

PROBLEMA

ANUARIO DE FILOSOFÍA
Y TEORÍA DEL DERECHO

15

Enero-Diciembre de 2021



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 15, núm. 15 (enero-diciembre de 2021) es una publicación anual, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, 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.mx*. Editor responsable: Sandra Gómez Juárez. 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

Dra. Sandra Gómora Juárez
Director/Editor

Asistente de la revista:
Lucía Michelle Corzas Corona

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 pertenece a los siguiente sistemas de información:

Problema belongs to the following Journal Indexes:

Bibliografía Latinoamericana en Revistas de Investigación Científica y Social (Biblat).

Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (Clase).

Portal de Revistas Académicas y Arbitradas de la UNAM.

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

SCOPUS: Scimago Journal & Country Rank: Q4.

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

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

Matriz de Información para el Análisis de Revistas (MIAR).

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.

ISSN 2007-4387

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad Nacional
Autónoma de México

Primera edición: 5 de agosto de 2021

Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho por Universidad Nacional
Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo una
Licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Derivados 4.0 Inter-
nacional (CC BY-NC-ND 4.0).

CONTENIDO
TABLE OF CONTENTS

DISCUSIÓN:
EL PAPEL DE LA MORAL EL DERECHO: ALGUNAS REFLEXIONES
DISCUSSION:
THE ROLE OF MORALS IN LAW: SOME REFLECTIONS

Nota editorial	3
Editorial Note	4
Sandra GÓMORA-JUÁREZ	
The Moral Obligation to Perform Contracts: Some Preliminary Thoughts	7
<i>La obligación moral de cumplir los contratos: algunas consideraciones preliminares</i>	
Brian H. BIX	
Advertising as Guaranteeing: a Defense of Strict Liability ...	29
<i>La publicidad como factor de garantía: en defensa de una estricta responsabilidad</i>	
Jeffrey S. HELMREICH	
Derecho y moral (razón práctica): conexiones en tiempos del Estado de derecho constitucional	53
<i>Law and Morality (Practical Reason): Connections in Times of the Constitutional Rule of Law</i>	
Rodolfo Luis VIGO	

CONTENIDO

¿Derecho natural o moral? Comentarios críticos a “derecho y moral (razón práctica): conexiones en tiempos del estado de derecho constitucional de Rodolfo Vigo	97
<i>¿Natural or Moral Law? Critical Comments to Rodolfo Vigo’s Law and Morality (Practical Reason): Connections in Times of the Constitutional Rule of Law</i>	
Javier SALDAÑA SERRANO	

ARTÍCULOS
ARTICLES

Justice, Complexity, and Effective Governance in the Twenty-First Century.	149
<i>Justicia, complejidad y gobernanza efectiva en el siglo XXI</i>	
Thomas F. MCINERNEY	
Ciencias de la mente y responsabilidad jurídica: dos retos. . .	169
<i>Sciences of the Mind and Legal Responsibility: Two Challenges</i>	
Fernando Efraín RUDY HILLER	
Against the Revisionary Political Reading of Kelsen	223
<i>En contra de una lectura política revisionista de Kelsen</i>	
Mario GARCÍA BERGER	
Derecho, sistema y realidad: ¿el positivismo se hace agua en nuestras manos?	263
<i>Law, System and Reality: is Positivism Escaping from Our Hands?</i>	
Andrés BOTERO-BERNAL	
Precedente, analogía y razones para actuar. Comentarios sobre la propuesta de Frederick Schauer	307
<i>Precedent, Analogy and Reasons for Action. Comments on the Ideas of Frederick Schauer</i>	
Abdón Mauricio ROJAS MARROQUÍN	

TABLE OF CONTENTS

Apuntes conceptuales para la identificación de conflictos normativos entre normas.	343
<i>Conceptual Notes for Identification of Normative Conflicts Between Norms</i>	
Víctor GARCÍA YZAGUIRRE	
El consentimiento y la falacia de la necesidad: una réplica a Beyleveld y Brownsword.	373
<i>Consent and the Fallacy of Necessity: a Replay to Beyleveld and Brownsword</i>	
Matías PARMIGIANI	
La ética de Aristóteles en la evolución de la culpa jurídica. Una revisión a propósito de la previsibilidad.	421
<i>Aristotle's Ethics in the Evolution of the Legal Negligence: A Review About Foreseeability</i>	
Sonia INOSTROZA ADASME	
La justicia o la injusticia del contrato de trabajo desde el pensamiento moral de Arthur Schopenhauer.	443
<i>The Justice or Injustice of the Work Contract from the Moral Thought of Arthur Schopenhauer</i>	
Edward Duván OROZCO PEREIRA	
Sobre la ética de una moratoria en edición genética humana	485
<i>On the Ethics of a Moratorium on Human Gene Editing</i>	
Robert T. HALL	
María de Jesús MEDINA ARELLANO	
Reflexiones desde el derecho al mejoramiento neural farmacológico (Neuroenhancement).	511
<i>Pharmacological Cognitive (Neuroenhancement): Reflexions from Legal Perspective</i>	
María Isabel CORNEJO PLAZA	

CONTENIDO

COMENTARIOS
COMMENTS

Los distintos tipos de análisis conceptual y sus aplicaciones en la teoría jurídica. Hacia una integración metodológica . <i>The Different Types of Conceptual Analysis and its Applications in Legal Theory. Toward Methodological Integration</i> Ángel O. REYES FLORES	549
Filosofía del derecho naturalizada: posibilidad y refutación . <i>Philosophy of Naturalized Law: Possibility And Refutation</i> Camilo Humberto PRIETO FETIVA	575
La racionalidad judicial en sede constitucional. <i>The Judicial Rationality in Constitutional Stage</i> Julio César MUÑOZ MENDIOLA	605

RESEÑAS
REVIEW ESSAYS

CORTEZ SALINAS, Josafat, <i>Ideas, innovación y cambio organizacional en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2020</i> Ricardo HERNÁNDEZ MONTES DE OCA	639
---	-----

DISCUSIÓN:
EL PAPEL DE LA MORAL EL DERECHO:
ALGUNAS REFLEXIONES

*DISCUSSION:
THE ROLE OF MORALS IN LAW:
SOME REFLECTIONS*

NOTA EDITORIAL

Desde el primer número publicado en 2007, *Problema* ha dedicado la sección de “Discusión” a plantear debates en torno a diversos temas de filosofía jurídica, política y moral presentes en los debates contemporáneos. Continuando este ejercicio que ha caracterizado al anuario, este número reúne colaboraciones de académicos que discuten el papel de la moral en diferentes contextos, sea en torno al cumplimiento de contratos, respecto de la responsabilidad objetiva y en su conexión con el derecho en el estado de derecho constitucional.

El primer artículo de la sección, intitulado “The Moral Obligation to Perform Contracts: Some Preliminary Thoughts”, parte de la constatación del consenso en la academia acerca de la existencia de una obligación moral *prima facie* de obedecer el derecho para plantear un análisis individualizado respecto de categorías de obligaciones. La literatura respecto de la obligación moral de obedecer o cumplir con categorías particulares de obligaciones está bastante menos desarrollada en el derecho privado en el que las obligaciones no se entienden como mandatos, propiamente dicho. Con estos elementos, Brian Bix examina a detalle si es que, y cuándo, existe una obligación moral para cumplir con nuestras obligaciones contractuales, aportando así, a este debate que ha sido poco explorado.

En el segundo artículo, Jeffrey S. Helmreich defiende la tesis de que la responsabilidad objetiva está justificada en los actos comerciales de los publicistas. En “Advertising as Guaranteeing: A Defense of Strict Liability”, el autor emprende una discusión para demostrar que dado que los mensajes comerciales adoptan la forma de un tipo familiar de acto del habla, a saber, la garantía, los emisores de publicidad falsa son moralmente responsables de la precisión de sus actos y, por lo tanto, es inevitable que adquieran una responsabilidad objetiva.

El tercer artículo fue escrito por Rodolfo Vigo. En “Derecho y moral (razón práctica): conexiones en tiempos del estado de derecho

NOTA EDITORIAL

constitucional”, el autor identifica y analiza hasta nueve conexiones entre el derecho y la moral que, sostiene, facilitan una comprensión y operatividad de un derecho objetivamente mejor, teniendo como marco de referencia el Estado de derecho constitucional y como marco teórico funcional, los trabajos de Aristóteles y Kant.

La sección de discusión cierra con el artículo “¿Derecho natural o moral? Comentarios críticos a *Derecho y Moral (Razón práctica): Conexiones en tiempos del Estado de Derecho Constitucional* de Rodolfo Vigo”. Siguiendo la discusión de Luis Vigo, en este artículo, Javier Saldaña cambia los términos de la pregunta inicial buscando mostrar que el derecho natural puede ofrecer respuestas sólidas a las cuestiones iusfilosóficas planteadas en el escrito del profesor Vigo, y sostiene que el derecho natural de corte clásico está en mejores condiciones de abordar muchas de las problemáticas planteada por la actual filosofía del derecho.

Sandra GÓMORA JUÁREZ

EDITORIAL NOTE

Since the first issue published in 2007, *Problema* has devoted the “Discussion” section to debates regarding issues of legal, political and moral philosophy. Continuing this exercise that has characterized our Journal, this issue brings together contributions from academics who discuss the role of morality in different contexts, whether around the fulfillment of contracts, strict liability or its connection with the rule of law.

In “The Moral Obligation to Perform Contracts: Some Preliminary Thoughts”, Brian Bix examines in detail whether and when there is a moral obligation to comply with our contractual obligations, thus contributing to this under-explored debate.

NOTA EDITORIAL

In “Advertising as Guaranteeing: A Defense of Strict Liability”, Jeffrey S. Helmreich defends the thesis that strict liability is justified in commercial acts of advertisers.

Rodolfo Vigo. In “Law and morality (practical reason): connections in times of constitutional rule of law”, the author identifies and analyzes up to nine connections between Law and Morality that, he argues, facilitate the understanding and operability of an objectively better Law.

The discussion section closes with Javier Saldaña’s article “¿Derecho Natural o Moral? Critical Comments to Rodolfo Vigo’s Law and Morals (Practical Reason): Connections in Times of the Constitutional Rule of Law” where he argues that Classical Natural Law is in a better position to address many of the issues raised by Professor Vigo’s paper.

Sandra GÓMORA-JUÁREZ

THE MORAL OBLIGATION TO PERFORM CONTRACTS: SOME PRELIMINARY THOUGHTS*

LA OBLIGACIÓN MORAL DE CUMPLIR LOS CONTRATOS: ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Brian H. BIX**

Resumen:

¿Tiene uno la obligación de cumplir sus contratos? Para muchas personas, la tendencia inicial sería contestar que “sí”, debido a la fuerte relación entre contratos y promesas, aunada con la convicción de que, en igualdad de condiciones, uno debe cumplir sus promesas. Sin embargo, un análisis más detenido de la pregunta sobre la obligación moral de cumplir los contratos, plantea complicaciones y dudas. En primer lugar, muchos han cuestionado la relación entre el contrato y las promesas, argumentando que los contratos y el derecho contractual se entienden mejor de alguna otra manera. En segundo lugar, muchos suelen pensar que nuestro deber de cumplir con nuestros acuerdos varía en función de la medida en que la decisión de celebrar el acuerdo se haya desviado del consentimiento óptimo, o de los hechos sobre la equidad de la relación de fondo y la sociedad en general.

Parece ser que la obligación de cumplir un contrato varía según las circunstancias. La injusticia en la sociedad, en la relación subyacente, en la negociación del acuerdo, o en las condiciones del mismo iría en contra de dicha obligación moral. También queda la pregunta de cuál sería el contenido de la obligación de cumplir el contrato, si es que existe. La mayoría de nosotros supondría que es una presunta obligación real por llevar a cabo, pero algunos sostendrían que se trata simplemente de una obligación de cumplir o

* Artículo recibido el 20 de enero de 2020 y aceptado para su publicación el 6 de agosto de 2020.

** Frederick W. Thomas Professor of Law and Philosophy, University of Minnesota, mail: bixxx002@umn.edu, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6644-7241>. An earlier version of this article was presented at a Workshop at the Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. I am grateful for the comments and suggestions made by those attending.

BRIAN H. BIX

pagar daños y perjuicios. Aunque el pago puntual de los daños y perjuicios —sin impugnar el incumplimiento, reclamar una cantidad menor de daños o amenazar con una litigación prolongada y costosa— ya sería un avance importante en las actuales prácticas comerciales habituales.

Palabras clave:

Contrato, promesa, obligación moral de acatar la ley, David Hume, consentimiento, justicia.

Abstract:

Does one have an obligation to keep one's contracts? For many people, the initial inclination would be to answer "yes," based on the strong association of contracts and promises, combined with the belief that, other things being equal, one should keep one's promises. A closer examination of the question of the moral obligation to keep one's contracts, however, raises complications and doubts. First, many have questioned the connection between contract and promises, arguing that contracts and contract law are best understood in some other way. Second, many are inclined to think that our duty to keep our agreements varies with how far the decision to enter the agreement deviated from optimal consent, or with facts about the fairness of the background relationship and society generally.

It seems likely that one's obligation to keep a contract will vary with its circumstances. Injustice in society, in the underlying relationship, in the negotiation of the agreement, or in the agreement's terms would work against any such moral obligation. There also remains a question of what the content of the obligation to keep one's contract would be, if there is one. Most of us would assume that it is a presumptive obligation actually to perform, but some would argue merely for an obligation to perform or pay damages. Though the prompt payment of damages —without disputing the breach, claiming a lower amount of damages, or threatening protracted and expensive litigation— would already be a significant advance on current common commercial practices.

Keywords:

Contract, Promise, Moral Obligation to Obey the Law, David Hume, Consent, Justice.

THE MORAL OBLIGATION TO PERFORM CONTRACTS...

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *An Overview of the Literature on the Obligation to Obey the Law*. III. *The Relevance of Contract Theory*. IV. *Consent and Obligation*. V. *Corrective Justice, Compensation and Distributive Justice*. VI. *Keeping One's Contracts*. VII. *Conclusion*. VIII. *References*.

I. INTRODUCTION

There is a well-established literature about whether, when, or to what extent citizens have a moral obligation to obey the law.¹ That discussion looks at various possible justifications for a prima facie moral obligation; the proffered justifications range across argument based on consequences, consent, gratitude, fair play/reciprocity, and the role of government in distributing benefits and burdens across society.² For a long time, the consensus was that citizens *do* have such a moral obligation, at least for generally just regimes.³ In recent years, scholars have raised questions about that consensus, and many now argue that there is no such general moral obligation to obey, and that moral analysis needs to be on a more individualized basis, considering the moral obligations of certain citizens to obey particular laws.

The literature regarding the moral obligation to obey (or comply with⁴) *particular categories of obligations* is significantly less well

¹ See, e.g., M. B. E. Smith, "Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?," 82 *Yale Law Journal* 950

⁽¹⁹⁷³⁾; William A. Edmundson (ed), *The Duty to Obey the Law: Selected Philosophical Readings* (Rowman & Littlefield, 1999); Christopher Heath Wellman & A. John Simmons, *Is There a Duty to Obey the Law?* (Cambridge 2005); Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* 325-338 (Oxford 1994).

² Smith, *supra* note 2, at 953-969.

³ See *id.* at 950.

⁴ Where "obedience" means acting in a certain way *because the law says so*, while "compliance" means acting as a legal rule prescribes, but motivated by reasons other than the rule. See, e.g., Donald H. Regan, "Reasons, Authority, and the

BRIAN H. BIX

developed. There is some discussion in connection with criminal law (much of it by critical race theorists⁵), but there appears to be little in connection with private law. With criminal law, the connection with the general debate about the moral obligation to obey the law seems more straightforward: when the law commands us to do or not do something, do we have a moral obligation to obey (or comply with) those commands. With private law, the analysis will inevitably be different, as legal rules here are not best understood as commands. While legal rules in this area are certainly intended to affect behavior, they are generally not direct commands to do or not do things, so the analysis of our moral obligation will inevitably look different.

In this article, I will examine whether and when there is a moral obligation to perform one's contractual obligations. Part I offers a brief overview of the debate about the moral obligation to obey the law. Part II considers the connection between contract theory and a moral obligation to perform contracts. Part III turns to the role of absent or imperfect contractual consent in the evaluation of one's moral obligation. Part IV looks at the connection between corrective justice (and its analogues) and distributive justice. And Part V looks at what is meant by "keeping one's contracts," before concluding.

II. AN OVERVIEW OF THE LITERATURE ON THE OBLIGATION TO OBEY THE LAW

There is a large and long-standing literature (going back at least to Plato's *Crito* and Sophocles' *Antigone*) regarding whether and when there is a moral obligation to obey the law. There is obviously not

Meaning of 'Obey': Further Thoughts on Raz and Obedience to Law," 3 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 3, 15 (1990).

⁵ See, e.g., Regina Austin, "'The Black Community,' Its Lawbreakers, and a Politics of Identification," 65 *Southern California Law Review* 1769 (1992); Paul Butler, "Racially Based Jury Nullification: Black Power in the Criminal Justice System," 105 *Yale Law Journal* 677 (1995); Ekow N. Yankah, 'Whose Burden to Bear? Privilege, Lawbreaking and Race', *Criminal Law and Philosophy* (forthcoming, 2019 <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11572-019-09503-x>>

THE MORAL OBLIGATION TO PERFORM CONTRACTS...

sufficient space here to do justice to that extensive discussion,⁶ but it would be useful to the present question to offer a brief overview.

First, even those who argue that there *is* a moral obligation to obey the law generally hold (with some exceptions⁷) that this is true only for generally just legal systems, and that the moral obligation in question is presumptive and thus defeasible. Second, even those who *deny* that there is a general moral obligation to obey the law will concede that there are often moral obligations to act consistently with what the law prescribes, because legal prescriptions often track moral prescriptions. However, the argument would go, the reason one should not murder, rob, or kidnap is due to moral (and also prudential) reasons that would apply whether these actions were illegal or not.

Those who argue for a moral obligation to obey often focus on actions, choices, or inactions which, they argue, constitute consent to obey the law. The attention is generally on voting, accepting state benefits, or refusing to move out of the jurisdiction. The claim is that by casting a ballot, one has implicitly affirmed the law that results from the elected government, or that not leaving the country is a way of showing that one approves of the community's rules.⁸ Those who deny a moral obligation to obey cast doubt on whether so much

⁶ See sources cited *supra* note 2.

⁷ Thomas Hobbes in his *Leviathan* appears to be one such exception. See *infra* note 13 and accompanying text.

⁸ One is reminded of the bumper sticker that was common in the United States in the 1960s, in response to the anti-War and Civil Rights protests: "America: Love It or Leave It!" One can see the kernel of the same argument, and the consent argument generally, in Plato's "The Crito". Plato has Socrates describing "The Laws" as stating:

"[B]y giving leave to any Athenian who wishes, that when he had been admitted to the rights of manhood and sees things in the City and its Laws which do not please him, he may take what is his and go either to one of our colonies or a foreign land. ... But whoever among you stays, recognizing the way we render judgment and govern other affairs of the City, to him at that point we say that by his action he has entered agreement with us to do as we bid."

Plato, 'The Crito', 51d-e, in Plato, *The Dialogues of Plato* (R. E. Allen trans.), vol. 1, 117-129, at 127.

BRIAN H. BIX

moral weight *can* be placed on ambiguous actions,⁹ and whether, even if these actions do entail moral duties, these can extend to even relatively trivial laws or circumstances, where disobedience will neither harm others nor undermine a generally just legal system.

There is a related argument, based on gratitude. The gratitude argument is, roughly speaking, that citizens “owe” obedience to the state (at least for governments sufficiently fair and just that they provide services and do not oppress the citizens), in return for all the benefits received (police protection, fire protection, national security, public education, infrastructure, the legal system, etc.).¹⁰ Critics question the extent to which gratitude is appropriate if benefits are not asked for, or if the giver benefits from the actions. Additionally, critics wonder if the giver of a benefit has any right to set the terms of gratitude, or whether “obedience to all laws” is more than the state has reason to expect by way of gratitude for its actions.¹¹

One sometimes hears consequentialist arguments for the obligation to obey the law. The best-known example is that of Thomas Hobbes, who argued for an obligation to obey on the basis that the alternative to obedience was chaos, the state of nature, the war or all against all.¹² (Hobbes’ view of the obligation to obey is broad, and does not depend on the government’s being generally just, but it is not absolute. Under Hobbes’ view, citizens retain the right to disobey the sovereign to defend their own lives, or if the sovereign has failed to keep its end of the social contract by not maintaining civil peace.)

A somewhat different argument sometimes offered for an obligation to obey the law is based on “fair play.” This argument is differ-

⁹ There is, of course, the substantial (and mostly critical) literature about John Locke’s idea of “tacit consent.” See John Locke, *Two Treatises of Government* (P. Laslett (ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 1988 [1689]), §2.120; Alex Tuckness, “Locke’s Political Philosophy” (2016) §4, in Edward N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy* <<https://plato.stanford.edu/entries/locke-political/>>

¹⁰ Once again, an early version of this argument can be found in Plato. Plato, *supra* note 9, 50d-e, 51d, at 125, 126.

¹¹ See Smith, *supra* note 2, at 953-954.

¹² Thomas Hobbes, *Leviathan* (Richard Tuck, ed., Cambridge University Press 1998) [1651], ch. 20, at 144-145.

THE MORAL OBLIGATION TO PERFORM CONTRACTS...

ent, not least in the way that the purported duty is owed to fellow citizens, not to the state. The idea is that society is a joint project, in which all make sacrifices and gain benefits, and for individuals to take the benefits without making their share of sacrifices is a wrong done to other members of the joint project.¹³ A skeptic of this approach might suggest that if a particular illegal action did not undermine society (perhaps because it was morally trivial, and was not seen by impressionable observers) and did not directly harm any other individual, it is unclear on what ground one's fellow citizens could justly complain.¹⁴

To the view that one has, at most, a legal obligation to obey (or at least comply with) *some* legal rules, but not all of them (even in a generally just legal system), supporters of a general moral obligation argue that legal systems are seamless webs, that burdens and benefits are distributed across persons and across topics. Additionally, the argument goes, a theory that encourages citizens to pick and choose when they think they have a moral obligation to obey invites inevitably error-prone and self-serving choices.¹⁵

What if one concludes that there is an obligation to obey the law (even if only a presumptive obligation, and only for generally just legal systems)? Would it then follow that one has an obligation to keep contracts? As already noted, the structure of the analysis appears to differ. Most obviously, "obeying" laws already seems different from "keeping" contracts. Our legal system¹⁶ does not *require* people to perform contracts, the way that it requires them not to steal or to pay a certain percentage of their income to the government. As will be discussed in Section V, the law's message on contracts is more along the lines of "either perform or pay damages." Generally speaking, one is not jailed, or even fined, for failing to perform one's contracts. In American contract law, damages are meant to be compensatory, not

¹³ See Smith, *supra* note 2, at 954-958.

¹⁴ See *id.* at 958.

¹⁵ See, e.g., John Finnis, 'Law as Co-ordination' (1989) 2 *Ratio Juris* 97.

¹⁶ The text is speaking here about the American legal system. It is also true of a number of other legal systems with which I am familiar, but I certainly make no claim to speak about *all* legal systems.

BRIAN H. BIX

punitive. And the obligation to pay compensation generally does not require on the existence of “fault,” nor does it vary with the level of fault.

As will be seen, the relationship between one’s views on the general moral obligation to obey the law and one’s views on the moral obligation to keep one’s contracts is necessarily complex. As one moves the subject from the whole legal system (and every legal rule promulgated) to the smaller focus of agreements, the considerations change, not least in the starting assumption that one has consented to each of one’s contractual agreements in a way that one has not to each of the legal system’s rules. More on this below.

III. THE RELEVANCE OF CONTRACT THEORY

Contract law theory (and theories of other doctrinal areas of law) are meant to “explain” the law, to show its essence. Thus, different contract law theories present a different picture of what is going on in the practice of making contracts and the practice of enforcing them. It then seems reasonable to ask whether one’s choice of the “correct” or “best” theory of contract law might have implications for the analysis regarding the moral obligation to keep contracts.

For example, if contracts are essentially promises,¹⁷ it would seem reasonable to note the (presumptive) immorality of breaking one’s promise. Or if contracts are essentially about the creation of reasonable reliance in other parties,¹⁸ it might seem reasonable to note the (presumptive) immorality of acting contrary to such reasonable reliance. On the other hand, if contract rules are just about maximizing wealth or preference satisfaction,¹⁹ the (im)moral force of not performing as contractually obligated is less clear, or at least less powerful.

¹⁷ See, e.g., Charles Fried, *Contract as Promise* (2nd ed., Oxford, 2015); Seana Valentine Shiffrin, “Is a Contract a Promise?,” in Andrei Marmor (ed), *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (Routledge 2012) 241-257.

¹⁸ Cf. Grant Gilmore, *The Death of Contract* (Ronald K. L. Collins, ed., Ohio State University Press 1995)

¹⁹ See, e.g., Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* 95-158 (9th ed., 2014)

THE MORAL OBLIGATION TO PERFORM CONTRACTS...

That last point may be too quick. One could easily imagine a rule utilitarian approach, under which legal rules in general, and contract doctrines in particular, are chosen —or *should be* chosen— on the basis that these are the principles which, if followed, will generally maximize collective utility. All of this assumes, of course, that rule utilitarianism is the best approach for matters of policy or morality, and that, of course, is highly contested. And there is an obvious twist to consider: that the best approach for lawmakers in constructing a legal system and promulgating legal rules may not necessarily be the best approach for individuals responding to legal rules. Even within a rubric of rule utilitarianism, and even assuming that lawmakers have promulgated the rules and doctrines which will work best to maximize utility, it does not follow that a rule utilitarian citizen should adopt the rules, “do as the law prescribes” or “keep one’s (valid) contracts”.

In thinking about how contract law, *qua* promise or *qua* consent, might bind us, it might be instructive to recall David Hume’s well-known critique of social contract theories of government.²⁰ One part of Hume’s critique was that the legitimacy of government cannot be based on the consent of the governed or the promises of the governed, because allegiance to government and fidelity to promises are grounded in the same way, and if one is problematic than so is the other. Hume considers three possible grounds for moral obligation: the moral obligation to do what one has consented to, the moral obligation to do what one has promised to do, and the moral obligation of allegiance to government and law. Hume argues that all three are justified (*if* they are justified) by social utility.

(The point of the present discussion is not that Hume is necessarily correct on these judgments -- though one should not casually dismiss views offered by a thinker of his stature. The point is that analysis in the present topic may quickly bring us to difficult foundational questions, where there remains significant controversy. There are substantial literatures on whether and when we have moral obli-

²⁰ See David Hume, *Moral Philosophy* (Geoffrey Sayre-McCord, ed., Indianapolis: Hackett 2006), pp. 361-375 (“Of the Original Contract”); see also Jeffrie G. Murphy, ‘Hume and Kant on the Social Contract’, 33 *Philosophical Studies* 65-79 (1978).

BRIAN H. BIX

gations based on consent, promise, or agreement.²¹ And it may be that one cannot take a view on the (relatively speaking) small question of an obligation to keep one's contracts without taking a position on those more foundational questions.)

Returning to the inquiry about the connection between contract theory and one's obligation to keep one's contracts, it should be added that if one is skeptical about contract theory generally,²² or if one believes that contract law expresses a plurality of values,²³ then contract theory will offer little to no guidance on the moral obligation question.²⁴

IV. CONSENT AND OBLIGATION

The connection between consent and contract law is complicated. On one hand, the idea (or ideal) of "freedom of contract" —that one has only those contractual duties one has chosen— is central to modern contract law thinking. On the other hand, we are all aware that the level of consent in a large percentage of contracts is far from optimal.

²¹ On consent, see, e.g., Franklin G. Miller & Alan Wertheimer (eds), *The Ethics of Consent: Theory and Practice* (Oxford, 2010); Andreas Müller & Peter Schaber (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent* (Routledge, 2018). On promises and agreements, see, e.g., Hanoch Sheinman (ed), *Promises and Agreements: Philosophical Essays* (Oxford 2011); Allen Habib, "Promises" (2014), in Edward N. Zalta (ed), *Stanford Encyclopedia of Philosophy* <<https://plato.stanford.edu/entries/promises/>>

²² See, e.g., Peter A. Alces, *A Theory of Contract Law: Empirical Insights and Moral Psychology* (Oxford 2011) (arguing that there can be no unified and comprehensive interpretive theory of contract law).

²³ See, e.g., Roy Kreitner, 'On the New Pluralism in Contract Theory' (2012) 45 *Suffolk University Law Review* 915.

²⁴ In this section, I have referred to theories of contract that emphasize promise, consent, reliance, and utility/efficiency, as well as pluralist and skeptical theories. I understand that this list is not comprehensive, as it leaves out, among others, reliance-based theories, property theories, will theories, and civil recourse theories. I intend no dismissal of those approaches by not mentioning them in the main text of the section.

THE MORAL OBLIGATION TO PERFORM CONTRACTS...

If one views full (or “perfect”) consent as a combination of full information, reasonable alternatives, and no coercion, it is easy to see that most contracting (especially by those with less power: most consumers, employees, and tenants, and many commercial parties as well) falls far short. In contracts today, one or both parties may lack full information, and one or both parties may lack reasonable alternatives (*e.g.*, because of economic necessity or because all available vendors provide the same terms).

For the most extreme failures of consent, American contract law allows a doctrinal response: agreements that are the product of certain forms of duress, misrepresentation, and mistake, can be rescinded by the party victimized.²⁵ However, these are only the most egregious cases, and many types of less than optimal consent will evoke no doctrinal defenses to enforcement of the agreement. There are, to be sure, a small number of doctrinal questions for which lesser showings of defective consent might be relevant, but these are few and of less significance. The best example may be how a court may refuse to grant specific performance in response to a breach of contract, if the court believes that the party seeking the order has overreached.²⁶

At what point does defective consent defeat any moral obligation one might have to perform? Consider one parameter along which consent is generally defective. In many of our agreements, we do not have reasonable alternatives. In this sense, we have no choice but to accept certain terms. For example: I may need a job, desperately, to support my family, pay the rent, and obtain adequate health insurance, but all the available jobs in my community for my skill level pay the same wages, contain the same mandatory arbitration provision (with class-action waivers), and contain the same non-compete clauses. Or, a different example: having a cell phone may be a near-necessity for my work and for everyday life, but the contracts for all

²⁵ See, *e.g.*, *Restatement (Second) of Contract* §§ 151-177 (1981).

²⁶ In a way, this is just a specific instance of the general attitude within equity, whereby parties seeking an equitable remedy must come in “with clean hands” (and that one must “do equity to get equity”). See E. Allan Farnsworth, *Contracts* (4th ed., Aspen 2004), §12.4, at 741-742.

BRIAN H. BIX

the cell phone providers may contain the same limitation of liability and warranty provisions, and comparable choice of law and choice of forum provisions.

Yet, even where there is no real choice about certain provisions, and even where there are good arguments that the terms are unfair (while falling short of “shock the conscious” or “egregiously unfair”), one might hesitate to say that this is sufficient to undermine a moral obligation to perform one’s contracts.²⁷ After all, if consent significantly below the optimal were enough to remove the moral obligation to perform, this might mean that there is no such obligation for the vast majority of the agreements we enter as consumers, employees, tenants, etc. Is that not, then, a *reductio ad absurdum* of this line of analysis?

Not necessarily. Again to borrow the analogy with whether there is a moral obligation to obey the law, a number of theorists who doubt that there is a general (presumptive) moral obligation, argue that this conclusion, if true, would not lead to anarchy, even if believed by most people. The argument is that most people would still follow most of the (more important) laws most of the time, in part because those laws tend to track and pre-existing moral obligations, and in part because we have prudential reasons to avoid legal sanctions (and the reputation of being a “law-breaker”).²⁸ Similarly, people will keep their contracts most of the time, just as they will obey the law most of the time, even if they do not think they have a general moral obligation to do so. There may be individual contracts one believes one has a moral obligation to keep (perhaps because one has been treated well or because the other party is reasonably relying on one’s keeping the agreement). Additionally, one might have ample prudential reasons to perform: not wanting to be sued (with all the trouble and expense that entails), wanting to have the reputation of someone who performs one’s contracts, and so on.

²⁷ Here and elsewhere, if one did not believe that there is an initial or presumptive obligation to obey, then talk of erasing or undermining that obligation would obviously be out of place.

²⁸ See Smith, *supra* note 2, at 969.

THE MORAL OBLIGATION TO PERFORM CONTRACTS...

A more substantive response would be the mere lack of (reasonable) alternatives, without more, is not sufficient to remove or reduce one's moral obligations. If the terms are reasonable, that fact that one had little choice in accepting them need not be morally problematic, even if it is far from ideal. What arguably raises more serious moral problems are certain kinds of provisions in standard forms: provisions buried deep in the contract, with language almost impossible for non-lawyers (and many lawyers) to understand, terms not brought to the attention of the party being presented with the form, and the content is substantively one-sided and unreasonable.

Karl Llewellyn, when discussing standard forms 60 years ago, argued that parties consented expressly to the main, dickered terms, and offered "blanket assent" to all "not unreasonable" terms hidden in the fine print.²⁹ However, what of terms that *are* unreasonable (and *not* brought to the attention of the other party)? There would be a significant argument that one has not really consented to such terms, and that one would, in any event, not have a moral obligation to comply with such provisions.

Two matters to note, briefly, about this last argument. First (and perhaps obviously), good-faith observers can differ as to what counts as a "reasonable" or an "unreasonable" term. One salient example: many people use the cross-collateral provision in sales of goods made by Walker-Thomas Furniture (detailed in a well-known case) as a paradigm of an "unconscionable" term,³⁰ while Richard Epstein offers a strong argument that such provisions were in fact eminently reasonable, given the high credit risk of the customers of that store.³¹ Of course, we should not be surprised by the existence of controversy surrounding moral judgments. Secondly, there is a question of whether sufficiently express consent would alter the

²⁹ Karl N. Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* 362-371 (Little Brown 1960). More recently a similar position was endorsed by Randy Barnett. Randy E. Barnett, 'Consenting to Form Contracts' (2002) 71 *Fordham Law Review* 627-645

³⁰ *Williams v. Walker-Thomas Furniture*, 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965).

³¹ Richard A. Epstein, "Unconscionability: A Critical Reappraisal" (1975) 18 *Journal of Law and Economics* 295, 306-308

BRIAN H. BIX

evaluation. What if a (concededly) unreasonable term had been expressly brought to the attention of the party being presented with the standard form, the meaning and implications of that term clearly explained, and that party initialed the provision? Would that always (sometimes?, never?) be enough to create a moral obligation to comply with the term? This Part is, after all, about the significance of consent: how its absence or defects in it might affect our moral obligations. It is worth asking the inverse question: to what extent (relatively) express or full consent can overcome moral objections.

V. CORRECTIVE JUSTICE, COMPENSATION AND DISTRIBUTIVE JUSTICE

A number of theorists have constructed theories of tort law that are centered on corrective justice.³² It is less common to see theories of contract law foreground corrective justice, but there is no question that corrective justice (or something like it) is a central element of contract law. Breach of contract is essentially an argument by one party to a contract that he or she has been harmed by the other party, and that the court should order some remedial action (payment of money damages or, less commonly, an order to perform) that will correct the harm, or at least lessen it.

Even if one rejects a corrective justice view of contract law (perhaps preferring what is considered the diametrically opposed view, based on efficiency or utilitarianism), it remains the case that contracts involve promises of performance (whether doing an action, payment of money, transfer of real or intellectual property or some other consideration), and contract law promises orders to pay compensatory damages if parties fail to do whatever they promised. I want to focus on the obligations —whether to perform or to pay— and consider them in relation to other duties and other actual or potential harms.

³² See, e.g., Stephen Perry, "Tort Law," in Dennis Patterson (ed), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (2nd ed., Wiley Blackwell 2010), 64-89 at 81-88 (summarizing corrective justice and rights-based theories of tort law).

THE MORAL OBLIGATION TO PERFORM CONTRACTS...

One question that has arisen in connection with tort law, and has relevance for contract law as well, is how we should treat the relationship between distributive justice and corrective justice.³³ Distributive justice, of course, is the justice in the distribution of benefits and burdens in society. By many accounts, ours is a society of significant distributive *injustice*. This is not the place to debate the merits of this conclusion, but let us accept it as true for the purpose of the present discussion. Would that injustice ever affect claims under corrective justice: specifically, would the obligation to compensate be affected if people who have far less than they should (due to unjust discrimination, oppression, lack of opportunity, etc.) cause damage through a negligent or intentional action against people who have far more than they should (for comparably unjust and unjustifiable reasons), or when the oppressed breach a contract with their oppressors?

In the abstract, considerations of corrective justice seem to be “independent” of considerations of distributive justice. However, the “folk justice” held by many is that it may be acceptable to lie, cheat, or steal when one is dealing with those who have wealth or power grounded on injustice – large and evil corporations, etc. The notion that the unfortunate and powerless should be favored in any conflict with the fortunate and powerful is a common instinct; it is perhaps noteworthy that the Bible warns judges equally against favoring the poor and against favoring the powerful.³⁴

For the present inquiry: does it affect the analysis of the moral obligation to perform one’s contracts if the parties to the agreement are themselves in an unjust relationship (*e.g.* an exploitative employment relationship), or if they have vastly different resources in part because of past and present unjust social practices? There are, of course, some forms of exploitation and bad behavior that American contract law responds to directly, where the behavior occurs in the formation of the agreement or in its performance. As already noted, certain forms of misrepresentation, duress, and undue influence can

³³ See, *e.g.*, Jules L. Coleman, *Risks and Wrongs* (Cambridge 1992), pp. 350-354.

³⁴ Leviticus 19:15: “Do not pervert justice; do not show partiality to the poor or favoritism to the great, but judge your neighbor fairly” (New International Version).

BRIAN H. BIX

be grounds for rescinding an agreement.³⁵ An agreement (or term in an agreement) sufficiently unfair on both substantive and procedural grounds can be invalidated under the doctrine of unconscionability.³⁶ And certain forms of advantage-taking in the performance of an agreement will constitute a breach of the implied covenant of good faith (and thus a breach of contract).³⁷ Additionally, as noted above, there are some forms of overreaching that, though they will not ground a claim of rescission, may be the basis for denying equitable remedies (*e.g.*, denying a claim for specific performance).³⁸

However, all of those doctrines, collectively, leave a lot of room for exploitation in the agreement itself or in the relationship (employment, landlord-tenant, franchisor, consumer, etc.) within which the agreement occurs. If one's employer (or the employer's agents) treats one very badly at work, at some point does one's obligation to keep one's contractual obligations to the company cease, or at least alter? Again, this is one of those situations where common folk understanding likely diverges from the view of ethicists. There is a common (though, of course, not universal) view that what one owes a bad employer is significantly less than complete compliance with one's employment-contract duties.

Consider an analogy: under the law in many places, A's financial obligation to B under one transaction can be "set off" against B's obligation to A under a second transaction. There is no point imposing an obligation to pay a large sum in one direction, if a comparably large, or even larger, obligation to pay is due in the other direction. It is better that the two be combined for a smaller sum to be paid in the appropriate direction, which takes into account both obligations.³⁹ One might argue that the folk thinking is comparable with contracts amid unjust relationships: that one can take into account another's

³⁵ See *supra* note 26.

³⁶ See, *e.g.*, *Uniform Commercial Code* § 2-302; *Restatement (Second) of Contracts* § 208.

³⁷ See Farnsworth, *supra* note 27, §7.17, at 488-500.

³⁸ See *supra* note 27.

³⁹ See, *e.g.*, *Matter of Midland Ins. Co.*, 79 N.Y.2d 253, 590 N.E.2d 1186, 582 N.Y.S.2d 58 (1992) (reinsurer could offset money owed to insolvent insurer against amounts insurer owed under separate contracts).

THE MORAL OBLIGATION TO PERFORM CONTRACTS...

wrongful behavior in “adjusting” what one owes that person or entity under an agreement.

VI. KEEPING ONE’S CONTRACTS

When one speaks of a moral obligation to perform, what is meant here by performance? There is an obvious sense that one performs one’s contract when one does the action one has promised to do: to paint the outside walls of a house, to sing a particular role in an opera on a certain night, or to pay for a service after it has been completed or a good after it has been delivered. A combination of the terms of an agreement and the doctrinal rules may indicate that one’s duty to do a promised performance may be suspended or ended by the failure of the other contractual party to perform adequately or at all,⁴⁰ but the present discussion will focus on circumstances where performance has *not* been suspended or ended in this way.

There is a tradition that views contracts as a kind of option: that the promisor should be understood as having a choice between performing the action promised and paying a certain amount of damages. This view goes back to Oliver Wendell Holmes,⁴¹ and has been more recently championed by some law and economics theorists.⁴² Under this approach, all contracts become a kind of “pay or play” agreement.

The question, thus, is whether (other things being equal⁴³) one’s moral obligation is properly focused on the promised performance,

⁴⁰ See, e.g., *Restatement (Second) of Contracts* § 237.

⁴¹ “The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it -- and nothing else”. Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law”, (1897) 10 *Harvard Law Review* 457, 462. Also: “The only universal consequence of a legally binding promise is, that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass”. Oliver Wendell Holmes, *The Common Law* 236 (Mark DeWolfe Howe, ed., 1963) (1881).

⁴² See, e.g., Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* §4.16, at 152-54 (9th ed., 2014).

⁴³ In particular, bracketing off situations where here may be specific/contextual countervailing moral considerations, e.g., where the promised performance involves an evil act (e.g., a promise to kill someone).

BRIAN H. BIX

or instead on *either* doing the promised performance *or* paying damages. If the former, then breach of contract will frequently, perhaps presumptively, be immoral; if the latter, then breach of contract is never, on its own, immoral, at least where one promptly pays the appropriate level of damages.⁴⁴ As to the latter position, it might still be argued that it can be immoral to force the other party to sue for damages – thereby suffering significant delays, uncertainty about recovery, and significant attorney’s fees.⁴⁵

Certainly most people equate keeping a contract (like “keeping a promise”) with performing as stated in the agreement, and do not view prompt payment of damages for non-performance as equivalent. (Just as few would see as equivalent, (a) doing what one promised, and (b) apologizing promptly and sincerely for *not* doing what one promised.⁴⁶) There is a stubborn intuition that performance is the primary objective of contracts, however much the remedial structure of (American) contract law might support the equivalence of performance and payment-for-nonperformance.⁴⁷

⁴⁴ Cf. Steven Shavell, “Is Breach of Contract Immoral?,” 56 *Emory Law Journal* 439 (2006); Seana Shiffrin, ‘*Could* Breach of Contract Be Immoral?’, (2009) 107 *Michigan Law Review* 1551 [hereinafter, Shiffrin, “Immoral”]; Steven Shavell, ‘Why Breach of Contract May Not Be Immoral Given the Incompleteness of Contracts’, (2009) 107 *Michigan Law Review* 1569.

⁴⁵ Those who write with approval about “efficient breach” often seem to ignore the way that “breach” in practice is far from “efficient,” especially in the costs it imposes on the non-breaching party.

⁴⁶ It may be that the appropriate remedial response to not keeping a promised performance is to offer a performance as close to that as possible (taking the children to the beach tomorrow when one is unable to do it today). See, e.g., John Gardner, “What is Tort Law For? Part 1: The Place of Corrective Justice”, (2011) 30 *Law and Philosophy* 1, 28-29. However, the basic point remains: one usually equates “keeping one’s promise” with the primary promise, not the secondary or remedial promise.

⁴⁷ See, e.g., Shiffrin, “Immoral,” *supra* note 45; see also *Uniform Commercial Code* § 2-609, Comment 1 (“the essential purpose of a contract between commercial men is actual performance and they do not bargain merely for a promise, or for a promise plus the right to win a law suit”).

VII. CONCLUSION

Does one have an obligation to keep one's contracts? For many people, the initial inclination would be to answer "yes," based on the strong association of contracts and promises, combined with the belief that, other things being equal, one should keep one's promises. A closer examination of the question of the moral obligation to keep one's contracts, however, raises complications and doubts.

First, many have questioned the connection between contract and promises, arguing that contracts and contract law are best understood in some other way (*e.g.*, as being about consent/autonomy or about efficiency/utility). Second, many are inclined to think that our duty to keep our agreements varies with how far the decision to enter the agreement deviated from optimal consent, or with facts about the fairness of the background relationship and society generally.

It seems likely (and not terribly surprising) that one's obligation to keep a contract will vary with its circumstances. Injustice in society, in the underlying relationship, in the negotiation of the agreement, or in the agreement's terms would work against any such moral obligation. If this is right, then the starting point of discussions about the moral obligation to keep contracts varies from the starting point of discussions about the moral obligation to obey the law. On the latter topic, for a long time it was assumed that, at least for generally just legal systems, a moral obligation applied equally to all laws, though one might then argue about the defeasibility of that obligation in particular cases. With contracts, people seem less inclined to assume that all contracts bind equally (or, as they say regarding legal rules and commands, in a "content-independent way"⁴⁸).

There remain questions of what the content of the obligation to keep one's contract would be, assuming that there is one. Most of us would assume that it is an obligation actually to perform (unless there are good reasons not to), but some would argue merely for an obligation to perform *or pay damages*. Though the *prompt pay-*

⁴⁸ See, *e.g.*, H. L. A. Hart, *Essays on Bentham* 254-255 (Oxford 1982) (on laws and commands as "content independent reasons").

BRIAN H. BIX

ment of damages —without disputing the breach, claiming a lower amount of damages, or threatening protracted and expensive litigation— would already be a significant advance on current common commercial practices.

VIII. REFERENCES

- ALCES Peter A., *A Theory of Contract Law: Empirical Insights and Moral Psychology* (Oxford 2011).
- AUSTIN Regina, ‘The Black Community,’ Its Lawbreakers, and a Politics of Identification’, (1992) 65 *Southern California Law Review* 1769.
- BARNETT Randy E., ‘Consenting to Form Contracts’ (2002) 71 *Fordham Law Review* 627-645.
- BUTLER Paul, ‘Racially Based Jury Nullification: Black Power in the Criminal Justice System’ (1995) 105 *Yale Law Journal* 677.
- COLEMAN Jules L., *Risks and Wrongs* (Cambridge 1992) 350-354.
- EDMUNDSON William A. (ed), *The Duty to Obey the Law: Selected Philosophical Readings* (Rowman & Littlefield 1999).
- EKOW N. Yankah, ‘Whose Burden to Bear? Privilege, Lawbreaking and Race’, *Criminal Law and Philosophy* (forthcoming 2019), <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11572-019-09503-x>>.
- EPSTEIN Richard E., ‘Unconscionability: A Critical Reappraisal’, (1975) 18 *Journal of Law and Economics*, 295, 306-308.
- FARNSWORTH Allan E., *Contracts* (4th ed., Aspen 2004), §12.4, at 741-742.
- FINNIS John, ‘Law as Co-ordination’ (1989) 2 *Ratio Juris* 97.
- FRIED Charles, *Contract as Promise* (2nd ed., Oxford 2015).
- GARDNER John, ‘What is Tort Law For? Part 1: The Place of Corrective Justice’, (2011) 30 *Law and Philosophy* 1, 28-29.
- GILMORE Grant, *The Death of Contract* (Ronald K. L. Collins, ed., Ohio State University Press 1995).

THE MORAL OBLIGATION TO PERFORM CONTRACTS...

- HABIB Allen, 'Promises', in Edward N. Zalta (ed), *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2014) <<https://plato.stanford.edu/entries/promises/>>.
- HART H. L. A., *Essays on Bentham* (Oxford 1982) 254-255.
- HEATH Wellman Christopher & Simmons A. John, *Is There a Duty to Obey the Law?* (Cambridge 2005).
- HOBBS Thomas, *Leviathan* (Richard Tuck, ed., Cambridge University Press 1998) [1651], ch. 20 144-145.
- HUME David, *Moral Philosophy* (Geoffrey Sayre-McCord ed, Hackett 2006) 361-375.
- KREITNER Roy, 'On the New Pluralism in Contract Theory', (2012) 45 *Suffolk University Law Review* 915.
- LLEWELLYN Karl N., *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* (Little Brown 1960).
- LOCKE John, *Two Treatises of Government* (P. Laslett ed, Cambridge University Press, 1988 [1689]).
- MILLER Franklin G. & Wertheimer Alan (eds), *The Ethics of Consent: Theory and Practice* (Oxford 2010).
- MÜLLER Andreas & SCHABER Peter (eds), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent* (Routledge 2018).
- MURPHY Jeffrie G., 'Hume and Kant on the Social Contract', (1978) 33 *Philosophical Studies* 65-79.
- PERRY Stephen, 'Tort Law' in Dennis Patterson (ed), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (2nd. ed., Wiley Blackwell 2010) 64-89 at 81-88.
- PLATO, "The Crito," 51d-e in Plato, *The Dialogues of Plato* (R. E. Allen trans.), vol. 1, 117-129, at 127.
- POSNER Richard A., *Economic Analysis of Law* (9th. ed., 2014) 152-154.
- POSNER Richard A., *Economic Analysis of Law* 95-158 (9th ed., 2014).
- RAZ Joseph, *Ethics in the Public Domain* 325-338 (Oxford 1994).

BRIAN H. BIX

- REGAN Donald H., 'Reasons, Authority, and the Meaning of 'Obey': Further Thoughts on Raz and Obedience to Law', (1990) 3 Canadian Journal of Law & Jurisprudence 3, 15.
- SHAVELL Steven, 'Is Breach of Contract Immoral?', (2006) 56 Emory Law Journal 439.
- SHAVELL Steven, 'Why Breach of Contract May Not Be Immoral Given the Incompleteness of Contracts' (2009) 107 Michigan Law Review 1569.
- SHEINMAN Hanoch (ed), *Promises and Agreements: Philosophical Essays* (Oxford 2011).
- SHIFFRIN Seana Valentine, "Is a Contract a Promise?" in Andrei MARMOR (ed), *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (Routledge 2012) 241-257.
- SHIFFRIN Seana, "Could Breach of Contract Be Immoral?" (2009) 107 Michigan Law Review 1551.
- SMITH M. B. E., "Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?", (1973) 82 Yale Law Journal 950.
- TUCKNESS Alex, "Locke's Political Philosophy" (2016) §4, in Edward N. ZALTA (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <<https://plato.stanford.edu/entries/locke-political/>>.

ADVERTISING AS GUARANTEEING: A DEFENSE OF STRICT LIABILITY *

LA PUBLICIDAD COMO FACTOR DE GARANTÍA: EN DEFENSA DE UNA ESTRICTA RESPONSABILIDAD

Jeffrey S. HELMREICH**

Resumen:

En muchas jurisdicciones, los publicistas son considerados estrictamente responsables de las declaraciones falsas de hechos. Esto puede parecer que se sale del enfoque moral ordinario del discurso, según el cual los individuos describen sus actividades —la comida que prepararon anoche o la habitación que prepararon para los invitados—, sólo tienen que ser sinceros y cuidadosos con lo que dicen; si se esfuerzan en hacer las cosas bien, moralmente están libres de culpa si se equivocan. Esto pudiera dar pie a que se pensara que la responsabilidad objetiva por la publicidad falsa constituye una desviación de la moralidad ordinaria o un contexto especial que se justifica por un estándar moral distinto a la norma. En este caso, sostengo, más bien, que las deudas comerciales suelen asumir la forma conocida de una acción verbal, en concreto garantías, de las que pretendo demostrar que los interlocutores ya son moralmente responsables de la veracidad, independientemente del error. Por esa razón, sostengo que la responsabilidad objetiva de la publicidad falsa no sólo es justificable, sino que es natural e inevitable.

Palabras clave:

* Artículo recibido el 20 de enero de 2020 y aceptado para su publicación el 6 de Agosto de 2020.

** University of California, Irvine, mail: jhelmrei@uci.edu, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9237-8796>. For invaluable feedback on earlier versions, I thank Scott Altman, Brian Bix, Barbara Herman, Greg Keating, Jonathan Quong, Nomi Stolzenberg, Wil Waluchow, Gary Watson and especially Seana Shiffrin and Juan Vega, along with audiences at the workshops they led at the University of California, Los Angeles and the National Autonomous University of Mexico (UNAM), respectively.

JEFFREY S. HELMREICH

Estricta responsabilidad legal, invitación a la confiabilidad, garantías, ética de garantía, descripciones de productos corporativos.

Abstract:

In many jurisdictions, advertisers are held strictly liable for false statements of fact. This may seem to depart from the ordinary moral treatment of speech, whereby individuals describing their activities —the food they cooked last night or the room they prepared for guests— are held only to being sincere and careful about what they say; if they tried hard to get things right, they are morally in the clear if they turn out mistaken. That may invite the thought that strict liability for false advertising is either a departure from ordinary morality or a special context justifying a different moral standard from the norm. Here, to the contrary, I argue that commercial claims often take the form of a familiar type of speech act, namely guarantees, for which, I try to show, speakers are already morally responsible for accuracy, regardless of fault. For that reason, I argue, strict liability for false advertising is not only justifiable, but natural and inevitable.

Keywords:

Legal Strict Liability, Inviting Reliance, Guarantees, Ethics of Guaranteeing, Corporate Product Descriptions.

ADVERTISING AS GUARANTEEING: A DEFENSE OF STRICT LIABILITY

SUMMARY: *I. Legal Strict Liability. II. Inviting Reliance. III. Guarantees. IV. Objections. V. References.*

Clara is allergic to peas, so she asks her friend Jon if his homemade sugar-free iced tea has a pea ingredient. After considering every detail of how he made the drink, he answers her: “No, I used no such ingredient. Would you like some?” She drinks it and, despite his reassurance, suffers an allergic reaction to the tea’s sugar substitute, aspartame, which —unbeknownst to Jon— was derived from peas.² Is Jon to blame? May he be held accountable? One reason why not, it might be said in his defense, is that his claim about the tea was reasonable, sincere and made in good faith. In short, he was blameless in coming to the false conclusion about the tea and voicing it to Clara, and for that reason, he should not be held accountable for it.

Imagine, instead, that Clara passes a display table offering sample cups of Slapper Ice Tea. Ringing the bottle are the stickered words: “Allergen-free: no pea, bean, nut or soy ingredients,” a claim backed up by the list of contents below. She drinks it and, again, has an allergic reaction, this time because Slapper’s supplier had secretly replaced the expensive sweetener it was contracted to provide with the much cheaper aspartame, of the form Jon had used. The company never found out. Can Slapper avoid responsibility in just the way Jon might, by claiming —plausibly enough— that its production of the tea, though injurious, was entirely without fault?

The law, at least in the US and a number of other countries, says no: Slapper —like any other company— is strictly prohibited from falsely describing its products in its public or promotional material.³ It does not matter whether it could have avoided the error; its

² This is no longer universally true; other protein sources can be used to synthesize aspartame.

³ The Lanham Act, 15 U.S.C. §§ 1051 et seq. At one point, it might have pleaded “contribution,” citing the supplier’s role in the affair, assuming it somehow found out. *In re Masters Mates & Pilots Pension Plan*, 957 F.2d 1020, 1028 (2d Cir. 1992). But as a false advertiser it would fall under the Lanham Act, for which courts have resisted such arguments. *Getty Petroleum Corp. v. Island Transportation Corp.*, 862 F.2d 10 (2d Cir. 1988). The legal prohibition on false advertising, however, does not

JEFFREY S. HELMREICH

good faith or reasonable judgments about the matter—even taking into account its greater access to information than a layperson like Jon—are irrelevant. While it may avoid criticism, it cannot avoid accountability of some sort for the harm it inflicted by way of its misdescription.

Examples of this type of strict liability in the law are by now familiar, as is the way they often depart from ordinary moral treatment of the behavior involved. As such it is controversial, effectively punishing behavior that is morally above reproach and beyond the agent’s control. But the practice has been defended on grounds that the parties being held to it are uniquely suited to adhere to it, or better bearers of the cost of the harm they inflict, even faultlessly, than typical moral agents, or because some valuable purpose is served by enabling it in this domain, unlike in others.⁴ These sorts of arguments tend to view strict liability as a special context, in which we may be justified in treating parties differently from how we would ordinarily treat agents engaged in the same or similar behavior.

Here, in contrast, I will defend strict liability for false advertising, like Slapper’s misdescription, as a direct application of pre-existing moral principles, specifically the principles governing communication. I will argue that such corporate claims as “Lactose-free” or “lead-free” or “contains no pea ingredients” are instances of a type of speech act I call guarantees, which are morally held to being uttered accurately, not just sincerely or otherwise blamelessly. I will motivate the strict moral treatment of guarantees generally, and explain how it applies to advertising, while it does not apply to ordinary assertions, like Jon’s claim that his tea was pea-free.

I. LEGAL STRICT LIABILITY

In the later half of the 20th century, the U.S. undertook new measures to ensure fair competition among venders and manufacturers,

necessarily give rise to a tort claim on Clara’s part.

⁴ A most compelling argument of this sort, involving the type of trust that such liability enables, appears in Seana Shiffrin, ‘Deceptive Advertising and Taking Responsibility for Others’ in Anne Barnhill, Mark Budolfson, and Tyler Dogget (eds), *The Oxford Handbook of Food Ethics* (Oxford University Press 2018) 470-93.

ADVERTISING AS GUARANTEEING: A DEFENSE OF STRICT LIABILITY

specifically by expanding upon the restrictions already imposed in tort against misrepresenting their products, especially as they compare to those of their competitors. Most famously, the Lanham Act and various subsequent state laws provided that commercial labelers, and even advertisers more generally, are held to accurate descriptions of their products, such as “caffeine-free” or “BPA-free”, regardless of whether any misrepresentation is intentional or even negligent.⁵ A merely “false... description of fact” that “misrepresents the nature, characteristics, [or] qualities” of the goods one is selling is grounds for tort damages, even on behalf of those who suffered no harm but merely “believe” they are “likely to be damaged” by it.⁶ Moreover, such misrepresentation grounds restrictions on import.⁷ Again, such legal sanction is imposed regardless of fault; what matters simply is that claims about the product are false. The Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, in turn, bans labeling in a way that is “false or misleading in any particular”.⁸

Not all misrepresentation is prohibited by these legislative measures. Statements such as “The leading painkiller nationwide,” or “You will like the way you look!” are generally tolerated even if found false in some way or, at the very least, not known to be true by the speaker. These self-praising claims, known as “puffery,” are protected, at least in the U.S.⁹ Other countries have stricter standards, especially where the advertising is for products that bear heavily on public health, like food, beverages and medicine. Mexico’s laws against false advertising, for example, impose liability not only for claims that are untrue but for any that could be read in a way that misleads consumers, regardless of whether it is the most straightforward or reasonable reading.¹⁰

⁵ 15 USC § 1151.

⁶ 15 USC § 1125 (a)(1)(b).

⁷ 15 USC § 1125 (b).

⁸ 21 U.S.C. § 301 et seq.

⁹ See, e.g., *Vulcan Metals Co. v. Simmons Mfg. Co.*, 248 F. 853 (2d Cir. 1918) (holding that claims about the quality of a product, like that it would last a lifetime and perform perfectly, unlike claims about its manufacturing and sale history, are not actionable for false advertising).

¹⁰ General Health Law, Article 25 of the Products and Services Health Control

JEFFREY S. HELMREICH

Exactly what constitutes misrepresentation for legal purposes remains the bone of vigorous contention and litigation: is it a literal misrepresentation or merely a representation that is likely to be interpreted misleadingly? Must such “false” interpretations be reasonable to be actionable, or need they only be likely? For present purposes, I will sidestep these sorts of questions, only because the focus here is on whether misrepresentation, however it is understood, should be treated with strict liability, as opposed to conditioning liability on whether the misrepresentation — again, however we understand it— was blameless. Of course, in both law and everyday morality, there are complicated questions about how speech is to be understood, and from whose perspective (speaker or audience or neither), for purposes of determining whether it is misrepresentative, deceptive, accurate, and so on. Granting all that, however, it remains less controversial that there are genuine cases of intentional misrepresentation, for which one is morally accountable as a liar or something similar, while there are, on the other hand, cases of unwitting and blameless misrepresentation. Also uncontroversial is that, as a general matter, we do not hold people accountable for expressing their factual opinion about some matter merely because it misrepresents the fact, assuming they tried hard not to do so. And that is why the legal treatment of advertising is noteworthy: in quite a few jurisdictions, the law does impose liability even for blameless cases of misdescription.

Of course, ordinary morality is not the same thing as morality; there may be good moral grounds for imposing strict liability for false advertising even if we would not hold people morally responsible for identical misdescriptions in other contexts, such as when they expressed them blamelessly. As Seana Shiffrin has argued, such “expansion” of liability fosters a morally indispensable form of trust, whereby we trust corporate actors not only to behave in good faith but to get the facts right.¹¹ It is also arguably less prohibitive for busi-

Regulations, the Mexican Official Standard “NOM-051-SSA1/SCFI-2010, General labeling specifications for prepackaged food and beverages-Commercial and health information” (NOM-051s)

¹¹ Seana Shiffrin, ‘Deceptive Advertising and Taking Responsibility for Others’

ADVERTISING AS GUARANTEEING: A DEFENSE OF STRICT LIABILITY

nesses to bear the cost of even their blameless errors, when those costs would otherwise be borne by individual human consumers, who suffer harm as a consequence.¹²

Arguments of this sort, familiar to other discussions of strict liability, concede that the practice involves treating these players – advertisers, in particular – differently from how morality would otherwise regard and respond to people, such as ordinary citizens speaking freely about something they cooked or built. My focus, in contrast, is on whether strict liability in these contexts is even a *prima facie* departure from the moral treatment of speech. The coming sections constitute the case for why, in my view, it is not.

II. INVITING RELIANCE

Is strict liability for false advertising a legal innovation, however justified, or does it simply follow from how ordinary morality would treat a party like Slapper? To make the case for the latter, one would need to provide the moral grounds to treat such corporate claims as “No pea ingredients” or “no caffeine” differently from that of an ordinary person talking about the food he just prepared or the house he owns (“no pets ever lived here,” he might say to a guest). As a first pass, we might consider the hypothesis that what morally distinguishes commercial claims of fact, like “No pea ingredients,” from ordinary assertions is that the former invite reliance. They are directed at audiences so that they will act on these claims, for example by purchasing, consuming or otherwise using the products described, possibly to their detriment. In contrast, it might be claimed, Jon’s claim about his homemade tea was made in response to a question; he did not seek to get Clara to rely on his claim but simply provided his assessment when prompted. He did not ask her to try or taste the tea, using its alleged non-allergenicness as a ruse (as in “You

in A. Barnhill et al. (eds), *The Oxford Handbook of Food Ethics* (Oxford University Press 2018), especially pp. 471-82.

¹² For a discussion of the strict liability aspect of enterprise liability and its policy rationales, see Gregory Keating, ‘The Theory of Enterprise Liability and Common Law Strict Liability’ (2001) 54 *Vanderbilt Law Review* 1285-1337.

JEFFREY S. HELMREICH

must have this, it's completely allergen-free!"). Instead, she asked him about it, and he tried to answer honestly and accurately, only then asking if she'd like some. It would have altered his meaning had he added to his answer the phrase, "count on it," or "you can drink it safely," phrases that invite reliance. Slapper and other companies, in contrast, are expressing factual claims precisely so that they will be acted upon.

The hypothesis, then, is that such commercial claims count as utterances Judith Thomson identifies as "giving one's word,"¹³ which—if true—would justify strict liability. On Thomson's account, when someone utters an assertion like "the building is empty," inviting others to rely on it—by adding, say, "I give you my word," or "That's a promise," or "Count on it!"—and the other accepts this invitation, as in saying "OK," the other "acquires a claim" against the inviter, or speaker, to the truth of his assertion.¹⁴ The speaker, in other words, owes the audience that the utterance be accurate, the word-giving be true. And this is so regardless of whether she would be blameworthy in misspeaking. If a claim like "The building is empty, you can take it to the bank," was based on a thorough search of the premises, double- and triple-checking, and it was a perfectly reasonable and careful conclusion on the data available, the speaker still may be held accountable if she proves mistaken, despite her best efforts and intentions. Word-giving, like promising—which Thomson treats as a sub-class of word-giving—is a case of moral strict liability. The world has to actually fit what one says (or promises) about it; efforts, care and intentions do not matter.

Is a claim like "Lead-free" or "sugar-free" a word-giving, in Thomson's sense? Is our working hypothesis correct? Like word-givings, these utterances invite reliance. The company is describing its products as part of an effort to be taken at its word and transacted with accordingly. On the other hand, there are two mismatches, at least on the surface. First, a company's labeling or packaging is not directed at any particular person or customer, who then performs

¹³ Judith Jarvis Thomson, 'Giving One's Word' in Thomson, *The Realm of Rights* (Harvard University Press 1990) 294-321.

¹⁴ *Ibid* 302.

ADVERTISING AS GUARANTEEING: A DEFENSE OF STRICT LIABILITY

what J.L. Austin calls “uptake,” accepting the invitation to rely, as Thomson describes it.¹⁵ And it is only when there is both an invitation to rely, and an uptake or acceptance of that invitation, that the audience acquires a claim to the truth of the word-giving, on Thomson’s account.

This lack of uptake may be enough to show that Clara, in our first example, does not have a claim against Slapper for the truth of its label. It does not owe her anything directly. But this type of relationship, involving what are known as “directed” duties and claims, is special.¹⁶ What Thomson describes is more than simply a case of one party, the word-giver, having some moral obligation or reason to do a certain thing —like speak accurately— for the benefit of another. The audience, rather, has a “claim” or a *right* to the word-giver’s doing so, on her account. This is a unique interpersonal dynamic, one in which, as Margaret Gilbert puts it, the audience member has special “standing to demand” performance, in this case accurate representation, from the speaker.¹⁷

The paradigm case of such a special, directed relationship is promissory obligation, as would arise if the company CEO told Clara, “I promise you I will make sure it is allergen free.” A promisee is not only someone for whom the promisor ought to do as he promised. Rather, he *owes* it to her directly; she has a *claim* or *right* to his doing so. If he breaks it, he does not just do a wrongful act of which she is the victim; he *wrongs* her.¹⁸ Perhaps, then, we can draw from Thomson the conclusion that absent this invitation-acceptance exchange, no such special relationship arises. The audience, like Clara, does not have any special standing to demand anything of the word-giver, like Slapper, in the sense of acquiring a “claim” to its performance.

¹⁵ J. L. Austin, *How to do Things with Words* (Oxford University Press 1962) 139.

¹⁶ For a general explication, see, e.g., Gopal Sreenivasan, ‘Duties and their Direction’ (2010) *Ethics* 120: 3, pp. 465-94. See also Simon Cabulea May, ‘Directed Duties’ (2015) *Philosophy Compass*.

¹⁷ For a full account of this type of standing, see Margaret Gilbert, *Rights and Demands: a Foundational Inquiry* (Oxford University Press 2018), especially 58-59.

¹⁸ For an analysis of this distinction, see David Owens, *Shaping the Normative Landscape* (Oxford University Press 2012) 45-67.

JEFFREY S. HELMREICH

But that still leaves us with the question of what *can* be said about word-givers, like Slapper, who invite others to rely on the truth of a claim, reasonably foreseeing that they will do so even if no particular others are solicited or targeted. Are they accountable to being accurate, even if it is not something they directly *owe* their audience, and even if their audience does not have a directed claim or standing with respect to it?

One point we may note, by way of answering the question, is that even without uptake, much that is morally significant remains. Consider a paradigm case of word-giving without uptake, namely the public announcement: a health inspector, say, announces in a televised or radio broadcast that “The romaine lettuce scare is over; there is no longer any danger. Take my word for it, the hazard is gone; romaine lettuce is safe again.” Here, too, we have an assertion on which the speaker invites the audience to rely, even if no particular audience member is invited directly and given a chance to accept or “uptake” this invitation. And as with other word-givers, he can reasonably foresee such reliance occurring, and he can reasonably foresee the harm he would cause those who relied upon him if he were mistaken. If we take Thomson’s invitation image more literally, we can imagine the speaker sending out a number of invitations randomly in the mail, or even leaving them in a town square for whomever would like. Although there may be nobody who picks up such an invitation that can, on that basis, claim some agreement or shared commitment between them, they may all claim to have been given an invitation that they reasonably acted upon. If that to which they were invited — a party, a romaine lettuce fare— proved not to exist, the one who issued it would have much to answer for, even if not necessarily owing a particular person something in light of what passed between them.¹⁹

Indeed, the only significant difference to the moral evaluation of the speaker, between the televised health inspector and a standard word-giver, is the absence of this special, relational feature Gilbert

¹⁹ For Gilbert, standing-to-demand can only arise from a joint commitment between the party, so that when A breaks a promise to B, B appropriately regards the promise as “our” thing, something A and B share and which neither can rescind unilaterally. B’s keeping the promise is in some sense A’s. See Gilbert (n 16) 169.

ADVERTISING AS GUARANTEEING: A DEFENSE OF STRICT LIABILITY

and others have noted for the latter class of cases. The inspector is otherwise making the same sort of assertion, taking and imposing the same risks on others, all of which he reasonably foresees as he acts. If strict moral liability is justified in the one case, then, there appears to be no morally significant difference that could justify relaxing it for the other.

Still, it is not yet established that strict liability is justified in either case, even if they are on a moral par. This brings us to a second possible mismatch between Thomson's account and corporate claims: Thomson's account applies to speech that clearly does not give rise to the kind of strict liability we have noted. It is, in other words, overbroad. That is because one can invite others to rely on some claim without becoming thereby accountable for accuracy.

Consider a volunteer alibi witness. Lara believes she saw Victor somewhere else while the crime was committed and feels obligated to come forward, testify and thereby exculpate him. She thus delivers an impassioned statement insisting with great conviction that she saw him at the fateful moment. In such a case, Lara is plainly inviting her audience, be they jurors, attorneys or the general public, to rely on her testimony, acting on it to free a possibly dangerous person. Yet if it turned out she was blamelessly deceived—Victor had sent a body double specifically to fool spectators while he committed the crime—she would not be responsible for the misstatement. Her blamelessness in arriving at her sincere opinion, and her solid evidentiary reasons for being so confident about it, would relieve her of any moral (or legal) responsibility for speaking falsely. She may feel bad, and perhaps some regret would be appropriate, but she would be blameless and owe nothing by way of redress or repair. And yet, she plainly invited someone to rely, possibly to their detriment. Indeed, many cases in which someone tries to convince another that he is right about something important to both of them amounts to an invitation to rely. Yet we do not hold interlocutors in high-stakes factual arguments to accuracy about their empirical claims.

There is, in short, something about the way the health inspector invited reliance, when she broadcast the claim about safety, that distinguishes her utterance from that of the alibi witness or anyone

JEFFREY S. HELMREICH

party to a heated argument. The issue is not whether she invited reliance, but *how* she did so, and in what way it differed from these other types of cases.

III. GUARANTEES

1. *Introducing Guarantees*

Taking stock, I have proposed that corporate product descriptions, like “lactose free,” resemble what Thomson calls “word-givings,” in that they invite others to rely on the truth of a claim. But they differ from interpersonal invitations to rely, where there is uptake and acceptance, and from argumentative invitations to rely, where one person tries to convince another to act on what she firmly believes, like the volunteer alibi witness. They are, instead, like a health inspector making a televised announcement about the safety of a place, product or resource. The question, then, is whether strict liability, moral if not necessarily legal, is justified with these sorts of speech acts, in a way that can, in turn, justify the legal treatment of advertising.

What, in other words, distinguishes the claims of a health inspector, or a public safety announcement, or even a news reporter declaring “the earthquake struck outside of Sacramento”? One key feature of such declarations is that they are authoritative. By “authoritative” I mean *not* that they are spoken by experts —though in these examples they are— but that they are presented as exercises of authority, whereby the speaker has removed for the audience any reason to evaluate the matter of themselves, directing them instead to act on the speaker’s say-so simply because the speaker has said so.²⁰ They provide, in other words, exclusionary reasons not to consider the possibility of error or deceit; the audience need not enter-

²⁰ This is an essential feature of legal authority, for example; we obey the law because it’s the law, not because of its content. Robert Paul Wolff, *In Defense of Anarchism* (1970)5-10.

