si bien en apartados posteriores se expondrá más a detalle, en estos momentos resulta importante mencionar que la explicación del derecho para Dworkin gira en torno a una teoría justificativo-valorativa, en la cual, entre otras cosas, considera al derecho como una práctica social interpretativa que tiene una justificación moral,⁶ insistiendo que sólo llegando a ciertas conclusiones en cuanto al más

² Dickson, J., *Evaluación en la teoría del derecho*, México, UNAM, 2006, p. 22.

³ *Ibidem*, p. 40.

⁴ *Idem*.

⁵ *Ibidem*, p. 9.

⁶ Véase Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, 2a. ed., Barcelona, Gedisa, 2012, pp. 57-59.

amplio valor, propósito u objetivo moral del derecho, puede adecuadamente entender lo que es.⁷

La teoría de Dworkin surgió como contraargumento a la concepción que tenía acerca del derecho, el quizá positivista más importante del siglo XX, H. L. A. Hart, la cual fue desarrollada en su obra *El concepto del derecho* de 1961. Como se desarrollará más adelante, tanto en *El concepto del derecho* como en su *Post Scriptum*, Hart defendió una teoría descriptiva del derecho en el sentido de que es imparcial desde el punto de vista moral sin fin justificativo alguno.⁸ A raíz de esta teoría, Hart desarrolló su concepto de derecho y expuso ideas tales como las reglas primarias y secundarias, mismas que a su vez, también fueron criticadas por Dworkin.

Si bien a Dworkin se le conoce como el principal crítico de Hart, no fue el primero en hacerlo. Las críticas en contra de Hart surgieron incluso años antes de la publicación de *El concepto de derecho* y de *Los derechos en serio* del propio Dworkin —obra en la cual estructuró su ataque al pensamiento positivista de Hart—. En efecto, en 1957 Hart llevó a cabo una estancia en la Universidad de Harvard como visitante, invitándosele a que presentara la conferencia *Oliver Wendell Holmes*, en la cual decidió defender su postura positivista en la que afirma la existencia de una separación entre el derecho y la moral. Atento a lo anterior, Lon Luvois Fuller, profesor de filosofía del derecho en la Universidad de Harvard, pidió que se le concediera dar una respuesta a la ponencia de Hart con el fin de expresar su postura antipositivista.⁹

Al igual que Dworkin, la metodología de Fuller parte del rechazo a la postura positivista de Hart, respecto a que el fenómeno jurídico debe estudiarse desde un punto de vista neutral, libre de justificaciones y valoraciones de carácter moral. Como se expondrá más adelante, para Fuller, lo prescriptivo no puede separarse de lo descriptivo, aunado a que el derecho tiene una moral interna.¹⁰

⁷ Dickson, J., *op. cit.*, p. 10.

⁸ Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, México, UNAM, 2000, p. 12.

⁹ Véase Vega Gómez, J., "El debate Hart-Fuller", *Ensayos de Filosofía Jurídica Analítica*, México, Dykinson, 2014, pp. 17-35.

¹⁰ Cabe señalar que con posterioridad ambas ponencias fueron publicadas en la *Revista de Derecho de la Universidad de Harvard*: Hart, H. L. A., "Positivism and

DIEGO RAMÍREZ ANGUIANO

En virtud de la anterior afirmación, hay quienes aseveran que los argumentos de Fuller constituyen un análisis preliminar de las ideas de Dworkin,¹¹ y es por esa razón que se elabora el presente artículo, cuyo objetivo principal, más que esbozar una influencia de Fuller en Dworkin, es presentar una relación de ideas coincidentes entre las teorías de ambos autores, a partir de su crítica a la postura metodológica de Hart. Resulta interesante mencionar que el propio Hart reconoció a ambos autores como sus principales críticos.¹²

Por tal motivo, la estructura del ensayo se dividirá de la siguiente manera: *a)* el desarrollo de las principales ideas de la filosofía analítica de Hart, y *b)* la crítica por parte de Dworkin y Fuller a las ideas de Hart, así como la manera en que los puntos de vista de ambos autores se relacionan y coinciden.

II. LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DE H. L. A. HART

No es novedad que en aras de exponer la teoría de Fuller y en particular la de Dworkin, autores expongan como punto de partida la postura positivista de H. L. A. Hart,¹³ fundamentalmente porque los teóricos nombrados en primer término desarrollaron primordialmente sus postulados jurídicos con base en las críticas dirigidas en contra de la filosofía analítica de Hart.

Ahora bien, de lo anterior surge una pregunta obligada: ¿por qué Hart resulta tan importante no sólo para Dworkin y Fuller, sino para gran parte de la filosofía del derecho del siglo XX? En mi opinión, la genialidad de Hart radica en la manera en cómo abordó la cuestión en torno a la problemática de proponer o dar una definición de la palabra “derecho”.

the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, febrero de 1958, pp. 593-629; Fuller, L., “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, febrero de 1958, pp. 630-672.

¹¹ *Ibidem*, p. 26.

¹² Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, cit., p. 9.

¹³ Véase, por ejemplo, a Rojas Amandi, V., “El concepto de derecho en Ronald Dworkin”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, t. LVI, núm. 246, 2006, pp. 355- 415.

DERECHO, MORAL E INTERPRETACIÓN...

Hart abandonó todo intento de dar una definición de la palabra derecho ya que para él la misma resulta “vaga”, esto es, se sabe su significado, pero su aplicación resulta dudosa en determinadas circunstancias. En cambio, Hart propuso cambiar la pregunta: en lugar de que nos preguntemos: ¿qué es el derecho? o ¿cuál es la definición del derecho?, es mejor cuestionarnos sobre la naturaleza del derecho e identificar sus condiciones necesarias y suficientes.¹⁴

Así, en virtud de lo anterior, junto con el análisis del derecho desde un punto de vista interno,¹⁵ Hart consolidó su teoría respecto al concepto del derecho en la cual desarrolló diversas ideas que, para efectos del presente ensayo, destacan:

- 1) Separación entre el derecho y la moral.
- 2) El derecho como un conjunto de reglas primarias y secundarias.
- 3) Interpretación y discrecionalidad.

1. *Separación entre el derecho y la moral*

En líneas anteriores se señaló que la teoría de Hart es descriptiva en el sentido de que es imparcial desde el punto de vista moral y no tiene fines justificativos, puesto que no pretende encomiar por motivos morales o de otra índole, las formas y estructuras que figuran en el planteamiento general del derecho.¹⁶ Este sentido de “imparcialidad” entre el derecho y la moral obliga a realizar la siguiente aclaración.

¹⁴ Véase Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012 (1961), pp. 5-7, 16-21.

Las condiciones necesarias son los requisitos indispensables para poder explicar un concepto, sin embargo dichas condiciones no agotan la explicación. En cambio, las condiciones suficientes al ser un conjunto de todas las condiciones necesarias, agotan la explicación del concepto.

¹⁵ El punto de vista interno del derecho implica la disposición permanente de las personas de adoptar las pautas del derecho como guía de su propia conducta en el futuro y, a la vez como criterios de crítica que pueden legitimar exigencias y diversas formas de presión para ajustarse a ellas. Véase Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, cit. p. 243.

¹⁶ *Supra*, nota 8.

DIEGO RAMÍREZ ANGUIANO

Anterior a Hart, el positivismo imperante de la época encabezado por el jurista austriaco Hans Kelsen abogó por elaborar una teoría científica del derecho en la que se prescindiera de todo elemento “extraño” que le impidiera describir y conocer su objeto de estudio. Entre dichos elementos “extraños” se incluyó a la moral, cuya exclusión dentro del estudio del fenómeno normativo se reforzó por el hecho de que Kelsen consideraba a la moral como un valor relativo.¹⁷ Para Kelsen, la separación entre el derecho y moral es total, esto es, no existe relación alguna entre ambos.

Contrario al pensamiento de Kelsen y sus seguidores, Hart jamás negó la relación o intersección entre el derecho y la moral; esto es, tanto la moral como el derecho se influyen mutuamente.¹⁸ Es más, en el capítulo IX de *El concepto de derecho*, Hart aseveró que el desarrollo del derecho ha estado profundamente influido tanto por la moral convencional y los ideales de grupos sociales particulares, como por formas de crítica moral esclarecida elaboradas por individuos cuyo horizonte moral ha trascendido las pautas corrientemente aceptadas.¹⁹ Lo que Hart niega “en general” es una *conexión necesaria entre el derecho y la moral*, es decir, entre el contenido del derecho y de la moral no hay necesariamente una relación conceptual.

Respecto a esta conexión necesaria, Hart distingue entre leyes particulares y el sistema jurídico en su conjunto. En el caso de las leyes particulares, a juicio de Hart no hay duda, para que exista una ley particular ésta no necesita pasar ninguna prueba moral, por tanto, en este caso no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral.²⁰ La cuestión importante surge en la segunda interrogante: ¿existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral desde la perspectiva de un sistema jurídico en su conjunto? Siendo esta cuestión más compleja que la anterior, Hart “está dispuesto” a realizar dos concesiones importantes a favor de la conexión necesaria entre

¹⁷ Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, 16a. ed., México, Porrúa, 2017, pp. 15, 76-82.

¹⁸ Hart, H. L. A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, *cit.*, p. 598.

¹⁹ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, *cit.*, p. 229.

²⁰ Vega Gómez, J., “El debate Hart-Fuller”, *cit.*, p. 30.

DERECHO, MORAL E INTERPRETACIÓN...

el derecho y la moral: a) contenido mínimo del derecho natural²¹ y b) germen de la justicia.²²

a) Contenido mínimo del derecho natural. Para establecer una conexión necesaria entre el derecho y la moral, Hart, sin menospreciar el bagaje histórico, teológico y filosófico del concepto, realizó primordialmente un *análisis simple-no filosófico* del derecho natural.

Hart atendió a una finalidad teleológica, en la cual se explica que los individuos son concebidos no sólo como seres que tienden a mantenerse en existencia, sino también como seres que se dirigen hacia un estado preciso óptimo que es el bien específico o el fin apropiado. Para Hart, lo que da sentido a este modo de pensamiento y de expresión es algo completamente obvio: el presupuesto tácito de que el fin propio de la actividad humana es la supervivencia, cuestión que reposa en el hecho contingente de que la mayoría de los hombres durante la mayor parte del tiempo desean continuar viviendo.

Esta “necesidad natural” que surge del hecho contingente de que los humanos son vulnerables y necesitan alimentos y de otros para sobrevivir, explica que todos los sistemas jurídicos contengan reglas mínimas de conducta para que la sociedad sea viable; reglas que prohíben el asesinato, la violencia, el robo y reglas que protegen la propiedad; todas ellas son normas jurídicas que se superponen a las normas morales y, por tal motivo, en este aspecto, Hart concede una conexión necesaria entre el derecho y la moral.²³

b) Germen de la justicia. El contenido mínimo de justicia que debe comprender el derecho o “germen”, Hart lo analizó en dos momentos. El primero de ellos tuvo lugar dentro de su artículo titulado *Positivismo y la separación entre el derecho y la moral*, publicado en febrero de 1958 en la revista jurídica de la Universidad de Harvard. En dicho artículo, Hart sostuvo que el elemento

²¹ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., cap. 9.2, pp. 237-247.

²² *Ibidem*, cap. 9.3, pp. 254 y 255.

²³ Vega Gómez, J., *El Debate Hart-Fuller*, cit., p. 31.

DIEGO RAMÍREZ ANGUIANO

esencial del concepto de justicia radica en el principio de tratar de igual manera los casos semejantes. Este aspecto implica “la justicia en la administración del derecho”, mas no la “justicia en el derecho”, de tal forma que la justicia procesal natural consiste en aquellos *principios de objetividad e imparcialidad en la administración del derecho que complementan este aspecto de él y que tienden a garantizar que las reglas sean aplicadas solamente a aquellos casos genuinamente comprendidos en ellas o, al menos, reducir el riesgo de inequidades en ese sentido.*²⁴

Tres años después, al presentar su obra *El concepto de derecho*, Hart extendió su concepción sobre el germen de la justicia, dejando de poner énfasis en el aspecto simple de la administración y aplicación del derecho. En ese sentido, Hart afirmó que se realiza un mínimo de justicia donde quiera que la conducta humana fuese controlada mediante reglas generales.²⁵ Dichas reglas son “generales” porque se refieren a una generalidad de casos y a una generalidad de personas, y a través de este carácter general de las reglas habrá una conexión con la justicia y con la noción de tratar los casos similares de forma similar.²⁶

Estas dos concesiones en las que se superponen el derecho y la moral, si bien resultan un gran avance para el positivismo, ambas no resultan suficientes para la teoría de Dworkin y Fuller, quienes, en su concepción en torno a la conexión necesaria entre el derecho y la moral, expondrán un aspecto más amplio sobre la influencia de la moral con relación al derecho.

2. *El derecho como una unión entre reglas primarias y secundarias*

Como se señaló al comienzo del apartado, Hart evitó definir la palabra “derecho” debido a su vaguedad y, en cambio, intentó dilucidar el concepto de derecho y para ello propuso buscar la naturaleza y

²⁴ Hart, H. L. A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, cit., p. 624.

²⁵ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., p. 255.

²⁶ Vega Gómez, J., “El debate Hart-Fuller”, cit., p. 31.

las condiciones necesarias del derecho. En ese afán de búsqueda de la naturaleza y condiciones necesarias del derecho, y en su rechazo a la concepción que consideraba al derecho como un orden respaldado por amenazas debido a su insuficiente y escueta exposición del fenómeno jurídico, Hart afirmó que la mejor manera de entender al derecho es considerando al mismo como una combinación o unión entre reglas primarias y secundarias.

¿Qué es una regla dentro de la teoría Hart? Todas las reglas sociales incluidas las de corte jurídico, constituyen estándares, guías o pautas de conducta que pretenden regular las acciones de los individuos que las utilizan, es decir, son criterios de comportamiento a seguir obligatoriamente de los cuales no podemos apartarnos so pena de ser objeto de crítica por parte del grupo que utiliza tales reglas. Dichas reglas evidencian enunciados internos de aceptación que se manifiestan en enunciados lingüísticos.²⁷

Delimitado el concepto de regla, Hart aseveró que todo sistema jurídico está compuesto por dos tipos de reglas: a) reglas primarias y b) reglas secundarias.

- a) Las reglas primarias o de tipo básico prescriben que los individuos hagan u omitan ciertas acciones lo quieran o no, imponiendo deberes u obligaciones.²⁸ Este tipo de reglas se ven presentes principalmente en comunidades primitivas, las cuales, a través de diversos estudios, se ha demostrado que el único medio de control es aquella actitud general del grupo hacia sus pautas o criterios de comportamiento, en términos de los cuales se han caracterizado las obligaciones.²⁹

Hart considera que una regla impone obligaciones cuando la exigencia general en favor de la conformidad es insistente y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es

²⁷ Ramírez, J. "La regla de reconocimiento. Una somera visión de las tesis de Hart y Lipkin", *Lecciones y ensayos*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, núm. 79, 2004, pp. 164 y 166.

²⁸ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., p. 101.

²⁹ *Ibidem*, p. 113.

DIEGO RAMÍREZ ANGUIANO

grande. La insistencia y seriedad en la presión social que se encuentra tras las reglas es el factor primordial que determina que ellas sean concebidas como obligaciones.³⁰

Estas reglas primarias se encuentran primordialmente en comunidades primitivas, sin embargo, dichas reglas resultan insuficientes en sociedades complejas. Tan es así, que Hart señaló tres defectos de las reglas primarias:

- *Falta de certeza.* En el evento de que surjan dudas sobre cuáles son las reglas o sobre el alcance de una regla determinada, no habrá procedimiento alguno para solucionar esas dudas.³¹
- *Carácter estático de las reglas.* Al tratarse únicamente de obligaciones, no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas.³²
- *Insuficiencia de la difusa presión social ejercida para cumplir las reglas,* toda vez que siempre habrá discusiones sobre si una regla ha sido violada o no, disputas que continuarán indefinidamente hasta en tanto exista un órgano con facultades para dirimir las controversias.³³

b) Para corregir los defectos de las reglas primarias, Hart introdujo las reglas secundarias, las cuales especifican la manera en cómo las reglas primarias pueden ser verificadas, introducidas, eliminadas, modificadas y su violación determinada de manera concluyente.³⁴ Hart propuso tres tipos de reglas secundarias, cada una ideada para enmendar las deficiencias de las reglas primarias:

i) *Reglas de cambio.* Son aquellas concebidas como el remedio para la cualidad estática de las reglas primarias, facultando a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas

³⁰ *Ibidem*, pp. 107 y 108.

³¹ *Ibidem*, p. 115.

³² *Idem*.

³³ *Ibidem*, p. 116.

³⁴ *Ibidem*, p. 117.

DERECHO, MORAL E INTERPRETACIÓN...

primarias para la conducción de la vida del grupo, o de alguna clase de hombres que forman parte de él, así como para dejar sin efecto las reglas anteriores.³⁵

- ii) *Reglas de adjudicación*. Introducidas como complemento para corregir la insuficiencia de la presión social difusa, confirmando potestades jurisdiccionales revestidas de autoridad, para determinar si en una ocasión particular se han transgredido las obligaciones derivadas de una regla primaria.³⁶
- iii) *Reglas de reconocimiento*. Son aquellas reglas que sirven de remedio para la falta de certeza dentro del régimen de reglas primarias. La regla de reconocimiento especificará ciertas características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una afirmación indiscutible de que se trata de una regla del grupo.³⁷

La regla de reconocimiento suministra los criterios de validez de las otras reglas del sistema, cuestión de la que se derivan dos características, el criterio supremo y la regla última. Un criterio de validez jurídica es supremo si las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema, aun cuando contradigan reglas identificadas por referencia a otros criterios, mientras que las reglas identificadas por referencia a los últimos no sean reconocidas si contradicen las reglas identificadas por referencia al criterio supremo.³⁸

Por su parte, el criterio de regla última plantea que para resolver la cuestión sobre si una regla es jurídicamente válida debemos usar un criterio de validez suministrado por alguna otra regla y así sucesivamente para el resto del sistema hasta donde lleguemos a un punto en que nos detengamos respecto a nuestra búsqueda de validez, ya que habremos llegado a una regla que proporciona criterios para la

³⁵ *Ibidem*, p. 119.

³⁶ *Ibidem*, p. 120.

³⁷ *Ibidem*, p. 117.

³⁸ *Ibidem*, p. 132.

DIEGO RAMÍREZ ANGUIANO

determinación de la validez de otras reglas pero que no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas.³⁹

La validez de esta última regla no puede ser demostrada y por tanto para algunos “se da por admitida”, “postulada” o es una “hipótesis”.⁴⁰ Para Hart, esta regla de reconocimiento no puede ser válida ni inválida, simplemente se le acepta como adecuada para ser usada de esta manera y su existencia resulta una cuestión de hecho derivada de una “práctica compleja pero concordante de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar al derecho con referencia a tales criterios”.⁴¹

De tal forma, Hart concluye que la afirmación de que un sistema jurídico existe es un “enunciado bifronte”, ya que por un lado se ocupa de la obediencia por parte de los ciudadanos ordinarios y por otro lado se enfoca en la aceptación de las reglas secundarias como pautas de conducta oficial por parte de los funcionarios públicos.⁴²

Fuller y, en particular, Dworkin rechazaron tajantemente la anterior exposición del pensamiento de Hart. Como se verá adelante, ambos autores fueron renuentes a considerar al derecho como una unión entre normas primarias y secundarias, criticando ampliamente el alcance de la regla de reconocimiento así como su aceptación como criterio de validez.

3. Interpretación y discrecionalidad

A diferencia de Dworkin, Hart no se propuso como objetivo elaborar una teoría sobre la interpretación jurídica, sin embargo, fue consciente de la posibilidad de que en todo sistema jurídico habrá casos no reglamentados por la ley en que el derecho no imponga una decisión en uno u otro sentido, concluyendo que el mismo es parcialmente indeterminado e incompleto.⁴³

³⁹ *Ibidem*, p. 133.

⁴⁰ Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 202.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 136 y 137.

⁴² *Ibidem*, p. 145.

⁴³ Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, cit., p. 259.

DERECHO, MORAL E INTERPRETACIÓN...

Atento a lo anterior, Hart reconoció que en determinados casos pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por las reglas generales verbalmente formuladas. Si bien existirán casos claros —con un núcleo central de significado— en los que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser automático, es un hecho la presencia de casos de incertidumbre en los cuales no resulta claro si las expresiones generales resultan aplicables o no y, por tanto, el aplicador del derecho hace uso de cánones de interpretación que no eliminan pero sí disminuyen tales incertidumbres.⁴⁴

Para Hart, si hemos de expresar nuestras intenciones para que determinada conducta sea regulada por normas jurídicas, se requiere que las palabras generales que usemos tengan algún ejemplo típico respecto del cual no existan dudas acerca de la aplicación de aquellas y por tanto exista un núcleo central de significado; sin embargo, también habrá una penumbra de casos discutibles en la que las palabras no resultarán obviamente aplicables, ni obviamente descartadas.⁴⁵ Los problemas de penumbra surgen fuera del núcleo rígido de ejemplos típicos o de significado establecido y, por tanto, no pueden ser objeto de materia de deducción lógica.⁴⁶ Esta postura de Hart constituye un ataque directo a la concepción formalista o aplicación literal-deductiva del derecho.

Los problemas de penumbra implican que las pautas o criterios de conducta en algún momento al ser aplicados resultarán ser indeterminados, circunstancia que nos conduce a la idea de la “textura abierta”. La textura abierta del derecho significa que existirán áreas de conducta que podrán ser desarrolladas por los tribunales o los cuerpos administrativos según sea el caso; en otras palabras, en la zona marginal de las reglas, los tribunales desempeñan una función productora de reglas.⁴⁷

No obstante que el derecho resulte parcialmente indeterminado e incompleto, los jueces están obligados a fallar y no pueden decla-

⁴⁴ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., pp. 157 y 158.

⁴⁵ Hart, H. L. A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, cit., p. 607.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., pp. 168 y 169.

DIEGO RAMÍREZ ANGUIANO

rarse incompetentes o remitir los aspectos no reglamentados por la ley vigente al Poder Legislativo a fin de que se pronuncie al respecto; por tal motivo, están obligados a ejercer su discreción y crear derecho en lugar de limitarse a la aplicación del derecho preexistente.⁴⁸

Por todo lo anterior y en opinión de Hart, habrá casos en que el derecho vigente no imponga ninguna decisión tildada de correcta y para resolverlos los jueces deberán ejercer su facultad de creación del derecho, no de manera arbitraria, sino tomando en cuenta razones generales que justifiquen su decisión, decidiendo de acuerdo con sus propias convicciones y valores.⁴⁹ Para algunos autores, esta idea de Hart acerca de la creación del derecho implica una aceptación por parte de él sobre la retroactividad al momento de aplicar el derecho.

III. EL DEBATE HART-FULLER

Como se mencionó anteriormente, uno de los objetivos del presente ensayo consiste en presentar las principales críticas de Lon Fuller y Ronald Dworkin en contra de la filosofía analítica de H. L. A. Hart. Se expondrán en primer término las ideas de Fuller al ser probablemente el crítico inicial del positivismo de Hart y por haber establecido las bases teóricas de los postulados de Ronald Dworkin.

Fuller, en primer término, objetó la ponencia de Hart presentada en la Conferencia *Oliver Wendell Holmes* con su artículo de 1958 publicado en la *Revista de Derecho de la Universidad de Harvard* titulado *Positivism and Fidelity to Law (Positivism and fidelidad al derecho)*. Posteriormente, tras la publicación de *El concepto de derecho* por parte de Hart en 1961, Fuller volvió a la carga en contra de él, al presentar en 1964 su libro *The Morality of Law (La moral del derecho)*, obra en la que dedicó un capítulo entero para criticar determinadas ideas de Hart, el cual tituló —por referencia al propio Hart— *El concepto de derecho*.

⁴⁸ Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, cit., p. 260.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 261.

Teniendo en cuenta estos antecedentes y para mantener un orden lógico dentro del trabajo que nos compete, la réplica de Fuller que se presenta a continuación tendrá relación con las ideas de Hart expuestas en el apartado anterior.

1. *La moralidad interna del derecho*

Lon Fuller, similar a Hart, presentó una concepción de una superposición entre el derecho y la moral, sin embargo, contrario a como lo hizo el profesor de Oxford, no se limitó en exponer simples concesiones, sino que en aras de establecer una conexión necesaria entre el derecho y la moral, desarrolló una teoría en la cual se afirma que “existe un doble sentido en el que es verdad que el derecho no puede construirse sobre el derecho”.⁵⁰ Estamos hablando de la moralidad externa y la moralidad interna del derecho.

La “moralidad externa que hace posible al derecho” implica que la autoridad para crear derecho debe estar apoyada por actitudes morales que le confieran la competencia que reclama. Sin embargo, esto no es suficiente, ya que para que podamos tener derecho, la autoridad debe aceptar la moralidad interna del mismo.⁵¹

Fuller consideró al derecho como un “orden funcional” que guía la conducta de sus ciudadanos, y para lograr dicho objetivo posee una moral interna, caracterizada por ser una cuestión de grados.⁵² Este orden dotado de moral interna inherente al derecho es lo que conocemos como *Estado de derecho* y el mismo existe cuando están presentes ciertos requisitos procedimentales en las reglas a saber: 1) generalidad, 2) promulgación, 3) irretroactividad, 4) claridad, 5) comprensión, 6) no exigir lo imposible, 7) reformas periódicas y 8) congruencia entre el derecho y la acción oficial.⁵³

⁵⁰ Fuller, L. *Positivism and Fidelity to Law*, cit., p. 645.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Ibidem*, p. 646.

⁵³ Fuller, L. *La Moral del Derecho*, México, Trillas, 1967 (1964), p. 49; Siltala, R. “Derecho, moral y leyes inmorales”, *Doxa*, Alicante, núm. 8, 1990, p. 159.

DIEGO RAMÍREZ ANGUIANO

Tomando en cuenta estos requisitos de moralidad interna propuestos, no son pocas las personas que pueden señalar que no existe diferencia entre Fuller y Hart, máxime que uno de los requisitos de Fuller concuerda con una de las concesiones de Hart, la generalidad; además, para ambos existe una superposición importante entre el derecho y la moral. Entonces, ¿en dónde radica el desacuerdo entre ambos? Para Hart, sus dos concesiones respecto a una conexión necesaria entre el derecho y la moral son compatibles incluso en sistemas jurídicos perniciosos,⁵⁴ mientras que para Fuller ante la presencia de una perversión importante de la moral interna, el sistema jurídico deja de ser jurídico.⁵⁵

En efecto, Fuller aseveró que un fracaso total en cualquiera de los requisitos de la moral interna no produce simplemente un mal sistema de derecho, sino que produce algo que propiamente no puede llamarse sistema jurídico.⁵⁶ La anterior afirmación por parte de Fuller no se trata de un simple juego de palabras, sino que lleva consigo toda una argumentación:

Quando un sistema que se llama a sí mismo derecho se funda sobre un desprecio general por parte de los jueces de los términos de las leyes que aparentan hacer valer, cuando este sistema corrige sus irregularidades jurídicas, incluso las más burdas, por medio de leyes retroactivas, cuando solo necesita recurrir a incursiones de terror en las calles, que nadie se atreve a desafiar, para escapar incluso de aquellas escasas restricciones impuestas por la apariencia de legalidad, no es difícil, al menos para mí, negarle el nombre de derecho.⁵⁷

En conclusión, para Fuller existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral total, sin limitarse a las meras concesiones esbozadas por Hart. Por tanto, bajo la óptica de Fuller, para que el derecho sea válido, además de tomar en cuenta directrices de carácter formal, debe tener un contenido de carácter moral.

⁵⁴ Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*, cit., pp. 255 y 256.

⁵⁵ Vega Gómez, J., "El debate Hart-Fuller", cit., p. 32.

⁵⁶ Fuller, L., *La moral del derecho*, cit., p. 49.

⁵⁷ Fuller, L., *Positivism and Fidelity to Law*, cit., p. 660.

2. *El concepto de derecho y la regla de reconocimiento*

Otra cuestión en la cual Fuller difirió de manera importante con Hart es la relacionada con el concepto de derecho, incluso el primero como ya se mencionó, tituló como “El concepto de derecho” un capítulo de su libro *La moral del derecho*, en clara alusión a la obra cumbre del profesor de Oxford, y esto no fue simple casualidad, sino que Fuller lo hizo con el fin de dar preámbulo a un ataque en contra de determinadas ideas de Hart, en particular a su opinión sobre el concepto del derecho y la regla de reconocimiento.

Fuller, contrario a Hart, sí intentó definir la palabra derecho y al hacerlo rechazó de manera implícita el concepto de derecho propuesto por Hart. Esto es así, porque Fuller no se limitó a aceptar como concepto de derecho a una unión de reglas que impusieren derechos, deberes y obligaciones. Para Fuller, la única fórmula que podría considerarse como una definición de derecho estima al mismo como la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de normas, opinión que trata al derecho como una actividad y considera al sistema legal como el resultado de un esfuerzo encaminado a un fin.⁵⁸ Es a través de esta definición que Fuller objeta diversas ideas derivadas de teorías positivistas en torno al concepto de derecho tales como “la existencia de un orden público”, “la primacía de la fuerza” o “la estructura jerárquica”.⁵⁹

El rechazo a estas ideas parte de la consideración por parte de Fuller de que las mismas no resuelven los problemas que encara el derecho y en este sentido el propio Fuller justifica su definición de derecho, al considerar a éste como una empresa que implica un esfuerzo intencional destinado a crear y mantener un sistema para dirigir la conducta humana por medio de reglas, de tal manera que si hemos de comprender dicho esfuerzo, debemos saber que muchos de sus fines y problemas —si no es que todos— tienen naturaleza moral.⁶⁰

Cabe aclarar que no todo fue crítica por parte de Fuller hacia Hart, incluso consideró que *El concepto de derecho* resultó una gran

⁵⁸ Fuller, L., *La moral del derecho*, cit., p. 120.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 132.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 121.

DIEGO RAMÍREZ ANGUIANO

contribución a la literatura jurisprudencial como antes no se había visto, representando un intento de presentar soluciones propias a los principales problemas del derecho.⁶¹ Sin embargo, tras el halago vino el desencanto por parte de Fuller, el cual se originó respecto a la “regla de reconocimiento”, tema central de la citada obra de Hart y contribución más importante.

Fuller vio con cierto escepticismo el valor que otorgó Hart a su distinción entre normas que imponen deberes con aquellas que confieren poderes legales, el cual aumentaba cuando esta distinción se relacionaba con la “regla de reconocimiento”. La afirmación hartiana respecto a que la regla de reconocimiento debe considerarse como una norma que confiere poderes, para Fuller, parece casi un axioma.⁶² Entre las diversas observaciones que Fuller realizó a la regla de reconocimiento destacan dos:

- a) Fuller sugiere que para conservar la distinción fundamental de Hart, es decir, normas que imponen deberes y normas que confieren poderes, el intérprete está obligado a suponer que la autoridad para crear derecho no puede ser legalmente revocada, ya que en caso contrario la distinción antes apuntada resultaría ambigua.

La anterior idea que sin reparo podría considerarse un tanto confusa, sirvió de apoyo para que Fuller afirmara que Hart cayó en una “trampa” temida por muchos en el campo de la filosofía del derecho, al señalar que el profesor de Oxford aplicó a *las actitudes que crean y apoyan un sistema legal, distinciones jurídicas que no tienen sentido en esta aplicación*, puesto que si bien un sistema legal se apoya fundamentalmente en el sentido de estar en “lo justo”, al derivarse de expectativas y aceptaciones tácitas, este sentido no puede expresarse en términos tales como obligaciones y capacidades.⁶³

⁶¹ *Ibidem*, p. 148.

⁶² *Ibidem*, p. 153.

⁶³ *Idem*.

b) Para Fuller resulta desatinada la aplicación de la regla de reconocimiento cuando Hart explica la transición de una sociedad primitiva hacia “el mundo legal”. De una lectura a la exposición realizada en el apartado segundo del presente ensayo respecto a las reglas secundarias, se infiere que para Hart las mismas implican una noción de que una ley puede conferir el poder para hacer o cambiar las normas de obligación. Para Fuller, sin embargo, esta argumentación hartiana resulta también una mala aplicación de distinciones jurídicas en un contexto que no las tolerará.⁶⁴

Lo anterior es así porque la sociedad primitiva a la que se refiere Hart es una comunidad en la que predomina la creencia en la magia, la naturaleza se invoca por medio de una fórmula y, por ende, no puede haber una distinción clara entre poderes naturales y legales. De tal forma, al legislador “carismático” no le está permitido por ninguna regla de reconocimiento crear derecho,⁶⁵ más bien, la autoridad de la cual disfruta en la comunidad proviene de la *creencia de que posee una capacidad especial para discernir y declarar el derecho*.⁶⁶

Asimismo, en opinión de Fuller, si es que existe la posibilidad de hablar de una “regla explícita de reconocimiento”, ésta se ha llevado a cabo en el transcurso de siglos y significó un cambio gradual en la noción de poderes como un atributo de la persona a poderes conferidos por un papel social asignado; en consecuencia, antes de que se complete la citada transición, se ha abandonado cualquier concepto que pudiese considerarse como un estado primitivo de la sociedad y, por tanto, la transición nunca está segura de no caer en nociones primitivas.⁶⁷

Finalmente, Fuller considera como dudoso el hecho de que las comunidades primitivas se hayan regido por algo parecido a lo que conocemos actualmente como obligación, siendo discutible que en-

⁶⁴ *Ibidem*, p. 158.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 159.

⁶⁷ *Idem*.

DIEGO RAMÍREZ ANGUIANO

tre el poder y la obligación, el primero representa el concepto más primitivo, toda vez que lo que ahora consideraríamos como castigo en sociedades primitivas tomó generalmente la forma de “poderes mágicos” sobre el acusado para purgar a la comunidad de una impureza.⁶⁸

A consideración de Fuller el concepto de obligación sólo surge cuando se tienen diversos remedios para la violación de un solo deber, o varios deberes que pueden obligarse a cumplir mediante un solo remedio. Así, mientras las consecuencias de un delito se identifican con las medidas formales necesarias para remediarlo, parece que se habla más de una noción de poder que de una obligación, lo que conduce a Fuller a concluir que la regla de reconocimiento *no se dirige principalmente hacia una institución humana facultada por la regla para legislar, sino hacia un procedimiento*.⁶⁹

Después de esta extensa exposición queda claro que Fuller no sólo no coincidió con el concepto de derecho de Hart, sino que también consideró desde otra perspectiva la distinción entre deber y poder, además de que la regla de reconocimiento tiene un alcance diverso al que quiso otorgarle Hart.