ADVERTISING AS GUARANTEEING: A DEFENSE OF STRICT LIABILITY

tain doubts or worry about whether the claim is accurate, as that task has been delegated to the authority of the speaker.²¹

A key function of authority, and a justification for having it structure and guide our normative roles and interactions, is that it enables people to act directly on the pronouncements of others without having to do the work of justifying or warranting those pronouncements, work they are often in no position to do. For example, I cannot read your mind or probe your inner emotions. So when you say, “I’m sad,” or “I’m curious,” I am licensed to take your word for it, to presume it is true simply because you say so.²² Of course, I may doubt it anyway, and may even have reason to be suspicious in certain instances. But as a default rule a person’s mere expression of their internal state suffices, not because it is sufficient evidence—it rarely is, especially with complete strangers— but because her expression of her own internal states or attitudes is authoritative. As is typical of authoritative declarations, they provide necessary information—we need to know what others are thinking or feeling—that we cannot know or even verify for ourselves, at least not without paralyzing difficulty; and they are uttered by speakers uniquely and perfectly positioned to provide that information. The same is true of the health inspector, once she’s inspected the lettuce.

Authoritative declarations of this sort I will call “guarantees.”²³ More precisely, a guarantee is

- a) a claim of fact, that
- b) is presented as authoritative and
- c) invokes the authority of the speaker, either explicitly or implicitly, as one who knows the truth of the claim.

²¹ For the canonical discussion of such exclusionary reasons, see Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (1990) 55-58.

²² See Seana Valentine Shiffrin, *Speech Matters* (Princeton University Press 2014) 11.

²³ This is not to deny that the term “guarantee” has been used differently, especially in legal contexts, often to involve, in some way, the conditional promise to redress if the assertion proves false. Others have understood “warranty” along similar lines. Mark Migotti, ‘All Kinds of Promises’ (2003) *Ethics* 114, 78-79.

JEFFREY S. HELMREICH

To clarify, (a) is meant to exclude expressions of opinion that are presented as such, as when Jon answers Clara to the effect that the tea he made has no pea ingredients. The answer may be confident, but it can be equally expressed as, “To the best of my knowledge, it has none.” It is, in other words, expressed as an opinion, perhaps an informed one. Guarantees, in contrast, express statements of fact, as known—rather than merely judged—by the speaker as such.

What is added by (b) is that the claim, in being “presented as authoritative,” directs the audience to exclude or discard reasons to suspect otherwise. In other words, it is to contrast such speech with argumentative debate or impassioned pleas, meant to convince the audience of some truth or other. Here, the audience is directed not even to consider the possibility of falsehood, as though the speaker has already taken care of all investigative requirements.

The third element (c) is simply brought to exclude cases where the speaker has no standing to make the relevant authoritative claim of fact, as in saying, “I guarantee you there are planets somewhere in the universe with beings like us.”

It will be noticed that guarantees, so defined, are merely *presented* as authoritative, and as emanating from an authority, or at least someone with standing to make the relevant authoritative claim. The speaker could be mistaken or deceptive about this. In that case, the guarantee would be akin to fraud or at least fakery, even if unintended. This somewhat subjective understanding of guarantees is, however, necessary, for if authority is to serve its function of allowing people to take a directive or claim from another without investigating its merits, then its purposes would be frustrated if people were forced to investigate or doubt whether authoritative claims were themselves authentic, in the sense of being uttered by the right people in the right circumstances. The practice of authoritative speech would be undermined; indeed, it would not get off the ground. To take someone’s authority, then, is to take her *as* authoritative in light of how they or their statements are presented.

ADVERTISING AS GUARANTEEING: A DEFENSE OF STRICT LIABILITY

2. *The Ethics of Guaranteeing*

Are we responsible for the accuracy of guarantees, regardless of fault? Here is a case for an affirmative answer, one which I believe already reflects our practice regarding speech acts like “I promise you the water is safe,” or “Take my word for it, the explosive has been defused.” A guarantee, if there is reason to believe it is authoritative, gives audiences exclusionary reasons to discard the possibility of falsehood, at least until contrary reasons or data emerge. In that way, they are reasonably relieved of the responsibility they ordinarily retain in verifying things for themselves. That, again, is part of the point of authority.

This feature of guarantees—that it gives the audience exclusionary reasons to discard alternatives—is known by the guarantor. In issuing a guarantee, then, he knowingly reduces the latter’s defenses against being misled. As a result, he takes on for himself a parallel risk of being held accountable for any harm she risks inflicting on his audience. The defenselessness he imposes, on others, justifies imposing on him a corresponding defenseless against being held responsible or liable.²⁴ Notice how the same cannot be said about ordinary assertions, like Jon’s reported recollection that he did not use a pea ingredient in preparing the tea (though he did innocently use what turned out to be a pea derivate). The assertion is not presented as authoritative; it simply comes as one person’s assessment, in response to an inquiry he did not solicit. The audience retains the ability to evaluate its epistemic merit and evidentiary bona fides.

True, many convincing assertions are likely to quell doubt, as in the compellingly sincere and impassioned alibi witness. In this way, they *cause* a similar state of reliance. Even there, however, we take

²⁴ This principle—imposing a risk on others justifies, or is tantamount to, assuming a parallel risk of accountability in the event the first risk materializes—has been invoked famously as a defense of imposing liability for all the harm that results from even minor negligence. See Jeremy Waldron, ‘Moments of Carelessness and Massive Loss’ in David G. Owen, *Philosophical Foundations of Tort Law* (Oxford University Press 1995) 401-405 (discussing David Lewis, ‘The Punishment that Leaves Something to Chance’, (1989) *Philosophy and Public Affairs* 18 53).

JEFFREY S. HELMREICH

the claim for the data that it is – a person’s confident recollection of what they believe they saw. And we can therefore evaluate it accordingly. In contrast, the guarantee quiets such evaluation before it starts; we simply take the word of the guarantor and do not evaluate for ourselves, becoming thereby specially vulnerable. Hence the guarantor’s special responsibility, and liability, in the event of misstatement.

All this is not to deny that some other invitations to rely may generate the same level of strict liability or responsibility. A physician’s assertion that a drug is curative might play that role in light of the great imbalance in expertise and vulnerability. Even there, the ethical grounds for heightened responsibility would be similar if not identical: the speaker imposes not only a false belief but a somewhat diminished state of alertness to its potential falsity, if only because the listener is not in a position to evaluate things for herself. With guarantees, though, the case is still more extreme: the speaker knowingly directs the audience to become altogether defenseless, by reducing to nothing their alertness to the possibility of falsity or error, at least if the audience takes their word, as the speaker’s authority licenses them to do. It is, after all, not presented as an assessment or evaluation to be judged on its perceptual and inferential grounds, but as a fact, pure and simple, already known by the speaker.

A guarantee, in other words, is a special subclass of invitations to rely, in that the invitation is based on the authority of the speaker and the utterance, such that the reliance amounts to a complete suspension of scrutiny and reassessment, or even an openness to it, at least if the audience does what it is invited to do (and may reasonably do).

Still, holding guarantors responsible for accuracy can be harsh, particularly when the speaker had every reason to be certain and to provide an authoritative guarantee. The health inspector, for example, must eventually lift the warning against a widely available and economically important resource, particularly when many people depend upon it for livelihood or health. He cannot withhold the guarantee altogether on the grounds that some contrary evidence may arise; indeed, the whole point of having authoritative declarations is to allow people to get closure on certain matters and shift

ADVERTISING AS GUARANTEEING: A DEFENSE OF STRICT LIABILITY

their efforts and energies elsewhere. So the need to provide a guarantee may prompt him to assess the situation, and an extremely thorough investigation might justify issuing it decisively. In short, his guaranteeing as he did would be above criticism. And it would remain above criticism even if, despite his best efforts, he proved wrong.

This sort of harsh strictness can, however, seem more palatable when we recognize that guaranteeing something in particular, even where there is pressure to do so, remains a matter of choice, and one that a reasonable person can make only when conscious of the vulnerability it is likely to impose upon others, who are in no position to investigate or even second-guess it. In taking the action of guaranteeing, the inspector knowingly imposed a special risk on others, and so knowingly assumed a risk of his own liability.²⁵ It is like someone who promises for reasons that are completely justified, and for similarly blameless reasons is forced to break the promise. While his actions may be above criticism, he has nevertheless wronged the promisee, at least in standard cases of blameless promise-breaking, and he knew this was a possible consequence when he first set out to make a promise. In this way guaranteeing belongs to a category of actions like promising and taking loans, whereby one assumes the risk of being held responsible if things do not turn out a certain way, regardless of fault, just as one is imposing a special risk on others.

3. Corporate Product Descriptions are Guarantees

Having argued for holding guarantors responsible as to their accuracy, regardless of fault, I now wish to make the case that statements like “caffeine free” or “allergen free” on product packaging, or “No Sweetener” in a commercial, count as guarantees.

Recall that guarantees are (a) claims of fact, (b) presented as authoritative, that (c) invoke the authority of the speaker with respect to the claim. Returning to the case of Slapper Ice Tea, whose packaging proclaims that the product contains “no peas, beans, or soy”

²⁵ See Waldron, *supra*.

JEFFREY S. HELMREICH

ingredients, we can see that the elements are met. It is a claim of fact – it would have a different meaning if it were appended with the words, “as far as we know,” or “given the information available to our experts here.” It’s not that those words would clarify or expand upon the claim; they would, rather, *alter* the type of claim it was. Second, it is presented as authoritative: the claim comes as a directive to take it as given, to discard alternatives, to close the matter. In this way, it provides exclusionary reasons to avoid evaluation of the epistemic or evidentiary merit. It is not offered to persuade or engage the audience’s reasoning, but to close it down by the declaration of one in a position to foreclose all doubt. In issuing this type of declaration, then, the corporation invokes its authority as the manufacturer, who knows, beyond doubt, what ingredients are involved; element (c), in other words, is met.

Guarantees, as I have tried to demonstrate, are reasonably held to accuracy, regardless of fault. So if such corporate advertisement counts as guaranteeing, as I am claiming they do, that would justify the strict liability standard to which they are held. It would also explain the legal tolerance of puffery, those transparently evaluative claims praising one’s own products.²⁶ An aspirin manufacturer’s claim, along the lines of “cures pain like no other,” would not reasonably be interpreted as a claim of fact, rather than an (obviously biased) evaluation, nor would it be taken to invoke the speaker’s authority to foreclose any need to verify it.²⁷ In short, corporate puffery would not meet the criteria for guarantees set out above, and that could justify the current legal practice, at least in the U.S., of relaxing the speaker’s responsibility for accuracy. In contrast, a claim like “pain relief in 30 minutes” would be a guarantee, and therefore subject to responsibility for accuracy. The legal strict liability in such cases would, then, be a straightforward application of the ethical treatment of guarantees, at least on the arguments set out above.

²⁶ One reason is that

²⁷ For example, a federal Court of Appeals for the 8th Circuit concluded that the phrase “America’s favorite pasta” is, despite its descriptive form, “not a statement of fact.” *American Italian Pasta Company v. New World Pasta Company*, 371 F. 3d 387 (8th Cir. 2004) at 391.

ADVERTISING AS GUARANTEEING: A DEFENSE OF STRICT LIABILITY

IV. OBJECTIONS

It may be noticed that the preceding argument for strict liability in advertising depends on a claim about the power of authoritative guarantees, namely that they remove, or at least reasonably *can* remove, the defenses a consumer may ordinarily have against false belief. One defense, in particular, was mentioned: ordinarily, even the most convincing assertion comes to us presented as an opinion, a judgement or evaluation reached by the speaker on the basis of evidence or perceptual skill or both. In short, it is itself a kind of data, which we remain free to scrutinize for its evidentiary value. But an authoritative guarantee – “the dynamite is defused” or, more to the present point, “safer than nicotine” – warrants closure. We may discard the possibility of falsehood. Or so I have argued here. It may be worried, however, that to credit a declaration with this sort of power relieves audiences of any responsibility for assessing things for themselves; indeed, it appears to deny them their indispensable role as free thinkers and deliberators.²⁸ This is both morally problematic, as Robert Paul Wolff has argued,²⁹ and plainly inaccurate; we often can and do remain able to reassess even the most authoritative guarantee.

Nothing here should be read to disagree with the claim that people may reasonably reassess guarantees if the thought occurs to them. But just as autonomy and critical scrutiny are indispensable to moral, social and political life, so is the ability to defer to the authority of others, at least in some contexts. Indeed, that ability underwrites the entire system of communication on which these forms of life and thought depend: as I noted above, we routinely and reasonably take people at their word when they express their internal

²⁸ Thanks to Brian Bix for raising this objection.

²⁹ Wolff acknowledges the difficulty of knowing what an authoritative commander or guarantor might now; “Nevertheless, so long as we recognize our responsibility for our actions, and acknowledge the power of reason within us, we must acknowledge as well the continuing obligation to make ourselves the authors of such commands as we may obey”. Robert Paul Wolff, *In Defense of Anarchism* (University of California Press 1970, 1998) 17.

JEFFREY S. HELMREICH

states, such as “That hurts,” or “I’m thirsty,” or “I agree.” These utterances are considered sufficient to move on and close the matter for scrutiny, even if doing so is not demanded. People are, simply put, authorities about the inner workings of their minds, and their expressions of this knowledge is likewise authoritative, functionally equivalent to guarantees. Treating them this way does not only pose no noticeable threat to our autonomy; rather, as Kant noticed, it is necessary for interpersonal communication, cooperation and social life.³⁰ Once we allow, drawing on such examples, that authoritative declarations have their place and do not undermine autonomy and critical scrutiny, we can note that the type of guarantees at work in commercial claims like “safe to drink” function in a similar way, enabling us to close scrutiny about something for which we need, at any rate, to defer to others.

Of course, the argument just now rehearsed may itself be vulnerable to what has been described, in other contexts, as a “wrong kind of reason” objection.³¹ In a nutshell: the practical or moral value of a belief is not an acceptable basis for forming it. We cannot believe a claim like “Lactose free” because of how well we would be served by taking corporations at their word at least sometimes. There may be great value, even urgent necessity, in having authoritative guarantees, but that is not an epistemic reasons to believe them, and no other such reason should be admitted.³²

In response, it may be easy to miss that what has been said about authoritative guarantees is not yet an argument for believing them. Nothing here, in fact, supports believing that a corporate claim like “safer than cigarettes” is actually true. Rather, I have treated guarantees here as a sub-class of invitations to rely. They direct listeners to

³⁰ As perhaps first observed in Immanuel Kant, ‘On a Supposed Right to Lie from Altruistic Motives’ in Immanuel Kant, *Critique of Practical Reason and Other Writings in Moral Philosophy* (Lewis White Beck ed and tr, University of Chicago Press 1949) 347-48.

³¹ I take the phrase from Pamela Hieronymi, ‘The Wrong Kind of Reason’ (2005) 102 *The Journal of Philosophy* 437-457.

³² Actually, this last point is no longer orthodox among epistemologists, but I will ignore the controversy for now, as I can respond even to the most extreme position that denies any grounds for belief other than evidence.

ADVERTISING AS GUARANTEEING: A DEFENSE OF STRICT LIABILITY

act on the embedded claims and discard the possibility of falsehood. And, for reasons I laid out, it is reasonable —and so epistemically (and otherwise) *permissible*— to do so, all else equal. But that is not at all to say it is *required* or even *advisable* to do so in any particular instance, much less to suggest we ought to believe guarantees if we do not already. The only implication of the foregoing analysis is that *if* we are told, by a product label, for example, some fact like “wild-caught,” we may act on it without worrying about whether it is false. That, however, is compatible with recognizing that we should only do so if we do not already have reasons to doubt the claim, or to be risk-averse about it and so refuse to avail ourselves of the epistemic or practical option that authoritative declarations provide.

Of course, it may be worried that not all corporate claims about products are invitations in any natural sense of the word. While Slapper’s claim that its tea was allergen free arguably counted as a kind of selling point, designed to entice allergic consumers (whereas Jon was simply answering a question), other corporate claims are prompted by third parties.³³ Consider the listing of calories. If it came in response to a statute that required publicizing such information, would it still count as an invitation to rely? Could it be an invitation at all, if it was initiated by the statute and not the company on its own? If not, that might challenge the idea that a corporation that releases such information is assuming the risk of liability that comes with guaranteeing.

In response, it is worth noting that all guarantees are issued for some reason or other, some interest served not only by the audience but often by the speaker. The health inspector must make her announcement by a certain date, lest producers of the relevant product suffer irreparably; the bomb squad has to declare the device safe before it can move on to other business; a vulnerable person may solicit a guarantee because anything less would fail to quiet his concerns (“I know you believe it, but I need a guarantee”). If we exclude from the class of guarantees, or authoritative declarations of fact, all utterances prompted by others in one way or another, we risk losing the category altogether. How, then, do such “prompted” or incentiv-

³³ Thanks to Seana Shiffrin for bringing this concern to my attention.

JEFFREY S. HELMREICH

ized guarantees still differ from the assertion of Jon, who responds to Clara's question by asserting that his drink is allergen-free? A key difference is that he does not intend to guarantee. He means only to assert his assessment or recollection. He is not seeking to induce any reliance by answering, and he is not seeking to be taken at his word simply because he is saying so. If, however, both elements were present —if he answered, “Yes, there is no pea ingredient, I guarantee it,” or “Yes... Bank on it!”— there would be no reason to disqualify it as a guarantee, even though he was in effect required to answer by her question. He still had the option of not issuing the guarantee and chose to do so anyway, at least on the revision of his answer just now considered.

Similarly, a corporation required to list some information —chemical contents, for example— on its packaging or promotional material still has the choice of not releasing the product and thereby avoiding any declaration about the matter. In releasing it anyway, it still seeks to have would-be customers read the label and take its claims, including the legally solicited ingredients, as authoritative, taking the corporation's word and acting on it. This point parallels the difference between a coerced promise and one that is merely highly incentivized, as when the promisor desperately seeks a loan from the promisee. The latter is still a promise, even if it is compelled by the lender, as in “You must promise me you'll pay me back next month.” The promisor in such cases still has the option of withholding the promise, despite the costs. The same is true of advertisers compelled by law or some other outside demand to describe their products. They still choose to issue the authoritative statement as such and invite reliance on it, which is to say, they choose to guarantee, when they could have spoken less authoritatively, and are for that reason held responsible, and liable, for any inaccuracy.

V. REFERENCES

AUSTIN J. L., *How to do Things with Words* (Oxford University Press 1962).

ADVERTISING AS GUARANTEEING: A DEFENSE OF STRICT LIABILITY

- BARNHILL Anne et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Food Ethics* (Oxford University Press 2018).
- GILBERT Margaret, *Rights and Demands: A Foundational Inquiry* (Oxford University Press 2018).
- KANT Immanuel, *Critique of Practical Reason and Other Writings in Moral Philosophy* (Lewis White Beck ed and tr, University of Chicago Press 1949).
- LEWIS David, 'The Punishment that Leaves Something to Chance' *Philosophy and Public Affairs* 18 (1989).
- MAY Cabulea, *Directed Duties, Philosophy Compass* (2015).
- MIGOTTI Mark, "All Kinds of Promises," *Ethics* 114 (2003).
- OWENS David, *Shaping the Normative Landscape* (Oxford University Press, 2012).
- RAZ Joseph, *Practical Reason and Norms* (1990).
- SHIFFRIN Seana Valentine, *Speech Matters* (Princeton University Press: 2014).
- SREENIVASAN Gopal, 'Duties and their Direction' (2010) 120 *Ethics* 3.
- THOMSON Judith Jarvis, 'Giving One's Word' in Thomson, *The Realm of Rights* (Harvard University Press 1990).
- WALDRON Jeremy, "Moments of Carelessness and Massive Loss," in David G. Owen, *Philosophical Foundations of Tort Law* (Oxford University Press 1995).
- WOLFF Robert Paul, *In Defense of Anarchism* (1970).
- WOLFF Robert Paul, *In Defense of Anarchism* (University of California Press 1970, 1998).

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA): CONEXIONES EN TIEMPOS DEL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL*

*LAW AND MORALITY (PRACTICAL REASON): CONNECTIONS
IN TIMES OF THE CONSTITUTIONAL RULE OF LAW*

Rodolfo Luis VIGO**

Resumen:

El Estado de derecho constitucional hizo visibles conexiones entre el derecho y la moral racional, y en ese punto, el “movimiento de rehabilitación de la razón práctica” de la década de los setenta, inspirado fuertemente en autores como Kant y Aristóteles, aportó un marco teórico funcional a esos fines. Son ejemplos ilustrativos de dicha afirmación las teorías jurídicas de Robert Alexy (dialógica-constructivista) y John Finnis (realista-iusnaturalista), que avalan —con distintos fundamentos— hasta nueve conexiones entre el derecho y la moral, las que facilitan una comprensión y operatividad del derecho al servicio de un objetivamente mejor o más valioso derecho. Si no hay razón capaz de definir lo bueno o lo malo, lo justo o lo injusto se frustra ese propósito y se mantiene la distancia entre aquellas dos disciplinas y realidades inescindiblemente humanas.

Palabras clave:

Estado de derecho constitucional, razón práctica-derecho, moral racional, cognitivismo moral, escepticismo moral.

Abstract:

Constitutional Rule of Law has exposed connections between law and rational morality, and on this point, the 1970s “movement for the rehabilitation of

* Artículo recibido el 7 de octubre de 2020 y aceptado para su publicación el 9 de diciembre de 2020.

** Profesor e investigador de la Pontificia Universidad Católica Argentina, correo: vigorodolfo@gmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8305-0374>.

RODOLFO LUIS VIGO

practical reason” heavily inspired by writers like Kant and Aristotle, provided a functional theoretical framework to these ends. Some examples illustrating this statement are Robert Alexy’s (dialogic-constructivist) and John Finnis’s (realist-iusnaturalist) legal theories, which endorse -on different grounds- up to nine connections between law and morality, facilitating an understanding and operability of law to serve an objectively better or more valuable law. If there is no reason capable of defining what is good or bad, just or unjust, this objective is thwarted and the distance between these two inseparably human domains and realities is preserved.

Keywords:

Rule of Law, Constitutional State of Law, Practical Reason, Rational Morality, Moral Cognitivism, Moral Scepticism.

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA)...

SUMARIO: I. *Propósito y presupuestos*. II. *La moral como límite de la existencia o validez del derecho*. III. *La moral como elemento favorecedor en la creación del mejor derecho*. IV. *La moral como elemento favorecedor de la mejor aplicación del derecho*. V. *La moral para el mejor conocimiento jurídico*. VI. *La moral personal como límite al cumplimiento de la norma jurídica*. VII. *La moral como facilitadora de la eficacia de la norma jurídica*. VIII. *La moral como complemento de la coerción jurídica*. IX. *La moral como antídoto al insularismo jurídico*. X. *La moral del operador jurídico para el mejor derecho*. XI. *Conclusión*. XII. *Referencias*.

I. PROPÓSITO Y PRESUPUESTOS

En el presente artículo nos proponemos identificar algunas conexiones entre el derecho y la moral racional las que, en algún sentido, son intrínsecas al derecho mismo, pero que a la luz de diversas teorías y autores no positivistas hoy en el marco del Estado de derecho constitucional (EDC) parecen más visibles o más fáciles de consentirlas. Bajo el predominio del Estado de derecho legal (EDL) y las teorías positivistas que le eran funcionales (iuspositivismo legalista o decimonónico y el iuspositivismo normativista o kelseniano), resultaba difícil aceptarlas a tenor del aparato conceptual y el modelo epistemológico que proponían. A lo largo de la segunda mitad del siglo XX se ha ido forjando en Europa continental el Estado de derecho constitucional que ha requerido e impuesto una nueva agenda al derecho, pero además se ha producido, sobre todo a partir de la década de los setenta, una significativa “rehabilitación de la razón práctica”¹ inspirándose de manera original especialmente en Aristóteles y en Kant.

En estos tiempos se corrobora la presencia muy influyente de autores no positivistas que coinciden en la posibilidad de recurrir a la razón a los fines que brinden respuestas a preguntas de índole mo-

¹ Cfr. Reidel, Manfred, *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Freiburg i. Br., 2 vol., 1972-1974 y Volpi, Franco, “La rinascita della filosofia pratica in Germania”, en Pacchiani, C. (ed.), *Filosofia pratica e scienza politica*, Abano-Padova, 1980.

RODOLFO LUIS VIGO

ral, ética o valorativa. Dicho cognitivismo y objetivismo axiológico se traduce en varias coincidentes tesis operativas en el derecho, aunque también se mantienen diferencias que se explican por la matriz realista o constructiva a la que apelan. En un relevamiento rápido de los autores en los que estamos pensando, podemos mencionar por el lado de los que se apoyan en Aristóteles y Tomás de Aquino en John Finnis, Francesco Viola, George Kalinowski, Andrés Ollero, etcétera, y por el lado de los que remiten a propuestas constructivistas kantianas señalemos a Robert Alexy, Carlos Nino, Manuel Atienza, Neil MacCormick, etc. Subrayemos que lo decisivo es haber recuperado para los juristas una dimensión de la razón que está en condiciones de discernir y justificar argumentativamente que una cierta conducta o la norma que la regula, es mejor o más valiosa que otra, dado que aporta mejor o más claramente a los valores o bienes humanos que debe promover el derecho. En este punto digamos con Alexy² que después de dos mil años sigue habiendo dos posiciones centrales sobre el concepto del derecho: la positivista y la no positivista, y la clave distintiva es que mientras la primera rechaza la conexión necesaria entre derecho y moral la segunda la afirma.

Asimilaremos a la moral con la ética por razones básicamente etimológicas y más allá de los desencuentros entre esos dos términos que se dan después de Hegel, sobre todo. Ética viene del griego *ethos*, que dejando al margen las discusiones sobre su significado, podríamos acordar finalmente que equivale a “modo de ser” o “carácter” que el hombre va adquiriendo o incorporando a lo largo de su existencia.³ Del latín *mos* o *mores* deriva moral, y según textos de Cicerón aquellos términos pueden traducirse como “costumbre” y también carácter. En Aquino tenemos pistas más precisas: “la moral es la ciencia que enseña a los hombres a guiarse con la razón”,⁴ y por eso “las virtudes... son conforme con la naturaleza humana en la medida que están de acuerdo con la razón; los vicios son contrarios

² Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 13.

³ Aranguren, José Luis, “Ética”, *Revista de Occidente*, Madrid, 1958, p. 25.

⁴ Aquino, Tomás de, “Scientia moralis docet hominis sit bona ex hoc quod et secundum rationem rectam...”, *Comm. Eth. L.2,lec.2*.

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA)...

a la naturaleza humana en la medida que son contrarios al orden de lo razonable”.⁵ Desde esa matriz Finnis insiste: “El criterio de conformidad o contrariedad respecto a la naturaleza humana es la razonabilidad... El bien del ser humano es estar conforme con la razón y el mal humano es estar fuera del orden de la razonabilidad”.⁶ Y en cuanto al saber práctico precisa:

lo que es práctico es acerca de qué cosa hacer... No es acerca de lo que es el caso ,tampoco acerca de lo que será el caso... Una ciencia o teoría es práctica en el sentido más pleno si ella es acerca de y dirigida hacia aquello que es bueno hacer, tener, obtener y ser... Es práctica en su sentido más pleno cuando es acerca , y prescribe, lo que ha de ser hecho en el campo abierto a fines de la vida humana en su conjunto por elecciones y actos... en vista de objetos, fines-bienes que proveen razones para obrar y otorgan sentido a la vida individual o grupal como un todo abierto a fines,⁷

y esas razones para obrar son los bienes humanos básicos:

En el caso de los seres humanos, los objetos que han de ser entendidos antes que se pueda entender y conocer la naturaleza humana son los bienes humanos que son los objetos de nuestra voluntad, i.e. que son nuestras razones básicas para la acción y para dar razón a todo aquello que se puede, de modo inteligente, tener interés en elegir.⁸

En definitiva, actuamos procurando bienes que nuestra voluntad pretende y que la razón debe discernir, porque su posesión provee la felicidad respectiva. A tenor de esa conjunción, Millán Puelles señala que una ética realista cuenta con tres condiciones: “el amor de sí mismo, la búsqueda de felicidad y el placer”.⁹

⁵ Aquino, Tomás de, “Scriptum Super Libros Sententiarum Petri Lombardien-sis” IV,d.2,q.1,a.4,so.l.1,ad.2

⁶ Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p.69

⁷ Finnis, John, *Aquinas. Moral and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press,1998, pp. 38-41.

⁸ Finnis, John, *Collected Essays*, vol. I, “Reason in Action”, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 204 y 205.

⁹ Millan Puelles, Antonio, *Ética y realismo*, Madrid, Rialp, 1996, p. 32.

RODOLFO LUIS VIGO

Vayamos a Kant. Para el filósofo de Königsberg el conocimiento especulativo versa sobre el mundo empírico y su fuente es la razón pura; el conocimiento práctico refiere al mundo inteligible y su fuente es la razón pura en su uso práctico, es decir, la voluntad. La moral kantiana se aparta de las exigencias planteadas por la razón especulativa, y a diferencia de la moral clásica que se funda en el bien y en la metafísica, en el criticismo el proceso es el inverso, es decir, el deber determina el bien, y la moral funda la metafísica. Kant descarta la “materia” de la ley y sólo se queda con la “forma” de la ley, no interesa lo que se ha de obrar sino del modo con que se ha de obrar. La forma *a priori* de la razón práctica es aquel imperativo que garantiza la universalidad y necesidad de la moral. Kant enuncia el imperativo categórico utilizando distintas fórmulas, las tres más recordadas dicen: “obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda siempre valer como principio de una legislación universal”; “obra de tal modo que nunca tomes la humanidad ni en ti en otros como medio, sino siempre como fin”, y “obra de tal modo que tu voluntad pueda ser considerada como legisladora universal”.¹⁰

Kant niega la posibilidad de fundar la moralidad de un acto sobre su objeto, o sea sobre su “materia”, pues la bondad de un acto depende exclusivamente de su “forma”, es decir, por la intención que lo anima, y tendrá valor moral si se ajusta al deber dictado por la razón, por el deber mismo, dado que si es realizado por inclinación carece de aquel valor. La “buena voluntad” —declara Kant— es lo único bueno en sí, pero ella “no es buena por lo que efectúa o realice... es buena sólo por el querer; es decir, es buena en sí misma”.¹¹ “El destino verdadero de la razón es producir una buena voluntad”,¹² y ésta se logra cuando se procede sin consideración de ventajas e intereses y ajustándose al deber por el deber mismo. El valor moral aparece cuando se obra bajo el solo móvil del “respeto a la ley”, pues “el concepto del deber contiene el de buena voluntad”. Alexy se inscribe en esa moral discursiva inspirada en Kant, que procura prolon-

¹⁰ Citado por González Álvarez, Ángel, *Manual de Historia de la Filosofía*, Madrid, Gredos, 1960, p. 384.

¹¹ Fraile, *Historia de la Filosofía*, t. V, p. 84 .

¹² *Idem*.

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA)...

gar el proyecto ilustrado de la modernidad y confirmar los rasgos de universal, cognitivista y formal. El campo escogido por el profesor de Kiel para esa peculiar racionalidad práctica, será el uso del lenguaje y la racionalidad consensual-comunicativa presupuesta en el mismo, la que en definitiva transita por el discurso argumentativo. Así, la razón ya no sólo estará habilitada para la verdad en el campo teórico, sino que también se legitima en su búsqueda de la “corrección” de normas y juicios de valor. Alexy concluye inequívocamente: “Los problemas de la justicia son problemas morales”¹³ y es posible argumentar racionalmente en materia de justicia; lo que posibilita superar la posición emotivo-subjetiva”. Pero la Diskurstheorie no solo se aparta de “las teorías emotivistas, subjetivistas, relativistas y decisionistas” en tanto desconocen que “los juicios de justicia son verdaderos y propios juicios mediante los cuales avanza una pretensión de corrección”, sino también del “objetivismo radical” en tanto “asimila en medida excesiva los juicios de justicia a normales juicios de hecho”.¹⁴

Sintéticamente, y sin perjuicio de las ampliaciones que siguen, subrayemos que tanto aquella teoría jurídica aristotélica-tomista de Finnis como la de Alexy de base kantiana, no duda en reclamar conexiones esenciales entre el derecho y la razón práctica, y precisamente, es esta última la que le brinda la posibilidad de juzgar y reclamar un derecho objetivamente más justo o más bueno para el hombre y la sociedad. La moral, por ambas propuestas, aunque con fundamentos y alcances distintos, deja de ser una cuestión de gustos y elecciones irracionales, y esa definición tienen muchas proyecciones. Quizás pueda ser oportuno para cerrar esta presentación en donde intentamos defender la tesis que avalada la razón en el campo de la moral, ella de manera muy obvia¹⁵ se proyecta al campo jurídico en aras del mejor derecho, recurrir a un autor influyente y

¹³ Alexy, Robert, “Derecho y Moral”, p. 87.

¹⁴ Alexy, Robert, “La justicia como corrección”, *Doxa*, núm. 26, 2003, p. 164.

¹⁵ No ignoramos que hay autores que a pesar de su objetivismo ético mantienen una férrea visión iuspositivista (por ejemplo Jeremy Betham) que admite cualquier contenido como derecho, pero ello nos parece contraintuitivo, contradictorio o hasta esquizofrénico, o sea, afirmar que puedo saber lo que es justo o lo que es conveniente para la vida social, pero tolero o acepto cualquier contenido como derecho

RODOLFO LUIS VIGO

que a lo largo del tiempo fue modificando su teoría jurídica de modo más armónico con lo que defendemos en este artículo, nos referimos a Neil MacCormick cuando concluye:

La tesis de que hay algo así como razón práctica y que el derecho pertenece al ejercicio (por más defectuoso que sea) de la razonabilidad práctica tiene, por consiguiente, una importancia fundamental. Es la base de la pretensión que hay una conexión necesaria entre derecho y moralidad: ambos están vinculados por ser modos de ejercicio de la razón práctica, y al mismo tiempo difieren por ser modos diferentes de ella, teniendo diferentes criterios de validez para las normas o reglas que aplican.¹⁶

Somos conscientes que en las nueve conexiones que trataremos a continuación hay cierta superposición o solapamiento en los temas que nos hemos forzado en distinguir, pero esa debilidad puede compensarse en orden a matices o insistencias que refuerzan lo central que buscamos en estas líneas.

II. LA MORAL COMO LÍMITE DE LA EXISTENCIA O VALIDEZ DEL DERECHO

En el iuspositivismo legalista la ley se suponía que era justa dado que la había generado la voluntad general infalible del legislador (Rousseau), por ende, quedaba inhabilitada la posibilidad de controlarla o cuestionarla axiológicamente. La moral es algo totalmente ajeno al derecho a tenor de los tres conocidos criterios heredados de Kant (autonomía-heteronomía; incoercibilidad-coercibilidad; unilateralidad-bilateralidad), y la libertad tiene como único límite el de la ley. Kelsen enrolado en el escepticismo ético estricto afirma que “la justicia es un ideal irracional”, y así los juicios axiológicos valen todos iguales y deben confinarse a las emociones o voluntades individuales

¹⁶ MacCormick, Neil, “The Separation of Law and Morals”, en George, Robert P., *Natural Law Theory-Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, p. 120, cabe destacar que en trabajos posteriores el profesor escocés profundizó sus convicciones postpositivistas y de una razón práctica objetivista en moral.

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA)...

o sociales. En esa matriz, y a los fines de la plenitud hermética del sistema jurídico, se reitera que lo que no está prohibido está permitido.

Una de las tesis iniciales centrales de Alexy¹⁷ es que “El diálogo racional necesita del derecho para alcanzar realidad, y el derecho necesita del diálogo racional para alcanzar legitimidad”. Ella resume que el derecho cubre debilidades del diálogo racional (tiempo, cumplimiento de lo acordado y problemas muy complejos) y que remiten a la pretensión de corrección que acompaña todo acto de aseveración. El diálogo con sus reglas definidas por la razón práctica procedimental, es el camino que tenemos para resolver nuestras aseveraciones contradictorias, y el seguimiento de las mismas posibilita obtener respuestas racionales a problemas referidos a juicios sobre el bien o lo que es justo. Al derecho le cabe optar entre lo “discursivamente posible” que se genera en el diálogo, y la aceptación de éste supone suscribir los derechos humanos, dado que ellos son presupuestos éticos de esa matriz racional. Alexy con empeño ha defendido la fórmula de Radbruch, según la cual “la injusticia extrema no es derecho”, asumida por el Tribunal de Nuremberg y también empleada en la sentencia que condena a los soldados que cuidaban el muro de Berlín. Ese límite ético opera incluso para la Constitución, de manera que si ella incurre en una violación grave y evidente de los derechos humanos, eso no puede ser considerado como derecho. La existencia o validez del derecho requiere la dimensión institucional (órganos, normas y sistema) y cierta eficacia social, pero hay que sumarle un tercer requisito ya no positivista: el juzgamiento de su contenido ético objetivo en orden a confirmar que no supera el umbral de la injusticia extrema.

Es Finnis¹⁸ el representante más difundido de la “nueva escuela anglosajona de derecho natural”, cuya peculiaridad distintiva es apartarse del camino más frecuente usado por la escuela aristotélica-tomista de derivar de la metafísica o la antropología el contenido ético que debe consagrar o proteger el derecho positivo, y preferir otro camino, cual es que esa juridicidad indisponible se obtenga desde el plano gnoseológico. Los derechos humanos son una

¹⁷ Remito a mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, pp. 228-280.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 281-315.

RODOLFO LUIS VIGO

forma de expresar las exigencias de la razón práctica, la justicia y el bien común, pero esos conceptos valorativos, morales o axiológicos remiten a los “bienes humanos básicos” que cualquier ser humano, a partir de experiencias elementales y universales, aprehende y procura obtener, como, por ejemplo: la vida, la amistad, el juego, el conocimiento, etcétera. Esos bienes básicos son pre-morales, dado que aún antes del dominio de la razón y la libertad los seres humanos los apreciamos, aunque ellos se convierten en plenamente morales cuando ya corresponde asumir la propia conducción de nuestras vidas. Los derechos humanos son la protección jurídica que se les brinda a esos bienes básicos, y éstos coinciden con los principios más generales (commnisima) de la ley natural de los cuales derivamos las formas básicas que podemos asumir en aras de nuestro “florecimiento”. Una de las claves de la teoría finnisiana es el recurso a la analogía, que permite distinguir en el uso de ciertos conceptos aquellos ejemplares maduros, completos o acabados de los que son desviados, corrompidos o incompletos. Precisamente al analizar la tesis tomista sobre que la ley injusta es “*corruptio legis*”, Finnis¹⁹ no sólo destaca que se trata de una metáfora y que remite a situaciones realmente excepcionales, sino que fundamentalmente intenta, más que negarle naturaleza jurídica a ese ejemplar de la ley injusta, atribuirle un carácter debilitado, incompleto o deficitario.

Si un jurista renuncia a incluir en su mirada a la perspectiva de una moral racional corre el riesgo de tener que aceptar o validar que existen normas en el derecho no obstante que a tenor ético de su contenido o su gestación no corresponden que así se las reconozca. Nino habló de un “teorema fundamental de la teoría general del derecho” en la coincidencia entre normas jurídicas y normas morales: “Hay casos de normas morales que son normas jurídicas puesto que la clase de normas jurídicas justificatorias es una especie de las clases morales; no todo principio o juicio moral es una norma jurídica, pero toda norma jurídica que tiene un rol de razón operativa en el razonamiento práctico es un juicio moral”.²⁰ Hay un contenido moral

¹⁹ Remito a mi artículo “Consideraciones sobre la visión de John Finnis acerca de la tesis “la ley injusta no es ley”, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx>.

²⁰ Nino, Carlos, “Sobre los derechos morales”, *Doxa*, núm. 7, p. 322.

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA)...

objetivo y mínimo pero infranqueable que la razón le pone a la autoridad con competencia jurígena, y ese es el valor con los que se consagra el “coto vedado” o la “juridicidad indisponible” de los derechos humanos según los tratados respectivos, los que simplemente se limitan a reconocerlo (no los crean), en el espacio universal y con el carácter de inalienables (por cualquier voluntad pública o privada). El valor de los derechos humanos no deriva de su reconocimiento jurídico, sino que más bien, atento al valor humano intrínseco de los mismos, el derecho no tiene otra alternativa que protegerlos si pretende ponerse al servicio del hombre y la sociedad. El medio de acceso a dicho contenido moral (*moral rights*) es la razón humana armónica con las demás facultades humanas. De ese modo, si la moral la pone cada uno (Kelsen), cada sociedad (Duguit), la voluntad divina (Lutero), las normas jurídicas positivas (Rousseau) o depende sólo de las consecuencias (Bentham), no será posible enarbolar la bandera de la injusticia extrema o los derechos humanos inalienables.

Massini²¹ ha destacado cierta coincidencia de Finnis con Alexy acerca de la tesis por este último defendida sobre la naturaleza dual del derecho: la dimensión fáctico-institucional y la dimensión racional-valorativa, lo que generó un intercambio de artículos entre ellos. También un conocedor profundo del pensamiento de Alexy, como lo es Carlos Bernal Pulido ha encontrado conexiones importantes con la teoría jurídica de Finnis.²²

III. LA MORAL COMO ELEMENTO FAVORECEDOR EN LA CREACIÓN²³ DEL MEJOR DERECHO

La pregunta central acerca de cómo se crea el derecho se focaliza en relación a la razón y a la voluntad humana. La tesis aristotélica que “la ley es razón sin pasión”, será impugnada por el voluntarismo explícito y extremo de Hobbes proclamando: “*auctoritas, non veritas*,

²¹ Massini-Correas, Carlos I., *Jurisprudencia analítica y derecho natural*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 176.

²² Bernal Pulido, Carlos, *La doble dimensión del derecho*, Lima, Palestra, 2011, p. 25.

²³ Si bien tenemos muchas reservas para distinguir entre creación y aplicación, la mantenemos en este trabajo en razón de su aceptación más generalizada.

RODOLFO LUIS VIGO

facit legem". En el siglo XIX, al hilo de la Revolución francesa y Rousseau, se hará realidad que es el querer y la decisión del legislador lo que constituye al derecho raigalmente. Basta comunicar al ciudadano lo que se ha decidido, resultando irrelevantes o prescindibles el porqué o el para qué. Kelsen excluye de la teoría jurídica los valores y el fin de la norma, pues ellos no se necesitan para una descripción científica objetiva de la misma, y el rechazo de la razón práctica implica la imposibilidad de brindar justificaciones racionales acerca de las bondades de lo prescrito.

En el marco de la "rehabilitación de la razón práctica", se inscribe la propuesta alexyana de que el discurso jurídico es un "caso especial" del discurso práctico general que la razón ha diseñado con veintiocho reglas formales o procedimentales bajo la promesa de alcanzar respuestas morales o valorativas objetivamente correctas. El profesor de Kiel explica esa "especialidad": "La conexión que la teoría del discurso crea entre los conceptos de corrección, de justificación y de generalizabilidad, puede transportarse al derecho con la ayuda de la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general",²⁴ y esos condicionamientos de los discursos jurídicos consisten en: "La sujeción a la ley, la obligada consideración de los precedentes, su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente, así como... las limitaciones a través de las reglas del ordenamiento procesal".²⁵ De esa integración resultará que el discurso jurídico asume una dimensión autoritativa, real o institucional junto a otra dimensión discursiva o ideal. Recordemos que la opción por el discurso racional implica la opción por los derechos humanos, lo discursivamente posible y, finalmente, la fórmula de Radbruch. Alexy excluye de la decisión legislativa el ámbito de la "moral personal" (cómo quiero vivir o qué es lo bueno para mí), aunque reconoce como límite de la misma a la moral pública, es decir, "aquello que ciudadanos racionales con concepciones personales del bien distintas consideran como condi-

²⁴ Alexy Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993, p. 55.

²⁵ Alexy Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 36.

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA)...

ciones de cooperación social justa tan importantes como para que el simple legislador no pueda decidir sobre ello”.²⁶

La definición del derecho finnisiana incorpora no sólo que “el derecho es un orden coactivo”, sino “que regula su propia creación”, pero además asume explícitamente las ocho desideratas o exigencias que integran la “moral interna” o el “derecho natural procesal” formuladas por Lon Fuller. Aunque para alcanzar su “definición focal” advierte que

la preocupación principal de una teoría de la ley natural es identificar de esa manera los principios y los límites del imperio del derecho, y encontrar las normas en que las leyes razonables, con toda su positividad y mutabilidad, han de ser derivados (no deducidos, normalmente) de principios inmutables —principios que reciben su fuerza de la razonabilidad, no de cualquier acto o acontecimiento originario.²⁷

Destaquemos en la definición finnisiana algunos rasgos característicos: *i*) la matriz del derecho es la razonabilidad práctica, tanto la sustancial de los bienes humanos básicos que son absolutos en tanto no pueden ser sacrificados en ninguna opción, como la procedimental reflejada en las exigencias de Fuller que obstaculizan “la eficiencia para el mal de un gobierno malo”;²⁸ *ii*) en ese plano formal o procedimental agreguemos que Finnis menciona nueve exigencias que expresan el método de la «ley natural» para elaborar la «ley natural» a partir de los primeros principios de la ley natural (premorales);²⁹ *iii*) frente a los dos modos de derivación del derecho positivo enseñados por Tomás, Finnis debilita la “conclusión” (derecho positivo *per accidens*) frente a la “determinación autoritativa (derecho positivo simpliciter); *iv*) con elocuencia concluye Finnis que el derecho es “el sendero común para perseguir el bien común”, y aquí el valor moral de la autoridad que está encomendada de organizar racionalmente la coordinación en la sociedad, procurando “asegurar

²⁶ Alexy, Robert, “Derechos fundamentales y estado constitucional democrático”, en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 40.

²⁷ Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 379.

²⁸ *Ibidem*, p. 302.

²⁹ *Ibidem*, p. 134. Cfr. mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, cit., pp. 281-315.

RODOLFO LUIS VIGO

el conjunto total de condiciones materiales”.³⁰ Recordemos aquí la tradicional enseñanza de la escuela acerca que el derecho positivo no exige todo lo bueno ni prohíbe todo lo malo, pues su objeto es el buen vivir de la sociedad, por ende, lo que resulta prioritario es forjar con prudencia buenos ciudadanos y teniendo en cuenta el tenor moral de la sociedad en cuestión.³¹

Si se rechaza la razón práctica que puede brindar definiciones sobre el bien que debe buscar aquél que hace el derecho, por supuesto, hay que resignarse a la prescripción que se nos haga conocer, sin posibilidad de impugnar racionalmente lo mandado y descalificando toda queja al respecto por ser una pretensión “paternalista”. En esa clave escéptica e iuspositivista extrema, los derechos humanos o cualquier juridicidad indisponible se convierte —parafraseando a Spaemann— en edictos de tolerancia de la autoridad, revocables según la voluntad de la misma cuando lo desee. Al hablar de racionalidad práctica en el momento creativo del derecho, incluimos exigencias de procedimiento o forma, pero también exigencias vinculadas al contenido de lo que se va a crear derecho. Es cierto que, así como a los planteamientos del tipo de Alexy les cuesta abrirse directamente a temas de racionalidad práctica sustanciales, por el lado de las versiones iusnaturalistas ha predominado tradicionalmente una atención en los contenidos más que en las formas y en los procedimientos.

IV. LA MORAL COMO ELEMENTO FAVORECEDOR DE LA MEJOR APLICACIÓN³² DEL DERECHO

El siglo XIX y las facultades de derecho que copian las enseñanzas de la exégesis francesa definen que el trabajo del jurista consiste

³⁰ *Ibidem*, p. 184.

³¹ “No es propio de la ley jurídica prohibir y castigar todos los juicios, sino sólo: 1) los más graves; 2) los que perjudican a los demás; 3) aquellos sin cuya prohibición la sociedad humana no podría mantenerse; 4) aquellos cuya prohibición ni acarree males mayores, y 5) todo ello ha de hacerse de modo gradual y progresivo teniendo en cuenta el tenor moral de la sociedad a la que debe aplicarse la ley” (Massini, Carlos I., *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Abaco, 1998, p. 99).

³² Reiteramos nuestras reservas para mantener la distinción entre creación y

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA)...

en identificar el caso genérico previsto en la norma legal donde se subsume el caso que atienden profesionalmente, y, a renglón seguido “desentrañar” el sentido de la misma mediante los métodos interpretativos, el que se constituirá en la premisa mayor que junto a la premisa menor o fáctica, permitirá obtener la conclusión del silogismo, que es la proyección individual de la solución legal. Un trabajo silogístico que excluye valoraciones o correcciones: “*dura lex, sed lex*”, e incluso si el derecho es solo lo contenido en la ley y aparece un caso no previsto en la misma, cabe concluir —al menos en algunos integrantes de la exégesis francesa— que el caso es “no jurídico”. La voluntad infalible es —en coherencia— incompatible con mecanismos de integración. Ya con Kelsen aquel saber teórico, lógico y aséptico de la aplicación queda absorbido por la voluntad, y lo declara expresamente: “el acto de interpretación no es de conocimiento sino de voluntad”; incluso por el camino de la cláusula alternativa clásica se disuelve la lógica de la pirámide jurídica.

Recordemos una distinción alexyana clave: las reglas jurídicas son “mandatos definitivos” (definen la conducta que el destinatario debe ejecutar para dar por cumplida la regla); mientras que los principios son “mandatos de optimización” (mandan la mejor conducta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas). El mejor sistema jurídico debe contar con reglas y principios (también procedimientos que definan cómo se operan unas y otros), dado que éstos permiten resolver los cuatro problemas típicos que aquellas generan: *i)* indeterminación: al ser necesarias precisiones conceptuales y dejar márgenes para la elección del operador; *ii)* antinomias que exigen la elección de una; *iii)* lagunas que requieren ser integradas, y *iv)* solución prevista para el caso, pero extremadamente injusta. Si bien las reglas se aplican por silogismos, los principios requieren de la técnica racional de la ponderación entre ellos, ella incluye: *i)* analizar si el medio previsto en la regla es idónea para el principio al que procura servir (regla de la idoneidad), *ii)* si no hay un medio menos restrictivo de principios e igualmente eficaz (regla de la necesidad);

aplicación del derecho dado que siempre se dan en simultáneo esos trabajos jurídicos, pero lo mantenemos en este trabajo por su aceptación más generalizada.

RODOLFO LUIS VIGO

y iii) establecer las magnitudes de las afectaciones de principios y los consiguientes beneficios sobre los otros en tensión (regla de la ponderación en sentido estricto). Finalmente, la clave de bóveda alexyana es la “inextricable unión del discurso jurídico con el discurso práctico general”, que se concreta en la distinción entre la justificación interna y la justificación externa; aquella está controlada por la lógica y se dirige a garantizar el respeto de la “justicia formal”; y la externa reclama argumentos o razones que avalen o justifiquen las premisas que componen el razonamiento aplicativo. Frente a la propuesta de Dworkin de “*one righth answer*”, escoge Alexy la alternativa de la respuesta correcta simplemente como “idea regulativa”, en el sentido que a veces se encuentra dicha respuesta correcta, aunque cabe siempre el esfuerzo por procurarla.

Es cierto que la terminología de la argumentación jurídica se ha generado en Europa continental, y es ajena a la tradición anglosajona que, por otra parte, nunca llegó a adherir a las enseñanzas exegéticas que proponían la interpretación como desentrañamiento o reconstrucción del pensamiento del legislador ínsito en la ley. Pero está claro que la agenda que acompaña a los promotores de la argumentación (por ejemplo, Manuel Atienza) tiene amplias coincidencias con tesis iusnaturalistas, aunque éstas aparecen remitidas y comprendidas dentro de la “prudencia jurídica”. A ese respecto, recordemos que será Kant el que redefine abruptamente el significado de la prudencia excluyéndola del campo moral y conectándola con el interés o el egoísmo individual.

En la ética clásica:

La prudencia es la madre y el fundamento de las restantes virtudes cardinales: justicia, fortaleza y templanza; que, en consecuencia, solo aquel que es prudente puede ser, por añadidura, justo, fuerte y templado; y que, si el hombre bueno, es tal, lo es merced a la prudencia.³³

La definición heredada de Aristóteles de la frónesis o prudentia es: “disposición verdadera y práctica respecto de lo que es bueno y malo para el hombre”,³⁴ y en esa sintonía Finnis la asimila directa-

³³ Pieper, Josef, *Las virtudes fundamentales*, Madrid, RIALP, 1976, p. 33.

³⁴ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, VI,5,1140 b 5.

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA)...

mente a la “sabiduría práctica” (uno de los “bienes humanos básicos”). Es obvio que ahí donde hay que discernir la conducta que se elige y prescribe se hace presente el juicio prudencial, y así concluye Kalinowski: “Hay tantos tipos de prudencia como sectores de la vida humana”;³⁵ consiguientemente Lachance afirma: “Declarar o definir el derecho pertenece a la prudencia”.³⁶ El origen mismo del derecho —como ha explicado Villey— se conecta con ese trabajo de los iurisperitos de Roma que fueron haciendo *iurisprudencia* en los casos concretos. El juicio prudencial constituye una especie de puente entre aquellas exigencias generales, que por ejemplo establece la ley y las circunstancias contingentes de los problemas que corresponde resolver. La prudencia en cuanto “sabiduría del buen vivir” se forja por la experiencia y la memoria, por eso destacaba Aristóteles las dificultades de la prudencia entre jóvenes. Si bien la justicia del caso o equidad es la más bella de los tipos de justicia, ello no obsta para que tanto Aristóteles como Aquino³⁷ defiendan que es mejor buenos legisladores a buenos jueces en tanto aquellos son menos cantidad, deben mirar muchos casos antes de regularlos y están distantes de las emociones que despiertan los sujetos concretos de un juicio, de todas maneras está en manos del juez el recurso a la excepción de la ley fundado en la equidad, aunque apoyándose en que de haber tenido en cuenta el legislador ese caso especial también hubiera contemplado la excepción. Frente a la discusión dworkiniana en torno a la respuesta correcta para cada caso, Finnis no duda en auspiciar cierta pluralidad de respuestas correctas, sin que la razón práctica pueda definir exactamente cuál es la mejor.

Con lo avanzado de lo explicado sobre la razón práctica o valorativa, parece obvio que si la rechazamos en la concreción del derecho, no quedan más opciones que acudir a la exactitud provista por la lógica formal o la alternativa de escoger según gustos o creencias subjetivas. Más aún, si no hay posibilidad de dar razones que ava-

³⁵ Kalinowski, George, “Application du droit et prudence”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, L.III/2, Wiesbaden, 1967, p. 161.

³⁶ Lachance. Louis, *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, 1953, p. 121.

³⁷ Cfr. Aquino, Tomas de, *Suma Teológica* I-II, q.95, a.1.

RODOLFO LUIS VIGO

len lo decidido, tampoco puede haber impugnaciones racionales que contradigan esas razones que se consideran erróneas. Otra consecuencia de ese escepticismo ético es que habría que renunciar a la alternativa de diálogos racionales, pues ellos sólo se limitarían a registrar opiniones que carecen de racionalidad objetiva. El poder y su ejercicio se legitima por la aceptación lograda por cualquier medio, y se suprime el camino de la justificación racional axiológica acerca de lo mandado.

V. LA MORAL PARA EL MEJOR CONOCIMIENTO JURÍDICO

El modelo epistemológico que sigue las enseñanzas de Descartes exige una “verdad clara y distinta”. El iusnaturalismo racionalista y deductivista de los siglos XVII y XVIII se esfuerza por exhibir un sistema jurídico “more geométrico”, con lo que resta es sólo positivizarlo por parte del legislador. Los razonamientos estudiados por Aristóteles como dialécticos y retóricos que parten de premisas plausibles o verosímiles, son desconocidos como proveedores de conocimiento por los promotores de la ciencia moderna. La ciencia exegetica francesa se limita a glosar los códigos sin propuestas críticas o de *lege ferenda*, por eso Bugnet confesaba con orgullo: “Yo no enseño derecho civil, enseño Código de Napoleón”. A ese cientificismo Kelsen le da una vuelta de tuerca y no duda en incluir en el prólogo de la primera edición de la Teoría pura del derecho que el propósito de la obra es elevar a la ciencia jurídica al rango de una verdadera ciencia cuyas proposiciones exhiban “objetividad y exactitud”. Esa visión epistemológica tendrá un relevante respaldo con el Círculo de Viena cuando define que los caminos para conocer son dos: el de los juicios a posteriori o verificables, propios de la física o la química, y el de los juicios a priori o tautológicos, propios de la lógica o las matemáticas.

Con Alexy queda confirmada cierta pluralidad gnoseológica. En primer lugar, en el artículo “La naturaleza de la filosofía del derecho”³⁸ el profesor alemán reconoce con ortodoxia kantiana que la filosofía

³⁸ Alexy, Robert, “La naturaleza de la filosofía del derecho”, *Doxa*, núm. 26, 2003, pp. 145-160.

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA)...

es reflexión general y sistemática acerca de lo que existe (metafísica como ontología), o lo que debe hacerse o es bueno (ética), y cómo es posible el conocimiento de esas dos cosas (epistemología). A su vez la filosofía tiene tres dimensiones: normativa, analítica y sintética u holística, y la especificidad de la filosofía del derecho reside en su objeto: el derecho, de modo que aquellas preguntas y dimensiones le son propias. Finalmente, las preguntas iusfilosóficas se resumen en torno a la pregunta por la naturaleza del derecho: el concepto de norma y de sistema normativo, y el de la validez del derecho: real o fáctica (expedición autoritativa y eficacia social) e ideal o crítica (corrección o legitimidad o relación entre moral y derecho). Las propiedades necesarias o esenciales del derecho son: la coerción o fuerza, por un lado, y la corrección o rectitud, por el otro. Consignemos que Alexy no sólo ha sido profesor de filosofía del derecho sino también de derecho público, más aún, él ha hecho filosofía jurídica con material constitucional, y en éste terreno su propuesta se resume en un “constitucionalismo moderado” (entre “constitucionalismo” y “legalismo”); pero en su temprano libro de 1978 le reconocía a la ciencia jurídica seis funciones:³⁹ estabilización, progreso, descarga, técnica, control y heurística, por ende, el científico que se ocupa del derecho está condenado a definir inicialmente si ese objeto es o no derecho, y esta pregunta remite a la validez y a la moral. Es procedente en el punto recordar que Alexy ha confesado que su libro de madurez⁴⁰ es el “El concepto y la validez del derecho” de 1992 en tanto el problema asumido en el mismo debió haber sido el primero en resolver; sin embargo, su trayectoria académica comenzó con problemas jurídicos sectoriales como la argumentación jurídica o los derechos fundamentales. Pero no solo hay una iusfilosofía y una ciencia jurídica alexyana, sino un saber jurídico resolutorio o aplicativo que está confiado a la razón práctica o ética en tanto apela a ella para discernir lo que es y no es derecho, como también para encontrar la mejor respuesta jurídica para el caso, especialmente cuando hay

³⁹ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 255.

⁴⁰ Alexy, Robert, “Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años”, en Bernal Pulido, Carlos (ed.), *La doble naturaleza del derecho*, Lima, Palestra, 2011.

RODOLFO LUIS VIGO

que recurrir al contenido moral de los principios y a su ponderación racional.

La tríada gnoseológica aludida en referencia a Alexy, por supuesto que es igualmente promovida por la perspectiva aristotélica-tomista.⁴¹ Aunque quizá habría que hacer una doble precisión; por un lado, que la noción de ciencia jurídica, llamada sorprendentemente: dogmática, cuesta proyectarla al mundo anglosajón como la conocemos en la cultura continental europea; y, por otro lado, en la tradición iusnaturalista hay voces que dudan del nivel propio y diferenciado de la ciencia jurídica (por ejemplo, Villey). De todas maneras, nos inclinamos por reconocer en primer lugar la posibilidad y necesidad de una filosofía jurídica que asuma: i) el problema ontológico o conceptual del derecho; ii) el problema gnoseológico jurídico, abocado a conocer las características y tipos de saberes jurídicos; iii) el problema lógico jurídico, o sea, las estructuras lógicas que reconocemos en el derecho, y iv) el problema axiológico referido al valor del derecho. Destaquemos que las respuestas centrales a esa respuesta remiten a un saber práctico que ubica el derecho en el campo de las conductas sociales a las que regula y valora en coherencia con las exigencias del bien común, pero dicho saber jurídico desde esa universalidad iusfilosófica, debe transitar hacia la ciencia jurídica cuyo objeto son los derechos vigentes y válidos en orden a su descripción, interpretación, sistematización y valoración; y concluir en la resolución prudencial y justa de los casos concretos en el marco institucional respectivo. Sin perjuicio de lo consignado en relación a la teoría jurídica típicamente anglosajona, recuperemos algunas tesis conectadas al tema que hacemos propias: i) “Los criterios decisivos, en última instancia, para la formación de conceptos en la ciencia social, son los estándares de razonabilidad práctica irrestrictamente racionales, de recto juicio acerca de qué hacer y de qué no hacer”;⁴² ii) Finnis adhiere al “punto de vista interno” propuesto por Hart, pero lo corrige en tanto lo asimila al punto de moral o de razo-

⁴¹ Cfr. Martínez Doral José M. “La estructura del conocimiento jurídico”, EUNSA, Pamplona, 1963

⁴² Finnis John, *Aquinas. Moral, Political and Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 51.

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA)...

nabilidad práctica adoptado por “los intereses y la comprensión del hombre maduro y razonable”⁴³ (del *spoudaios* o *phronimos*); *iii*) el recurso a la “analogía” que permite distinguir en los asuntos humanos lo refinado de lo primitivo, el buen ejemplar del caso desviado, lo que se dice sin restricciones o de modo absoluto a lo que se dice en algún sentido o de algún modo; *iv*) no se rechazan las descripciones pero sólo con las valoraciones ellas son realmente iluminadoras y significativas, y *v*) hay una cierta coincidencia entre Finnis y Alexy respecto a la doble naturaleza del derecho,⁴⁴ es decir, la validez real, institucional, social o autoritativa y la validez crítica, valorativa, ideal o racional.

Mantener la inercia científicista y negadora del saber práctico trae como primera consecuencia, empobrecer el conocimiento jurídico impidiendo que asuma un rol crítico y valorativo o justificatorio. Nino a partir del análisis de los modelos epistemológicos de Kelsen, Ross, Bulygin y Alchourrón ha denunciado las limitaciones de esa ciencia jurídica que se abstiene de hacer propuestas *lege ferenda*, y de responder la pregunta central para el ciudadano sobre si está racionalmente obligado a cumplir lo dispuesto por las normas jurídicas positivas.⁴⁵ Sin la dimensión moral o axiológica el derecho queda reducido a voluntarismo decisionista o mero ejercicio de poder coercitivo. Solo desde la pluralidad gnoseológica enriquecemos el conocimiento del derecho y, consiguientemente, podemos justificarlo, mejorarlo o esclarecerlo. Ni filosofismo, ni científicismo, ni casuismo, más bien unidad del saber jurídico que no excluye los acentos y las vocaciones personales en el ejercicio profesional.

⁴³ Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 49.

⁴⁴ Cfr. Massini-Correas, Carlos I., *Jurisprudencia analítica y derecho natural*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 34.

⁴⁵ Calsamaglia receta de Nino que el teorema fundamental de la teoría jurídica contemporánea es “porque debo obedecer el derecho” y esta pregunta “no puede responderse con descripciones, a no ser que tomemos las descripciones como prescripciones, y eso requiere un juicio moral” (Calsamiglia, A., “Teoría del participante versus teoría general del Derecho: una aproximación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIII y XIV (1996-1997), Madrid, p. 487. Es conocida la tesis de Carlos Nino de que la justificación jurídica desemboca en justificación moral (cfr. *Derecho, Moral y Política*, Barcelona, Ariel, 1994, cap. 2).

RODOLFO LUIS VIGO

VI. LA MORAL PERSONAL COMO LÍMITE AL CUMPLIMIENTO DE LA NORMA JURÍDICA

La reducción del derecho a la ley, el deslinde del derecho con la moral, la soberanía estatal, la Constitución como un programa político dirigido al legislador o el escepticismo ético son un combo que no deja pie para imaginarnos la posibilidad de incumplir la ley invocando mi conciencia ética y el daño que me generaría. Esa alternativa sólo podría consagrarse si el legislador lo dispone expresamente, pero el eventual costo que generaría esa concesión a la seguridad jurídica, sería absolutamente intolerable para el EDL. En la visión de Kelsen el contenido de lo prescrito por la norma jurídica resultaba irrelevante, dado que el deber jurídico coincidía exactamente con la conducta contraria a la prescrita, y, en consecuencia, la coerción dispuesta por el derecho sin ningún posible cuestionamiento racional, era la consecuencia hipotética prevista para los que incurrieran en alguna conducta contemplada como supuesto fáctico de la norma. Coherentemente Kelsen desde su voluntarismo e irracionalismo axiológico, asumía también el rechazo de una imposible seguridad jurídica en tanto se la identificara con previsibilidad, por ello a esa aspiración la calificaba como una “ficción”.

Explícitamente Alexy reconoce que “la moral puede estar vinculada con el derecho positivo, en primer lugar, a través de la inclusión de principios y argumentos morales en el derecho; en segundo lugar, por medio de que el contenido posible del derecho sea delimitado por la moral, y, en tercer lugar, porque la moral fundamente un deber de obediencia al derecho”,⁴⁶ y respecto a ésta última conexión precisa el profesor de Kiel: “Solo los que conceden prioridad absoluta al valor moral de la seguridad jurídica no podrán admitir nunca que el deber moral general de obediencia al derecho pueda retroceder por razones morales. Todos los demás tienen arduos dilemas morales que resolver caso por caso”,⁴⁷ aunque reconoce que la clausula que “la injusticia extrema no es derecho” permite a los no

⁴⁶ Alexy, Robert, “Derecho y Moral”, en *La institucionalización de la justicia*, Granada, Comares, 2016, p. 18.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 23.

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA)...

positivistas resolver los casos más graves y notorios. Carlos Nino sobre la obligación de obedecer al derecho, parte de la tesis que “el sistema jurídico —con las autoridades y sanciones que le son inherentes— se justifica en tanto y en cuanto él es un medio necesario para preservar y promover derechos humanos”,⁴⁸ y prestando atención a los casos de un derecho democrático, distingue entre la situación del juez (u otro funcionario) y la del súbdito, para luego considerar la posición moral de un juez frente a un súbdito que se ha considerado moralmente facultado a desobedecer el derecho. Al margen las sutiles distinciones del profesor argentino, lo que interesa destacar es que no suscribe ninguna obligación absoluta de obedecer al derecho, y reconoce tanto la “objeción de conciencia” (opera cuando un individuo cree que una obligación jurídica está en conflicto con sus principios morales o religiosos) como la “desobediencia civil” (consiste en la inobservancia de normas jurídicas que se consideran injustas con el propósito de modificarlas).

Pasando a autores iusnaturalistas clásicos que no dudan en respaldar a los derechos humanos, recordemos que en Finnis el significado focal de autoridad queda vinculado —en terminología tomada de Raz— a “razón excluyente”, es decir, “como razones suficientes para actuar a pesar de que el súbdito no habría adoptado la misma disposición”,⁴⁹ y reconoce la obligación moral *prima facie* de obedecer al derecho y que las reglas jurídicas gozan de “fuerza excluyente”. El profesor de Oxford entiende que la proposición que “la ley que es defectuosa en su racionalidad es solo en un sentido diluido”, no se ofrece “como aplicable inmediatamente es un tribunal de justicia (o en otro contexto intrasistemático)”,⁵⁰ de todos modos concluye que “la objeción de conciencia no es un principio o fundamento generalmente válido para eximirse de la ley”.⁵¹ Más allá de la opinión de Finnis, estimamos que un complemento ineludible del análisis de la ley injusta es el derecho a la objeción de conciencia que cubre cierto incumplimiento de la norma jurídica en función de razones mora-

⁴⁸ Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984, p. 244.

⁴⁹ Finnis, John *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 380.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 321.

⁵¹ *Ibidem*, p. 317.

RODOLFO LUIS VIGO

les racionales que puede invocar su destinatario. Ese derecho, cubre los reparos razonables del ciudadano o funcionario frente a la violencia moral que le provoca la prescripción en cuestión, y así el derecho como institución se pone al servicio de un auténtico bien común que incluye los bienes personales. Para el iusnaturalismo clásico no puede haber dudas del valor racional o moral —también específicamente jurídico— que corresponde asignarle a la conciencia de aquel que debe obedecer a la ley.⁵² Una manifestación de ese respeto al destinatario por sobre ficciones impuestas por el iuspositivismo legalista, puede ser que ya Tomás de Aquino justificaba a aquél que incumplía la ley por ignorancia no culpable dado que la ignorancia convertía al acto en involuntario,⁵³ y también la eximición de pena cuando la involuntariedad es total o se disminuye la pena cuando hay una voluntariedad disminuida por flaqueza o pasión.⁵⁴ Es que, si la ley es dictamen de la razón práctica y está al servicio del hombre, no parece razonable que no se conceda autorización para no cumplir la norma a aquel que, sin generar daños significativos o irreparables, aduce el perjuicio moral íntimo que le provoca ese acatamiento.

Si se avala la asunción sincera de alguna moral racional por parte de un ciudadano que la invoca para no cumplir una norma, y puede concluirse que la excepción solicitada no trae mayores inconvenientes al bien común, resultará muy difícil en términos racionales concluir el rechazo de esa autorización, quizás solo haya que atribuirle a prejuicios ideológicos o dogmatismos irracionales. Por supuesto que la clave es el pedido basado en una moral racional, y este previo análisis puede provocar justificadamente su rechazo. En efecto, concederemos no forzar la transfusión de sangre a un Testigo de Jehová, pero no la aceptaremos si aduce que le da repugnancia la sangre o que le recuerda a los vampiros; o rechazaremos el planteamiento de un imputado de haber matado a un policía, que dice pertenecer a una religión en la que esos actos son premiados con la vida eterna.

⁵² Cfr. Portela, Jorge Guillermo, *La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia*, Buenos Aires, EDUCA, 2005.

⁵³ Aquino, Tomas de, *Quodlibetum*, 1,9,3.

⁵⁴ Aquino, Tomas de, *Suma Teológica*, I-II, q,105, a.2

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA)...

Claro está, que, si todo el campo de la moral se remite a lo irracional o a las puras creencias subjetivas, se torna imposible habilitar un derecho de objeción de conciencia porque en su apoyo pueden venir tesis absolutamente absurdas, gravemente dañinas o peligrosas.

VII. LA MORAL COMO FACILITADORA DE LA EFICACIA⁵⁵ DE LA NORMA JURÍDICA

El racionalismo que animaba el proceso de codificación no toleraba ninguna fuerza de la realidad social capaz de constituir derecho, éste sólo se generaba en la voluntad del legislador y la realidad se acomodaría a la misma. Concluye Liborio Hierro: "La Codificación, fiel en términos generales al pensamiento ilustrado, trató de poner fin al debate sobre la fuerza normativa de la costumbre contra ley o del desuso con una clara decisión normativa en contra de ambos".⁵⁶ Un ejemplo relevante de esa matriz es el referido a la costumbre, y así los códigos, como por ejemplo el de Vélez Sarsfield, la rechaza cuando contradecía a la ley, y la toleraba como supletoria o interpretativa. El universalismo de aquellos tiempos del EDL postula con entusiasmo la utilidad de los códigos europeos para todos los pueblos del mundo; más aún, no hay otro protagonista que el "individuo" y sus derechos naturales que se reducen a "libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión" (artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Con Kelsen ya no interesa el fin ni el contenido de las normas, y en el sistema jurídico sólo se aceptan normas jurídicas, no principios ni derechos humanos. La teoría "pura" reduce las normas a juicios hipotéticos y descarta cualquier referencia a realidades sociales, aunque compute un mínimo de eficacia para la existencia del derecho; pues esta apertura a la realidad le generó fuertes críticas denunciando incoherencias graves. Por supuesto que esa cultura jurídica

⁵⁵ La eficacia jurídica puede entenderse de distintas maneras, Liborio Hierro distingue hasta siete modos que termina agrupando en tres típicos: cumplimiento, aplicación y éxito (*Cfr. La eficacia de las normas jurídicas*, México, Fontamara, 2010). Aquí la entenderemos como cumplimiento voluntario de la norma jurídica.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 50.

RODOLFO LUIS VIGO

tiene muy poco ver con la que anima al *common law* en donde siempre el derecho estuvo ligado a los casos y a las costumbres. Pero en aquella mirada del iuspositivismo tradicional y su obsesión por la ciencia, la clave es la sinonimia entre derecho y ley o derecho y normas positivas.

Parece comprensible sostener que resulta muy complicado en el marco de una filosofía jurídica kantiana la apelación a la realidad y a la necesidad de conformar a la misma el aparato conceptual que se construya. Más bien, lo que se impone es ideas o modelos contrafácticos que orienten a la realidad, aunque nunca se los alcance, y un ejemplo difundido de esas construcciones puede ser la metáfora de Rudolf Stammler de considerar la justicia como la estrella polar que guía al navegante, sin posibilidad de llegar a la misma. Pensamos que ha sido Etienne Gilson uno de los filósofos que con mayor claridad y contundencia planteó que una de las primeras alternativas que se le presentan al filósofo es si va a seguir un camino realista (nutrido por Aristóteles y Aquino) u otro idealista (configurado por Descartes y Kant); sintéticamente:⁵⁷ i) el realista partirá del ser, incluyendo en él el pensar, donde las ideas son conceptos abstraídos de las cosas, la epistemología se ajusta a la ontología, y ii) el idealista partirá del pensar, incluyendo en él al ser, las ideas son los modelos a los que debe ajustarse la realidad, o mejor, la realidad misma; de la epistemología se saca la ontología. Nos parece que la iusfilosofía alexyana enfrenta esos riesgos de idealismo, más allá de nuestra coincidencia con muchas de las tesis jurídicas que propone, aunque nuestra fundamentación de ellas difiera. Un ejemplo de ese método idealista que inspira a Alexy es nada menos que su pieza central del dialogo racional contrafáctico de donde nace el derecho, que conlleva la prevención kantiana que nadie podrá llevar a cabo uno que respete todas sus exigencias de manera absoluta. Algo parecido podemos ver en algunos trabajos alexyanos, me detendré en el titulado “Justicia como corrección” porque ahí leemos:

La justicia es corrección en la distribución y en la compensación. Esta definición tiene, a primera vista, una desventaja: es abstracta, privada

⁵⁷ Cfr. Gilson, Etienne, *El realismo metódico*, Madrid, Rialp, 1963.

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA)...

de contenido. En ella, el concepto de justicia, abstracto e indeterminado, es sustituido por un segundo concepto, el de corrección, más abstracto aún e indeterminado que el primero. Y es justamente la mayor abstracción del concepto de corrección lo que hace posible un análisis satisfactorio del concepto de justicia.⁵⁸

Sin perjuicio de esa matriz idealista, también en ese artículo aparecen apelaciones que van más allá de formas o estructuras contrafácticas universales, así se invocan: “los intereses y las necesidades, además de la tradición y la cultura, de los individuos implicados”,⁵⁹ la necesidad de la institucionalización y la Constitución, etcétera. Conocida es la denuncia por incurrir en “falacia procedimental” que se hace a las visiones procedimentalistas o formalistas, que, sin embargo, concluyen definiciones sustanciales o materiales.

Es obvio que el realismo referido en la obra de Gilson, es asumido explícita y completamente en la filosofía jurídica clásica. Expresamente Aquino reconoce que “a los hombres de bien se les induce más eficazmente a la virtud recurriendo a la persuasión que a la coacción”,⁶⁰ ratificando en la cuestión 95, artículo 3, que “el fin de la ley humana es la utilidad de los hombres” y que para ser justa debe ser “posible según la naturaleza y las costumbres del país, proporcionada a los lugares y a los tiempos”, pero “la disciplina debe acomodarse a cada uno según sus posibilidades, incluidas las naturales (pues no se pide lo mismo a un niño que a un hombre maduro), y según las costumbres sociales”. También recordemos que la ley no prohíbe todo lo que está mal porque “debe permitirse a los hombres imperfectos en la virtud muchas cosas que no se podrían tolerar en los hombres virtuosos”,⁶¹ y “la costumbre ayuda mucho a la observancia de la ley” y lo que se hace contra ella “parece más pesado”,⁶²

⁵⁸ Alexy, Robert, “La justicia como corrección”, *Doxa*, núm. 26, 2003, p. 163.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 165.

⁶⁰ Tomas De Aquino, “Suma Teológica”, I-II, q.95, a.1.

⁶¹ *Ibidem*, I-II, q.96, a.2.

⁶² *Ibidem*, q.97 a.2.

RODOLFO LUIS VIGO

por eso es “difícil cambiar las costumbres del pueblo”,⁶³ e incluso “la costumbre tiene fuerza de ley, deroga la ley e interpreta la ley”.⁶⁴

MacCormick y Weimberger advierten que “el jurista tiene que plantearse también cuestiones que se refieren a la existencia social del derecho, su forma de operar en la sociedad y las relaciones entre el derecho y la sociedad”,⁶⁵ y en ese interés debe tenerse en cuenta el ethos social dado que el ayudará al éxito de la norma jurídica. Aunque insistamos que no cualquier moral social es compatible con la moral racional o con el respeto de los derechos humanos, aunque si el jurista no suscribe la posibilidad de esa confrontación dado que niega la existencia de una moral racional, el riesgo es que termine postulando un derecho que será resistido por la sociedad y que solo deberá recurrir a la coerción para conseguir su seguimiento, quedando abortada la alternativa del cumplimiento voluntario. En sintonía con la ética clásica repitamos que lo mejor puede ser enemigo de lo bueno, de manera que el objeto de la prudencia es escoger la mejor opción dentro de aquellas que resultan posibles.

VIII. LA MORAL COMO COMPLEMENTO DE LA COERCIÓN JURÍDICA

Hasta aquí hemos hablado de la eficacia del derecho en tanto cumplimiento voluntario de la norma, lo cual favorece el efecto pedagógico que se propone y evita los costos de su incumplimiento, pero hay otra conexión que se comprueba hoy de la moral racional con el derecho a la que queremos aludir. Se trata de que pareciera que el derecho ha dejado de confiar solamente en la coacción, y se orienta a incorporar medios que apelan a la conciencia ética y la intención del ciudadano. Aquí también hay otra distancia con el *common law* en donde son visibles los entrecruzamientos entre el derecho y la moral, pensemos en la relevancia jurídica que se le otorga a la mentira, que equivale a obstrucción de la justicia. Frente a ello, recordemos

⁶³ *Ibidem*, q.97 a.3.

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ Maccormick, Neil y Weinberger, Otta, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, D. Reidel, 1986, p. 45.

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA)...

que para Kelsen el derecho se reduce a técnica coercitiva para dirigir conductas, y textualmente escribe: “Decir que un orden jurídico es eficaz significa simplemente que la conducta del agente se ajusta a dicho orden”.⁶⁶ En la teoría pura las normas jurídicas se dirigen al juez quien era el que las aplicaba como titular de la coerción, y el derecho subjetivo coincidía con el reclamo al juez para que proceda coercitivamente. Es elocuente al respecto el testimonio del Bobbio post-kelseniano de 1971 con su “teoría funcional” y la recuperación de la pregunta acerca del “para qué sirve el derecho”: “común a toda la corriente del positivismo jurídico desde Austin hasta Ihering y Kelsen, (es) aquella según la cual el Derecho obtiene su fin (que es esencialmente represivo) a través de la organización de sanciones negativas (el Derecho como aparato coactivo)”.⁶⁷

Es constitutivo a todo pueblo contar con un cierto ethos desde el cual se juzgan como valiosas o disvaliosas conductas, hábitos, instituciones o normas. Pero lo que está en juego es preguntar si esa particular moral social es o no compatible con la moral racional mínima y objetiva, que justifica o descalifica exigencias positivas o negativas. Torturar está siempre mal, una sociedad de castas carece de respaldo racional objetivo, impedir a una mujer que se presente a elección por el solo hecho de ser mujer es irracional, las cárceles secretas son un disparate jurídico, es violencia irracional obligar a que alguien se vista conforme a cierta moda si quiere acceder a tribunales, etcétera; esos son todos ejemplos de injusticia, irracionalidad e inmoralidades que acompañan a la sociedad, pero ese seguimiento social no transforma en legítimo, valioso o racional lo que objetivamente no lo es. Aquel ethos social también puede ser un factor que facilite el cumplimiento voluntario, y la consideración de este elemento debe ser considerado por la prudencia de aquellos que hacen el derecho. Es obvio que ésta conclusión sólo puede ser respaldada por los que suscriben la existencia de una moral racional.

En el derecho actual se observa una serie de esfuerzos destinados a conseguir fines razonables deseables, pero no sólo a través de la

⁶⁶ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 2000, p. 70.

⁶⁷ Bobbio, Norberto, “La función promocional del derecho”, en Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Fernández Torres eds., 1980, p. 368.

RODOLFO LUIS VIGO

coerción o la imposición de penas y perjuicios para aquel que no se comportó conforme a la pretensión contenida en las normas. En ese proceso variado y creciente de desjudicialización y hasta desjuridización de problemas sociales, ocupan un lugar destacado los “medios alternativos de solución de conflictos” que procuran resolverlos no por medios típicos, formales, estructurados y judiciales. Puede sorprender que el mismo Aquinate avaló el recurso a árbitros para resolver casos: “En asuntos humanos, unas personas por propia voluntad pueden someterse al juicio de otras, aunque éstas no sean sus superiores, como acontece en los que se comprometen a la decisión de árbitros”,⁶⁸ y cuando afirma la viabilidad de perdón por parte del acusador al ofensor, como por ejemplo en caso de injuria.⁶⁹

Otro ejemplo puede ser la “justicia transicional” implementada en sociedades políticas que han experimentado violaciones masivas de derechos humanos, y procuran instalar democracias verdaderas. También reflejan una matriz no coercitivistica la “justicia restaurativa”⁷⁰ u otros nombres equivalentes como: reparativa, resitutiva, reintegrativa, comunitaria, consensual, solidaria, etcétera. En ella lo que se busca es comprometer en la solución de los problemas jurídicos a la sociedad, a las víctimas y a las familias, a los fines de lograr la reconciliación o restauración de las relaciones que han quedado dañadas por la ofensa o el ilícito. Lo importante aquí no es generar la consecuencia dañosa sobre el ofensor de acuerdo a lo que está previsto normativamente para la conducta, sino la preocupación se orienta hacia adelante, en aras de conseguir el compromiso sincero y voluntario para no volver a ofender al ciudadano. El juez, la policía, el proceso y la sanción pasan a un segundo plano y el protagonismo lo adquieren la víctima y el ofensor, en cuyas manos se pone en buena medida la solución del conflicto en prospectiva. Lo decisivo pasa a instalarse en el plano moral, lo que importa es el arrepentimiento y el compromiso de comportarse como el “buen vivir ciudadano” lo exige. De ese modo el derecho deja de mirar para

⁶⁸ Aquino, Tomas de, *Suma Teológica*, I-II, q.67, a.1.

⁶⁹ *Ibidem*, I-II, q.67, a.4.

⁷⁰ Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Justicia restaurativa*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009.

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA)...

atrás en aras de identificar conductas antijurídicas a las que les corresponde aplicar la sanción jurídica prevista en las normas, y se carga de preocupación por la persona en su integralidad, aunque especialmente mira su disposición futura para no volver a cometer una falta. Ese cambio de perspectiva supone que la reacción frente al delito, daño u ofensa, asume dimensiones estricta o típicamente morales o éticas en donde la interioridad, la voluntariedad, el entorno social y características propias de la persona se tornan mucho más importantes que la sanción.

A fines de la década de los sesenta Bobbio publica un artículo titulado “La función promocional del derecho” en donde llama la atención acerca de la aparición en el Estado social contemporáneo de nuevas técnicas de control social, no ya centradas en el desalentamiento de ciertas conductas sino en el alentamiento; poniendo en crisis las teorías tradicionales del derecho que consideran al derecho exclusivamente en su función represiva o protectora, y abriendo paso al estudio de la “función promocional” del derecho. En plena sintonía con esa nueva perspectiva del derecho recurriendo a medios no coercitivos, traigamos a colación la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en donde abundan ejemplos en que la condena incluye medidas no coercitivas y reparatorias en términos morales, tales como: pedidos de disculpas, arrepentimientos, homenajes, construcción de monumentos, cursos de capacitación, etcétera.

Aquella típica y kantiana ruptura entre el derecho y la moral sin relevancia para la vida social, implicaba que, para conseguir el cumplimiento del derecho, que era a su vez el único límite a la libertad, bastaba la amenaza de la sanción respaldada por la coerción estatal. Pero hoy queda claro que la ley y la amenaza estatal no basta, ella requiere de cierta voluntariedad y mensajes que procuran enseñar y alentar comportamientos futuros. Sin embargo, si la moral queda totalmente librada a la irracionalidad o a la subjetividad aquellos esfuerzos carecen de justificación. El derecho quiere también educar sobre lo que está objetivamente bien y lo que cabe de arrepentimiento para no reiterar lo que está mal.

RODOLFO LUIS VIGO

IX. LA MORAL COMO ANTÍDOTO AL INSULARISMO JURÍDICO

El modelo epistemológico que se impone en las universidades europeas en el XIX promueve cierto autismo de las ciencias, y ello queda reflejado en las facultades de derecho “insulares” donde se rompen todos los puentes con otros saberes. Más aún, cada una de las materias de la respectiva curricula se constituyen en unidades autosuficientes creando hasta el aparato conceptual y lingüístico que se utilizará en ellas. Las ciencias jurídicas, de manera elocuente pasan a ser “dogmáticas”, y ello supone verdades reveladas que se aceptan y no se discuten racionalmente. Todo el derecho está en la ley —para la exégesis francesa— o en las normas coercitivas —para Kelsen—, de manera que el jurista no necesita, mejor dicho, no debe ir más allá de ellas si procura mantenerse en el terreno científico. Sobre todo, se rompe el contacto con la moral, la política, la economía, la cultura, etcétera, y por esa vía se pierde el “sentido” del derecho o el “para qué”. Una vez más recordemos al Bobbio de la teoría funcional del derecho cuando en el Prólogo “Dalla Struttura Alla Funzione” afirma: “El paso de la teoría estructural a la teoría funcional es también el paso de una teoría formal (o ¡pura! a una teoría sociológica (¿impura?)... se oye que la sociología llama a la puerta”,⁷¹ y en otro trabajo confirma: “lo que caracteriza el actual momento del estudio del derecho es el hecho de que los juristas están saliendo de su esplendoroso aislamiento”.⁷²

La superación de aquel aislamiento promovido y funcional al EDL se constata al nivel del derecho ya creado, como en relación a su aplicación a los casos. Lo sabemos desde Aristóteles que el derecho es inescindiblemente social y político, y consiguientemente moral. Como señalamos arriba la presencia de la racionalidad práctica en el derecho implica que no es posible postular que no haya conexiones con la moral y la política. De una manera muy sólida y omnicompreensiva Alexy, con su tesis del discurso jurídico como caso especial

⁷¹ Bobbio, Norberto, *Dalla struttura alla funzioni*, Milán, Edizioni di Comunità, 1984, p. 9.

⁷² Bobbio, Norberto, “Derecho y ciencias sociales”, en Bobbio, Norberto, *Contribución...*, cit. p. 225.

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA)...

del discurso práctico general, pone de relieve la apertura del mundo jurídico al hombre en su integralidad y su razonabilidad práctica con sus distintas dimensiones. Advierte el profesor de Kiel que

las reglas del discurso, sin embargo, no definen una forma particular de vida, sino algo que es común a toda forma de vida humana, sin perjuicio del hecho de que en ella se imponen en diferente medida. La teoría del discurso rastrea de ese modo en el potencial racional existente en la realidad humana. Ella persigue en este sentido ilustración sobre la naturaleza del hombre y se encuentra en eso, pero solamente en eso, en la tradición del derecho natural... La teoría del discurso permite en efecto no sólo una fundamentación de los derechos fundamentales y los derechos humanos, ella se evidencia también como teoría básica del estado constitucional democrático.⁷³

La teoría herculeana de la interpretación jurídica de Dworkin confirma que “cualquier teoría del derecho comprensiva debe ser ella misma un ejercicio de teoría moral y política normativa... los problemas de jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos legales ni de estrategia”.⁷⁴

La filosofía jurídica de Finnis está fuertemente penetrada por la filosofía política y la moral. En efecto, aquella gira en torno a los valores básicos o formas básicas del bien (vida, conocimiento, juego, amistad, experiencia estética, razonabilidad práctica y religiosidad) que la razonabilidad práctica procura a instancias de su primer principio: “ha de hacerse y procurarse el bien”. Respecto a los derechos naturales o morales o humanos, ellos “expresan virtualmente todas las exigencias de la razonabilidad práctica”,⁷⁵ y destaca el profesor de Oxford entre estas últimas el “procurar el bien común de las comunidades propias” y que “La persona humana debe buscar realizar y respetar los bienes humanos no simplemente en sí misma y en su propio beneficio, sino también en común, en comunidad”.⁷⁶ Atento a

⁷³ Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 136.

⁷⁴ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 51.

⁷⁵ Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 227.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 191.

RODOLFO LUIS VIGO

que el derecho “sin restricciones” es el de una comunidad completa o política, admite el profesor de Oxford que el “bien común” se conecta en su significación con las fórmulas “interés público” o “bienestar general”.⁷⁷

Parece forzoso que si el jurista se interesa por el bien humano —individual o común— le queda clausurada la alternativa del autismo jurídico. Y los derechos humanos o los principios jurídicos —protegiendo bienes individuales o colectivos— remiten explícita e inexorablemente a la moral y a la política. Pero esa superación del juridicismo también se comprueba en el ámbito de los casos que necesitan ser resueltos por los jueces, y en ese terreno frente a los “deniers” o “veriphobics” —como los llama Michele Taruffo— corresponde insistir con el maestro italiano que “la verdad es condición de la justicia” y que no hay dos verdades (la procesal o formal y la real o material), sino una, conforme a la teoría de la “correspondencia”.⁷⁸ Recordemos que en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha hablado sobre el efecto “reparador” que tiene la verdad y también de un “derecho a la verdad”. En ese campo veritativo en torno a los hechos que se discuten, tienen creciente importancia los saberes no jurídicos que le proporcionan al juez los peritos informando desde: ciencias duras (por ejemplo, química), blandas (por ejemplo, psicología), pseudo ciencias (por ejemplo, grafología) y ciencias basuras (por ejemplo, astrología). Los hechos tienen una relevancia jurídica en sí mismos, más allá incluso de la que precisan las normas jurídicas, y ejemplos de esa índole abundan en la jurisprudencia argentina: cosa juzgada írrita, abuso del derecho, plazo de gracia, gravedad institucional, emergencia económica, etc. Sin embargo, la enseñanza del grado sigue mayoritariamente impregnada de la inercia juridicista y totalmente ajena a saberes no jurídicos. Por supuesto que no se pretende que el abogado reemplace al perito, pero sí que tenga la información mínima necesaria como para establecer la eficacia probatoria de las pericias. En la cultura jurídica del *common law* donde el derecho se construye prin-

⁷⁷ *Ibidem*, p. 184.

⁷⁸ *Cfr.* Taruffo, Michele, *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008 y *Verdad, Justicia y Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2020.

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA)...

principalmente por los jueces y desde los casos, la relevancia del conocimiento de los hechos explica precisiones como las que brinda la Corte Suprema de Estados Unidos en fallos como “Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.” de 1993.

Un jurista que comprenda el sentido del derecho y la relevancia e inalienabilidad de los derechos, seguramente no permanecerá con una mirada ceñida estrictamente a lo que dicen las normas. Por supuesto que no estamos despreciando la seguridad jurídica y el valor de las normas, sino reivindicando los límites para que se les reconozca como válidas y obligatorias, y en esos márgenes escoger la mejor respuesta, es decir, la más justa. La verdad proporcionada por los saberes teóricos y los saberes prácticos tiene un valor epistemológico (identifica el error), moral (discierne el bien), político (los dictadores prefieren la manipulación) y jurídico (equivale a lo justo). Convertir al derecho en un fin en sí mismo conlleva una distorsión que nos impide elegir al mejor derecho de aquel disvalioso. No está de más recordar que lo que justifica al derecho es mejorar la buena vida social en la que está toda la sociedad implicada. No hay posibilidad de justicia y buen vivir sin superar el juridicismo y reencontrarse con el bien del hombre.

X. LA MORAL DEL OPERADOR JURÍDICO PARA EL MEJOR DERECHO

En el marco del EDL y del iuspositivismo decimonónico funcional al mismo, estaba claro que resultaba irrelevante la calidad moral del operador del derecho, pues todos estaban para “decir el derecho” que coincidía exactamente con el contenido de una ley hecha por la voluntad infalible del legislador; que como tal no se contradecía, era clara, no redundante, siempre justa, etcétera. Esa consigna profesional —*iuris dictio*— valía para el que la enseñaba, asesoraba a los clientes, abogaba ante las autoridades o la aplicaba a los casos con *imperium*. Destaquemos la función judicial recordando una vez a Montesquieu y su caracterización del juez como “ser inanimado” y “bouche de la loi”. La única idoneidad requerida para ser juez era la científica, y las demás (ética, aplicativa o prudencial, sicológica, física, y gerencial o administrativa) resultaban irrelevantes, dado que,

RODOLFO LUIS VIGO

si se apartaba de la única función para la que se le había otorgado poder, es decir, proyectar silogística y mecánicamente para el caso el sentido contenido en la ley, cometería el delito de prevaricato y se lo destituiría. En el caso de Kelsen, a tenor de su escepticismo axiológico, el voluntarismo judicial no podía ser controlado, y así el juez elegía de manera irracional o no cognoscitivamente la decisión que adoptaba.

Es indudable cuánto ha potenciado el EDC el poder y la discrecionalidad judicial, y ello se revela en las diferentes líneas jurisprudenciales y en las mayorías y minorías de los tribunales. Es cierto que en el *Common Law* la importancia de la personalidad ética de los candidatos siempre ha sido una variable decisiva en la elección de los jueces, y una muestra —quizá exagerada— de ello pueden ser los cuestionamientos éticos que le hicieron a Brett Kavanaugh en el trámite por ante el Senado a los fines de su incorporación a la Corte Suprema de Estados Unidos por su comportamiento en una fiesta cuando tenía 18 años. En esa sintonía puede entenderse que un relativista moral como Hart frente a la creación y discrecionalidad judicial en los casos difíciles, invoque la necesidad de “virtudes judiciales” como: “imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión”.⁷⁹

En el espacio iberoamericano durante el presente siglo se ha ido instalando el tema de la ética judicial de manera visible y extendida. El Estatuto del Juez Iberoamericano en 2001, la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano en 2002 y el Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica de 2006 que tuvimos el honor de redactar junto a Manuel Atienza por encargo de la Cumbre Judicial Iberoamericana. En la Exposición de Motivos de este último documento se consigna que: se asume “como compromiso institucional con la excelencia y como instrumento para fortalecer la legitimación del Poder Judicial”; que la ética judicial es “apelación al compromiso íntimo del juez con la excelencia y

⁷⁹ Hart, Herbert, *El concepto del derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, p. 253.

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA)...

con el rechazo a la mediocridad”; que el Código es “explicitación de la idoneidad judicial y complemento de las exigencias jurídicas en el servicio de justicia” y un “estímulo para fortalecer la voluntad del juzgador y pauta objetiva de calidad ética en el servicio de justicia”.

En la filosofía moral y en la teoría jurídica asistimos en las últimas décadas a una verdadera restauración de las virtudes. Más aún, está la propuesta de “Virtue Jurisprudence”⁸⁰ que en definitiva postulan que en orden a procurar el mejor derecho lo decisivo es “quien lo hace” y no “cómo se hace”. En ese llamado “giro virtuoso” o “giro aretaico” hay autores anglosajones muy difundidos en la actualidad como Martha Nussbaum,⁸¹ Michael Stole,⁸² John Deight,⁸³ entre otros, pero también tenemos autores en nuestra lengua como Amalia Amaya, Guillermo Larriguét o Luciana Samané que mucho han aportado en aquella recuperación llegando a proponer que la teoría de la argumentación asiste a nueva etapa “que tiene que ver con la pregunta por el papel de las emociones en el contexto de justificación judicial”.⁸⁴ Desde otra perspectiva teórica, también habla de virtudes judiciales Manuel Atienza “como ciertos rasgos de carácter que deberían poseer —y quizás posean— los jueces”⁸⁵ que posibilitan cierta anticipación o previsibilidad de las soluciones jurídicas para los casos concretos. El catedrático de Alicante, apoyándose en MacIntyre vincula al “buen juez” con esas virtudes judiciales, en cuanto cualidades adquiridas, cuya posesión y ejercicio promueven modelos de excelencia y la obtención de ciertos bienes internos

⁸⁰ Solum, Lawrence, “Virtue Jurisprudence. A Virtue-Centre Theory o Judging”, *Metaphilosophy*, núm. 34, 2003.

⁸¹ Nussbaum, Martha, “Emotion in the Lenguaje of Judging”, *St. John’s Law Review*, vol.70, núm.1, 1996.

⁸² Slote, Michel, “Empathy, Law and Justice”, en Amaya, A. y Hock Lai, H. (eds.) *Law, Virtue and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2013.

⁸³ Deight, John, “Empathy, Justice and Jurisprudence”, *The Southern Journal of Philosophy*, 2011, vol. 49.

⁸⁴ Larriguét G. y Samané L., “El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial”, en *Emociones y virtudes en la argumentación judicial*, México, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 81.

⁸⁵ Atienza, Manuel, “Virtudes Judiciales”, en *Jueces y Derecho*, México, Porrúa-UNAM, 2004, p. 17.

RODOLFO LUIS VIGO

específicos. El núcleo de la tesis acerca de las virtudes judiciales es que hay ciertos rasgos adquiridos en el carácter o la personalidad de algunas personas que los hacen más idóneos para cumplir la función judicial; aunque aclara Atienza que “las virtudes de los jueces no pueden ser muy distintas de las que caracterizan a otras profesiones o prácticas sociales... las virtudes básicas (las virtudes cardinales de origen griego) reciben una cierta modulación en razón de las peculiaridades de la práctica judicial”.⁸⁶ Coincidimos totalmente con Josep Aguiló cuando conecta las concepciones teóricas del derecho con visiones sobre ética judicial.⁸⁷

En el ámbito de la razón práctica dialógica propuesta por Habermas y seguida por Alexy, una de las exigencias de la misma es la sinceridad de los participantes y la pretensión de corrección a los fines de alcanzar la verdad práctica, por ende, eso habla de una cierta exigencia moral del discurso moral general que se hace presente en el discurso jurídico a tenor que éste es un caso especial de aquel. El profesor de Kiel es categórico en sostener que las afirmaciones y decisiones jurídicas plantean necesariamente una pretensión correcta, y negarlo implicaría una incorrección moral, además de “contradicción performativa”. Frente a los riesgos de las éticas intersubjetivas dialógicas de prescindir de la dimensión subjetiva de la moralidad, es interesante traer a colación la palabra de una autorizada representante de dichas perspectivas, como lo es Adela Cortina, quien afirma: “...creo que a lo largo de la polémica entre neoaristotélicos y neokantianos se ha ido configurando un concepto excesivamente pobre de ética procedimental, un concepto que puede ampliarse reconstruyéndolo desde las ideas de valor y telos, hasta dar lugar incluso a una ética de virtudes o de actitudes, que complementará el reciente discurso de Habermas sobre la justicia y la solidaridad...”⁸⁸

⁸⁶ Atienza, Manuel, “Ética Judicial” en *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2011, p. 153.

⁸⁷ Cfr. Aguiló, Josep, “Dos concepciones de la ética judicial”, *Doxa*, núm. 32, pp. 515-540.

⁸⁸ Cortina, Adela, “La ética discursiva”, en Camps, Victoria (ed.), *Historia de la Ética*, t. III, Barcelona, Crítica, 1989, p. 554.

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA)...

En el pensamiento clásico la verdad práctica requería la conformidad con la intención recta (“...conformidad que no tiene lugar en las cosas necesarias, que no dependen de la voluntad humana, sino solamente en las cosas contingentes”⁸⁹) e igualmente de la razón práctica prudencial o concreta. Para que haya sentencia justa, es indispensable que se quiera dictarla y también que la razón discierna la mejor alternativa. En el Aquinate dentro de los distintos modos de la injusticia, está aquella que remite a la intención o motivación, y en la explicación de Finnis agreguemos el ejemplo cuando la autoridad “explota sus oportunidades para adoptar disposiciones por las que no intenta el bien común sino en beneficio suyo o de sus amigos o de su partido o de su facción, o movido por malicia contra alguna persona o grupo”.⁹⁰

Frente a la alternativa de llamar deontología a la ética o moral profesional nos hemos opuesto principalmente con argumentos etimológicos. En efecto, en aquella expresión inventada por Jeremy Bentham el centro se pone en el deber (deonto), al modo en que procede el derecho; pero en la ética o la moral el acento está en el bien, que una vez escogido vendrán los deberes a cumplir para alcanzarlo. La ética judicial al pretender el mejor juez posible, procura convencerlo para que asuma el compromiso con la excelencia en el servicio, tanto en el ser como en el parecer, mostrándole a esos fines persuasivos los bienes (personales, sociales, institucionales, etcétera) posibles a obtener, y que de ese modo no se limite a ser un juez mediocre limitado a cumplir los deberes jurídicos. Hay una cierta pedagogía ética al respecto, que asumen las sociedades premiando con monumentos, poniendo los nombres en las calles, etcétera, en favor de aquellos que han asumido el servicio entregando todo lo que estaba a su alcance, por sobre de las exigencias jurídicas. Seguramente la sociedad no le brindaría ningún poder al profesional si previamente confesara que cumplirá su trabajo mal o mediocrementemente, por eso, no seguir la ética es no corresponder al privilegio que se le concede al profesional. Por supuesto, que, si no hay ética objetiva y cognoscible,

⁸⁹ Aquino, Tomas de, *Suma Teológica*, I-II, q.57, a.1.

⁹⁰ Finnis, J., *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 380.

RODOLFO LUIS VIGO

todo el discurso precedente y los códigos de ética profesional tiene que remitirse a la irracionalidad o gustos personales e interesados.

XI. CONCLUSIÓN

La experiencia moral del nazismo tuvo enormes proyecciones, y el mundo cambia en los más variados aspectos a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. Esos cambios en el campo de nuestro interés implicaron la sustitución del EDL por el EDC, y consiguientemente una nueva propuesta de derecho, de Estado, de jurista y de las teorías que se requerían para comprender y operar en el nuevo paradigma. El campo analizado en este artículo toca un punto neurálgico de enormes proyecciones. La rehabilitación de la razón práctica facilita esos puentes que se construyen entre el derecho y la moral, pero claro está que, si no hay razón capaz de definir lo bueno o lo malo, lo justo o lo injusto, se frustra esa alternativa y se mantiene la distancia entre aquellas dos realidades y disciplinas.

Hemos tratado de mostrar que si hay moral racional, ya no podremos aceptar cualquier contenido como derecho (i); pretendemos que al momento de crear o aplicar el derecho esté presente la moral racional para que el mismo sea el mejor posible (ii y iii); confiaremos el más completo conocimiento jurídico a quien asume una moral racional (iv); no tendremos reparos en reconocer el derecho a la objeción de conciencia fundada en una moral racional (v); resultará importante procurar que el derecho sea armónico con la moral social racional facilitando así su eficacia no coercitiva (vi); se podrá apelar a que el derecho supere su perspectiva sancionatoria y se preocupe por reconciliar la vida social a través de medios morales (vii); asumiendo el para qué o el sentido del derecho no solo nos encontraremos con la justicia y el bien racional, sino que también dejaremos de lado las tentaciones juridicistas (viii); y, finalmente, advertiremos que la ética del operador es una pieza decisiva si queremos el mejor y más legítimo derecho (ix).

No son los presentes tiempos fáciles para mantener irresponsablemente inercias. Hay una sociedad muy demandante y cuestionadora de toda autoridad. Esas voces también se destinan al derecho y

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA)...

a los juristas, y una de las demandas más claras e insistentes es por una vida buena asentada en la justicia, pero si la razón práctica nada puede decir al respecto, sólo queda el camino del poder para esas definiciones. No se trata de coartar libertades o imponer morales a los ciudadanos, se trata de reconocer y proteger bienes humanos básicos que la razón —también jurídica— puede aprehender de manera elemental y que la vida social buena no puede suprimir sino promover.

XII. REFERENCIAS

AGUILO, Josep, “Dos concepciones de la ética judicial”, *Doxa*, núm. 32.
ALEXY, Robert, *Derecho y Moral*.

ALEXI, Robert, “La justicia como corrección”, *Doxa*, núm. 26, 2003.

ALEXI, Robert, “Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años”, en Bernal Pulido, Carlos (ed.), *La doble naturaleza del derecho*, Lima, Palestra, 2011.

ALEXI, Robert, “Derecho y Moral”, en *La institucionalización de la justicia*, Granada, Comares, 2016.

ALEXI, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993.

ALEXI, Robert, “Derechos fundamentales y estado constitucional democrático”, en Carbonell M.(ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

ALEXI, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.

ALEXI, Robert, “La naturaleza de la filosofía del derecho”, *Doxa*, núm. 26, 2003.

ALEXI, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ALEXI, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

AQUINO, Tomas de, *Quodlibetum*, 1,9,3.

RODOLFO LUIS VIGO

- AQUINO, Tomas de, “Scientia moralis docet hominis sit bona ex hoc quod et secundum rationem rectam...”, *Comm. Eth.* L.2, lec.2.
- AQUINO, Tomas de, “Scriptum Super Libros Sententiarum Petri Lombardiensis”, IV.
- AQUINO, Tomas de, “Suma Teológica” I-II.
- ARANGUREN, José Luis, “Ética”, *Revista de Occidente*, Madrid, 1958
- ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, VI,5,1140 b 5.
- ATIENZA, Manuel, *Ética Judicial en Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2011.
- ATIENZA, Manuel, “Virtudes Judiciales”, en *Jueces y Derecho*, México, Porrúa-UNAM, 2004.
- BERNAL Pulido, Carlos, *La doble dimensión del derecho*, Lima, Palestra, 2011.
- BOBBIO, Norberto, “Dalla struttura alla funzioni”, Milán, Edizioni di Comunità, 1984.
- BOBBIO, Norberto, “Derecho y ciencias sociales”, en BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Fernández Torres (eds.), Valencia, 1980.
- BOBBIO, Norberto, “La función promocional del derecho”, en BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Fernández Torres (eds.), Valencia, 1980.
- CALSAMIGLIA A., “Teoría del participante versus teoría general del Derecho: una aproximación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, t. XIII y XIV (1996-1997).
- CORTINA, Adela, “La ética discursiva”, en Camps, Victoria (ed.), *Historia de la Ética*, t. III, Barcelona, Crítica, 1989.
- DEIGHT, John, “Empathy, Justice and Jurisprudence”, *The Southern Journal of Philosophy*, 2011, vol. 49.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- FINNIS, John, *Aquinas. Moral, Political and Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- FINNIS, John, *Aquinas. Moral and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA)...

- FINNIS, John, *Collected Essays*, vol. I, "Reason in Action", Oxford, Oxford University Press, 2011.
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- GILSON, Etienne, *El realismo metódico*, Madrid, Rialp, 1963.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Ángel, *Manual de Historia de la Filosofía*, Madrid, Gredos, 1960.
- HART, Herbert, *El concepto del derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.
- HIERRO, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, México, Fontamara, 2010.
- KALINOWSKI, George, "Application du droit et prudence", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, L.III/2, Wiesbaden, 1967.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 2000.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Justicia restaurativa*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- LACHANCE, Louis, *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, 1953.
- LARRIGUET G. y SAMANÉ L., "El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial", en *Emociones y virtudes en la argumentación judicial*, México, Tirant Lo Blanch, 2017.
- MACCORMICK, Neil y WEINBERGER, Otta, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, D. Reidel, 1986.
- MACCORMICK, Neil, "The Separation of Law and Morals", en GEORGE, Robert P., *Natural Law Theory-Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press.
- MARTINEZ DORAL, José M., *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, EUNSA, 1963.
- MASSINI, Carlos I., *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Abaco, 1998.
- MASSINI-CORREAS, Carlos I., *Jurisprudencia analítica y derecho natural*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

RODOLFO LUIS VIGO

- MICHEL SLOTE, "Empathy, Law and Justice", en AMAYA, A. y HOCK LAI, H. (eds.), *Law, Virtue and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2013.
- MILLAN PUELES, Antonio, *Ética y realismo*, Madrid, Rialp, 1996.
- NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984.
- NINO, Carlos, "Sobre los derechos morales", *Doxa*, núm. 7.
- NUSSBAUM, Martha, "Emotion in the Lenguaje of Judging", *St. John's Law Review*, vol. 70, núm. 1, 1996.
- PIEPER, Josef, *Las virtudes fundamentales*, Madrid, RIALP, 1976.
- PORTELA, Jorge Guillermo, *La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia*, Buenos Aires, EDUCA, 2005.
- REIDEL, Manfred, "Rehabilitierung der praktischen Philosophie", Freiburg i. Br., 2 vol., 1972-1974 y VOLPI, Franco, "La rinascita della filosofia pratica in Germania", en PACCHIANI, C. (ed.), *Filosofia pratica e scienza política*, Abano-Padova, 1980.
- SOLUM, Lawrence, "Virtue Jurisprudence. A virtue-centre theory o judging", *Metaphilosophy*, núm. 34, 2003.
- VIGO, Rodolfo Luis, "Consideraciones sobre la visión de John Finnis acerca de la tesis "la ley injusta no es ley", disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx>.
- VIGO, Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019.

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS A “DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA): CONEXIONES EN TIEMPOS DEL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE RODOLFO VIGO”*

*¿NATURAL OR MORAL LAW? CRITICAL COMMENTS TO RODOLFO
VIGO'S LAW AND MORALITY (PRACTICAL REASON): CONNECTIONS
IN TIMES OF THE CONSTITUCIONAL RULE OF LAW*

Javier SALDAÑA SERRANO**

Resumen:

El artículo analiza críticamente la propuesta planteada por Rodolfo Luis Vigo en este número en torno a las nueve conexiones identificables en el llamado Estado constitucional de derecho. Siguiendo esta discusión, en cambio, se plantea la pregunta: ¿cómo abordaría el derecho natural —y no la moral— las cuestiones iusfilosóficas en el actual Estado constitucional de derecho? Así, el autor busca explicar cómo es que el derecho natural puede ofrecer respuestas sólidas a las cuestiones iusfilosóficas planteadas en el escrito del profesor Vigo, y sostiene que el derecho natural de corte clásico está en mejores condiciones de abordar muchas de las problemáticas planteada por la actual filosofía del derecho y, en consecuencia, puede seguir hablándose de derecho natural sin necesidad de recurrir a la moral.

Palabras clave:

Derecho natural, moral, validez, razón práctica, derecho positivo.

Abstract:

The article critically analyzes the proposal put forward by Rodolfo Luis Vigo in this issue regarding the nine identifiable connections in the so-called

* Artículo recibido el 10 de octubre de 2020 y aceptado para su publicación el 14 de diciembre de 2020.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y profesor de la materia Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la UNAM. Correo: javiers@unam.mx, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2050-034X>.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

Constitutional Rule of Law. Following this discussion, however, the question arises: How would natural law —and not morality— address philosophical questions in the current constitutional rule of law? Thus, the author seeks to explain how natural law can offer solid answers to the ius-philosophical questions raised in Professor Vigo’s paper, and argues that classical natural law is in a better position to address many of the issues raised by the current philosophy of law and, consequently, it is possible to talk about natural law without resorting to morality.

Keywords:

Natural Law, Morality, Validity, Practical Reason, Statutory Law.

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *El derecho natural como límite de validez del derecho positivo.* III. *El derecho natural asegura la creación de un mejor derecho.* IV. *El derecho natural como elemento garantizador de la mejor aplicación del derecho.* V. *El derecho natural como base de un mejor conocimiento del derecho.* VI. *El derecho natural como límite al cumplimiento de la norma jurídica.* VII. *El derecho natural como facilitador de la eficacia del derecho.* VIII. *El derecho natural como complemento de la coacción jurídica.* IX. *El derecho natural abierto a otros saberes científicos.* X. *El derecho natural como elemento garantizador de los mejores operadores jurídicos (principalmente los jueces).* XI. *Conclusiones.* XII. *Referencias.*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

No se comete ninguna imprecisión si se afirma que uno de los tópicos más recurrentemente citados en la filosofía del derecho contemporánea es el que se refiere a la vinculación entre el derecho y la moral. Así, a lo largo de la historia del pensamiento occidental no ha existido filósofo del derecho importante que no se haya avocado a su tratamiento, sea para defender esta tesis o para rechazarla. Para algunos, existe una vinculación, no sólo contingente, sino incluso necesaria entre dichos ordenamientos normativos. Para otros, en cambio, entre ambos hay un abismo infranqueable que imposibilita algún tipo de conexión. Incluso no ha faltado quien afirme que el tratamiento de la vinculación/separación derecho-moral es el tema que se encuentra en el corazón mismo de la filosofía del derecho.¹

Queda claro entonces que no es un tema baladí, sino que representa una gran empresa intelectual, cuyo tratamiento amerita, sin

¹ Para una visión general de la discusión sobre la relación/separación entre el derecho y la moral, *cfr.* Garzón, Valdés, Ernesto, "Derecho y Moral", en Vázquez, R. (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 19-55. *Cfr.* McCormick, Neil, "Natural Law and the Separation of Law and Morals", en George, Robert, P. (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 105-133.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

duda, un conocimiento amplio y profundo, tanto de escuelas antagónicas como de corrientes de pensamiento afines a la vinculación entre el derecho y la moral. Esta última nota es la característica identificable en el profesor argentino Rodolfo Luis Vigo, quien en el trabajo que a continuación comentamos intenta superar la supuesta rivalidad entre dichos sistemas normativos, proponiendo, a la vez, nueve conexiones identificables en el llamado Estado constitucional de derecho, el cual, como sabemos, ha cogido especial fuerza en los últimos años. A la luz de lo que se ha señalado cabría preguntarse: ¿es posible seguir sosteniendo la separación entre el derecho y la moral, o cabe hoy un replanteamiento de ese distanciamiento?

Sin duda, resulta ser un esfuerzo encomiable el desplegado por el profesor argentino y demuestra ese impulso constante por entrar en diálogo con las distintas propuestas contemporáneas iusfilosóficas, incluso antagónicas a sus bases epistemológicas. En este punto hay, sin embargo, una inquietud intelectual que en mi caso es ya de larga data, a saber ¿el derecho natural enraizado en Aristóteles, la jurisprudencia romana clásica, Tomás de Aquino y recientemente defendido por el profesor emérito de la Universidad de Oxford John Finnis, estaría en condiciones de ofrecer respuestas a éstas y otras conexiones de las que trata Vigo? Dicho de otra manera, ¿Cómo abordaría el derecho natural —y no la moral— las cuestiones iusfilosóficas en el actual Estado constitucional de derecho? ¿Es necesario remitirnos a la moral para evidenciar esas relaciones existentes, o basta una cabal comprensión del derecho natural para reconocer objetivamente las mismas?

En lo que sigue trataré de explicar cómo el derecho natural puede ofrecer respuestas sólidas a las cuestiones iusfilosóficas planteadas en el escrito del profesor Vigo, o, al menos, establecer sus bases más generales para la comprensión de las mismas. Para esto procederé del siguiente modo. En primer lugar, trataré de presentar lo que considero es el argumento central en cada uno de los puntos que el profesor argentino ofrece, y a partir de aquí trataré de explicar las posibles respuestas teóricas que en el derecho natural se pueden encontrar. De este modo, la tesis entonces a defender aquí es que el derecho natural de corte clásico está en mejores condiciones de abordar muchas de las problemáticas planteada por la actual filo-

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

sófa del derecho y, en consecuencia, puede seguir hablándose de derecho natural sin necesidad de recurrir a la moral.

Lo que se acaba de apuntar no puede llevarnos a confusión y hacernos creer que la moral resultaría inútil en el debate de las reflexiones iusfilosóficas actuales, mucho menos querrá decir que se rechace a la moral. La tesis de la que parto en las líneas que siguen es que hay una conexión entre el derecho y la moral dado que ambos órdenes normativos no son autónomos, pero hay que aclarar que cuando se habla de derecho —como es el caso del derecho natural— no se está hablando de moral, por muy íntima que sea la relación entre ambos. El derecho natural es derecho, no es moral, más aún, en orden de importancia y prelación lo «justo», como derecho, es previo al deber de moral de justicia.²

Lo último que he de señalar es que refiriéndose este trabajo al derecho natural aristotélico-tomista, trataré de citar sólo las fuentes directas de los autores clásicos, y sólo también aquella parte de la doctrina más autorizada para tratar el tema. No está de más señalar que en cada uno de los encabezados que compone este trabajo he decidido sustituir la palabra “moral” que utiliza Vigo, por la de “derecho natural”, esto para ubicar el contenido al que se referirá el epígrafe en cuestión.

II. EL DERECHO NATURAL COMO LÍMITE DE VALIDEZ DEL DERECHO POSITIVO

La tesis central en esta parte del trabajo es relativamente sencilla. Refiriéndose al positivismo jurídico, Rodolfo Vigo dirá que para tal corriente una norma jurídica sería considerada justa por el sólo hecho de haber sido dada por la voluntad del legislador, representante éste de la voluntad popular, sin admitir, claro está, ningún cuestionamiento ético. Señalará en la parte conducente lo siguiente:

...La existencia o validez del derecho requiere la dimensión institucional (órganos, normas y sistema) y cierta eficacia social, pero hay que su-

² Cfr. Boyle, Joseph, “Natural Law and the Ethics of Traditions”, en Robert, P. George (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 3-30.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

marle un tercer requisito ya no positivista: el juzgamiento de su contenido ético objetivo en orden a confirmar que no supera el umbral de la injusticia extrema.

Más adelante sostiene dos argumentos que vendrían a completar su tesis central: “Si un jurista renuncia a incluir en su mirada a la perspectiva de una moral racional corre el riesgo de tener que aceptar o validar que existen normas en el derecho no obstante que a tenor ético de su contenido o su gestación no corresponde que así se las reconozca”. Sentenciando:

Hay un contenido moral objetivo y mínimo pero infranqueable que la razón le pone a la autoridad con competencia jurígena, y ese es el valor con los que se consagra el «coto vedado» o la «juridicidad indisponible» de los derechos humanos según los Tratados respectivos, los que simplemente se limitan a reconocerlo (no los crean), en el espacio universal y con el carácter de inalienables (por cualquier voluntad pública o privada).

Como puede observarse, el argumento central tiene que ver con el tema de la validez o existencia del derecho, y la pregunta obligada en este punto sería: ¿una norma jurídica sólo es válida en la medida en que responde a los requisitos formales previamente establecidos para su creación, o tal existencia depende de algo más al mero requisito formal?

Hasta ahora, la teoría dominante de la validez jurídica ha sido exclusivamente la del positivismo jurídico, teniendo como su representante más conspicuo a Hans Kelsen. Este autor en diferentes lugares de su obra se refiere al tema, así, por ejemplo, en las primeras páginas de la *Teoría Pura del Derecho* llegará a afirmar:

Con el término «validez» designamos la existencia específica de una norma. Cuando describimos el sentido, o el significado, de un acto que instituye una norma, decimos que, con el acto en cuestión, cierto comportamiento humano es ordenado, mandado, prescripto, preceptuado, prohibido; o bien, admitido, permitido, autorizado.³

³ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 16a. ed., México, Porrúa, 2009, p. 23.

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

Quien, sin embargo, habría de resumir de la mejor manera posible la tesis kelseniana sobre la validez jurídica, fue el profesor argentino Carlos Santiago Nino. Para este autor, el tema de la validez puede ser enfocado desde tres perspectivas o puntos de vista. En su libro *La validez del derecho*, Nino señala claramente que para Kelsen el tema de la validez puede ser observado del siguiente modo: En primer lugar, predicar la validez de un sistema jurídico o de una norma jurídica es afirmar que tiene fuerza vinculante.⁴ Aquí, sólo las normas que han sido establecidas por una autoridad legitimada para ello obligan, o vinculan a quienes van dirigidas.⁵

En segundo lugar —dice Nino—, la validez en Kelsen está igualmente asociada a su existencia, es decir, por validez de una norma entendemos que ésta existe en el ordenamiento jurídico, y si se niega o desconoce su validez entonces tal norma o tal sistema simplemente no existe.

En tercer lugar, la manera más significativa de entender la validez en Kelsen, según Nino, es la idea de que ésta no es puramente de carácter descriptiva, sino esencial y fundamentalmente normativa.

En la teoría de Kelsen la validez de una norma jurídica requiere que su dictado sea autorizado por otra norma que es, ella misma, válida. El juicio de que cierta norma es válida presupone, por lo tanto, un juicio de que otra norma, que autoriza la creación de la primera sea válida.⁶

Es evidente que para la teoría antes descrita el acento se pone en los aspectos puramente formales de obligatoriedad y existencia de las normas, no habiendo ninguna referencia a alguna cuestión ética, al menos esto es muy claro en los dos primeros significados que se ofrecen para entender la validez jurídica, pero ¿se podrá decir lo mismo del tercer modo en que aborda Nino el problema? La respuesta positivista diría que sí, que en rigor una norma es válida porque otra anterior lo determina, fijando su atención nuevamente en los aspectos formales que ésta establece. Sin embargo, todos sa-

⁴ Santiago Nino, Carlos, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 9.

⁵ Cfr. *idem*.

⁶ Cfr. *ibidem*, p. 11.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

bemos que tal respuesta es insuficiente, porque reconocer, como lo hace Nino, que la validez kelseniana no es puramente descriptiva, sino esencialmente normativa, nos lleva necesariamente a preguntarnos: ¿por qué es normativa la validez de una norma?, y la respuesta a esta pregunta no la pueden dar sólo los aspectos formales del positivismo jurídico, la respuesta tiene, necesariamente, que remitirnos a una concepción más amplia de validez que la pura remisión a una norma anterior.

Esta visión ampliada de validez jurídica de las normas, es decir, de su existencia y obligatoriedad, ha estado siempre presente en el centro mismo de la explicación sobre el derecho a lo largo de la historia, y ha sido precisamente el iusnaturalismo aristotélico-tomista el que mejor ha dado cuenta de ella. Para comprender lo señalado, lo primero que se debe considerar es que el derecho natural del que hablamos no es un ideal, ni algo irracional, “lo justo” es una realidad jurídica válida, justificada racionalmente y en consecuencia obligatoria para cualquier jurista. Así, por ejemplo, si sólo consideráramos el caso específico de la ley, tendríamos que decir que para autores iusnaturalistas como Tomás de Aquino, dos serían los argumentos centrales para reconocer su existencia jurídica y por tanto su validez: *i)* una justificación racional de la ley, y *ii)* el anclaje moral o ético de ésta en el bien común, lo cual permite asumirla como obligatoria por parte de sus destinatarios y de las autoridades.

Por lo que respecta al primer punto, varios son los lugares donde el Aquinate se pregunta si la ley pertenece a la razón. Uno de estos es el texto de la *Summa Tehologiae* q. 90, a.1, respondiéndose en la solución que

La ley es una regla y medida de nuestros actos según la cual uno es inducido a obrar; pues *ley* deriva de *ligar*; porque obliga en orden a la acción. Ahora bien, la regla y medida de nuestros actos es la razón que, como ya vimos (q.1 a.1. ad. 3), constituye el primer principio de los actos humanos, puesto que propio de la razón es ordenar al fin... sígase, pues, que la ley es algo que pertenece a la razón.⁷

⁷ Tomás de Aquino, *Summa Tehologiae*, I-II, q. 90, a 1.

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

Como se puede desprender de lo anterior, la ley no sólo es producto de la razón, sino que es ésta el parámetro con el que medimos nuestras acciones. La razón, en términos tomistas, como dice Graneris, expresa las necesarias relaciones que hay en las cosas y es capaz de plasmarlas en fórmulas que constituyen las normas de la vida humana.⁸ Así, siendo entonces esta facultad humana la que delibera sobre lo que es bueno o malo en el hombre, la ley —producto de ésta— establecerá los límites a observar en el comportamiento humano, límites que no pueden ser otros que aquellos que faciliten el bien (o los bienes) del hombre, ayudándoles a ser mejores, y no participando con lo que le puede ser oprobioso o dañino para ellos. Volveremos sobre este punto en el siguiente argumento.

El segundo argumento esencial en la consideración iusnaturalista sobre la validez de la norma viene a reforzar el sustento moral del que hablamos, este se refiere al bien común social. Así, para el iusnaturalismo que venimos describiendo, una ley no sólo es válida porque sea producto de la razón en aquello que facilite el bien (o los bienes) del hombre, sino que ha de tener necesariamente un reflejo en el bien común de la sociedad en la que ésta se da. Efectivamente, la ley no puede tomar en cuenta el bien de cada persona considerada en forma aislada, sino que por la misma naturaleza social del hombre éste alcanza su más amplio desarrollo y perfección humana en la comunidad.

También aquí la tradición iusnaturalista tiene mucho que decirnos. Es el mismo Aristóteles quien en la *Ética a Nicómaco* deja perfectamente establecido que la ley está ordenada al bien común, al bien de la *polis*. Dice al respecto el de Estagira: “...llamamos justo a lo que produce o preserva la felicidad o sus elementos para la comunidad política”.⁹ Como se alcanza a ver, será entonces el bien general de la comunidad política la razón por la que la ley aparece como norma obligatoria de una vida humana a realizarse en comunidad.

Tomás de Aquino, por su parte, señala del mismo modo en la misma *Summa Theologiae* I-II, q. 90, pero esta vez en su artículo 2,

⁸ Graneris, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, p. 35.

⁹ Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, V, 1, 1129b, 20.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

...De donde se sigue que, como la ley se constituye primariamente por el orden al bien común, cualquier otro precepto sobre actos particulares no tiene razón de ley sino en cuanto se ordena al bien común. Se concluye, pues, que toda ley se ordena al bien común.¹⁰

Como se puede comprobar, la validez de una norma para el derecho natural viene determinada tanto por su racionalidad como por su contenido ético, pero va más allá, al incorporar un tercer elemento para que la ley sea válida, este es el tema de su necesaria promulgación. El Aquinate expresamente en la misma *Summa Tehologiae* I-II, q. 90, a. 4 establecerá de manera inequívoca la necesidad de dicha promulgación:

...Luego, para que la ley tenga el poder de obligar, lo cual compete a su naturaleza, es necesario que sea aplicada a los hombres que han de ser regulados conforme a ella. Esta aplicación se lleva a cabo al poner la ley en conocimiento de sus destinatarios mediante su promulgación. Luego la promulgación es necesaria para que la ley tenga fuerza de tal.¹¹

Hasta aquí, podemos comprobar cómo la existencia de una ley no depende de puros aspectos formales para que sea válida, sino de argumentos racionales y, en última instancia, morales o éticos para que ésta exista. De este modo, el soporte moral de las leyes se lo da, como lo hemos visto, la cabal comprensión del derecho natural, y no el apelo a un puro argumento axiológico sin más.

III. EL DERECHO NATURAL ASEGURA LA CREACIÓN DE UN MEJOR DERECHO

La segunda tesis que explica el profesor argentino se refiere al papel que puede llegar a jugar la moral en la creación del derecho. El argumento central es que el apelo a la moral, de algún modo asegura la creación de un mejor derecho. En este punto habrá que establecer que el argumento del mejor derecho posible se refiere a un dere-

¹⁰ Tomás de Aquino, *Summa Tehologiae, I-II, q. 90, a 2.*

¹¹ *Ibidem*, a. 4.

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

cho “justo”, “racionalmente justificado”, de modo que la propuesta de Vigo apostaría por afirmar que se alcanzaría el mejor derecho posible si se tomara en cuenta una moral racional.

El argumento clave (no el único) que Vigo utiliza para justificar su pretensión es el apelo a la razón práctica que diferentes autores contemporáneos han rehabilitado y la cual, según el profesor argentino, brindaría definiciones sobre el bien humano a considerar por aquel que tiene la facultad de hacer el derecho. No tomar en cuenta dicha razón práctica implicaría que argumentos jurídicos como los derechos humanos, o cualquier otra juridicidad indisponible se convirtieran en simples edictos de tolerancia revocables, como repite Vigo citando a Spaemann. Y termina el profesor argentino estableciendo: “Al hablar de racionalidad práctica en el momento creativo del derecho, incluimos exigencias de procedimiento o forma, pero también exigencias vinculadas al contenido de lo que se va a crear derecho”.

Con las afirmaciones anteriores, Vigo está defendiendo la tesis de que en la creación del derecho o de las leyes, el argumento moral juega un papel relevante, no sólo en los aspectos formales o procedimentales, sino fundamental y principalmente en las cuestiones relativas al contenido de éstas.

Al respecto habrá que decir que la tesis propuesta por Vigo en este punto es una continuación de lo señalado en el punto anterior, pues en algún sentido se está refiriendo a la propia existencia de la norma jurídica. Considerando esto, hemos de señalar que también en este segundo razonamiento el derecho natural ha abonado mucho en explicar que el derecho no sólo debe ser creado conforme a ciertas reglas de procedimiento, sino sobre todo, y particularmente, ha insistido en la idea de que éste no puede dejar de lado su contenido.

En primer lugar, conviene señalar un punto que si bien deja enunciado Vigo, no lo explicita suficientemente, es el relativo a la capacidad o facultad humana que crea la ley. Tal y como ya lo adelantábamos en el argumento anterior es necesario cuestionarse: ¿el derecho es creado por la razón o por voluntad? ¿Qué papel juegan ambas capacidades humanas en la generación de las relaciones jurídicas? ¿Cuál es la respuesta que ofrecería el positivismo jurídico y el iusnaturalismo al respecto?

JAVIER SALDAÑA SERRANO

Para responder a las preguntas anteriores se debe acudir a quien primero planteó las tesis centrales del positivismo jurídico como fue Hobbes, el cual al definir la ley civil dirá que ésta no es otra cosa que la *voluntad* del soberano.¹² Fue esta la misma tesis que sostuvo Austin,¹³ y aunque con algunos matices, fue también la que siempre defendió Kelsen, al señalar que es el acto volitivo la causa creadora de la norma, siendo ésta el sentido objetivo del acto de voluntad.¹⁴

¿Qué plantea esta posición voluntarista de cara a la producción del derecho? La respuesta es por demás clara: si es la voluntad y no la razón la instancia creadora del derecho, si ésta poco puede decir en la generación del mismo, se deja abierto el camino para que dicha voluntad sea la que determine el contenido de la norma, el cual puede ser cualquiera, el que convenga, el que mejor plazca, o el que en cuestión necesite el soberano de turno, y esto es así porque el parámetro de racionalidad exigido queda al arbitrio de dicho acto de voluntad, es decir, de las puras órdenes y fuerzas. En este punto, como en muchos otros, Kelsen fue especialmente consecuente al determinar: “una norma puede ser tenida por válida aun cuando contradiga al orden moral”.¹⁵ Y cuando fue cuestionado sobre el derecho del régimen dictatorial nazi dirá: “Desde el punto de vista de la ciencia del derecho, el derecho durante la dominación nazi fue derecho. Podemos lamentarlo, pero no negar que fue derecho”.¹⁶

El sendero seguido por el derecho natural clásico es distinto, pero antes de explicar cuál fue éste es conveniente recordar lo que igualmente es tradición clásica, esto es, que un acto libre está regido por dos potencias o capacidades humanas: la inteligencia o razón y la voluntad. De modo que cualquier acción humana que se precie de

¹² Cfr. Hobbes, Thomas, *Leviatan*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 217.

¹³ Cfr. Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Nacional, México, 1974, p. 27.

¹⁴ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho...*, *op. cit.*, p. 18, entre otros muchos lugares.

¹⁵ *Ibidem*, p. 81.

¹⁶ Citado por Garzón Valdés, Ernesto (comp.), “Introducción”, *Derecho y Filosofía*, 3a. ed., México, Fontamara, 1999, p. 8.

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

ser libre debe ser un acto racional y voluntario.¹⁷ Esto es importante recordarlo porque en diferentes lugares de su monumental obra Tomás de Aquino reflexionará acerca este tema, es decir, sobre si la ley es producto de la razón o de la voluntad. Dirá al respecto el doctor angélico que a la ley le compete mandar y prohibir, y siendo esto un acto de imperio, entonces dicho acto es propio de la razón, luego “la ley es producto de la razón”,¹⁸ o “Sígase, pues, que la ley es algo que pertenece a la razón”.¹⁹

Sin embargo, también habrá que aclarar que para la tradición del derecho natural lo anterior no es todo. El Aquinate nos enseñó que no bastaba la razón o inteligencia para instituir la ley, sino que era preciso que esta facultad intelectual fuera acompañada de la voluntad del gobernante. Así, en la *Summa Tehologiae*, I-II, q. 95, a. 4, al estar hablando de la ley humana afirmará lo más claramente posible que “es esencia de la ley... que emane de quien gobierna el Estado”.²⁰

De este modo, la creación del derecho y de la ley es para el derecho natural clásico una conjunción de ambas potencias o capacidades del hombre, es decir, tiene que ser un acto racional o inteligente, y deber ser además querido por quien gobierna el Estado, es decir producto de la voluntad de éste. Al respecto hay que puntualizar que la razón de la que habla Tomás de Aquino no es una razón instrumental, sino aquella por la que los sistemas jurídicos obtienen su sentido y su forma, sirviendo como parámetro de evaluación para medir su conformidad con el derecho natural. También habrá que aclarar que la voluntad señalada por Aquino no es una voluntad autónoma, sino dependiente de la inteligencia y hasta dócil a los imperativos de la razón que ve y prevé.²¹

En este punto, uno de los autores que mejor ha interpretado el pensamiento tomista ha sido John Finnis, quien afirma al respecto:

¹⁷ Cfr. Hervada, Javier, *Cuatro lecciones de derecho natural. Parte especial*, 3a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993, p. 35.

¹⁸ Aquino, Tomás de, *Summa Tehologiae*, I-II, q. 90, a. 1.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Aquino, Tomás de, *Summa Tehologiae*, I-II, q. 95, a. 4.

²¹ Graneris, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho...*, *cit.*, p. 34.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

Tomás de Aquino describe la ley humana positiva como hecha por la voluntad (es decir, por la decisión de adoptar un esquema en desmedro de otro u otros). Pero cuando habla precisamente, aduce que la ley es un asunto de la razón antes que de la voluntad; la obligación tiene que ver con los medios requeridos para servir y respetar los fines y principios de la razón práctica; el *imperium*, por el cual uno, al ejecutar las elecciones propias, se dirige a sí mismo (o, análogamente, como gobernante dirige la propia comunidad) corresponde a la razón antes que a la voluntad.²²

Ahora bien, para el iusnaturalismo clásico, la concurrencia de ambas facultades humanas en la creación de la ley determinará también las funciones que ésta ha de realizar en sociedad. En este punto, Giuseppe Graneris en su obra *Contribución tomista a la filosofía del derecho*,²³ dirá que la ley está llamada a realizar dos oficios: el primero *pasivo, formal y racional*, y el segundo, *activo, eficiente y voluntario*.

El papel *pasivo* de la ley es porque no hace sino transcribir lo que las cosas exigen, adecuando el hombre su conducta a ellas. La función *Formal* es porque la actividad humana sólo le da forma a una realidad preexistente al acto legislativo, y la función *racional* es porque la ley es obra de la razón que lee “en las cosas sus relaciones necesarias y expresarlas en fórmulas aptas para constituirse en normas de vida humana”.²⁴

Por lo que al segundo oficio de la ley se refiere, dice Graneris que es *activo* porque en éste el legislador es capaz de establecer las fórmulas que él mismo dicta e impone. *Eficiente*, porque en dicha actividad el hombre (legislador) pone algo nuevo plasmando a su modo el orden social, y *voluntario* “en cuanto la introducción de estos nuevos elementos en el edificio jurídico no es conclusión necesaria de un proceso lógico, sino efecto de una elección libre del legislador”.²⁵

Que en la creación de la ley participen razón y voluntad nos remite a un segundo argumento, el cual tiene que ver con el ejercicio

²² Finnis, John, *Estudios de Teoría del derecho natural*, México, UNAM, 2017, p. 207.

²³ Graneris, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho...*, cit., p. 34.

²⁴ *Ibidem*, p. 35.

²⁵ *Idem*.

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

de la razón práctica y la serie de bienes a los que ésta tiende, los cuales serían, en el contexto que venimos explicando, aquello que es aprehendido por la razón y puesto como contenido de la leyes por la voluntad.

El Aquinate, comentando el tema de la ley natural en el artículo 2 de la cuestión 94 en la I-II, de la *Summa Tehologiae*, se pregunta si la ley natural ¿comprende muchos preceptos o uno solamente?, respondiéndose más adelante que los principios de la ley natural son en el orden práctico lo que los primeros principios en el orden especulativo. Aquí, el Aquinate está tratando ya el tema de la razón práctica, la cual está regida —como la especulativa— por una serie de principios de los cuales el primero es el que se funda sobre la noción de bien, formulándose del siguiente modo: “el bien ha de hacerse y buscarse; el mal ha de evitarse”, señalando que sobre este principio se fundan todos los demás preceptos de la ley natural, de suerte que todo cuanto haya de hacerse o evitarse cae bajo los preceptos de esta ley en la medida en que la razón práctica lo capte y aprehenda naturalmente como un bien humano básico.²⁶

Se resume entonces que lo aprendido por la razón es aquello que es *bueno*. El problema ahora radicaría en saber qué se quiere decir con esto, cuál es el significado real de lo bueno, etcétera. El propio Tomás de Aquino responde diciendo que es aquello a lo que el hombre se siente naturalmente inclinado, enumerando a continuación una serie de bienes (bienes humanos básicos), como aquello a lo que los hombres tienden como inclinaciones naturales.²⁷ Así, por ejemplo, una primera tendencia natural en el hombre es la que tiene que ver con la conservación de su propio ser, señalando textualmente que “de acuerdo con esta inclinación pertenece a la ley natural todo aquello que ayuda a la conservación de la vida humana e impide su destrucción”.²⁸

En segundo lugar, existe una inclinación del hombre a bienes más específicos, más determinados, tales como la conjunción de los se-

²⁶ Cfr. Tomás de Aquino, *Summa Tehologiae*, I-II, q. 94 a. 2.

²⁷ Dice Tomás de Aquino “De aquí que el orden de los preceptos de la ley natural sea correlativo al orden de las inclinaciones naturales”. *Ibidem*.

²⁸ *Idem*.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

xos, siendo esto un bien humano que ayuda a la familia a través del matrimonio. En el mismo sentido, Tomás de Aquino también establece como un bien aprehendido la inclinación natural del hombre a la educación de sus hijos, etcétera.²⁹

En tercer lugar, el Aquinate señala que existe otra inclinación natural en el hombre a aquello que lo hace realmente humano, como es la inclinación a la búsqueda de la verdad acerca de Dios y a vivir en sociedad.³⁰ Con esto dirá que corresponde a la tercera inclinación todo aquello que tiende a evitar la ignorancia, respetar a los conciudadanos y lo demás relacionado con este bien humano.³¹

En conclusión, la existencia de estos bienes humanos descritos por Santo Tomás es previa a la ley positiva y a todo acuerdo y consenso entre los hombres, encontrándose atribuidos —dichos bienes— a las personas y teniendo como título su naturaleza humana; son, en definitiva, lo suyo de cada uno, es decir, los criterios de justicia que han de ser tomados en cuenta a la hora de la creación de las leyes que integrarán después los sistemas normativos.

Con esto queda claro entonces que el apelo a la moral racional para crear el mejor derecho posible es innecesaria, porque los argumentos que muestra el derecho natural son suficientes para entender que el derecho y su creación es un asunto de la razón que busca la consecución de ciertos bienes humanos.

Una última cuestión nos quedaría por resolver en el tema de la creación de las leyes, esta tiene que ver con los aspectos formales, más específicamente procedimentales de la elaboración de éstas. En rigor, lo que hay que decir es que ni Aristóteles ni Tomás de Aquino pensaron en un procedimiento legislativo como lo pensamos ahora nosotros, ellos idearon sus razonamientos en forma general para cualquiera que tuviera la potestad de crear leyes, aunque no han faltado empeños contemporáneos que hablen de un “derecho natural procesal”.³²

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

³² Cfr. Fuller, L. Lon, *The Morality of Law*, U.S.A, Yale University, 1964, trad. Cast. F. Navarro, *La moral del derecho*, México, Trillas, 1967, pp. 56-107.

IV. EL DERECHO NATURAL COMO ELEMENTO GARANTIZADOR DE LA MEJOR APLICACIÓN DEL DERECHO

El tercer argumento que expone Rodolfo Vigo se refiere al papel que la moral juega en la aplicación del derecho, remitiéndonos con esto al que sin duda es el protagonista de dicha labor, es decir, el juez. El profesor argentino comienza recordándonos cuál ha sido la labor asignada a este personaje en el positivismo jurídico, señalando cómo a partir del siglo XVIII su trabajo consistió en identificar fundamentalmente la norma jurídica aplicable al caso que tenía que resolver; reconstruir dicho asunto y, a través de un ejercicio de subsunción, aplicar dicha norma a tal problema. La labor mecánica del juzgador nos la había dejado para la historia Montesquieu al señalar que los jueces de la nación no eran más que instrumentos que sólo podían pronunciar las palabras de la ley, “seres inanimados· llegó a sentenciar.³³

Pero quien representaría de mejor manera la actitud pétreo del juzgador en el positivismo jurídico fue Kelsen, quien refiriéndose a la labor por antonomasia que el juez está llamado a realizar como es la interpretación jurídica hará ver que ésta, igual que la norma jurídica, no es otra cosa que un acto de voluntad. Dirá el profesor austríaco: “Por ello el alcanzar una norma individual a través del proceso de aplicación de la ley, es, en tanto se cumple dentro del marco de la norma general, una función volitiva”.³⁴

Al hilo de la exposición que realiza Vigo, va mostrando también cuáles son las nuevas aportaciones y argumentaciones teóricas con las que cuenta el juez de hoy y que son ofrecidas por la más influyente filosofía y teoría del derecho. Así, expone sucintamente la famosa discusión dada en la década de los sesenta y setenta sobre el empleo

³³ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1998, p. 112.

³⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho...*, cit., p. 353-354. En un sentido análogo Bobbio reconocerá la actitud pétreo realizada por el juzgador: “Al positivismo jurídico se le acusa de mantener una concepción estática de la interpretación, que debería consistir sólo en una reconstrucción precisa de la voluntad subjetiva del legislador que ha establecido las normas...”. Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, p. 217.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

de “reglas” y “principios” por parte de los jueces, haciendo ver la relevante utilidad que estos últimos tienen en la labor jurisprudencial. Igualmente, reseña la tan repetida tesis alemana de mediados del siglo XX sobre la rehabilitación de la razón práctica en el ámbito jurídico, la cual se expresa a través de diferentes razonamientos, por ejemplo, por medio de la argumentación jurídica. Esta última materia es impulsada por diferentes pensadores cuya agenda como dice Vigo “tiene amplias coincidencias con tesis iusnaturalistas”,³⁵

Finalmente, para justificar su tesis central acude a la enunciación de una de las virtudes más importantes en la toma de decisiones jurídicas cómo es la virtud de la prudencia que, como se nos ha enseñado desde antiguo, sirve para discernir lo bueno de lo malo, en aras del bien vivir en general. Termina diciendo el profesor argentino lo siguiente: “El juicio prudencial constituye una especie de puente entre aquellas exigencias generales, que por ejemplo establece la ley, y las circunstancias contingentes de los problemas que corresponde resolver”.

En rigor no le falta razón al profesor argentino cuando señala que la consideración de la prudencia —comprendida como virtud moral— ayuda a la hora de concretar y aplicar el derecho, garantizándonos de algún modo una mejor y correcta aplicación del mismo. Sin embargo, esta virtud no sólo tiene una faceta moral, tiene también, y quizá de manera más significativa, un rostro eminentemente jurídico y más específicamente una clara ascendencia y presentación iusnaturalista. Este patrimonio iusnaturalista se expresa —entre otros— principalmente a través de dos argumentos: *i)* por una parte, la comprensión cabal de lo que significa el oficio del jurista, específicamente el juez, y, por la otra, *ii)* la concurrencia de la virtud de la prudencia con otras virtudes específicamente jurídicas como la justicia.

Quien fuera uno de los iusnaturalistas más importantes del siglo XX, como fue el profesor Javier Hervada, señalará que la perspectiva central desde donde ha de explicarse el derecho y por tanto el derecho natural, es la perspectiva del foro, el derecho en acción. Dice

³⁵ Cfr. Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, p. 45.