3. Interpretación, discrecionalidad y retroactividad

Contrario a lo afirmado por Hart, Fuller considera que el profesor de Oxford, tanto en su artículo de 1958 como en *El concepto de derecho* de 1961, presentó una teoría de la interpretación y más aún, una teoría interpretativa prescriptiva, afirmación que resulta totalmente contraria al pensamiento hartiano; sin embargo, Fuller tiene sus razones para llegar a dicha conclusión.

Fuller, al analizar las ideas interpretativas de Hart desmenuzó los conceptos de núcleo de significado y el área de penumbra. Por una parte, señaló que el intérprete de la norma tiene que entender que la comunicación es posible solamente porque las palabras tienen un caso estándar o núcleo de significado que permanece relativamente

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 159-161.

constante, sea cual sea el contexto en el que dichas palabras aparezcan y, a consideración de Hart, al aplicar el núcleo de significado a las palabras, el intérprete no puede asumir rol creativo alguno, simplemente aplica la ley “como es”. Por otra parte, adicionalmente al núcleo de significado central, las palabras también tienen una penumbra en su significado que, a diferencia del núcleo de significado, varía de contexto a contexto, forzando al juez a asumir un rol creativo y, para ello, deberá por primera vez emprender una interpretación de la norma a la luz de su propósito o alcance.⁷⁰

En virtud de la anterior idea, Fuller obtiene la concepción de que Hart no sólo expuso una teoría interpretativa sino que la misma es de naturaleza interpretativa, pues Fuller considera que cuando surgen cuestiones sobre el propósito o el alcance de la norma, hay al menos una intersección en lo que “es” y lo que “debe ser”, puesto que el juez al decidir lo que la norma “es” lo hace apoyándose en nociones de lo que “debe ser” con el fin de que la norma lleve a cabo su propósito.⁷¹

Tras este análisis, Fuller prosiguió a criticar la supuesta teoría interpretativa de Hart. Fuller consideró que Hart se equivocaba al recomendar que los textos jurídicos se interpretaran con un análisis aislado del resto de sus disposiciones, toda vez que en la interpretación se debe considerar el contexto que da pie a los problemas interpretativos y tomar en cuenta una perspectiva más integral de la disposición y del derecho en general. Además, para Fuller la cuestión de la interpretación es una oportunidad para que la moral juegue un papel importante ya que gracias a ella en la aplicación del derecho se responden interrogantes tales como: ¿para qué puede servir esta regla? ¿Qué mal evita? ¿Qué bien intenta promover? Así, puede colegirse que en aras de determinar lo que la regla “es”, Fuller realiza preguntas de “deber ser”.⁷²

En esta tesitura, Fuller recomienda que al momento de interpretar determinada regla veamos siempre cuál es el propósito de la misma, incluso en los casos fáciles, ya que al ubicarse dentro del núcleo de

⁷⁰ Fuller, L., *Positivism and Fidelity to Law*, cit., p. 622.

⁷¹ *Idem*.

⁷² Vega Gómez, Juan, *op. cit.*, p. 23.

DIEGO RAMÍREZ ANGUIANO

significado central, podemos ver en ellos el propósito general de la regla. Por tal motivo, Fuller afirmó que la interpretación es una actividad que siempre exige un análisis de una cuestión del “deber”.⁷³

Con esta última argumentación Fuller se separará de una de las ideas más importantes de Hart: la discrecionalidad y labor creativa del juez. Esto es así porque para Fuller no importa tanto la distinción entre palabras con significado central y significado de penumbra, ya que todo se interpreta para encontrar el sentido y propósito de la regla, de tal manera que, al hacer un análisis del “deber” ello nos conducirá a lo que la regla “es” y, por ende, bajo esta tesitura del análisis teleológico de las normas, en toda disputa jurídica existirá una respuesta correcta, sin dar espacio, como ya se mencionó, a la labor creativa del juez.

El rechazo de la discrecionalidad y labor creativa del juez automáticamente elimina otra posibilidad en la teoría de Hart: la idea de leyes retroactivas; sin embargo, esta es una opinión personal. Fuller fue más directo y puntual en su rechazo hacia las leyes retroactivas.

Debe recordarse que dentro de los requisitos de orden de la moral interna Fuller incluye la prohibición de leyes retroactivas, principio de imprescindible presencia en todo sistema jurídico que pretenda tener un mínimo de eficacia en la regulación de las conductas humanas.⁷⁴ Inclusive, Fuller fue más severo, pues llegó a sostener que considerada por sí misma y haciendo abstracción de su posible aplicación en un sistema de leyes que son mayormente leyes prospectivas, una ley retroactiva es verdaderamente una “monstruosidad”.⁷⁵

No se pierde de vista que Fuller manifestó que resultaba normal que una norma operase prospectivamente y que “puede ser discutible que nunca pueda operar de otra forma, aunque en el fondo cualquier afirmación de que la retroactividad viola la naturaleza misma del derecho sería incapaz de persuadir a nadie”.⁷⁶ Sin embargo, acto seguido, durante la discusión acerca del régimen nazi entre Hart, Radbruch y él, Fuller de nueva cuenta manifestó la monstruosidad de

⁷³ *Ibidem*, pp. 23 y 24.

⁷⁴ Escudero Aday, R., “Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon Fuller”, *Anuario de Filosofía de Derecho*, Madrid, núm. 19, 2002, p. 315.

⁷⁵ Fuller, L., *La moral del derecho*, cit., p. 64.

⁷⁶ Fuller, L., *Positivism and Fidelity to Law*, cit., pp. 650 y 651.

DERECHO, MORAL E INTERPRETACIÓN...

la retroactividad al señalar que durante el mandato de Hitler al ser tan desenfrenada toda la moralidad del derecho, no resultaba tan fácil saber qué debería considerarse como una ley en virtud de las interpretaciones escandalosas de aquellos que administraban el derecho.⁷⁷

Por lo anterior y para concluir el presente apartado, debe considerarse que el desencanto de Fuller respecto a la retroactividad del derecho no es total. Básicamente su rechazo se da en situaciones de interpretación, en las cuales el administrador del derecho ya sea por ignorancia o malicia, al momento de aplicar la norma jurídica lo hace incorrectamente, pasando por alto el fin o propósito de la misma, circunstancia que trae consigo un efecto retroactivo de la regla, cuestión que termina por perjudicar al particular que se beneficiaba con la aplicación correcta de la norma.

IV. LOS PRINCIPIOS DE RONALD DWORKIN

Si bien la estructura de cada apartado en el presente ensayo se ha subdividido para su mejor comprensión en apartados que desarrollan las ideas de Hart con su correspondiente crítica, para el caso de Dworkin el estudio de sus postulados y objeciones a la filosofía analítica de Hart se realizará de manera integral a partir de una idea primordial: *los principios*.

Como se propuso desde un comienzo en *Los derechos en serio*, Dworkin encaminó un ataque general hacia el positivismo, usando de blanco general la versión presentada por Hart y, para ello, argumentó que la idea central del positivismo sobre un sistema jurídico con una única fuente de derecho de carácter legislativo pasa por alto el papel importante que fungen aquellos estándares que no son reglas.⁷⁸

En efecto, para Dworkin resulta insuficiente e incompleto el concepto de derecho propuesto por Hart considerando a éste como una unión de reglas primarias y secundarias, toda vez que en la discu-

⁷⁷ *Ibidem*, p. 661.

⁷⁸ Dworkin, R., *Los derechos en serio*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1989, p. 72.

DIEGO RAMÍREZ ANGUIANO

sión y resolución de asuntos, el intérprete hace uso de estándares de diversa naturaleza que las reglas. De esta manera Dworkin introdujo el concepto de principio.

Dworkin llamó “principio” a un estándar que ha de ser observado debido a que es una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad,⁷⁹ y para demostrar la afirmada diferencia de éstos con las normas jurídicas propuso las siguientes diferencias:

- a) *Lógica*. Las reglas son aplicables o no aplicables, es decir, si se actualizan los presupuestos de la hipótesis normativa, las consecuencias de derecho deben aplicarse; las reglas tienen un carácter de todo o nada; en cambio, los principios no pretenden siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación, sino que enuncian una razón que discurre en una sola dirección sin exigir una decisión en particular.⁸⁰
- b) *De validez*. Las reglas son válidas o inválidas, se encuentran dentro del sistema jurídico o están fuera de él. En cambio, los principios no están sujetos a cuestiones de validez, se aplican en el caso concreto en relación con su peso o importancia y no con base en una regla específica de validez.

La introducción del concepto de principios aunado a sus diferencias con las normas jurídicas según Dworkin nos conduce a un tema central en la filosofía dworkiniana: *la interpretación*.

Dworkin al exponer su concepto del “aguijón semántico” criticó implícitamente la regla de reconocimiento de Hart en el sentido de considerar a ésta como una práctica social en la cual juristas y abogados se ponen de acuerdo previamente en los fundamentos de derecho al discutir o resolver casos controvertidos, ya que en un inicio hay desacuerdos y siempre se discute acerca de los fundamentos de derecho.⁸¹ Es por ello que, para Dworkin, el derecho implica un proceso interpretativo que consta de tres fases:

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 76.

⁸¹ Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, cit., pp. 35-38.

DERECHO, MORAL E INTERPRETACIÓN...

- i) *Preinterpretativa*. Fase en donde se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica. En este punto los interlocutores se ponen de acuerdo sobre el tema que van a discutir.⁸²
- ii) *Interpretativa*. Fase en la cual el intérprete establece una justificación general de los principales elementos de la práctica identificada en la etapa preinterpretativa.⁸³ Esta justificación de la práctica es de carácter moral.
- iii) *Posinterpretativa*. También llamada fase reformadora, donde la práctica ajusta su sentido sobre qué necesita en realidad la práctica para adecuarse mejor a su justificación que se estableció en la etapa interpretativa.⁸⁴

Ahora bien, si relacionamos lo conceptos antes expuestos —principios e interpretación—, se puede arribar a dos conclusiones respecto a la teoría de Dworkin, mismas que son totalmente opuestas a la teoría jurídica de Hart: *a)* existe una conexión necesaria entre el derecho y moral, y *b)* la negación de la discrecionalidad y labor creativa del juzgador.

Cabe aclarar que Dworkin, a diferencia de Hart, dentro de su obra jamás discurrió en dilucidar si el derecho se erigía como un concepto con características necesarias, es más, consideró al derecho como un concepto interpretativo, susceptible de ser estudiado bajo tres teorías: pragmatismo, convencionalismo e integridad.⁸⁵ Sin embargo, de una reflexión a las ideas expuestas tanto en *Los derechos en serio* como en el *Imperio de la justicia*, se infiere que Dworkin favorece la idea de una conexión necesaria o indispensable entre el derecho y la moral, lo cual se da por dos razones:

La primera razón se debe al hecho de que, si aceptamos a la totalidad del derecho como un proceso interpretativo, en su segunda fase, la interpretativa, el jurista tendrá como labor principal la de *justificar moralmente* la práctica social en estudio, de modo tal, que

⁸² *Ibidem*, p. 57.

⁸³ *Ibidem*, p. 58.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ *Ibidem*, caps. IV, V y VI.

DIEGO RAMÍREZ ANGUIANO

la mejor manera de entender al derecho se da a través de su dimensión normativa y de justificación. Dworkin consideraba importante esta afirmación porque estimaba valioso el concepto de Estado de derecho y, por ende, podría resolver interrogantes tales como el límite y requisitos para el ejercicio del poder. Dworkin vio como la principal noción del derecho, aquella que justificase la coerción por parte del Estado.⁸⁶

La segunda razón surge a raíz de la afirmación de Dworkin respecto a la concepción incompleta e insuficiente que del derecho tuvo Hart. Como ya se mencionó, Dworkin manifestó que el derecho no sólo es un conjunto de reglas primarias y reglas secundarias, sino que también dentro del componente y la esencia del derecho encontramos otros elementos, como los principios, que son aquellos estándares de *carácter moral* que implican una dimensión de equidad y justicia.

Por tal motivo, si la labor del jurista es esencialmente un proceso interpretativo justificativo de carácter moral y uno de los elementos esenciales del derecho se constituye de estándares de carácter eminentemente moral, es clara la conexión necesaria entre el derecho y la moral en la teoría jurídica de Dworkin.

Con base en esta idea de justificación, Dworkin desarrolló una de sus posturas más radicales en la que manifestó que el análisis conceptual descriptivo y moralmente neutral de conceptos jurídicos constituye también una postura de justificación, porque incluso los positivistas al momento de discutir controversias jurídicas propondrán la manera en cómo *debe* resolverse el caso concreto.⁸⁷

En lo que respecta a la labor creativa del juez, Dworkin rechazó la teoría de la discrecionalidad judicial de los positivistas que sostiene que si un caso no está controlado por una norma establecida, el juez deberá resolver mediante el ejercicio de su discreción. Para Dworkin, los principios hacen fracasar dicha afirmación positivista, ya que aquéllos al cubrir la totalidad del ámbito jurídico cierran la puerta de considerar al derecho como parcialmente indeterminado

⁸⁶ Vega Gómez, Juan, "La postura metodológica de Dworkin. Lo «interesante» de la crítica", *Ensayos de filosofía jurídica analítica*, México, Dykinson, 2014, pp. 45 y 46.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 47.

DERECHO, MORAL E INTERPRETACIÓN...

o incompleto⁸⁸ y, en esa tesitura, en toda controversia jurídica siempre habrá una tesis única, una respuesta correcta, toda vez que ante la insuficiencia de las normas los principios nos dan los mecanismos para resolver los llamados “casos difíciles”.

Por lo tanto, tomando en cuenta que sólo existe una respuesta correcta en cada controversia jurídica, la labor del juez se limita a descubrir dicha respuesta, mas no a crear una nueva, ya que de aceptar dicha posibilidad ello traería consigo una aplicación retroactiva del derecho en perjuicio de los justiciables.

Para concluir la exposición de Dworkin, es importante mencionar una crítica más que el autor dirigió hacia la regla de reconocimiento. A Dworkin le interesaba establecer algún criterio que permitiera identificar los principios que cuentan como derecho y para ello tomó como punto de partida la prueba sugerida por Hart para identificar las normas válidas de derecho y así poder saber si la misma resultaba aplicable para los principios.

Dworkin al comprender que para Hart la mayoría de las normas de derecho son válidas porque alguna institución competente las promulgó, concluyó que este tipo de circunstancia no resultaba aplicable para los principios, cuyo origen no se basa en una decisión particular de algún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de conveniencia u oportunidad que se desarrolla con el tiempo; por tanto, para poder abogar por un principio en particular se debe lidiar con todo un conjunto de estándares cambiantes, que evolucionan e interactúan entre sí, referentes a la responsabilidad institucional, interpretación legal, fuerza persuasiva de diversos tipos de precedentes, entre otros. Así, para Dworkin es imposible reunir dichos estándares para formar una “única norma” y si pudiésemos, se apartaría de la imagen que Hart presenta de la regla de reconocimiento como una regla maestra bastante estable.⁸⁹

⁸⁸ Véase Dworkin, R., *Los derechos en serio*, cit., pp. 83-94, y Escudero Aday, R., “Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon Fuller”, cit., p. 329.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 94 y 95.

DIEGO RAMÍREZ ANGUIANO

V. CONCLUSIONES

Es evidente que gran parte del desarrollo del pensamiento de Lon Fuller y Ronald Dworkin se fundamentó en las ideas de Hart, aun cuando éste haya sido gestado con base en una crítica a dichas ideas. De igual manera, queda clara la influencia que tuvo Fuller en el esquema argumentativo de Dworkin al sentar las bases metodológicas en la crítica dirigida hacia el positivismo de Hart. Sin embargo, lo que resulta más interesante es que desde sus respectivas “trincheras” Fuller y Dworkin coinciden en diversas ideas, algunas argumentadas de distinta manera, mismas que se presentan a continuación como conclusión del presente ensayo:

- a) *Hart*. Aunque parezca una obviedad ya que se mencionó en el párrafo anterior, así como en la introducción, tanto Fuller como Dworkin desarrollaron gran parte de sus teorías jurídicas con base en las críticas en contra de la filosofía analítica de Hart. Primero fue Fuller que en 1958 a través de su artículo “Positivismo y fidelidad al derecho” criticó el ensayo de Hart “Positivismo y la separación del derecho y la moral”, ambos publicados en la *Revista de Derecho de la Universidad de Harvard* y posteriormente, tras la publicación de *El concepto de derecho* en 1961, Fuller publicó en 1964 *La moral del derecho* en el cual dedicó un capítulo entero para objetar el concepto de derecho hartiano. Por su parte, Dworkin reconoció dirigir un ataque al positivismo, en particular el de Hart, en sus dos principales obras: *Los derechos en serio* de 1977 y *El imperio de la justicia* de 1986.
- b) *Conexión necesaria entre el derecho y la moral*. A diferencia de Hart quien sólo destacó “dos concesiones” para considerar una conexión necesaria entre el derecho y la moral, Fuller y Dworkin afirmaron que la moral estaba ligada de manera necesaria con el derecho. Fuller manifestó que el derecho tiene una moral interna compuesta de ciertos requisitos los cuales si son violados o pasados por alto no puede considerarse como un sistema jurídico. Por su parte, Dworkin consideró al derecho como un proceso interpretativo en el cual se busca la justificación moral de cada práctica dentro del sistema; además, ubicó como

DERECHO, MORAL E INTERPRETACIÓN...

elementos esenciales del derecho a los principios, entendidos éstos como estándares de carácter moral con exigencias de justicia y equidad.