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

el profesor español: “El oficio del jurista es un arte o ciencia práctica... es un saber, que comporta discernir: el discernimiento de lo justo y de lo injusto, el discernimiento del derecho y de la lesión del derecho...”³⁶

En este contexto, el jurista por antonomasia en la vida práctica del derecho, es decir, en la vida del foro, es el juez. Esto no quiere decir que se desestime la labor que realizan otros operadores del derecho, pero será el juez quién esté llamado —desde la prudencia— a determinar lo que es suyo de cada cual, esto es, la justicia. El jurista —dice Hervada—

declara el derecho: el juez sentencia acerca de cuál es el derecho en el caso concreto, el abogado alega lo que entiende ser el derecho de su cliente, el letrado manifiesta el derecho. En eso consiste ser jurista: en la *iuris dictio*, en la declaración del derecho, en discernir y pronunciar la sentencia que contiene el derecho, lo que es justo.³⁷

En esto consiste el oficio de ser jurista.

Para precisar aún más lo anterior, se ha de señalar que el propio Hervada reconoce que este arte de discernir lo justo parte de un presupuesto básico, este es, que las cosas (bienes) están repartidas, es decir, que se encuentran atribuidas a alguien según un título y medida a las personas en una relación de suidad.³⁸ Ahora bien, el arte de decir lo justo por parte del juez se da cuando esa relación de suidad se rompe, es decir, cuando las cosas pueden estar en poder de otro, o ser dañadas o perdidas, o robadas, exigiendo al juzgador el respeto y restitución de esas cosas a sus titulares. A partir de aquí puede entenderse entonces como la labor del juez es la reparación de la relación rota, introduciendo en consecuencia el acto de justicia.³⁹

³⁶ Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía de derecho*, Pamplona, Eunsa, 1992, p. 75.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Cfr. Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 7a. ed., Pamplona, Eunsa, pp. 23-31.

³⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 31-46.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

Que la labor esencial del juzgador sea la determinación o concreción de la justicia nos remite previamente a una comprensión general de la prudencia, dado que, como dice Gómez Robledo, el ejercicio de una virtud entraña en el fondo el ejercicio del resto de las virtudes.⁴⁰ Para el caso específico, el cultivo de la virtud de la justicia tiene como acto antecedente inmediato el ejercicio de la prudencia, particularmente la prudencia judicial. Así, el oficio del juez al que nos hemos referido antes, se traduce en el ejercicio público de un saber prudente, presentándose así como la primera de las virtudes que ha de poseer el juzgador.

La virtud de la prudencia ha sido objeto de estudio de la larga tradición iusnaturalista encabezada por Aristóteles y continuada después por Tomás de Aquino a quién debemos, sin duda, haberlos heredado por primera vez un tratado general sobre esta virtud. Refiriéndose a la prudencia, el Estagirita deja establecidas las bases de lo que después entenderemos por prudencia en general, señalando, desde el siglo IV a. C., en qué consiste esta virtud. Nos dice Aristóteles: "...La prudencia, entonces, es por necesidad un modo de ser racional, verdadero y práctico, respecto de lo que es bueno para el hombre".⁴¹ La prudencia es, en definitiva, un ejercicio de deliberación sobre lo bueno y conveniente para el hombre, pero no en un sentido parcial o de interés particular, sino para el bien vivir de éste en general, es decir, para el bien vivir del hombre en sociedad.⁴²

Confirma lo antes señalado el propio Tomás de Aquino, quien en la *Summa Theologiae*, II-II, cuestión 47, en el artículo 4, se pregunta sobre si la prudencia es virtud, señalando posteriormente que efectivamente lo es, y reforzando la tesis de que esta virtud hace bueno al sujeto que la posee, pero también los actos que realiza: "A la prudencia atañe la aplicación de la recta razón a obrar, cosa que no se hace sin la rectificación de la voluntad. De ahí que la prudencia tiene no solamente la esencia de la virtud, como las demás virtudes intelectuales, sino también la noción de virtud propia de las virtu-

⁴⁰ Cfr. Gómez Robledo, Antonio, *Ensayo sobre las virtudes intelectuales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 202-208.

⁴¹ Aristóteles, *Ética nicomáquea*, VI, c. 5, 1140b-20.

⁴² Cfr. *idem*.

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

des morales, entre las cuales se enumera”.⁴³ La prudencia entonces participa del mundo teórico como del práctico, teniendo como fin último el bien humano, es así que la prudencia es una virtud intelectual, pero también es virtud del correcto obrar moral. Ambos caracteres de la prudencia la colocan en íntima relación con la justicia.

Prudencia y justicia por tanto son así las virtudes más importantes de la labor judicial. ¿Qué justicia? La justicia que está llamado a concretar el juzgador no es otra que la establecida en el *Digesto* 1.1.10, la cual es recogida por Tomás de Aquino, quien tendrá el gran mérito de haberla perfeccionado estableciendo que ésta es un hábito virtuoso que atañe a la voluntad, que es un querer conforme con la razón y por tanto que siempre es hecha con conciencia y libertad.

Nominalmente, la definición de lo que justicia es en Tomás de Aquino será entonces la siguiente: “El hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho”.⁴⁴ Siendo la justicia una virtud que ordena al hombre en las cosas que están en relación con otro, dicha relación implica una cierta igualdad, esta igualdad es siempre proporcional o analógica, como lo deja establecido en el artículo 2 cuestión 58 de la II-II de la *Summa Theologiae*. De este modo, la idea de igualdad está en el centro de la definición de justicia del Aquinate, porque la misma será la condición de dos tipos de justicia, a saber, la conmutativa y la distributiva.

Para el derecho natural entonces, el juez no es sólo la figura más importante del derecho por la facultad decisoria que tiene, sino porque se exige de él una aplicación del derecho prudente y justa, no sólo la aplicación de la ley. Así, la ciencia que el juez ha de cultivar no es la ciencia de lo legal, sino la ciencia de la determinación de lo justo. Con un buen juez, comprometido con la prudencia y la justicia, el derecho natural, antes que la moral, asegura la mejor aplicación del derecho.

⁴³ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, II-II, q. 47, a. 5.

⁴⁴ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 58 a 1.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

V. EL DERECHO NATURAL COMO BASE DE UN MEJOR CONOCIMIENTO DEL DERECHO

Un cuarto argumento que explica Rodolfo Vigo se refiere al tema epistemológico del derecho, considerando que el apelo a la moral puede ayudar a un mejor conocimiento del mismo. Como es su costumbre, comienza narrando cuál fue el escenario anterior a la Modernidad y después de ésta, señalando que lo que antes fue calificado como conocimiento filosófico hoy se llama científico, adquiriendo con este nuevo nombre el estatus de verdadero. Los tiempos modernos impusieron la idea de que para llegar a esta categoría, tal conocimiento debía ser elaborado bajo los parámetros de la ciencia moderna, es decir, al estilo *more geométrico*.⁴⁵

Sin embargo, la palabra ciencia puede entenderse hoy al menos en dos sentidos: el clásico y el moderno. El primero entiende a ésta como el conocimiento racional de todas las cosas por sus causas últimas, siendo este sentido de la ciencia el identificado con el pensar filosófico en su sentido más amplio.⁴⁶ Por su parte el significado moderno de la ciencia se caracterizaría por ser principalmente un conocimiento fenoménico y positivo.⁴⁷ Este último es el que en los tiempos contemporáneos ha prevalecido, y ha sido, sin duda el que autores iuspositivistas han asumido en sus explicaciones jurídicas. Así, por ejemplo, Hans Kelsen, como sabemos, pretendió desarrollar una teoría jurídica “purificada de toda ideología política y de todo elemento científico-natural”.⁴⁸

Continúa Vigo señalando que este modo de hacer ciencia ha venido a ser modificado por las más recientes contribuciones en la teoría jurídica contemporánea, poniendo como ejemplo las aportaciones del profesor alemán Robert Alexy, quien, como sabemos, es uno

⁴⁵ Nos dice Jesús Ballesteros al respecto que el positivismo como corriente filosófica moderna fue un conocimiento que se caracterizaría por la consideración de la filosofía como *acilla scientiae*, o en otros términos que preconiza el predominio del pensar calculante, o la razón instrumental. Cfr. Ballesteros, Jesús, *Sobre el sentido del derecho*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1986, p. 19.

⁴⁶ Cfr. Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía de derecho...*, cit., p. 8.

⁴⁷ Cfr. *ibidem*, p. 10.

⁴⁸ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 7.

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

de los autores que más ha cuestionado ese modo de hacer ciencia a través de su tesis de la razón práctica. Luego de describir las diferentes etapas y los distintos argumentos que Alexy ha desarrollado a lo largo de su obra, termina señalando algo en lo que hoy prácticamente todos coincidiríamos, a saber, las partes que integrarían la filosofía del derecho y el conocimiento del mismo, a saber: *i)* el problema ontológico del derecho; *ii)* el problema gnoseológico jurídico; *iii)* el problema lógico, y *iv)* el problema axiológico. Ninguna propuesta que pretenda dar cuenta del conocimiento jurídico podrá prescindir de tales rubros.

Ahora ¿necesitamos de la moral para tener un conocimiento más amplio y por tanto mejor justificado del derecho? Probablemente la perspectiva que Vigo trata de rescatar de Alexy se refiera al reconocimiento de una validez moral o valorativa del derecho, la cual, sin perder de vista su racionalidad, posibilitaría contar con un mejor conocimiento de la realidad jurídica y, por tanto, a ser considerado igualmente científico. Si este es argumento que desea proponer Vigo no le falta razón, incorporar ese otro elemento en el conocimiento del derecho nos ofrece de éste una perspectiva mucho más amplia a la ofrecida por otras propuestas jurídicas como la iuspositivista. Esto ya lo hemos destacado en renglones precedentes. Sin embargo, hay otro razonamiento que sin ser el que necesariamente querría ofrecer Vigo, vale la pena explicar de manera breve por la importancia del tema, este es, el relativo al carácter científico del derecho natural clásico.

Es innegable que uno de los más importantes temas en el análisis y explicación del derecho es la calificación científica de éste, y este propósito lo mismo ha sido objeto de preocupación por parte de iusnaturalistas que de iuspositivista. Así, casi todas las corrientes del pensamiento jurídico se han esforzado por darle ese cariz a sus explicaciones jurídicas. A todo esto hay que decir que no han faltado quienes han utilizado dicho argumento para descalificar al derecho natural, considerando que éste y su apelo a argumentos metafísicos y valorativos, lo inhabilitan para ser considerado científico.⁴⁹ ¿Man-

⁴⁹ Cfr. Kelsen, Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, México, Nacional, 1974, pp. 15 y 16.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

tiene el derecho natural todo un aparato gnoseológico que permita calificarlo como científico? ¿Existe una ciencia del derecho natural, o este calificativo corresponde sólo a una visión normativista del derecho?

Sobre lo anterior, lo primero que tendríamos que decir es que si ha existido un argumento que más desvelo ha causado a los pensadores iusnaturalistas ha sido precisamente dar cuenta del carácter científico del derecho natural. Con bastante autoridad puede decirse que no hay trabajo de iusnaturalista serio que no se haya ocupado de esta particular cuestión.⁵⁰

¿Es posible entender el derecho natural desde el punto de vista científico? Sin duda, la respuesta no puede ser otra que confirmar que el derecho natural es un saber científico, el cual es caracterizado porque posee un conjunto de conocimientos ciertos, generales y sistemáticos, obtenidos a través de un método riguroso.⁵¹ De ahí que pensadores tan autorizados como Javier Hervada, a quien seguimos en esta parte del trabajo, hablen rigurosamente de una ciencia del derecho natural.

La estructura y contenido de la ciencia del derecho natural de la que habla Hervada la divide en dos grandes apartados. En primer lugar, dicha ciencia debe distinguirse tanto de la filosofía del derecho como de las diferentes ramas de la ciencia jurídica. Así, la ciencia del derecho natural estudia el *quid iuris*, es decir, “los diversos factores naturales del derecho vigente y por tanto los factores naturales del orden jurídico en relación con su realización práctica”.⁵² Esta parte estudia lo que se encuentra como lo justo natural en cada una de las

⁵⁰ Entre otros muchos trabajos, *cfr.* Martínez Doral, José María, *La estructura del conocimiento jurídico*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1963, *passim*; Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía de derecho...*, *cit.*, pp. 1-56, y 531-636. Del mismo autor, *Introducción crítica al derecho natural*, *cit.*, pp. 189-195. *Cfr.* Preciado, Hernández, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, UNAM, 1986, pp. 10-62; Orrego Sánchez, Cristóbal, *Análítica del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*, México, UNAM, 2005, pp. 7-54; Quintana, Martín, Eduardo, *Notas sobre el derecho natural en el iusnaturalismo*, Buenos Aires, Educa, 2008, pp. 111-162.

⁵¹ *Cfr.* Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía de derecho...*, *cit.*, p. 11.

⁵² Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural...*, *cit.*, p. 191.

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

materias en las que se divide el derecho vigente, el derecho con el que se opera en la vida práctica.

Lo anterior significa que la ciencia del derecho natural se distingue del resto de las ciencias jurídicas no porque sea una rama autónoma, sino porque dicha ciencia se ciñe sólo a lo «justo natural» de tales ciencias, estando limitada por su respectiva materia. Sin embargo, comparte con el resto de las ciencias jurídicas su finalidad, es decir, ser una disciplina práctica, las que deben “conocer, sintetizar y armonizar lo natural y lo positivo”.⁵³ Así, si tomáramos como ejemplo el derecho que rige las relaciones laborales, dice Quintana Martín, reconoceríamos en estas lo justo natural en aquello que de natural tienen tales relaciones como puede ser: que el salario sea el adecuado considerando la dignidad del trabajador; si en el lugar de trabajo existen las condiciones de seguridad e higiene necesarias; si hay una adecuada protección social; si el trabajador contará con un seguro de vejez cuando se retire, etcétera.⁵⁴ Otro ejemplo sería el conjunto de relaciones que rigen una ciencia del derecho familiar, lo natural de esta ciencia sería aquello por lo que dicha institución se funda y que va desde la protección del derecho a la vida, hasta el régimen de sucesiones, pasando, claro está, por el matrimonio, el régimen de obligaciones paternas y filiales, el régimen de bienes, etcétera.⁵⁵

Lo segundo que caracteriza a la ciencia del derecho natural es el objeto. Así, el objeto principal de la ciencia del derecho natural es la exposición del sistema de derechos naturales, o conjunto de lo justo natural.⁵⁶ Aquí —como dice Hervada— el núcleo fundamental es esta parte especial, que consiste en la exposición de ese sistema de derechos, los cuales, para ser explicados y comprendidos deben tener como precedente una parte general, donde se estudiaría la noción, el método y la evolución histórica de esta ciencia.⁵⁷

⁵³ *Ibidem*, p. 192.

⁵⁴ *Cfr.* Quintana, Martín, Eduardo, *Notas sobre el derecho natural...*, *cit.*, p. 138.

⁵⁵ *Cfr. idem*.

⁵⁶ *Cfr.* Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural...*, *cit.*, p. 193.

⁵⁷ *Idem*.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

En este punto es importante distinguir el objeto material y el objeto formal del derecho natural, los cuales son materia de estudio de la ciencia del derecho natural. El objeto material de este derecho es la misma cosa justa, y por justo entendemos tanto las cosas como las acciones.⁵⁸ Así, lo que le da el carácter de jurídico al derecho es que esas cosas o acciones son justas en tanto que son debidas a otro. Por su parte, el objeto formal del derecho natural es la justicia como un acto segundo, por la cual se entrega, restituye, devuelve, etcétera, cuando esa relación de debitudo o deuda se ha roto.

Con lo señalado anteriormente queda claro que el derecho natural y la ciencia que lo estudia no es —como falsamente reseñan sus detractores— un especie de ideal, sino que como todo derecho y toda ciencia que lo estudia, es un conocimiento de lo real. La ciencia del derecho natural, por tanto, está arraigada en la vida práctica del derecho, en la vida real, no teniendo como fundamento cualquier metafísica, sino una metafísica del ser. De este modo, la ciencia del derecho natural es esencial y fundamentalmente una ciencia práctica, la cual está llamada a la acción; pero como hemos dicho más arriba, el hecho de que sea una disciplina de lo operable basada en la razón práctica, no quiere decir que se encuentre separada de la razón especulativa.⁵⁹ De este modo, el entendimiento en cuanto dirige la acción se llama práctico perfeccionándose con el arte y la prudencia.

Finalmente, consideraremos un último rasgo de la ciencia del derecho natural, es el que tiene que ver con su método, el cual ha sido

⁵⁸ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, II-II, q. 57. a. 2. Cfr. Quintana, Martín, Eduardo, *Notas sobre el derecho natural en el...*, cit., p. 130.

⁵⁹ Dice Eduardo Martín Quintana: “La ciencia práctica, si bien tiene por objeto un operable y es práctica por su finalidad, pues conoce para obrar, conoce de modo teórico o explicativo y considera el universo de obrar humano y de los valores desde el punto de vista de la naturaleza del hombre y su finalidad. En este orden los fines desempeñan la función de los principios de la ciencia teórica

La diferencia entre el conocimiento especulativamente-práctico, propio de la ciencia moral y de la jurídica y el práctico-práctico, propio de la prudencia, radica en que el primero se dirige a conocer lo bueno y conveniente como verdadero, únicamente para conocerlo pero no para ponerlo en acción, mientras que el segundo conoce para obrar operativamente, por ejemplo, el juez que conoce las circunstancias de litigio para dictar sentencia”. Quintana, Martín, Eduardo, *Notas sobre el derecho natural...*, cit., p. 136.

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

objeto de múltiples esfuerzos. Así, por ejemplo, Martín Quintana señala cinco características del método jurídico en el iusnaturalismo clásico: *a) problemático o aporético*, el cual reconoce que nuestras acciones tienen carácter contingente y ante un problema hemos de tomar una decisión entre distintas alternativas hasta llegar a aquella que nos ofrezca mejores visos de prudencia; *b) dialéctico*, es decir, que implica siempre una relación con otro; *c) sintético*, que va de las partes al todo; *d) deliberativo*, en donde la respuesta es, casi siempre, fruto de una deliberación; *e) valorativo*, es decir, cualquier respuesta a nuestros problemas tendrá siempre una calificación moral de valioso o disvalioso.⁶⁰

VI. EL DERECHO NATURAL COMO LÍMITE AL CUMPLIMIENTO DE LA NORMA JURÍDICA

Uno de los más importantes temas tratados en este quinto argumento por el profesor Vigo se refiere al asunto —siempre espinoso— de la obediencia a la ley injusta. Para el positivismo jurídico este argumento no representa un problema relevante dado que desde esta posición sería impensable imaginarnos la posibilidad de incumplir la ley invocando la conciencia personal por el daño que, eventualmente, pudiera traer su incumplimiento.

A lo que se está refiriendo Vigo es al discutido tema de la objeción de conciencia en el derecho. Así lo reconoce el propio profesor argentino al señalar:

...estimamos que un complemento ineludible del análisis de la ley injusta es el derecho a la objeción de conciencia que cubre cierto incumplimiento de la norma jurídica en función de razones morales racionales que puede invocar su destinatario. Ese derecho, cubre los reparos razonables del ciudadano o funcionario frente a la violencia moral que le provoca la prescripción en cuestión, y así el derecho como institución se pone al servicio de un auténtico bien común que incluye bienes personales.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 152.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

La objeción de conciencia dentro de las filas del iusnaturalismo y aún en corrientes diferentes a ésta no convoca unanimidad. Así, por ejemplo, pensadores tan renombrados como John Finnis reconocen la obligación moral *prima facie* de obedecer al derecho, y que las reglas jurídicas gozan de una fuerza excluyente —como cita el profesor argentino—. Por otra parte, autores no iusnaturalistas como Carlos Santiago Nino, aceptaron, según Vigo, “no suscribir ninguna obligación absoluta de obedecer al derecho”, suscribiendo la objeción de conciencia, y más aún, la desobediencia civil.

¿El apelo a la moral o las convicciones éticas, puede dar lugar a una desobediencia de las obligaciones legales tal y como propone la objeción de conciencia? ¿Qué respuesta es la que ofrece el derecho natural clásico ante el tema de las leyes injustas y de la desobediencia las mismas?⁶¹

Las respuestas a la problemática de la objeción de conciencia son planteadas desde diferentes argumentos, los cuales vale la pena destacar aunque sea en forma breve. Centraremos nuestra atención en al menos dos razonamientos especialmente significativos. El primero consistirá en comprobar si efectivamente en el iusnaturalismo clásico, y particularmente en Tomás de Aquino, podemos encontrar expresamente mencionada la tesis *Lex injusta non est lex*. El segundo punto consistiría en precisar los alcances jurídicos y morales de dicha expresión, específicamente convendría aclarar si el iusnaturalismo clásico exige obediencia a las leyes injustas. Con esto podríamos dilucidar si es la moral o el derecho natural, quien plantea mejores respuestas a la observancia o no de las leyes injustas.

Como se señaló en renglones precedentes, uno de los argumentos más fuertemente discutidos en la filosofía del derecho, y particularmente en la razón práctica, es el tema de si una norma injusta es ley o no lo es. De ahí se deriva el argumento de que si lo es, entonces debe ser obedecida, y en el supuesto de que no sea así, cabría la po-

⁶¹ Para un análisis detallado del derecho de objeción de conciencia *cfr.* Patiño Reyes, Alberto, *La objeción de conciencia ante el derecho mexicano. ¿Incumplimiento del deber jurídico o libre ejercicio de un derecho humano?*, México, Tiran Lo Blanch, 2021, *passim*.

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

sibilidad de no obedecerla. Este es el *quit* de la objeción de conciencia, y por eso es importante destacarlo en este punto.

Han sido muchos los teóricos que erróneamente han atribuido al iusnaturalismo clásico la tesis de afirmar que una ley injusta no es ley (*Lex injusta non est lex*). Uno de estos autores fue Hart, quien atribuye expresamente al derecho natural, al pensamiento escolástico y al mismo Tomás de Aquino, dicho razonamiento. Al principio de *El concepto de derecho* dice el profesor inglés lo siguiente: "Así, la afirmación de que «una norma jurídica injusta no es una norma jurídica suena» tanto a exageración y a paradoja, sino a falsedad..."⁶²

Aunque Hart atribuye esta afirmación a San Agustín, lo cierto es que menciona expresamente a Tomás de Aquino, es decir, al segundo autor más importante del iusnaturalismo clásico. Ante tan confiada afirmación la pregunta que conviene formularse es: ¿podemos encontrar dicho argumento en la obra del Aquinate como lo señala Hart? La respuesta es no. Pensadores bastante autorizados dirán que la expresión *Lex injusta non est Lex* no puede ser hallada como referencia expresa en los más importantes pensadores iusnaturalistas clásicos.⁶³ Estos mismos autores señalan que sí puede encontrarse alguna referencia a dicha tesis, pero este hallazgo ni es igual al que señala Hart, ni tampoco debe ser hecho sin matizaciones, implicando así una mayor complejidad que la que se pretende atribuir a la misma.⁶⁴

Si se analiza con detenimiento la obra de Tomás de Aquino no se va a localizar ni una sola vez el referido texto.⁶⁵ Lo que, en todo caso, es posible reconocer, es la recreación que el Aquinate hace a una cita textualmente incompleta de San Agustín en *libero arbitrio*, según la cual no pareciera que fuera ley la que no es justa.⁶⁶

⁶² Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 9.

⁶³ Cfr. Massini, Correas, Carlos, I., y García-Huidobro, Joaquín, "Valoración e inclusión en el derecho". La máxima "Lex injusta non est Lex" y la iusfilosofía contemporánea", en varios autores, *Razón jurídica y razón moral. Estudio sobre la valoración ética en el derecho*, México, Porrúa-U. Austral, 2012, p. 121.

⁶⁴ Cfr. *idem*.

⁶⁵ Cfr. *idem*.

⁶⁶ Cfr. *idem*.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

Algunos otros lugares dónde Tomás de Aquino se refiere al tema en cuestión son, por ejemplo, en la *Summa Tehologiae*, I-II, cuestión 95, artículo 2, c, cuando se pregunta si acaso toda ley positiva deriva de la ley natural, estableciendo en su parte conducente lo siguiente:

Ahora bien, en los asuntos humanos se dice que una cosa es justa cuando es recta en función de la regla de la razón. Mas la primera regla de la razón es la ley natural, como ya vimos (q. 91 a. 2, ad 2). Luego la ley positiva humana en tanto tiene fuerza de ley en cuanto deriva de ley natural. Y si en algo está en desacuerdo con la ley natural, ya no es ley, sino corrupción de la ley.⁶⁷

Existen otros lugares dónde Tomás de Aquino hace alguna alusión al tema que venimos tratando, pero en ninguno de ellos afirma expresamente que la ley injusta no sea ley. Para mencionar algún otro pasaje citaremos lo señalado por el Aquinate en la misma *Summa Tehologiae*, pero esta vez en la cuestión 96 artículo 4, cuando al preguntarse si las leyes humanas obligan en el fuero de la conciencia, Tomás de Aquino dirá: “Por lo cual, tales leyes no obligan en el foro de la conciencia...”⁶⁸

Estas y otras referencias,⁶⁹ nos muestran claramente como Tomás de Aquino no realiza nunca la afirmación de que la ley injusta no sea ley, sus referencias son completamente distintas y mucho más complejas de analizar sobre las cuales no nos detendremos por el momento.

El segundo asunto que ofrecimos abordar es el tema relativo a la obediencia de las leyes injustas. Para ello daremos continuidad a la referencia hecha por Tomás de Aquino en la cuestión 96, artículo 4, ahí el de Aquino nos dice claramente que tales leyes no obligan en conciencia, completando su idea al señalar que esas leyes no han de

⁶⁷ Tomás de Aquino, *Summa Tehologiae, I-II, q. 95, a. 2, c.*

⁶⁸ *Ibidem*, q. 96, a. 4, c.

⁶⁹ Cfr. Massini Correas, Carlos, I., y García-Huidobro, Joaquín, “Valoración e inclusión en el derecho.” La máxima “Lex injusta non est Lex” y la iusfilosofía contemporánea”, en varios autores, *Razón jurídica...*, cit., pp. 122 y 123.

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

obedecerse, “a no ser que se trate de evitar el escándalo o el desorden, pues para esto el ciudadano está obligado a ceder su derecho”.⁷⁰

Los comentaristas del texto anterior han establecido algunos matices que vale la pena señalar. Así, por ejemplo, siguiendo la doctrina de Tomás de Aquino, los autores han establecido dos supuestos por lo que a la inobservancia de las leyes se refiere: el primero de ellos es cuando una ley tiránica se desvía de su orientación original que es el bien común. Aquí cabe la posibilidad de una obligación colateral de obedecer la ley cuando la desobediencia de la misma trae mayores perjuicios al bien común. En este caso “la obligatoriedad no deriva de la ley misma, sino de una exigencia de prudencia, que nos lleva a evitar daños particularmente graves al bien común si no existe una razón justificada”.⁷¹

El segundo supuesto es cuando las leyes injustas mandan directamente a la persona realizar un mal grave, por ejemplo, ir contra de un bien humano básico, como puede ser el caso de la muerte de un inocente; aquí Tomás de Aquino es muy claro: nunca es lícito obedecer a estas leyes.⁷²

En resumen, en ambos supuestos el derecho natural, antes que la moral, posibilita la objeción de conciencia. En un escenario, porque incluso en el supuesto de que no se tenga mandado hacer algún mal sino sólo soportarlo, por ejemplo, pagar impuestos desorbitados, si no hay razones fuertes en favor del bien común o del orden público que lo justifique moralmente, la obediencia a la ley se debe omitir.⁷³ Y, el segundo supuesto es cuando se manda realizar positivamente un mal grave, es decir, un ataque directo a un bien humano básico en términos de John Finnis, aquí no se debe nunca y bajo ninguna circunstancia obedecer la ley injusta.⁷⁴

⁷⁰ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a. 4. c.

⁷¹ Cfr. Massini Correas, Carlos, I., y García-Huidobro, Joaquín, “Valoración e inclusión en el derecho.” La máxima “Lex injusta non est Lex” y la iusfilosofía contemporánea, en varios autores, *Razón jurídica...*, cit., p. 127.

⁷² Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a. 4. c.

⁷³ Cfr. Massini, Correas, Carlos, I., y García-Huidobro, Joaquín, “Valoración e inclusión en el derecho.” La máxima “Lex injusta non est Lex” y la iusfilosofía contemporánea, en varios autores, *Razón jurídica...*, cit., p. 128.

⁷⁴ Cfr. *idem*.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

VII. EL DERECHO NATURAL COMO FACILITADOR DE LA EFICACIA DEL DERECHO

El sexto argumento que desarrolla Vigo en el trabajo hace referencia a la eficacia del derecho, es decir, a porqué las normas jurídicas son obedecidas por los ciudadanos a los que van dirigidas. Ya se puede apreciar que este tema pareciera corresponder más a un estudio de sociología jurídica y no de filosofía del derecho, mucho menos de iusnaturalismo o de axiología jurídica. Pero también en este punto el derecho natural aristotélico-tomista tiene mucho que aportar.

Curiosamente, el resumen de este razonamiento lo expone Vigo en las primeras líneas del argumento siguiente. Para este pensador —de ahí el título de este epígrafe— la moral ayuda en la observancia y cumplimiento de las normas jurídicas. Dirá el profesor argentino en la parte conducente de su escrito: “Hasta aquí hemos hablado de la eficacia del derecho en tanto cumplimiento voluntario de la norma, lo cual favorece el efecto pedagógico que se propone y evita los costos de su incumplimiento...”.

Como sabemos, en el positivismo jurídico el tema de la eficacia de las normas ha recibido especial atención, y sobre este tema dicha corriente ha escrito mucho; sólo recordemos cómo para el más importante positivista del siglo XX como fue Hans Kelsen la eficacia de un sistema normativo es condición de validez del mismo, dicho en otras palabras, si un sistema normativo considerado en su unidad no es eficaz entonces tampoco puede ser válido.⁷⁵

Ahora bien, las razones por las que un sistema normativo es eficaz pueden variar, y van desde observar una norma por el temor a la sanción (si una norma no se cumple el infractor de la misma puede ser castigado), hasta la misma consideración voluntaria de obede-

⁷⁵ Kelsen señala en la parte conducente: “...la eficacia del orden jurídico, como un todo, y la eficacia de una norma jurídica aislada son, junto con el acto de instauración normativa, condición de la validez; y la eficacia es condición en el sentido de que un orden jurídico como un todo, y una norma jurídica aislada, no es considerada ya válida, cuando ha cesado de ser eficaz”. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho...*, cit., p. 223.

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

cerla simplemente por convicción, es decir, por creer que cumplir con la norma es lo correcto, es lo justo.

¿Es la moral el criterio que puede ayudar a una mejor y más espontánea obediencia de las normas, o hay razones jurídicas —de derecho natural— que del mismo modo pueden motivar la obediencia espontánea de las mismas?

Que el positivismo jurídico haya dedicado esfuerzos encomiables para explicar el asunto de la eficacia no quiere decir que el derecho natural haya sido omiso en tratar el tema. Así, desde el punto de vista del derecho natural, y no desde la moral, Tomás de Aquino establecerá la necesidad de que existan leyes, preguntándose sobre si fuera útil la institución de éstas por parte de los hombres. Aquí el Aquinate dirá que tal instauración es especialmente necesaria y útil, teniendo como objetivo primario el establecimiento de la paz y la virtud de los hombres.⁷⁶ Esta es la razón por la que se instituyen las leyes. Más adelante señalará en la misma cuestión y en el mismo artículo que: “A los hombres bien dispuestos se les induce más eficazmente a la virtud recurriendo a la libre persuasión que a la coacción. Pero entre los mal dispuestos hay quienes solo por coacción pueden ser conducidos a la virtud”.⁷⁷

Las referencias a Tomás de Aquino nos colocan delante de uno de los temas más relevantes en el ámbito del derecho natural y el derecho positivo para explicar la eficacia de la ley, este es, la referencia a la *vis directiva* y la *vis coactiva* de la ley.

Como señalamos anteriormente, para el iusnaturalismo en general y particularmente para Tomás de Aquino, la ley positiva humana no sólo no puede dejarse de lado, sino que es considerada vital para la convivencia humana. Sin embargo, habría que aclarar que la manera en la que ha de comprenderse esta positividad es diferente al positivismo normativista.

Si se observa con detenimiento, para el pensamiento de Tomás de Aquino, el cumplimiento y realización de la ley no es por el temor a la sanción, como han pensado muchos positivistas, sino fundamental y principalmente por la persecución y ejercicio de la virtud. Así,

⁷⁶ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 1.

⁷⁷ *Idem*.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

y en sintonía con todo lo que había dicho antes sobre la ley, Tomás de Aquino reconoce que el hombre, teniendo libertad para no observarla, opta por reconocerla pues, en términos normales, su inteligencia y libertad le revelan una realidad percibida como un bien, como algo valioso, como algo bueno que debe ser cumplido y observado. Es entonces por alcanzar la virtud por la que se establecieron las leyes humanas, no sólo en el caso de los hombres de bien, sino incluso de aquellos otros rijosos, los mal dispuestos.

En este argumento está implícita ya la idea de naturaleza humana (clave para entender la razón práctica en Tomás de Aquino) que mueve al hombre hacia la realización de su finalidad, la cual es alcanzar el perfeccionamiento humano a través de la virtud.⁷⁸ La ley así entendida (*vis directiva*) no se impone, sino que se propone. Dice Aubot:

Puesto que el hombre no está irremediamente empujado por una necesidad que proveyera por él a su bien (caso de los seres sin razón) debe proveerse él libremente, siguiendo una ley que revela, sin embargo, carácter obligatorio, pues expresa un vínculo real entre lo que es y lo que debe llegar a ser. Y este vínculo expresado por la ley lo descubre su razón natural y ella es su regla; a su voluntad incumbe realizarlo. La función de la ley es, por ende, llevar al hombre a realizarse plenamente a sí mismo; ella es la condición natural y necesaria del empleo de la libertad y, por paradójico que parezca, la ley sólo es obligatoria porque el hombre es libre.⁷⁹

Esta inducción a la rectitud es lo que Tomás de Aquino llamó *vis directiva*, siendo claro entonces que desde la perspectiva iusnaturalista no es la obligación coactiva la que define esencialmente la ley, ni tampoco determina su eficacia, sino su propiedad esencial que es dirigir al hombre a la virtud la que marca tal eficacia.⁸⁰

⁷⁸ Cfr. George P. Robert, "Natural Law and Human Nature", en *Natural law theory. Contemporary Essays...*, cit., p. 34.

⁷⁹ Aubert, Jean-Marie, *Ley de Dios. Leyes de los hombres*, Barcelona, Herder, 1979, p. 49.

⁸⁰ Cfr. *ibidem*, p. 50.

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

La *vis coactiva*, por su parte, aparece no como esencia de la ley sino como algo accesorio a ella. No dejando nunca de lado su función reguladora, la ley ha de auxiliarse de la coacción, e incluso de la fuerza física para el caso de aquellos que han decidido apartarse de su observancia. Así, la observarán por la amenaza de una sanción o pena, es decir, por la privación de un bien de orden físico o moral. La pena es pues una especie de complemento de la ley y de su obligación, de ahí que el establecimiento de las penas sea incluso una exigencia del derecho natural⁸¹ como lo veremos en el siguiente argumento del profesor argentino.

VIII. EL DERECHO NATURAL COMO COMPLEMENTO DE LA COACCIÓN JURÍDICA

El siguiente argumento presentado por el profesor Vigo se refiere al papel complementario que juega la coacción en el cumplimiento del derecho.

También en este punto —como en los demás— el profesor argentino refiere el lugar que ocupa el elemento coercitivo dentro de la corriente positivista-normativista del derecho, para ello cita a Kelsen quien, como sabemos, entendió que dicho elemento desempeñaba un papel central, casi definicional del derecho.⁸² Sin embargo, Vigo va explicando cómo después de la Segunda Guerra Mundial y en los tiempos más recientes, la actual teoría del derecho, si bien reconoce la necesaria presencia de la coacción en el derecho, éste ha dejado de confiar solamente en ella para su cumplimiento, y hoy se orienta a incorporar medios que apelan a la conciencia ética y la intención del ciudadano para ser observado. No esconde Vigo en este punto la idea de que el derecho está llamado, igualmente, a jugar un papel educativo dentro de la sociedad.

¿Qué papel ocupa la coacción en la explicación general del derecho natural? ¿Es la coacción la nota esencial por la que se identifica

⁸¹ Cfr. *idem*.

⁸² Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho...*, cit., pp. 46 y 47.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

al derecho y por tanto al derecho natural? ¿Qué sistema de garantías tiene el derecho natural para hacerse efectivo?

Como repetidamente se ha expresado en este escrito, el derecho natural es derecho, y una de las notas que lo caracteriza es que éste es coactivo, de modo que tal coacción forma parte de lo que algunos iusnaturalistas han llamado su sistema de garantías con la que se asegura la efectividad del derecho natural. Sin embargo, se tiene que señalar que si bien la coacción —generalmente representada por el empleo de la fuerza— es fundamental para el derecho, no es su elemento constitutivo, es decir, el derecho no depende de ésta para que exista. Dice el profesor español Javier Hervada:

La idea principal a tener en cuenta es que el sistema de garantías es una consecuencia de la obligatoriedad del derecho, que está en el orden de la ayuda a su efectividad, pero que no pertenece a su esencia: la falta de aplicación del sistema de garantías no destruye al derecho, aunque a veces pueda dejarlo inoperante.⁸³

La pregunta que se formula el maestro español, sin duda, es la pregunta clave para entender este tema: ¿Cuál es el sistema de garantía de efectividad del derecho natural?. Respondiéndose con la mayor claridad posible “es el mismo que el propio derecho positivo”.⁸⁴ Esta tesis es central a la hora de entender el elemento coercitivo del derecho, porque como todos los naturalistas (comenzando por Aristóteles) nos han explicado, el derecho es un solo orden jurídico, el cual se compone de un elemento natural y un elemento positivo. Ambos forman un único sistema de normas, es decir, un solo sistema normativo, de modo que las garantías de efectividad que se encuentran previstas por el derecho positivo, serán las mismas que han de reconocerse para el derecho natural.⁸⁵

Lo anterior parece que no amerita mayor discusión, pero la situación se complica cuando se introducen otros supuestos. Así, por ejemplo, Cristóbal Orrego se ha formulado una pregunta que vale la pena traer a colación por la importancia de la misma, y porque

⁸³ Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural...*, cit., p. 182.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ *Cfr. idem*.

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

vendría a complementar la respuesta a la cuestión que venimos tratando: Si tal y como hemos establecido, el sistema de garantías del derecho natural es el mismo que el del derecho positivo ¿qué pasaría si este último no estableciera coacción alguna, el derecho natural se quedaría sin la posibilidad de ser cumplido y por tanto de ser eficaz? ¿Qué sucedería con la protección de lo justo natural, por ejemplo, de un derecho humano, que no fuera puesto, o establecido por el derecho positivo?

Dice el mismo Orrego a lo anteriormente planteado:

...Esta “fuerza” del derecho natural se da en todas partes (aquí nos está recordando a Aristóteles en la referencia que el filósofo hace en el libro V de la *Ética a Nicómaco* —JSS—); en primer lugar, porque esa exigencia de su “consagración” con los medios de coacción y su vigencia “en” el mismo derecho humano como “parte suya” es un hecho que no sufre excepciones en los puntos más fundamentales (homicidio, robo, etcétera); en segundo lugar, porque allí donde la fuerza de una voluntad (poder estatal) se opone a la fuerza —igual en todas partes— de lo que es “lo justo” por naturaleza vence de hecho o, al menos, hay una sanción “no organizada” pero real contra su violación.⁸⁶

La idea es clara entonces, si por cualquier circunstancia la plasmación de un derecho humano no trajera aparejada una garantía de observancia en caso de violación, es decir, aunque no existiera una sanción institucionalizada establecida positivamente, lo justo por naturaleza ya contiene, en sí mismo, una sanción, a la que podríamos llamar “sanción natural”.

El supuesto anterior es, en todo caso, extremo, el imaginario normal es la necesidad de la instauración de las leyes —derecho positivo— con las garantías que hagan efectivo el derecho natural. Al respecto y en diferentes lugares Tomás de Aquino señala que: “Las leyes fueron instituidas para que por ellas se modere la audacia humana, quede protegida la inocencia en medio de los malvados y se

⁸⁶ Orrego Sánchez, Cristóbal, *Analítica del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y...*, cit., p. 63.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

refrene a éstos, mediante el temor del suplicio, incluso la posibilidad de qué hagan daño...”⁸⁷

Y más adelante señala:

Más como hay también individuos rebeldes y propensos al vicio, a los que no es fácil persuadir con palabras, a estos será necesario retraerlos del mal mediante la fuerza y el miedo, para que así, desistiendo, cuando menos, de cometer sus desmanes, dejasen en paz a los demás, y ellos mismos, acostumbándose a esto, acabarán haciendo voluntariamente lo que antes hacían por miedo al castigo, llegando así a ser virtuosos. Ahora bien, esta disciplina que obliga mediante el temor a la pena, es la disciplina de la ley. Luego era necesario para la paz y la virtud de los hombres que se instituyeron las leyes...⁸⁸

Como podemos comprobar, la moral no actúa como complemento de la coerción jurídica, sino que es lo justo positivo —basado en lo justo natural— el que establece el sistema de garantías, entre ellas, por supuesto, la coacción, pero no es la única. Incluso en el supuesto de que en el derecho positivo no se estableciera coacción alguna, la propia condición de lo justo natural la reconocería.

IX. EL DERECHO NATURAL ABIERTO A OTROS SABERES CIENTÍFICOS

En el penúltimo argumento de su escrito, Rodolfo Vigo describe cómo el modelo jurídico que se enseñó y estudió en el siglo XVIII y principalmente en el XIX, presentó al derecho en forma aislada de otras ciencias sociales, prescindiendo de cualquier contacto con ellas. Como todos conocemos, los esfuerzos que se hicieron en esos siglos y que alcanzaron incluso a la primera mitad del siglo XX, tuvieron como objetivo hacer del derecho una verdadera ciencia, identificada por el rasgo más característico de éstas como es su carácter avalorativo, en este punto Kelsen fue sin duda uno de sus mejores exponentes. El objetivo y propósito de esta tarea fue siempre claro: separar al derecho de la moral.

⁸⁷ Tomás de Aquino, *Summa Teologiae, I-II, q. 95, a. 1.*

⁸⁸ *Idem.*

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

En rigor, dicho esfuerzo tuvo un resultado limitado pues incluso desde las mismas filas del positivismo jurídico pronto se mostraron sus reducidos alcances. Hart, por ejemplo, claramente reconocería la significativa relación que de hecho tiene el derecho con otros saberes, particularmente con la moral.⁸⁹ Por otra parte, con mayor énfasis, críticos tan destacados del positivismo jurídico como Dworkin establecerán sin reparos la inescindible relación existente entre el derecho y la moral.⁹⁰

Tomando en cuenta los anteriores argumentos, una buena parte de la teoría jurídica contemporánea ha establecido las muchas relaciones que existen entre el derecho y el resto de saberes normativos por vía de la rehabilitación de la razón práctica, algo que —como lo dice Vigo en su escrito— hoy es una de las más importantes características de la teoría del derecho contemporánea.

No es mi intención dar cuenta de todo este gran movimiento teórico de rehabilitación, baste para los efectos de este escrito referirme a dos argumentos muy puntuales: *i)* reseñar las características específicas de la razón práctica aristotélico-tomista, donde se puede comprobar que sólo este tipo de razón es capaz de establecer puntos de encuentro con saberes, políticos o éticos y hasta económicos, y *ii)* en segundo lugar —y esto es quizá lo más importante— mostrar cómo lo que hoy se presenta como novedad a propósito de las relaciones entre el derecho y la moral u otros conocimientos, ya el derecho natural lo había explicado desde siempre.

Es muy pedagógico remitirnos a lo señalado por Robert Alexy cuando habla de la mencionada rehabilitación de la razón práctica, recordándonos que existen, al menos, cuatro grandes modelos: la aristotélica, la hobbesiana, la kantiana, y aquella otra que hunde raíces en Nietzsche, a la cual se le suele llamar crítica.⁹¹

⁸⁹ “Tal como un sistema jurídico contiene obviamente elementos estrechamente conectados con los casos simples de órdenes respaldadas por amenazas, así, en forma igualmente obvia, contiene elementos estrechamente conectados con ciertos aspectos de la moral”. Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., p. 9. Entre otros muchos lugares.

⁹⁰ Cfr. Dworkin, Ronald, M., “¿Es el derecho un sistema de reglas?”, *Cuaderno de Crítica*, UNAM, 1977, pp. 18 y 19.

⁹¹ Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y validez del derecho*, 2a. ed., trad. de J. M. Seña,

JAVIER SALDAÑA SERRANO

Evidentemente que la razón práctica que tratamos es la radicada en Aristóteles y continuada después por Tomás de Aquino ¿qué características identifican este particular modelo de razón práctica y, sobre todo, ¿cómo ésta razón mantiene puntos de conexión con otras disciplinas normativas?

Lo primero que tendríamos que señalar es que este particular tipo de razón práctica no explica las disciplinas que la integran en forma separada, es decir, independientes unas de las otras, porque entiende que la acción humana es una y única, y que entre la política, el derecho y la ética existen vínculos insoslayables. Sólo desde esta posición realista (iusnaturalista) radicada en la realidad humana tal cual es, será posible fundamentar racionalmente dichas materias prácticas.

Iusnaturalistas como Aristóteles nos habían recordado en la *Metafísica* que la filosofía fuera llamada ciencia de la verdad cuando se tratase de la ciencia *teórica*, y *obra* cuando fuera denominada ciencia práctica.⁹² Por su parte, el libro V de la *Ética a Nicómaco* —entre otros lugares— se encuentra dedicado íntegramente a reconocer las necesarias conexiones entre el derecho; la política; la ética y la economía.⁹³ Establecido lo anterior, pasemos ahora a mencionar cuáles son sus caracteres más generales.

El primer carácter de esta razón práctica el propio Aristóteles nos la recuerda, y consiste en establecer el hecho de que este tipo de razón no se encuentra separada de la razón especulativa. De modo que la acción humana tendrá siempre como antecedente un acto racional establecido por la razón especulativa. Así, un acto volitivo o normativo como son los relativos al derecho, la política o la ética tienen antes un razonamiento teórico acerca de lo que es verdadero y bueno.⁹⁴

Barcelona, Gedisa, 1997, p. 133.

⁹² Aristóteles, *Metafísica*, II, 993b, 20.

⁹³ Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, V, 1133^a, 20.

⁹⁴ “...Lo que en el pensamiento son la afirmación y negación, son en el deseo la persecución y la huida: de modo que, puesto que la virtud moral es una disposición relativa a la elección y la elección es un deseo deliberado, el razonamiento tiene que ser verdadero y el deseo recto para que la elección sea buena, y tiene que ser lo mismo lo que la razón diga y lo que el deseo persiga”. *Ibidem*, VI, 2, 139^a, b.

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

Una segunda característica es que es un operable de acción inmanente, es decir, que la razón práctica rige la actividad humana hacia un fin, y su objetivo sería orientar dicha acción hacia lo que el hombre debe realizar. Y así, el iusnaturalista Aristóteles nos dira: “Toda arte y toda investigación, y del mismo modo toda acción y elección parecen tender a algún bien, y por eso se ha dicho con razón que el bien es aquello a que todas las cosas tienden”.⁹⁵

La tercera característica es que el fin anunciado consiste en la realización de un bien humano perfecto. Este bien o lo bueno al que tiende la acción humana, busca la realización del hombre que la lleva a efecto. Se encuentra, por tanto, la razón especulativa y práctica en íntima relación con la perfección humana.⁹⁶

Todo lo anterior es iusnaturalismo y como conclusión tendríamos que decir que estas tres características que identifican la razón práctica, es decir, la acción humana, son aplicables igual para el derecho que para la ética, lo mismo para la política que para la economía. De modo que el derecho, desde el punto de vista del iusnaturalismo clásico, nunca ha sido considerado insularmente, para emplear la terminología de Vigo.

En sintonía con el razonamiento aristotélico, Tomas de Aquino cita en varios lugares de la *Summa Tehologiae* el argumento de la razón práctica, y en el mismo sentido que el Estagirita se pregunta por el fin de la acción humana, señalando que éste “se comporta como principio de las cosas realizables”. Así, pone el ejemplo de la acción de un médico, donde la salud se comporta como fin. Aquí, la salud no entra en la elección del médico, sino la supone como principio.⁹⁷ O en el caso de la pregunta sobre si la ley corresponde a la razón, señalará claramente que ésta se encuentra ordenada a la operación, a un bien, como puede ser, por ejemplo, el bien común.⁹⁸

De lo anterior podemos apreciar cómo en el derecho natural clásico la referencia a la razón práctica muestra a las claras las íntimas relaciones que existen entre el derecho y la moral, o entre ésta y la

⁹⁵ *Ibidem*, I, I.

⁹⁶ *Cfr. ibidem*.

⁹⁷ Tomás de Aquino, *Summa Tehologiae*, I-II, q. 13, a.3.

⁹⁸ *Ibidem*, q. 90, a.2.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

política, o entre la moral y la economía. Esta es una de las razones por las que un pensador iusnaturalista está en mejores condiciones de criticar un sistema político cuando éste es tiránico, o un sistema económico cuando es desigual, o una ley violatoria de derechos humanos como injusta. Siendo dichas actividades propias de la acción humana, la misma está guiada por una misma razón práctica. Con esto se puede comprobar que el iusnaturalismo siempre ha explicado en derecho en un contexto más general de la acción humana, y por tanto en un análisis más amplio de las disciplinas sociales.

X. EL DERECHO NATURAL COMO ELEMENTO GARANTIZADOR DE LOS MEJORES OPERADORES JURÍDICOS (PRINCIPALMENTE LOS JUECES)

Un último argumento reseñado por el profesor Vigo se refiere a la importancia que tiene la moral en el ejercicio del derecho por parte de los operadores jurídicos, principalmente los jueces. El juez, sin duda, tiene un papel protagónico en el derecho, entre otras cosas porque es quien se ocupa de aplicarlo, es decir, establecer lo justo en el caso concreto. Para Vigo, el positivismo legalista prestó muy poca atención a la formación ética de los juristas, particularmente de los jueces, pues puso énfasis, exclusivamente, en señalarles que su labor consistía en aplicar la ley, y en tareas tan significativas como la interpretación del derecho, dejar al más grosero voluntarismo tan importante labor. En esto, Kelsen podría ser el mejor ejemplo para citar.

Sin embargo, esta manera de pensar el derecho en acción ha ido cambiando paulatinamente en beneficio de la profesión jurídica, pues en muchas partes del mundo donde existen culturas distintas a la continental-europea como pueden ser, por ejemplo, la cultura del *common law*, importa, y de manera sobresaliente, la calidad de los juristas que trabajan en el derecho en acción, es decir, con el derecho que se aplica cotidianamente. Esta exigencia es aún mayor en el caso de los jueces.

Sin duda, en el aspecto que venimos comentando el profesor Vigo ha sido uno de los pioneros, principalmente por lo que se refiere a la ética de los jueces en el contexto Iberoamericano, pero también hay que decir que la exposición que ha hecho con tanta solidez no

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

sería posible sin sus profundos conocimientos en la filosofía clásica, donde el tema de la formación y calificación de los operadores jurídicos, particularmente de los jueces, ha estado también siempre presente.

Para abordar el tema en cuestión, lo primero que tendría que considerarse es la concepción que del derecho se tenga y, consecuentemente, la visión que se posea de la figura del juez. Sobre el primer punto, hemos expresado en repetidas ocasiones que para el derecho natural la aplicación del derecho no es sólo la reproducción de la ley, sino que es decir *lo justo*, así el juez no está llamado exclusivamente aplicar la ley, sino a buscar cuál es *lo justo* de cada cual. A las claras se comprende entonces que el juez está esencial y fundamentalmente para hacer justicia, no para defender ideologías, por más progresistas que estas puedan presentarse. Así, al derecho natural siempre le ha importado que el juez no solamente sea un perito en derecho, es decir, un profesional que conozca su oficio, sino también le ha importado la persona del juzgador. El argumento esencial en este punto es que su formación no desconozca sino que haga suya la propuesta iusnaturalista, o realista, alejándose de cualquier interés ideológico, económico, familiar o de otra índole.

Orrego, sin duda, ha formulado la pregunta capital en este tema, la cual, aunque larga, vale la pena transcribir; dice el profesor chileno: ¿Cómo asegurar que el juez diga lo justo, natural y positivo, sin incurrir en “positivismo” (desconocer una exigencia de la naturaleza por apego al texto legal expreso) ni de “naturalismo” (desconocer una exigencia de la voluntad humana que verdaderamente “estatuye” lo justo donde no lo ha hecho el derecho natural, so pretexto de ser fiel a la moral o al “derecho natural mal” interpretados)?⁹⁹

En mi opinión, para responder cabalmente la pregunta anterior, es importante considerar como argumento clave la formación de los operadores jurídicos, principalmente los jueces. En tal formación es de vital importancia incorporar el argumento ético basado en virtudes, y más específicamente en las virtudes judiciales. Este tipo de

⁹⁹ Orrego Sánchez, Cristóbal, *Analítica del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico...*, cit., p. 65.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

modelo del juez ha sido el que siempre ha defendido la filosofía clásica de herencia aristotélico-tomista.

Son varios los lugares en los que Aristóteles habla de la virtud de los jueces. Así, por ejemplo, en la *Ética Nicomáquea* se puede leer: “...Es por esto por lo que aquellos que discuten recurren al juez, y al acudir al juez es acudir a la justicia, porque el juez quiere ser como una personificación de la justicia”.¹⁰⁰

Por su parte, en la obra de Tomás de Aquino se reconoce la importancia de las virtudes, así, por ejemplo, se puede comprobar cómo en el Aquinate hay un extenso tratamiento de las virtudes propias de la función judicial, como son, por ejemplo, la prudencia, la justicia, la fortaleza y la templanza; pero también la humildad o la sinceridad.

La importancia de las virtudes anunciadas se ve reflejada en los razonamientos que la actividad judicial está llamada a realizar. Así, por ejemplo, el juicio recto que realiza una persona sobre una cosa (actividad esencial de cualquier juzgador) debe cumplir al menos tres requisitos esenciales: primera, que proceda de una inclinación de justicia; segunda, que emane de la autoridad del que preside, y tercera, que sea pronunciado según la recta razón de la prudencia.¹⁰¹

Como vemos claramente, la tradición iusnaturalista clásica no desestima la formación ética basada en virtudes de los jueces, porque se da cuenta de la importante labor a la que están llamados tales operadores del derecho. Llegados a este punto, conviene formularse una última pregunta ¿qué importancia tienen las virtudes en la praxis judicial?, o dicho de otra forma ¿para qué le sirve al juez contar con virtudes?

Sobre la pregunta que se ha formulado podríamos decir que son muchas las funciones que se le pueden atribuir a las virtudes judiciales,¹⁰² sin embargo, sólo centraremos nuestra atención en tres de ellas.

En primer lugar, es claro que el juez que hace suyas las virtudes judiciales, estará en mejores condiciones para realizar de la manera

¹⁰⁰ Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, V, 1132 a. 19-25

¹⁰¹ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 60. a. 2.

¹⁰² Cfr. Saldaña Serrano, Javier, *El papel de la ética judicial en el nuevo modelo de juez del Estado constitucional de derecho*, México, UNAM-Porrúa, 2016, pp. 99 y 100.

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

más óptima la deliberación a la que está llamado. Dicho juzgador estará mejor dispuesto para conocer todos los aspectos y circunstancias que encierran los problemas judiciales. Igualmente estará en óptimas condiciones para saber elegir el mejor derecho aplicable, así como para justificar de mejor manera su decisión.¹⁰³

Lo anterior abre la posibilidad a la función que probablemente sea la más importante de sus tareas, esto es, asegurar que la decisión que tome el juez sea la correcta y justa. Esto porque el compromiso que ha hecho con la virtud le permitirá no sólo poseer un mejor hábito para pensar, sino sobre todo para decidir. De este modo, la confianza en la sentencia de los jueces virtuosos será mayor que la de aquellos que no están comprometidos con dichos hábitos.¹⁰⁴

Finalmente, otra función importante de las virtudes judiciales consistirá en la imagen pública —tan necesaria— de los jueces. No olvidemos que los jueces juegan hoy quizá el papel más relevante en el Estado de derecho y que la apariencia de su figura importa tanto como la realidad del trabajo que realizan. Ambos le sirven al juez para legitimar su labor ante la sociedad, de ahí que en el imaginario popular que se tiene de los jueces se diga que estos son como la mujer del César, no sólo tiene que serlo, sino también parecerlo. Esto también es derecho natural y no moral.

XI. CONCLUSIONES

Primera. La existencia y validez de las normas jurídicas no depende únicamente de los puros aspectos formales de su creación. Un sistema normativo existe y es obligatorio porque tiene su origen en la deliberación racional que se lleva a efecto y que conducen a identificar el bien (o los bienes) que le ayudan en su realización como personas y como miembro de una colectividad. Con esto se comprende cómo al lado de los aspectos formales, para el derecho natural la razón determina el bien o los bienes que la voluntad ha de actualizar.

¹⁰³ Cfr. Amaya Navarro, Amalia María, *Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*, México, 2009, p. 35.

¹⁰⁴ Cfr. *ibidem*.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

Segunda. El positivismo jurídico nos enseñó que la creación de las leyes correspondía a la voluntad de soberano, y que en tal facultad residía el contenido de la norma —la que él quisiera darle—, pero el positivismo contemporáneo nos ha venido a decir que corresponde a la razón y no a la voluntad la creación de tales normas. Hart en este punto puede ser el mejor ejemplo a citar. Sin embargo, que la ley sea producto de la razón y no sólo de la voluntad nos lo había enseñado el iusnaturalismo clásico desde siempre. Así, para el derecho natural es la concurrencia de ambas facultades humanas la que crea la ley. De modo que la voluntad no actúa sin un fin definido, sino que este fin, que tiene naturaleza de bien, es aprehendido por la razón y perseguido por la voluntad, asegurándonos con esto un mejor derecho.

Tercera. El derecho natural siempre ha defendido la tesis de que para la mejor aplicación del derecho es necesario poner énfasis en dos aspectos importantes: una comprensión cabal de la figura del juzgador como protagonista del derecho en acción por su capacidad de decisión, y un compromiso de éste con el conjunto de las virtudes prácticas, particularmente con la virtud de la prudencia y de la justicia. Con tales argumentos se garantiza una mejor aplicación del derecho, no dejando a la moral tal expectativa.

Cuarta. Uno de los objetivos más fuertemente perseguidos y buscados por el iusnaturalismo clásico es el de identificar al derecho natural como científico, calificación ésta que no puede ser patrimonio sólo de una visión del derecho como puede ser la normativista. De ahí que pueda aceptarse que exista una ciencia del derecho natural, entendida ésta como un conocimiento causal y demostrativo de las cosas por sus causas a partir de primeros principios aprehendidos en forma evidente. De este modo, el derecho natural no puede ser calificado como un ideal, sino enraizado en una metafísica del ser que se explica como una ciencia de carácter práctica.

Quinta. La desobediencia a las leyes injustas ha estado siempre presente en el debate iusnaturalista, pero lo que se ha de señalar es que ningún representante de esta corriente ha dicho jamás que la ley injusta no es ley. Lo que sí se ha destacado es que dichas leyes no lo son en un sentido focal, es decir, tienen sólo la apariencia de ley. Establecido esto, se puede afirmar que una ley injusta se ha de obedecer cuándo su inobservancia acarree un atentado grave al bien

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

común, de no haberlo no se tiene que obedecer. Pero nunca deben ser obedecidas si atentan contra un bien humano básico.

Sexta. La eficacia de la ley para el iusnaturalismo no depende de la existencia de sanciones como lo pensó el positivismo. Para esta corriente del pensamiento, la observancia y por tanto la eficacia de la ley, depende esencialmente de la persuasión que el individuo esté dispuesto a aceptar por un bien mayor como es el argumento de la virtud, lo cual le lleva a un reconocimiento de la misma y por tanto a una observancia, casi diríamos espontánea, de la misma ley. Es la virtud y no la coacción lo que hace eficaz una norma, en una especie de exigencia natural.

Séptima. La coacción es un elemento importante en el derecho, pero no es constitutivo a éste. Considerando que el derecho se integra por un elemento natural y uno positivo, el sistema de garantías del primero vendrá siendo establecido por lo justo positivo, y en el caso de que éste no las estipulara, la condición de lo justo natural las reconocería para exigir las.

Octava. La actual teoría del derecho se caracteriza por los esfuerzos de entenderla en el contexto más general de las disciplinas prácticas, es decir, que el derecho de hoy difícilmente puede entenderse en forma insular. Este entendimiento lo había hecho siempre el derecho natural clásico para el cual la razón práctica es una, y las materias que lo integran guardan entre sí íntimas relaciones. Así, el derecho natural es derecho (lo justo), pero tiene una estrecha conexión con la moral, con la política, con la economía y, en general, con el resto de las ciencias sociales.

Novena. Dentro de las muchas notas identificatorias que distinguen hoy la reflexión jurídica está el tema de las virtudes prácticas, particularmente de cómo éstas juegan hoy un papel fundamental en la capacitación jurídica, especialmente la que concierne a los jueces, los cuales no pueden seguir siendo considerados como voceros de la ley, sino que su labor ha de estar caracterizada por ese real compromiso con la concreción de la justicia. Para ello se requiere una formación iusnaturalista, porque la corriente de pensamiento que más y mejor ha explicado el tema de las virtudes prácticas ha sido precisamente el derecho natural clásico.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

XII. REFERENCIAS

- AQUINO, Tomás de, *Summa Tehologiae*, 3a. ed., Madrid, B.A.C., 1997.
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, 2a. ed., a cargo de Valentín García Yebra, Madrid, Gredos, 1990.
- ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, Madrid, Gredos, 2003.
- ALEXY, Robert, *El concepto y validez del derecho*, 2a. ed., trad. de J. M., Seña, Barcelona, Gedisa, 1997.
- AMAYA NAVARRO, Amalia María, *Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*, México, 2009.
- ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- AUBERT, Jean-Marie, *Ley de Dios. Leyes de los hombres*, Barcelona, Herder, 1979.
- AUSTIN, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, México, Nacional, 1974.
- BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del derecho*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1986.
- BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993.
- BOYLE, Joseph, "Natural Law and the Ethics of Traditions", en Robert, P. George (ed.), *Natural law theory. Contemporary Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- DWORKIN, Ronald, M., "¿Es el derecho un sistema de reglas?", *Cuaderno de Crítica*, UNAM, 1977.
- FINNIS, John, *Estudios de Teoría del derecho natural*, México, UNAM, 2017.
- FULLER, L. Lon, *The Morality of Law*, Yale University, U.S.A, 1964, trad. de Cast. F. Navarro, *La moral del derecho*, México, Trillas, 1967.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Derecho y Moral", en VÁZQUEZ, R. (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998.

¿DERECHO NATURAL O MORAL? COMENTARIOS CRÍTICOS...

- GEORGE, P. Robert, "Natural Law and Human Nature", en Robert, P. George (ed.), *Natural law theory. Contemporary Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- GÓMEZ Robledo, Antonio, *Ensayo sobre las virtudes intelectuales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- GRANERIS, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973.
- HANS Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 16a. ed., México, Porrúa, 2009.
- HART, H., L., A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- HERVADA, Javier, *Cuatro lecciones de derecho natural. Parte especial*, 3a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993.
- HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 7a. ed., Pamplona, Eunsa.
- HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía de derecho*, Pamplona, Eunsa, 1992.
- HOBBS, Thomas, *Leviatan*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- MACCORMICK, Neil, "Natural Law and the Separation of Law and Morals", en ROBERT, P. George (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- MARTÍNEZ DORAL, José María, *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1963.
- MASSINI CORREAS, Carlos I. y GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, "Valoración e inclusión en el derecho." La máxima "Lex injusta non est Lex" y la iusfilosofía contemporánea", en varios autores, *Razón jurídica y razón moral. Estudio sobre la valoración ética en el derecho*, México, Porrúa-U. Austral, 2012.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1998.
- NINO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2003.

JAVIER SALDAÑA SERRANO

- ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal, *Analítica del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*, México, UNAM, 2005.
- PATIÑO REYES, Alberto, *La objeción de conciencia ante el derecho mexicano. ¿Incumplimiento del deber jurídico o libre ejercicio de un derecho humano?*, México, Tiran Lo Blanch, 2021.
- PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, UNAM, 1986.
- QUINTANA, Martín Eduardo, *Notas sobre el derecho natural en el ius-naturalismo*, Buenos Aires, Educa, 2008.
- SALDAÑA SERRANO, Javier, *El papel de la ética judicial en el nuevo modelo de juez del Estado constitucional de derecho*, México, UNAM-Porrúa, 2016.

ARTÍCULOS

ARTICLES

JUSTICE, COMPLEXITY AND EFFECTIVE GOVERNANCE IN THE TWENTY-FIRST CENTURY*

JUSTICIA, COMPLEJIDAD Y GOBERNANZA EFECTIVA EN EL SIGLO XXI

Thomas F. McINERNEY**

Resumen:

La democracia constitucional está bajo presión en todo el mundo, generando temor entre los ciudadanos de muchos países. Una fuente clave de consternación es la sensación de que los asuntos que consideramos que estaban resueltos ahora parecen no estarlo. Habiendo codificado e institucionalizado las normas que defienden los derechos humanos fundamentales, las libertades y las normas básicas durante décadas, asumimos que muchos problemas se habían resuelto definitivamente.

Después de haber luchado por comprender estos problemas durante los últimos años, he llegado a creer que una fuente clave de nuestra sorpresa y consternación al ver abandonadas o debilitadas las normas establecidas reside en un malentendido fundamental de la naturaleza y función del derecho. En lugar de establecer significados fijos y eternos, necesitamos entender la ley como provisional y en constante cambio.

En este artículo, comienzo examinando algunos supuestos fundamentales de la teoría política, en particular la tradición contractualista. En la segunda parte, examino la reciente crítica basada en la complejidad que cuestiona la posibilidad del diseño legal e institucional. En la tercera parte, considero si las alternativas a la teoría política contractualista y en particular el trabajo de Amartya Sen, podrían ofrecer bases superiores para pensar sobre la justicia política. En la parte final de mis comentarios, considero las implicaciones de estos puntos de vista y ofrezco algunos escenarios sobre cómo el desarrollo y la reforma legal e institucional podrían lograrse a través de enfoques

* Artículo recibido el 29 de enero de 2020 y aceptado para su publicación el 3 de diciembre de 2020.

** Professor of Rule of Law for Development in Loyola University Chicago School of Law, correo: tmcinerney@luc.edu, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7659-6731>

THOMAS F. MCINERNEY

más flexibles, participativos y basados en evidencia, a partir de la teoría de la complejidad. En conclusión, sugiero que, a pesar de la promesa de estos enfoques novedosos, es importante reconocer que ninguna estructura institucional puede garantizar la total fidelidad a las normas legales y que sigue teniendo un papel importante la renovación de los compromisos compartidos de los ciudadanos con los valores fundamentales y la solidaridad social.

Palabras Clave:

Complejidad y derecho, gobernanza, teoría jurídica contemporánea, teoría de la justicia.

Abstract:

Constitutional democracy is under strain around the world, creating fears among citizens in many countries. A key source of dismay is a sense that matters that we took to be settled now appear unsettled. Having codified and institutionalized norms upholding fundamental human rights, liberties, and basic norms over decades, we assumed that many issues had been resolved definitively.

Having struggled to understand these issues over the past few years, I have come to believe that a key source of our surprise and dismay in seeing established norms abandoned or weakened lies in a fundamental misunderstanding of the nature and function of law. Rather than establishing fixed and eternal meanings, we need to understand law as provisional and constantly changing.

In this paper, I begin by examining some fundamental assumptions in political theory, particularly the contractarian tradition. In the second part, I examine a recent complexity-based critique which calls into question the possibility of legal and institutional design. In the third part, I consider whether, alternatives to contractarian political theory, notably the work of Amartya Sen, might offer superior grounds for thinking about political justice. In the final portion of my remarks, I consider the implications of these views and offer some scenarios for how legal and institutional development and reform might be accomplished through more flexible, participatory, and evidence-based approaches based in complexity theory. In conclusion, I suggest that despite the promise of these novel approaches, it is important to recognize that no institutional structures can ensure complete fidelity to the legal norms and that an important role remains for renewal of citizens' shared commitments to fundamental values and social solidarity.

JUSTICE, COMPLEXITY, AND EFFECTIVE GOVERNANCE...

Keywords:

Law and Complexity, Governance, Contemporary Legal Theory, Theory of Justice.

SUMMARY: I. *Introduction.* II. *Rawls and the Ideal Theory of Justice.* III. *Against Design.* IV. *Historical Institutional-ist Understanding.* V. *Amartya Sen and the Idea of Justice.* VI. *Scenarios for Adaptive Legal and Governance Systems.* VII. *Evolutionary Legal Frameworks.* VIII. *Responsive Regulation.* IX. *Complexity and Evaluation of the Public Sector.* X. *Complexity in Global Governance.* XI. *Conclusions.* XII. *References.*

I. INTRODUCTION

Constitutional democracy is under strain around the world, creating fears among citizens in many countries. While there are many causes of this situation, a key source of dismay is a sense that matters that we took to be settled now appear unsettled. Having codified and institutionalized norms upholding fundamental human rights, liberties, and basic norms over decades, we assumed that many issues had been resolved definitively. Many of us thought this progress was a one-way street. It has been commonplace to assume that constitutional democracies which reached certain levels of economic development would simply continue on this road. The notion of path dependency in institutional economics provided support for the expectation that established institutions would persist. Even those of us who recognized that tremendous injustices in our countries remain unresolved and the need for deeper reform discounted the risk of backsliding or retreat from these established baselines.

Having struggled to understand these issues over the past few years, I have come to believe that a key source of our surprise and dismay in seeing established norms abandoned or weakened lies in

THOMAS F. MCINERNEY

a fundamental misunderstanding of the nature and function of law. Rather than establishing fixed and eternal meanings—what English speaking lawyers refer to as “settled law”—we need to understand law as provisional and constantly changing. Recent interdisciplinary scholarship in complexity theory and historical institutionalism in the social sciences sheds light on this changeable nature of law. Law continuously evolves because a complex array of social actors continually shapes collective understandings and applications of law.

This conception of law has important implications for how we think about the way in which legal orders are established, how they develop over time, and the ways in which we approach the reform of legal and governance institutions.

The assumption of permanence in legal and institutional structures may also help explain a second major challenge that societies around the world are facing: that our political systems are failing to solve critical problems. In light of the immense existential challenges humanity confronts today, a conception of law as rigid and timeless would have us fettered to existing institutions and laws even as they fail to generate positive results.

To develop this argument, I would like to begin by examining some fundamental assumptions in political theory, particularly the contractarian tradition, which have heavily influenced the ways in which we think of legal systems. In the second part of my talk, I will examine a recent complexity-based critique by Devins et al,¹ which calls into question the possibility of legal and institutional design. I will then review scholarship from the historical institutionalist school in political science, which analyzes the processes by which law and institutions change and evolve over time.

In the third part of my talk, I will consider whether, in light of these critiques and research, alternatives to contractarian political theory, notably the work of Amartya Sen, might offer superior grounds for thinking about political justice.²

¹ Caryn Devins, Roger Koppl, Stuart Kauffman & Teppo Felin, ‘Against Design’ (2015) 47 Ariz. St. L.J. 609 <https://arizonastatelawjournal.org/wp-content/uploads/2015/12/Devins_Final.pdf>

² Amartya Sen, *The Idea of Justice* (first published Allen Lane 2009, Penguin Books 2010)

JUSTICE, COMPLEXITY, AND EFFECTIVE GOVERNANCE...

In the final portion of my remarks, I will consider the implications of these views and offer some scenarios for how legal and institutional development and reform might be accomplished through more flexible, participatory, and evidence-based approaches. In conclusion I will suggest that despite the promise of these novel approaches, it is important to recognize that no institutional structures can ensure complete fidelity to the legal norms and that an important role remains for renewal of citizens' shared commitments to fundamental values and social solidarity.

II. RAWLS AND THE IDEAL THEORY OF JUSTICE

As many have observed, John Rawls' *A Theory of Justice*³ marked a major turning point in the history of political thought. While the contribution of this work has certainly been significant, my interest is less in the specifics of Rawls' theory than in what it represents. In this regard, I wish to focus on the notion of an ideal theory of justice that he develops in his work.

In constructing his theory, Rawls famously devises a thought experiment, the veil of ignorance, which he uses to explain how free and equal citizens could choose principles of political justice on which to base a society. In the "original position" under the hypothetical veil of ignorance, persons would lack any conception of their personal attributes or positions in society. Lacking such knowledge, these persons would choose principles of justice that would avoid the possibility of favoring certain classes, personal attributes, or inherited endowments. Not knowing whether one had red hair or not, persons would not opt for rules which denied red headed persons equal rights, for instance.

The principles of justice that derive from the veil of ignorance are intended to ground a social contract. The chief content of this model are just institutions through "an agreement on the principles that are to regulate the basic structure [of society] itself from the present

³ John Rawls, *A Theory of Law* (first published 1971, The Belknap press of Harvard University Press Cambridge 1999)

THOMAS F. MCINERNEY

to the future.”⁴. As Rawls defines it, the principles developed through this procedure would constitute an ideal theory of justice. A key implication of this understanding is that, having identified ideal principles of justice, societies must take steps to implement those ideals.

Rawls recognizes that the ability to realize such ideal principles in real-world conditions may be difficult. To allow for that possibility, he develops the notion of nonideal theory. Nonideal theory bridges the gap between current societal conditions and the ultimate achievement of the ideal principles of justice. Rawls does not elaborate his understanding of nonideal theory extensively in *A Theory of Justice*, which has led to some confusion among readers as to its precise meaning and purpose.

While nonideal theory recognizes that immediately realizing ideal principles of justice is impossible, a key assumption of both theories is that societies can and should work towards their realization. They provide bases for enacting institutions and laws capable of realizing principles of justice.

III. AGAINST DESIGN

In a remarkable article written in 2016, Caryn Devins, Roger Koppel, noted complexity theorist Stuart Kaufman, and Teppo Felin called into question a basic assumption among lawyers and political theorists: that institutions can be designed to achieve intended aims. According to the authors, legal theorists operate under the assumption that laws will produce predictable consequences and future contingencies can be anticipated. Drawing on complexity theory and earlier work of three of the four authors, they contend that, once created, institutions undergo extensive changes through the creative work of a multitude of social actors, who modify the institutions in ways that depart from the intent of their designers. These creative processes determine the functions of institutions in society. They justify their critique by examining the ways in which the constitutional doctrines supporting the adoption of civil rights legislation to

⁴ John Rawls (n 3) 17

JUSTICE, COMPLEXITY, AND EFFECTIVE GOVERNANCE...

protect minorities in the US have been used to support very punitive drug laws, which have disproportionately harmed those same minority groups.

Devins et al argue that the assumption of design is central to our understanding of law. They define design as creating a plan based on known constraints and resources to achieve predefined objectives. While they allow the possibility that design may have been appropriate in earlier periods of history—for instance during the emergence of the modern state following the Enlightenment—they contend that in today’s world “design has outstripped its usefulness”⁵. Design “successfully exerted through deliberation plays a far smaller role in the development of law and policy than is commonly believed” they contend.⁶

The basis of their critique relies on two principal claims. First, the legal system is a complex system of interlinking parts that interact in myriad ways. Drawing on Freidrich Hayek’s critique of centralized planning, they contend that cognitive limitations make it impossible for actors to design institutions capable of responding to the innumerable contingencies that may arise in society. This observation finds support in the Herbert Simon’s notion of bounded rationality, widely applied in new institutional and transaction cost economics to explain why contractual incompleteness is a permanent feature of economic life.

The second basis of their argument stems from an understanding of the ways in which social actors respond to institutions once designed. We can “draw up detailed plans but their execution cannot be controlled as they take on new life within interlocking adaptive networks that respond to them”, they write⁷. Devins et al contend that entrepreneurial agents exploit the “adjacent possible” of existing institutions by developing affordances, uses, and functions that could not have been thought of or anticipated by designers. They argue that “laws are the beginning rather than the end point, the en-

⁵ Caryn Devins, Roger Koppl, Stuart Kauffman & Teppo Felin (n 1) 612

⁶ Caryn Devins, Roger Koppl, Stuart Kauffman & Teppo Felin (n 1) 612

⁷ Caryn Devins, Roger Koppl, Stuart Kauffman & Teppo Felin (n 1) 612

THOMAS F. MCINERNEY

ablers of an elaborate complex evolutionary process between legal institutions and society”.⁸

This argument echoes recent scholarship among complexity-sensitive heterodox economists such as Jason Potts and Colin Crouch. They identify the creative work of individuals and firms —what they refer to as institutional entrepreneurs—who continually shape and reshape the economy, as accounting for its fundamentally dynamic nature. A key implication of this view is that static equilibrium economic models fail to capture the changing evolutionary nature of the economy.

The assumption of the possibility of design rests on the view that legal systems are closed systems when in reality they are open to the input of society. “Rather than deterministic rules that mechanically generate predefined behavior, legal institutions develop through evolutionary changes that cannot be understood or predicted,” they argue⁹. This nonlinear dynamic means that consequences which are unintended — and even fundamentally contrary to designers’ intents — are inherently part of this process.

IV. HISTORICAL INSTITUTIONALIST UNDERSTANDING

Understanding institutional change has been a central focus of the historical institutionalist school. In contrast to rational choice and sociological institutionalist scholarship, which treat institutions as relatively static, historical institutionalists focus much on institutional change processes. As writers such as Graham Room have noted, this research also provides empirical grounding for complexity-based understandings of institutions.

Two noted historical institutionalists, James Mahoney and Kathleen Thelen, offer a theory to explain institutional evolution. They note that a central conceptual challenge in thinking about institutional change is the fact that “the idea of persistence is virtually built

⁸ Caryn Devins, Roger Koppl, Stuart Kauffman & Teppo Felin (n 1) 673

⁹ Caryn Devins, Roger Koppl, Stuart Kauffman & Teppo Felin (n 1) 620

JUSTICE, COMPLEXITY, AND EFFECTIVE GOVERNANCE...

into the very definition of institution”¹⁰. This makes sense since if there was nothing constant in institutions then we wouldn’t have anything to talk about! Yet the reality, these scholars find, is that institutional change is ongoing.

Mahoney and Thelen argue that the basic properties of institutions contain within them the possibility of change. Their view provides a more detailed understanding of the actual causal mechanisms within the kinds of creative adaptations that Devins et al describe. There are four primary reasons for this view. First, they contend that rules may constrain action, but are not unequivocal. Actors can exploit openness to transform how power and authority are exchanged. They contend that it is in the “soft spots” between rule interpretation and enforcement, often involving official discretion, that institutional change can occur. Hence, they argue that “ambiguity is a permanent feature of institutions even when formalized”.

Second, cognitive limits prevent actors from choosing the rules that avoid conflict. Rules designed to achieve one institutional aim will often conflict with other aims, hence creating opportunities for change. Mahoney and Thelen argue that institutional “compliance is inherently complicated because rules can never be precise enough to cover the complexities of all possible real-world scenarios”.¹¹ Third, they argue that institutions are often embedded in assumptions that are implicit.

Hence, unwritten norms often affect the ways in which institutions operate and can cause changes. They reference Durkheim’s view of the “noncontractual basis of contracts” to support this claim. Finally, the application of rules—notably in enforcement and interpretation—provides opportunities to undermine the original design.

The views of Thelen and Mahoney find support in other historical institutionalist scholarship. As with Devins et al, they find that design is only the beginning of the process and that laws’ meanings change continuously in their application and enforcement due in

¹⁰ James Mahoney & Kathleen Thelen (eds), *Explaining Institutional Change. Ambiguity, Agency, and Power* (Cambridge University Press 2009) 4

¹¹ James Mahoney & Kathleen Thelen (n 10) 11

THOMAS F. MCINERNEY

part to rules' inherent ambiguity. Together these authors make the Rawlsian notion of an ideal theory of justice appear beside the point. How then should we approach the task of institutional development and reform?

V. AMARTYA SEN AND THE IDEA OF JUSTICE

Amartya Sen offers an alternative model in point of contrast to Rawls that is more appropriate to the conditions of legal change and uncertainty I have described. While a rich account of his work is beyond the scope of this paper, I will offer some illustrative examples that can guide consideration of plausible alternative models, which follows.

Rather than offer an ideal theory of justice, Amartya Sen proposes a more modest "idea of justice". He rejects the notion of ideal theory as unattainable. It is in light of the work of the Against Design authors that we can see the strength of Amartya Sen's critique of Rawls and the potential his approach to justice holds. Sen rejects the work of many contemporary theorists of justice, particularly those within the contractarian position, including Rawls for what he calls institutional fundamentalism. By reducing questions of justice to the creation of just institutional structures and procedures, he contends they are unable to offer much guidance to inform decision making.

A key complaint of Sen's is that once chosen, there is no procedure within the system to check whether the institutions are, in fact, generating the anticipated results. Sen seeks to focus on alternative theories of justice and social choice which "take extensive note of social states that actually emerge to assess how things are going and whether the arrangements can be seen as just and how they can be improved".¹²

Sen argues that institutions are fundamental to a theory of justice but rather than treating institutions themselves as *manifestations* of justice as Rawls does we have to seek institutions that *promote*

¹² Amartya Sen (n 2) 86

JUSTICE, COMPLEXITY, AND EFFECTIVE GOVERNANCE...

justice.¹³ Sen turns Rawls' claims upside down arguing that defining "what is a just society is not a good starting place for a theory of justice"¹⁴ Instead he defends a relational approach which focuses on practical reasons for choosing between different policies, strategies, and institutions. Being able to make comparative judgments about competing options is central to Sen's approach. Social choice theory figures prominently in his approach. He argues for the importance of not only defining appropriate institutions for realizing justice but also evaluating how they affect actual social realizations.

VI. SCENARIOS FOR ADAPTIVE LEGAL AND GOVERNANCE SYSTEMS

I will propose three scenarios for how law making and reform can be approached in light of the foregoing. I call these scenarios, first because I do not purport to offer a fully-developed unified theory and second because I accept the possibility that no such theory is possible, which leaves us with the task of identifying different tools to pragmatically address governance problems in different ways.

The first scenario builds on the suggestions of Devins et al and examines the possibility of taking a more flexible approach to thinking about institutional design. In this regard, I will consider the work of other scholars on experimentalism and explore possibilities for direct citizen engagement which new technologies are making feasible.

Next I will consider work in the field of regulatory theory, particularly theories of responsive regulation and its variants. I will then consider developments at the international level, which provide some evidence of the ways in which self-organization can occur within general legal frameworks. In conclusion I will consider the applicability of ideals of civic republicanism, which provides inspiration for renewing our commitments to self-governance in ways that support positive social change and collective problem solving.

¹³ Amartya Sen (n 2) 82

¹⁴ Amartya Sen (n 2) 105

THOMAS F. MCINERNEY

As I hope will become clear, these different scenarios have commonalities that may allow them to work together.

VII. EVOLUTIONARY LEGAL FRAMEWORKS

Devins et al offer an approach to thinking about evolutionary legal systems, which is based on the idea of institutional performance. The basis of such systems rest on metrics to measure the attributes and outcomes of institutions. The approach is designed to deal with the creative complex nature of the legal system by supporting its evolution.

Rather than seeking to design optimal legal institutions, they argue for an approach to “growing institutions through flexible evolutionary learning”¹⁵. Drawing inspiration from the emerging approach to personalized medicine in which the specific attributes of patients understood through a large data clouds can be used to design treatments that respond to the multi-causal factors affecting their conditions, they argue for an approach that supports empirical evaluation of the efficacy of a variety of legal regimes by analyzing their outcomes in real time¹⁶. One need not be a technological Utopian to imagine how the advent of new data gathering technologies coupled with data analytics and machine learning applications will dramatically improve these practices. A second aspect of this approach is to decentralize decision making. Recognizing the cognitive limitations of judges as neutral objective interpreters of the law — epitomized by Ronald Dworkin’s hypothetical ideal judge Hercules — they contend that what are needed are more “bottom-up strategies to evolve and proliferate institutions and the methods of policy-making”.¹⁷ The dispersed decision making system they envision would “increase the flow of knowledge through distributed actors and its percolation throughout the legal system”.¹⁸ In this context,

¹⁵ Caryn Devins, Roger Koppl, Stuart Kauffman & Teppo Felin (n 1) 677

¹⁶ Caryn Devins, Roger Koppl, Stuart Kauffman & Teppo Felin (n 1) 677

¹⁷ Caryn Devins, Roger Koppl, Stuart Kauffman & Teppo Felin (n 1) 678

¹⁸ Caryn Devins, Roger Koppl, Stuart Kauffman & Teppo Felin (n 1) 678

JUSTICE, COMPLEXITY, AND EFFECTIVE GOVERNANCE...

legal entrepreneurs would not be eliminated but could play roles in supporting more effective policy making by crowd-sourcing distributed knowledge to facilitate adaptation in light of new knowledge.

The model of democratic experimentalism proposed by Charles Sabel and Michael Dorf twenty years ago has affinities with this view. They propose a pragmatic approach to governance that combines direct deliberation of citizens in decentralized decision making forums with enhanced systems for learning by monitoring. By gathering data on the results of government programs, adjustments can be made to improve their effectiveness. The process of reviewing results and experimenting with new solutions promotes a process of learning by monitoring.¹⁹

These forward looking ideas for experimental and direct deliberative politics find further support in emerging trends that new technologies are making possible.

Specifically, the development of blockchain technology enabling highly secure identification techniques coupled with enhanced communication devices, is enabling new forms of direct democracy. Rather than resigning ourselves to only engaging in formal political processes every two to six years, it is becoming feasible for citizens to communicate their policy preferences easily and directly. These approaches also make representative democracy no longer the only practical option—a claim long used to discount the possibility of direct forms of democracy. It is becoming increasingly untenable to hold that the views of hundreds of millions of citizens must be filtered through a few hundred representatives for years at a time.

VIII. RESPONSIVE REGULATION

The types of institutional flexibility, learning by monitoring, and engaging diverse stakeholders these authors imagine has clear affinities with the idea of responsive regulation developed by Ian Ayers

¹⁹ Michael C. Dorf & Charles F. Sabel, 'A Constitution of Democratic Experimentalism' (1998) 98 *Columbia Law Review* 267 <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1119&context=facpub>>

THOMAS F. MCINERNEY

and John Braithwaite²⁰. Braithwaite's regulatory theory has been informed by a lifetime of close empirical research on regulation in fields as diverse as coal mines to nursing home to policing in post-conflict countries. The basic idea of "responsive regulation suggests that governance should be responsive to the regulatory environment and to the conduct of the regulated in deciding whether a more or less interventionist response is needed"²¹. Responsive regulation challenges the "rulish presumptions that harmful conduct X mandates regulatory intervention Y"²².

It is instead a "dynamic model in which persuasion and/or capacity building are tried before escalation up a pyramid of increasing levels of punishment and coercion"²³. The ability to calibrate regulatory responses to actual conditions requires the kind of data and learning that Devins et al seek to enable. The responsive nature of this regulatory model helps demonstrate the legitimacy of institutions to citizens — hey, the government listens and seems to adjust behavior in a sensible fashion depending what I do — and other stakeholders.

The responsive regulatory model has been extended through the related theory of "smart regulation". Smart regulation contends that regulators should review how different regulatory interventions interact, with some complementing each other, and others undermining the intended purpose. Braithwaite observes that "smart regulation implies a diagnostically reflective regulator attending to the possible synergies and contradictions a pyramid of networked escalation can throw up"²⁴.

Smart regulation has two key features which make it attractive from the standpoint of complexity. First, it recognizes that regulation can be carried out not just by the state but by engaging different

²⁰ Ian Ayres & John Braithwaite, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulating Debate* (Oxford University Press 1992)

²¹ Ian Ayres & John Braithwaite (n 20) 4

²² John Braithwaite, 'Types of Responsivness' in Peter Drahos (ed), *Regulatory Theory: Foundations and Applications* (Australian National University Press 2017) 118

²³ John Braithwaite (n 22) 118

²⁴ John Braithwaite (n 22) 123

JUSTICE, COMPLEXITY, AND EFFECTIVE GOVERNANCE...

configurations of public and private actors. Second, smart regulation takes a holistic view of the regulatory landscape, particularly recognizing that different regulatory regimes can reinforce or undermine one another. A responsive regulator takes account of these interactions and adjusts regulatory approaches to ensure their effectiveness.

This model of regulation departs from a one-sized fits all approach and instead seeks to tailor regulatory responses to the behavior of regulated firms and individuals. It is an inherently pragmatic and evidence-based approach, which makes it suitable to addressing the conditions of complexity.

IX. COMPLEXITY AND EVALUATION OF THE PUBLIC SECTOR

Support for an evolutionary and more flexible approach to law can be found in emerging practices for evaluation of public institutions and programs. Traditional evaluation practice has taken a linear approach. Following the results-based management model favored by New Public Management proponents, government programs have been evaluated based on whether they achieved the objectives set. Evaluators review whether in a cascading fashion program outputs led to outcomes which in turn resulted in impacts. It is noteworthy that evaluation professionals have independently found that traditional conceptions of program design and implementation are unable to explain how institutions operate.

Under the weight of evidence showing that this linear model of evaluation failed to account for many causes of program results (notably both positive and negative unintended consequences), evaluation professionals are developing and applying new evaluation techniques that draw on insights from complexity theory.

Complexity-based evaluation recognizes that program results are often emergent rather than specified in advance. It also recognizes that in multi-causal processes, it may be difficult to single out one specific cause for changes that occur. In contrast to the straight-line accountability assumptions behind traditional evaluation, complexity based evaluation is based on a learning model that facilitates

THOMAS F. MCINERNEY

program adaptation and innovation. One can see how these types of evaluation practices would complement the other governance innovations described earlier.

X. COMPLEXITY IN GLOBAL GOVERNANCE

An additional model of how diverse actors can contribute to achievement of governance and regulatory objectives can be seen with the international framework governing biodiversity. The Convention on Biological Diversity (CBD)²⁵ provides the basis for the framework. This treaty ratified by 191 states sets forth basic norms for protecting biodiversity and enabling sustainable use of resources. To support implementation of the CBD, the parties agreed on a strategic plan in 2010, covering the period 2011-2020. The Strategic Plan for biodiversity as it is called contains 19 targets (the Aichi targets) to gauge progress. Parties to the CBD report on their activities to implement the convention, while a much broader community of actors conducts an array of supportive activities.

To support the monitoring of the Aichi Targets, a group of international organizations and other biodiversity-related treaty bodies have created the Biodiversity Indicators Partnership. The partnership has helped elaborate the indicators to monitor biodiversity while seeking to identify interconnections between them. To support scientific research and monitoring for biodiversity, the Intergovernmental Science-Policy Panel for Biodiversity and Ecosystem Services was created in 2012. It includes the main international organizations and multilateral environmental agreements for biodiversity. An array of international organizations also monitor biodiversity through Earth Observation Satellites (EOS) and remote sensing (RS) devices. These organizations have banded together to create the Group on Earth Observations Biodiversity Observation Network (GEO BON), a collaboration between governments, international organizations, and academic research institutions, to support and coordinate their efforts. This data is supplemented by

²⁵ Convention on Biological Diversity [1992] UN

JUSTICE, COMPLEXITY, AND EFFECTIVE GOVERNANCE...

research carried out by citizen scientists (e.g. amateur bird watchers), NGOs, academics, national conservation professionals, and indigenous communities. To gather and manage the massive amounts of biodiversity data being generated by these diverse actors, a separate organization, the Global Biodiversity Informatics Facility, was launched in 2012 with support from the OECD, other IGOs, and governments. The GBIF seeks to create an open-source infrastructure for storage and dissemination of biodiversity information.

Together these efforts reflect both top-down and bottom-up processes. While states have agreed on the CBD and the targets under the Strategic Plan for Biodiversity, an array of actors contribute to monitoring achievement of the targets and developing the scientific knowledge base to inform decision making. Formal classifications of institutions as public sector or private have given way to hybrid organizational models that support collaboration among diverse configurations of public and private actors. Participation is generally open and encompasses many different actors. While the CBD represents a locus for these activities, there is no centralized authority directing efforts. It thus reflects a high degree of self-organization among the participants.

XI. CONCLUSIONS

As Sen and others have argued, we can pat ourselves on the back for adopting laws that we think just, but if they do not generate results in terms of improvements in society, new approaches are needed.

We can enact schemes of legal aid to protect the human rights of criminal defendants, for instance, but if people cannot obtain aid, or it is administered unfairly, or is ineffectual in ensuring proper defenses then we have to ask why? Likewise, we can adopt clean air legislation but the air quality remains poor or respiratory illnesses do not decline, we need to respond.

This not a call for amending the laws nor simply implementing them as sometimes suggested but instead a call for new approaches to thinking about what law delivers. Nor is it a normative question about the adequacy of the rules adopted but a factual and quantita-

THOMAS F. MCINERNEY

tive question about whether the law is working. Engaging citizens, businesses, scientists, civil society in monitoring, evaluating, and developing improvements is critical.

Despite the promise of these new approaches to governance, we are still left with the problem with which I began. While we can develop new forms of governance that are more compatible with the evolutionary nature of law and institutions, there are no *ex ante* rules that can be established to block efforts to backtrack on established norms. Ultimately, governance must rest not on iron clad rules from which deviation becomes impossible but instead on the support of the governed.

It is through actors' adherence to basic norms of justice over time that enables society to realize principles of justice. It is not a once and for all situation. Rather justice is something that actors must continually reproduce through their actions. If members deviate too far from shared principles of justice the institutions break down. In complexity terms, the reproduction of justice principles manifests the self-organizing nature of institutions.

As a lawyer trained in the USA I have to wonder if a certain amount of our bewilderment about the Trump presidency has to do with our own institutional fundamentalism. Nostalgic for the wisdom of its framers, we have become so enamored with our Constitution that we fail to see the essential role of good faith, social solidarity, and public ethics in maintaining a healthy *res publica*.

We must continually find value in the norms that previous generations fought for and defend these standards in our daily lives as citizens. The law cannot do all the work. Civic engagement supported by civic education and the role of citizens in the types of participatory governance I have imagined here is essential. While we can improve our techniques of governance to become more problem solving and adaptive in nature, there is ultimately no substitute for renewing our commitments to responsible self-governance and creating the basis for new forms of social solidarity.

JUSTICE, COMPLEXITY, AND EFFECTIVE GOVERNANCE...

XII. REFERENCES

- Sen Amartya, *The Idea of Justice* (first published Allen Lane 2009, Penguin Books 2010)
- Devins Caryn, Koppl Roger, Kauffman Stuart & Felin Teppo, 'Against Design' (2015) 47 Ariz. St. L.J. 609 <https://arizonastatelaw-journal.org/wp-content/uploads/2015/12/Devins_Final.pdf>Convention on Biological Diversity [1992] UN
- Ayres Ian & Braithwaite John, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulating Debate* (Oxford University Press 1992)
- Mahoney James & Thelen Kathleen (eds), *Explaining Institutional Change. Ambiguity, Agency, and Power* (Cambridge University Press 2009)
- Braithwaite John, 'Types of Responsivness' in Peter Drahos (ed), *Regulatory Theory: Foundations and applications* (Australian National University Press 2017)
- Rawls John, *A Theory of Law* (first published 1971, The Belknap press of Harvard University Press Cambridge 1999)
- Dorf Michael C. & Sabel Charles F., 'A Constitution of Democratic Experimentalism' (1998) 98 Columbia Law Review 267 <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1119&context=facpub>>

CIENCIAS DE LA MENTE Y RESPONSABILIDAD JURÍDICA: DOS RETOS*

*SCIENCES OF THE MIND AND LEGAL RESPONSIBILITY:
TWO CHALLENGES*

Fernando Efraín RUDY HILLER**

Resumen:

Este artículo evalúa el impacto de las ciencias de la mente y el comportamiento sobre el concepto y la práctica de la responsabilidad jurídica, particularmente sobre el derecho penal. Existen dos posiciones polares al respecto: por un lado, hay quienes sostienen que las ciencias de la mente muestran que la responsabilidad (jurídica y moral) es una quimera y por tanto que los sistemas jurídicos existentes deben ser radicalmente revisados. Por el otro, hay quienes piensan que, dado que las prácticas de atribución de responsabilidad son prácticas normativas, éstas son fundamentalmente inmunes a los descubrimientos científicos acerca del comportamiento humano. Contra ambas posiciones, argumento que dichos descubrimientos, si bien no muestran que la psicología de sentido común en la que se basa el derecho penal está fundamentalmente equivocada, tampoco son irrelevantes para evaluar su corrección. Defiendo esta tesis apelando a los descubrimientos de la psicología social situacionista, los cuales, sostengo, desmienten uno de los supuestos centrales de aquélla, a saber, el supuesto de que las capacidades racionales constitutivas de la agencia responsable son estables a través de distintos contextos. Finalmente, ilustro la relevancia de esta conclusión para el derecho examinando las “leyes del buen samaritano”, las cuales imponen sanciones penales a quienes no ayudan a otros en situaciones de emergencia.

* Artículo recibido el 5 de septiembre de 2019 y aceptado para su publicación el 18 de febrero de 2020.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, correo electrónico: ferudy@alumni.stanford.edu, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7977-1216>.

Problema. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 15, enero-diciembre de 2021, pp. 169-221
Ciudad de México, ISSN 2007-4387, se distribuye bajo una Licencia *Creative Commons Reconocimiento-No-Comercial-Sin Derivados 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0)*.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/issue/archive>

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

Palabras clave:

Responsabilidad jurídica, psicología de sentido común, psicología social, capacidades racionales, leyes del buen samaritano.

Abstract:

This paper examines the impact of the sciences of mind and behavior on the concept and practice of legal responsibility, particularly on criminal law. There are two opposite positions on this issue: on the one hand, there are those who think that empirical sciences already show that (moral and legal) responsibility is illusory and thus conclude that existing legal systems must be radically revised. On the other, there are those who think that since responsibility practices are essentially regulatory ones, they are basically resistant to scientific discoveries about human conduct. Against both positions, I argue that although these discoveries may not show that the common-sense psychology on which criminal law rests is fundamentally misguided, they are not irrelevant for assessing it either. To illustrate my position I draw upon findings from situationist social psychology and in particular on the “Bystander Effect,” according to which the mere presence of several persons during an emergency lowers their propensity to help, regardless of their particular personality traits and moral attitudes. Finally, I explain the importance this discovery has for legal purposes, focusing on so-called Good Samaritan Laws that impose penal sanctions on those who fail to help others in emergency.

Keywords:

Legal Responsibility, Folk Psychology, Social Psychology, Rational Capacities, Good Samaritan Laws.

SUMARIO: I. *Introducción* II. *La psicología de sentido común y el derecho*. III. *El reto global*. IV. *El reto local*. V. *El situacionismo y las leyes del buen samaritano*. VI. *Conclusión*. VII. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

No hay disputa más acalorada en la naciente disciplina del “neuroderecho” que el del potencialmente devastador golpe que las ciencias de la mente¹ pudieran asestarle al concepto y a la práctica de la responsabilidad jurídica. En un extremo de esta disputa se encuentran quienes, con base en los avances en el estudio científico de la mente y el cerebro, concluyen que las concepciones tradicionales de la responsabilidad jurídica y moral son una quimera y, en consecuencia, que los sistemas jurídicos existentes, y en particular el derecho penal, tarde que temprano tendrán que ser radicalmente revisados.² En el otro extremo se hallan quienes sostienen que la evidencia actualmente disponible no pone en absoluto en peligro la integridad del derecho y, más aún, que hay buenas razones para dudar que cualquier evidencia futura pueda hacerlo.³ Una dificultad

¹ Incluyo dentro de este rubro a las neurociencias, las ciencias cognitivas, la psicología cognitiva y la psicología social. A esta última la etiqueta “ciencia del comportamiento” le resulta más adecuada pero, por economía de lenguaje, en este trabajo me referiré sumariamente a todas estas disciplinas como “ciencias de las mente”.

² Greene, Joshua y Cohen, Jonathan, “For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything”, *Philosophical Transactions of the Royal Society of London*, vol. 359, núm. 1451, 2004, pp. 1775–85; Sapolsky, Robert, “The Frontal Cortex and the Criminal Justice System”, *Philosophical Transactions of the Royal Society of London*, vol. 359, 2004, núm. 1451, pp. 1787–96; Dawkins, Richard, “Let’s All Stop Beating Basil’s Car”, *Edge: The World Question Center*, 2006, disponible en: https://www.edge.org/q2006/q06_9.html; Cashmore, Anthony, “The Lucretian Swerve: The Biological Basis of Human Behavior and the Criminal Justice System”, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 2010, vol. 107, núm. 10, pp. 4499-4504; Davies, Paul, “Skepticism Concerning Human Agency: Sciences of the Self Versus ‘Voluntariness’ in the Law”, en Vincent, Nicole (ed.), *Neuroscience and Legal Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 113-130.

³ Glannon, Walter, “Neurobiology, Neuroimaging, and Free Will”, *Midwest Studies in Philosophy*, vol. 29, 2005, pp. 68–82; Gazzaniga, Michael, “The Law and Neu-

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

importante con esta manera de conducir el debate acerca del potencial impacto de las ciencias de la mente sobre la responsabilidad jurídica —el enfoque del todo o nada— es que oscurece una tercera posibilidad, a saber, que la evidencia científica pudiera mostrar que la psicología de sentido común en la que se basa el derecho es, si no globalmente inadecuada, sí localmente defectuosa. En otras palabras, bien pudiera ser el caso que dicha evidencia, si bien no muestra que la persona racional presupuesta en el derecho no existe, sí sugiere que, en ciertos aspectos claramente identificables, sus capacidades racionales son más limitadas de lo que ordinariamente suponemos. Más importante aún, bien pudiera ocurrir que ciertas disposiciones jurídicas no sólo no reconocen estos límites sino que, al contrario, prescriben ciertos comportamientos que los pasan por alto. Si ello es así, entonces, en lugar de una amenaza inminente para la integridad del derecho, las ciencias de la mente serían potenciales aliadas de éste en la creación de disposiciones jurídicas más realistas y justas.

En consonancia con lo anterior, el presente artículo tiene dos objetivos principales. Primero, exponer y criticar lo que llamaré “el reto global” a la responsabilidad jurídica proveniente de las ciencias de la mente. Aquí me abocaré a criticar los dos principales argumentos que suelen esgrimirse a favor de la conclusión de que la evidencia empírica refuta a la psicología de sentido común presupuesta en el derecho y, en consecuencia, que las prácticas jurídicas relacionadas con las atribuciones de responsabilidad penal son fundamentales defectuosas (al menos bajo una concepción retributiva de dichas prácticas). Mi segundo objetivo es mostrar que, a pesar de que el reto global falla, un reto más modesto —el “reto local”— a la psicología de sentido común es más plausible a la luz de la evidencia actualmente disponible. Específicamente, argumentaré, con base en evidencia proveniente de la psicología social, que uno de los supues-

rosience”, *Neuron*, vol. 60, pp. 412–5, 2008; Morse, Stephen, “Determinism and the Death of Folk Psychology: Two Challenges to Responsibility from Neuroscience”, *Minnesota Journal of Law, Science and Technology*, 2008, vol. 9, núm. 1, pp. 1-36; Morse, Stephen, “Responsibility and Mental Capacity”, en Vincent, Nicole (ed.), *Neuroscience and Legal Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 27-47.

tos centrales de la psicología de sentido común empleada en el derecho —el supuesto de que las capacidades racionales relevantes para las atribuciones de responsabilidad son estables a través de diferentes circunstancias— es falso. Sostendré, por el contrario, que dicha evidencia demuestra que las capacidades cognitivas y volitivas requeridas para detectar y responder adecuadamente a consideraciones normativas son extraordinariamente sensibles a influencias situacionales en apariencia nimias, algunas de las cuales pueden interferir significativamente con el ejercicio de dichas capacidades y, por tanto, poner en duda la corrección de ciertas atribuciones ordinarias de responsabilidad.

Ilustraré esta tesis apelando al cúmulo de evidencia “situacionista” en psicología social que muestra que factores situacionales aparentemente irrelevantes pueden afectar significativamente la propensión de las personas a prestar ayuda con independencia de cuáles sean sus convicciones morales. Sostendré además que la influencia de dichos factores sobre las capacidades racionales no sólo no es reconocida por el derecho sino que, por el contrario, existen disposiciones jurídicas que presuponen que dicha influencia no existe o no es relevante. Un ejemplo claro son las llamadas “leyes del buen samaritano” que imponen sanciones penales a quienes no auxilian a otros en situaciones de emergencia, siempre y cuando el costo de ayudar sea bajo y no exista ningún impedimento obvio para hacerlo. La conclusión que buscaré establecer es que, a pesar de que nuestras intuiciones ordinarias nos dicen que es razonable esperar de personas racional y moralmente normales que presten ayuda en dichas circunstancias y por tanto que son responsables por sus omisiones cuando no lo hacen, estas intuiciones no son confiables a la luz de la evidencia aducida. Se sigue de ello que las disposiciones jurídicas que descansan en dichas intuiciones deben ser revisadas.

La estructura del trabajo es la siguiente. En la sección 2 bosquejo los tres rasgos centrales de la psicología de sentido común —y de la persona racional— presupuesta en el derecho y, más específicamente, en el derecho penal.⁴ En la sección 3 expongo y critico el reto

⁴ En este trabajo me refiero genéricamente al derecho y al derecho penal sin ocuparme de las importantes diferencias que existen entre el derecho continental y

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

global según el cual la psicología de sentido común está fundamentalmente equivocada y, por lo tanto, no puede servir de base al derecho penal. En la sección 4 presento el reto local y en la sección 5 ilustro su relevancia para el derecho tomando como ejemplo las leyes del buen samaritano. Finalmente, en la sección 6 concluyo con un breve resumen de las principales conclusiones alcanzadas en el trabajo.

II. LA PSICOLOGÍA DE SENTIDO COMÚN Y EL DERECHO

1. *Los supuestos básicos de la psicología de sentido común*

Por “psicología de sentido común” me refiero al conjunto de suposiciones ordinarias acerca de los estados mentales de las personas que nos permiten explicar, predecir y evaluar su comportamiento en un amplio rango de circunstancias. Si, por ejemplo, durante una fiesta vemos a una persona acercarse a la mesa de bocadillos y tomar una servilleta, podemos explicar su comportamiento apelando a sus deseos (desea comer un bocadillo) y creencias (cree que los bocadillos están en la mesa y cree además que tomar el bocadillo con una servilleta es lo que la etiqueta exige). Este mismo modelo nos permite predecir las acciones de otros: retomando el ejemplo, el anfitrión de la fiesta sabe de antemano que si coloca los bocadillos y las servilletas en un lugar visible, los invitados se acercarán a ellos y los tomarán de cierta manera. Finalmente, este modelo nos permite evaluar el comportamiento de las personas como más o menos racional. Por ejemplo, juzgaremos como irracional a un hombre que, deseando comprar una bebida de la máquina expendedora, deposita una moneda en su sacapuntas con base en su creencia de que ello es el medio adecuado para obtenerla.⁵

el anglosajón, debido a que ambos comparten los supuestos básicos de la psicología de sentido común que discuto a continuación.

⁵ El ejemplo aparece en Nagel, Thomas, *The Possibility of Altruism*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1970, p. 34.

Lo que comparten estas tres operaciones que la psicología de sentido común nos permite realizar —explicar, predecir y evaluar el comportamiento humano— es la concepción de las personas como seres racionales, es decir, agentes que actúan a la luz de sus creencias (mayormente verdaderas) para obtener aquello que desean (concebido como algo bueno). Como señala Stephen Morse, el derecho, y sobre todo el derecho penal, dependen de manera fundamental tanto de la psicología de sentido común como de la concepción de las personas como seres racionales en el sentido recién descrito.⁶

La psicología de sentido común descansa en tres supuestos básicos que resultan esenciales para el derecho. En primer lugar está el supuesto de *causación mental*, a saber, la presunción de que ciertos estados mentales de las personas (por ejemplo, sus deseos e intenciones) son causalmente relevantes en la producción de sus acciones, de lo que se sigue que la explicación de su comportamiento debe apelar fundamentalmente a dichos estados mentales.

En segundo lugar está el supuesto de *sensibilidad a razones*, es decir, la idea de que las personas actúan —no siempre, pero con suficiente frecuencia— con base en razones. Este supuesto juega un doble papel. Por un lado, hace posible ofrecer explicaciones racionalizadoras del comportamiento, esto es, explicaciones que permiten entender por qué determinada acción tenía sentido para el agente a la luz de sus deseos y creencias.⁷ Por otro lado, sustenta la idea de que las acciones son racionalmente evaluables. Volviendo al ejemplo de Nagel, es apropiado juzgar como irracional a la persona que deposita una moneda en su sacapuntas para obtener un refresco porque esta acción resulta defectuosa a la luz de las razones que ella misma posee (en este caso, relacionadas con aliviar su sed). Además, dado que tanto la moral como el derecho regulan el comportamiento

⁶ “El derecho penal es una empresa completamente basada en la psicología ordinaria” (Morse, Stephen, “Responsibility and Mental Capacity”, *cit.*, p. 27). “Lo que el derecho requiere es la concepción de sentido común de la racionalidad” (*ibidem*, p. 32). (Todas las traducciones del inglés son mías.) Ahondo en este punto en la subsección 2.2.

⁷ Véase Davidson, Donald, “Actions, Reasons, and Causes”, en Davidson, Donald, *Essays on Actions and Events*, Oxford, Oxford University Press, 1980, pp. 3-20.

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

ofreciendo razones perentorias para la acción,⁸ el supuesto de sensibilidad a razones permite evaluar a los agentes a la luz de éstas.

En tercer lugar está el supuesto de *capacidades racionales generales*, según el cual las capacidades racionales que poseen las personas para percatarse de, y actuar con base en, las razones pertinentes de cada caso son capacidades generales, esto es, estables a través de diferentes circunstancias.⁹ Ello implica, por ejemplo, que si alguien es capaz de percatarse en la situación X de que alguien necesita ayuda y es capaz además de actuar en consecuencia, entonces es razonable esperar que, *ceteris paribus*, dicha persona será igualmente capaz de ambas cosas en la situación Y. Ello no implica, desde luego, que sea razonable esperar que la persona en cuestión responderá adecuadamente *en cualquier circunstancia* posible; por ejemplo, no es razonable esperar que ayudará a otro cuando ello conllevaría poner en riesgo su propia vida o invertir la mayoría de sus recursos. Sin embargo, el supuesto de capacidades racionales generales sí implica que la clase de situaciones que interfieren con el ejercicio de éstas —en el sentido relevante para las atribuciones de responsabilidad— es limitada y, además, que es coextensiva con las exenciones y excusas reconocidas por la moral ordinaria y el derecho.¹⁰

⁸ Véanse, respectivamente, Smith, Michael, *The Moral Problem*, Malden, MA, Blackwell, 1994; y Raz, Joseph, 1975, *Practical Reason and Norms*, Londres, Hutchinson.

⁹ La locución “capacidad general” en ocasiones se emplea en un sentido distinto. En este otro sentido, un agente tiene la capacidad general de realizar algo si posee las habilidades necesarias para llevarlo a cabo pero carece de la oportunidad para hacerlo (véase Mele, Alfred, “Agents’ Abilities”, *Noûs*, vol. 37, núm. 3, pp. 447-470, 2002). Por ejemplo, podemos decir que un pianista tiene la capacidad *general* de tocar la sonata núm. 5 de Beethoven pero no la capacidad *específica* para ello si, en un momento dado, no tiene un piano a su alcance. En este trabajo la locución “capacidad general” se usa únicamente en el sentido indicado en el cuerpo del texto.

¹⁰ En la literatura sobre responsabilidad moral es usual trazar la distinción entre aquellos factores que *exentan* y aquellos que *excusan* de responsabilidad (véase Wallace, Jay, *Responsibility and the Moral Sentiments*, Cambridge, Harvard University Press, 1994, caps. 5 y 6). Las exenciones muestran que el agente en cuestión no es (en general o en una situación específica) un agente responsable, es decir, que carece de las capacidades mínimas para ser considerado como tal; mientras que las excusas muestran que un acto incorrecto producido por un agente que sí posee dichas

Es importante notar que estos tres supuestos básicos de la psicología de sentido común son independientes entre sí. Por ejemplo, podríamos aceptar el supuesto de causación mental y rechazar el supuesto de sensibilidad a razones¹¹ o, a la inversa, aceptar el supuesto de sensibilidad a razones y rechazar el de causación mental.¹² Por otro lado, aceptar el supuesto de capacidades racionales generales y rechazar el de sensibilidad a razones es menos plausible ya que, al menos en el presente contexto, parte de lo que implica ser racional es precisamente ser sensible a razones.¹³ Sin embargo, como veremos más adelante, la posibilidad inversa —aceptar el supuesto de sensibilidad a razones y rechazar el de capacidades racionales generales— es sumamente plausible. Ello conduce a una concepción de las personas en la que éstas son sensibles a razones pero no en cualquier circunstancia y no respecto de cualquier clase de razones; en otras palabras, en dicha concepción las capacidades para detectar y responder adecuadamente a las razones pertinentes del caso no son estables a través de distintas circunstancias sino que están indexadas a contextos específicos de acción.¹⁴ Como explicaré en detalle abajo (subsección 4.3.1), una concepción precisamente de esta naturaleza resulta plausible a la luz de la evidencia aducida por

capacidades no es imputable a éste. Las exenciones más usuales son la demencia y la minoría de edad, mientras que las excusas usuales son la coerción y la ignorancia. Si bien en el derecho penal no se traza tal distinción explícitamente, por razones que quedarán claras más adelante (véase la sección 5.2) en este trabajo sí lo haré.

¹¹ Imáginese por ejemplo una concepción de las personas como seres que actúan siguiendo siempre el deseo más fuerte, independientemente de las razones en contra de su satisfacción.

¹² Ello implicaría pensar que los estados mentales conscientes, incluyendo las deliberaciones racionales, son meros epifenómenos, es decir, que no están causalmente relacionados con las acciones. Como veremos en la sección 3, el psicólogo social Daniel Wegner sostiene una posición de este tipo.

¹³ Digo “al menos en el presente contexto” porque en áreas distintas a la filosofía del derecho existe una genuina discusión acerca de si la racionalidad consiste en responder a razones o si consiste en algo distinto como, por ejemplo, la coherencia entre estados mentales. Véase Broome, John, *Rationality through Reasoning*, Malden, Wiley-Blackwell, 2013, cap. 5.

¹⁴ Véase Vargas, Manuel, *Building Better Beings: A Theory of Moral Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 205.

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

el reto local a la responsabilidad jurídica. Por el momento, basta con haber notado la modularidad de los supuestos básicos de la psicología de sentido común, lo cual abre la puerta a una reforma parcial —en oposición a un rechazo tajante— tanto de ésta como de la imagen de la persona racional asociada con ella.

2. *La persona racional y el derecho*

Señalé antes que el derecho, y en especial el derecho penal, presuponen a la psicología de sentido común y a la imagen de la persona racional asociada con ella. A continuación sustentaré esta afirmación apelando de nuevo a los tres supuestos básicos descritos arriba.

En primer lugar, el supuesto de causación mental —el supuesto de que las personas son capaces de controlar sus acciones a través de ciertos estados mentales— es esencial para comprender la función central del derecho como guía de la acción.¹⁵ La función primaria de los sistemas jurídicos es regular la conducta de los seres humanos por medio de directrices dirigidas precisamente a aquellos agentes cuya conducta se busca influir. Para que este método de regulación tenga sentido, es necesario suponer que las personas son capaces de adecuar su conducta a los requerimientos jurídicos aplicables a través de sus acciones y omisiones intencionales; en otras palabras, es necesario suponer que sus estados mentales conscientes —sus creencias acerca de los requerimientos jurídicos aplicables y sus intenciones de adecuar su conducta a éstos— son, por lo general, causalmente efectivos en la producción de sus acciones y omisiones. De lo contrario, el derecho sería incapaz de guiar la conducta humana.

El supuesto de causación mental es esencial también para el derecho penal en particular, pues dos de los elementos básicos empleados en éste para tipificar ciertas conductas como delictuosas —el elemento de acción y el elemento de *mens rea* o culpabilidad— presuponen que los estados mentales conscientes de las personas juegan un rol central en la producción de su comportamiento. Por lo

¹⁵ Para esta concepción del derecho, véase Shapiro, Scott, “Law, Morality, and the Guidance of Conduct”, *Legal Theory*, vol. 6, 2000, pp. 127-170.

que toca al elemento de acción, en el derecho penal una acción se define como un movimiento corporal voluntario y, a su vez, la noción de voluntariedad se define apelando al papel que desempeña la conciencia en la producción de los movimientos de la persona.¹⁶ Aunque no suele especificarse exactamente qué papel juega la conciencia,¹⁷ sí se presume que podemos distinguir intuitivamente entre aquellos movimientos corporales producidos y guiados por la conciencia de la persona y aquellos que no. Ejemplos de estos últimos son actos reflejos, movimientos producidos durante un episodio de sonambulismo o hipnosis o aquellos movimientos causados por una fuerza exterior irresistible. El punto importante es que una piedra angular del derecho penal es la idea de que la conciencia de la persona — es decir, sus estados mentales conscientes como deseos e intenciones— es causalmente efectiva en la producción de un rango significativo de sus movimientos corporales.

Por otro lado, el elemento de *mens rea* o culpabilidad involucra directamente los estados mentales de la persona, pues desde el punto de vista jurídico resulta esencial saber qué estados mentales albergaba el sujeto al momento de producir un daño para poder determinar de qué tipo de conducta criminal es responsable. Un mismo movimiento voluntario —por ejemplo, mover el dedo índice para jalar el gatillo de un arma— será calificado de modo muy diferente dependiendo de si el sujeto *sabía* que el arma estaba cargada y de si tenía además la *intención* de asesinar a la persona a quien apuntaba (homicidio doloso) o si, por el contrario, el sujeto *ignoraba* que lo estaba y *carecía* además de la intención de producir daño (homicidio culposo). Nuevamente, el punto importante es que la coherencia de este aspecto del derecho penal —la distinción entre tipos penales con base en los estados mentales del sujeto— depende del supuesto de que estos últimos son causalmente eficaces en la producción de la acción que condujo al daño.

¹⁶ Véase, por ejemplo, la definición de acto voluntario en la sección 2.01 del *Model Penal Code* estadounidense.

¹⁷ Una excepción es Moore, Michael, *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1993, en el que se investiga a detalle la relevancia de la teoría causal de la acción para el derecho penal.

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

En segundo lugar, el supuesto de sensibilidad a razones está también incorporado al derecho de manera fundamental. El derecho se dirige a los agentes en tanto seres racionales, capaces de detectar y verse motivados por las razones pertinentes.¹⁸ En el caso particular del derecho penal, uno de los propósitos básicos que se persigue al tipificar cierta conducta como delictuosa es hacer patente que existen razones decisivas para evitarla. Esas razones no son puramente prudenciales (como evadir el castigo) sino también morales (en ocasiones la conducta prohibida es mala en sí misma, es decir, independientemente de su prohibición jurídica, por lo que existen razones morales decisivas para no realizarla), y se asume que los agentes son capaces de tomar en cuenta ambas al deliberar acerca de cómo actuar. Además, la práctica del juicio penal también se basa en el supuesto de sensibilidad a razones, puesto que el acusado es llamado a responder por su conducta y ello incluye la posibilidad de ofrecer razones por las cuales no debe ser condenado.¹⁹ Finalmente, y bajo una concepción reformista del castigo, el castigo penal presupone la capacidad del criminal de responder adecuadamente a razones en tanto aquél aspira a que éste reconozca que ha obrado mal, se arrepienta de lo que ha hecho y realice las reparaciones morales necesarias.²⁰

En tercer lugar, el supuesto de capacidades racionales generales está también sólidamente arraigado en el derecho, particularmente en el derecho penal, pues una condición necesaria de la imputabilidad jurídica es la posesión de las capacidades cognitivas y volitivas requeridas para entender lo que la ley exige y actuar en consecuencia.²¹ Esta concepción de la imputabilidad suele ir asociada con el supuesto de que las capacidades pertinentes son estables a través

¹⁸ Raz, Joseph, *op. cit.*, cap. 5.

¹⁹ Duff, Anthony, Farmer, Lindsay, Marshall, Sandra y Tadros, Victor, *The Trial on Trial: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, vol. 3, Oxford, Hart, 2007, cap. 5.

²⁰ Duff, Anthony, *Punishment, Communication and Community*, Nueva York, Oxford University Press, 2001.

²¹ Hart, Herbert, 1968, "Postscript: Responsibility and Retribution", en Hart, Herbert, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1968, pp. 210-237.

de un amplio rango de circunstancias. Si bien esta suposición rara vez es articulada, mucho menos defendida, explícitamente,²² su presencia es clara en los escritos de quienes adoptan la concepción “capacitaria” de la imputabilidad. Por ejemplo, Morse afirma que:

Los agentes responsables son dejados en libertad [para actuar como mejor les parezca] bajo la teoría de que un agente racional *siempre* podría reconocer la incorrección y peligro para sí mismo de violar criminalmente los legítimos intereses de otros.²³

La idea de que, al menos en principio, un agente racional *siempre* está en posición de reconocer la incorrección jurídica de su conducta —particularmente cuando se trata de actos potencialmente criminales— sólo tiene sentido bajo el supuesto de que las capacidades racionales requeridas para ello son estables a través de un amplio rango de circunstancias. Como señalé arriba, las únicas limitantes a este supuesto que son aceptadas como relevantes para las atribuciones de responsabilidad son las excusas y exenciones jurídicamente reconocidas. En ausencia de éstas, la práctica jurídica se apega a la idea de que una persona racional siempre está en posición de adecuar su conducta a las exigencias relevantes.²⁴

Antes de proseguir, debo aclarar que el ámbito de aplicación de mi análisis concierne exclusivamente a las capacidades racionales que son necesarias y suficientes para que una persona sea objeto de lo que Hart llama “liability-responsibility”, esto es, para que sea sus-

²² Una excepción es Morse, quien explícitamente sostiene que “Los agentes jurídicamente responsables son personas que poseen *la capacidad general* para comprender y guiar su comportamiento por buenas razones en diferentes contextos jurídicos” (Morse, Stephen, “Determinism and the Death of Folk Psychology...”, *cit.*, p. 7, cursivas añadidas).

²³ Morse, Stephen, “Responsibility and Mental Capacity”, *cit.*, p. 30, énfasis añadido.

²⁴ Por ejemplo, Anthony Duff afirma que “En ausencia de tal desorden o incapacidad [ej., la psicopatía], podemos tratar a la persona como *en principio persuadible* [para actuar correctamente], que es lo que importa para la responsabilidad” (Duff, Anthony, “What Kind of Responsibility Must Criminal Law Presuppose?”, en Swinburne, Richard (ed.) *Free Will and Modern Science*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 190, cursivas añadidas).

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

ceptible de castigo jurídico por sus acciones.²⁵ Este tipo de responsabilidad, según Hart, se basa en lo que él llama “capacity-responsibility”, esto es, en la posesión de ciertas capacidades cognitivas y volitivas que hacen a la persona capaz de entender lo que la ley exige y actuar en consecuencia.²⁶ Mi propuesta no atañe al razonamiento moral o jurídico en general, ni mucho menos a la normatividad jurídica en su conjunto, sino únicamente a las capacidades racionales antes referidas. Además, es importante señalar que ninguno de mis argumentos guarda relación alguna con la cuestión acerca de cómo impacta el situacionismo a la agencia epistémica.²⁷ Esta omisión es admisible dado que ambos tipos de agencia —la agencia responsable y la agencia epistémica— no sólo son distintos entre sí sino que, además, ninguno de los principales teóricos de la agencia responsable a nivel individual (tanto moral como jurídica) piensan que el análisis de ésta conlleve o presuponga un análisis de la agencia epistémica. Es cierto que un elemento esencial de la agencia responsable es la llamada “condición epistémica”,²⁸ pero dicha condición no tiene nada que ver con la agencia epistémica sino que concierne más bien a los estados de conciencia que son relevantes para las atribuciones de responsabilidad. Si, como explico más adelante, la evidencia situacionista muestra que factores situacionales aparentemente irrelevantes pueden afectar de manera significativa el ejercicio de las capacidades constitutivas de la agencia responsable a nivel individual, ello basta para establecer su relevancia para el derecho aun dejando completamente de lado la relación entre el situacionismo y la epistemología.²⁹

²⁵ Agradezco a un dictaminador anónimo por haberme instado a clarificar el ámbito de aplicación de mi análisis.

²⁶ Hart, Herbert, *op. cit.*

²⁷ Véase el texto Olin, Lauren y Doris, John, “Vicious minds: Virtue Epistemology, Cognition, and Skepticism”, *Philosophical Studies*, vol. 168, núm. 3, pp. 665-692, 2014, para un análisis de la relevancia de la evidencia situacionista para la agencia epistémica y la epistemología en general.

²⁸ Véase mi artículo al respecto Rudy-Hiller, Fernando, “The Epistemic Condition for Moral Responsibility”, en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (edición verano 2018), disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/moral-responsibility-epistemic/>.

²⁹ Véase el texto de Montemayor, Carlos y Cáceres, Enrique, “Agency and Legal

III. EL RETO GLOBAL

Hemos visto que el derecho en general, y el derecho penal en particular, presuponen la psicología de sentido común descrita arriba y la imagen de la persona racional asociada con ella. Ahora bien, si existiera evidencia científica que pusiera en duda la adecuación empírica de ambas a nivel global ello a su vez pondría en duda la adecuación normativa del derecho, pues éste no estaría en posición de imponer obligaciones y asignar penas si las personas no fueran el tipo de agentes que pueden cumplir con aquéllas (al menos de la forma en que ordinariamente se asume que lo hacen). Los proponentes del reto global contra la responsabilidad jurídica argumentan que ya existe evidencia empírica suficiente para concluir que el supuesto de causación mental es falso y, por tanto, que también lo es el supuesto de que el comportamiento humano es producto de deliberaciones racionales.³⁰ Si éste fuera el caso, entonces la concepción del derecho como guía de la acción sería insostenible, así como también lo sería el derecho penal basado como está en las ideas de voluntariedad y *mens rea*. En esta sección describiré y criticaré los dos argumentos principales que constituyen el reto global: el argumento reduccionista (3.1) y el argumento modular (3.2).

1. *El argumento reduccionista*

La afirmación principal de los proponentes del reto global es la siguiente:

Responsibility: Epistemic and Moral Considerations”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 13, 2019, pp. 99-127, para una discusión acerca de la interrelación entre agencia moral y epistémica y su relevancia para la normatividad jurídica en general

³⁰ Ello no implica que el supuesto de sensibilidad a razones sea falso *tout court*, pues aún pudiera ser el caso que las personas son capaces de detectar las razones relevantes en distintas situaciones aun cuando su comportamiento no sea producto causal de dicha detección. Daniel Wegner, a quien discuto más abajo (sección 3.2), parece defender una posición de este tipo.

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

Epifenomenalismo. Los estados mentales conscientes de las personas no son causalmente relevantes para la producción de sus acciones, sino que sólo acompañan a, o son subproductos de, aquellos procesos que sí lo son. Es decir, los estados mentales conscientes son meros epifenómenos.

Uno de los dos argumentos principales a favor de la tesis del epifenomenalismo es el argumento reduccionista. El núcleo del argumento es éste: puesto que las ciencias de la mente muestran que los estados mentales conscientes son instanciados por procesos neuronales, podemos concluir que las verdaderas causas de las acciones son estos procesos y no los estados conscientes mismos. Y puesto que, para efectos de las atribuciones de responsabilidad, las personas se identifican con sus estados mentales conscientes (con sus deseos, planes, intenciones, creencias, etcétera), podemos concluir también que las personas no son la causa de sus acciones y, por tanto, no son responsables por ellas.³¹

Joshua Greene y Jonathan Cohen emplean este argumento en el influyente artículo en el que presentan su versión del reto global a la responsabilidad jurídica. Ellos afirman que, si bien el derecho penal se concentra exclusivamente en la cuestión de si el acusado poseía las capacidades racionales requeridas para haber actuado correctamente, las intuiciones ordinarias acerca de las atribuciones de responsabilidad se basan en algo distinto, a saber: “Lo que la gente realmente quiere saber es si el acusado, y no otra cosa, es responsable por el crimen, donde esta otra cosa podría ser *el cerebro* del acusado, sus genes o sus circunstancias”.³² Sin embargo, continúan, es muy plausible pensar que en un futuro no muy lejano la neurociencia será capaz de mostrar vívidamente que cualquier evento mental —incluyendo las decisiones— que, en nuestra ignorancia actual, atribuimos a la persona misma, es en realidad el resultado de procesos neuronales. Para ilustrar este punto, presentan el siguiente ejemplo:

Imagina que ves una película de tu cerebro eligiendo entre una sopa y una ensalada. El programa de computadora pinta de rojo a

³¹ Diferentes variantes de este argumento se hallan en Greene, Joshua y Cohen, Jonathan, *op. cit.*; Dawkins, Richard, *op. cit.*; Cashmore, Anthony, *op. cit.*

³² Greene, Joshua y Cohen, Jonathan, *op. cit.*, p. 1780, énfasis añadido.

las neuronas que están a favor de la sopa y de azul a las neuronas a favor de la ensalada. La película te permite rastrear las relaciones de causa-efecto entre neuronas individuales... hasta el punto crucial en el que las neuronas azules vencen a las rojas, tomando el control de tu corteza premotora y *causando* que tú digas: “Quiero la ensalada, por favor”.³³

Hay dos maneras de interpretar este ejemplo y su relevancia para las atribuciones de responsabilidad. Por un lado, lo que el ejemplo sugiere es que la neurociencia será capaz de mostrar vívidamente que todas nuestras decisiones son productos causales de otros eventos (en este caso, eventos neuronales) y, por lo tanto, será capaz de mostrar que carecemos de voluntad libre concebida de cierta manera (como causa incausada, digamos). Por otro lado, lo que el ejemplo sugiere es que la neurociencia será capaz de mostrar vívidamente que nuestros procesos mentales conscientes (tales como la evaluación de razones a favor de comer sopa o ensalada) no son la causa real de nuestras acciones sino meros efectos de ciertos procesos neuronales (el “combate” entre las neuronas rojas y azules) y, por tanto, será capaz de mostrar que el verdadero responsable de las acciones no es la persona sino su cerebro.

Si bien Greene y Cohen no distinguen entre ambas interpretaciones, es claro que sólo la segunda de ellas es potencialmente relevante para la responsabilidad jurídica. Si el ejemplo se interpreta del primer modo resulta irrelevante porque, aun concediendo que todas nuestras decisiones conscientes están causalmente determinadas por otros eventos, ello no implica que dichas decisiones (y otros estados mentales conscientes) no estén ellas mismas causalmente involucradas en la producción de la acción. Esto último es todo lo que el supuesto de causación mental exige; no exige que nuestras decisiones sean producto de una voluntad que es causa incausada. Por otro lado, si el ejemplo se interpreta del segundo modo sí sería potencialmente relevante para la responsabilidad jurídica puesto que atacaría directamente el supuesto de causación mental: ciertos procesos neuronales, y no los estados mentales conscientes que supervienen en ellos, serían las verdaderas causas de nuestras acciones.

³³ *Ibidem*, p. 1781, énfasis añadido.

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

Ahora bien, ¿es convincente la segunda interpretación del ejemplo? No lo es, pues aun concediendo que en un futuro será posible rastrear minuciosamente los procesos neuronales que implementan la toma de decisiones, ello no implicaría que los estados mentales conscientes que las preceden (por ejemplo, la valoración de razones pro y contra), así como las decisiones mismas, sean meros epifenómenos.³⁴ Sostener lo contrario es un ejemplo de lo que podemos llamar “la falacia reduccionista”, a saber, pensar que, puesto que X superviene en, o es instanciado por, Y, entonces todos los poderes causales que usualmente atribuimos a X son en realidad poderes causales de Y. Este razonamiento es claramente incorrecto. Como lo ejemplifica Eddy Nahmias, “el hecho de que los pájaros están compuestos de quarks no significa que sus alas no juegan un papel causal en su vuelo”.³⁵ De igual manera, el hecho de que las decisiones y demás estados mentales conscientes posean correlatos neuronales no significa que aquéllas no juegan un papel causal en la producción de las acciones.

Podemos conceder, pues, que la neurociencia será capaz de explicar con cada vez mayor detalle cómo las decisiones y otros estados mentales conscientes son instanciados en el cerebro sin conceder al mismo tiempo que esto será evidencia de que aquéllas y éstos son

³⁴ Por lo tanto, Morse concede demasiado al decir que, si el escenario del ejemplo se volviera realidad, “Greene y Cohen estarían probablemente en lo cierto en que la noción de responsabilidad desaparecería, porque la mayoría creería que fue el cerebro el que hizo cierta acción, no el agente, y no atribuimos responsabilidad moral a los cerebros” (Morse, Stephen, “Determinism and the Death of Folk Psychology...”, *cit.*, p. 22). Por el contrario, la respuesta adecuada al ejemplo de Greene y Cohen es, por un lado, sostener que, aun si la mayoría de la gente creyera que fue el cerebro y no la persona quien realizó cierta acción, de ello no se seguiría *que el derecho* debería tomar esta (equivocada) creencia seriamente, y, por otro, cuestionar incluso la suposición de que dicha creencia surgiría en primer lugar. ¿Por qué no suponer que la gente interpretaría dichos descubrimientos científicos como evidencia de *cómo* las decisiones que tomamos son instanciadas en el cerebro, análogamente al modo en que nuestras acciones voluntarias son instanciadas por complicados procesos musculares?

³⁵ Nahmias, Eddy, “Is Free Will and Illusion? Confronting Challenges from the Modern Mind Sciences”, en Sinnott-Armstrong, Walter (ed.), *Moral Psychology*, vol. 4: *Free Will and Moral Responsibility*, Cambridge, MIT Press, 2014, p. 11.

superfluos a la hora de explicar (causalmente) la conducta de las personas. En otras palabras, el mero hecho de que el cerebro implemente los procesos mentales conscientes no quiere decir que éstos sean causalmente ociosos. Así pues, el argumento reduccionista no logra establecer la tesis del epifenomenalismo y, por tanto, deja intacto el supuesto de causación mental que es central en el derecho.

2. *El argumento modular*

El segundo argumento a favor de la tesis del epifenomenalismo presenta un reto mucho más serio al supuesto de causación mental. Siguiendo a Nahmias, lo llamo “el argumento modular”.³⁶ A diferencia del argumento reduccionista, el argumento modular no se contenta con señalar que los estados mentales conscientes que acompañan a las acciones son implementados por procesos neuronales, sino que va más allá al presentar evidencia que supuestamente muestra que *estos* procesos neuronales son, ellos mismos, causalmente *ineficaces* en la producción de las acciones. Una manera de mostrar que éste es el caso es apelar a evidencia que sugiere que el módulo del cerebro encargado de producir los estados mentales conscientes que suelen acompañar a las acciones y que, *aparentemente*, son causa de éstas, es distinto del módulo que *realmente* produce las acciones (de ahí el nombre “argumento modular”). El proponente más destacado de este argumento es Daniel Wegner. A continuación bosquejo y evalúo críticamente su propuesta.

En su libro *The Illusion of Conscious Will*, Wegner sostiene que la voluntad consciente, entendida como la experiencia ordinaria de sentir que uno mismo ha causado los movimientos corporales propios, es una ilusión, en el sentido de que dicha experiencia no es, como usualmente se supone, un indicador de que la persona misma —identificada aquí con su conciencia— sea *de hecho* la que causa y controla las acciones.³⁷ En otras palabras, si bien la experiencia

³⁶ *Ibidem*, p. 12.

³⁷ Wegner, Daniel, *The Illusion of Conscious Will*, Cambridge, MA, MIT Press, 2002.

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

de ser el autor de nuestras acciones suele *acompañar* a éstas, la experiencia misma, incluyendo los estados mentales concomitantes como creencias, deseos e intenciones, no está *causalmente* involucrada en la producción de las acciones. Así pues, la voluntad consciente sería un mero epifenómeno.³⁸

Para sustentar esta sorprendente afirmación, Wegner ofrece lo que él llama “la teoría de la causación mental aparente”. De acuerdo con ella, la voluntad consciente no es la causa de las acciones sino el *efecto* de una serie de mecanismos interpretativos que ligan los pensamientos conscientes de la persona con sus movimientos corporales. En particular, la experiencia de autoría emerge cuando los pensamientos de la persona (relacionados con sus deseos, creencias e intenciones) satisfacen las siguientes tres características: 1) ocurren durante un intervalo adecuado antes de la acción; 2) son consistentes semánticamente con la acción que tiene lugar, y 3) no hay una explicación alternativa de qué pudo haber causado dicha acción. Cuando los pensamientos satisfacen estos requisitos de *prioridad*, *consistencia* y *exclusividad*, la persona experimenta la sensación de autoría sobre sus movimientos. Por ejemplo: deseo una bebida y creo que puedo obtenerla si me aproximo a la máquina expendedora (prioridad); a continuación me observo a mí mismo caminando precisamente hacia allá (consistencia) y, finalmente, la única explicación que tengo a la mano de por qué estoy haciendo esto apela justamente a mis deseos y creencias conscientes (exclusividad). En consecuencia, experimento la sensación de autoría sobre la acción que observé: caminar a la máquina expendedora y comprar una bebida. Sin embargo, dado que esta experiencia es, según la teoría, producida por una serie de procesos interpretativos que nada tienen que ver con los mecanismos causales que de hecho producen las acciones, el nombre “causación mental aparente” resulta apto: dicha experiencia nos hace creer que nuestros pensamientos causan nuestras acciones, pero éste no es el caso.

³⁸ Para Wegner (*ibidem*, cap. 9), ello no implica que la experiencia de autoría de las acciones sea irrelevante. Al contrario, él piensa que esta experiencia es crucial para organizar las relaciones con otras personas y para construir la identidad personal. Sin embargo, dicha experiencia sí es, de acuerdo con él, un epifenómeno en el sentido indicado: ella no está involucrada en la *producción* de nuestras acciones.

La propuesta de Wegner, así como la evidencia empírica que aduce a su favor, son complejas y no pretendo hacerles justicia aquí.³⁹ Me limito a presentar dos objeciones generales a su teoría de la causación mental aparente y a las consecuencias que pretende derivar de ella.

La primera objeción es acerca de la interpretación que hace Wegner de la evidencia que, según él, demuestra que la experiencia de autoría es ilusoria. Esta evidencia proviene mayormente de experimentos que muestran que dicha experiencia puede producirse artificialmente (o inhibirse artificialmente) siempre y cuando los principios de prioridad, consistencia y exclusividad se vean satisfechos (o bloqueados). Por ejemplo, en un experimento similar a un ejercicio de pantomima, los sujetos sienten que controlan unas manos que no son suyas pero que están posicionadas exactamente donde estarían las propias, siempre y cuando escuchen las instrucciones que el experimentador dicta en voz alta a quien de hecho las mueve (y quien se encuentra oculto).⁴⁰ En este caso, la experiencia de autoría se produce artificialmente gracias a que los pensamientos de los sujetos —inculcados por las instrucciones del experimentador— satisfacen los tres principios citados. A la inversa, el fenómeno de la “comunicación facilitada”, relacionado con una terapia demostradamente falsa en la que una persona autista supuestamente tecleaba ciertos mensajes con ayuda de un facilitador quien creía sinceramente que era el paciente y no él quien realizaba la acción, muestra que la experiencia de autoría puede bloquearse artificialmente (en el caso del facilitador) si uno de los principios que la producen (aquí el de exclusividad) no se ve satisfecho.⁴¹

³⁹ Véase Pockett, Susan, Banks, William y Gallagher, Shaun (eds.), *Does Consciousness Cause Behavior?*, Cambridge, MA, MIT Press, 2006, para una interesante colección de artículos que discuten la obra de Wegner y la de otros teóricos afines, como Benjamin Libet.

⁴⁰ Wegner, Daniel, Sparrow, Betsy y Winerman, Lea, “Vicarious Agency: Experiencing Control over the Movements of Others”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 86, núm. 6, 2004, pp. 838-848.

⁴¹ Wegner, Daniel, Fuller, Valerie y Sparrow, Betsy, “Clever Hands: Uncontrolled Intelligence in Facilitated Communication”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 85, núm. 1, 2003, pp. 5-19.

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

Wegner presenta muchos casos más de disociación entre la experiencia de agencia y la agencia misma, los cuales, piensa él, claramente demuestran que dicha experiencia es en general ilusoria.⁴² El problema, sin embargo, es que del hecho de que la experiencia de agencia *en ocasiones* no refleje verdadero control agencial no se sigue que *ordinariamente* no lo hace. A la inversa, del hecho de que el control agencial *pueda* darse sin la experiencia de agencia (como en el caso de la comunicación facilitada) no se sigue que, por regla general, no vayan de la mano. Más importante aún, tampoco se sigue que, cuando van de la mano, los estados conscientes de la persona —los cuales contribuyen a la sensación de agencia— no sean causalmente relevantes para el control agencial.⁴³ Así pues, bien puede ser el caso que ordinariamente suceda lo siguiente: ciertos pensamientos conscientes de la persona de hecho causan sus acciones y, además, *puesto* que dichos pensamientos satisfacen los requisitos de prioridad, consistencia y exclusividad, la persona experimenta la acción como producto suyo. Si esto es así, entonces lo que la teoría de Wegner en realidad consigue es, por un lado, explicar cómo se produce ordinariamente la experiencia (y no la ilusión) de autoría y, por otro, mostrar que los mecanismos que la producen son falibles, es decir, que están sujetos al tipo de distorsiones ilustradas por los experimentos descritos arriba. Sin embargo, que dichos mecanismos sean falibles no significa que, en general, no sean fidedignos.⁴⁴

Confrontado con esta objeción, Wegner respondería que aquello que la evidencia indudablemente muestra es que la experiencia de autoría y las acciones mismas son producidas por módulos cerebrales independientes. Si ello no fuera así, sería difícil explicar la divergencia observada en los experimentos entre experiencia de autoría y control agencial. Pero —continuaría Wegner— si aceptamos que el módulo que genera la experiencia de autoría es diferente del mó-

⁴² Wegner, Daniel, “*The Illusion...*”, *cit.*

⁴³ Nahmias, Eddy, “When Consciousness Matters: A Critical Review of Daniel Wegner’s *The Illusion of Conscious Will*”, *Philosophical Psychology*, vol. 15, núm. 4, pp. 527-541, 2002, p. 533.

⁴⁴ Bayne, Tim, “Phenomenology and the Feeling of Doing: Wegner on the Conscious Will”, en Pockett, Susan *et al.* (eds.), *Does Consciousness Cause Behavior?*, Cambridge, MA, MIT Press, 2006, p. 178.

dulo que de hecho produce las acciones, entonces debemos aceptar que *el agente* no es la causa de éstas, lo cual es otra manera de mostrar que la voluntad consciente es ilusoria. Wegner parece tener esta línea de respuesta en mente cuando escribe lo siguiente:

La creación de nuestra sensación de agencia es sumamente importante para una gran cantidad de procesos personales y sociales, aun cuando este *agente percibido* no sea la causa de la acción... Al realizar estas inferencias [que producen la sensación de agencia], obtenemos la imagen de un *agente virtual*, de una mente que *aparentemente* guía la acción.⁴⁵

Mi segunda objeción a Wegner es que éste se equivoca al concluir, a partir de la aparente modularidad de los mecanismos que producen la experiencia de agencia y las acciones mismas, que los agentes no son la causa de éstas. En efecto, del hecho de que la experiencia de agencia sea producida por un módulo distinto del módulo que causa las acciones *no* se sigue que la autoría de éstas no pueda ser atribuida a la persona misma. A este respecto, resulta crucial hacer la distinción entre la *experiencia* de agencia y la *agencia* misma (o entre la *experiencia* de voluntad consciente y la *voluntad* misma). Con base en esta distinción, podemos conceder a Wegner que la *experiencia* de agencia no es la causa de las acciones sino que, tal como él sostiene, dicha experiencia es producto de ciertos mecanismos interpretativos que son distintos de los mecanismos causales que producen el comportamiento. Sin embargo, ello no nos impide identificar la *agencia* misma con *estos* mecanismos causales (o con un subconjunto de ellos). Por ejemplo, una propuesta plausible es identificar al agente con un mecanismo que detecta y responde a consideraciones racionales.⁴⁶ Cuando este mecanismo es causalmente efectivo en la producción de la acción, entonces estamos autorizados a atribuirla a la persona como un producto suyo.⁴⁷ Además, dado

⁴⁵ Wegner, Daniel, "Who Is the Controller of Controlled Processes?", en Hassin, Ran *et al.* (eds.), *The New Unconscious*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 30, énfasis añadido.