- c) *Estado de derecho*. Tanto para Fuller como para Dworkin la noción de “Estado de derecho” resulta importante dentro de sus teorías. Para Fuller el conjunto de requisitos de la moral interna conformaba un orden, el cual se materializaba en lo que nosotros conocemos en la actualidad como Estado de derecho; en cambio, Dworkin consideró importante el concepto de Estado de derecho porque a partir de él podría lograr la justificación del poder del Estado a través de la coerción.⁹⁰
- d) *Hart como intérprete descriptivo*. Fuller y Dworkin de manera coincidente manifestaron que Hart no sólo propuso una teoría interpretativa sino que la misma fue de naturaleza prescriptiva. En efecto, Fuller al analizar el rol creativo del juez propuesto por Hart en el cual éste debía realizar una interpretación de la regla a la luz de su propósito o alcance, aseveró que en esta labor el juez al decidir lo que la norma “es” lo hace apoyándose en nociones de “deber ser”. Por su parte, Dworkin sostuvo que los positivistas, entre ellos Hart, al dar una solución en las controversias suscitadas proponían la manera en cómo debían resolverse las mismas exponiendo argumentos que justificasen sus respuestas.
- e) *Rechazo de la discreción y la labor creativa del juez*. Fuller y Dworkin negaron la posibilidad de que en los casos difíciles el juez tuviera una facultad discrecional para crear derecho en virtud de que las normas jurídicas no proporcionaran una solución al caso concreto en estudio. Fuller articuló la idea de que si el intérprete realiza un análisis teleológico de las normas, en toda disputa jurídica existirá una respuesta correcta;

⁹⁰ Véase Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, cit., p. 76. “Sobre esa base, la ley de una comunidad es el esquema de derechos y responsabilidades que responden a esa compleja norma: permiten la coerción que provienen de decisiones anteriores correctas. Por lo tanto, son derechos y responsabilidades “legales”. Esta caracterización del concepto de derecho establece lo que a veces se denomina “regla” del derecho (Estado de Derecho)”. Asimismo, véase Vega Gómez, J., “La postura metodológica de Dworkin. Lo “interesante” de la crítica”, cit., p. 46.

DIEGO RAMÍREZ ANGUIANO

por su parte, Dworkin, si bien reconoce las insuficiencias de las normas jurídicas, menciona también que los principios forman parte del sistema jurídico y son ellos los que proporcionan los mecanismos para resolver cualquier disputa ante el silencio de las reglas, reforzando de esta manera la idea de que en cada controversia existe una única respuesta correcta.

- f) *Retroactividad*. A consideración de Fuller y de Dworkin, la retroactividad de las normas jurídicas no tiene cabida dentro del sistema jurídico, pero cabe aclarar que si bien estos dos autores no distinguieron expresamente a qué tipo de retroactividad se referían, si se lee con detenimiento su exposición se concluye que rechazaban la aplicación retroactiva de las normas en perjuicio del justiciable. Así, Fuller consideró la irretroactividad de las normas como uno de los requisitos de la moral interna del derecho basado en el temor fundado que causó el régimen nazi, el cual para sustentar su poder y por medio de sus funcionarios modificaba la interpretación y aplicación de diversas normas jurídicas en el momento y sin previo aviso, dejando en estado de indefensión y en total incertidumbre a los particulares. Por su parte, Dworkin, con fundamento en su tesis de la única respuesta correcta en toda controversia jurídica, manifestó que la labor del juez se limita a descubrir dicha respuesta mas no a crear una nueva regla jurídica, ya que, de lo contrario, cometería una injusticia al aplicar retroactivamente una norma en perjuicio del justiciable.
- g) *El concepto de derecho*. Como se sabe, Hart no quiso definir la palabra derecho sino más bien desentrañar su naturaleza y, en esa labor, concluyó que el derecho debe considerarse como una unión de reglas primarias y secundarias. Dicho concepto, a consideración de Fuller y Dworkin resulta insuficiente e incompleto. Para Fuller dicho concepto resulta incompleto porque la referida unión de reglas no comprende en su haber el entendimiento del derecho como una práctica dirigida a un fin o propósito de naturaleza moral. Dworkin fue más concreto, ya que señaló que a la unión de reglas mencionada por Hart le hace falta un elemento que impregna de manera necesaria al derecho, el cual

DERECHO, MORAL E INTERPRETACIÓN...

se materializa en los principios, los cuales son estándares de carácter moral constituidos por exigencias de equidad y justicia.

- h) *La regla de reconocimiento*. Contrario a la mayoría de los autores, Fuller y Dworkin restaron valor a una de las aportaciones más importantes de Hart, si no es que la más, la regla de reconocimiento. Fuller fue incisivo en las distinciones de Hart entre obligación y poder, así como los momentos de transición de una sociedad primitiva a una moderna, concluyendo que la introducción de la regla de reconocimiento como manifiesta Hart no sucede realmente dentro de la señalada transición entre dichos tipos de sociedades. Dworkin al desarrollar su concepto de principios y fundamentar la validez de los mismos, aseguró que el esquema de una regla única maestra de reconocimiento no puede aplicarse en la estructura de los principios debido a la gran variedad de elementos que componen a éstos.

VI. FUENTES CONSULTADAS

- DICKSON, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho*, México, UNAM, 2006.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1989.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, 2a. ed., Barcelona, Gedisa, 2012.
- ESCUADERO ADAY, Rafael, "Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon Fuller", *Anuario de Filosofía de Derecho*, Madrid, núm. 19, 2002.
- FULLER, Lon, "Positivism and Fidelity to Law: a Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, febrero de 1958.
- FULLER, Lon, *La moral del derecho*, México, Trillas, 1967 (1964).
- HART, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, febrero de 1958.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012 (1961).

DIEGO RAMÍREZ ANGUIANO

- HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, México, UNAM, 2000.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 16a. ed., México, Porrúa, 2017.
- RAMÍREZ, Jorge, “La regla de reconocimiento, una somera visión de las tesis de Hart y Lipkin”, *Lecciones y ensayos*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, núm. 79, 2004.
- ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, “El concepto de derecho en Ronald Dworkin”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, t. LVI, núm. 246, 2006.
- SILTALA, Raimo, “Derecho, moral y leyes inmorales”, *DOXA*, núm. 8, 1990.
- VEGA GÓMEZ, Juan, “El debate Hart-Fuller”, *Ensayos de filosofía jurídica analítica*, México, Dykinson, 2014.
- VEGA GÓMEZ, Juan, “La postura metodológica de Dworkin. Lo “interesante” de la crítica”, *Ensayos de filosofía jurídica analítica*, México, Dykinson, 2014.

ALTERNATIVAS AL ANÁLISIS CONCEPTUAL EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO: EL CASO DE LA CONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL EXPLICATIVA DE GIUDICE*

*ALTERNATIVES TO CONCEPTUAL ANALYSIS IN JURISPRUDENCE:
GIUDICE'S CASE FOR CONSTRUCTIVE CONCEPTUAL EXPLANATION*

Juan VEGA GÓMEZ**

SUMARIO: I. *Dudas acerca del análisis conceptual: críticas comunes y punto de vista de Giudice.* II. *Construcción conceptual explicativa, la tesis de Giudice.* III. *Críticas.* IV. *Bibliografía.*

Este artículo tiene como objetivo discutir algunos puntos del libro *Understanding the Nature of Law: a Case for Constructive Conceptual Explanation* de Michael Giudice.¹ Iniciaré el texto con un resumen de los principales argumentos de Giudice, para pasar a discutir algunos puntos concretos de su postura.

Como introducción general debo decir que Giudice se une a la tendencia reciente de mostrar dudas acerca de la forma tradicional de hacer filosofía del derecho en la vertiente analítica de la disciplina,

* Artículo recibido el 31 de julio de 2018 y aceptado para su publicación el 19 de noviembre de 2018.

** Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Este texto se beneficia de extensas discusiones sostenidas a lo largo de varios años con el autor, agradezco a Michael Giudice su constante disposición para intercambiar textos inéditos y su tiempo para el diálogo.

¹ Giudice, Michael, *Understanding the Nature of Law: a Case for Constructive Conceptual Explanation*, Cheltenham, Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 2015 (de aquí en adelante sólo citaré la página del libro).

JUAN VEGA GÓMEZ

concretamente al papel que juega el análisis conceptual en su base metodológica. Giudice tiene como objetivo principal criticar el análisis conceptual sin dejarlo de lado completamente y propone en su lugar la tarea de realizar una construcción conceptual explicativa (de aquí en adelante CCE). Esta CCE tiene entre sus elementos: resaltar características contingentes del concepto derecho; introduce nuevos conceptos que muestren utilidad para explicar el fenómeno jurídico, y finalmente permite una construcción conceptual en nuestras explicaciones del derecho que sean continuas y responsivas a las ciencias sociales, y con una relevancia moral.

Muchos temas para discutir, por lo mismo dividiré el artículo en tres apartados: *a)* primero explicaré las dudas generales al análisis conceptual en la filosofía del derecho y la postura de Giudice ante ellas; *b)* posteriormente explicaré los elementos principales de la aportación de Giudice y su CCE. Y en un tercer apartado *c)* mostraré algunas reservas a la tarea que Giudice nos pide para la filosofía del derecho.

I. DUDAS ACERCA DEL ANÁLISIS CONCEPTUAL: CRÍTICAS COMUNES Y PUNTO DE VISTA DE GIUDICE

Giudice inicia por los lugares ya comunes que critican este enfoque tradicional al análisis conceptual y que se suelen dividir en tres grupos: *i)* aquellos que sostienen que el análisis conceptual no puede resolver las disputas propias de los confines del concepto derecho; *ii)* los que argumentan que el análisis conceptual descansa en una epistemología errónea, y *iii)* el embate pluralista que defiende que no hay un solo concepto de derecho, sino diversidad en los tipos y conceptos de derecho.

Pero primero partamos de un elemento común sobre qué entendemos por análisis conceptual tradicional. Sigamos a Giudice en ello y digamos que es el que reflexiona sobre la aplicación de conceptos o categorías familiares a casos particulares mediante la apelación a intuiciones, hasta que obtengamos algo así como condiciones necesarias y suficientes; la tarea es hacer explícito lo que es implícito en el entendimiento y uso ordinario del concepto (p. 18).

ALTERNATIVAS AL ANÁLISIS CONCEPTUAL EN LA FILOSOFÍA...

La crítica *i)* referente a los confines del concepto derecho argumenta que no existe un acuerdo en estas intuiciones que nos deben servir como base para nuestros análisis conceptuales. La filosofía del derecho, según estos críticos, trabaja a partir de estas intuiciones al presentar contra-ejemplos a posturas rivales (tal como lo hizo Hart frente al modelo simple, o Dworkin frente a Hart, etcétera), pero insisten en la falta de acuerdos en ellos. Uno de estos críticos es Dan Priel y él menciona cómo un recuento de lo que es el derecho puede partir de una sociedad que para determinar la existencia del derecho parte de un principio de moralidad, y cómo otro recuento puede partir de una sociedad en la que dicha determinación de la existencia del derecho depende de criterios no morales, sino estrictamente formales (p. 25). Finalmente, lo único que podemos hacer como filósofos del derecho, según esta crítica, es reportar estos múltiples y diversos conceptos de derecho. Y eso es lo que pasa en la filosofía del derecho contemporánea, disputas entre diferentes filósofos corresponden no a un acuerdo previo de estos elementos pre-teóricos, sino a la diversidad de intuiciones y conceptos de derecho. Aquí, el consejo de los críticos es dejar esta ambición de explicar una esencia del derecho, y concentrarse en explicar problemas propios de cada uno de los sistemas jurídicos que sean relevantes filosóficamente o bien juzgar las diferentes teorías no por su verdad al explicar dicha esencia, sino por sus consecuencias prácticas y políticas (el primero es el caso de Priel y el segundo de Murphy, pp. 24-26).

La crítica *ii)* argumenta que dicho análisis conceptual tradicional descansa en una epistemología errónea y basa sus críticas en la famosa cruzada de W. V. O. Quine contra las verdades a priori o analíticas y la dudosa distinción de éstas con las verdades sintéticas, así como la necesidad de reconocer que todas estas proposiciones son revisables frente a la observación empírica (p. 27). La recomendación ha resultado en la defensa de la naturalización de la filosofía y la necesidad de que nuestros análisis, incluso conceptuales, sean continuos con las mejores explicaciones científicas del mundo (*idem*). Entonces, el apelar a las intuiciones no nos llevará muy lejos en la verdad de nuestras tesis propias del análisis conceptual tradicional, tendrán que enfrentarse y serán buenas explicaciones no por su carácter verdadero y analítico, sino por su utilidad y congruencia

JUAN VEGA GÓMEZ

con nuestras explicaciones científicas, esa es la labor en la filosofía del derecho que emprende gente como Leiter al defender tesis como la del positivista excluyente, pero no por su naturaleza verdadera conceptual, sino por su utilidad para explicar un fenómeno como la adjudicación del derecho (pp. 28 y 29).

Pasemos a la crítica *iii*) propia del pluralista que resalta la diversidad en los tipos de derecho que tenemos que explicar. Por ejemplo, ellos sostienen una crítica a la orientación estatal de nuestras explicaciones del derecho propias del análisis conceptual tradicional, y cómo hoy en día tenemos no sólo el derecho estatal, sino ejemplos importantes de derecho no-estatal, tales como normatividad transnacional, regional o global (p. 33). Esto trae como resultado la crítica importante, y parecida a las anteriores, consistente en la inutilidad de buscar una única esencia del derecho. La recomendación aquí ahora es abrir nuestros horizontes explicativos más allá de los confines del derecho estatal al que nos ha orillado la filosofía del derecho tradicional y enfocarse a resaltar la diversidad en los tipos de derecho y conceptos de derecho (p. 32).

Bastantes tesis e ideas para discutir, pero este no es el objetivo de mi contribución, sino las ideas de Giudice, por lo que nos debemos preguntar: ¿qué adopta y en qué difiere Giudice de estas críticas? Para así centrar mejor su postura y consecuentes comentarios a sus tesis.

Giudice coincide con algunas de estas críticas, sin adoptar la idea del abandono completo al análisis conceptual tradicional. Coincide con los pluralistas en tanto que para él la idea de buscar *un* concepto de derecho resulta inútil y reitera la pluralidad y desacuerdos existentes entre diferentes conceptos de derecho (p. 43).

Con aquellos que sostienen que el análisis conceptual no puede resolver disputas propias de los confines del concepto de derecho, también coincide, esto debido al peso que se le otorga a la perspectiva de los participantes y hacer explícito lo que se encuentra implícito en este entendimiento, *i.e.*, para Giudice la explicación de ciertos fenómenos en el derecho simplemente pueden reportar desacuerdos iniciales en relación con cómo se entienden dichos fenómenos, pero poco más.

Y parcialmente coincide con la agenda propia de la naturalización en la filosofía y en la filosofía del derecho, dado que hay una parte

ALTERNATIVAS AL ANÁLISIS CONCEPTUAL EN LA FILOSOFÍA...

importante de su propuesta que estrecha la mano a otras disciplinas científicas como complementos a una idea más completa de la labor del filósofo del derecho. Punto medular en la coincidencia parcial con la crítica *ii*) y gente como Leiter, está la idea de Giudice de que el análisis conceptual en la filosofía del derecho es mejor entendido como aquel que utiliza un concepto de necesidad, no *a priori*, sino *a posteriori* (p. 98), en tanto que para Giudice —auxiliándose de posturas como la de Kripke— la necesidad en juego en la filosofía jurídica atiende elementos de experiencia y observación y no son verdad sólo por su significado *a priori*. Por ejemplo, ¿cómo darle sentido a la tesis de Hart de que los sistemas jurídicos son la unión de reglas primarias y secundarias? ¿Es verdad sólo por el significado que compartimos de sistema jurídico? Dice Giudice que no, que Hart emprendió la labor de observación de los diferentes sistemas jurídicos y sus peculiaridades, lo cual complica la idea de ver esta tesis como una tesis de necesidad *a priori*, lo que se utiliza en la filosofía del derecho, reitero, es la noción de verdades necesarias *a posteriori* para Giudice (p. 92). Finalmente, es una coincidencia parcial como lo comenté al iniciar este punto, porque Giudice se mantiene en la idea de que aún hay un espacio considerable para un análisis conceptual que maneja *verdades necesarias*, lo cual en el caso de gente como Leiter, es erróneo dado que las tesis se juzgan no por este carácter verdadero, sino por su utilidad y continuidad con las mejores teorías científico-sociales.

Con esto ya podemos imaginar el trasfondo de la propuesta de Giudice, elemento que puede ser su principal ventaja o inconveniente, y que consiste en rescatar elementos del análisis conceptual tradicional en la filosofía del derecho, pero también adoptar parte de la agenda de los críticos a dicho análisis. La noción que hace que esta postura intermedia tenga viabilidad y permite unir posturas —al parecer en principio irreconciliables—, es su tesis de la CCE que resumiré a continuación.

II. CONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL EXPLICATIVA, LA TESIS DE GIUDICE.

Giudice encuentra su inspiración propulsora en Isaiah Berlin cuando éste sostiene que identificar conceptos populares o compartidos y

JUAN VEGA GÓMEZ

sus propiedades esenciales es importante, pero sólo el comienzo, ya que el filósofo debe tomar el siguiente paso de *construir* conceptos, modelos o categorías de pensamiento que cumplan mejor el objetivo de explicarnos cosas y organizar nuestras experiencias (p. 38). Si trasladamos esto a las recomendaciones de Giudice para la filosofía del derecho, esto se resume en un lugar inicial que ocupa el análisis conceptual tradicional, pero con la subsecuente tarea de *construir* diferentes conceptos jurídicos que auxilien en explicarnos cuestiones que dicho análisis conceptual tradicional omite.

Entonces tenemos inicialmente dos piezas del rompecabezas: análisis de conceptos y construcción de conceptos. Aunado a lo anterior, Giudice desea resaltar no sólo las características *necesarias* en dichos recuentos conceptuales del derecho, sino también *contingentes* de los conceptos jurídicos. Faltaría sólo una pieza adicional: todo esto debe ser continuo con las ciencias sociales y tener una relevancia moral.

¿Cómo ordenar todas estas piezas del rompecabezas? Digamos a manera de resumen anticipado lo siguiente: la propuesta de Giudice no descarta un papel para el análisis conceptual tradicional, pero éste es sólo el punto de partida. Dado que existen diferentes conceptos y diferentes perspectivas alrededor de estos conceptos, lo que debe hacer el filósofo del derecho es construir nuevos conceptos que ayuden a entender el fenómeno jurídico. En este recorrido de explicación y construcción se resaltan no sólo las condiciones necesarias del concepto, sino las contingentes también, dado que aspirar a una esencia del derecho resulta un callejón sin salida. Un enfoque en estas condiciones contingentes construye un puente que conecta al derecho con otros dos fenómenos importantes a los cuales nuestras explicaciones deben ser sensibles: a las ciencias sociales, y ser relevantes moralmente. Dicho en otros términos, el filósofo del derecho de Giudice resalta condiciones contingentes las cuales deben ser retomadas por dichas ciencias sociales para ser explicadas, las ciencias sociales tienen una doble función en tanto que retoman temas dejados en la mesa por los filósofos del derecho, así como ser el parámetro que ayuda a revisar, cambiar o modificar nuestras explicaciones conceptuales. El destacar aspectos contingentes en el dere-

ALTERNATIVAS AL ANÁLISIS CONCEPTUAL EN LA FILOSOFÍA...

cho permite también que nuestras explicaciones conceptuales sean moralmente relevantes.

Como lo dije anteriormente, este resumen preliminar sólo me ayuda a ordenar las piezas del rompecabezas, ahora voy a mencionar un ejemplo del mismo Giudice para ubicar la propuesta en su justa dimensión. Este ejemplo tratará de ubicar esta contingencia que tanto le preocupa a Giudice, así como la construcción de conceptos que ayuden a explicar mejor los fenómenos y trataré de que el mismo ejemplo sea de utilidad para explicar esa relación de CCE con lo científico-social y lo moral.

El caso de la razón práctica y agentes sujetos a las normas.

Giudice tiene razón al sostener que gran parte de la filosofía del derecho “tradicional” resalta, en sus recuentos, la relación entre derecho y razón práctica como necesaria. Por ejemplo, si bien sólo dibujó preliminarmente elementos de la autoridad del derecho y su papel para las reglas jurídicas en *El concepto de derecho*, Hart en *Essays on Bentham*² terminó por resaltar la necesidad de explicar las razones para la acción de contenido independientes para explicar adecuadamente la normatividad del derecho. Por otra parte, Raz es otro autor que sostiene este carácter necesario al ver al derecho desde el punto de vista de las razones de segundo orden para la acción y su pretensión de ser excluyentes; incluso posturas no-positivistas como la de Finnis centran el punto medular de la filosofía del derecho en el papel que juegan las instrucciones del derecho en el amplio panorama de lo que debo decidir, en el razonamiento práctico, y así muchos más autores (p. 205).

Giudice toma este ejemplo y en primer término argumenta que dicha relación entre derecho y razón práctica no es necesaria, sino contingente y lo importante de explicar este carácter contingente del derecho. Para el autor, si sólo nos concentramos en ver las instrucciones del derecho y su papel en nuestras decisiones, ignoramos una parte importante de personas para las que el derecho en ciertas

² Hart, L. H. A, *Essays on Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 1982.

JUAN VEGA GÓMEZ

circunstancias no se presenta brindando esta oportunidad de afectar el razonamiento práctico, debido a que aplica las consecuencias de la ley, sin que el agente tenga una oportunidad previa de haberlas considerado. Giudice concretamente se centra en los casos de aplicaciones retroactivas de la ley, y cómo en estos escenarios, no existe la posibilidad de conocer el derecho con antelación para sopesarlo en mis balances de razones para saber qué hacer o no hacer, sin embargo, se aplican las consecuencias de dichas leyes o se considera aplicar dichas consecuencias por parte de los oficiales (p. 203).

Para Giudice, hay un número importante de casos de aplicación retroactiva de las leyes donde resulta imposible pensar en el derecho como un suministrador de razones para saber qué hacer o no hacer antes de la acción. Entonces, la relación entre derecho y razón práctica no es necesaria. No es el caso, como lo menciona Finnis, de que el objetivo del derecho, *su realidad primaria*, es hacer exigencias morales para ser consideradas al momento de decidir qué hacer (p. 200). Más bien es contingente porque hay casos que Giudice estima considerables donde esto resulta imposible y aún así el derecho tiene consecuencias importantes.

A Giudice no sólo le interesa resaltar que existen estos casos de aplicación retroactiva de la ley que ponen en duda ese papel del derecho frente al razonamiento práctico, sino que considera que debemos explicar el caso de todas estas personas a las que le es aplicada la ley de manera retroactiva. Por ello —y aquí otro elemento de su aportación de la CCE que debemos atender—, Giudice aporta un nuevo concepto que ayude a explicar a todas estas personas y casos donde el derecho no tiene un peso en el razonamiento práctico. Para esto, Giudice introduce el concepto de *agentes sujetos a las normas* a diferencia de *agentes sujetos a normas*.

Fiel a su propuesta de CCE y a lo que mencionó de Isaiah Berlin, Giudice introduce/construye un nuevo concepto que para él permite explicar mejor cuestiones en el derecho y organizar nuestras experiencias. La idea de los agentes sujetos a las normas es explicar una clase importante de agentes que no tienen la oportunidad de elegir qué hacer o no hacer con base en el derecho (p. 201), sino atenerse a ciertas consecuencias del derecho *ex post facto* a una decisión legislativa o decisión judicial, insisto, aplicada de manera

ALTERNATIVAS AL ANÁLISIS CONCEPTUAL EN LA FILOSOFÍA...

retroactiva (p. 202). A diferencia de agentes sujetos a normas que efectivamente tienen esta oportunidad de decidir previamente y con base en el derecho qué hacer o no hacer.

Explicadas estas dos piezas del rompecabezas, *i.e.*, construcción de conceptos y resaltar características contingentes de los mismos, nos falta explicar la relación de estos elementos con la exigencia de que nuestras explicaciones conceptuales sean continuas con las ciencias sociales y su dimensión empírica, así como la exigencia de ser relevantes moralmente.

Si bien Giudice no hace este ejercicio con el ejemplo de la contingencia de la relación entre razón práctica y derecho y su concepto de agentes sujetos a las normas, podemos seguir con este mismo ejemplo para explicar estos dos elementos faltantes. En algún momento Giudice sostiene que los conceptos filosóficamente construidos ocupan un espacio entre la completa abstracción y las explicaciones conceptuales dominadas empíricamente (p. 224). Esto nos da la pauta para usar el mismo ejemplo de los agentes sujetos a las normas y decir que la CCE tiene por objetivo construir estos conceptos para explicarnos mejor los fenómenos y resalta aspectos contingentes para llevar a cabo investigaciones empíricas al respecto, por ejemplo, me imagino, una tarea que destaque la importancia de investigar sociológicamente la postura y opinión de estos agentes sujetos a las normas y qué tanto consideran que se afecta o no su razonamiento práctico con estas leyes retroactivas, o bien preguntarles qué tanto el derecho afecta sus decisiones diarias o a largo plazo, independientemente de las leyes retroactivas aplicadas.

Por otra parte, Giudice dice que tenemos que ligar estas explicaciones conceptuales con su relevancia moral, es decir, resaltar temas que tengan una importancia moral digna de ser investigada en una etapa posterior. Sigamos con el caso de leyes retroactivas y agentes sujetos a las normas: aquí imagino que las explicaciones conceptuales producto de la CCE de Giudice dejaran como tema a investigar lo justo o injusto de estas leyes retroactivas, las justificaciones morales que tienen las autoridades para aplicarlas y expedirlas y qué tanto afecta moralmente al derecho el no poder guiar la conducta en estos casos concretos. Otro tema sería discutir cómo afectan estas leyes retroactivas la noción de Estado de derecho, etcétera.

JUAN VEGA GÓMEZ

Con esto espero proporcionar una idea clara de la propuesta de Giudice, pasemos ahora a discutir dos puntos concretos en relación con la tesis del autor.

III. CRÍTICAS

Uno de los aspectos de la tesis de Giudice al que me quiero resistir, no es tanto a la idea de adoptar la agenda propia de las CCE, sino a su argumento de que parte de la filosofía del derecho tradicional siempre ha llevado a cabo una labor de CCE. Por ejemplo, es insistente Giudice en decir que Hart a eso se dedicó y es un ejemplo paradigmático de CCE (p. 67) al no llevar a cabo una tarea de análisis conceptual tradicional con la debida importancia a la *necesidad* en dichas explicaciones, sino a resaltar características contingentes del concepto derecho.

Por ejemplo, Giudice sostiene que algunas tesis de Hart tienen como objetivo dirigir nuestra atención a estas características contingentes del derecho, tesis como la de la separación conceptual entre el derecho y la moral, la tesis de la textura abierta del lenguaje, su tesis de las reglas sociales, y otras como la tesis de la unión de reglas primarias y secundarias, contenido mínimo del derecho natural, tesis de la discreción y tesis de la pluralidad de razones para caracterizar la aceptación del derecho y su autoridad (capítulo 3). Para Giudice, Hart tiene como objetivo explicarnos cuestiones importantes para entender el derecho a pesar de que sean características contingentes. Veamos algunas de estas tesis y la explicación que proporciona el autor.

En el caso de la tesis de la separación conceptual, para Giudice, Hart trató de explicar la importancia de que una cosa era la existencia del derecho y otra su justificación y cómo la existencia del derecho es una cuestión simplemente de hechos sociales (p. 74). En el caso de la tesis de la textura abierta, Giudice menciona que Hart resalta la naturaleza contingente de las relaciones entre el derecho y la determinación y cómo en ocasiones no existe la posibilidad de contar con una respuesta correcta en relación con lo que dice el derecho y el espacio que existe para un margen de discrecionalidad

ALTERNATIVAS AL ANÁLISIS CONCEPTUAL EN LA FILOSOFÍA...

por parte de los oficiales (p. 75). Y en el caso de la tesis de la pluralidad de razones para caracterizar la aceptación del derecho y su autoridad, Giudice sostiene que aquí la lección es entender la naturaleza contingente de las relaciones entre el derecho y la aceptación del mismo por parte de oficiales y ciudadanos, aceptación que no necesariamente es por razones morales, sino una pluralidad de razones, y ello, agrega Giudice, nos ayuda a entender por qué el derecho existe, persiste y en ocasiones se desintegra (p. 75).

Me gustaría concentrarme en una de estas tesis y la explicación que le da Giudice, me refiero a la tesis de la pluralidad de razones para caracterizar la aceptación del derecho y su autoridad. Hart discute este punto al presentar varias posibles conexiones necesarias entre el derecho y moral en el capítulo 9 de su libro *El concepto de derecho*.³ Una de estas posibles conexiones es justamente el tema de la autoridad del derecho donde se pregunta si podemos argumentar una conexión necesaria entre derecho y moral, dado que las obligaciones jurídicas, al ser aceptadas podrían depender en la noción de obligaciones morales⁴ o bien proporcionadas por una autoridad moral. Hart argumenta que dicha aceptación o lealtad al sistema jurídico puede ser por una pluralidad de razones, no necesariamente morales, tales como cálculos interesados a largo plazo, interés desinteresado en los demás, una actitud de tradición heredada no reflexionada, o simplemente el deseo de comportarse como los demás. Entonces, Hart se resiste a ver en esta relación entre obligaciones morales y jurídicas o entre autoridades morales y jurídicas una conexión necesaria.

Pero mi pregunta es: ¿realmente Hart intentó destacar una característica contingente del derecho que permite explicar mejor el fenómeno jurídico? Mi respuesta es negativa. A lo largo de esta sección de su libro, Hart trató de enfatizar varias relaciones importantes y significativas entre el derecho y la moral, pero se resistía en llamarles necesarias porque esto sólo podría generar confusiones,⁵ aquí el punto es explicar qué tipo de confusiones, lo veremos más adelante.

³ Hart, H. L. A, *El concepto de derecho*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 202.

⁴ *Idem*.

⁵ *Idem*.

JUAN VEGA GÓMEZ

Pero, en otro de sus análisis de posibles conexiones necesarias entre el derecho y la moral en ese mismo apartado, Hart discute la posible conexión necesaria entre el derecho y ciertos requerimientos mínimos de justicia al guiar las conductas de los ciudadanos —tales como expedir leyes prospectivamente, que sean claras y entendibles, que le exijan lo posible a los ciudadano, etcétera—, es decir, lo que Fuller denomina la moral interna del derecho,⁶ Hart aquí termina por decir que si a esto se refieren por una conexión necesaria entre el derecho y la moral, entonces podríamos aceptarla.⁷

Mi punto es que Hart no destacó deliberadamente estas conexiones entre el derecho y la moral como contingentes tal y como lo presenta Giudice, sino que simplemente se rehusaba —hasta cierto punto— a utilizar la noción de conexión necesaria por lo que señaló en el capítulo 1, donde aclara que su objetivo no es proporcionar límites precisos o una definición de lo que es el derecho. A Hart le preocupó la vaguedad del concepto derecho en tanto a sus casos dudosos y esto lo lleva a recomendar no intentar definir conceptos claves a manera de condiciones necesarias y suficientes para la aplicación del concepto. Acabo de mencionar un ejemplo donde si se le insiste a Hart en la conexión *necesaria* entre derecho y ciertos requerimientos mínimos para guiar la conducta, terminaría por aceptarla.

Otra de las tesis que presenta Giudice para argumentar este objetivo en Hart de estudiar características contingentes en el derecho, es el de la textura abierta del lenguaje (p. 75), donde para Giudice se resalta el carácter contingente de las relaciones entre el derecho y

⁶ *Ibidem*, p. 206.

⁷ Claro, al final de la oración dice: “...Desafortunadamente esto es compatible con una gran iniquidad” (p. 207). Lamentablemente este es otro ejemplo de las pocas partes donde Hart es confuso en *El concepto de derecho* porque da a entender o se puede interpretar en el sentido de que no se puede aceptar como conexión necesaria, dado que aceptarla y aceptar la posibilidad de sistemas jurídicos malvados que cumplen cabalmente con la moralidad interna del derecho suena extraño. Pero aceptar esta y otras conexiones necesarias no debe tener nada que ver con dejar abierta la posibilidad de este tipo de sistemas jurídicos malvados o bien —como creo tanto le preocupó a Hart— poner en entredicho su tesis de la separabilidad. Trato de resaltar este punto en Vega Gómez, Juan, “The Hart-Fuller debate”, *Philosophy Compass*, 9, 2014.

ALTERNATIVAS AL ANÁLISIS CONCEPTUAL EN LA FILOSOFÍA...

la determinación o entre el derecho y la comunicación y cómo contingentemente el derecho guía nuestras conductas a través de reglas claramente inteligibles para todos, dado que habrá casos donde esta forma de guiar la conducta no podrá realizarse por la textura abierta del lenguaje y casos de indeterminación que se presentarán.

Aquí también considero que esta es una lectura extraña de la tesis de Hart. Desde mi punto de vista la idea fue contestar una pregunta muy sencilla sobre la que dos teorías del derecho habían realizado grandes exageraciones, la pregunta es: ¿en qué medida los tribunales están constreñidos por las normas jurídicas al momento de decidir? Para Hart, tanto el realismo jurídico como el formalismo eran absolutistas desilusionados⁸ dado que los primeros contestaban que nunca y los segundos que siempre.⁹ La verdad estaba en que ambos tenían algo de razón por la noción de núcleo central de significado que le daba sentido a una parte de la tesis formalista, pero aunado a este núcleo, existía una penumbra de incertidumbre o textura abierta que daba la razón a una parte de la crítica realista.

Considero entonces que Hart, a diferencia de lo que sostiene Giudice, no trató de darnos una explicación conceptual contingente para entender mejor los fenómenos jurídicos, no trató de dar ninguna teoría general de la adjudicación o de la función del derecho de guiar la conducta. De hecho considero que justamente este carácter contingente del tema de la interpretación del derecho y cómo los sistemas jurídicos interpretan las normas, es lo que ha detenido a diferentes positivistas o filósofos del derecho “tradicionales”, incluido Hart, a elaborar toda una teoría general de la interpretación, porque la respuesta a las preguntas referentes a cómo interpretar el derecho o cómo se interpreta, dependerá de circunstancias tan variables como sus métodos y técnicas de interpretación prevalecientes en una época y lugar determinado, las circunstancias políticas de la legitimidad de los tribunales, etcétera. Sucede justamente lo contrario a lo que argumenta Giudice, lo contingente es un elemento que juega en contra de la tarea de proporcionar explicaciones generales sobre el derecho.

⁸ *El concepto de derecho*, cit., p. 147.

⁹ *Idem*, véase en general capítulo 7.

JUAN VEGA GÓMEZ

Otra de mis reservas a las tesis de Giudice es una relacionada a la metodología propia de CCE. Nos queda claro que Giudice quiere mantener cierta actividad de la filosofía tradicional con su análisis conceptual basado en características necesarias del concepto derecho, pero también quiere construir/aportar conceptos que nos sirven para explicarnos mejor el fenómeno jurídico. Las primeras preguntas que tengo son: ¿qué actividad tiene prioridad sobre la otra? ¿Debemos primero concentrarnos en esas características necesarias para posteriormente y dados los resultados de este análisis pasar a la parte constructiva? ¿O bien puedo sin problema construir un concepto, ignorando dichas características necesarias del concepto derecho?