⁴⁶ Véase Fischer, John y Ravizza, Mark, *Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

⁴⁷ Esta propuesta —la firme separación de la experiencia de agencia de la agen-

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

que es razonable asumir que un mecanismo como el descrito opera, al menos parcialmente, a través de estados mentales conscientes (por ejemplo a través de la valoración de consideraciones en pro y en contra de cierto curso de acción), podemos sostener que la conciencia del sujeto sí es causalmente relevante en la producción de la acción. De este modo, podemos reconciliar la modularidad a la que Wegner alude con la suposición de sentido común de que los agentes mismos son causa de sus acciones.

En suma, ni la teoría de la causación mental aparente que defiende Wegner, ni la evidencia que ofrece a favor de ella, muestran que la tesis del epifenomenalismo es correcta. Por lo tanto, el argumento modular tampoco socava el presupuesto de causación mental que es piedra angular de la responsabilidad moral y jurídica.⁴⁸

IV. EL RETO LOCAL

1. *La falsedad del supuesto de capacidades generales*

Argumenté en la sección anterior que los dos argumentos principales que componen el reto global fallan. Si ello es así, entonces la

cia misma— permite explicar por qué ciertas acciones, como por ejemplo las llamadas *skilled actions* que lleva a cabo un deportista profesional o un cirujano, pueden ser atribuidas a la persona aun cuando ella no experimente la sensación de autoría sobre las mismas y se perciba, al contrario, como un mero espectador de ellas. (Wegner, Daniel, “Who Is the Controller...”, *cit.*, p. 29, apela a este fenómeno en apoyo de su teoría). Dado que estas acciones indudablemente son sensibles a razones, podemos suponer que los mecanismos que las produjeron son precisamente aquellos que respaldan la atribución de ciertos movimientos corporales a un agente como propios. El hecho de que la experiencia de agencia o autoría pueda estar ausente en dichos casos no afecta en nada la corrección de la atribución.

⁴⁸ Más recientemente, Paul Davies (Davies, Paul, *op. cit.*) ha empleado la teoría de Wegner para atacar el supuesto de causación mental en el derecho. En particular, Davies sostiene que dicha teoría falsea la suposición básica del derecho penal de que podemos distinguir fidedignamente cuáles acciones son voluntarias y cuáles no. Carezco de espacio para discutir en detalle el artículo de Davies pero, si mis objeciones a Wegner son adecuadas, ellas le restan toda plausibilidad a la tesis central que defiende aquél.

evidencia actual proveniente de las ciencias de la mente no apoya la afirmación de que el derecho —y en particular el derecho penal— debe ser radicalmente revisado. Ello no quiere decir, sin embargo, que las ciencias de la mente no tengan nada que enseñarnos acerca de la adecuación empírica de la psicología de sentido común empleada en el derecho. Por el contrario, como argumentaré en esta sección y la siguiente, ciertos descubrimientos acerca de los límites de nuestras capacidades racionales sugieren que la psicología de sentido común y la concepción de la persona racional asociada con ella deben ser localmente revisadas y, junto con ambas, ciertas disposiciones jurídicas que pasan por alto dichos límites deben ser revisadas también.⁴⁹

En la subsección 2.2 sostuve que uno de los supuestos básicos de la concepción de la persona racional empleada en el derecho penal es el supuesto de capacidades racionales generales. Como expliqué ahí, éste es el supuesto de que las capacidades cognitivas y volitivas requeridas para percatarse de, y actuar con base en, razones son estables a través de diferentes contextos y que aquellos contextos en los que no lo son (es decir, aquellos contextos en los que dichas capacidades no funcionan como deberían) coinciden con las excusas y exenciones reconocidas por la moral y el derecho. Este supuesto apoya, por un lado, la convicción de que en ausencia de factores como demencia o coerción cualquier adulto normal siempre tiene la posibilidad de reconocer cuáles son sus obligaciones morales y jurídicas⁵⁰ y actuar en consecuencia; y apoya, por otro, la convicción

⁴⁹ Nicole Vincent (Vincent, Nicole, “Legal Responsibility Adjudication and the Normative Authority of the Mind Sciences”, *Philosophical Explorations*, vol. 14, núm. 3, pp. 315-331, 2011) y Leora Dahan-Katz (Dahan-Katz, Leora, “The Implications of Heuristics and Biases Research on Moral and Legal Responsibility”, en Vincent, Nicole (ed.), *Neuroscience and Legal Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 135-156) comparten esta visión optimista acerca de la relación entre el derecho y las ciencias de la mente, pues ambas sugieren distintas maneras en las que los descubrimientos de éstas pueden ayudar con las tareas propias de aquél. Sin embargo, ni Vincent ni Dahan-Katz discuten la evidencia situacionista en la que se basa mi argumento. Para otra posición optimista véase Montemayor, Carlos y Cáceres, Enrique, *op. cit.*

⁵⁰ Me refiero en particular a obligaciones jurídicas relacionadas con el derecho penal y, más específicamente, a obligaciones jurídicas ancladas en obligaciones

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

de que cualquier adulto que viole algunas de estas obligaciones, y carezca además de una excusa moral o jurídicamente reconocida, es moral y/o jurídicamente responsable por dicha violación.

A continuación argumentaré, con base en evidencia proveniente de la psicología social situacionista, que el supuesto de capacidades racionales generales es falso: lejos de ser estables a través de un amplio rango de circunstancias, las capacidades para detectar consideraciones normativas relevantes y actuar en consecuencia están indexadas a contextos específicos de acción. Sostendré además que las circunstancias que afectan de manera significativa a la agencia responsable van más allá de las excusas y exenciones moral y jurídicamente reconocidas. Me enfocaré en particular en evidencia que muestra que presiones situacionales en apariencia nimias conducen a muchos sujetos a obviar demandas altruistas básicas o incluso a cometer acciones moralmente aberrantes, independientemente de cuáles sean sus convicciones morales. Buscaré mostrar que dichas presiones situacionales interfieren con el ejercicio adecuado de las capacidades racionales relevantes para las atribuciones de responsabilidad y son, por tanto, similares a las excusas moral y jurídicamente reconocidas. Describo a continuación de modo sucinto el conjunto de evidencia empírica en el que se basan estas afirmaciones para después mostrar su relevancia para el derecho.

2. *La evidencia situacionista*

La psicología social situacionista es una tradición en psicología experimental que enfatiza la importancia de factores situacionales para explicar y predecir la conducta de las personas y que sostiene, al mismo tiempo, que las disposiciones y rasgos de carácter individuales tienen comparativamente menor relevancia explicativa y

morales como por ejemplo la obligación de no dañar a inocentes o la obligación de prestar ayuda a otros cuando ello no resultaría muy oneroso para uno mismo. Existen desde luego muchas disposiciones jurídicas que son relativamente difíciles de detectar para una persona ordinaria, por ejemplo disposiciones relacionadas con los cada vez más abigarrados códigos fiscales.

predictiva. Las tesis centrales del situacionismo, todas ellas respaldadas por evidencia empírica sustancial, son las siguientes tres.⁵¹

a. *El poder y sutileza de las situaciones.* La tesis básica del situacionismo es que factores situacionales aparentemente nimios —tales como presiones de tiempo, ruidos potentes, olores agradables, la presencia de otras personas, triviales golpes de buena suerte, órdenes de parte de un experimentador, etcétera— tienen efectos sustanciales sobre el comportamiento de las personas, incluyendo comportamiento moralmente relevante. Lo que resulta especialmente sorprendente de la evidencia situacionista es la *desproporción* entre el input situacional y el output conductual. Por ejemplo, Isen y Levin encontraron que colocar una moneda en la ranura de devoluciones de una cabina telefónica tuvo un efecto sustancial en la propensión de las personas a ayudar a alguien a recoger unos papeles: 87 por ciento de los sujetos ayudó tras encontrar la moneda, mientras que sólo 4 por ciento ayudó tras no encontrar nada.⁵² En otro experimento clásico, Darley y Batson descubrieron que la principal variable que explicaba la diferencia entre un grupo de seminaristas que ayudó a una persona aparentemente enferma y otro grupo que no lo hizo fue la prisa que tenían los miembros de cada uno por completar una tarea asignada por el experimentador: 63 por ciento de los sujetos ayudó sin prisa contra 10 por ciento con prisa.⁵³ Por su parte, Latané y Darley, descubridores del llamado “efecto del espectador” (*bystander effect*), encontraron que la propensión de las personas a prestar ayuda en situaciones de emergencia disminuye considerablemente por la mera presencia de otras personas, sobre todo si éstas se muestran impasibles.⁵⁴ En una de las variantes del paradigma experimental, sólo 7 por ciento de los sujetos ayudó a la supuesta

⁵¹ Ross, Lee y Nisbett, Richard, *The Person and the Situation: Perspectives of Social Psychology*, Nueva York, McGraw-Hill, 1991, pp. 8-13.

⁵² Isen, Alice y Levin, Paula, “Effect of Feeling Good on Helping”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 21, núm. 3, 1972, pp. 384-388.

⁵³ Darley, John y Batson, Daniel, “From Jerusalem to Jericho: A Study of Situational and Dispositional Variables in Helping Behavior”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 27, núm. 1, 1973, pp. 100–108.

⁵⁴ Latané, Bibb y Darley, John, *The Unresponsive Bystander: Why Doesn't He Help?*, Nueva York, Appleton-Century Crofts, 1970.

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

víctima cuando un cómplice del experimentador en actitud impasible se hallaba presente contra 70 por ciento cuando los sujetos se hallaban solos.⁵⁵ Finalmente, en los perturbadores experimentos de Milgram sobre obediencia a la autoridad, en promedio 65 por ciento de los sujetos administraron supuestos electrochoques potencialmente mortales a un cómplice del experimentador siguiendo las instrucciones de éste, quien, firme pero educadamente, los alentaba a seguir con la prueba que presuntamente tenía por objeto averiguar la relación entre castigo y aprendizaje.⁵⁶ En todos estos casos, el aparentemente insignificante factor situacional bajo estudio —trivial, buena suerte, prisa, presencia de otras personas, órdenes de un experimentador— explicaba en buena medida las dramáticas diferencias observadas en el comportamiento de los sujetos.⁵⁷

b. *La comparativa irrelevancia explicativa y predictiva de las diferencias individuales.* La tesis de que las diferencias en el comportamiento de los sujetos en estos experimentos se deben a factores situacionales y no a rasgos de carácter se ve reforzada por la poca o nula correlación entre dichos rasgos y la conducta observada. Como parte de los experimentos, los sujetos son sometidos a pruebas estándar en psicología (usualmente cuestionarios) para detectar ciertos rasgos de personalidad que pudieran estar implicados en el com-

⁵⁵ Latané, Bibb y Rodin, Judith, "A Lady in Distress: Inhibiting Effects of Friends and Strangers on Bystander Intervention", *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 5, núm. 2, 1969, pp. 189-202.

⁵⁶ Milgram, Stanley, "Behavioral Study of Obedience", *Journal of Abnormal and Social Psychology*, vol. 67, núm. 4, 1963, pp. 371-8.

⁵⁷ Cabe resaltar que ésta es una muestra minúscula de la evidencia en la que se sustenta el situacionismo. Si bien estos experimentos son los más conocidos, sus resultados han sido ampliamente replicados por muchos otros, en particular por lo que toca al efecto del espectador (vuelvo a este último un poco más abajo en el texto). Nada de esto implica, desde luego, que no existan críticas importantes al paradigma situacionista. Véase por ejemplo Sabini, John, Siepmann, Michael y Stein, Julia "The Really Fundamental Attributional Error in Social Psychological Research," *Psychological Inquiry* 12, 2000, pp. 1-15; Sabini, John y Silver, Maury "Internal and External Causes of Behavior," *International Journal of Moral and Social Studies* 2, 1987, pp. 11-23. Sin embargo, como señalo más abajo (nota 70), el situacionismo no es la única fuente de evidencia empírica que apoya la tesis que defiendo en este artículo.

portamiento de interés. Los experimentadores controlan también por variables sociodemográficas como sexo, edad, nivel educativo y de ingresos. El resultado usual es que tanto las variables de personalidad como las variables sociodemográficas resultan de escaso valor explicativo y predictivo en relación con el comportamiento que se busca estudiar, lo cual realza la importancia de las variables situacionales. Dos consecuencias importantes se extraen de este descubrimiento. Primero, dada la comparativa fuerza explicativa y predictiva de las situaciones frente a las disposiciones individuales, se concluye que la consistencia conductual de las personas a través de distintos tipos de situaciones es baja. En el caso del comportamiento altruista, por ejemplo, la inferencia es que las personas no prestan ayuda de manera consistente aun cuando la asistencia requerida sea poco costosa para el sujeto y sin importar mucho las disposiciones altruistas individuales, sino que más bien esta clase de comportamiento varía en un grado importante de acuerdo con ciertas características situacionales claramente identificables. Segundo, se concluye que las personas suelen responder de manera relativamente uniforme a las situaciones que enfrentan, independientemente de sus diferencias en cuanto a disposiciones y rasgos de carácter.⁵⁸

c. *El error fundamental de atribución.* La tercera tesis del situacionismo es que las personas, al ignorar tanto el poder de las situaciones como la relativa irrelevancia de las diferencias caracterológicas individuales, suelen cometer el “error fundamental de atribución” al explicar y predecir el comportamiento de otros. Este error consiste “en pasar por alto las causas situacionales de las acciones y enfatizar las causas disposicionales”;⁵⁹ en otras palabras, las personas suelen sobreestimar la contribución de los rasgos de personalidad en la producción del comportamiento y, a la vez, suelen subestimar la contribución de factores situacionales. El error fundamental de atribución se manifiesta con particular agudeza cuando el comportamiento en cuestión es atípico, por ejemplo cuando una persona en apariencia normal no ayuda a otra en una situación crítica en la cual el costo de ayudar es bajo. En tales circunstancias

⁵⁸ Ross, Lee y Nisbett, Richard, *op. cit.*, p. 24.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 79.

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

la gente suele no reconocer que las acciones y los resultados, en particular los que son sorprendentes o atípicos, no son indicativos de disposiciones únicas de parte del agente sino, más bien, indicativos de los factores situacionales objetivos a los que el agente se enfrentó y de las interpretaciones subjetivas que éste hizo de aquellos factores. En efecto, la gente rápidamente reinterpreta a la persona (esto es, infiere que es diferente de las personas ordinarias) y muy rara vez reinterpreta la situación, esto es, rara vez infiere que la interpretación original que se hizo de la situación es errónea o, cuando menos, significativamente diferente de la del agente.⁶⁰

Como explicaré en la subsección 4.3, estas tres tesis —el poder de las situaciones, la comparativa irrelevancia de las diferencias individuales y el error fundamental de atribución—, así como la evidencia empírica en la que se sustentan, constituyen un reto muy importante a las prácticas de atribución de responsabilidad moral y jurídica. Antes de pasar a ello, sin embargo, ahondaré en el efecto del espectador aludido antes, debido a que éste será central en la discusión sobre la relevancia del situacionismo para el derecho que me ocupará en la sección 5.

3. *El efecto del espectador*

Mencioné arriba que Latané y Darley descubrieron que la propensión de las personas a prestar ayuda en emergencias disminuye considerablemente por la mera presencia de otras personas, sobre todo si éstas reaccionan pasivamente ante el suceso.⁶¹ A este fenómeno se le conoce como “inhibición social de la intervención del espectador” o, más brevemente, como “efecto del espectador”.⁶² Latané y Dar-

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 12-3.

⁶¹ Latané, Bibb y Darley, John, *op. cit.*

⁶² Este fenómeno es ampliamente considerado como uno de los descubrimientos más robustos (es decir, mejor confirmados por una multitud de estudios) de la psicología social. Véase por ejemplo el reciente meta-análisis de la evidencia en Fischer, Peter *et al.*, “The Bystander-Effect: A Meta-Analytic Review of Bystander Intervention in Dangerous and Non-Dangerous Emergencies”, *Psychological Bulletin*, vol. 137, núm. 4, 2011, pp. 517-537, el cual confirma la realidad del efecto del espectador.

ley identificaron dos procesos psicológicos que explican el efecto del espectador: la *difuminación de la responsabilidad* y la *ignorancia plural*. La difuminación de la responsabilidad ocurre cuando la sensación de responsabilidad personal para intervenir ante un suceso disminuye debido a la presencia de otras personas; en el caso que nos ocupa, mientras más personas sean testigos de una emergencia, menos responsabilidad sentirá cada una de ellas por hacer algo al respecto. La ignorancia plural ocurre cuando la ambigüedad de la situación —ya sea acerca de la gravedad de la emergencia o acerca de cuál es la respuesta más apropiada a ésta— hace que las personas busquen pistas en sus reacciones mutuas para definir qué tan grave es la aparente emergencia y qué reacción es apropiada. En la medida en que los demás parecen reaccionar pasiva o despreocupadamente, el sujeto tiende a reinterpretar la situación de modo que la no intervención parece la opción adecuada, ya sea porque aparentemente no se trata de una situación grave o porque resulta más prudente no intervenir. Cuando la difuminación de la responsabilidad y la ignorancia plural se combinan, la inacción de los sujetos se potencia: nadie se siente obligado a ser el primero en intervenir y, al mismo tiempo, la pasividad del grupo es interpretada por sus miembros como una señal de que no es necesario hacerlo. Nótese la naturaleza situacionista de esta explicación: en lugar de apelar a rasgos de carácter tales como apatía, indiferencia o egoísmo, se invocan factores situacionales —la presencia de otras personas y sus reacciones ante la emergencia— para explicar el comportamiento no altruista.

Además de la difuminación de la responsabilidad y la ignorancia plural, otro factor situacional que ha mostrado ser relevante para explicar el comportamiento no altruista tiene que ver con las características de la víctima. Específicamente, hay evidencia de que una persona tiene sustancialmente menos posibilidades de ser socorrida en comparación con otra que sufre exactamente el mismo percance si la primera sangra como consecuencia de su accidente, si padece una desfiguración facial o si se encuentra en estado de ebriedad.⁶³

⁶³ Piliavin, Irving, Rodin, Judith y Piliavin, Jane, "Good Samaritanism: An Underground Phenomenon?", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 13, núm. 4, 1969, pp. 289-299; Piliavin, Jane y Piliavin, Irving, "Effect of Blood on Reaction

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

En suma, a la luz de la evidencia disponible podemos concluir que la inacción de los sujetos ante una emergencia será más frecuente cuando se conjuntan los tres factores situacionales descritos, esto es, cuando: a) la responsabilidad personal se diluye debido a la presencia de dos o más personas en el lugar de la emergencia; b) la ambigüedad de la situación provoca ignorancia plural acerca de cuál es la respuesta adecuada; y c) la persona necesitada de ayuda padece un estigma físico o moral. En la sección 5 estudiaremos el caso real de una emergencia que conjuntaba estos tres factores y en el que las personas que no prestaron ayuda fueron sancionadas por la autoridad. Plantearé ahí la pregunta de si la evidencia acerca del efecto del espectador es relevante para determinar si dichas personas eran moral y/o jurídicamente responsables por su omisión y, por tanto, si la sanción que les fue impuesta era apropiada o no.

4. *Situacionismo y responsabilidad*

¿Qué relevancia tiene la psicología social situacionista para la teoría de la responsabilidad jurídica y moral? Sostengo que es relevante por dos razones principales. Primero, la evidencia situacionista muestra que el supuesto de capacidades racionales generales es falso, dado que las capacidades relevantes para las atribuciones de responsabilidad —las capacidades para detectar y responder a consideraciones normativas— no son estables a través de distintas circunstancias sino que, por el contrario, están indexadas a contextos específicos de acción. Segundo, dicha evidencia sugiere que las atribuciones ordinarias de responsabilidad (moral y jurídica) son insuficientemente sensibles a la influencia de factores situacionales sobre el comportamiento. Explicaré ambos puntos en las subsecciones respectivas.

to a Victim”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 23, núm. 3, 1972, pp. 353-361; Piliavin, Irving, Piliavin, Jane y Rodin, Judith, “Costs, Diffusion, and the Stigmatized Victim”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 32, núm. 3, 1975, pp. 429-438.

5. *Capacidades generales vs. capacidades indexadas a circunstancias*

La evidencia situacionista muestra que, lejos de ser estables a través de un amplio rango de circunstancias, las capacidades para detectar consideraciones normativas relevantes y actuar en consecuencia están indexadas a contextos específicos de acción. Ello implica dos cosas importantes: primero, que las personas son capaces de detectar y responder a *cierta* clase de consideraciones en *cierto* tipo de circunstancias; segundo, que no podemos inferir del hecho de que una persona detectó y respondió a cierta clase de consideraciones en cierto tipo de circunstancias que es razonable esperar que la persona será capaz de hacer lo propio en una situación diferente. En otras palabras, aquello que es razonable esperar de las capacidades de las personas para detectar y responder a consideraciones moral y jurídicamente relevantes varía de acuerdo con las consideraciones y situaciones de las que se trate.⁶⁴

El situacionismo provee amplia evidencia para sustentar ambas afirmaciones. Piénsese, por ejemplo, en los experimentos de Milgram sobre obediencia.⁶⁵ Los sujetos que, según lo creían ellos mismos, aplicaron el máximo castigo de 450 voltios a otra persona en una supuesta prueba de aprendizaje simplemente porque el experimentador así se los exigía fueron incapaces de responder a la consideración moral (y jurídica) de que es impermissible dañar a una persona inocente por una razón comparativamente trivial como proseguir con un experimento.⁶⁶ Al mismo tiempo, sin embargo, di-

⁶⁴ Es importante aclarar que *no* es parte de mi postura que los factores situacionales estudiados por el situacionismo necesariamente produzcan manifestaciones de irracionalidad. Antes bien, concuerdo con Vargas (Vargas, Manuel, "Situationism and Moral Responsibility: Free Will in Fragments", en Clark, Andy *et al.* (eds.) *Decomposing the Will*, Oxford, Oxford University Press, pp. 325-350) en que dichos factores pueden, en ocasiones, *potenciar* las capacidades de las personas para detectar y responder a las consideraciones normativas relevantes.

⁶⁵ Milgram, Stanley, *Obedience to Authority*, Nueva York, Harper and Row, 1974.

⁶⁶ Sin embargo, hay evidencia de que la mayoría de los sujetos que obedecieron las órdenes del experimentador sí *reconocieron* que la consideración moral de no dañar inocentes era relevante en su situación. La evidencia consiste en el extremo

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

chos sujetos sí respondieron a la consideración moral —de menor peso pero de cualquier modo no desdeñable— acerca de la importancia de completar la parte que le corresponde a cada quien en un curso de acción previamente acordado. Ello sugiere que las presiones situacionales presentes en los experimentos de Milgram, si bien afectaron la capacidad de la mayoría de los sujetos para responder a la consideración moral de mayor peso, no los incapacitaron globalmente para detectar y responder a consideraciones normativas relevantes.⁶⁷ En otras palabras, dichas presiones afectaron la capacidad de la mayoría de los sujetos para responder a *cierta* clase de consideraciones en *cierto* tipo de circunstancias. La evidencia disponible hace razonable suponer que los sujetos obedientes carecían de rasgos de personalidad inusuales que los llevaran a dañar a otros por motivos comparativamente triviales de manera rutinaria, lo cual refuerza la tesis de que la capacidad de las personas para responder adecuadamente incluso a una consideración moral tan básica como la de no producir daño gratuitamente se ve constreñida por factores situacionales.⁶⁸ De ello se sigue, además, que inferencias del tipo

estado de ansiedad que exhibieron dichos sujetos, el cual se explica por el conflicto que ellos mismos percibieron entre aquella consideración y la obediencia supuestamente debida al experimentador. Véase Milgram, Stanley, “Behavioral Study of Obedience”, *cit.*, p. 375.

⁶⁷ Como explico en la nota previa, a pesar de que los sujetos obedientes no *respondieron* a la consideración de no dañar a inocentes, ellos dieron muestras de haber *detectado* la relevancia de dicha consideración. Ello refuerza la interpretación de que el escenario creado por Milgram no afectó globalmente las capacidades morales de los sujetos.

⁶⁸ Otra evidencia importante en apoyo de esta afirmación proviene de las variantes del paradigma original de Milgram, las cuales demuestran que pequeños cambios en la estructura de la situación modifican sustancialmente la tasa de obediencia. Por ejemplo, cuando los sujetos podían elegir la magnitud de los electrochoques, sólo 3 por ciento aplicó el máximo nivel posible de castigo contra 65 por ciento en el experimento original en el que la severidad del castigo estaba fijada de antemano por el experimentador (Milgram, Stanley, *Obedience to Authority*, *cit.*, p. 61). Cuando el experimentador no se hallaba físicamente presente junto al sujeto sino que transmitía sus instrucciones por teléfono, la tasa de obediencia cayó a 21 por ciento (*Ibidem*, p. 60). Por el contrario, cuando la tarea del sujeto no consistía en aplicar electrochoques sino en realizar las preguntas al supuesto alumno, 93 por ciento de los sujetos colaboró con el experimentador hasta el final (*Ibidem*, p. 119).

“dado que Manuel es una persona de bien jamás se contaría entre los obedientes en un escenario tipo Milgram” suelen ser ilegítimas:⁶⁹ el hecho de que Manuel se abstenga regularmente de dañar a inocentes por razones triviales no implica que sea razonable esperar que lo hará en cualquier situación, incluyendo situaciones tipo Milgram en las que no existe coerción o algún otro factor que sea reconocido por la moral o el derecho como un atenuante de responsabilidad.

La evidencia acerca del efecto del espectador sustenta también las dos implicaciones derivadas del situacionismo mencionadas antes, a saber, que 1) las capacidades racionales relevantes para la responsabilidad están indexadas a consideraciones y circunstancias específicas; y 2) las inferencias transituacionales acerca de lo que es razonable esperar de dichas capacidades suelen ser ilegítimas. En apoyo de la primera implicación basta notar que la difuminación de la responsabilidad y la ignorancia plural que, al conjuntarse, producen el efecto del espectador afectan únicamente la capacidad de los sujetos para responder a *cierta* clase de consideración (la necesidad de socorrer a otros) en *cierta* clase de circunstancias (cuando hay dos o más personas presentes y la situación es ambigua). No hay razones para pensar que los sujetos que participaron en estos experimentos eran inusualmente insensibles a la consideración de prestar ayuda a otros en cualquier contexto, ni tampoco para pensar que las presiones situacionales estudiadas en estos experimentos afectaron globalmente las capacidades de los sujetos para reconocer y responder a *todo* tipo de consideraciones morales. De lo anterior podemos concluir —en apoyo de la segunda implicación— que es ilegítimo inferir que una persona que suele ayudar a otros lo hará también en situaciones de este tipo y, a la inversa, es ilegítimo inferir que una persona que no respondió adecuadamente en ellas posee rasgos de carácter inusuales que lo vuelven regularmente insensible a las necesidades de otros en la mayoría de los contextos.

Sostengo, pues, que la evidencia situacionista demuestra la falsedad del supuesto de que las capacidades racionales relevantes para

⁶⁹ Lo mismo sucede con inferencias como “dado que Juan aplicó el máximo castigo en el experimento, seguramente suele mostrar falta de consideración hacia los intereses de los demás en su vida diaria”.

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

las atribuciones de responsabilidad son capacidades generales.⁷⁰ ¿Qué consecuencias tiene esto para la concepción tradicional de la responsabilidad moral y jurídica? A continuación exploro una de las consecuencias importantes.

6. *Situacionismo, excusas y exenciones*

Afirmé antes (subsección 2.2) que el supuesto de capacidades racionales generales está detrás de la asunción, usual en el derecho y la moral, de que las personas *siempre* están en posición de reconocer lo que la ley, y en particular el derecho penal, les exige (o prohíbe) y actuar en consecuencia y, por tanto, que son jurídica y moralmente responsable por acciones tipificadas como criminales a menos que esgriman exitosamente alguna de las excusas o exenciones legal y moralmente reconocidas.⁷¹ Se asume, pues, que los límites de las capacidades racionales, y por tanto los límites de aquello que es razonable esperar moral y jurídicamente de las personas, están demarcados adecuadamente por las excusas y exenciones tradicionales. Sostengo, sin embargo, que la falsedad del supuesto de capacidades racionales generales pone en entredicho la validez de esta asunción: si, como he argumentado, factores situacionales aparentemente nimios afectan sustantivamente las capacidades para detectar y res-

⁷⁰ Vale la pena notar que existen muchos otros programas de investigación aparte del situacionismo que confluyen en la concepción “acotada” (*bounded*) de las capacidades racionales, es decir, que conciben a éstas como extremadamente sensibles a contextos específicos de acción y razonamiento. Entre ellos se encuentran la teoría de los “pequeños empujones” (*nudges*) en economía conductual (véase Sunstein, Cass, *Human Agency and Behavioral Economics*, Palgrave Macmillan, 2017); la literatura acerca de cómo la pericia (*expertise*) en un dominio no necesariamente se traslada a otro dominio aparentemente similar (véase Ceci, Stephen, *On Intelligence... More or Less: A Biological Treatise on Intellectual Development*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2009); y el famoso programa de investigación en psicología cognitiva acerca de los sesgos y heurísticos que empleamos los seres humanos para afrontar una multitud de tareas (véase Gilovich, Thomas, Griffin, Dale y Kahneman, Daniel (eds.), *Heuristics and Biases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002).

⁷¹ Véase Morse, Stephen, “Responsibility and Mental Capacity”, *cit.*

ponder a consideraciones normativas, es posible que algunos de los estándares en la moral y en el derecho acerca de lo que es razonable esperar de las personas sean infundados. En otras palabras, es posible que las categorías de exenciones y excusas deban ensancharse para incluir al menos algunos de los factores situacionales descritos arriba.

La respuesta habitual a esta sugerencia es que la mera presencia de factores causalmente relevantes en la producción de una acción no basta para concluir que el agente no es responsable por ella.⁷² De acuerdo con esta posición, sólo cuando alguno de esos factores socava la capacidad del agente para actuar racionalmente (como ocurre, por ejemplo, con las compulsiones irresistibles) o cuando vuelve demasiado costoso para éste hacer lo moralmente correcto (por ejemplo en el caso de las amenazas extremas) podemos admitirlo como una exención o una excusa.⁷³ Así pues, dado que los factores causales identificados por el situacionismo no hacen ni lo uno ni lo otro, puede descartarse de inmediato la sugerencia de que al menos algunos de ellos deben ser considerados como eximentes de responsabilidad.⁷⁴

El problema con esta respuesta es que incurre en una petición de principio, pues parte del supuesto de que los factores causales que socavan las capacidades para actuar correctamente son únicamente aquellos que *ya* se cuentan entre las excusas y exenciones usuales. Sin embargo, precisamente lo que el argumento esbozado arriba (4.3.1) pretende mostrar es que factores situacionales que *no* son reconocidos como excusas o exenciones afectan sustantivamente

⁷² Schoeman, Ferdinand, "Statistical Norms and Moral Attributions", en Schoeman, Ferdinand (ed.), *Responsibility, Character and the Emotions*, pp. 287-315, Cambridge, Cambridge University Press, 1987; McKenna Michael y Warmke, Brandon, "Does Situationism Threaten Free Will and Moral Responsibility?", *Journal of Moral Philosophy*, vol. 14, núm. 6, 2017, pp. 1-36.

⁷³ Schoeman, Ferdinand, *op. cit.*, p. 302; Morse, Stephen, "New Neuroscience, Old Problems", en Garland, Brent (ed.), *Neuroscience and the Law: Brain, Mind, and the Scales of Justice*, Nueva York, Dana Press, 2004, p. 180.

⁷⁴ Schoeman, Ferdinand, *op. cit.*, pp. 306, 308; Brink, David, "Situationism, Responsibility, and Fair Opportunity", *Social Philosophy & Policy*, vol. 30, núm. 1-2, 2013, pp. 139-40.

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

dichas capacidades. La respuesta a este argumento pierde de vista que al menos algunos de los factores identificados en los experimentos situacionistas tienen algo importante en común con las excusas y exenciones moral y jurídicamente reconocidas, a saber, que tanto aquéllos como éstas afectan aquello que es razonable esperar de las personas con respecto al cumplimiento de las obligaciones morales y jurídicas dado que interfieren con sus capacidades para detectar y/o responder a consideraciones normativas relevantes.⁷⁵ Es cierto que dichos factores situacionales operan más sutilmente que otro tipo de causas —como la demencia o la compulsión— que se admiten como exenciones, y también es cierto que aquéllos no imponen costos excesivos al cumplimiento de ciertas obligaciones del modo en que la coerción —una de las excusas por excelencia— en ocasiones lo hace; pero, aun así, al disminuir significativamente la oportunidad de los agentes para adecuar su conducta a las exigencias morales y jurídicas pertinentes, al menos algunos de los factores identificados por el situacionismo parece que deberían aceptarse como condiciones que mitigan, e incluso eximen, de responsabilidad moral y jurídica.

Nótese que matizo mi conclusión: no he dicho que al menos algunos de aquellos factores situacionales *deben* aceptarse como excusas o exenciones en la moral y en el derecho; he dicho sólo que *parece* que deberían aceptarse. Defender la conclusión en su forma más fuerte requeriría más trabajo del que puedo realizar aquí.⁷⁶ Por el momento, me conformo con haber mostrado que la suposición de que las excusas y exenciones tradicionales definen adecuadamente los límites de las capacidades racionales y por tanto los límites de la responsabilidad moral y jurídica es seriamente puesta en entredicho por la evidencia situacionista. En la siguiente sección exploro la relevancia de esta conclusión para evaluar un tipo particular de disposiciones jurídicas: las leyes del buen samaritano.

⁷⁵ Ahondo en este punto en la subsección 5.2.

⁷⁶ Realizo el trabajo requerido para sustentar la tesis más fuerte en mi artículo Rudy-Hiller, Fernando, "Reasonable expectations, moral responsibility, and empirical data", *Philosophical Studies*, 2019, disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11098-019-01354-5>.

V. EL SITUACIONISMO Y LAS LEYES DEL BUEN SAMARITANO

1. *Las leyes del buen samaritano*

Las leyes del buen samaritano son disposiciones jurídicas de carácter penal que exigen a quien presencie una emergencia prestar ayuda a la víctima siempre y cuando ello no conlleve un riesgo de daño físico severo.⁷⁷ Las penas contempladas en caso de no prestar ayuda van desde una multa hasta varios años de prisión.⁷⁸ Dichas disposiciones son mucho más comunes en el derecho continental que en el derecho anglosajón:⁷⁹ mientras que en Europa continental y América Latina la mayoría de los países han adoptado algún tipo de ley del buen samaritano, el grueso de los países que se rigen por el *common law* no contempla este tipo de disposiciones.⁸⁰

⁷⁷ Véase Pardun, John, "Good Samaritan Laws: A Global Perspective", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 20, 1998, pp. 591-613. En jurisdicciones donde impera el derecho anglosajón, el término "ley del buen samaritano" se usa normalmente para designar disposiciones jurídicas que protegen de responsabilidad civil a aquellas personas que prestan ayuda a otras de manera voluntaria cuando sus esfuerzos resultan contraproducentes; dichas disposiciones no exigen prestar ayuda, ni siquiera cuando hacerlo no conllevaría ningún riesgo importante. Algunos autores se refieren a las disposiciones que sí exigen prestar ayuda y que sancionan a quienes no lo hacen como "leyes del mal samaritano" (Feinberg, Joel, "The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan", en Feinberg, Joel, *Freedom and Fulfillment*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1992, pp. 175-196) o, más frecuentemente, como "leyes del deber de rescate" (Swan, Sarah, "Bystander Interventions", *Wisconsin Law Review*, vol. 6, 2015, pp. 975-1047).

⁷⁸ El artículo 323c del código penal alemán contempla una pena de hasta un año de prisión para quien no socorra a la víctima en situaciones de este tipo, mientras que el artículo 63 del código penal francés contempla una pena de hasta cinco años de cárcel. La más draconiana de estas disposiciones se halla en la sección 155 del código penal del Territorio del Norte de Australia, pues contempla una pena de hasta siete años de cárcel.

⁷⁹ Schiff, Damien, "Samaritans: Good, Bad and Ugly: A Comparative Law Analysis", *Roger Williams University Law Review*, vol. 11, núm. 1, 2005, p. 79.

⁸⁰ Las excepciones son los estados de Vermont, Minnesota, Wisconsin y Rhode Island en Estados Unidos y el Territorio del Norte en Australia.

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

El deber de rescate impuesto por las leyes del buen samaritano es bastante mínimo. Usualmente, contactar a las autoridades o al personal médico competente basta para cumplir con él.⁸¹ Lo que estas disposiciones sancionan es la omisión de prestar *algún* tipo de ayuda cuando la gravedad de la situación es patente, el potencial rescatista cuenta con las habilidades mínimas para ayudar o buscar ayuda de otros y no existe además peligro alguno para él mismo. Sin embargo, y a pesar de estos modestos requisitos, muchos teóricos anglosajones cuestionan la validez del supuesto deber jurídico de rescate. Ellos objetan, por un lado, que prestar ayuda en estos casos equivale a un acto de beneficencia y que es ilegítimo emplear el derecho para forzar a los ciudadanos a concederse beneficios mutuos; por otro, objetan que es imposible demarcar de manera no arbitraria aquellos casos en los que el supuesto deber de prestar ayuda entra en juego de aquellos casos en los que no.⁸² En lo que sigue, asumiré sin mayor discusión que estas objeciones pueden solventarse y asumiré por tanto que las leyes del buen samaritano son *conceptualmente* aceptables. Mi pregunta será, más bien, si estas leyes son *empíricamente* aceptables a la luz de la evidencia situacionista, en particular la evidencia acerca del efecto del espectador. Para enfocar la discusión, a continuación describiré un caso de aplicación de la ley del buen samaritano ocurrido hace unos años en Alemania.

2. Un caso reciente

El 3 de octubre de 2016, en la ciudad de Essen al noroeste de Alemania, un hombre de 83 años entró en un kiosco de cajeros automáticos y resbaló antes de llegar a uno de ellos; la fuerte caída le hizo perder la conciencia. Al poco tiempo, cuatro clientes arribaron en sucesión al lugar para realizar alguna transacción. A pesar de que el hombre se hallaba tendido a plena vista en mitad del kiosco, nin-

⁸¹ Schiff, Damien, *op. cit.*, p. 103.

⁸² Véase Feinberg, Joel, *op. cit.*, para una lúcida discusión y crítica de los principales argumentos que objetan las leyes del buen samaritano en términos conceptuales.

guno de los clientes se detuvo para auxiliarlo o siquiera para constatar que se encontrara bien. De acuerdo con el reporte policial basado en las grabaciones de las cámaras de seguridad, los clientes pasaron muy cerca de la víctima e incluso alguno de ellos pasó *sobre* ella (sin pisarla) para realizar sus transacciones. No fue sino hasta veinte minutos después que un quinto cliente finalmente llamó a una ambulancia; la víctima murió en el hospital una semana después. Once meses más tarde, en septiembre de 2017, tres de los cuatro clientes⁸³ fueron sancionados con multas de entre 2,300 y 3,500 euros por haber infringido la sección 323c del Código Penal alemán que versa sobre “omisiones de efectuar un rescate sencillo” y que impone penas de hasta un año de prisión. En su defensa, los acusados sostuvieron que, dado que los vagabundos suelen dormir en los kioscos de cajeros automáticos de la ciudad, ellos asumieron que la víctima simplemente buscaba refugio. “No se dieron cuenta de que se trataba de una emergencia; juzgaron mal la situación”, dijo el abogado de uno de ellos. Sin embargo, el juez rechazó esta explicación debido, primero, a que la apariencia del hombre no correspondía con la de un vagabundo y, segundo, a que incluso si fuera un vagabundo los acusados tenían la obligación de socorrerlo.⁸⁴ El caso provocó un gran revuelo en Alemania, donde se discutió si constituía “el símbolo de una sociedad indiferente donde nadie se preocupa por su vecino”.⁸⁵

⁸³ El cuarto cliente no fue sometido a juicio por hallarse enfermo.

⁸⁴ Esta última afirmación del juez parece basarse en la idea de que una persona razonable (o razonablemente preocupada por los otros) habría verificado si el supuesto vagabundo necesitaba ayuda o no. Si esto es lo que el juez tenía en mente, la afirmación es absurda: si, como efectivamente ocurre en Essen, los vagabundos suelen refugiarse en los kioscos de cajeros automáticos porque están climatizados y el acceso es libre (hechos que ni el juez ni el fiscal negaron), entonces es absurdo sostener que una persona razonable revisaría uno por uno a los vagabundos que encuentre en dichos lugares para cerciorarse de si están gravemente enfermos o sólo duermen. Tal persona daría muestras de santidad o compulsión pero no de razonabilidad, tal como ésta se entiende en el estándar de la persona razonable empleado en el derecho.

⁸⁵ Disponible en: <http://www.sueddeutsche.de/panorama/prozess-in-essen-auf-dem-herzen-blind-1.3671985> y <http://www.sueddeutsche.de/panorama/sterbender-in-bankfiliale-in-essen-ich-habe-noch-nichts-vergleichbares-erlebt-1.3670785>.

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

3. *El deber de prestar ayuda en emergencias y el efecto del espectador*

A la luz de la evidencia acerca del efecto del espectador descrita arriba, ¿es razonable concluir, como lo hizo el juez de distrito de Es-sen, que las personas que no socorrieron a la víctima en este caso eran moral y jurídicamente culpables por su omisión? La respuesta afirmativa se basa en la idea de que un adulto normal *siempre* está en posición de reconocer una situación de emergencia y de actuar apropiadamente ante ella; se basa, por tanto, en el supuesto de capacidades racionales generales. Sin embargo, si, como he argumentado arriba (4.3.1), tenemos buenas razones para rechazar este supuesto, entonces resulta menos claro que los clientes (aparentemente) indiferentes ante el predicamento de la víctima fueran moral y jurídicamente responsables por la omisión de prestar ayuda. Esta duda cobra mayor fuerza si notamos que en este caso se conjuntaron los tres principales factores que, de acuerdo con la evidencia descrita antes (4.2.1), inhiben la propensión de las personas a intervenir ante una emergencia: difuminación de la responsabilidad a causa de la presencia de otros, ignorancia plural debida a la ambigüedad de la situación y aversión a socorrer a una víctima estigmatizada moralmente.

Ahora bien, es evidente que los tres factores recién mencionados no se hallan en pie de igualdad por lo que toca a su impacto sobre las atribuciones de responsabilidad moral y jurídica. Si, por ejemplo, alguno de los acusados no ayudó a la víctima simplemente porque le dio asco acercarse a quien creía que era un vagabundo —a pesar de haber reconocido que requería asistencia médica urgente— o porque pensó que no merecía ayuda al considerarlo parcialmente responsable por su predicamento, difícilmente (y con razón) aceptaríamos esto como una excusa. Lo mismo ocurriría si uno o varios de los acusados se hubieran percatado de la potencial gravedad de la situación pero no intervinieron debido a que no consideraron que era su deber hacerlo. Por otro lado, el proceso psicológico de ignorancia plural resulta más pertinente para evaluar la responsabilidad de quienes no prestaron ayuda puesto que es directamente relevante

para responder a la pregunta crucial: dada la situación tal como ha quedado descrita, ¿era razonable esperar que las personas *percibieran* la situación como una emergencia en primer lugar?⁸⁶

Considérese la siguiente explicación situacionista del caso. Los clientes entran en sucesión al kiosco de cajeros automáticos y ven que al menos otra persona está llevando a cabo sus transacciones con normalidad a pesar del hombre tirado en la entrada (esto, obviamente, con excepción del primero de los cuatros clientes). Ninguno de los clientes piensa que le incumbe directamente a él o ella cerciorarse de la condición del hombre y, a su vez, la inacción de los otros refuerza la interpretación de la situación como una no emergencia, especialmente porque es del dominio público que vagabundos utilizan el kiosco para refugiarse y dormir en él. Como señala Darley, uno de los descubridores del efecto del espectador:

Las emergencias no traen consigo un anuncio que dice “Soy una emergencia”. Para interpretar un evento como una emergencia, uno se fija en las reacciones de los otros y desentraña el significado detrás de dichas reacciones.⁸⁷

En este caso, el significado obvio detrás de la reacción de los otros clientes —continuar tranquilamente con sus transacciones a pesar del hombre tirado en el vestíbulo— era, precisamente, que *no* había emergencia alguna. Si, como muestra la evidencia experimental, resulta usual interpretar una situación ambigua como una no emergencia cuando los individuos la atestiguan en presencia de otros quienes se muestran despreocupados, ello sugiere que no era razo-

⁸⁶ Ésta es la pregunta crucial porque las leyes del buen samaritano incorporan el requisito de que el potencial rescatista *sepa* o *esté consciente* de que la situación es una emergencia (Schiff, Damien *op. cit.*, p. 104; Pardun, John, *op. cit.*, p. 610). De igual modo, usualmente se admite que para ser moralmente responsable por una acción u omisión es necesario que la persona esté al tanto de la naturaleza de ésta (Rudy-Hiller, Fernando, “The Epistemic Condition...”, *cit.*). Si los acusados no sabían que la víctima requería asistencia médica urgente *a fortiori* no estaban al tanto de la naturaleza de su omisión, pues desconocían que su acción de continuar con sus transacciones financieras *implicaba* la omisión de prestar asistencia urgente.

⁸⁷ Citado en Evans, Richard, *The Making of Social Psychology*, Nueva York, Gardner Press, 1980, p. 216.

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

nable esperar que los acusados se dieran cuenta de la gravedad de la situación y actuaran en consecuencia.⁸⁸

Hay tres maneras alternativas de explicar por qué la ausencia de esta expectativa razonable mitiga, o incluso elimina, la responsabilidad de los acusados.⁸⁹ Una primera explicación es que los factores situacionales *degradaron* (localmente) la capacidad de los agentes para percatarse de la gravedad de la situación y formular un plan de acción apropiado, y lo hicieron más allá del límite por debajo del cual cesan de contar como agentes responsables en dichas circunstancias y con respecto a las consideraciones pertinentes. Si éste es el caso, entonces los factores situacionales referidos *exentarían* de responsabilidad.⁹⁰ Una segunda explicación es que estos factores situacionales, si bien no son lo suficientemente potentes como para degradar la capacidad cognitiva de los sujetos por debajo del umbral crítico, sí vuelven *muy difícil* para éstos percatarse de las consideraciones relevantes (que se trata de una emergencia, que es imperativo pedir ayuda). En este caso, dichos factores *excusarían*, quizá parcialmente, de responsabilidad, al producir en los sujetos un estado de ignorancia no culpable respecto de las consideraciones relevantes. Finalmente, una tercera explicación es que los factores situacionales involucrados excusan porque muestran que los acusados

⁸⁸ Uno podría objetar esta conclusión recordando que, después de todo, el quinto cliente sí reconoció que se trataba de una emergencia y actuó apropiadamente (llamó a una ambulancia). El problema es que el mero hecho de que *una* persona perciba correctamente la situación y reaccione adecuadamente no muestra que es razonable esperar que la *mayoría* lo hará. Esto es relevante porque el grueso de las obligaciones morales y jurídicas no exige comportamiento extraordinario o fuera de lo común y lo que la evidencia situacionista muestra es, precisamente, que reaccionar adecuadamente ante una emergencia cuando ésta es ambigua y se está en presencia de otros es más bien la excepción que la norma. Además (y éste es el punto crucial), dicha evidencia se complementa con una explicación de por qué ocurre este fenómeno, la cual, como he argumentado, resulta directamente relevante para evaluar las atribuciones de responsabilidad, puesto que muestra cómo los procesos psicológicos involucrados socavan localmente la capacidad cognitiva requerida para actuar correctamente o, al menos, la oportunidad adecuada para ejercitarla.

⁸⁹ Para una taxonomía similar de las condiciones de exculpación, véase Vargas, Manuel, *Building Better Beings*, *cit.*, pp. 234-40.

⁹⁰ Véase la nota 10 para la distinción entre exenciones y excusas.

no actuaron *con mala voluntad* al no prestar ayuda, esto es, su inacción se explicaría por factores situacionales y no por disposiciones individuales moral y jurídicamente censurables. Para los propósitos de este trabajo, no es necesario decidir cuál de estas tres explicaciones es la correcta; basta con señalar que cualquiera de ellas ofrece buenas razones para dudar de la culpabilidad moral y jurídica de los acusados.

Si ello es así, la inacción de estas personas no necesariamente reflejó, como lo creyó el juez del caso, indiferencia ante el sufrimiento ajeno, sino muy posiblemente tan solo su percepción (razonable, dada la naturaleza de la situación) de que su ayuda no era requerida o quizá su incapacidad local para percatarse de las consideraciones relevantes. De ser éste el caso, entonces la evidencia empírica refuta las dos consideraciones que justificaron la sanción impuesta por el juez: por un lado, la supuesta expectativa razonable de que cualquier persona normal habría reconocido la situación como una emergencia y, por otro, la interpretación de su omisión de prestar ayuda como reflejo de un rasgo de carácter moralmente reprochable. En la medida en que las violaciones a las leyes del buen samaritano ocurran en contextos similares a éste, la evidencia empírica socava de manera general la justedad de las sanciones aplicadas con base en ellas.⁹¹

VI. CONCLUSIÓN

En este trabajo he defendido dos tesis principales. En primer lugar, he argumentado que el reto global de las ciencias de la mente contra

⁹¹ Sin embargo, dichas sanciones podrían justificarse todavía apelando a consideraciones puramente consecuencialistas, como por ejemplo que la existencia del deber jurídico de prestar ayuda junto con la amplia difusión de las sanciones impuestas a aquellos que no cumplen con él contribuyen a eliminar tanto la difuminación de la responsabilidad como la ignorancia plural (Swan, Sarah, *op. cit.*, p. 986). Si esto último efectivamente ocurriera en cierta comunidad, entonces las sanciones subsecuentes a quienes no presten ayuda podrían estar justificadas también en términos retributivos, esto es, relacionados con el *merecimiento* de castigo de quien, siendo capaz de cumplir con la obligación en cuestión, no lo hizo.

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

la responsabilidad jurídica, según el cual aquéllas muestran que la psicología de sentido común presupuesta en el derecho es simplemente falsa y por tanto la responsabilidad jurídica es una quimera, no es exitoso. Sostuve, en particular, que la evidencia actualmente disponible no muestra que el supuesto de causación mental es falso y, por tanto, no muestra que las personas somos incapaces de guiar nuestra conducta con base en intenciones formadas a la luz de nuestras razones. En pocas palabras, la evidencia disponible no muestra que no somos agentes. Pero, en segundo lugar, he argumentado que sí existe evidencia convincente de que no somos exactamente la clase de agentes que creemos ser. En particular, he sostenido que el supuesto de capacidades racionales generales incorporado en el derecho y, particularmente, en el derecho penal, es falso: las capacidades moral y jurídicamente relevantes para las atribuciones de responsabilidad —las capacidades para detectar y responder a consideraciones normativas— no son estables a través de diferentes circunstancias. Más bien, dichas capacidades están indexadas a contextos específicos de acción, lo cual significa que las personas somos variablemente capaces de detectar y responder a ciertas consideraciones en ciertos contextos. Ello implica que, contra lo que asumen las teorías tradicionales de la responsabilidad moral y jurídica, los límites de las capacidades relevantes para las atribuciones de responsabilidad no coinciden con las excusas y exenciones usualmente reconocidas. Por último, ilustré la relevancia de esta conclusión para el derecho discutiendo las leyes del buen samaritano. Argumenté que, en muchos casos, la aplicación de sanciones con base en ellas corre el riesgo de ser injusta precisamente porque se basa en el supuesto de capacidades racionales generales que el situacionismo contribuye a desmentir.

No obstante, podría objetarse que este ejemplo es más bien periférico dentro del derecho penal y por tanto que su relevancia es limitada para la comprensión adecuada de éste. En respuesta, si bien concedo que las leyes del buen samaritano no necesariamente ocupan un lugar prominente en el derecho penal, sostengo que el ejemplo sí cumple a cabalidad con el propósito central del artículo, a saber, mostrar cómo la evidencia empírica es relevante para el derecho. Desde luego, quedan por explorar las repercusiones que pu-

diera tener el rechazo del supuesto de capacidades racionales generales en casos de mayor envergadura, como por ejemplo crímenes cometidos siguiendo órdenes de personas en posiciones de autoridad.⁹² El punto esencial que he buscado defender, sin embargo, es que, antes que una amenaza inminente para la integridad del derecho, las ciencias de la mente y del comportamiento tienen el potencial de convertirse en aliadas de éste para establecer disposiciones —e imponer sanciones— más acordes con las peculiaridades de la agencia humana.⁹³

VII. REFERENCIAS

BAYNE, Tim, “Phenomenology and the Feeling of Doing: Wegner on the Conscious Will”, en Pockett, Susan, Banks, William y Gallagher, Shaun (eds.), *Does Consciousness Cause Behavior?*, Cambridge, MIT Press, 2006.

BRINK, David, “Situationism, Responsibility, and Fair Opportunity”, *Social Philosophy & Policy*, vol. 30, núm. 1-2, 2013.

BROOME, John, *Rationality through Reasoning*, Malden, Wiley-Blackwell, 2013.

⁹² El libro de Philip Zimbardo (*The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, Nueva York, Random House, 2007) es muy pertinente a este respecto, puesto que en él se exploran precisamente las influencias situacionales sistémicas que posibilitan que gente ordinaria cometa actos de maldad extraordinaria, por ejemplo en estructuras jerárquicas de mando. Además, y como bien lo indica un dictaminador anónimo, los hallazgos de este libro se compadecen bien con la legislación penal internacional (por ejemplo la que rige en la Corte Penal Internacional), según la cual la responsabilidad jurídica de los altos mandos es mayor que la de quienes, siguiendo órdenes de éstos, en ocasiones sucumben a presiones situacionales como las descritas en los experimentos de Milgram. Ello en efecto muestra que, como lo señala el dictaminador, “no siempre las normas jurídicas manifiestan un desfase con los descubrimientos de las ciencias del comportamiento”.

⁹³ Investigación realizada gracias al Programa UNAM-PAPIIT IA400318 “Hacia una teoría social de la responsabilidad moral”. Agradezco también a los participantes del Seminario de Filosofía Práctica del IIF-UNAM por sus comentarios y a dos dictaminadores anónimos por sus sugerencias.

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

- CASHMORE, Anthony, "The Lucretian Swerve: The Biological Basis of Human Behavior and the Criminal Justice System", *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 107, núm. 10, 2010.
- CECI, Stephen, *On Intelligence... More or Less: A Biological Treatise on Intellectual Development*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.
- DAHAN-KATZ, Leora, "The Implications of Heuristics and Biases Research on Moral and Legal Responsibility", en Vincent, Nicole (ed.), *Neuroscience and Legal Responsibility*, pp. 135-156, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- DARLEY, John y Batson, Daniel, "From Jerusalem to Jericho: A Study of Situational and Dispositional Variables in Helping Behavior", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 27, núm. 1, 1973.
- DAVIDSON, Donald, "Actions, Reasons, and Causes", en Davidson, Donald, *Essays on Actions and Events*, Oxford, Oxford University Press, 1980.
- DAVIES, Paul, "Skepticism Concerning Human Agency: Sciences of the Self Versus 'Voluntariness' in the Law", en VINCENT, Nicole (ed.), *Neuroscience and Legal Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- DAWKINS, Richard, "Let's All Stop Beating Basil's Car", *Edge: The World Question Center*, 2006, disponible en: https://www.edge.org/q2006/q06_9.html.
- DUFF, Anthony, *Punishment, Communication and Community*, Nueva York, Oxford University Press, 2001.
- DUFF, Anthony, "What Kind of Responsibility Must Criminal Law Presuppose?", en Swinburne, Richard (ed.), *Free Will and Modern Science*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- DUFF, Anthony, Farmer, Lindsay, Marshall, Sandra y Tadros, Victor, *The Trial on Trial: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, vol. 3, Oxford, Hart, 2007.

- EVANS, Richard, *The Making of Social Psychology*, Nueva York, Gardner Press, 1980.
- FEINBERG, Joel, "The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan"
- FEINBERG, Joel, *Freedom and Fulfillment*, Princeton, Princeton University Press, 1992.
- FISCHER, Peter *et al.*, "The Bystander-Effect: A Meta-Analytic Review of Bystander Intervention in Dangerous and Non-Dangerous Emergencies", *Psychological Bulletin*, vol. 137, núm. 4, 2011.
- FISCHER, John y RAVIZZA, Mark, *Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- GAZZANIGA, Michael, "The Law and Neuroscience", *Neuron*, vol. 60, 2008.
- GILOVICH, Thomas *et al.* (eds.), *Heuristics and Biases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- GLANNON, Walter, "Neurobiology, Neuroimaging, and Free Will", *Midwest Studies in Philosophy*, vol. 29, 2005.
- GREENE, Joshua y COHEN, Jonathan, "For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything", *Philosophical Transactions of the Royal Society of London*, vol. 359, núm. 1451, 2004.
- HART, Herbert, "Postscript: Responsibility and Retribution", en HART, Herbert, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1968.
- ISEN, Alice y LEVIN, Paula, "Effect of Feeling Good on Helping", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 21, núm. 3, 1972.
- LATANÉ, Bibb y DARLEY, John, *The Unresponsive Bystander: Why Doesn't He Help?*, Nueva York, Appleton-Century Crofts, 1970.
- LATANÉ, Bibb y RODIN, Judith, "A Lady in Distress: Inhibiting Effects of Friends and Strangers on Bystander Intervention", *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 5, núm. 2, 1969.
- MCKENNA Michael y WARMKE, Brandon, "Does Situationism Threaten Free Will and Moral Responsibility?", *Journal of Moral Philosophy*, vol. 14, núm. 6, 2017.

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

- MELE, Alfred, "Agents' Abilities", *Noûs*, vol. 37, núm. 3, 2002.
- MILGRAM, Stanley, "Behavioral Study of Obedience", *Journal of Abnormal and Social Psychology*, vol. 67, núm. 4, 1963.
- MILGRAM, Stanley, *Obedience to Authority*, Nueva York, Harper and Row, 1974.
- MONTEMAYOR, Carlos y Cáceres, Enrique, "Agency and Legal Responsibility: Epistemic and Moral Considerations", *Problema Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 13, 2019.
- MOORE, Michael, *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1993.
- MORSE, Stephen, "New Neuroscience, Old Problems", en GARLAND, Brent (ed.), *Neuroscience and the Law: Brain, Mind, and the Scales of Justice*, pp. 157-198, Nueva York, Dana Press, 2004.
- MORSE, Stephen, "Determinism and the Death of Folk Psychology: Two Challenges to Responsibility from Neuroscience", *Minnesota Journal of Law, Science and Technology*, vol. 9, núm. 1, 2008.
- MORSE, Stephen, "Responsibility and Mental Capacity", en VINCENT, Nicole (ed.), *Neuroscience and Legal Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- NAGEL, Thomas, *The Possibility of Altruism*, Princeton, Princeton University Press, 1970.
- NAHMIA, Eddy, "When Consciousness Matters: A Critical Review of Daniel Wegner's *The Illusion of Conscious Will*", *Philosophical Psychology*, vol. 15, núm. 4, 2002.
- NAHMIA, Eddy, "Is Free Will and Illusion? Confronting Challenges from the Modern Mind Sciences", en SINNOTT-ARMSTRONG, Walter (ed.), *Moral Psychology*, vol. 4: *Free Will and Moral Responsibility*, Cambridge, MIT Press, 2014.
- OLIN, Lauren y Doris, John, "Vicious Minds: Virtue Epistemology, Cognition, and Skepticism", *Philosophical Studies*, vol. 168, núm. 3, 2014.

CIENCIAS DE LA MENTE Y RESPONSABILIDAD JURÍDICA...

- PARDUN, John, "Good Samaritan Laws: A Global Perspective", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 20, pp. 591-613, 1998.
- PILIAVIN, Irving *et al.*, "Good Samaritanism: An Underground Phenomenon?", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 13, núm. 4, 1969.
- PILIAVIN, Jane y PILIAVIN, Irving, "Effect of Blood on Reaction to a Victim", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 23, núm. 3, 1972.
- PILIAVIN, Irving *et al.*, "Costs, Diffusion, and the Stigmatized Victim", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 32, num. 3, 1975.
- POCKETT, Susan *et al.* (eds.), *Does Consciousness Cause Behavior?*, Cambridge, MIT Press, 2006.
- RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Londres, Hutchinson, 1975.
- ROSS, Lee y NISBETT, Richard, *The Person and the Situation: Perspectives of Social Psychology*, Nueva York, McGraw-Hill, 1991.
- RUDY-HILLER, Fernando, "The Epistemic Condition for Moral Responsibility", en ZALTA, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (edición verano 2018), disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/moral-responsibility-epistemic/>.
- RUDY-HILLER, Fernando, "Reasonable Expectations, Moral Responsibility, and Empirical Data", *Philosophical Studies*, 2019. disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11098-019-01354-5>
- SABINI, John *et al.*, "The Really Fundamental Attributional Error in Social Psychological Research", *Psychological Inquiry*, vol. 12, 2000.
- SABINI, John y SILVER, Maury, "Internal and External Causes of Behavior", *International Journal of Moral and Social Studies*, vol. 2, 1987.

FERNANDO EFRAÍN RUDY HILLER

- SAPOLSKY, Robert, "The Frontal Cortex and the Criminal Justice System", *Philosophical Transactions of the Royal Society of London*, 359 (1451), 2004.
- SCHIFF, Damien, "Samaritans: Good, Bad and Ugly: A Comparative Law Analysis", *Roger Williams University Law Review*, 11 (1), 2005.
- SCHOEMAN, Ferdinand, "Statistical Norms and Moral Attributions", en SCHOEMAN, Ferdinand (ed.), *Responsibility, Character and the Emotions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.
- SHAPIRO, Scott, "Law, Morality, and the Guidance of Conduct", *Legal Theory*, vol. 6, 2000.
- SMITH, Michael, *The Moral Problem*, Malden, Blackwell, 1994.
- SUNSTEIN, Cass, *Human Agency and Behavioral Economics*, Palgrave Macmillan, 2017.
- SWAN, Sarah, "Bystander Interventions", *Wisconsin Law Review*, vol. 6, 2015.
- VARGAS, Manuel, *Building Better Beings: A Theory of Moral Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- VARGAS, Manuel, "Situationism and Moral Responsibility: Free Will in Fragments," en CLARK, Andy *et al.* (eds.) *Decomposing the Will*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- VINCENT, Nicole, "Legal Responsibility Adjudication and the Normative Authority of the Mind Sciences", *Philosophical Explorations*, vol. 14, núm. 3, 2011.
- WALLACE, Jay, *Responsibility and the Moral Sentiments*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1994.
- WEGNER, Daniel, *The Illusion of Conscious Will*, Cambridge, MIT Press, 2002.
- WEGNER, Daniel, "Who Is the Controller of Controlled Processes?," en HASSIN, Ran *et al.* (eds.), *The New Unconscious*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- WEGNER, Daniel *et al.*, "Clever Hands: Uncontrolled Intelligence in Facilitated Communication", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 85, núm. 1, 2003.

CIENCIAS DE LA MENTE Y RESPONSABILIDAD JURÍDICA...

WEGNER, Daniel ET AL., “Vicarious Agency: Experiencing Control over the Movements of Others”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 86, núm. 6, 2004.

ZIMBARDO, Philip, *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, Nueva York, Random House, 2007.

AGAINST THE REVISIONARY POLITICAL READING OF Kelsen*

EN CONTRA DE UNA LECTURA POLÍTICA REVISIONISTA DE Kelsen

Mario GARCÍA BERGER**

Resumen:

El principal objetivo de este trabajo es rechazar la interpretación no-estándar acerca del valor de la teoría pura del derecho propuesta por Lars Vinx y, en menor medida, por David Dyzenhaus. De acuerdo con esta lectura, el mérito de la explicación kelseniana de la normatividad jurídica reside en su conexión con la filosofía política del propio Kelsen. Esta tesis se fundamenta en la idea de que la teoría pura falla en su intento de explicar la naturaleza del derecho, de modo que tiene que renunciar a su pretendida científicidad y pureza. Mi propósito es mostrar que ambas ideas están equivocadas y señalar una forma de entender el nexo entre la teoría pura y las ideas políticas de Kelsen que se apega a su concepción de la ciencia jurídica. También propongo una explicación de la relación entre ciencia jurídica, democracia, estado de derecho y principio de legalidad que incorpora elementos presentes en Kelsen.

Palabras clave:

Teoría pura del derecho, normatividad jurídica, estado de derecho, democracia, legalidad.

Abstract

The main objective of this paper is to reject the non-standard interpretation

* Artículo recibido el 7 de marzo de 2019 y aceptado para su publicación el 11 de marzo de 2020.

** Doctor en Filosofía por la UNAM, adscrito a la Universidad Autónoma de la Ciudad de México (UACM), correo: mgberger@live.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5320-3088>.

Problema. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 15, enero-diciembre de 2021, pp. 223-262
Ciudad de México, ISSN 2007-4387, se distribuye bajo una Licencia *Creative Commons Reconocimiento-No-Comercial-Sin Derivados 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0)*.

MARIO GARCÍA BERGER

of the merit of the pure theory of law proposed mainly by Lars Vinx and, in a lesser extent, by David Dyzenhaus. According to this reading, the value of the kelsenian explanation of the normativity of law lies on its connection to Kelsen's political philosophy. This tenet is based on the idea that the pure theory fails in its attempt to explain the nature of law, so it has to give up its scientific status and its purity postulate. My purpose is to show that both ideas are misguided and to suggest a way to understand the connection between the pure theory and Kelsen's political ideas more faithful to his conception of legal science. I also propose a relation between legal science, democracy, the rule of law and the principle of legality that incorporates elements present in Kelsen.

Keywords:

Pure Theory of Law, Legal Normativity, Rule of Law, Democracy, Legality.

AGAINST THE REVISIONARY POLITICAL...

SUMMARY: *I. Introduction. II. The Standard Interpretation of Kelsen. III. The Revisionary Political Reading of Kelsen. IV. Some Considerations on Vinx's Reading of Kelsen. V. Conclusions. VI. References.*

I. INTRODUCTION

Kelsen conceived, at least in his classical phase,¹ his pure theory of law as the result of applying the Kantian transcendental method, in its regressive form employed by the Marburg Neo-Kantians, to the science of law. To the question how the cognition of the law is possible, Kelsen responds that it is the basic norm, by ascribing legal meaning to certain social facts, which makes their legal interpretation available. Thereby, the object of the science of law is epistemologically constituted. Thus, Kelsen saw his own work as the transcendental deduction of those concepts (categories) from which the legal interpretation of human conducts is theoretically construed. This epistemological self-comprehension of the pure theory is manifested in various places.² Despite Kelsen's straightforward declaration of the motives that underlie his theoretical enterprise, there are alternative readings of the pure theory. Some of these interpretations, that we can call "practical", greatly deviate from the standard (epistemological) interpretation. They are basically of two types: moral and political. The moral reading is exemplified by Carlos Nino's explanation of Kelsen's concept of validity in terms of justifiability and Joseph Raz's ascription to Kelsen of a justified norma-

¹ For a periodization of Kelsen's work see, among others, Stanley, Paulson, "Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization", *Oxford Journal of Legal Studies*, 18; Eugenio, Bulygin, "An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law", *Ratio Juris*, 3 and Carsten, Heidemann, "Die reine Rechtslehre im Lichte des kritischen Rationalismus" *Ratio Juris* 18.

² Hans Kelsen, *Teoría general del estado* (first published in German 1925, trans. by L.L Lacambra, Editora Nacional 1965), p. VIII; Hans Kelsen, "Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantiennees" *Droit et Société* 7 327-328; Hans, Kelsen *Problemas capitales de la teoría jurídica*. Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica (first published in German 1923, trans. by W Roces, Porrúa 1987) L.

MARIO GARCÍA BERGER

tivity.³ The most direct antecedent of the political interpretations is the work of Uberto Scarpelli.⁴ Their central tenet is that the merit of the pure theory can only be appreciated when it is connected with Kelsen's political views. Even though Scarpelli focused on the relations between legal positivism and the modern state, his conclusions can be applied to Kelsen. A more recent full-fledged attempt to reevaluate the value of the pure theory through its relation to an ideal political system is that of Lars Vinx and, in a lesser degree, of David Dyzenhaus.⁵

The moral and the political readings of the pure theory share the idea that Kelsen's epistemological programme is doomed to failure. However, while the former tends to reformulate key Kelsenian concepts to provide them with a moral justification, the latter concentrates, for instance, on the nexus of the pure theory with the rule of law, political liberalism or the principle of legality. Vinx and Dyzenhaus have put forward the thesis that Kelsen's theoretical edifice is defensible only if it is connected with the political project that lurks behind his reflections on democracy, the rule of law and the principle of legality. For Vinx, the merit of the pure theory is its con-

³ Carlos Nino, *La validez del derecho* (Astrea 1985); Carlos Nino, "Some Confusions surrounding Kelsen's Concept of Validity" in Stanley Paulson and Bonnie Litschewski (eds), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (Clarendon Press 1998); Joseph Raz, "The Purity of the Pure Theory" in Stanley Paulson and Bonnie Litschewski (eds), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (Clarendon Press 1998); Joseph Raz, "Explaining Normativity. On Rationality and the Justification of Reason" in *The Authority of Law. On the Theory of Value and Action* (OUP 1999). Juan Ruiz Manero holds that Kelsen is an ethical positivist. He adds that if we give preference to practical over epistemological interests when interpreting the pure theory, it appears in a better light, as a more coherent and more meaningful theory. Juan Ruiz, Manero, "Cincuenta años después de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*. Sobre el trasfondo de la teoría pura del derecho y sobre lo que queda de ella", 33 *Doxa* 40-41.

⁴ Uberto, Scarpelli, *¿Qué es el positivismo jurídico?* (first published in Italian 1965, trans. by J. Hennequin, Cajica 2001).

⁵ Lars Vinx, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law* (OUP 2007); David Dyzenhaus, "Legal Theory in the Collapse of Weimar. Contemporary Lessons?" in *The American Political Science Review* 91; David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar* (OUP 1999); David Dyzenhaus, *Hard Cases in Wicked Legal Systems: Pathologies of Legality* (OUP 2010).

AGAINST THE REVISIONARY POLITICAL...

tribution to the explanation of legal legitimacy.⁶ This non-standard reading implies three controversial theses: (1) the pure theory does not explain the normativity of law; (2) given such failure, its value can only be appreciated if the theory is linked with Kelsen's political philosophy; and (3), consequently, it must resign to its scientific aspiration and to its purity postulate. I will try to show that the arguments in favor of these theses are unconvincing and I shall offer an account of the nexus between the pure theory and Kelsen's conception of democracy, the rule of law and the principle of legality that is in accordance with the epistemological thrust of the pure theory. I will focus on Vinx's stance since he has recently formulated a full-blown political approach to Kelsen. Though in a lesser extent, some aspects of Dyzenhaus' less-developed conceptual framework shall also be analyzed.

II. THE STANDARD INTERPRETATION OF KELSEN

This reading of Kelsen has its roots on the influence the Neo-Kantian movement had on the epistemological framework of the pure theory of law. In a nutshell, this orthodox interpretation conceives, along the lines of Kant's philosophy and the reformulation the Neo-Kantians of the Marburg school made of it, that the pure theory has a constitutive role since it provides the *a priori* concepts that explain the possibility of legal science, which in turn creates its object of study, the law, from a conceptual perspective. In other words, legal science makes possible the legal interpretation of human actions. In this section I shall expose the main thrust of this reading of Kelsen which centers on the grounding function that the basic norm (BN henceforth) plays with respect to the normativity of law.

I want to stress two theses from Hermann Cohen that had a big impact on the doctrine of the basic norm: that the ultimate ground of every science is a hypothesis and that the method of cognition determines its object.

⁶ Lars, Vinx (n 5) 3.