No me queda claro cómo proceder en este sentido. Supongamos que Giudice nos dice que el análisis conceptual tradicional centrado en lo necesario tiene prioridad sobre la construcción de conceptos, si es así,¹⁰ entonces no veo la incompatibilidad y crítica tan feroz que lanza Giudice al análisis conceptual tradicional; los “tradicionalistas” simplemente recomendarían a Giudice retomar la batuta de explicaciones conceptuales contingentes y constructivas relevantes para las ciencias sociales y la moralidad, una vez concluida esta labor primaria.

Por otra parte, queda pendiente por parte de Giudice decirnos con base en qué evaluamos las diferentes etapas contenidas en su propuesta de CCE, sobre todo me preocupa la parte constructiva. En una sección de su libro, Giudice da a entender que esta labor constructiva de conceptos para explicarnos mejor el fenómeno jurídico es una labor conceptual y por ende una labor moralmente neutral y descriptiva (p. 160), pero entonces aquí la duda que surge es: ¿dónde queda la labor de ser continuo con deliberaciones morales y con las mejores explicaciones científico-sociales del fenómeno jurídico? La *continuidad* que señala Giudice parece que queda vacía al caracterizar así la construcción de nuevos conceptos que poco o mucho pueden tener que ver con las respectivas deliberaciones morales o mejores explicaciones científico-sociales, debido a que los conceptos construidos se juzgarán finalmente por su me-

¹⁰ Giudice, Michael, *op. cit.*, p. 88. Hay un guiño a esto en dicha página.

ALTERNATIVAS AL ANÁLISIS CONCEPTUAL EN LA FILOSOFÍA...

todología conceptual descriptiva. Me podrá responder Giudice que en relación con las deliberaciones morales de estos conceptos contruidos, su CCE no tiene por qué justificar o criticar los diferentes fenómenos, sino simplemente destacar lo moralmente relevante de un problema, y eso sigue siendo una labor descriptiva y conceptual que cumple con su misión de continuidad que recomienda, destacar como moralmente relevante un problema —continuará Giudice— es diferente a justificarlo o criticarlo moralmente (p. 180). Cierto, pero el filósofo moral o el científico social ya sabe que tiene que retomar *temas relevantes* del derecho para ser estudiados por sus disciplinas, no creo que necesiten que se los recuerde Giudice.

En este sentido, y para atender temas relevantes moralmente y continuos con las ciencias sociales parece que posturas como las de Leiter, en relación con el caso de las ciencias sociales, lleva ventaja en su labor de continuidad, porque los conceptos se evaluarán directamente con base en su utilidad y continuidad con los hechos y coincidencia con las mejores teorías científico-sociales. Y en el caso de atender temas moralmente relevantes, llevaría la ventaja una postura como la de Dworkin, donde las explicaciones conceptuales en el derecho de por sí incorporan análisis de moralidad para saber qué es el derecho o algún concepto dentro del derecho.¹¹ Dicho en otros términos, no queda claro por qué se necesita a Giudice como intermediario, uno que pretende poner nuestras explicaciones conceptuales en continuidad con las mejores explicaciones científico-sociales y con los temas moralmente relevantes, dado que sólo demoraría mi objetivo final de continuidad, si es que eso me preocupa, ya que hay posturas que me permiten hacerlo sin pasar por las etapas conceptuales previas que recomienda el autor. Entonces, lo que en un principio parecía ser una labor incluyente, con diferentes metodologías, y ecléctica, al adoptar elementos importantes de cada una, al final no queda claro qué aporte tiene la labor de la CCE, porque no queda clara la relación entre los diferentes enfoques y su trascendencia para explicar el derecho.

Estos son sólo dos puntos que me generan dudas acerca de la labor que nos recomienda Giudice, en el marco de un libro sumamente

¹¹ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

JUAN VEGA GÓMEZ

interesante y novedoso que recomiendo ampliamente, el cual seguramente seguirá siendo objeto de discusión y análisis.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- GIUDICE, Michael, *Understanding the Nature of Law: A Case for Constructive Conceptual Explanation*, Cheltenham, Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 2015.
- HART, H. L. A., *Essays on Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 1982.
- HART, H. L. A., *El concepto del derecho*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1990.
- VEGA GÓMEZ, Juan, "The Hart-Fuller Debate", *Philosophy Compass*, 9, 2014.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

GANADORA DEL PREMIO EN LAS JORNADAS INTERNACIONALES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO: ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA EN LA SENTENCIA DE JUICIO ORAL PENAL. CASO DURANGO*

*RATIONAL EVALUATION OF EVIDENCE IN CRIMINAL TRIALS:
THE CASE OF THE STATE OF DURANGO*

Carolina BALLEZA VALDEZ**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Regulación de la prueba dentro del Código Nacional de Procedimientos Penales*. III. *Criterios de racionalidad epistemológica*. IV. *Estándar de prueba*. V. *Algunas observaciones sobre la valoración de la prueba en sentencias de juicio oral*. VI. *Conclusiones*. VII. *Fuentes de consulta*.

I. INTRODUCCIÓN

Muchos estudios se han realizado sobre el razonamiento del juzgador al momento de tomar una decisión; recientemente en México, tras la implementación de la valoración racional de la prueba en materia penal, comenzó a analizarse de forma más profunda, no de manera procesal, sino más bien en un sentido epistémico.

En tal virtud, mediante una investigación exploratoria, se pretende conocer de forma aproximativa cómo el tribunal de enjuiciamiento en el estado de Durango valora la prueba al momento del

* Artículo ganador del premio en las Jornadas Internacionales de Filosofía del Derecho, recibido el 18 de junio de 2018 y aceptado para su publicación el 22 de octubre de 2018.

** Secretaria de estudio y cuenta en el Tribunal Electoral del Estado de Durango. Estudiante de doctorado en la Universidad Juárez del Estado de Durango

CAROLINA BALLEZA VALDEZ

dictado de la sentencia de juicio oral, tanto de forma epistémica como argumentativa.

Para ello, se desarrolló un instrumento o herramienta que permitió calificar la correcta o incorrecta valoración de sentencias dictadas por el tribunal de enjuiciamiento de Durango, y por el tribunal de enjuiciamiento federal con sede en esta ciudad; la construcción de la batería de preguntas partió de los criterios epistémicos y argumentativos que se describirán en este trabajo.

Posterior a la creación del instrumento, éste fue aplicado a una muestra no probabilística, en virtud de que sólo se pudo acceder a siete sentencias de juicio oral dictadas por el tribunal de enjuiciamiento de Durango en 2017; así como la totalidad de la población de las sentencias de juicio oral dictadas en el Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Durango desde su entrada en funciones en 2015, por ser únicamente cuatro resoluciones.

En el instrumento que se expone se contemplan los supuestos básicos epistémicos y argumentativos, relativos a los criterios que deben tomarse en cuenta para considerar que un medio de prueba es creíble, el grado de derrotabilidad o no de su garantía y, como resultado de lo anterior, el valor que se le otorga a cada medio de prueba y su impacto para tener por acreditada o no una hipótesis. Se incluyeron también cuestiones sobre los criterios de aceptabilidad de una hipótesis sobre otra, y la aplicación del estándar de prueba sobre esa hipótesis escogida, toda vez que los mismos son determinantes para conocer si el fallo al que arribó el tribunal ha sido el correcto.

Para exponer lo anterior, es importante recordar que en la toma de decisiones sobre los hechos en un juicio se distinguen tres momentos: primero el juez selecciona los medios de prueba, después los valora y construye una inferencia probatoria, y finalmente, toma la decisión de condenar o absolver.¹ De ahí que se unan tres teorías importantes, la procesal, la epistémica y la argumentativa.

¹ Ferrer Beltrán, Jordi, "La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasibenthamiana", en Vázquez, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*, Marcial Pons, 2013, p. 24.

II. REGULACIÓN DE LA PRUEBA DENTRO DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El primer momento por el que pasa el juzgador para tomar una decisión, consiste en la selección de los medios de prueba, actividad que realizará con apoyo de las normas procesales contenidas en la legislación penal.

La prueba, en el Código Nacional de Procedimientos Penales, pertenece a la esfera de la lógica, la racionalidad y la razonabilidad, por tanto, las normas probatorias sólo están para excluir los medios de prueba ilícitos e ilegales, porque cualquier cosa puede servir para encontrar la verdad de los hechos, tan es así que su capítulo IV dispone de reglas para las pruebas testimonial, pericial, documental y declaración del acusado, pero prevé que también podrán utilizarse otras pruebas siempre y cuando sean lícitas, lo que implica una libertad probatoria.

Así mismo, la prueba se analiza desde el punto de vista de la experiencia, conocimientos científicos, el sentido común y la racionalidad en general; en otras palabras, la prueba se rige bajo esquemas y métodos lógicos, por ello se dice que, en este caso, la prueba tiene una función epistemológica más que jurídica.²

Consecuentemente, se considera medio de prueba a “toda fuente de información que permit[a] reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos”.³ Dicho de otra forma, el medio de prueba será el testigo que de su declaración puede extraerse información para reconstruir los hechos jurídicamente relevantes, o el documento del que se desprenda conocimiento que permita la construcción de enunciados para justificar la decisión. En ese contexto, la prueba consiste en esa información o conocimiento cierto o probable sobre el hecho jurídicamente relevante, que ha sido introducido al proceso a través del medio de prueba, y que fue desahogado bajo los principios de inmediación y

² Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2011, pp. 344 y 345.

³ Código Nacional de Procedimientos Penales, 2016, artículo 261.

CAROLINA BALLEZA VALDEZ

contradicción,⁴ que le permitirá al tribunal de enjuiciamiento construir enunciados asertivos que justifiquen que los hechos jurídicamente relevantes ocurrieron en la realidad.

Al proceso también lo rige el principio de libertad probatoria, que postula que los hechos pueden ser probados por cualquier medio, siempre y cuando, éste sea lícito,⁵ es decir, éstos deben ser obtenidos, producidos y reproducidos sin violación a derechos humanos,⁶ con la finalidad de cumplir con el objetivo del proceso penal. Sin embargo, para ingresar al proceso, los elementos probatorios deben cumplir con requisitos para garantizar su aceptabilidad,⁷ en virtud de que, primero deben ser relevantes y admisibles,⁸ y después, para que sean correctamente formados, deben ser desahogados en presencia del tribunal de enjuiciamiento sujetándolos al principio de contradicción,⁹ para que finalmente sean valorados.¹⁰

En ese orden de ideas, en la audiencia intermedia un juez de control analizará, bajo un estándar lógico, la relevancia del medio de prueba, separando los que mantienen una conexión lógica con los hechos,¹¹ y los que no lo hacen, con la intención de que no sean sobreabundantes, impertinentes e innecesarios;¹² asimismo, el juez revisará el cumplimiento de las normas procesales que regulan la admisión de los medios de prueba, atendiendo a su licitud y legalidad.

La regla general que rige el desahogo de los medios de prueba consiste en el principio de contradicción, y para cumplir con ello, las pruebas reales o materiales (objetos) deben ser incorporadas al proceso penal mediante un testigo.

⁴ *Idem*.

⁵ Código Nacional de Procedimientos Penales, 2016, artículo 259.

⁶ Código Nacional de Procedimientos Penales, 2016, artículos 259 y 263.

⁷ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 360 y 361.

⁸ *Ibidem*, p. 421.

⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2017, artículo 20, apartado A, fracción IV.

¹⁰ Código Nacional de Procedimientos Penales, 2016, artículo 6.

¹¹ Taruffo, Michele, *La prueba*, trad. de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 38.

¹² Por referirse a hechos públicos, notorios o incontrovertidos. Código Nacional de Procedimientos Penales, 2016, artículo 346.

III. CRITERIOS DE RACIONALIDAD EPISTEMOLÓGICA

Como segunda actividad que realiza el juez al momento de tomar una decisión, se encuentra la valoración de la prueba, y por tanto la construcción de la inferencia probatoria, es decir, la estructura argumentativa que permite al juez justificar la valoración de la prueba.

En ese sentido, en materia penal la valoración de la prueba se realiza de manera libre y lógica, sin embargo, se trata de referencias vagas con las que no se alcanza a comprender el concepto de “libre” y de “lógica”. No obstante, se ha llegado al consenso que cuando la ley se refiere a este tipo de valoración, dichos conceptos hacen alusión a las reglas de la sana crítica, los principios de la lógica, conocimientos científicos y máximas de la experiencia, sin que haciendo esta precisión se logre comprender del todo qué son y cómo aplicar este tipo de reglas.

Con el propósito de examinar cómo controlar intersubjetivamente los conceptos apuntados, debemos recordar la estructura argumentativa de la inferencia probatoria, la cual está compuesta por tres elementos: las razones de la inferencia, la garantía y la hipótesis;¹³ lo que implica que es necesario establecer criterios para cada uno de estos elementos.

1. *Criterios sobre las razones de la inferencia*

Las razones de la inferencia obedecen a los hechos probatorios, los hechos derivados de los medios de prueba que fueron ofrecidos por las partes; en el concepto del Código Nacional de Procedimientos Penales, los hechos probatorios son las pruebas, puesto que éstas son el conocimiento probable que fue introducido a través de los medios de prueba.

El primer criterio de los hechos probatorios es la fiabilidad o credibilidad de los mismos, y esto puede depender de tres factores:

¹³ González Lagier, Daniel, *Apuntes sobre la prueba y argumentación jurídica*, disponible en: <http://www.filosoficas.unam.mx/~cruzparc/apuntes.de.logica.pdf>.

CAROLINA BALLEZA VALDEZ

- 1) De la observación directa del juez,¹⁴ o bien el medio de prueba tangible o real que puede ser inspeccionado de forma directa por el juzgador,¹⁵ tómesese como ejemplo una fotografía o un arma (un objeto); ante este tipo de medios de prueba debemos atender, en primer lugar, a su autenticidad, es decir, que el objeto sea “exactamente lo que parece ser”;¹⁶ y en segundo lugar, es necesario revisar la cadena de custodia, que debe responder a las preguntas de quién la descubrió, cuándo, quién tuvo acceso a ella y cómo fue custodiada.¹⁷
- 2) Conclusiones científicas derivadas de las declaraciones realizadas por los expertos sobre sus peritajes, este tipo de testimonios expertos se rigen bajo criterios de valoración diferentes de los que rigen a los testimonios y declaraciones de la víctima u ofendido, y el acusado. Ello en virtud de que se trata de conocimientos científicos y tecnológicos que son desconocidos por el tribunal, por lo que, con la finalidad de que éste pueda apoyarse en ellos para fundamentar la sentencia, dicha opinión debe de ser controlada para verificar su fiabilidad.

Es consenso en la comunidad jurídica, a raíz de la sentencia dictada en Estados Unidos en el caso *Daubert*, que una prueba científica para ser considerada con valor probatorio debe ser: en primer lugar, relevante, y, en segundo lugar, fidedigna. El problema para el juzgador comienza en el análisis de este segundo punto, para ello, de la prueba debe desprenderse el método científico que se utilizó, que éste haya sido sujeto a pruebas de refutabilidad, que sea aceptado por la comunidad científica, que se conozca su potencial margen de error y que tenga lineamientos que controlen su aplicación.¹⁸

La valoración de la prueba científica es sumamente compleja para el juzgador, pues éste se ve inmerso en la valoración de un

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Schum, David, *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*, trad. de Vargas Orión, Colombia, Orión Vargas, 2016, p. 151.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Ibidem*, p. 152.

¹⁸ Tesis 1a. CLXXXVII/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, marzo de 2007, p. 258.

ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA VALORACIÓN RACIONAL...

conocimiento que, muchas veces, tiene apariencia de científico, pero no lo es. Sin embargo, muchas veces el juez sobreestima la prueba científica, pues si carece de los conocimientos expertos necesarios que le permiten una valoración crítica de la prueba, se entiende que se vincule a ella como un dogma.¹⁹ No obstante lo anterior, el presente trabajo no pretende ahondar más sobre el tema, nos basta con conocer cuáles son los criterios que deben considerarse para que el juez pueda apoyar su decisión en una prueba científica, más adelante veremos que los testigos expertos carecen de la mayoría de los requisitos y que, por tanto, el juez (en Durango), sin decirlo expresamente salvo en algunos casos, los utiliza como testigo de referencia pero les da valor de testimonio experto.

- 3) Como tercer factor de dependencia, es que el conocimiento de los hechos probatorios derive de otra inferencia, situación que ocurre en la mayoría de los casos, puesto que es necesario revisar la credibilidad de los medios de prueba cuando proviene de una fuente humana, como el testimonio.

En efecto, para que el resultado de la inferencia resulte fiable o creíble al tratar con este tipo de medio de prueba, debemos preguntarnos: ¿cree el testigo W que el hecho X ocurrió?,²⁰ esta interrogante hace alusión a la honradez del testigo y es nuestro primer criterio de credibilidad: “veracidad”.

Ahora bien, si el juez considera que el testigo W efectivamente cree que el hecho X realmente ocurrió, debemos recordar que si bien el testigo W puede ser honesto, también es cierto que su declaración podría ser inexacta o no objetiva; por ello es necesario preguntarse: ¿es la creencia del testigo W acerca del hecho X consistente con los datos que obtuvo de sus sentidos?, esta pregunta está relacionada con los intereses, creencias, experiencias o motivaciones del testigo, y es el segundo criterio de credibilidad, al que Cohen llama “objetivi-

¹⁹ Gascón Abellán, Marina, “Conocimientos expertos y deferencia del juez (Apunte para la superación de un problema)”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, núm. 39, 2016, p. 349.