MARIO GARCÍA BERGER

In his famous letter to Renato Tréves, Kelsen recognizes that the BN derives entirely from the method of the hypothesis developed by Cohen. In this sense it is affirmed that the object of study of science is created from a logical origin.⁷ But what is a hypothesis in Cohen's philosophy? A concept formed by the transcendental consciousness that serves to explain a set of phenomena in reference to a law. The notion of explanation according to a law has to do with the Kantian idea that the cognitive process consists in the reduction of pluralities to unities. This is done by the synthetic *a priori* judgments, which unify, by means of the categories of the understanding, the diversity of our experience of physical phenomena. In the same vein, for the Marburg Neo-Kantians, cognition explains multiplicities by reducing them to a single nomic unity or legal principle. Cohen expresses this methodological maxim by means of his judgement of the origin (*Urteil des Ursprungs*), which means that nothing is given to cognition if it is not capable of being reduced to an ultimate grounding. As he puts it, "nothing can be regarded as given to the pure thought; also the given must create itself".⁸ An example of a Cohenian hypothesis postulated by legal science is the juridical person, since its function is to impute certain legal facts to a single point. This point of imputation (*Zurechnungspunkt*) is not metaphysical but normative because it consists of norms.⁹

On the other hand, the thesis that the direction of thought determines its object arises from the Neo-Kantian idea that reason has three main uses. It is employed theoretically when its object of enquiry is the natural world, that is, the possible experience subjected to the spatiotemporal causality. The practical use gets manifested when the object of reflection is men's free will portrayed in the sphere of morality and of law. Thirdly, reason has an aesthetic use when what is at stake is the explanation of the pure sentiment displayed in the science and history of art. The transcendental method

⁷ See above note 2.

⁸ Hermann Cohen, *Logik der Reinen Erkenntnis* (Bruno Cassirer Verlag 1922) 101. My translation.

⁹ Manfred Pasher, "Hermann Cohens Einfluss auf Kelsens reine Rechtslehre" 23, 4 *Rechtstheorie* 450-452.

AGAINST THE REVISIONARY POLITICAL...

demands, for each of these directions (cultural *facta*), the deduction of their corresponding legal grounding (*Rechtsgrund*), according to which these human productions become a problem for scientific consideration. The deduction of the *a priori* categories that make science, law and morality, and the science of art possible, determines what the objects of such disciplines are.

For Kelsen, the theoretical origin of the normativity of law that allows us to conceive any set of human conducts as the creation of a legal norm is the BN. The *Grundnorm* has the same methodological and explicative function as Cohen's hypothesis, since it is the epistemological presupposition that lies at the summit of legal cognition. As can be appreciated, the parallelism between the two doctrines is crystal clear. The basic norm and the Cohenian hypothesis play a similar role, namely, to explain systematically the set of phenomena that are brought into their consideration, thereby producing a meaningful whole. The fact that Kelsen calls his BN hypothetical underscores this similarity. There is a passage from Cohen that leaves no room for doubt as to where the doctrine of the basic norm comes from:

Sometimes the hypothesis is the beginning and the grounding of the theory; also, it is not more than a supposition.... All theory, all law, cannot have another ground than the one established by the grounding. And there cannot be another certainty and security different from that of the grounding. [...The hypothesis] is referred to the concordance with phenomena, to the result it can obtain for the coherent explanation of phenomena and problems. If it does not achieve this result, then it has not been proven like a hypothesis... The hypothesis, to the extent it fulfills its concept, has certainty and security. There does not exist any other security.¹⁰

In a nutshell, Cohen's core claim is that the grounding of all cognition can only be a theoretical hypothesis or origin. And this is precisely the function the BN has with regard to legal science. Thus, the pure theory can be conceived as the result of applying, to what

¹⁰ Hermann Cohen, *Ethik des reinen Willens* (Georg Olms Verlag 2002) 98. My translation.

MARIO GARCÍA BERGER

Kelsen calls dogmatic jurisprudence, the Cohenian method of the hypothesis. As Ulises Schmill has pointed out, Kelsen, in his early stages, names the BN *Ursprungnorm*, in clear reference to Cohen's concept of the origin.¹¹ Here, the grounding of cognition is not ontological but methodological. What founds cognition is its method, not some sort of reality we can directly access.

Within this framework we can read Kelsen's thesis that law is a conceptual creation of legal science in the sense that the latter provides us with the theoretical tools necessary to give legal meaning to what otherwise would only be human actions interpreted naturalistically, say, in terms of causes and effects. This tenet is formulated in some works of Kelsen's classical phase. Thus, in a passage taken from the Pure Theory of Law of 1953 he states that:

We can thus state simultaneously that the rules of law (*règles de droit*) are judgments formulated by legal science and that the object of such a science is constituted by legal norms. Here there is no contradiction. Without a doubt, one can consider that the norms created and applied within the framework of a legal system have the character of legal norms only if it is ascribed to them by legal science. It is the role of this science to attribute to certain acts the objective meaning of legal norms. But this does not prevent us from stating that legal norms form the object of legal science or, what is the same, that law is a system of norms. This definition is in full accord with Kant's theory according to which knowledge constitutes or creates its object, for what is in question here is an epistemological creation and not something created by man's work in the sense in which the lawmaker creates a law. In the same way, natural phenomena which are the object of causal science are only created by it in a purely epistemological sense.¹²

The science of law creates the legal order as a consistent and unitary system. When jurists interpret the legal materials produced by the activity of, say, legislators, they intend to construct a meaning-

¹¹ Ulises Schmill, 'Algunas influencias de Hermann Cohen en Hans Kelsen', 21 *Isonomia* 149-153.

¹² Hans, Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (first published in German 1934, trans. by B. Litschewski and S. Paulson, Clarendon Press 1997) 57.

AGAINST THE REVISIONARY POLITICAL...

ful and rational whole out of these materials. This requirement, as Kelsen affirms, is imposed by the fact that science aims to provide a systematic and unitary explanation, free from inconsistencies, of the phenomena that constitute its object of enquiry. In the Pure Theory of Law of 1960 he calls the attention to the following parallelisms:

Just as the chaos of sensual perceptions becomes a cosmos, that is, “nature” as a unified system, through the cognition of natural science, so the multitude of general and individual legal norms, created by the legal organs, becomes a unitary legal system, a legal “order,” through the science of law. But this “creation” has a purely epistemological character.¹³

That legal norms are created by the science of law means that only this discipline explains how it is possible to confer upon the prescriptive acts of an authority an objective normative meaning, since these acts in themselves just have the subjective meaning of norms.

Kelsen’s approach to legal science is also clearly influenced by Cohen’s thesis that the method of cognition (the direction of thought) determines its object. The early-twentieth-century concept of science demands, according to Kelsen, that legal science be autonomous from other disciplines, specially sociology, thereby demarcating the normative sphere from that of facts. In like manner, it has to be pure, that is, value-free and content-independent. This latter feature means that the ultimate grounding of science should be formal, a theoretical assumption, which in the case of legal science entails that the law is defined in terms of certain formal characteristics regardless of its content. The basic norm states how coercion is to be applied within a legal order. It is the “original” empowerment that endows the first historical makers of the law with the faculty to do so. But the BN does not establish the content of the law to be created; it only starts the process of norm creation, which makes it a formal principle. In this way, the pure theory of law assumes, prior to explaining the fundamental legal concepts, a characterization of what the law is. The normative character of legal science is based

¹³ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (The Lawbook Exchange 2009) 232.

MARIO GARCÍA BERGER

on the distinction between the world of is and the world of ought, which Kelsen takes from the Neo-Kantian division between the natural sciences (*Naturwissenschaften*) and the cultural sciences (*Kulturwissenschaften*). Each kind of discipline has its own characteristic method. In the former the specific connection of events of the natural world is expressed by the principle of causality, whereas in the case of the science of law, one of the cultural disciplines, the legal proposition expresses the connection between two events—the illicit and the sanction—that are bound together in the norm through the principle of imputation, the Kelsenian *Sollen*. As the methodological form of natural laws and legal propositions springs from two different principles, legal norms cannot be conceived naturalistically. Therefore, the normativity of law has, for Kelsen, a purely transcendental/epistemological character. It refers to the specific link that binds together two events in the legal norm.¹⁴

Under Kelsen's epistemological/constitutive self-comprehension of his theory, its merit is to be evaluated according to its success in achieving the systematization of legal norms. Accordingly, the value of the theory is not dependent on any moral or political aim, it is purely epistemological. It is worth noting that the alleged constitutive character of the pure theory has been challenged, among others, by Stanley Paulson who has held that Kelsen's attempt to produce a conclusive argument to prove the unicity of his explanation fails, with the consequence that it has to renounce to its transcendental aspirations and find its place among other positivistic accounts of law.¹⁵

¹⁴ In this sense, I think the alternative interpretations of this concept that have been proposed in terms, for example, of a justified normativity introduce a moral element alien to Kelsen's own comprehension of his theory. See above note 3.

¹⁵ Stanley Paulson, "The Great Puzzle: Kelsen's Basic Norm" in Luís Duarte d'Almeida, John Gardner and Leslie Green (eds), *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law* (Hart Publishing 2013) 49-52; Stanley Paulson, "A Justified Normativity Thesis in Hans Kelsen's Theory of Law? Rejoinders to Robert Alexy and Joseph Raz" in Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (OUP 2012), 71-78; Stanley Paulson, *Facultad, responsabilidad y la teoría pura del derecho. Aspectos de una reconstrucción de acuerdo con la escuela Neo-Kantiana de Marburgo* (Fontamara 2014) 103-106; Stanley Paulson, "On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen's Basic Norm" 13 *Ratio Juris* 279-284.

AGAINST THE REVISIONARY POLITICAL...

III. THE REVISIONARY POLITICAL READING OF KELSEN

1. *The Pure Theory and the Rule of Law. The Identity of Law and State*

Vinx's central idea is that Kelsen's political stance is a corollary of his conception of law. According to him, there is an internal or conceptual link between these two threads of Kelsen's work. Thereby, his conception of legal norms is not an isolated theoretical exercise to be assessed by its logical and methodological consistency. On the contrary, the main merit of this conception is its role in achieving democracy, the rule of law and the principle of legality. The relation between the pure theory and these political/moral aims is instrumental in nature, since this theory is the most effective mean to attain such goals.

Kelsen defines the rule of law in the following terms:

By the rule of law the principle is understood that the administrative and the judicial functions of the state should be determined so far as possible by preestablished general norms of law, so that as little as possible discretionary power is left to the administrative and judicial organs; freedom is thus guaranteed because arbitrary government is avoided.¹⁶

Though I will get back later to this characterization of the rule of law, it has two key elements: the activity of state organs is ruled by pre-established general norms and, consequently, their discretionary powers are so reduced.

According to Vinx, a conception of law helps to bring about the rule of law if it does not impose too many constraints on the possibilities of attaining it. A thesis that facilitates the rule of law is the identity of law and state, whose moral/political purpose is to legally bind the state power to protect individuals from its arbitrary application. Contrary to what Kelsen holds, such identity would not be the result of theoretical considerations, but the outcome of political ones, which have to be the basis for its defense.¹⁷ Instead, the dualist

¹⁶ Hans, Kelsen, "Foundations of Democracy" 66, 1, 2 *Ethics* p. 77.

¹⁷ Lars, Vinx (n 5) p. 22.

MARIO GARCÍA BERGER

view that conceives that law and state are separate realities,¹⁸ which involves the preeminence of the political sovereign over the legal order and the possibility of illegal state acts, sets limits on the rule of law using ideological arguments in scientific disguise.¹⁹ Later on we shall see that a similar movement from a descriptive-explanatory conception of legal science to the domain of normative ideals takes place in Vinx's interpretation of Kelsen's basic norm.

For Vinx, the identity of law and state means that the latter cannot illegally act, since the decisions of state organs do not constitute valid norms if they exceed the limits of their authority. This authority is subject to procedural and content dispositions. In consequence, the Kelsenian legality has a substantive character, for some norms impose restrictions on the possible content of other norms. Vinx affirms that the fact that the principle of legality implies that all state acts are legal:

must not be understood as an endorsement of the arbitrary and unlimited power of those who claim to act in the state's name. It is directed against the view that an act which falls short of perfect legality is valid, and hence binding on subjects, since it is still attributable, despite its imperfect legality, to the state.²⁰

The thesis of the identity between law and state is compatible with the fact that the standards of legality that govern the attribution of acts to the state can be weak, because even in this scenario no state organ can, unilaterally, ignore the rules that set limits on its authority.²¹

The appeal of the pure theory is that its explanation of legal normativity is more congenial to the ideal of the rule of law, of democracy, and of the principles of constitutionalism than the dualism between law and state. If the ideal of the rule of law encompasses

¹⁸ Hans Kelsen, "Foundations of Democracy"; Hans, Kelsen, "Forma de estado y vision del mundo" (first published in German 1933, trans. by G Payás) in Oscar Correas (ed), *El otro Kelsen* (Ediciones Coyoacán 2003).

¹⁹ Lars Vinx (n 5) 16.

²⁰ *ibid* 85-86.

²¹ *ibid* 211.

AGAINST THE REVISIONARY POLITICAL...

‘democratic procedures of legislation and a commitment to constitutional protections against the tyranny of a majority’, the pure theory contributes to its realization because its conception of legal normativity ‘aligns with the normative aim to subject organs of state as fully as possible to legal constraints against arbitrary exercises of power’. Vinx acknowledges that his reading of Kelsen fails to preserve the ideological neutrality that was one of Kelsen’s *desiderata*.²²

2. *The Basic Norm Reformulated*

Given the doctrine of the basic norm is one of Kelsen’s central tenets, it is inevitable to ask for its contribution to the ideal of the rule of law. It is said that, in order to answer to the theoretical anarchist that denies the normativity of law, Kelsen must explain what justifies the presupposition of the basic norm and the acceptance of the authority it grants to the law. Here again we have the same movement from a descriptive-explanatory standpoint to a teleological view that we observed in Vinx’s treatment of the thesis of the identity between law and state. In this case the justification of the basic norm does not reside in its theoretical role but in the contribution legality makes to the legitimacy of political power.²³

In this way, for Kelsen, the normativity of law would emerge from his interest to explain the so-called legitimate state. Therefore, the presupposition of the basic norm makes sense only if we can say that the legal order it founds employs the coercive force in a socially justified manner. Vinx is crystal clear to this respect: ‘To presuppose a basic norm, in short, is to postulate that exercises of coercive force that take place under the authorization of that basic norm are, in some sense and to some extent, morally justified’.²⁴ And some paragraphs after:

The pure theory contains a genuinely normative strand of thought not based on the implausible idea that the basic norm is needed to

²² *ibid* 17.

²³ *ibid* 56.

²⁴ *id*

MARIO GARCÍA BERGER

establish the possibility of the cognition of the law as an actual social practice. According to this strand, the presupposition of a basic norm is needed not to allow us to recognize law from a descriptive point of view but rather to make sense of what Kelsen takes to be its normative aspirations.²⁵

Without further elaboration and just saying that it is an implausible idea, Vinx dismisses the grounding function of the normativity of law that Kelsen ascribes to the basic norm. Instead of this constitutive role that creates the law as the object of legal cognition, Vinx attributes the basic norm a justificatory or legitimizing function: ‘To distinguish Kelsenian legal normativity clearly from substantive justice, I will from now on refer to the normativity a basic norm attributes to all norms that have membership in a legal system as legitimacy’.²⁶

Here legal normativity is distinguished from substantive justice. However, Vinx makes a methodological mistake when he equates the concept of normativity, that in Kelsen has a theoretical meaning, with the notion of legitimacy. Such a reading has neither textual nor contextual support in Kelsen’s *oeuvre*. Vinx himself recognizes that the term legitimacy has no place in the pure theory and that Kelsen rejects the idea that the law can have legitimating effects on political power.²⁷

3. *Legality and Legitimacy*

Legitimacy, the moral justification or the normative aspirations of a legal order are related, on the one hand, to the state’s claim to obedience and, on the other, to the motives individuals have to obey the law. Put it in other words, the state claims obedience and citizens find reasons or not to comply. From the scientific perspective of the pure theory, any legal system possesses some degree, though minimal, of legitimacy (*de facto legitimacy*), that can be increased if certain features of legality are strengthened: ‘the impartial admin-

²⁵ *ibid* 57-58.

²⁶ *ibid* 59.

²⁷ *id*

AGAINST THE REVISIONARY POLITICAL...

istration of the law, the democratic creation of general legal norms, and the protection of individual and minority interests by formal constitutionalism²⁸.

In the ideal scenario, the legality of state acts is a sufficient reason for reasonable persons to accept that legal norms bind everyone (*de jure legitimacy*). Here again Vinx expresses his moral/substantive conception of the basic norm:

The act of presupposing a basic norm, hence, is a way of expressing allegiance to the ambition of creating what I will call a utopia of legality. Legal science can justifiably abstract from all sources of justification other than legality and pretend, so to speak, that legality fully justifies acts of state as long as the hope for this utopia is reasonable.²⁹

It is interesting to point out how the epistemological significance of the act of presupposing a basic norm is here metamorphosed into an act of allegiance to the law, thereby contradicting the methodological premises of the pure theory.

The utopia of legality condenses the desirable situation in a constitutional system:

in which the legality, in the non-trivial sense of the term, of an act of state that enacts or executes a legal norm is ordinarily sufficient to make that norm (or act of execution) fully legitimate, to constitute a duty on the part of the subjects of the law to defer to and obey it.³⁰

In the utopia of legality legal legitimacy can always substitute other reason to obey the law such as the belief in the substantive virtues of the acts of the state, the trust in the moral integrity of the rulers or in their practical expertise. This makes possible 'the peaceful coexistence between morally divided groups in a pluralistic society'.³¹

²⁸ *ibid* 67.

²⁹ *ibid* 73-74.

³⁰ Lars Vinx (n 5) 25.

³¹ *ibid* 74.

MARIO GARCÍA BERGER

In this way, the state's power is compatible with the government of the law and is at odds with the government of men. If the appeal to legality made by the state to support its claim to obedience is 'to carry significant weight, there have to be legal standards that go beyond bare and uncontroversial formal means of identifying authoritative directives. There have to be laws, ideally constitutional laws, that, to some extent, guide or constraint exercises of power'.³² Thus, the legality of norms has a nontrivial normative meaning. For Dyzenhaus, the fundamental rights and freedoms of a constitution have to be protected from simple majorities if we are to secure the stability of the political system.³³

From the nexus between the pure theory and Kelsen's political philosophy that Vinx tries to fix it can be deduced that the former is not positivist in three important respects: it establishes a necessary connection between legality and legitimacy; it can found duties of obedience to law and it holds that legality is the only source of *de jure* legitimacy of public power. These three claims depend on the ideal of a utopia of legality. This is the reason why 'Kelsen's pure theory of law cannot be classified as a descriptive-explanatory theory on the methodological level. It forms part of a political philosophy'.³⁴

In consequence, Kelsen's purity postulate has to be reformulated. What is in need of purification would be the tendency that stands in the way of a utopia of legality: that of thinking that any attribution of justified normativity to the law must be either ideological or be based on a substantive theory of political justice. On the contrary, such attribution can only be justified if 'a positive legal system can come to realize values internal to positive legality, by protecting social peace in a way compatible with a reasonable person's claim to freedom'.³⁵ A legal order grounds its normativity to the extent it takes care of these values.

One of the corollaries of Vinx's interpretation of the pure theory is the weakening of Kelsen's thesis about the separation between

³² *ibid* 210.

³³ David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*.

³⁴ Lars Vinx (n 5) 215.

³⁵ *ibid* 216.

AGAINST THE REVISIONARY POLITICAL...

law and morality. According to Vinx, this tenet makes sense only if it is understood as the independence of legal legitimacy from moral evaluations of the law. So interpreted, the claim would not amount to a denial of any necessary relation between law and morality³⁶. For Dyzenhaus, such connection gets transformed into a nexus between the law and the rule of law.³⁷ Vinx affirms that if the pure theory can prove that democracy and constitutionalism, both crucial elements of legality, have inhibitory effects on iniquity, positivists who deny any internal link between legality and legitimacy will have to explain why their conception is preferable.³⁸

4. *The Revision of the Constitutionality of the Law*

The thesis of the connection between the pure theory and Kelsen's political conception has indirect implications on the debate on which organ must be tasked with the revision of the constitutionality of legal norms. Again it is said, without giving any textual evidence, that the main concern of the pure theory is the revision of state organs' decisions. Vinx's stance is that such revision is, on the last analysis, a prerogative of the individuals subject to the legal system.³⁹

The fact that the pure theory is a science, a function of cognition and not of will, signifies that those who are empowered to issue norms cannot also have the authority to decide whether an alleged act of promulgation objectively complies with the relevant power-conferring rules,⁴⁰ or we are before acts liable to nullity as those of the imposter Hauptmann von Köpenick. The argument is that it is senseless to think that the authority can preempt judgements of attribution since 'any claim to deference presupposes that those who make the claim have already been identified as organs of the state'⁴¹.

³⁶ *ibid* 67.

³⁷ David Dyzenhaus, *Hard Cases* 233.

³⁸ Lars Vinx (n 5) 76.

³⁹ *ibid* 85.

⁴⁰ *ibid* 88-89.

⁴¹ *ibid* 89.

MARIO GARCÍA BERGER

Before this identification takes place citizens do not have any obligation to obedience.

Judgements about whether an authoritative act is legal have two stages: the identification of the empowered organ and the verification that the power-conferring rules have been complied with. By default, these judgements have to be made by those to whom the act is addressed, since the act itself cannot testify to its own legality. Therefore, the testimony can only come from an external point of view, that of each particular citizen.

But, are really those subject to the positive legal system the ones who proffer the judgements of attribution? Vinx says that, for Kelsen, the 'description of the point of view of the law-abiding citizen should be willing to accept a partial transfer of his power of primary review to adjudicative institutions authorized to scrutinize the legality of acts of enactment'.⁴² In a fully-developed legal order, the voidability of norms replaces citizens' judgements of nullity.⁴³ In this scenario, the original choice they face between attributing legality to norms or declaring their nullity disappears and the voidability principle enters the scene, which means that legally defective decisions can be appealed and independent courts should decide on their legal status. These organs are the most effective mean to prove the compromise of a state with the legality principle.⁴⁴ Vinx points out that:

If both the citizen and the official or public agency appeal to a notion of objective legality, Kelsen assumes, they cannot coherently reject the idea of impartial arbitration of disputes over the meaning of that notion with respect to a particular dispute. It would be pragmatically inconsistent, Kelsen at times suggests, for the parties to a dispute to adopt the view that legality matters and to reject the idea that the objective meaning of one's legal rights and duties is legitimately determinable by independent courts.⁴⁵

⁴² *ibid* 90.

⁴³ *Loc.cit.*

⁴⁴ *ibid* 93.

⁴⁵ *ibid* 97.

AGAINST THE REVISIONARY POLITICAL...

Thus, the task of a constitutional court is to supervise the legal legitimacy of the decisions of state organs. This can only be achieved by the full realization of the principle of legality and of democracy.⁴⁶

5. *Democracy and Autocracy*

For Kelsen, democracy and autocracy are methods of norm creation.⁴⁷ With this in mind I will analyze the argument Vinx elaborates, based on his reading of the Kelsenian thesis of the identity between law and state, to hold that democracy is a system that legitimizes the law. This justification of the legal order is twofold: on the one hand, representative democracy is the political system that best accords with the individuals' autonomy and freedom, since they participate in the creation of those norms that regulate their conduct. This makes easier to carry the torment of heteronomy, that is, the oppression of being governed by norms of conduct created by others. On the other hand, the norms of a democratic order are legitimate to the extent that there are formal and content dispositions that rule their creation. These dispositions prevent the arbitrariness of authorities and guarantee that the citizens' basic rights and freedoms are beyond the scope of the state organs. Only a democratic constitution has the capacity to fulfill this task: 'According to Kelsen, there is no way to understand democracy as it actually exists as an intrinsically meaningful institution unless we accept this description of democracy's essential purpose'.⁴⁸ Thus, by means of the citizens' indirect participation in the creation of norms, democracy guarantees that their freedom will never be subject to irrational restrictions,⁴⁹ which legitimizes democratic decisions, especially those whose 'substantive rationality' is doubtful.⁵⁰

⁴⁶ *ibid* 171.

⁴⁷ Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia* (first published in German 1929, trans. by J. L. Requejo Pagés, Comares 2002).

⁴⁸ Lars Vinx (n 5) 102.

⁴⁹ *ibid* 123.

⁵⁰ *ibid* 112.

MARIO GARCÍA BERGER

In Vinx's opinion, the Kelsenian concept of law stresses that the central objective of a legal order is to make sure that the political decisions that meet their content and procedural requisites, are legitimate even when citizens do not accord with their moral quality. In his interpretation of Kelsen's political ideas, Vinx emphasizes that the discrepancy among the members of modern societies on a whole range of issues generates problems of legitimacy that cannot be resolved by simply empowering an organ to decide disagreements unilaterally. It is also crucial that citizens respect each other's opinions. This duty of mutual respect derives from a fallibilist stance, characteristic of democracy, for which the different points of view about the moral quality of legal norms cannot pretend unconditional validity. For this reason, democracy is the best form of government because it is the only one that promotes such duty. At the same time it discourages epistemic abstinence by promoting individuals to defend their moral opinions openly and publicly.⁵¹

In his reading of the pure theory, democracy is, for Vinx, a rational mechanism to incorporate into positive law the irrational values that come from ethics and politics. Within this mechanism the conflicting interests can be ordered in two ways: giving preference to some or trying to strike a balanced between them. Democracy facilitates this equilibrium and, by setting procedural and content limits to the expression of the different interests, represents the rational response to their irrationality. In this way, the violence characteristic of politics is tamed and tolerance is encouraged. The weakness of Kelsen's explanation of the normativity of law is its refusal to ground the pure theory on political values. Vinx criticizes Kelsen's scientific conception because it is counterintuitive, that is, contrary to our usual understanding of the law, where legal normativity is bound to ethics and politics.

Vinx recognizes that, for Kelsen, the difference between democracy and autocracy is a matter of degree. Both methods of law creation are distinguished by the number of individuals subject to the legal order that participate in such processes. But then, it is concluded, for Kelsen every state, including those totalitarians, has some

⁵¹ *ibid* 170.

AGAINST THE REVISIONARY POLITICAL...

legitimacy, since its acts are divided into phases that go all the way down the hierarchical structure of the legal order.⁵² In this sense, the morally wicked norms of a totalitarian state would generate a duty of obedience similar to the norms of a full-fledged democracy, given that those dispositions have also been enacted by competent organs according to an established procedure. Vinx admits that, for Kelsen, all legal systems limit political power. For this reason, legality has always a legitimizing force and the moral flaws of the law are attributable to its lack of development. The elements of legality that are present in every legal system, as weak as they might be, can be enhanced to give it full legitimacy. In consequence, the duty of obedience to the law is relative to the level of acceptance of the legal order.⁵³

Vinx rightly points out that the Kelsenian conception of democracy has a relativistic character given that it does not involve the normative thesis that democracy represents an absolute political value. This conception is only related to the idea that there is an internal relation between democracy and the ideal of freedom as self-determination, so that this ideal can only be carried out within democratic systems. According to Vinx, whether democracy is preferable to autocracy because it is a superior method for norm creation is something that cannot be scientifically proved. In Kelsen's theory, if we assume that political freedom is the supreme social value, then it can be said that democracy is the best form of government. But this ethical and political preeminence cannot be demonstrated by the science of law.⁵⁴

In Vinx's reading, the thesis about the identity of law and state signifies that an act is attributable to the state only if it is legal. However, 'a judgement of attribution is not itself an exercise of legal authority but rather an exercise of jurisprudential or legal scientific understanding'.⁵⁵ According to Vinx, those entitled to make such judgments are the ones subject to the norm. Therefore, before we

⁵² *ibid* 72.

⁵³ *ibid* 75.

⁵⁴ *ibid* 137-138.

⁵⁵ *ibid* 87.

MARIO GARCÍA BERGER

can say of a legal norm that it is binding, individuals subject to the legal order should determine, firstly, whether the state organs involved in the enactment of the norm are duly authorized and, secondly, whether the dispositions that rule their actions were properly followed. If citizens could not make these judgements of attribution they would have to assume that state acts have only a subjective sense, with the consequence that the alleged legal norms would be null.

Thus, it is affirmed that the identity between law and state is not, *pace* Kelsen, an empty conceptual truth but expresses the normative ideal that governs the exercise of public power. If the legality of acts of state is the source of their legitimacy, state organs cannot have the last word about their sphere of competence. Their acts should be opened to public scrutiny before we can attribute legality to them. In well-developed democracies this citizens' primary power of revision is deferred to independent judicial organs, which perform such scrutiny in the name of those subject to the legal order. In this way, legal norms are voidable by the revisory organs. Their voidability no longer depends on the primary judgements of attribution but on other norms that can derogate them.⁵⁶

If autocracies are primitive legal orders, the identity thesis is also applicable to them. This poses some problems to the idea that democracy makes a unique contribution to the utopia of legality, since the autocratic state cannot act illegally. Within autocratic systems, the identity between law and state leads us to deny legality to all those norms whose constraining powers state organs can ignore. A norm that confers restricted authority but that does not constitute a ground to invalidate decisions in conflict with it or to punish the responsible organ 'cannot have the full force of law because it does not bind those it purports to authorize. But this means, according to Kelsen, that those who are purportedly authorized by such an unenforceable norm cannot appeal to it to defend their claim to authority'.⁵⁷

The pure theory, according to Vinx, is not neutral because its explanation of legal normativity is bound to an understanding of the

⁵⁶ *ibid* 93.

⁵⁷ *ibid* 211.

AGAINST THE REVISIONARY POLITICAL...

law according to which legal norms have a mediating role and set limits to power. This theory is adequate to the rule of law because it facilitates the transition from autocracy to this ideal. Vinx believes there is a tension between Kelsen's purpose of providing a general descriptive theory of law and the normative implications of his idea of legal objectivity. From the point of view of such theory, given that autocratic systems are also legal orders, they possess, to a certain extent, justified normativity, in spite of the fact that they impose weak constraints on political power. According to Vinx, Kelsen tries to overcome this problem by interpreting autocratic systems 'as anticipations of a legal order that more fully realizes the ideal of the rule of law'.⁵⁸ He seems to ground this thesis on Kelsen's idea that, given the insufficiency of their *de jure* legitimacy, 'autocratic states always... have to refer to ideological sources of legitimacy external to the law in order to fully justify their claims to obedience'.⁵⁹

6. *The Scientific Character of the Pure Theory*

In his alternative interpretation, Vinx is not at all clear about his stance on the alleged scientific character of the pure theory. For Kelsen, he says, the pure theory is scientific as long as it is not an ideology, which is defined as a system of false beliefs that stabilizes the illegitimate relations of authority and prevents individuals from autonomously deciding how to act. Thus, the pure theory liberates us from ideological explanations of law and becomes a preparatory social critique for the moral evaluation of unjust law. In this way, the authoritarian political structures are diminished because the ideological support that such systems get from the doctrine of natural law is unmasked. To paraphrase Bernard Williams, it is affirmed that the pure theory serves the ideal of finding a stable and decent human community that depends, minimally, on mythological explanations.⁶⁰

⁵⁸ *ibid* 212.

⁵⁹ *Loc.Cit.*

⁶⁰ *ibid* 14-15.

MARIO GARCÍA BERGER

In Vinx's opinion, the Kelsenian exegesis of legal normativity is a non-evaluative scientific conceptual framework because, according to Kelsen, the choice between constitutionalism and autocracy is not objectively decidable, nor the identification between law and state is preferable to dualism because the former is more adequate to the ideal of the rule of law. Kelsen thinks that there are enough scientific reasons to opt for the pure theory, independent of its suitability for this ideal.⁶¹

However, Vinx criticizes the Kelsenian scientific aspirations since they are grounded on a *petitio principii*. The demand that legal theory be scientific and independent from other disciplines can be an operative methodological principle once its object of study has been characterized and, based on that, it is concluded that it requires an autonomous science. Contrariwise, Kelsen holds that the law is what the pure theory affirms it to be, given that all the other forms of conceiving the law are wrong because they fail to treat it as the object of an autonomous discipline. In this way we would not have an argument but a *petitio principii*.⁶² The problem is that Kelsen cannot appeal, in his defense, to an accepted conception of normative science simply because there is none.⁶³

What does it mean that the science of law is autonomous? For Vinx, this thesis includes three distinctive features:

- 1) It is a normative science and —for this reason— independent from any natural science.
- 2) It should be distinguished from theories of justice.
- 3) It is a general theory of law that describes a common structure to all legal systems.⁶⁴

The conclusion is that since there is not an accepted conception of normative science, instead of trying to make sense of the thesis that the science of law would not be scientific if it were impure, the

⁶¹ *ibid* 20.

⁶² *ibid* 29.

⁶³ *ibid* 31.

⁶⁴ *ibid* 30.

AGAINST THE REVISIONARY POLITICAL...

relevant question is whether there are convincing and independent reasons to accept that the former three distinctive features are conditions of adequacy that a legal theory must satisfy. In this way, the double purity postulate with respect to empirical social sciences and substantive theories of justice (points 1 and 2 above), has any sense only if we hold that legal science presupposes the existence of autonomous values of legality.⁶⁵

Vinx accepts the requisites of autonomy, independence and purity that Kelsen imposes on any legal theory, but he gives them a sense that deviates from the original. The requirement is still to prevent the introduction, into legal science, of elements from the natural or the moral world. Or in Vinx's terms, to stay away from ideological groundings that explain the law appealing to social facts and from substantive accounts that make use of theories of justice to argue that an explanation is preferable because it materializes superior moral principles. But this purity postulate does not emerge from methodological reason alone, it aims to eradicate the obstacles that stand in the way to the utopia of legality.

IV. SOME CONSIDERATIONS ON VINX'S READING OF KELSEN

One of the pillars of the thesis that the value of the pure theory is its connection with Kelsen's political philosophy is the idea that its explanation of legal normativity is not viable. On occasions, Vinx just discards this exegesis without further reasons. The only serious critique is that, as we have already seen, at the bottom of Kelsen's argument there lies a *petitio principii*.

Let's examine this point. It has been argued that the basic disagreements in the science of law originate from the lack of consensus about the nature of law. There are many different intuitions about its object of study that give raise to conflicting descriptive theories. So it is possible to reject any theory arguing that what it describes is not really law. To this respect, Dan Priel points out that each philosopher will be inclined to adopt the methodology that best accords

⁶⁵ *ibid* 31.

MARIO GARCÍA BERGER

with his preconceptions. The main reason of such disagreements is that the fundamental methodological choice is subjective.⁶⁶ The apparent consequence is that there is no way to rationally select between alternative legal theories. In this sense, it can also be held that the ideals of value neutrality, objectivity, conceptual economy, systematicity, logical consistency and methodological unity, which are characteristic of modern science, are not essential features of legal theory or do not determine, by themselves alone, what the law is, since they are compatible with different types of legal theory.

The idea that we must firstly know what the law is in order to determine what type of explanation it requires, is based on a previous decision about whether it is the theory or the practice which establishes the meaning of legal concepts. To hold that it is the latter that fixes such meaning involves a kind of Wittgensteinian thesis for which meaning is use. So we have first to describe what people do and say when they use legal concepts in order to, *a posteriori*, arrive at a conception of law that suits this practice. The alternative *a priori* way to proceed is to define firstly what a legal order is based on certain principles or categories. These are two criteria of identification: social facts *vs a priori* categories.

The first alternative revolves around the idea that human actions have in themselves a meaning that is not the product of a conceptual framework but can be discovered through careful observation. If we observe the actions of lawyers, legislators, judges and other participants in the language game of law, we can figure out what a norm, a sanction, an obligation or an empowerment is. But, do our actions really have a legal meaning that does not refer to any conceptual scheme but inheres in such acts which anyone who takes part in this language game can read? Does it make sense to say that social facts carry with them their own interpretation?

This idea is wrong-headed because among human acts *qua* physical phenomena there are causal relations but not legal relations. In order for the deliberation among a group of people can be interpreted as a session of Parliament, or the signature of some documents as the subscription of a contract, we need a normative con-

⁶⁶ Dan Priel, 'Jurisprudential Disagreements and Descriptivism', 8 *Problema*.

AGAINST THE REVISIONARY POLITICAL...

ceptual framework that makes possible the attribution of legal meaning to such acts. Therefore, the sole social practice of law cannot be the source of the meaning of legal concepts. In this way, for example, it can be said that a Dworkinian-oriented legislator would probably conceive her task as the creation of exclusionary reasons for action, while a Kelsenian-inclined legislator might see her own work as the imputation, to certain acts, of legal consequences. In both cases the attribution of meaning does not take place in theoretical isolation, but within a conceptual framework.

On the other hand, to hold that it is the theory that fixes the meaning of legal language faces the problem that there is not a unique explanation and we do not seem to have a criterion to demonstrate the superiority of one of them. The way out to this apparent blind alley is to pick the theoretical framework best suited to explain the widest range of legal phenomena. This involves a conception according to which science gets justified by the systematic, coherent, objective, and value neutral results it is able to deliver. Thereby, given our ideal of science, the descriptive-explanatory character of legal science should be upheld.

Vinx's reasons to reject the autonomy of the pure theory are weak, so they do not constitute a knockdown argument. The alleged *petitio principii* Kelsen commits when explaining the law is real only if we have previously assumed that the adequate method for a science is established after careful observation of its object of study. However, this idea implies a kind of naïve epistemological realism. From this perspective, cognition involves a passive observer that gets in contact with an object that is wholly construed prior to any relation with him. The observer, as it were, reproduces the intrinsic nature of the object since he must focus to reflect in concepts the traits of a reality independent from him. This entails the implausible idea that human acts have a legal meaning not relative to any conceptual framework. For these reasons, the thesis that the science of law epistemologically construes the law using *a priori* concepts describes more accurately its task.

If this is so, the autonomy of the science of law is a value that should be pursued regardless whether it contributes to the realization of the utopia of legality. One could dismiss the pure theory be-

MARIO GARCÍA BERGER

cause an alternative framework better explains, say in a more systematic fashion, some theoretical problems, but it would be senseless to reject it on the ground that the rival theory is more conducive to the utopia of legality. The realization of this ideal, commendable as it is, cannot be justified from the point of view of legal science. The Kelsenian double purity postulate serves to demarcate the law as an object of scientific enquiry. This aim is independent from the practical consequences that this postulate might have.

We are before what can be called a categorial error. The science of law should be evaluated by internal criteria, so that its merit will depend on how it fares in explaining and describing the law. Thereby, it is mistaken to judge it using political standards such as its contribution to a desirable state of affairs, since neither ideals define the nature of a discipline nor the science of law is a mean to obtain certain goals.

Now I want to refer to the idea that legality legitimizes the acts of the state in so far as it keeps alive the hope for the utopia of legality. I think this idea brings with it a certain degree of discretionality. No doubt, citizens' judgements about whether the legislative, administrative or judicial decisions within a legal order advance in the direction of the rule of law are influenced by a range of moral, political and ideological opinions that express different evaluations about how close a legal order is from the rule of law. How it is possible, from this multiplicity of moral standpoints, to arrive at a reasonable and general hope in the utopia of legality is something that escapes us.

This element of discretionality gets manifested the moment those who are subject to the legal order ponder its degree of legitimacy or its proximity to the utopia of legality, which could turn out to be insufficient to compensate the substantive moral reasons these individuals may have for not following the law. It is said that, according to the pure theory, someone not willing to give any obligatory force to the fact that a certain norm has been legally enacted, would be acting without a moral justification. He would be expressing his 'unwillingness to subject his normative conflicts with others to legal arbitration'.⁶⁷ The problem with this thesis, apart from being mis-

⁶⁷ Lars Vinx (n 5) 74.

AGAINST THE REVISIONARY POLITICAL...

taken to attribute it to Kelsen, is that in a morally wicked legal order, such as the Third Reich or the Apartheid, Jews and black people would have moral reasons for not giving to its norms the slightest degree of legitimacy, notwithstanding its constitutional correctness.⁶⁸

The idea that the legality of a norm depends on the citizen-judgment of attribution about its legitimacy is based on an alleged principle according to which those subject to the legal order, to whom obedience is demanded, should decide whether the norm is attributable to the state, that is, whether it is valid. Another way to put it is to say that it would be morally incorrect to deprive of this prerogative to those who are subject to the norms and are claimed obedience.

However, in order for such a moral principle to be operative it will be necessary to legally introduce it through an act empowering citizens to issue such judgements. Unless there is such an act, we would have an empowering norm without an act of authorization, contrary to the positivist dictum: *keine Imperativ ohne Imperator*. In this way, political or moral correction is thought to have the power to create law. Besides, as we will shortly see, this contradicts Vinx's idea that the attribution of a norm to the state is the task of the science of law, since, for him, such attribution is not a result of the conceptual identity between law and state, but the outcome of individual acts of will psychologically explainable and grounded on a moral principle. The problem is that as long as it remains a mystery how morality can produce legal norms without an act of promulgation, the alleged citizens' right to make those judgements hangs in the air. It is worth noting that Vinx justifies the revision of norms by a constitutional court arguing that citizens defer their right of primary revision to an adjudicative organ. However, such right cannot be deferred if it has not been yet grounded.

There are two ideas in Vinx's conception of the Kelsenian legal science that worth some scrutiny. The first one is that the main pre-occupation of the pure theory is the revision of state acts, and that the citizens' right to evaluate their legality has a scientific grounding.

⁶⁸ For a recent discussion on the legality of morally wicked legal systems see David, Dyzenhaus, *Hard Cases*,

MARIO GARCÍA BERGER

That the analysis of the constitutionality of norms cannot be an aim, let alone the principal one, of the science of law is clear if we reflect on the fact that the justification of a particular institutional design is not an explicative endeavor. In any case, it is the task of legal policy to show that such design is the most effective mean to achieve certain purposes. In this way, the alleged connection between the pure theory and Kelsen's political philosophy ends up dissolving the frontiers between the science of law and the design of political institutions.

The second idea implies the thesis that the science of law makes the law, since the citizens' right to make judgements of attribution of legality is said to be a scientific truth and not the result of an act of will. Mysteriously, the science of law is turned into a lawmaking authority. Moreover, this contradicts the idea that such right emanates from an alleged moral principle, according to which those to whom obedience is demanded should be the ones who judge the adequacy of norms to their material and procedural standards. Oddly enough, we would end up here with a right that comes, at the same time, from scientific considerations and from a moral argument.

Now I will come back to Vinx's idea that autocracies used to lean on ideological justifications. For Kelsen, these legitimizing discourses, which also happen in democracies though in a lesser extent, pretend to turn moral or political relative values into absolute ones. They have nothing to do with the scientific characterization of the law. Legal science preserves its character as long as it is not an ideology. In this sense, an autocracy is not a rudimentary legal order whose restrictions on political power are so insufficient not to require ideological justifications. According to Kelsen, what makes possible the legal interpretation of the acts of, say a dictator, is not the kind of discourse employed by his supporters to legitimize him, but the presupposition of a basic norm, that is, a theoretical and not a political act. Representative democracy has been historically associated with the restrictions on political power characteristic of the liberal tradition. However, it is a methodological syncretism to introduce such relation into the legal definition of democracy.

It is possible to conceive, without contradiction, a totalitarian state that limited the dictator's power, for example by delegating certain state functions to body of experts, even though there would

AGAINST THE REVISIONARY POLITICAL...

not be any historic reason to expect this to happen. Though Kelsen associates the autocrat with a solipsistic character, a strong will to power and an absolutist ethico-philosophical conception, it is logically possible that such autocrat imposed himself restrictions. We would then be before a pragmatic inconsistency, but as Kelsen warns us:

But just because it is within the soul of the empirical human being and not within a sphere of pure reason that politics and philosophy originate, we must not expect that a definite political view will always and everywhere be combined with the philosophical system which logically corresponds to it.⁶⁹

From a theoretical point of view it cannot be affirmed that autocracy is an inferior system of government whose gradual development leads to democracy, since the science of law does not politically or morally evaluate legal orders. This thesis can only be defended if it is assumed that the values commonly associated with democracy are better than those linked to autocracy. But such justification requires an ordering of values that falls into the realm of politics or ethics. Kelsen asserted that the point of view of the science of law can only establish which means are better suited to bring about certain ends, but not which ends must be pursued. 'For the relationship between means and end is a relationship between cause and effect, objectively ascertainable by science, whereas the recognition of an end as an ultimate value, which is itself not the means for a further end, lies beyond scientific cognition'.⁷⁰

Lastly, let's take another look at Vinx's thesis that to presuppose a basic norm amounts to postulating that exercises of coercive force under its authorization are morally justified. It has been suggested that this idea can be conceived as a kind of Alexian argument which would run as follows: the official saying someone "I coerce you to do this immoral thing" will be incurring in a pragmatic contradiction as does the person affirming "the cat is on the mat but I do not believe it". Contrary to what happens in the latter case, where the statement of a state of affairs pragmatically implies the belief in it, in the for-

⁶⁹ Hans Kelsen, 'Foundations of Democracy', 15.

⁷⁰ *ibid* 40.

MARIO GARCÍA BERGER

mer the acts of coercion do not entail by themselves that they have to be morally justified but only, as long as we presuppose the basic norm, that officials are empowered to coerce. In order to introduce the moral predicate as a necessary element of the exercises of coercive force we would have to move away from Kelsen and to assume, for example, in Hartian terms, that the rule of recognition necessarily incorporates moral principles, but the exploration of this possibility would take us far beyond the scope of this paper. It has also been pointed out to me that Dyzenhaus has expressed that the ground of the revisionary reading of Kelsen is the political notion of personhood taken from Roman Law. Thereby, inasmuch as persons are rational, the legal regulations of their conducts have to appeal to legitimacy. Though personhood remains a legal concept, it opens the door for legitimacy in that it presupposes rationality, which brings with it a minimum of moral content.⁷¹ This would seem to give room to the ideal of the rule of law or to some sort of Fullerian legal internal morality. In this case we would be before formal demands that law needs ideally to fulfill, but they would not demand acts of coercive force to meet certain legally independent moral standards.

V. CONCLUSIONS

Throughout this paper it was established that Vinx's criticism of Kelsen's explanation of legal normativity along with its purity principle, is weak and does not represent a knock-out argument against it. In consequence, there are no reasons to hold that the pure theory lacks any intrinsic value as an explanation of law and that its usefulness consists in that it facilitates the utopia of legality. We should keep in mind that Vinx aims at a political reevaluation of the pure theory. The reason is that the epistemological self-comprehension of the pure theory, as an effort directed to providing the science of law with the conceptual framework to determine its object of study, is implausible. However, as I have said, Vinx does not provide convincing reasons to support his stance. With the exception of the doc-

⁷¹ I want to thank one of my anonymous referees for both suggestions.

AGAINST THE REVISIONARY POLITICAL...

trine of natural law, he does not either demonstrate why the pure theory is more adequate to the rule of law than other alternative explanations of legal normativity.

It could be said that Vinx's argument is designed to go against the "descriptive" or "external" view of Kelsen's endeavor, and that it should be read as offering a "scientific" doctrinal account from the Hartian "internal point of view", i.e. one that takes into account the views of the officials of a legal system. In this sense, many of Vinx's arguments could be taken to suggest that the standard interpretation is mistaken because it puts the legal theorist in the place of the sociologist (Hart's "external point of view") and not in the vantage point of the lawyer; but once we make the correction the link between the law and some political values become evident and coherent.⁷² My answer to this suggestion would be that, for Kelsen, the description of the norms of a legal order made by the jurist is of a different kind from the sociologist's. In the former case it presupposes a series of concepts that allows the legal reading of human acts, so that she is able to describe the normative connections between illicit and sanctions, within the system, using the principle of imputation. Whereas in the latter case the sociological description has other aims, for example, to identify types of political leadership or the prudential reasons behind the efficacy of a legal system; consequently, the theorist employs a different set of notions. However, as Kelsen says, the sociologist, in describing the kind of relations she is interested in, inevitably makes use of legal notions like that of norm, obligation, sanction and so on.

On the other hand, I think it is inaccurate to ascribe to Kelsen a Hartian "internal point of view", since the idea that the normativity of law can only be grasped if we adopt the perspective of those who consider the norms of the system they live in as guides for their conduct, is wholly alien to the epistemological framework of the pure theory. Kelsen rejects the idea of introducing a sociological method within the legal science because, as a description of social events in terms of causes and effects, sociology is a science based on a naturalistic approach. Nevertheless, this does not entail that

⁷² I owe this suggestion to one of anonymous referees.

MARIO GARCÍA BERGER

Kelsen embraces the internal stance officials take when establishing what counts as valid law. As we know from Hart, the recognition of the legal sources in a certain community is founded on the agreement, among all those who take part in legal affairs, about what is the valid law in a given system. If we want to phrase Kelsen's position in terms of perspectives, it can be affirmed that the jurist has to adopt the point of view of legal science, that is, its epistemological framework, in order to describe the norms of an order. This standpoint has nothing to do with a social recognition in that the latter falls within the domain of sociology. As Kelsen holds, if we take a naturalistic or sociological stance we simply lose track of the normativity of law.

It is worth noting the conception of democracy on the basis of which Vinx construes his non-standard interpretation of Kelsen is substantially robust, given that it includes freedoms, rights and mechanisms for the revision of the constitutionality of legal norms. All these elements, as politically and morally commendable as they might be, do not form part of Kelsen's characterization of democracy as a method for the creation of legal norms. So, to the extent that Vinx wants to fix a nexus between the pure theory and Kelsen's political ideas, it can be pointed out that his proposal is ridden with doctrinal inaccuracies.

As we saw, it is conceptually possible to think of an autocracy where the utopia of legality was fully realized. Thus, for this task democracy does not have a theoretically superior vantage point, though it has been historically the most efficient form of government to achieve this goal. We have here a methodological error that consists in confusing the nature of a phenomenon, say democracy, with its political value. The same mistake occurs, Kelsen states, when the concept of democratic representation is not distinguished from the contribution democracy makes to the existence of the state.⁷³

The necessary relation that Vinx seeks to establish between legality and legitimacy mixes the nature of law with the aims particular

⁷³ A similar confusion arises between the essence of democratic representation and the conditions under which democracy can prosper. Hans Kelsen, "Foundations of Democracy" 9-10.

AGAINST THE REVISIONARY POLITICAL...

legal orders may pursue. Democracy and the utopia of legality can only have a means/end relation. However, to prove that a certain mean is the best way to bring about a goal is not a task for the science of law but, in any case, for legal policy. To this respect, it is interesting to point out Kelsen's hesitant attitude, which Dyzenhaus stresses, when he tries to clear his mind about the restrictions that should be imposed on political power for the realization of the rule of law, since he either refrains from the attempt or ends up admitting that the debate on these limitations is political and not a matter for the science of law.⁷⁴

We indicated that Vinx commits a series of interpretative mistakes such as confusing, in his reading of the role of the basic norm in the explanation of legal normativity, theoretical acts with acts of will; or identifying the attribution of legality to state acts, which is the theoretical product of the identity between law and state, with the conformity of the subjects to the legal order. At the bottom of these errors lies the idea that the value of the pure theory resides in its relation with Kelsen's political philosophy. So, the question we should ask is whether this political interpretation of Kelsen is sound. We have already stated that Vinx's reasons against Kelsen's own interpretation of his work are weak. A good example is when he attacks such reading saying that it is counterintuitive and contrary to our common way of understanding law. It could be said that the adequacy of a theory to the way its object of study is usually conceived is not a scientific criterion to evaluate it. The pure theory is to be upheld or abandoned on the basis of criteria that would apply to any explanation that aims to be scientific. If the pure theory contributes to the realization of a social and political system, though relevant from a political and moral point of view, lacks any importance for its epistemological or scientific status.

Now we have to ask whether there exists any relation between the pure theory and Kelsen's political philosophy. Once the idea of a necessary connection has been dismissed, the most convincing alternative is that we are before a pragmatic nexus. Thus, the scientific character of the science of law is consistent with Kelsen's prefer-

⁷⁴ David Dyzenhaus, "Legal Theory in the Collapse of Weimar" 128-129.

MARIO GARCÍA BERGER

ence for democracy and the means to make it more effective: political rights, freedom of speech, tolerance, the rule of law, among others.⁷⁵ Nevertheless, there is not a logical contradiction in supposing a democracy within a context of restrictions to freedoms and rights, surrounded by individuals with a strong will of power, since democracy is, from a legal point of view, a method for the creation of law. In any case, what we have here is a pragmatic inconsistency like the one, pointed out by Anna Pintore, that would commit someone who favored democracy but rejected relativism or stated that it is raining but he does not believe it.⁷⁶

Confusing science with politics, as Kelsen warned in his debate with Carl Schmitt, can lead to the illusion of giving a scientific justification to what are only relative political goals. The tendency to bind science with politics in order to graft onto the latter the prestige of science, Kelsen concluded, can bring to the former harmful consequences, even when such binding is carried out with the best intentions as to defend a morally good cause, given that the value of the science of law is intrinsic to it and distinct from the political or moral merits of a certain social system.⁷⁷

What is then the relation between the science of law, democracy, the rule of law and the principle of legality? According to the Neo-Kantian/transcendental spirit of the pure theory, democracy, from a nomo-dynamic point of view, is a method for the creation of legal norms. The rule of law and the principle of legality are means for what Kelsen calls the rationalization process that democracy carries out: the tendency to subject the acts of the state to pre-established general norms, generally written and promulgated, created through well-organized processes, which regulate such acts in detail as to make them predictable and reduce the degree of discretionary power of public officials. It is worth stressing that this is a tendency and not an intrinsic element of the legal definition of democracy.

⁷⁵ Hans Kelsen, "Foundations of Democracy".

⁷⁶ Anna Pintore, 'Democracia sin derechos: En torno al Kelsen democrático', 23 *Doxa* 121-122.

⁷⁷ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* (first published in German 1931, trans. R.J Brie, Tecnos 1995) 81-82.

AGAINST THE REVISIONARY POLITICAL...

In this sense, the principle of legality, which demands that state acts be in conformity with the general dispositions that rule them, contributes to legal certainty and to the predictability of legal norms, which are the ideal features of a democracy *vis a vis* the discretionality of autocratic systems. The latter seek in the exception of the individual case, opposed to the general law, or as Kelsen puts it, in the creative *Kairós*⁷⁸ or in the spur of the moment inspiration, in the free and intuitive creation before any new circumstance, an alleged absolute justice. This justice is not expressed in general norms because they cannot contain what really matters, 'the pulse of life'. On the contrary, absolute justice gets manifested in each individual case since it has the virtue to fit into their particularities. This is the reason why the legislation, within the ideology of democracy, is considered to be the basis of the other functions of the state.⁷⁹

Thus, the science of law maintains its autonomy with respect to the conditions (rights and freedoms), and the means (protections of minorities, independent revisory bodies and general legal norms), that allows democracy to contribute more effectively to the stability of political systems. In passing, it is worth noting that Dyzenhaus mistakenly believes that the principle of legality emerges when we adopt a scientific perspective, thereby confusing a technical mean for certain aims with an essential feature of democracy. Though he also contradictorily affirms that by means of such principle liberal democracy is warranted, which is indicative of its instrumental character.⁸⁰ To conclude, between the science of law and representative democracy there is a conceptual/explicative relation, since the latter is legally defined as an ideal method for the creation of norms, which has been historically realized in various degrees but always has barred, for different reasons, some groups of individual from political participation. On the other hand, between democracy, the rule of law and the principle of legality, there is a connection of means to

⁷⁸ In ancient Greek mythology, *Kairós* was the God of the 'fleeting moment' and had a qualitative nature opposed to that of *Cronos* which was quantitative.

⁷⁹ Hans Kelsen, 'Foundations of Democracy' 29; Hans, Kelsen, "Forma de estado y vision del mundo" 251-253.

⁸⁰ David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy* 153.

MARIO GARCÍA BERGER

ends, given that through the rule of law and the principle of legality democracy rationalizes the regulation of human conducts.

VI. REFERENCES

- Bulygin E., 'An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law', 3 *Ratio Juris*.
- Cohen H., *Logik der reinen Erkenntnis* (Bruno Cassirer Verlag 1922).
- Cohen H., *Ethik des reinen Willens* (Georg Olms Verlag 2002).
- Dyzenhaus D., 'Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?', 91 *The American Political Science Review*.
- Dyzenhaus D., *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar* (Oxford University Press 1999).
- Dyzenhaus D., *Hard Cases in Wicked Legal Systems: Pathologies of Legality* (Oxford University Press 2010).
- Heidemann C., 'Die reine Rechtslehre im Lichte des kritischen Rationalismus' 18 *Ratio Juris*.
- Kelsen H., 'Foundations of Democracy' 66,1,2 *Ethics*.
- Kelsen H., *Teoría General del Estado* (first published in German 1925, trans. by L.L Lacambra, Editora Nacional 1965).
- Kelsen H., 'Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantienues', 7 *Droit et Société*.
- Kelsen H., *Problemas capitales de la teoría jurídica. Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica* (first published in German 1923, trans. by W Roces, Porrúa 1987).
- Kelsen H., *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (first published in German 1931, trans. by R. J. Brie, Tecnos 1995).
- Kelsen H., *Pure Theory of Law* (The Lawbook Exchange 2009).
- Kelsen H., "Forma de estado y visión del mundo" in Oscar Correas (ed), *El otro Kelsen* (Coyoacán 2003).
- Kelsen H., *Esencia y valor de la democracia* (first published in German 1929, trans. by J.L Requejo Pagés, Comares 2002).

AGAINST THE REVISIONARY POLITICAL...

- Kelsen H., *Introduction to the Problems of Legal Theory* (first published in German 1934, trans. by B. Litschewski and S. Paulson, Clarendon Press 1997).
- Manero J. R. and Atienza M., *Para una teoría postpositivista del derecho* (Palestra-Temis 2009).
- Manero J. R., “Cincuenta años después de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*. Sobre el trasfondo de la teoría pura del derecho y sobre lo que queda de ella”, *Doxa*, 33.
- Nino C., *La validez del derecho* (Astrea 1985).
- Nino C., “Some Confusions surrounding Kelsen’s Concept of Validity” in Stanley Paulson and Bonnie Litschewski (eds), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (Clarendon Press 1998).
- Pasher M., “Hermann Cohens Einfluss auf Kelsens reine Rechtslehre”, *Rechtstheorie* 23, 4.
- Paulson S., “Four Phases in Hans Kelsen’s Legal Theory? Reflections on a Periodization”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 18.
- Paulson S., “The Great Puzzle: Kelsen’s Basic Norm” in Luís Duarte d’Almeida, John Gardner and Leslie Green (eds), *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law* (Hart Publishing 2013).
- Paulson S., “A Justified Normativity Thesis in Hans Kelsen’s Theory of Law? Rejoinders to Robert Alexy and Joseph Raz” in Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (OUP 2012)
- Paulson S., *Facultad, responsabilidad y la teoría pura del derecho. Aspectos de una reconstrucción de acuerdo con la escuela Neo-Kantiana de Marburgo* (Fontamara 2014).
- Paulson S., ‘On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen’s Basic Norm’, 13 *Ratio Juris*.
- Pintore A., ‘Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático’ 23 *Doxa*.
- Priel D., ‘Jurisprudential Disagreements and Descriptivism’, 8 *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*.

MARIO GARCÍA BERGER

- Raz J., “The Purity of the Pure Theory” in Stanley Paulson and Bonnie Litschewski (eds), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (Clarendon Press 1998).
- Raz J., “Explaining Normativity. On Rationality and the Justification of Reason” in *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action* (Oxford University Press 1999).
- Raz J., “Kelsen’s Theory of the Basic Norm” in *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford University Press 2009).
- Scarpelli U., *¿Qué es el positivismo jurídico?* (first published in Italian 1965, trans. by J. Hennequin, Cajica 2001).
- Schmill U., ‘Algunas influencias de Hermann Cohen en Hans Kelsen’, *21 Isonomia*.
- Vinx L., *Hans Kelsen’s Pure Theory of Law. Legality and Legitimacy* (Oxford University Press 2007).

DERECHO, SISTEMA Y REALIDAD: ¿EL POSITIVISMO SE HACE AGUA EN NUESTRAS MANOS?*

LAW, SYSTEM AND REALITY: IS POSITIVISM ESCAPING FROM OUR HANDS?

Andrés BOTERO-BERNAL**

Resumen:

El presente escrito buscará explicar las ideas más relevantes y las más controversiales de la tesis doctoral de Ricardo Guibourg, denominada “Derecho, sistema y realidad” (1986). Igualmente, siempre de cara a lo anterior, se expondrán dos aportes adicionales: la importancia de dicho texto en el conjunto del pensamiento iusfilosófico de Guibourg y el contexto de producción intelectual de la iusfilosofía argentina durante el último cuarto del siglo XX.

Se considera que de la debida comprensión de estos tres aspectos (las ideas de la obra, el pensamiento iusfilosófico del autor y su contexto intelectual) surgirá una adecuada y pertinente lectura (más allá del texto mismo) de la tesis “Derecho, sistema y realidad”. Esto, porque se cree que una lectura respetuosa, a la vez que crítica, del texto y de su contexto, es fundamental para comprender la crisis ineludible del positivismo vislumbrada, entre otros, por Ricardo Guibourg.

Palabras clave:

Guibourg, derecho, sistema, realidad, eficacia, positivismo, estructuralismo, funcionalismo.

* Artículo recibido el 19 de noviembre de 2019 y aceptado para su publicación el 29 de abril de 2020. Resultado de investigación financiado con recursos del proyecto 2516 (código SIVIE) de la Universidad Industrial de Santander (Colombia).

** Profesor titular de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander (UIS). Correo electrónico: botero39@gmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2609-0265>.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

Abstract:

This paper aims to explain the most important and most controversial ideas of Ricardo Guibourg's doctoral thesis, "Derecho, sistema y realidad" (1986). Two additional contributions of Guibourg's thought will also be discussed: first, the importance of his doctoral thesis in his legal philosophy as a whole and second, the context of intellectual production in Argentine legal philosophy during the last quarter of 20th Century.

A proper understanding of these three aspects (the ideas in the work, author's legal philosophy and its intellectual context) will emerge from an appropriate and relevant reading (beyond the text itself) of the dissertation entitled "Derecho, sistema y realidad". This paper is important because it is believed that a respectful and critical reading of the text and its context is key to understand the inevitable crisis of positivism foreseen, among others, by Ricardo Guibourg.

Keywords:

Guibourg, Law, System, Reality, Efficacy, Positivism, Structuralism, Functionalism.

DERECHO, SISTEMA Y REALIDAD...

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Historia de la tesis doctoral*. III. *La tesis doctoral de 1986*. IV. *Proyección de la tesis en la obra posterior de Guibourg*. V. *Reflexiones finales*. VI. *Bibliografía citada*.

I. INTRODUCCIÓN

Si seguimos la concepción tradicional, la tesis doctoral de un reconocido profesor seguro fue su obra más importante (o está entre las más importantes), en tanto que dicha concepción nos ha hecho creer que gracias a ella se le abrieron puertas que dieron lugar a una fructífera carrera académica, de un lado, y que ella marcó un rumbo en una serie de preocupaciones que ocuparán las atenciones del autor por largo rato, del otro. Y esta concepción tradicional se cumple tratándose de la tesis doctoral del profesor bonaerense Ricardo Guibourg [1938-], intitulada “La ciencia bifronte del derecho”¹ y publicada el mismo año de su sustentación (1986) con el nombre de “Derecho, sistema y realidad”.²

Con base en lo anterior, ya podemos denotar la importancia *prima facie* de esa obra en el marco general del pensamiento de su autor. Sin embargo, queremos ir más allá de esta constatación, por lo cual exploraremos en las siguientes páginas el contexto de creación de la tesis, las ideas allí defendidas y la forma como estas impactaron otras obras posteriores de Guibourg. Esperamos, de esta manera, aprovechar la tesis de 1986 para dar algunas luces sobre aspectos más generales y no por ello menos importantes, como el desarrollo de las escuelas positivistas argentinas —que vivieron un momento de esplendor en la segunda mitad del siglo XX y que aún siguen arrojando buenos resultados—, y la producción general iusfilosófica de uno de sus más reconocidos miembros.

Ahora bien, para llegar al cometido antes propuesto, dividiremos este trabajo en los siguientes apartados. El primero estará dedicado

¹ Guibourg, Ricardo, *La ciencia bifronte del derecho*, Tesis Doctor en Derecho, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

² Guibourg, Ricardo, *Derecho, sistema y realidad*, Buenos Aires, Astrea, 1986.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

a mostrar el contexto de creación de la tesis de 1986. El segundo apartado analizará, con algo más de detalle, las ideas, la metodología y las fuentes de la tesis doctoral. Y el tercero y último se centrará en ver cómo dichas ideas se desarrollaron en obras posteriores del autor, convalidando lo dicho inicialmente: que la tesis doctoral fue una de sus obras más importantes y que marcó el rumbo de muchas reflexiones posteriores.

Valga aclarar que para la elaboración de este escrito nos fundamos en fuentes bibliográficas (de las que se irán dando cuenta a lo largo del trabajo), fuentes personales (fruto de la experiencia del autor de este escrito, quien fue formado doctoralmente al interior de esta tradición iusfilosófica argentina) y fuentes testimoniales (resultado de varias entrevistas con Guibourg, destacándose una del 17 de julio 2018 en Baltimore, EE.UU., que aportaron datos importantes para la elaboración de los dos primeros capítulos del artículo).

II. HISTORIA DE LA TESIS DOCTORAL

La idea central de la tesis apareció de manera temprana, por así decirlo, en la mente de Guibourg. Nada más y nada menos que cuando era un joven estudiante de la carrera de abogacía en la Universidad de Buenos Aires (en adelante, UBA), justo cuando con su espíritu crítico hacía sus primeras lecturas del gran filósofo del derecho del siglo XX, Hans Kelsen, ampliamente conocido en los ámbitos académicos argentinos, dado las buenas traducciones que circulaban en Argentina de su obra, el buen conocimiento que muchos profesores del joven Guibourg tenían del austriaco e incluso como resultado de la propia visita que hizo Kelsen a dicho país en 1949.³

Más específicamente, la idea de explorar analíticamente las relaciones entre validez y eficacia en la obra de Kelsen le surgió a Guibourg desde el año de 1958, cuando estudió al austriaco, por primera vez, en la asignatura de “Introducción al Derecho”. Este interés se vio fortalecido cuando en 1961 estudió, siendo aún estudiante,

³ Sarlo, Oscar, “La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El “frente sur” de la teoría pura”, *Ambiente jurídico*, Manizales, núm. 12, 2010, pp. 401-425.

DERECHO, SISTEMA Y REALIDAD...

otras obras menos conocidas de Kelsen, como la *Teoría General del Derecho y del Estado*, donde con mayor claridad que en la propia *Teoría Pura del Derecho* percibió, como si fuese una especie de detective analítico, que algo allí no funcionaba bien: la distinción lógica entre validez y eficacia dejaba abiertos varios agujeros ante los cuales Guibourg acechaba para saber si todo era fruto de una mala lectura o si, por el contrario, dichos agujeros estaban incrustados en el edificio kelseniano. La respuesta estuvo por la segunda vía.

Dicho con otros términos, esta curiosidad detectivesca del joven Guibourg se centró en algunas perplejidades que le generó en torno a la relación que Kelsen hacía entre validez y eficacia, en especial sobre las concesiones que su normativismo le terminaría por hacer al funcionalismo. Justo esta perplejidad fue la que motivó a este estudiante, una vez graduado como abogado, a plantear un proyecto de tesis doctoral en dicha línea, proyecto que le fuera alentado y aprobado por su maestro Ambrosio Gioja [1912-1971], con el título inicial de “La ciencia bifronte del derecho”, dado que el tema ya había sido tocado en las reuniones del círculo alentado por este inspirador de grandes corrientes académicas posteriores y reclutador de vocaciones iusfilosóficas. Gioja, a fin de cuentas, fue un gran centro pedagógico socrático de la filosofía del derecho argentina de aquel momento. Claro está que, para ese entonces, no existía la actual categoría de “director de tesis”, de manera tal que no podría decirse, en sentido estricto, que Gioja fuese director de la obra que ahora comentamos, pero sí fue un promotor fundamental de la idea, un incentivador crucial del trabajo doctoral de Guibourg.

Como ya lo dijimos, esto fue en buena medida gracias a esas reuniones deliberativas del círculo de Gioja que aumentaron la duda metódica de Guibourg, permitiéndole caer en cuenta —además— que no estaba ante una falencia exclusiva de la obra kelseniana, sino de todo el positivismo conocido hasta el momento, por lo que terminó incluyendo en su idea doctoral el análisis de las ideas de Olivecrona, Ross y Hart, en torno a la difícil relación entre eficacia y validez.

Vale la pena comentar que, en los ámbitos iusfilosóficos que convergían en la figura de Gioja en los años 60 y 70 del siglo pasado, había un claro predominio del positivismo kelseniano, el cual se vio

ANDRÉS BOTERO BERNAL

alimentado por un progresivo interés en la lógica deóntica, interés que estuvo liderado por Alchourrón, Bulygin y Vernengo, y motivado por el nunca autosatisfecho maestro Gioja. Obviamente, este círculo académico estaba en continua controversia con (y no sólo epistemológica sino también política) con los iusnaturalistas tomistas, algunos de los cuales estaban abiertamente a favor de la dictadura y del régimen conservador que en aquel momento se imponía en el país en general y en la UBA en especial. Si se nos permite simplificar, la academia era una forma más de librar una disputa política, en tanto que buena parte de los positivistas de dicho círculo eran defensores de la democracia, aunque entre ellos se diferenciaban por sus orientaciones más particulares, de derecha, de izquierda o de centro, pero democráticos al fin y al cabo. Fue el caso del propio Gioja, un gran defensor de una democracia representativa por partidos políticos, idea política que de alguna manera supo transmitir a sus discípulos, a la par de la curiosidad incesante por la consistencia del pensamiento iusfilosófico.

Igualmente, en esos años, dentro de dicho círculo empezó a formarse una tendencia crítica, provocada y auspiciada por el propio Gioja, capitaneada por jóvenes brillantes más o menos contemporáneos a Guibourg, como Cárcova y Ruiz, por mencionar sólo dos nombres de muchos posibles, quienes empezaron a ejercer cierto grado de rebelión sobre las ideas del positivismo estructuralista y lógicista en boga, con base en autores como Foucault, quien estaba en pleno esplendor.

Y en este círculo liderado por Gioja podemos ver uno de los momentos más altos, a la vez que el nacimiento y la consolidación de las dos corrientes más importantes, de la iusfilosofía positivista argentina: analíticos y críticos. Para sintetizar, Gioja supo cuajar la fama que recorría la filosofía argentina previa, con autores como Cossio con su teoría egológica, para darle bases al positivismo analítico (que tomó una importante fama con los trabajos de Alchourrón, Bulygin y Vernengo) y a la teoría crítica, de la que ya hablamos, todo a pesar de los inconvenientes que la academia del momento tuvo que afrontar: la falta de financiación de espacios de cultivo de la disciplina, de un lado, y los problemas políticos derivados de un régimen dictatorial

y conservador que logró cooptar en varios momentos la universidad argentina, del otro.

Volviendo sobre la idea de la tesis, esta, una vez aprobada por Gioja, quedó en suspenso por tres motivos fundamentales. El primero por un asunto laboral, ya que como suele suceder en Latinoamérica, los iusfilósofos suelen formarse como tal por fuera de las jornadas laborales, lo que supone mucho menos tiempo que el que tienen nuestros colegas en otras latitudes. El segundo fue por motivos personales: su primer matrimonio. El tercero, más estresante, fue un tema político: se estaba en medio de una dictadura conservadora, con un marcado acento pro-tomista, una dictadura que había logrado cooptar en buena medida los procesos administrativos y académicos de la UBA, por lo cual no había seguridad alguna de la imparcialidad de los evaluadores de la futura tesis.

Sin embargo, algo se avanzó. En 1974 Guibourg empezó el fichado de textos, siguiendo el proceso de recolección de información propio de aquellos años, según la metodología de investigación bibliográfica. Pero fue en el año siguiente, 1975, que algo alentó con vigor la idea de la tesis. En dicho año, Guibourg participó en una mesa redonda organizada por la Asociación de Abogados de Buenos Aires, en la que planteó sus primeros descubrimientos y expuso sus primeras ideas, aquellas que daban vueltas por su mente, siguiendo la gravedad propia de una persona inconforme con lo que admiraba: el positivismo kelseniano. Esta exposición marcó la estructura de lo que sería luego su tesis doctoral.