²⁰ *Ibidem*, p. 157.

CAROLINA BALLEZA VALDEZ

dad”; por eso un testigo objetivo será aquel que no permita que sus motivaciones o expectativas determinen lo que debe creer.

Finalmente, nuestros sentidos como seres humanos no son perfectos, por lo que el último cuestionamiento que el juzgador debe hacerse es ¿qué tan buena es la prueba?, lo que implica preguntarse qué tan bueno es el conocimiento derivado del medio de prueba, consistente en el tercer criterio de credibilidad, “la sensibilidad observacional” del testigo W, que atiende a la agudeza de sus sentidos y las condiciones de cómo fue observado el hecho.²¹

Ahora bien, como segundo criterio acerca de los hechos probatorios, se tiene a la suficiencia,²² por lo que el juez deberá preguntarse si tiene suficientes pruebas que apuntan a una determinada hipótesis, es decir, es necesario cerciorarse de la cantidad de soporte empírico con el que cuentan cada una de las hipótesis.

Al mismo tiempo, la suficiencia debe ser matizada, a través del tercer criterio, la variabilidad,²³ lo que implica que, si bien es necesario que exista múltiple apoyo empírico, también es cierto que éste debe ser variado para que aumente la probabilidad de la ocurrencia del hecho, ayudando también a la eliminación de hipótesis alternativas.

Finalmente, como último criterio contamos con la pertinencia²⁴ o la relevancia, toda vez que no todas las pruebas son relevantes para confirmar una hipótesis, lo que implica que la relevancia o la pertinencia hace más o menos probable la ocurrencia de un hecho de lo que sería si no existiera, en otras palabras la relevancia tiene que ver con cuánta fuerza posee la inferencia de una prueba para hacer creer al juzgador que un hecho ha ocurrido, y hacia dónde apunta esa fuerza.²⁵

²¹ *Ibidem*, pp. 155-157.

²² González Lagier, Daniel, *Apuntes sobre la prueba y argumentación jurídica*, cit.

²³ *Idem*.

²⁴ *Idem*.

²⁵ Schum, David, *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*, cit., pp. 116 y 117.

2. Criterios sobre la garantía

Ahora veamos los criterios para considerar que la garantía es sólida, pero primero recordemos que la garantía es el enlace lógico entre las razones de la inferencia (por qué estimamos que la hipótesis ocurrió) y los hechos a probar (la hipótesis). Este enlace lógico está constituido por las máximas de la experiencia y las presunciones, no obstante, las garantías devienen de un razonamiento inductivo ampliativo, lo que implica que nunca serán verdaderas sino probables y su grado de credibilidad dependerá de que esa inducción ampliativa (de la que deriva la máxima de experiencia) esté bien establecida.²⁶

Por lo anterior, el primer criterio de solidez de la garantía consiste en conocer si está suficientemente fundada o la inexistencia de otras máximas que desplacen a la que se está utilizando, debiéndose evitar los prejuicios y las generalizaciones apresuradas, por ello es más seguro apoyarse con máximas derivadas de conocimientos científicos o ampliamente confirmados.²⁷

Por otra parte, en atención a las presunciones, éstas no tienen mayor problema más que el cercioramiento por parte del juzgador sobre el cumplimiento de los supuestos de dicha presunción, pues se encuentra de forma institucionalizada dentro del corpus legal.

Simultáneamente, es posible también encontrar máximas de experiencia que contengan relaciones causales, en otras palabras, éstas determinan que, de producirse, le seguirá en un grado de probabilidad la ocurrencia de un fenómeno. En párrafos anteriores hablamos sobre el grado de probabilidad de la inferencia, pero en el caso, se refiere al grado de probabilidad de la relación causal entre la máxima y el fenómeno que presuntamente puede ocurrir. Consecuentemente, como segundo criterio de solidez de la garantía, es necesario revisar el grado de probabilidad causal que existe entre la garantía y el evento presuntivo.²⁸

²⁶ González Lagier, Daniel, *Apuntes sobre la prueba y argumentación jurídica*, cit.

²⁷ Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 180.

²⁸ González Lagier, Daniel, *Apuntes sobre la prueba y argumentación jurídica*, cit.

CAROLINA BALLEZA VALDEZ

3. Criterios de la hipótesis

Finalmente, el juez debe verificar las diferentes hipótesis presentadas dentro del proceso, con la finalidad de que se escoja una, de acuerdo con diversos criterios.

Primero, es necesario revisar si la hipótesis ha sido refutada, ya sea de forma directa o indirecta. Se refuta de forma directa cuando se está frente a hechos incompatibles, por lo que, en caso de que se demuestre que ocurrió X, sería poco probable que haya ocurrido Y, y viceversa, lo que implica que la hipótesis H contiene una afirmación que hace poco probable que haya sucedido ambos hechos al mismo tiempo. La refutación de forma indirecta sucede cuando la hipótesis H contiene una afirmación que se comprueba que es falsa.

La refutación indirecta se diferencia de la directa, en virtud de que la última en mención se refiere a la existencia de dos hipótesis, una apunta a la existencia del evento X y otra al evento Y, ambos sucesos resultan ser coexistentes, pero a su vez incompatibles entre sí, por lo que, de demostrarse la ocurrencia de cualquiera de los dos, implica la inexistencia del otro. En cambio, para comprender cuándo surge la refutación indirecta, debemos recordar que las hipótesis narran el evento mediante una serie de enunciados, que indican circunstancias de tiempo, modo y lugar, por lo que, en caso de que se demuestre que uno de los hechos afirmados por la hipótesis que se analiza, no ha ocurrido, la misma ha sido refutada indirectamente.

Ahora bien, continuando con los diferentes criterios de solidez de la hipótesis, el segundo de ellos consiste en verificar si se han confirmado las hipótesis derivadas, pues en tal caso, la credibilidad de la hipótesis principal aumentará; en consecuencia, si la hipótesis derivada se demuestra falsa se atenta contra la credibilidad de la hipótesis principal.

En ese sentido, si de autos se desprende la existencia de varias hipótesis, el juez debe preguntarse si éstas han sido eliminadas; en otras palabras, si se plantean varias hipótesis, la verdadera “en teoría” debería ser la que destruya a sus contrincantes; no obstante, ello es un escenario ideal, la mayoría de las veces sucede que el juez tiene múltiples hipótesis y escoge la que resistió los intentos de re-

ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA VALORACIÓN RACIONAL...

futación y la que cumple en mayor medida con los criterios que aquí se han apuntado.

Finalmente, la hipótesis debe someterse a los criterios de coherencia y simplicidad, porque la credibilidad de una hipótesis aumenta cuando ésta es coherente de forma narrativa entre los enunciados que la conforman, y, además, cuando está en armonía con el conocimiento del que se dispone. Así mismo, una hipótesis es más simple si explica más eventos con el menor número de presuposiciones, aumentando con ello su credibilidad.

Una vez que el juez haya sometido las diferentes hipótesis a los criterios aludidos, éste habrá escogido una de ellas, sin embargo, eso no significa que haya decidido condenar o absolver al acusado, sino que aún le queda someter esa hipótesis a un último criterio o regla de decisión, el estándar de prueba.

IV. ESTÁNDAR DE PRUEBA

Todas las observaciones anteriores tienen una íntima relación con el estándar de prueba, el cual puede definirse como un “criterio que nos permite decir cuándo una prueba es concluyente, o suficiente para condenar... tiene la función de señalar a partir de qué umbral podemos considerar que el grado de credibilidad de una hipótesis es suficiente como para basar en ella la decisión”.²⁹ Así, el estándar de prueba proporciona “criterios o reglas para que el juez pueda determinar cuándo puede considerarse probado un hecho”.³⁰ Por ello, el estándar de prueba es tan importante, puesto que fija el límite que el caudal probatorio debe rebasar para que se pueda dictar una sentencia condenatoria, con la finalidad de minimizar las falsas condenas.

El estándar de prueba más allá de toda duda razonable se encuentra previsto en el artículo 359 del Código Nacional de Procedimien-

²⁹ González Lagier, Daniel, “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”, disponible en: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/46907>.

³⁰ Godoy Bustamante, Evanilda de, *Decidir sobre los hechos: un estudio sobre la valoración racional de la prueba judicial*, España, Editorial Bubookpublishing, 2013, p. 77.

CAROLINA BALLEZA VALDEZ

tos Penales, que ordena al tribunal condenar sólo si llega a la convicción de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable; lo cual se encuentra en íntima relación con el principio de presunción de inocencia.

El principio de presunción de inocencia, dice la Suprema Corte, funciona tanto como regla probatoria, como estándar probatorio. La primera acepción se refiere a la prueba, a las características procesales que debe reunir y quien debe aportarla,³¹ y la segunda, consiste en las características de la prueba de cargo para poder condenar y la regla de a quién perjudica que la prueba no reúna dichas características (carga de la prueba).³² En otras palabras, el principio de presunción de inocencia funciona como una regla de decisión atendiendo a la teoría del caso analizada, ya que dependiendo de ello, las consecuencias de aplicar dicha regla son distintas.

Este principio se encuentra previsto en el artículo 20, apartado B, fracción I, de la Constitución federal, y se manifiesta de cuatro formas: 1) como principio informador, 2) como fundamento que fija los criterios de cómo se debe tratar a un imputado, y 3) como regla en el campo de la prueba; dentro de este rubro podemos distinguir dos reglas importantes: la regla de prueba y la regla de juicio.³³ Nos referiremos especialmente a la dimensión que atañe a la prueba.

Ahora bien, es importante hacer hincapié que dependiendo de la hipótesis que tome la defensa, se reflejará la actitud que tomen las partes dentro del proceso. La acusación siempre tendrá una actitud activa, pues busca siempre una sentencia condenatoria, pero para ello debe cumplir con dos cosas: obtener pruebas de cargo de forma lícita y legal, aportarlas al proceso y desahogarlas en la audiencia de juicio, y que dichas pruebas de cargo sean suficientes para destruir la presunción de inocencia del imputado.

En cambio, la defensa tiene la posibilidad de optar por dos actitudes, una pasiva y otra activa. La actitud pasiva implica que la defensa

³¹ Tesis 1a./J. 25/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 478.

³² Tesis 1a./J. 26/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 476.

³³ Fernández López, Mercedes, *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso*, Tesis doctoral, Universidad de Alicante, 2004, p. 211.

ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA VALORACIÓN RACIONAL...

permanezca al margen de la actividad de la acusación y que únicamente sea un observador dentro del proceso a la espera de que el Ministerio Público no cumpla con los requisitos citados, por lo que el resultado del proceso depende enteramente de la actividad probatoria de la acusación. Pero que la defensa opte por una actitud activa redundará en dos cuestiones:

- 1) Que se dicte una sentencia absolutoria, ya sea porque la defensa comprobó la inocencia del imputado, la causa de justificación o de inculpabilidad, por haber aportado suficientes pruebas de descargo, o bien, por proporcionar pruebas suficientes sólo para generar una duda razonable en el juzgador.
- 2) Que se dicte una sentencia condenatoria por ser favorables las pruebas ofrecidas a la teoría del caso de la acusación, ello en atención al principio de adquisición procesal.

Consecuentemente, el convencimiento suficiente para dictar una sentencia según el principio de presunción de inocencia como regla de juicio, dependerá de si la sentencia es, absolutoria o condenatoria. La sentencia absolutoria puede dictarse en tres casos: que la defensa acredite la inocencia de inculpadado, que genere una duda razonable en el tribunal, o bien, que la acusación no aporte prueba de cargo suficiente para destruir el principio de presunción de inocencia. En cambio, la sentencia condenatoria sólo podrá dictarse en el supuesto en el que la acusación haya desahogado en la audiencia de juicio pruebas de cargo suficientes obtenidas de forma lícita y legal.

Una vez analizado lo anterior, estudiemos las diferentes hipótesis que pueden presentarse en el proceso, teniendo siempre en mente las puntualizaciones hechas en las líneas precedentes. En atención a cómo se relacionan entre sí, Taruffo propone que las hipótesis sean simples, contrarias, vinculadas o incompatibles.³⁴

Las hipótesis simples o hipótesis únicas surgen cuando sólo existe una única hipótesis sobre el hecho relevante, es decir, la existencia de pruebas suficientes que demuestren la ocurrencia de la hipótesis de la acusación. Lo que se traduce en que el Ministerio

³⁴ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 245-253.

CAROLINA BALLEZA VALDEZ

Público desahogó pruebas suficientes en la audiencia de juicio, que fueron obtenidas de forma lícita y legal; por lo que su actuar destruyó el principio de presunción de inocencia y rebasó el estándar probatorio para dictar una sentencia condenatoria. También puede ser que la parte acusadora no realice las dos actividades con las que debe cumplir para destruir el principio de presunción de inocencia y, por tanto, no rebase el estándar de prueba más allá de toda duda razonable, en virtud de que las pruebas recabadas de la acusación no cumplieron con las características de la prueba, o bien sí cumplieron con ellas pero no fueron suficientes. En ese sentido, debe dictarse una sentencia absolutoria por insuficiencia probatoria.

La principal característica de la hipótesis simple o única es que sólo existe una teoría del caso a estudiar por parte del juez, porque precisamente la defensa opta por tener una actitud pasiva en el proceso, por ello sólo se cuenta con la teoría del caso de la acusación. Ante ese panorama, el tribunal debe cerciorarse si las pruebas desahogadas en la audiencia de juicio por el Ministerio Público cumplen con las características de legalidad y licitud, además de suficiencia, para crearle al tribunal convicción de la culpabilidad del procesado más allá de toda duda razonable.³⁵

Ahora bien, como segundo tipo de hipótesis están las hipótesis contrarias, que surgen cuando un mismo hecho, se afirma y se niega. A diferencia de la hipótesis simple que encontramos bajo una actitud pasiva de la defensa; las hipótesis complejas se observan cuando ambas partes comparecen a juicio y presentan dos versiones distintas sobre el mismo hecho jurídicamente relevante, lo que significa que existen dos teorías del caso, una de la acusación que afirma la ocurrencia de la conducta típica, antijurídica y culpable, y otra la de la defensa que niega la ocurrencia de dicha conducta.

El tercer tipo de hipótesis es la que versa sobre hechos jurídicamente vinculados, que surge cuando la teoría del caso de un hecho X no es negada o contestada, sino que se presenta una hipótesis que contiene un hecho compatible con X, que incide sobre las consecuen-

³⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Título I, Capítulo I. De los derechos humanos y sus garantías, artículo 20, apartado A, fracción VIII, *Diario Oficial de la Federación*, 15 de septiembre de 2017.

ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA VALORACIÓN RACIONAL...

cias jurídicas.³⁶ Este caso se observa cuando la defensa evita pronunciarse sobre su inocencia en la teoría del caso, y en su lugar afirma que se actualizan los elementos de alguna causa de justificación o de inculpabilidad del delito, sin que esto implique que el imputado afirme tácitamente la comisión del delito, en virtud de la libertad que tiene de ejercer, como mejor considere, su derecho de defensa.³⁷

Por último, la hipótesis que la acusación formula sobre la ocurrencia del hecho X, y a su vez, la defensa lo hace por la ocurrencia del hecho Y que es incompatible con X. La hipótesis de hechos incompatibles³⁸ se diferencia de la hipótesis contraria en la que los hechos presentados sólo son negados, es decir, en la hipótesis contraria una de las partes afirma el hecho X y la otra lo niega, y afirma un hecho X' presentando una versión diferente del hecho X, por lo que no son incompatibles entre sí; en cambio, en la presente hipótesis estamos frente a lo que conocemos como la coartada, el hecho es incompatible porque en caso de que se demuestre que ocurrió X, será imposible que haya ocurrido Y, y viceversa.

V. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN SENTENCIAS DE JUICIO ORAL

1. *Instrumento generado*

Del marco teórico expuesto en el presente trabajo se generó el instrumento que se expone a continuación y que fue aplicado, a una muestra no probabilística, en virtud de que sólo se pudo acceder a siete sentencias de juicio oral dictadas por el tribunal de enjuiciamiento de Durango en 2017; así como la totalidad de la población de las sentencias de juicio oral dictadas en el Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Durango desde su entrada en funciones en 2015, por ser únicamente cuatro resoluciones.

³⁶ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 245-247 y 255.

³⁷ Código Nacional de Procedimientos Penales, Título V, Capítulo IV. Defensor, artículo 117, fracción VII, *Diario Oficial de la Federación*, 17 de junio de 2016.

³⁸ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 253.

CAROLINA BALLEZA VALDEZ

- a) *Ficha técnica*: con la finalidad de tener un control sobre la sentencia analizada, se generó la ficha técnica, que incluye lo siguiente:

Ficha técnica		
1	Causa número	
2	Delito	
3	Elementos del delito	
4	La sentencia dictada fue...	
	Absolutoria	
	Condenatoria	

- b) *Hipótesis*: se realizan las siguientes preguntas relativas a la hipótesis, en virtud de que, derivado de sus respuestas, sabremos información adicional sobre las teorías del caso de la acusación y la defensa, ello en virtud de que la defensa:

- i) Se limita a tener una defensa pasiva, y por tanto no presenta teoría del caso.
- ii) Presenta varias teorías del caso.
- iii) No presenta teoría del caso, sino formula argumentos para desvirtuar la acusación, pero la defensa los presenta como su teoría del caso.

5	¿Cuántas hipótesis fueron analizadas en la presente causa?			
6	Mencionar las hipótesis expuestas en la presente causa, y quién la expuso.			
a)				
7	¿Qué tipo de hipótesis son?			
	Hipótesis simples (única)	Hipótesis contrarias	Hipótesis de hechos jurídicamente vinculados	Coartada

- c) *Pruebas*: este apartado es la parte medular del instrumento que pretende obtener información sobre los dos primeros momen-

ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA VALORACIÓN RACIONAL...

tos por los que el juzgador pasa para tomar una decisión: seleccionar los medios de prueba, así como su valoración y construcción de la inferencia probatoria. De las preguntas 8 a la 10, que no aparecen en este trabajo, se cuestiona el número de medios de prueba ofrecidos, se enumeran los mismos y se identifica el tipo de medio de prueba.

Ahora bien, dependiendo del tipo de medio de prueba que se esté analizando nos haremos las siguientes preguntas:

- i) En caso de estar frente a una prueba real o material (objetos).

11	Hechos probatorios (prueba CNPP) que el tribunal derivó del medio de prueba número	#	Hechos probatorios (prueba CNPP) que se derivan del medio de prueba número	#
a)		a)		
12	El medio de prueba, ¿fue correctamente introducido?			
	Sí		No	
13	En caso de que no haya sido correctamente introducido ¿cuál fue la razón?			
	No había testigo que introdujera el medio de prueba		La parte oferente se desistió de su desahogo	Otras
14	Derivado de los hechos probatorios anteriores, ¿el tribunal analizó si es pertinente?			
	Sí		No	
15	¿Qué razones ofrece el tribunal para determinar que el medio de prueba es pertinente?			
a)				
16	¿Qué garantía proporciona el tribunal para enlazar las razones anteriores y su determinación de que la prueba real		si/no	es pertinente?

CAROLINA BALLEZA VALDEZ

	Principio de la lógica	(Mencionar la garantía determinada por el tribunal)		
	Máxima de la experiencia			
	Presunción legal			
	Conocimientos científicos			
17	¿La garantía fue construida por el tribunal en forma de generalización?			
	Sí		No	
18	¿Cuál es el grado de derrotabilidad de la garantía?			
	Levísimo	¿Por qué?		
	Leve	¿Por qué?		
	Medio	¿Por qué?		
	Grande	¿Por qué?		
	Grandísimo	¿Por qué?		
19	De acuerdo con el grado de derrotabilidad de la garantía y las razones ofrecidas: ¿el medio de prueba puede considerarse pertinente?			
	Sí		No	
20	¿El tribunal consideró que la prueba real es auténtica?		Sí	No
21	¿Qué razones ofreció para justificar que la prueba real		si/no	es auténtica?
a)				
22	¿De autos se desprenden las razones anteriores? (Existe otro medio de prueba que confirmen las razones expuestas)			
	Sí		No	
23	¿Qué garantía proporciona el tribunal para enlazar las razones anteriores y su determinación de que la prueba real		si/no	es auténtica?
	Principio de la lógica			

ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA VALORACIÓN RACIONAL...

	Máxima de la experiencia	
	Presunción legal	
	Conocimientos científicos	
24	¿La garantía fue construida por el tribunal en forma de generalización?	
	Sí	No
25	¿Cuál es el grado de derrotabilidad de la garantía?	
	Levísimo	¿Por qué?
	Leve	¿Por qué?
	Medio	¿Por qué?
	Grande	¿Por qué?
	Grandísimo	¿Por qué?
26	¿El tribunal verificó la cadena de custodia del medio de prueba real?	
	Sí	No
27	¿Existe algún medio de prueba que ataque la credibilidad del medio de prueba que se analiza?	
	Sí	No
		¿Cuál?
28	De acuerdo con las razones de su autenticidad, el grado de derrotabilidad de la garantía y la verificación de la cadena de custodia, ¿el hecho probatorio (prueba CNPP) derivado del medio de prueba en qué grado puede ser considerado fiable (creíble)?	
	Fiable	Poco fiable
		No fiable
29	Los hechos probatorios apuntan a la comprobación de la hipótesis marcada con el inciso	

ii) En caso de estar frente a una prueba testimonial, declaración de la víctima u ofendido, y declaración del acusado. Se realizan las mismas preguntas marcadas en la tabla anterior (de la 11 a la 25, 27-28), sólo que se sustituyen la palabra auténtica, por: veraz, objetiva y sensibilidad observacional; es decir, es necesario hacer los cuestionamientos marcados con los números 20 al 25 por cada criterio de credibilidad, y una vez analizados todos ellos, verificar si el medio de prueba es fiable, poco fiable o

CAROLINA BALLEZA VALDEZ

simplemente no es fiable, para, posteriormente, preguntarnos a qué hipótesis ayuda a su corroboración.

- iii) En caso de estar frente a un testimonio experto (perito). Se realizan las preguntas marcadas en la tabla anterior, y también se sustituye la palabra auténtica por veraz, objetiva y sensibilidad observacional.

30	¿El especialista ha utilizado algún método científico?		
	Sí		No
31	¿El método científico utilizado ha sido refutado?		
	Sí		No
32	¿El método científico es reconocido/aceptado por los especialistas pares?		
	Sí		No
33	¿Se conoce el margen de error del método utilizado?		
	Sí		No
34	Si expresa los requisitos anteriores, ¿qué grado de fiabilidad tiene el testimonio experto?		
	Fiable	Poco fiable	No fiable
35	Los hechos probatorios apuntan a la comprobación de la hipótesis marcada con el inciso		

- d) *Las hipótesis*: las siguientes preguntas del instrumento se refieren al análisis de las hipótesis que fueron planteadas por las partes, con la finalidad de estudiar si el tribunal escogió la hipótesis más probable; estos cuestionamientos se hacen a cada una de las hipótesis propuestas por las partes. Sin embargo, no hay que olvidar que, si bien del instrumento puede resultar que la hipótesis con mayor apoyo en evidencia es la hipótesis H, es necesario identificar qué tipo de hipótesis es y quién la propuso, en virtud de que dependiendo de quién la haya introducido al proceso se le aplicará un estándar de prueba distinto.
- e) *Estándar de prueba que debe aplicarse*: como ya dijimos, que la hipótesis H resulte con mayor apoyo en evidencia, no significa que sólo por ello sea la hipótesis que escoja el tribunal. En virtud de que, primero, el tribunal debe cerciorarse del tipo de

ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA VALORACIÓN RACIONAL...

hipótesis que fueron presentadas, simples (única), contrarias, de hechos jurídicamente vinculados o de hecho contradictorios (coartada); en segundo lugar, analizar quién tiene la carga de la prueba en cada una de ellas, y finalmente, decidir si cumplieron o no con dicha carga.

Por ello, las preguntas número 6 y 7 del instrumento cuestionan cuáles son las hipótesis formuladas y quién las formula, así como qué tipo de hipótesis son, ya que, partiendo de ahí deberá de observarse el instrumento. Consecuentemente, atendiendo a lo expuesto en el apartado del estándar de prueba sobre el tipo de hipótesis, estas preguntas deben hacerse en los siguientes casos: 1) a las hipótesis de la acusación, y 2) a la hipótesis de la defensa, si el fallo será de absolución por haberse acreditado la inocencia del acusado.

	Hipótesis marcada con el inciso a),	tipo (simple, contraria, de hechos jurídicamente vinculados, coartada)		presentada por la acusación
1	Hechos probatorios que apuntan a su comprobación	Medio de prueba	Valor probatorio asignado por el tribunal	En qué medida el medio de prueba cumple con los criterios anteriores
a)				Alto
				Medio
				Bajo
2	¿La hipótesis referida es coherente?		Sí	No
3	¿La hipótesis referida es simple?		Sí	No
4	¿La hipótesis ha sido refutada?		Sí	No
5	En caso de que se haya respondido con un sí, ¿cómo fue refutada?		Directamente	Indirectamente

CAROLINA BALLEZA VALDEZ

6	¿Esta hipótesis tiene hipótesis derivadas?		Sí		No
7	En caso de que se haya respondido la pregunta anterior con Sí, mencionar las hipótesis derivadas				
a)					
8	¿Las hipótesis derivadas han sido confirmadas?		Sí		No
9	¿Se han eliminado todas las hipótesis alternativas?		Sí		No

f) *Duda razonable*: mucho se ha dicho sobre lo poco objetivo que resulta hablar sobre la duda razonable, porque qué es razonable, si bien se sabe que una decisión es razonable en virtud de ser aceptada por una comunidad, poco se ha llegado a objetivar. En el presente caso, relacionaremos lo razonable directamente con la credibilidad de las pruebas; ello en virtud de que no es materia de la presente ponencia ahondar sobre los criterios para considerar una duda razonable. En tal virtud, de manera general consideraremos la existencia de duda razonable si, y sólo si, no existe prueba de cargo suficiente que acredite la hipótesis de la acusación; en ese sentido, serán las pruebas de descargo que ataquen la credibilidad de las pruebas de cargo las que agrieten la hipótesis acusatoria.³⁹

Por ello, sólo nos resta preguntar si las pruebas de descargo lograron hacer mella suficiente sobre las de cargo, de forma tal que la hipótesis de la defensa resulte, aunque sea en un grado mínimo, aceptable por la comunidad en general.

³⁹ Tesis 1a./J. 2/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 38, t. I, enero de 2017, p. 161.

2. *Algunas observaciones derivadas de la aplicación del instrumento*

De la aplicación del instrumento sobre la muestra no probabilística ya identificada en líneas más arriba, de manera general se desprendió, de las resoluciones dictadas en el fuero local, lo siguiente:

- En 4⁴⁰ de 7 sentencias la defensa no presentó una teoría del caso, sino que formuló meras alegaciones intentando desvirtuar la acusación, no obstante, el tribunal manifestó que era una teoría del caso a pesar de no cumplir con sus características, y en las restantes, 2⁴¹ fueron formuladas como coartadas y 1⁴² fue de hechos vinculados, sin que ninguna de ellas haya impactado en el resultado de la sentencia.
- En 5⁴³ juicios el tribunal consideró que las pruebas ofrecidas por la acusación fueron suficientes para derrotar el principio de presunción de inocencia, y en el resto la acusación no logró rebasar el estándar de prueba.⁴⁴
- En cuanto a las garantías aplicadas en el razonamiento probatorio, se observa que en todas las sentencias no se obedece a las reglas de construcción de dichas garantías, es decir, no están expuestas en forma de generalización, sino que prácticamente las inferencias probatorias resultan ser entimemas.
- Sobre la valoración de las pruebas:
 - En cuanto a la prueba real o material, sólo en una de las sentencias⁴⁵ se analizó la autenticidad de la misma, pero no se verificó la cadena de custodia, mientras que en las restan-

⁴⁰ CAUSA PENAL 335/2015-CNPP, CAUSA PENAL 1062/2015-CNPP, CAUSA PENAL 1734/2015-CNPP y CAUSA PENAL 73/2016-CNPP.

⁴¹ CAUSA PENAL 1223/2015-CNPP y 1625/2015-CNPP.

⁴² CAUSA PENAL 283/2015-CNPP.

⁴³ CAUSA PENAL 283/2015-CNPP, CAUSA PENAL 1223/2015-CNPP, CAUSA PENAL 335/2015-CNPP.

⁴⁴ CAUSA PENAL 1734/2015-CNPP y CAUSA PENAL 73/2016-CNPP.

⁴⁵ CAUSA PENAL 283/2015-CNPP.

CAROLINA BALLEZA VALDEZ

tes, si bien la prueba material fue introducida de manera correcta al proceso, no se estudió su autenticidad ni se verificó su cadena de custodia.

- En cuanto a la prueba testimonial, en ninguna de las sentencias se estudió la totalidad de los criterios de credibilidad, el criterio más estudiado es el de objetividad y el menos es el de sensibilidad observacional.
- En cuanto al testigo experto, en la totalidad de las sentencias, en razón a los criterios de credibilidad, los únicos estudiados aunque en apariencia fueron la veracidad y objetividad, sobre el primero se observó como frase recurrente que “el experto era un perito oficial”, y sobre el segundo sólo se mencionó que el testigo dijo los métodos y técnicas que utilizó. Incluso en algunos casos como del testimonio no se desprendió que la pericial se haya realizado con algún método, el tribunal optó por valorarlo como testigo de referencia.⁴⁶
- Se observó que ni la defensa ni la acusación realizan preguntas, en el interrogatorio y contrainterrogatorio, para acreditar los criterios de credibilidad del medio de prueba; por ello es dable suponer que probablemente por eso el tribunal de enjuiciamiento no justifique dichos criterios, sin embargo, le asigna un valor probatorio como si el medio de prueba cumpliera con todos ellos; no obstante, como del interrogatorio ni contrainterrogatorio se derivan los mismos, debiera asignársele un valor probatorio menor al fijado por el tribunal.
- Finalmente, se desprende de todas las sentencias, por los argumentos que se utilizan, que el tribunal probablemente tiene una postura ligada a la teoría coherentista, en virtud de que éste considera que el hecho ocurrió si de los testimonios se desprende que son coherentes entre sí.

Ahora bien, de las cuatro⁴⁷ sentencias dictadas por el tribunal de enjuiciamiento del fuero federal, con sede en esta ciudad, se des-

⁴⁶ CAUSA PENAL 1625/2015-CNPP y CAUSA PENAL 283/2015-CNPP.

⁴⁷ CAUSA PENAL 42/2015, CAUSA PENAL 48/2015, CAUSA PENAL 3/2015 y CAUSA PENAL 49/2015.

ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA VALORACIÓN RACIONAL...

prende que en dos⁴⁸ de ellas la defensa tampoco formuló una teoría del caso, sino que sólo presentó argumentos para intentar desvirtuar la acusación; no obstante, en estos casos el tribunal, contrario a lo que se hizo en el fuero local, sí mencionó que no era una teoría del caso, aunque así haya sido presentada por la defensa.

Asimismo, sobre la valoración de las pruebas destaca el hecho de que todas son valoradas atendiendo a los criterios de credibilidad, tanto los relacionados con las pruebas materiales como los relativos a los testimonios y testimonios expertos, únicamente de estos últimos no se verificó en ningún caso el margen de error del método utilizado.

Finalmente, al igual que la defensa y la acusación en el fuero local, en estos juicios federales se observa que existe una carencia de técnica en los interrogatorios y contrainterrogatorios, la diferencia radicó en que el tribunal federal sí evidenció este hecho en la sentencia con la finalidad de restarle o negarle valor al medio probatorio.

VI. CONCLUSIONES

Primera. La prueba en el nuevo sistema penal acusatorio se rige por el principio de libertad probatoria, lo que implica que cualquier medio de prueba que sea idóneo para el esclarecimiento de los hechos puede ser ofrecido, y mientras que cumpla con los requisitos de admisibilidad y pertinencia, será desahogado en juicio para su valoración.

Segunda. La valoración de la prueba será de forma libre y lógica, lo que implica entonces que, si bien existe libertad para valorar el medio de prueba, ello no implica que el tribunal pueda asignarle cualquier valor, ya que esa libertad está limitada por restricciones lógicas, como lo son los principios de la lógica (principio de identidad, no contradicción y tercero excluido) y por la sana crítica (criterios de razonabilidad).

Tercera. Para que la valoración de la prueba cumpla con criterios epistemológicos debe de cumplir algunos requisitos, dentro de los que destacan los de credibilidad, que incluyen la veracidad, objeti-

⁴⁸ CAUSA PENAL 42/2015 y CAUSA PENAL 48/2015.

CAROLINA BALLEZA VALDEZ

vidad y sensibilidad observacional, para las pruebas de fuentes humanas, y la autenticidad y la verificación de la cadena de custodia, para las pruebas materiales o reales. En relación con las pruebas de fuentes humanas, pero con alguna experticia, debe sumarse criterios como la verificación del método empleado, su margen de error y la validación del mismo por sus pares.

Cuarta. Dentro del proceso pueden plantearse diferentes teorías del caso, si bien la fiscalía siempre formulará una hipótesis de acusación, la defensa puede fijar diferentes posturas, ya sea pasiva, contraria, coartada o de hechos jurídicamente vinculados.

Quinta. Para verificar si los criterios de credibilidad son observados por el tribunal de enjuiciamiento, se realizó una herramienta que pretende analizar sentencias de juicio oral. De su aplicación piloto, se destaca que en el fuero local no se cumplen con la totalidad de los criterios de credibilidad, ya sea porque del interrogatorio y contrainterrogatorio no se desprende, o porque simplemente el tribunal omitió su argumentación. Ahora bien, en el fuero federal sí se observó que la valoración de la prueba se hizo conforme a los criterios de credibilidad, tanto de las pruebas materiales como las de fuentes humanas.

VII. FUENTES DE CONSULTA

GODOY BUSTAMANTE, Evanilda de, *Decidir sobre los hechos: un estudio sobre la valoración racional de la prueba judicial*, España, Editorial Bubook publishing, 2013.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Conocimientos expertos y deferencia del juez (apunte para la superación de un problema)", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, núm. 39, 2016.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, núm. 28, 2005.

ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA VALORACIÓN RACIONAL...

- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Apuntes sobre la prueba y argumentación jurídica”, disponible en: <http://www.filosoficas.unam.mx/~cruzparc/apuntes.de.logica.pdf>.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”, disponible en: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/46907>.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasibenthamiana*, en VÁZQUEZ, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso*, Tesis doctoral, Universidad de Alicante, 2004.
- SCHUM, David, *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*, trad. de Orión Vargas, Colombia, Orión Vargas, 2016.
- TARUFFO, Michele, *La prueba*, trad. de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2011.