Mientras tanto, en esos años álgidos, continuamente se convocaban a concursos docentes para ascensos en el escalafón. Debemos recordar que Guibourg fue interino durante 18 años, y si bien se presentaba a estos concursos, sus resultados eran inestables pues generalmente eran anulados y desconocidos por el gobierno universitario y el nacional. Sin embargo, en uno de dichos concursos, logró su ascenso a profesor asociado, pero no a titular, por carecer del título de doctor requerido. Así las cosas, la exigencia del título de doctor terminó siendo un aliciente determinante para lanzarse a la escritura final de la tesis, sumado al sugestivo requerimiento de Vernengo, amigo y maestro de Guibourg, de no darle más vueltas al asunto. Así es que Guibourg, con rigor y disciplina, por fin se dio a

ANDRÉS BOTERO BERNAL

la tarea de la escritura de la tesis, con unas ideas que cada vez tenía más claras.

La tesis fue defendida, finalmente, en 1986 ya bajo un gobierno democrático y recuperada en buena medida la normalidad académica y administrativa de la UBA. El tribunal fue más que eminente: Alchourrón, Bulygin y Vernengo. Todos reconocidos positivistas analíticos, quienes no dudaron en otorgar “sobresaliente” a la tesis, junto con la recomendación de premio a la mejor tesis de la Facultad de Derecho. Eso sí, a pesar de obtener la más alta nota posible, no logró el “premio Facultad” otorgado a la mejor tesis de cada año.



Ilustración 1: Carátula de la tesis doctoral. Imagen propia.

Guibourg publicó ese mismo año su tesis por medio de la editorial Astrea, haciéndole algunos cambios menores: agregó una introducción y algunos subcapítulos de la tesis los volvió capítulos en el libro. Este texto ha sido reimpresso en varias oportunidades, incluso

DERECHO, SISTEMA Y REALIDAD...

en una obra colectiva colombiana.⁴ A pesar de las varias reimpressiones, nunca pasó por la mente de Guibourg una segunda edición que incluyese un cambio importante del contenido, ni siquiera una ampliación de las ideas expuestas en el texto original publicado por Astrea.

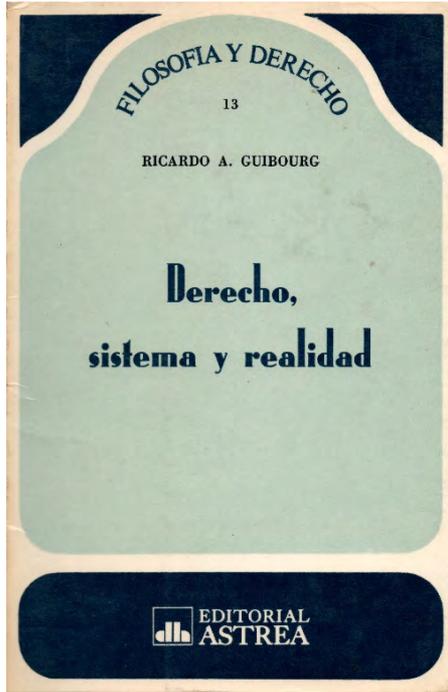


Ilustración 2: Carátula de “Derecho, sistema y realidad”. Imagen propia.

Sin embargo, a criterio de su autor, el libro no tuvo el impacto esperado, aunque apareció citado en los escritos de los amigos, especialmente por los otrora “analíticos españoles”. Pero estas citas eran más sobre aspectos circunstanciales de la obra, sobre comentarios aislados de Guibourg en torno a uno que otro autor de los

⁴ Guibourg, Ricardo, “Derecho, sistema y realidad”, en Botero, Andrés (coord.), *Filosofía del derecho*, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, pp. 331-373.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

que analiza en su tesis. Incluso, podríamos decir que el éxito de la obra no estuvo tanto en su conclusión final, a la que aludiremos en el próximo capítulo, sino a las agudas y muy concretas interpretaciones que Guibourg hizo de Kelsen y, en menor medida, de Olivecrona, Ross y Hart. Para señalar un ejemplo, no era de extrañar que muchos iusfilósofos partiesen de esta tesis doctoral para hacer un resumen de las ideas kelsenianas. Resulta que Guibourg,⁵ haciendo alarde de su capacidad sintética, redujo la extensísima obra del austriaco a doce puntos muy específicos, y por ello, la cita a esos puntos, como lo esencial del pensamiento kelseniano, logró un importante eco.

En este sentido, tendríamos que decir, por el momento, que si bien la idea central o conclusiva de la tesis no tuvo la receptividad esperada por parte de su autor en sus colegas, sí tuvieron eco algunos apartados expositivos de la tesis referidos a los autores positivistas allí analizados, a la vez que dicha idea central marcó el rumbo de varias obras posteriores del propio Guibourg (como lo veremos luego).

Pero pasemos a explorar las ideas, el método y las fuentes de la tesis en mención.

III. LA TESIS DOCTORAL DE 1986

La tesis doctoral de 1986 tiene un objetivo claro: existen dentro del positivismo dos modelos teóricos, uno que estudia al derecho como norma, y otro como eficacia. Así, una teoría del derecho positivista puede partir desde cualquiera de estas dos corrientes, con utilidad para diversos propósitos, pero el realismo no es útil para explicar la organización interna de las normas, mientras que al normativismo se le escapa la comprensión de las relaciones existentes entre la sociedad y las normas. Entonces, si una teoría positivista busca ofrecer una mirada completa del derecho desde sólo uno de los modelos, cae en contradicción interna al tener que hacerle concesiones al otro; y si pretende analizar al derecho desde los dos puntos de vista al mismo tiempo, cae en contradicción externa por la imposibilidad

⁵ Guibourg, Ricardo, *Derecho, sistema..., cit.*, pp. 16-19.

de articular de manera plausible esos dos puntos de vista. Así las cosas, el positivismo se hace agua.

Para empezar nuestro análisis, la búsqueda de posibles relaciones entre normativismo-estructuralismo y realismo-funcionalismo ya había sido iniciada con anterioridad por otros iusfilósofos, pero sin llegar a las conclusiones *negativas* de Guibourg. Por ejemplo, aprovechando el impulso sincrético del sociólogo Talcott Parsons [1902-1979] quien planteó —con alta aceptación en su disciplina— la posibilidad de una teoría estructural-funcionalista,⁶ muchos iusfilósofos y iussociólogos, de varias latitudes, intentaron acercar ambas posturas para un mejor conocimiento del fenómeno jurídico. Entre estos intentos podríamos enunciar, a manera de ejemplo, tres:

Primero, de la *Estructura a la función*, modelo planteado por Bobbio (y que ya se veía en su *Teoría general del derecho* pero con mayor claridad en *Dalla struttura alla funzione*⁷), quien consideró que el estructuralismo requería abrirse al funcionalismo para entender de mejor forma el fenómeno jurídico.

Dijo Bobbio:

Contrariamente a lo que generalmente se dice, no creo en absoluto que la teoría funcionalista del derecho, tan apreciada por los sociólogos, haya reemplazado a la estructuralista, como si se tratase de dos perspectivas incompatibles. Sucede casi siempre que cuando surge un nuevo enfoque para observar determinado campo de la realidad, se condena apresuradamente el anterior, como si este fuese no solo diferente sino equivocado. Se ignora o se finge ignorar, por efecto del vicio común a toda escuela de tender al exclusivismo, que todo campo de la realidad puede ser considerado desde muchos puntos de vista, y que más bien esta multiplicidad de enfoques ayuda a su mejor comprensión// Esto vale con mayor razón para el derecho, que es una esfera muy compleja de experiencias cuyo conocimiento exige una visión muy global y no sec-

⁶ Sobre la importancia del planteamiento sincrético de Parsons para la sociología (y para la sociología del derecho), véase Deflem, Mathieu, *Sociology of law: Visions of a scholarly tradition*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008, pp. 108-115.

⁷ Bobbio, Norberto, *Dalla struttura alla funzione: Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977. Igualmente, Bobbio, Norberto, "Hacia una teoría funcional del derecho", en *Derecho, Filosofía y Lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976, pp. 9-30 (s.r.).

ANDRÉS BOTERO BERNAL

torial. Los elementos de este universo, que son puestos en evidencia por el análisis estructural, son diferentes de aquellos que pueden ser puestos en evidencia por el análisis funcional. Los dos puntos de vista no solo son perfectamente compatibles sino que se integran mutuamente y de manera siempre útil.⁸

Segundo, el *Tridimensionalismo*, que ha tenido tres vertientes generales: la primera es la italiana, iniciada por Bobbio, también con su *Teoría general del derecho*,⁹ lo que le marcó una separación con el pensamiento kelseniano que este autor italiano defendió en su juventud. La segunda es la brasileña, con Reale [1910-2006] a la cabeza,¹⁰ que es la que mayor difusión ha tenido en muchos países latinoamericanos como Colombia.¹¹ Y la tercera es la argentina, con predominio de Goldschmidt [1910-1987],¹² pero que también cuenta en alguna medida con Carlos Cossio y Julio Cueto Rúa [1920-

⁸ Bobbio, Norberto, "Prólogo a la edición castellana", en Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, trad. de Eduardo Rozo, Bogotá, Temis, 1987, pp. IX-X. Mayor información en: Amato, Lucas, "Função, estrutura e instituição na análise jurídica", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, vol. 112, 2017, pp. 387-408.

⁹ Bobbio acepta tres dimensiones del derecho, relacionadas entre sí, pero independientes: justicia, validez y eficacia. Bobbio, Norberto, *Teoría general...*, *cit.*, pp. 26-27, par. 11.

¹⁰ Reale, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho* (1968), trad. de Ángeles Mateo, Madrid, Tecnos, 1997. Más pedagógico: Reale, Miguel, "El término «Tridimensional» y su contenido", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, Lima, núm. 50, 1996, pp. 5-9. Robledo Rodríguez, Alejandro, "Metodología jurídica trialista y hermenéutica en la construcción del Derecho", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 11, 2007/2008, pp. 269-279.

¹¹ Mantilla, Benigno, "Teoría tridimensional del derecho", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, vol. 61, núm. 1, 1966, pp. 69-77.

¹² El movimiento, en general, es denominado tridimensionalismo, pero la teoría de este autor en concreto es conocida como trialismo. Explicado en: Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1987. Más claridad pedagógica en: Pezzetta, Silvina, "El marco teórico del trialismo de Werner Goldschmidt y su evolución: algunas ideas sobre los nuevos aportes teóricos", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 11, 2007-2008, pp. 245-255. Una nueva formulación del trialismo puede encontrarse en los trabajos de Ciuro, por ejemplo: Ciuro Caldani, Miguel Ángel, *Bases iusfilosóficas del Derecho de la Cultura*, Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas, 1993, pp. 21-106.

2007]. Sintetizando, el *Tridimensionalismo* pretende la articulación del iusnaturalismo como el más habilitado para el estudio de los valores en el derecho, del estructuralismo como el más apto para el estudio de la norma y el ordenamiento, y del funcionalismo como el responsable del estudio del derecho como un hecho socio-cultural. Sin embargo, este movimiento, en sus tres vertientes, ha “tropezado con problemas metodológicos y epistemológicos, basados en la dificultad de ensamblar estas (tres) “dimensiones” entre sí sobre la base del pensamiento tradicional y analítico (de sus cultores)”.¹³

Tercero, la *Teoría sistémica*,¹⁴ que observa al derecho como un subsistema social cumpliendo funciones (inmunológicas ante la contradicción y el conflicto) que determinan su propia estructura, para lo cual se recurre a la sistémica y las teorías de la complejidad como principal forma de comprender el derecho más allá de la fragmentación impuesta por la Modernidad. Dicho con otras palabras, estructura y función confluyen en el “sistema” jurídico, entendido esto más allá de “ordenamiento normativo”.

Ahora bien, la respuesta a las posibles relaciones entre estructura y función sería bien diferente para la tesis de Guibourg, aunque en el próximo capítulo mencionaremos la cercanía de su conclusión con la teoría sistémica, en especial desde la informática jurídica. Vamos directamente a las palabras de Guibourg: “con la interacción de un realismo subyacente y de un formalismo vagamente espasmódico, (mediante la cual) la ciencia del derecho, bifronte como Jano, puede aspirar a cumplir su compromiso con el método empírico y con la

¹³ El texto entre paréntesis es nuestro. Grün, Ernesto, “La aplicación de la Sistémica y la Cibernética al Derecho”, en Botero, Andrés y Estrada, Sergio (comp), *Temas de filosofía del derecho*, Medellín, Universidad de Medellín, 2003, p. 289. Además: Grün, Ernesto y Botero, Andrés, “Hacia una teoría sistémico-cibernética del Derecho”, *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, núm. 117, julio-diciembre 2008, pp. 41-64.

¹⁴ Donde brillan los trabajos de Luhmann, en especial para lo que nos concierne: Luhmann, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (1974), trad. de Ignacio de Otto Pardo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. Otra visión sistémico-jurídica, menos sociológica, está presente en: Grün, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995. Una introducción al respecto, en Grün, Ernesto y Botero, *Hacia una...*, cit., pp. 41-64.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

práctica jurídica”,¹⁵ pero aun así la ciencia jurídica no podrá —en ningún momento— tener una coherencia interna que le permita decir a los observadores que el buque no tiene desperfectos.

Para llegar a la conclusión anterior, Guibourg señala inicialmente que las fronteras entre funcionalismo y estructuralismo no son del todo claras, puesto que ninguno de ellos dos ha podido prescindir por entero del otro al momento de explicar la *complejidad* del sistema jurídico. Con miras a demostrar lo anterior, buena parte de la tesis se centra en exponer cómo el normativismo kelseniano se hace agua cuando tiene que incorporar en su teoría la realidad-eficacia, asunto que sucede por ejemplo en tres casos: *i*) la *costumbre* (hecho extrasistemático paulatino), pues solo puede ser costumbre válida la que ha sido eficaz en un entorno social; *ii*) la *revolución* (hecho extrasistemático brusco), en la medida que sólo la revolución victoriosa (esto es, la eficaz) puede modificar una norma fundamental y, por ende, la constitución válida que fundamenta todo un sistema jurídico; y *iii*) el *desuso* (desuetudo) o costumbre negativa (hecho extrasistemático paulatino), ya que si una norma o un ordenamiento no son eficaces (*a*) durante un buen período de tiempo y (*b*) de forma generalizada, aquella o aquel llegan a perder su validez.

De esta manera, Guibourg, profundizando las impresiones que otros autores previeron, como Cohen,¹⁶ explica en su tesis que Kelsen tuvo que ceder a planteamientos realistas, como lo fue reconocer que en estos tres casos ya vistos, la eficacia termina por condicionar la validez del ordenamiento o de una norma en concreto. Y es que para Kelsen es necesario, siempre, un mínimo grado de eficacia para poder considerar que un ordenamiento o una norma son válidos, pues de lo contrario operaría la revolución o el desuso: “Una norma jurídica no adquiere solo validez cuando es plenamente efi-

¹⁵ Guibourg, Ricardo, *Derecho, sistema..., cit.*, p. 77. En la mitología romana, Jano es el dios de los portales, el de los comienzos y los finales, y es representado con dos caras que representan el pasado y el futuro. En este caso, Guibourg lo usa como alegoría por las dos caras del positivismo jurídico, que parecen independientemente entre sí, pero no lo son —o no han podido serlo—, una cara que mira la norma y otra la realidad, pero, a fin de cuentas, caras de un mismo cuerpo o sistema.

¹⁶ Cohen, Morris, *Reason and Law: studies in juristic philosophy*, Glencoe (Illinois), The Free Press, 1950.

caz, sino cuando lo es en cierto grado; es decir, cuando es aplicada y acatada en cierta medida”.¹⁷ Igualmente, la costumbre, para ser válida, requiere una acción repetida, general, uniforme, esto es, eficaz. Y ni hablar de la revolución como fundamento de validez de una Constitución: resulta que toda Constitución es válida ya sea porque se hizo conforme a una Constitución anterior o porque es fruto de una revolución que, por ser eficaz, logra imponer una nueva Constitución. Pero incluso cuando fue hecha conforme a una Constitución anterior, cabría preguntarse por la validez de esta última, a lo que se respondería de igual forma: por otra Constitución anterior o por una revolución exitosa. Entonces, tarde que temprano, encontraremos una revolución como el origen directo o indirecto de la Constitución vigente; sin embargo, para poder mantener la pureza de la teoría del derecho, Kelsen propone *suponer* que la validez de la constitución no depende de un hecho político —como lo es la revolución— sino de una norma hipotética fundamental, en un primer momento (1934-1960), o de una ficción jurídica (1963), en uno segundo.¹⁸ En conclusión, en este caso, sólo una *revolución eficaz* puede lograr cambiar la norma hipotética fundamental o la ficción que sostiene, a su vez, la Constitución vigente.¹⁹

Justo aquí es menester una reflexión en torno a las fuentes usadas por Guibourg para leer a Kelsen. Él cita en su tesis dos obras kelsenianas. La primera es *Teoría general de las normas y del Estado*²⁰ y la segunda *Teoría pura del derecho*.²¹ Llama la atención que no si-

¹⁷ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 14a. ed., trad. de Roberto Vernengo, México, Porrúa, 2005, p. 102.

¹⁸ Sobre el cambio de postura de 1963, véase: Ross, Alf, *Lógica de las normas* (1967), trad. de José S. P. Hierro, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 146-147.

¹⁹ Al respecto, ver: Guibourg, Ricardo, *Derecho, sistema..., cit.* La teoría de la “revolución” tuvo eco en muchos países. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia colombiana (Sentencia de Sala Plena del 28 de noviembre de 1957, magistrado ponente Guillermo Hernández) se declaró incompetente para pronunciarse sobre la convocatoria al plebiscito constitucional de 1957 (que dio lugar al “Frente Nacional”), alegando que dicha ella era fruto de una “revolución” que rompía con el diseño constitucional, por lo cual no podía ser juzgada jurídicamente.

²⁰ Específicamente esta versión: Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1958.

²¹ Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit*, trad. de Ch. Eisenmann, París, Dalloz, 1962.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

que la versión en sus idiomas originales, inglés y alemán respectivamente, pero usa dos traducciones reconocidas, en especial porque ambas provienen de juristas ampliamente conocedores, *in situ*, de la escuela kelseniana en Viena. De la *Teoría general de las normas y del Estado*, ya saben los expertos, que se trató de una obra escrita por Kelsen en 1945 para conciliar su postura académica con el modelo jurídico estadounidense, donde ya estaba afincado, por lo que no tiene de otra que suavizar o matizar varias de las instituciones señaladas en la *Teoría pura del derecho*, pensada estas últimas más para el derecho continental europeo.²²

En cuanto la *Teoría pura del derecho*, como ya se dijo, Guibourg no citó una versión en alemán, porque no domina esta lengua. Pero trabajó con una versión francesa (idioma que maneja muy bien) de la *Teoría Pura del Derecho* de la segunda edición alemana de 1960, que circulaba con buenos comentarios en el círculo de Gioja, entre otras cosas atendiendo la trayectoria del traductor de dicha versión (Eisenmann) en la escuela kelseniana. Para cuando inició la investigación doctoral, la traducción española de la *Reine Rechtslehre* de Vernengo (que salió a la luz pública en 1979), no había sido publicada y si bien existía una buena traducción española de Julio Barberis, estaba hecha en mimeógrafo y no fue publicada, al parecer, por no contar con los derechos de traducción. Igualmente, ya circulaban versiones en español y en francés de la *Teoría Pura del Derecho*, tanto de la primera edición en alemán (1934) como de la segunda (1960), pero la apuesta de Guibourg de quedarse con (la versión francesa de) la segunda de 1960, fue adecuada, dada las diferencias entre ambas ediciones kelsenianas. Sin embargo, para finalizar este párrafo, sí extraña el lector, en especial si está familiarizado con la historia de

²² A manera de ejemplo, en “Teoría general del Derecho y del Estado” (1945), “La paz por medio del derecho” (1944) y en el “Derecho como orden constrictivo” (1949), Kelsen señaló que el derecho, en tanto que controla las conductas coactivamente, promueve la “paz”; mientras que en la obra la “Teoría Pura del Derecho”, segunda edición, habló de “seguridad colectiva”, para restarle así el impacto axiológico que puede tener la finalidad “paz” y hacerle frente a las críticas recibidas en el sentido de que si la paz es un valor moral, entonces supedita el derecho a la moralidad. La explicación de esta diferencia, así como de otras más en ambas obras, está, entre otras razones, en el público destinatario de las obras.

DERECHO, SISTEMA Y REALIDAD...

la filosofía del derecho, la ausencia de una reflexión del tesista que explicase por qué aludir a dos obras (la de 1945 y la de 1960) con contextos de creación tan diferentes, pues si algo está claro, es que entre ellas no hay unidad teórica completa. En fin, esta precisión es importante, dada la confusión que rodea a muchas obras kelsenianas al momento de ser citadas, atendiendo el alto número de ediciones, reediciones y traducciones que existen en el mercado editorial.

Pero Guibourg no se queda con el normativismo kelseniano pues, como ya lo habíamos advertido, quería corroborar que este problema (el de la dificultad de un entronque coherente entre la norma y la realidad, entre el estructuralismo y el funcionalismo) no estaba únicamente presente en la obra kelseniana. De allí su interés de pasar a explorar las tesis de Olivecrona, Ross y Hart, los tres iusfilósofos positivistas más destacados en las décadas de los cincuenta y sesenta del siglo pasado, junto con Kelsen. Realizándoles la misma pregunta (¿cómo articulan la validez con la eficacia?) llega a conclusiones similares: que todos estos autores terminan por hacerle concesiones al modelo antagónico.

Por ejemplo, frente al realismo de Olivecrona, señala Guibourg:

El realismo extremo permite explicar el derecho como fenómeno social; y hasta puede dar cuenta de las normas de competencia y de la jerarquía de las normas, en cuanto estos elementos formen parte de la actitud general de la población y tengan consecuencias empíricas. Pero la ciencia del derecho (o el estudio del derecho, o la actividad de los juristas, si se quiere) no trata sólo de describir o explicar el hecho jurídico-social: también pretende establecer un sistema de argumentaciones que puedan considerarse intrasistemáticamente válidas y que permiten un diálogo persuasivo entre súbditos y órganos estatales, fundado en reglas de juego conocidas y presumiblemente aceptadas. Y un sistema como el de Olivecrona no facilita esa actividad al reemplazar la sólida pirámide por una duna más o menos volátil. En él cualquier norma que obtenga acatamiento es tomada en cuenta *por esta misma causa*: el procedimiento regular y la jerarquía o competencia de la autoridad de la que emana no son otra cosa que motivos que pueden coadyuvar a ese acatamiento, pero que no son condiciones necesarias para la calificación que se otorgue a la norma. En estas condiciones el sistema no provee al jurista argumentos para apoyar o discutir la adopción de cierta decisión

ANDRÉS BOTERO BERNAL

por una autoridad; en todo caso apenas podría decir algo como: “no me parece que esta norma vaya a gozar de acatamiento general”, expresión que puede ser fácilmente contrarrestada con un “esperemos a ver qué pasa.”²³

Sin embargo, este ejercicio de ir a otras posturas diferentes a las kelsenianas genera una duda en lo que atañe a la estrategia narrativa y demostrativa del texto, pues sopesando de manera amplia, podría decirse que un poco más de la mitad de la tesis está en demostrar la falta de coherencia interna en la manera como Kelsen articuló la validez con la eficacia, mientras que el restante se distribuye entre los otros tres autores positivistas: Olivecrona, Ross y Hart. Guibourg opina que, dado el esfuerzo argumentativo y demostrativo en los apartados dedicados a Kelsen, ya no era necesario repetir tal empresa para los casos siguientes tratándose de puntos similares; empero, ese desbalance podría hacerle creer al lector crítico que el análisis de Guibourg, que no fue del mismo calibre dependiendo del autor analizado, muestra una cierta inclinación discriminatoria a favor de Kelsen y una posible falta de rigor, el cual debió ser más parejo al momento de interpretar todos los autores propuestos. A esto último se podría responder que el diámetro de la ojiva depende del espesor de la coraza del buque (Kelsen, para aquel entonces, copaba los espacios académicos mucho más que los otros tres iusfilósofos estudiados), de un lado, y que lo importante no es un tema cuantitativo (el número de páginas y párrafos) sino uno cualitativo (la capacidad de demostración de la idea central del libro en cada uno de los cuatro autores), del otro.

Pasando de esta consideración cuantitativa-espacial (número de páginas dedicadas a un autor u otro), lo que sí es importante resaltar son las conclusiones a las que se llega: la tesis no busca sepultar el positivismo, ni mucho menos ser un llamado de auxilio al iusnaturalismo para que salve a los naufragos. Sólo quería llamar la atención de que el positivismo no era una teoría perfecta (¿acaso la hay?) pues no es posible ser coherente en el normativismo, pero tampoco

²³ Guibourg, Ricardo, *Derecho, sistema..., cit.*, p. 71.

DERECHO, SISTEMA Y REALIDAD...

en el funcionalismo o realismo, al momento de aludir a las relaciones entre norma y realidad.

Aquí, para explicar mejor estas conclusiones de la tesis, debemos detenernos en varios aspectos. En primer lugar, aclarar que el uso del término “realidad” tanto en el título como en las páginas interiores de la tesis, se refiere a la abstracción normativa de la eficacia. De esta forma, podremos concluir que la realidad a la que se refiere Guibourg en otros textos posteriores, de los que hablaremos en el próximo capítulo, apuntan a otro sentido, más metodológico que normativo. Esto es, que la alusión que se hace en la tesis a la realidad no permite decir, *prima facie*, que apunte al constructivismo jurídico que sí se vislumbra con claridad en obras como *La construcción del pensamiento* a la que aludiremos luego.

En segundo lugar, que el interés no era tanto conceptualizar la validez y la eficacia, distinguirlos y aclararlos como diría un analítico, sino de demostrar los defectos internos del positivismo; esto es, denotar que la teoría positivista hacía agua, tenía agujeros. Pero estos agujeros, a pesar de la heroica acción de los seguidores de cada escuela, no podían ser tapados satisfactoriamente, ni mucho menos abriendo agujeros en otras partes del buque para tapar los inicialmente encontrados. Hasta allí llega la obra, con una tímida propuesta de seguir comprendiendo, a pesar de todo, el derecho como fenómeno positivista (sistema de lectura de lo jurídico como norma o como realidad), pero aceptando, humildemente, los límites de las dos principales teorías que se ofertaban en aquel entonces.

En tercer lugar, es lo relativo al título. Como lo dijimos antes, el título de la tesis fue “La ciencia bifronte del derecho” porque el positivismo presenta dos caras, cual Jano.²⁴ Una sería la que mira la validez (el normativismo), y otra mira la eficacia de la norma (el funcionalismo o realismo jurídico). Ahora bien, podría pensarse que una mirada corrige a la otra, de manera tal que sumando visiones parciales se tendría una visión general más que aceptable. Pero no; antes bien, estas caras se corroen mutuamente, de manera tal que el normativista no tiene más remedio que aceptar ciertos datos de la realidad que no conciben con su normativismo, por lo que a la pos-

²⁴ *Ibidem*, p. 77.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

tre terminan por arruinar la coherencia anhelada de su sistema de lectura, y viceversa.

No obstante, el autor, ya al momento de publicar la tesis y ante la sugerencia *comercial* de la casa editorial, prefirió otro título: “Derecho, sistema y realidad”, seguramente por creer que este es más claro y merece menos explicaciones que una tesis titulada de la otra manera. Claro está que tampoco es que el nuevo título le ayude mucho al lector para saber más o menos a dónde va el texto sin haberlo abierto. Pero eso sí, estas tres palabras son justas: se trata de pedirle cuentas a los dos sistemas teóricos dominantes en relación con sus nociones de derecho (entendida como norma) y realidad (entendida como eficacia), sistemas teóricos que terminan corroyéndose mutuamente al no tener un criterio válido de articulación entre los dos conceptos ya vistos.

Y, en cuarto lugar, como correspondía a la época de surgimiento de la idea y de escritura de la tesis, las referencias dadas para demostrar las continuas concesiones que se han hecho ambas caras del positivismo son propias de una teoría estatal del derecho. Sin embargo, en un derecho globalizado no-estatalista (y pensamos, por ejemplo, en la *lex mercatoria*), donde no es tan fácil advertir jerarquías internas entre normas al estilo de la pirámide kelseniana, y donde predominan más las costumbres y la actividad ordenadora de los jueces y los árbitros que el propio conjunto normativo, ¿podría seguir afirmándose que el normativismo aparece por concesiones o remisiones del propio funcionalismo reinante? Dicho de otra forma, ¿es posible seguir afirmando lo que se concluyó en la tesis, frente al derecho no-estatalista que hoy emerge con fuerza? La pregunta queda abierta.

Así las cosas, ¿qué queda? La obra es tímida en lo que respecta a su propuesta, salvo una invitación a ser teóricos humildes. Digamos, por el momento, que en la iusfilosofía hay tres teorías que pueden ser creídas por sus seguidores (¿fieles?) como perfectas en sí mismas: el normativismo (auspiciado por una interpretación radical neokantiana y una defensa a ultranza de la dualidad norma-realidad por miedo a caer en la falacia naturalista humeana²⁵), el realismo

²⁵ Finnis, con un buen trabajo de fuentes primarias, sugirió que Hume ha sido

DERECHO, SISTEMA Y REALIDAD...

(por su rechazo fuerte a todo lo que no sea experiencia verificable) y, finalmente, el iusnaturalismo (por su apego irrestricto a una naturaleza normativa universal). Pero ninguno sirve por sí sola, porque del iusnaturalismo no sabemos a ciencia cierta qué es lo natural y no ofrece ningún método fiable para acceder a lo objetivo,²⁶ del normativismo sabemos que si bien es útil para los operadores jurídicos no tiene un método confiable pues no parte de la experiencia y del realismo sabemos que si bien tiene un método fiable sus conclusiones no son útiles para el normal desarrollo del derecho en sociedad. Podría pensarse que la solución estaría en una teoría intermedia, pero esto no es probable dado que las posturas intermedias se deslizan, por su propia fuerza a los extremos, buscando una coherencia que no se consigue en las zonas grises; sumado a que no es factible la combinación de sistemas teóricos contrarios

malinterpretado, incluso por Kelsen, pues el iusnaturalismo, señaló Finnis, no entiende por “naturaleza” el mundo del ser sino un particular mundo del “deber-ser”, ya que está claro, incluso desde mucho antes de Hume, que no es posible derivar el “deber-ser” del “ser”. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Trad. Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pp. 70-82. Este asunto también fue tratado por Ross: “La crítica de Kelsen a las doctrinas del derecho natural es poco satisfactoria o, al menos, es incompleta. Argumenta que las normas morales no pueden ser deducidas de las leyes causales. Pero la “naturaleza” a que se ha referido el iusnaturalismo jamás ha sido la naturaleza de las leyes causales, sino la aspiración o esfuerzo hacia una meta”. Ross, Alf, “Nota al libro de Kelsen ¿Qué es la justicia?” (1957)”, trad. de Genaro Carrió, en Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. de Genaro Carrió y Osvaldo Paschero, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, p. 37.

²⁶ Dijo Guibourg: “Desde el iusnaturalismo más tradicional se ha insistido por mucho tiempo —y algunos insisten todavía— en que el positivismo es perverso porque, al olvidar la moral, propone el acatamiento de la voluntad gubernamental, cualquiera sea ella, como la suprema obligación de los seres humanos. A esto llamo yo la leyenda negra... De hecho, se observan numerosos acuerdos de actitud moral entre positivistas y iusnaturalistas, porque la divergencia entre ambos enfoques —conviene enfatizarlo— no es moral sino epistemológica... la diferencia epistemológica consiste en que el iusnaturalista, cualquiera sea la solución que propone, tendrá una fuerte tendencia a sostener que ella es la verdadera solución para el caso, mientras el positivista se limitará a decir que esa es la que él prefiere y dará las razones que lo llevan a preferirla, sin pretender por eso haber alcanzado alguna clase de verdad”. Atienza, Manuel, “Entrevista a Ricardo Guibourg”, *Doxa*, Alicante, núm. 26, 2003, pp. 899 y 904, respectivamente.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

otro. Pero como los extremos no satisfacen a ningún sistema teórico que busca siempre ser lo más puro posible, tenemos que encontrar un modo de convivir con el problema. Eso es lo que Guibourg terminó proponiendo en “Saber Derecho” del que hablaremos en el próximo capítulo. Sin embargo, repetimos, en la tesis doctoral Guibourg sólo llegó a aceptar que cuando se juntan ambas caras, se corroen mutuamente. Y justo esto es lo que se pasa cuando se busca conciliar las posturas de Kelsen, Hart, Olivecrona y Ross en torno a la validez y la eficacia. El desenlace del texto es en alguna medida pesimista, pues termina planteando que el positivismo no tiene salida, aunque nosotros preferimos verlo como una invitación a la humildad crítica. Eso sí, las otras teorías no positivistas tienen menos salida todavía. Por eso Guibourg siguió prefiriendo el positivismo, con todos sus defectos.

IV. PROYECCIÓN DE LA TESIS EN LA OBRA POSTERIOR DE GUIBOURG

Como lo dijimos al inicio del texto, la tesis doctoral suele marcar un interés académico fuertísimo por parte del autor, que sigue desarrollándose durante su carrera académica. La tesis doctoral de Guibourg está en esta línea, en la medida que no solo el autor se ha negado a hacerle modificaciones a su trabajo de grado, pensando en alguna nueva edición del libro (recordemos que solo se han dado reimpresiones), sino también que fue el fundamento para la escritura de algunas obras posteriores. Podríamos decir, entonces, que Guibourg no ha dejado de creer en las ideas que plasmó en 1986.

Claro está que esta continuidad no la podemos predicar en todas las obras posteriores. Expliquemos esto mejor. Guibourg señaló que sus escritos pueden clasificarse en cinco líneas generales: 1) lógica, 2) teoría general del derecho, 3) teoría general de sistemas, 4) la ética ligada a la ontología y la metodología, y 5) derecho de trabajo, informática jurídica y metodología.²⁷ La tesis doctoral, así como la mayoría de las obras que a continuación reseñaremos (específica-

²⁷ Guibourg, Ricardo, “Una concepción analítica del derecho”, en Botero, Andrés (coord.), *Filosofía del derecho argentina*, Bogotá, Temis, 2008, p. 27.

DERECHO, SISTEMA Y REALIDAD...

mente, *Derecho, sistema y realidad, El fenómeno normativo, Pensar en las normas y Análisis de Criterios de Decisión Judicial*) hacen parte, según él, de la línea *Teoría general del derecho*, de manera tal que la continuidad de las ideas doctorales se mantuvo en una línea concreta, en la que nos centraremos a continuación.

Ahora bien, esta continuidad de las ideas de la tesis en la línea de *Teoría general derecho* nos impiden, por lo menos en el campo iusfilosófico, hablar de un primer y de un segundo Guibourg, como le encanta denominar a los comentaristas a los periodos contradictorios de sus autores favoritos. En este sentido, Guibourg ha sido el mismo. Esto queda claro, si se nos permite ser un poco generales en el análisis, con su obra más reciente: *Saber derecho* (2013).

Pero para entender mejor la conexión entre la tesis doctoral y el libro de 2013, tenemos que remontarnos a una obra intermedia: *La*

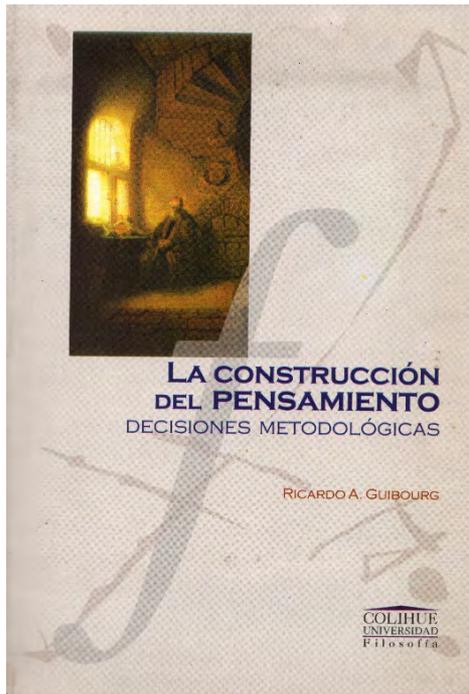


Ilustración 3: Carátula *La Construcción del pensamiento*, 2004. Imagen propia.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

*construcción del pensamiento: decisiones metodológicas*²⁸ (2004). Este texto no es una obra iusfilosófica en sentido estricto, sino de una apuesta metodológica, como lo indica su subtítulo. Aquí Guibourg toma una posición filosófica-metodológica, posición asumida como una decisión propia, partiendo de la centralidad del método. Aclaremos algo: suele haber dos órdenes posibles de exposición en la filosofía en general y en la iusfilosofía en especial. El primero supone seguir el orden lógico-tradicional de la exposición de las ideas filosóficas que se creen correctas desde un inicio. El segundo es preguntarse por la metodología con la que se observarán las cosas y esta decisión asumida, que es como un orden genético, termina por llevar de lo más cercano a lo más lejano, y por obedecer a un principio metodológico asumido como propio se asumen como ciertas las afirmaciones a las que dicho método lleva; orden genético que ya estaba planteado, de forma muy general, en textos anteriores de Guibourg, como *Pensar en las normas* (1999).²⁹ En este caso, esta obra de 2004, con su propuesta metodológica, tiene un claro acento humeano que llevará a Guibourg, como al escocés, a conclusiones pragmático-utilitaristas. Veamos.

Guibourg, en la obra de 2004, asume este orden genético de la siguiente manera (perdón por la simplificación): una persona ve, oye, huele, saborea y toca; esto es, siente impresiones. Estas impresiones sensoriales se asocian con ideas, fruto a su vez de otras impresiones, dando lugar a percepciones e imágenes cada vez más complejas. Pero estas percepciones, o la mayoría de ellas, no dependen de la voluntad de esa persona en tanto que lo que ve no es necesariamente lo que él quiere ver. Por más empeño que ponga en ello, una visión que tenga bajo la claridad de la luz no se pondrá oscura por efecto de su voluntad. Incluso, podrá preguntarle a un vecino si ve claro lo que

²⁸ Guibourg, Ricardo, *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Buenos Aires, Colihue, 2004.

²⁹ Dice así: “nada hay más práctico que la teoría, que no es otra cosa que el conjunto de los parámetros que diseñamos para hacer nuestra práctica más eficaz. Y no hay modo de seleccionar o justificar una teoría sin atreverse a adoptar algunas decisiones epistemológicas, que marcan lo que hayamos de entender por práctica eficaz y, por lo tanto, por teoría apropiada para guiarla”. Guibourg, Ricardo, *Pensar en las normas*, Buenos Aires, Eudeba, 1999, p. 18.

DERECHO, SISTEMA Y REALIDAD...

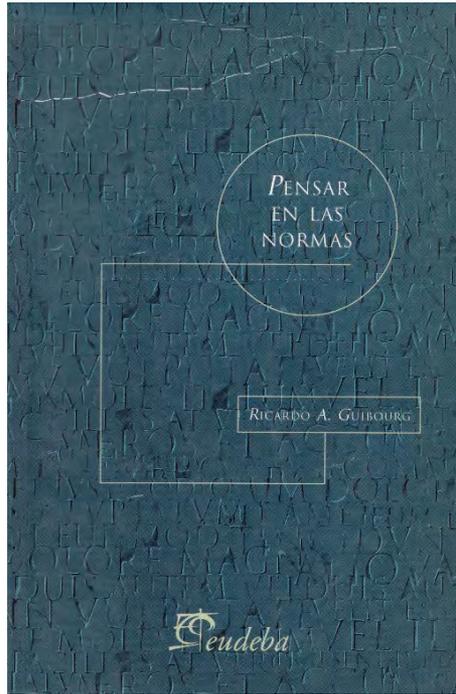


Ilustración 4: Carátula de “Pensar en las normas”. Imagen propia.

esa persona quiere ver oscuro, y la respuesta será —en casi todos los casos de impresiones simples— la misma que esa persona tuvo inicialmente. Así, ante la impotencia de tener como imagen sensorial lo que alguien quiere, imponiéndose la imagen sobre su propia voluntad, surge la idea (que es construida claro está) de realidad. La realidad es una noción compleja creada por nosotros a partir (sin quedarse allí) de lo que sentimos por fuera de nuestra voluntad. ¿Pero eso que la persona llama realidad es algo que existe fuera de él? No lo sabe, no lo puede saber, pero es lo único que tiene y con lo único que puede construir con cierta seguridad. En este sentido, si una persona niega la realidad de la que tiene impresiones, para afirmar que él es lo único que existe, pero que aun así debe seguir viviendo con otros de los que no puede demostrar su existencia, es —pragmáticamente— inútil. El solipsismo es inútil.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

Siguiendo con la narración de las ideas centrales del texto del 2004, luego del concepto de realidad nos inventamos otros conceptos o modelos, para poder hablar (modelar) la realidad que percibimos, y para distinguir según los contextos lo que me viene bien de lo que me viene mal, lo que me gusta de lo que me disgusta. Sin esa capacidad creada de distinguir, la vida no sólo sería monótona; sería inviable.

Dentro de esos modelos encontramos la idea de falsedad y verdad, la cual exige un criterio validador, que en la mente creativa de cada cual puede ser cualquier cosa, pero en la mente de quien desea tener un criterio validador que le sea útil, nada mejor que sea lo único que realmente tiene a su alcance: sus impresiones que son el inicio de lo que llama realidad. Y, para ir un poco más rápidos, a partir de estos conceptos, modelos e ideas, se forma todo lo demás, y como mientras tanto hemos inventado el lenguaje (con sus significantes y significados) se corre el gran riesgo de pensar a la inversa del método inicialmente escogido: que si hay una realidad y es cognoscible en tanto es transportable entre los hombres mediante el lenguaje, cualquier cosa que pueda decirse se vuelve por ello una realidad, incluso aquello de lo que no tengo una impresión sensible. Así aparecen como motores ordenadores de algunos mundos unas ideas metafísicas (en tanto no tenemos experiencia de ellas) tales como Dios, la razón, el hipogrifo, la conciencia, etcétera. Y decimos de algunos mundos porque, al ser solo palabras, cualquier contenido puede asociarse al significante, de manera tal que si bien podría llegarse al consenso de que la conciencia moral rige la conducta, al momento de validar el contenido claro y distinto de lo que es la conciencia moral, nunca llegaríamos a un acuerdo.

¿Qué hacer en este caso? El orden genético. Tomar una decisión metodológica de cómo empezar a construir cada cual su pensamiento. En este sentido, Guibourg opta por creer inicialmente aquello de lo que tiene una impresión; esto es, las impresiones sensibles a las que puede darle el carácter de realidad en tanto que no son impresiones sujetas a su voluntad y que, de alguna manera, pueden ser corroboradas por otro espectador. Este método, el realista, le permite distinguir con algún criterio fiable una cosa de la otra, y allí reside la primera utilidad de su decisión metodológica.

DERECHO, SISTEMA Y REALIDAD...

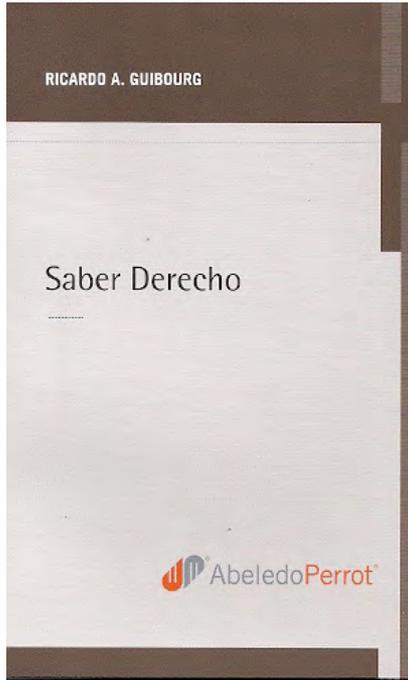


Ilustración 5: Carátula *Saber derecho*. Imagen propia

Y esta última reflexión nos lleva a *Saber derecho*³⁰ (2013) donde podría decirse metafóricamente que retoma las ideas de su tesis doctoral, pero para darles un apretón de tuercas, a partir de la decisión metodológica asumida en 2004. Obviamente, si comparamos el texto de 1986 con el de 2013, podemos concluir fácilmente que no son textos iguales. Hay diferencias, como el mayor apartado explicativo que hay en *Saber derecho*. Igualmente, en esta última obra, en vez de plantear que el positivismo de los cuatro autores estudiados se hace agua por no poder ofrecer una teoría satisfactoria en las relaciones entre norma y realidad, entre norma y eficacia, entre estructura y función, en el libro de 2013 asume como campo de análisis un espectro mucho más amplio de las diferentes teorías del derecho y muestra así —con la agudeza del analítico que pasa sus

³⁰ Guibourg, Ricardo, *Saber Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

arreboles distinguiendo— sus aspectos insatisfactorios. Igualmente, otro punto de notable diferencia entre ambos libros está que, en el último, en el de 2013, asume una posición más propositiva (esto es, menos tímida) aunque igual de humilde ante sus pretensiones como positivista analítico. Veamos.

Guibourg asume en *Saber derecho* una postura metodológicamente realista, ya explicada en 2004, radicalmente realista si se quiere, para ver hasta dónde se puede llegar sólo partiendo de sus impresiones para saber qué es derecho, y la conclusión (perdón por saltarnos el corpus explicativo) es que si queremos tener un conocimiento jurídico no metafísico, sin concesiones innecesarias a lo que ignoramos, es necesario partir del realismo más absoluto, pero como este no satisface las necesidades argumentativas y pragmáticas de los gobernantes, los jueces, los abogados y los ciudadanos, se impone, por utilidad, la necesidad de un discurso normativista para evitar la arbitrariedad.³¹ Es que el derecho, nos lo dice Guibourg como resultado del orden genérico, es una práctica social, asunto que lo ratifica en un trabajo posterior:

el derecho funciona como una práctica que afecta, favorable o desfavorablemente, a distintos grupos de personas, cada uno de los cuales espera o desea de ellas ciertas prestaciones. Los gobernantes (figura en la que incluyo a los poderes Ejecutivo y Legislativo) desean que sus decisiones se lleven a cabo y que los ciudadanos acaten y cumplan las normas jurídicas por ellos resueltas en una proporción aceptable, que a su vez permita perseguir las conductas disidentes y hasta soportar cierto grado de ineficacia. Los jueces esperan del derecho una guía para sus decisiones, cierto margen de discrecionalidad para satisfacer su conciencia moral, una garantía para su autoridad y un instrumento para hacer cumplir las sentencias. Los ciudadanos en general esperan, al menos, alguna claridad acerca de las conductas que deben ejecutar u omitir para evitarse problemas con la autoridad.³²

³¹ Utilidad esta, de evitar la arbitrariedad, que lleva a Guibourg a construir otro texto del que aquí no podemos hacer mayor referencia: Guibourg, Ricardo, *Pensar en...*, cit., pp. 11-18.

³² Guibourg, Ricardo, Una concepción..., cit., p. 9.

DERECHO, SISTEMA Y REALIDAD...

Pero el empirismo puro, el que nos pone de presente que el derecho es una práctica social, no permite argumentar sobre qué es debido o no jurídicamente. El sistema normativo, al no basarse en los hechos, en el *puedo causal*, sino en el “debe”, la pirámide que ofrece el poder para que los agentes sociales se orienten en el qué deben o no hacer atendiendo las consecuencias que se les promete, termina siendo, en el realismo, un charco de lodo, uno que no le permite al ciudadano saber cómo actuar a futuro para evitarse problemas. Para entender qué se debe y no hacer, no puedo partir de la realidad, de las descripciones de conductas acaecidas, sino de una pirámide que le permita al agente establecer estratégicamente su comportamiento.

Expliquemos mejor este asunto. Todos sabemos que no es jurídicamente útil argumentar ante un abogado que algo debe ser así porque suele darse de esa forma. Tampoco es posible convencer a un juez de si alguien actuó o no con dolo —que es una categoría normativa— solo a partir de mis percepciones de la realidad. Los sujetos sociales, como los ciudadanos, requieren y exigen el derecho no tanto para que se les describa una realidad sino para saber cómo deben comportarse o qué deben esperar del otro. Por todo ello, surge como necesidad, fruto de aceptar la realidad de la función del derecho, un normativismo corregido, partiendo del kelseniano, para poder darle funcionalidad social al derecho. Así, el sistema teórico normativista es una necesidad útil derivada del estudio de la realidad perceptible.

Dicho con otras palabras, dado que el estructuralismo ni el funcionalismo dan cuenta por sí solos de lo que es derecho en la sociedad (objetivo central de la obra de 1986), es necesario afirmar, partiendo desde un análisis realista, que el derecho es una práctica social que busca motivar conductas y de allí la importancia de la norma, de un lado, y la pirámide que permite saber qué es norma válida y qué no, del otro. Y si esto es así, se justifica un sistema teórico normativista que analice y clarifique lo que es norma, para saber así qué es o no debido jurídicamente. De esta manera el funcionalismo termina por darle la bienvenida, por la puerta grande si se quiere, al normativismo, a partir de lo que los agentes sociales esperan realmente del derecho, al que conciben como conjunto normativo.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

Sin embargo, este encuentro metodológico entre funcionalismo y estructuralismo no resuelve los problemas de coherencia plena en el campo de las ideas que se le reclaman a ambas teorías. Dicho con una metáfora arquitectónica ampliamente conocida entre positivistas, la pirámide así descubierta está llena de agujeros. ¿Qué hacer entonces? Según la obra de 1986 podríamos decir que la invitación es a fingir que no existen esos agujeros, que el barco no está haciendo agua, pero seguir en el barco en tanto es el mejor posible.

En cambio, en el libro de 2013, no se ignoran dichos agujeros, se asumen. Pero al ser insalvables (no hay teoría que no admita, por lo menos en casos excepcionales, respuestas contrarias a las inicialmente planteadas) se llega a una conclusión similar: las normas positivas tienen un alto grado de convicción —hasta ahora— como motivación normativa entre gobernantes, jueces, abogados y ciudadanos. La norma, como estructura deontológica, sigue teniendo mucha fuerza social, verificable por demás. De tal forma, por una necesidad pragmática fruto del método realista, el funcionalismo no podría renunciar al normativismo, ni viceversa. Así, se asumen los agujeros como males necesarios para la navegación, pero sin creer que Guibourg resolverá, pues no está al alcance de nadie hacerlo, los problemas derivados de la búsqueda de coherencia en las relaciones entre estas dos escuelas o modelos teóricos.

Ahora, en este punto, aunque se nos escape de la intención de nuestro trabajo, Guibourg lanza un grito de alerta: todo parece indicar que, hoy día, en el positivismo ya no es el que está haciendo agua, sino todo el derecho, pero no por la incompleta e inarmónica relación entre normativismo y funcionalismo, sino en virtud de la llegada triunfante de nuevas teorías del derecho con agujeros aún mayores, como el neoconstitucionalismo y el iusnaturalismo. Metafóricamente hablando, un barco puede tener agujeros y seguir navegando, con los correctivos precisos (como un motor que expulse el agua que entra a la embarcación). Pero otra cosa es cuando ya los agujeros son tan grandes que el peso del agua desplazada ya no es igual al peso del barco. ¿Qué pasa entonces? Se hunde. Lo peor es que, siguiendo el ejemplo que hemos puesto, mientras el barco pierde su equilibrio y amenaza de ruina a los marineros (los iusfilósofos) y muchos pasajeros (los agentes sociales) aplauden.

DERECHO, SISTEMA Y REALIDAD...

Es que, en la actualidad, dice Guibourg, el legislador (la gran referencia del positivista) se vuelve, por motivos sociales y políticos, un iusnaturalista más o menos declarado según el contexto. De esta manera, el positivista, en especial el incluyente, considera que debe actuar como iusnaturalista para ser positivista;³³ de forma tal que los papeles se han invertido (otrora, a inicios del siglo XIX, los iusnaturalistas —fundamentalmente racionalistas— se volvieron positivistas —comentadores del código o exégesis— para poder ser iusnaturalistas).³⁴ Es por esto que, actualmente, el positivismo no puede entenderse como una teoría completa sobre la naturaleza normativa del derecho y ningún teórico puede considerarse en un sentido estricto como exclusivamente positivista. De allí que está haciendo carrera el término de “postpositivismo”³⁵ para aludir la

³³ Luego del debate Hart-Dworkin, las disputas al interior del positivismo se han centrado en la viabilidad de la denominada *tesis de la incorporación*, que separa a los *positivistas inclusivos* de los *excluyentes*. Un resumen de dicha disputa, en: Moreso, José Juan, “Positivismo jurídico contemporáneo”, en Fabra, Jorge Luis (ed.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, vol. I, pp. 171-205. Green, Leslie, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *New York University Law Review*, vol. 83, 2008, pp. 1035-1058. Dickson, Julie, “Legal Positivism: Contemporary Debates”, en Marmor, Andrei (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Nueva York, Routledge, 2012, pp. 48-64.

³⁴ Permítasenos esta corta idea divulgativa. Debemos diferenciar el movimiento de los “comentadores del código civil” francés de 1804, del mito que los iusnaturalistas crearon de ese movimiento y al que le pusieron el nombre de “exégesis”, mito que, tristemente, es lo que hoy día circula, cual fantasma, en los pasillos de las facultades de derecho. Lo peor es que el mito terminó por imponerse como mote de todo positivismo, cuando realmente son dos cosas muy diferentes. Rogamos al lector que deje de acusar a alguien de exégeta sin que previamente haya revisado quiénes eran y qué decían aquellos comentadores del código civil a quienes se les ha considerado, anacrónicamente, como los fundadores del movimiento exegético. Al respecto, recomendamos: Botero, Andrés, “Matices a la interpretación tradicional de la exégesis”, *Revista Jurídicas*, Facultad de Derecho de la Universidad de Caldas, Manizales, núm. 2, vol. 9, 2012, pp. 120-135. Hespanha, António Manuel, “Tomando la historia en serio. Los exégetas según ellos mismos”, trad. de Andrés Botero, *Fórum*, Universidad Nacional de Colombia, Medellín, núm. 3, 2012, pp. 13-52; Halperin, Jean-Louis, “Exégesis (escuela)”, trad. de Andrés Botero, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, Barranquilla, núm. 48, 2017, pp. 263-277.

³⁵ Marquisio, Ricardo, “Tres modelos de postpositivismo jurídico”, *Revista Ana-*

ANDRÉS BOTERO BERNAL

superación de los problemas que antes ocupaban a los positivistas, como el de la ciencia bifronte, pero también para evitar malentendidos, basados en muchos mitos y leyendas, de lo que aspira el positivismo como sistema teórico en la actualidad, ya que hoy día muchas preocupaciones sobre el *derecho como norma* han venido cediendo ante el *derecho como argumentación o como principios* morales.

Opina Guibourg que el problema de este giro es que la norma escrita, que de por sí es vaga e imprecisa pero que al menos tenía la ventaja de estar al alcance de los ojos del ciudadano, ahora se vuelve más vaga y más imprecisa aún pues al incluirle ideas de las que no tenemos una impresión ni un consenso sobre su contenido, terminan por llevarnos a asumir como reto administrar el derecho sin saber a ciencia cierta qué es y qué no es lo debido. Ya el deber jurídico pierde su relativa autonomía, la que le daba de afirmar que sólo era deber ante el derecho lo que el legislador dijese expresamente, y así al someterse a factores morales y políticos, los teóricos encuentran que no tienen más remedio que acudir, sin saber cómo, a un universo inmaterial donde están las normas-valores universales, cognoscible supuestamente por la recta razón, por la argumentación o por la conciencia moral. Pero esto es, considera Guibourg siguiendo el relativismo axiológico kelseniano, un ejercicio inútil pues por más empeño que le pongamos no son cognoscibles aunque sí valorables (todos tenemos valoraciones, pero de allí que sean las correctas para los demás es imposible por la ausencia de un criterio validador objetivo).

Incluso, agregamos nosotros, esta iusfilosofía de los principios y los valores, suele usar, anacrónicamente, una justificación histórica a lo que hoy en día predicán. En el pasado (Antiguo Régimen), las sociedades vivían en un amplísimo pluralismo jurídico, bajo un marco iusnaturalista, y fueron sociedades funcionales. No obstante, conversábamos con Guibourg, esto ha sido mal interpretado, porque si bien es cierto que en el Antiguo Régimen europeo había pluralismo jurídico y jurisdiccional, había muchos aparatos ideológicos (como la religión y la moral cristiana única) que unificaban o amarraban

les de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP, Buenos Aires, núm. 47, 2017, pp. 864-885.

DERECHO, SISTEMA Y REALIDAD...

dicho pluralismo, evitando la distorsión interpretativa, lo que no se da en la actualidad. Además, la exigencia ilustrada de un legislador que concentrase el derecho para darle certeza a los ciudadanos fue justo una respuesta política a esa amplitud del Antiguo Régimen, de manera tal que si leen las fuertes críticas de la Ilustración del siglo XVIII al derecho de la época, queda la duda de qué tan funcional fue, en ese entonces, un derecho tan abierto en sus fuentes interpretativas. Parece que estamos repitiendo un error.

Entonces, siguiendo con las ideas de Guibourg, como nadie demuestra metodológicamente cómo acceder seguramente a ese criterio de principios y valores, ni siquiera sabemos si ese criterio existe (obvio: si no es demostrable la ruta, menos lo es que hay un destino de la misma), se abre espacio para cualquier fantasía retórica, que fácilmente será usada a su favor por las dictaduras del futuro. Podría ser el caso de los derechos humanos, que si bien los demócratas suelen apoyar por pragmatismo político aunque no se pueda afirmar su existencia universal, su vaguedad puede llevar a los jueces constitucionales a creer que se le violan los derechos humanos a un gobernante cuando se le imponen restricciones a su poder, cuando se le imponen pesos-contrapesos, como sería, por dar un caso, el periodo de su mandato (ya tenemos un caso al respecto en Suramérica).

Y los agentes sociales si bien pueden mirar en un principio con buenos ojos la amplitud de fuentes y del lenguaje normativo, con el tiempo podrán cambiar de opinión al darse cuenta de los riesgos que implica proyectar la conducta a futuro sin saber a ciencia cierta las consecuencias que esto les pueda traer. Tal vez venga un reclamo social fuertísimo por volver a tener un derecho más cierto y más claro del que ahora se tiene, lo que nos llevaría a pasar de un extremo (la mítica exégesis) a otro (el neoconstitucionalismo), para volver, cual péndulo, al primero.

Dicho con otras palabras, Guibourg observa preocupado que en el futuro podríamos tener una gran catástrofe en el derecho, pues la actual iusfilosofía está traspasando el poder efectivo del legislador al poder limitado de los jueces, lo que es un problema, dado que la normativa legislada es una sola, mientras que los jueces son miles. Entonces, cuando el derecho le permite a los jueces tener su propio criterio y que este sea obligatorio para las partes, entonces es dere-

ANDRÉS BOTERO BERNAL

cho lo que cada juez diga o le parezca de buena fe, pero esto puede resultar inadmisibles para la parte perjudicada, pues se le está aplicando un criterio normativo que él no podía conocer antes de acaecidos los hechos que se juzgan. Así estamos entrando a una etapa a la que nadie de nosotros sabe cuál es el sistema jurídico que lo rige. Y cuando los ciudadanos reclamen con vehemencia —e incluso con violencia— normas claras para con ellas proyectar su conducta terminarán echándole la culpa de la incertidumbre en la que viven a los jueces, quienes son, dice Guibourg, los menos culpables porque a ellos —a los jueces— les impusieron el actual modelo que hace agua.

Igualmente, los iusfilósofos que hoy día aplauden esta amplitud de fuentes y de nociones de lo que es obligatorio, se lavarán las manos diciendo en su momento que fueron los jueces los culpables por no saber interpretar conforme a los criterios de los otrora felices iusfilósofos, y esto podrá servir de aliciente al poder político para destituir los jueces, quienes terminarán siendo los chivos expiatorios, para nombrar unos que sí tengan un criterio claro de interpretación: el del poder de turno. Dice Guibourg: “Vamos felices a la catástrofe”. Por el miedo a la exégesis (que nunca existió, salvo en la mente de los iusnaturalistas), caeremos en una exégesis real.

DERECHO, SISTEMA Y REALIDAD...

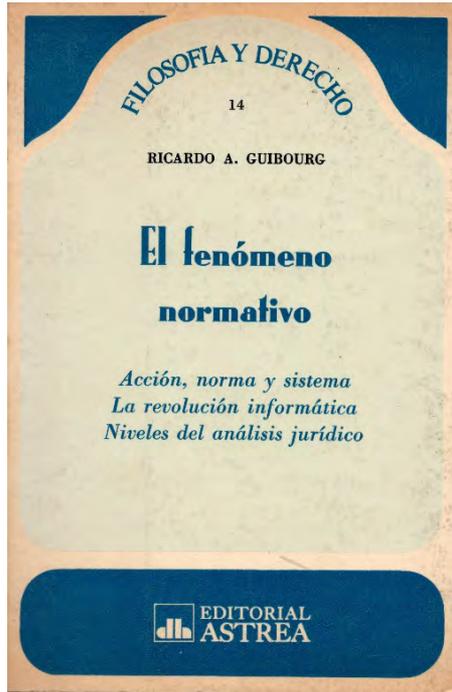


Ilustración 6: Carátula de *El fenómeno normativo*. Imagen propia.

Así las cosas, ¿qué hacer? Dado que la iusfilosofía en general ha dejado de intentar, por medio del positivismo estructuralista, dar respuesta al problema de la normatividad del derecho,³⁶ la ciencia bifronte ya no es una cuestión importante para debatir, salvo entre pocos positivistas. Esto es una de las razones por las cuales Guibourg ha buscado, en otros textos, salirse de ese debate para afrontar algunos más actuales, textos que estarían ubicados tanto en la segunda (*Teoría general del derecho*) como en la quinta línea de sus obras publicadas.³⁷ En esta última línea encontramos su propuesta frente

³⁶ Marquisio, Ricardo, "Teoría del derecho y filosofía moral", *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de la República, Montevideo, núm. 38, 2015, pp. 135-160.

³⁷ Recordemos que el propio Guibourg clasifica en cinco líneas sus obras: 1) lógica, 2) teoría general del derecho, 3) teoría general de sistemas, 4) la ética li-

ANDRÉS BOTERO BERNAL

al actual modelo —que califica de solapadamente iusnaturalista—. Fundado en la sistémica y en la informática jurídicas (preocupación tan antigua como la propia tesis doctoral,³⁸ con escritos como *La justicia y la máquina* (1973)³⁹ y *El fenómeno normativo* (1987), entre muchas otras, lo que hace de nuestro autor un pionero en la materia⁴⁰), propone que los jueces ofrezcan pautas más o menos objetivas de cómo juzgan a los agentes sociales. ¿Cómo sería? Volviendo

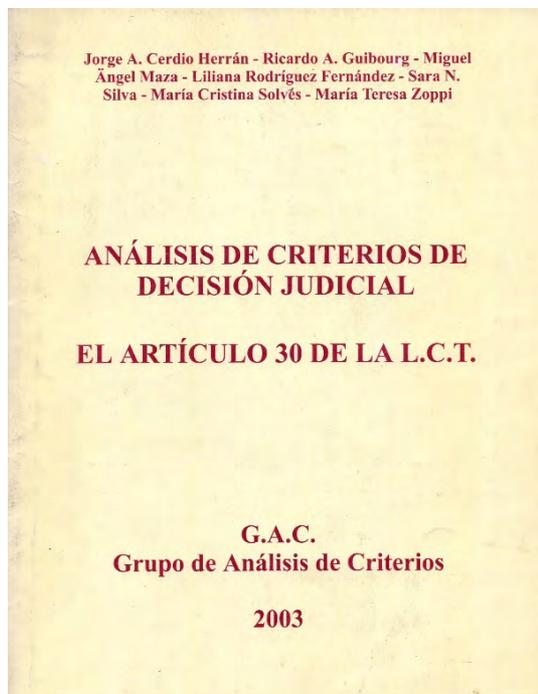


Ilustración 7: Carátula de *Análisis de criterios de decisión judicial*. Imagen propia.

gada a la ontología y la metodología, y 5) derecho de trabajo, informática jurídica y metodología. Cfr. Guibourg, Ricardo, *Una concepción...*, cit., p. 27.

³⁸ Guibourg, Ricardo, *El fenómeno normativo: Acción, norma y sistema. La Revolución informática. Niveles del análisis jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1987.

³⁹ Guibourg, Ricardo, "La justicia y la máquina", *Revista La Ley*, Buenos Aires, 17 de mayo de 1973.

⁴⁰ Una síntesis en: Guibourg, Ricardo, "Bases teóricas de la informática jurídica", *Doxa*, Alicante, núm. 21-II, 1998, pp. 189-200.

DERECHO, SISTEMA Y REALIDAD...

públicos los criterios que los jueces usan, siendo estos, en conjunto, quienes construirían, ora como diagramas de flujo,⁴¹ ora como un catálogo de situaciones hipotéticas por cada caso juzgable, criterios que estarían a disposición de los ciudadanos y los académicos, para su análisis y crítica. Algo así como imaginar a los jueces como programadores que detallan, con subhipótesis, el programa básico hecho por el legislador, quien queda con la llave maestra para poder así determinar el resultado del programa si lo ve necesario. De esta manera, la estructura básica la aportaría el legislador (en un sentido amplio), pero el detalle de la programación la darían los jueces consensuando entre ellos las diferentes variables de cada caso general establecido por el legislador, programación que siempre estaría a disposición de los operadores jurídicos y en una continua revisión por parte de los jueces colectivamente. Lo interesante es que esto no se quedó en una mera propuesta, concretándose en un estudio piloto debidamente publicado.⁴² Esto sería la primera parte de la entrada de la Inteligencia Artificial al campo del derecho, y una propuesta que le daría cohesión a la sociedad y permitiría la convivencia (aquello que Kelsen llamó la “paz social”, aspecto ya comentado en una nota de pie de página) a sus miembros en tanto sería todo público y prestablecido.

En términos de Guibourg esta propuesta:

En primer lugar, alienta al propio juez a analizar con cierta profundidad las razones por las que adopta cierto criterio en lugar de otro, lo que —dentro del marco que haya logrado establecerse— aleja la decisión final de cualquier atisbo de arbitrariedad. En segundo lugar, permite confrontar esas razones con las que otros magistrados, o los abogados en general, invoquen para sustentar criterios diferentes. En tercer lugar, fomenta la seguridad jurídica concebida como previsibilidad de las decisiones, sin abdicar para eso de la capacidad, siempre presente, de cambiar de idea con la misma reflexión y la misma transparencia con las que se adoptara el criterio original.⁴³

⁴¹ Atienza, Manuel, *op. cit.*, pp. 906 y 907.

⁴² Cerdio, Jorge *et al.*, *Análisis de criterios de decisión judicial. El artículo 30 de la L.C.T.*, Buenos Aires, Grupo de Análisis de Criterios, 2003 (s.p.) (s.r.).

⁴³ *Idem.*

ANDRÉS BOTERO BERNAL

V. REFLEXIONES FINALES

Por medio de este escrito dimos un repaso, si se quiere llamarlo así, sobre la tesis doctoral de Ricardo Guibourg. Se empezó señalando la historia (de las ideas) del libro, es decir, el contexto de creación. Igualmente, se dejó en claro que el autor no ha cambiado sus ideas que plasmó en dicha tesis, aunque, como es de esperar, las ha pulido, cosa que queda en claro en sus obras posteriores, en especial *Saber derecho* donde aprieta aún más las tuercas que ya había apretado en 1986. Claro está, que para poder entender la comunicación que hay entre las obras de 1986 y la de 2013, es necesario comprender la apuesta metodológica del autor expresada en su obra de 2004: *La construcción del pensamiento*.

La idea central de la tesis doctoral de 1986 podría reducirse a lo siguiente: que cada una de las dos vertientes del positivismo, el estructuralismo-normativista y el realismo-funcionalista, por más que lo han intentado, no pueden eludir hacerle concesiones a la otra, dada la imposibilidad de abarcar en su sistema teórico la complejidad del derecho. Esta necesidad de hacerle concesiones a la otra corriente se ve con mayor claridad cuando se analizan las relaciones entre validez y eficacia en cuatro autores positivistas, dos normativistas (Kelsen y Hart) y dos realistas (Olivecrona y Ross). El problema mayor radica en que estas concesiones mutuas que se hacen las corrientes terminan por corroerlas, dado que cada concesión es una pérdida de la coherencia interna de cada una de ellas. Pero no hay alternativa. Esto supone, pues, que el positivismo, como conjunto, está haciendo agua, dada la imposibilidad de una teoría integradora de ambas corrientes que sea satisfactoria teóricamente. No obstante, ser positivista —incluso analítico— sigue siendo la mejor alternativa posible:

No afirmo, por cierto, que la escuela analítica tenga respuestas adecuadas ni finales para todos estos problemas. Pero sí estoy seguro de que es el mejor camino para buscar las respuestas que faltan, porque es el modo más práctico de formular las preguntas. Y veo, al mismo tiempo, que otros caminos muy transitados a lo largo de los siglos se pierden a veces en el pensamiento mágico, en la extrapolación salvaje de las prefe-

DERECHO, SISTEMA Y REALIDAD...

rencias de algún grupo y en la función de coartada para el ejercicio más descarnado del poder en estado puro.⁴⁴

Finalmente, en este escrito, señalamos que si bien Guibourg sigue compartiendo las ideas de su tesis, bien sabe que ya no hacen parte de los problemas acuciosos de la filosofía del derecho contemporánea. Primero porque con el tiempo podemos prever una disminución significativa en el poder de la iusfilosofía para encauzar los sistemas jurídicos, cada vez más atados a fuerzas políticas y económicas transnacionales. Tal vez, de aceptar esta realidad globalizada, sea la *teoría crítica*, que consideramos como parte de una de las caras del positivismo, la que más tenga que decir en la actualidad donde la política “en estado puro” y el mal llamado neoliberalismo se imponen arrogantemente sobre la reflexión jurídica. Segundo, porque el positivismo, en general, está rezagado si se le compara con otras teorías recibidas por la iusfilosofía contemporánea con gran alegría, tales como, si seguimos las interesantes provocaciones de Guibourg, el iusnaturalismo camuflado de neoconstitucionalismo y el no-positivismo que aun no se decide qué es.

Y, claro está, la iusfilosofía argentina no es ajena a lo anterior. Si bien la actual iusfilosofía argentina sigue beneficiándose de los altos niveles de desarrollo propios de la época de Gioja (entre otras cosas porque siguen vivos y escribiendo cosas buenas algunos de sus protagonistas), es evidente (o por lo menos así lo creemos) que la iusfilosofía argentina se está envejeciendo y que el relevo generacional que se vislumbra si bien es de calidad no tendrá la misma incidencia que tuvieron sus maestros en el panorama mundial de la disciplina, por muchos motivos, entre ellos las políticas educativas erráticas que no han permitido una evolución progresiva. A esto se suma que la tradición analítica, otrora poderosa, se va desvaneciendo, sin que llegue a desaparecer del todo, ante las nuevas tendencias dominantes: el iusnaturalismo, el neoconstitucionalismo y la teoría crítica.

Pero esto último no es sólo una cuestión argentina: por dar un caso, los analíticos españoles, por conveniencia, han sabido trastocar sus posturas para hacerlas más proclives a los nuevos mercados

⁴⁴ Guibourg, Ricardo, *Una concepción...*, cit., p. 6.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

académicos (mercado editorial, mercado de posgrados, mercado de ideas, mercado de eventos, etcétera).

Ante este panorama, la reflexión sobre una tesis doctoral de 1986 nos lleva a dejar abierta la pregunta por las consecuencias —jurídicas y políticas— de desplazar el análisis normativo del derecho para centrarnos casi exclusivamente en una postura crítica de cómo el derecho es una forma refinada (o una patraña técnica) de dominación, o en una indagación sobre los principios y los valores morales que sólo los mejores podrán vislumbrar para alegría de los menos afortunados (tal cual como lo diría, irónicamente, Guibourg). Y decimos “consecuencias políticas” porque, además de las jurídicas ya señaladas, la propia democracia puede verse seriamente comprometida, dado que esta, piensa Guibourg siguiendo a Kelsen,⁴⁵ solo puede florecer cuando se acepta que todos valoran diferente (relativismo axiológico), lo que es la base de la tolerancia. Cuando se acepta el relativismo no queda otra alternativa para la convivencia que consensuar, entre el mayor número posible de preferencias, lo que será obligatorio jurídicamente. Así, el relativismo y la tolerancia son la base de la democracia. Contrariamente, piensa nuestro autor, si alguien considera que ha encontrado la verdad moral, objetiva y universal de algo, no consensuaría, sino que buscaría imponerla sobre los “menos afortunados” que no la han contemplado, lo cual no es un comportamiento propiamente democrático.

En fin, tal vez la respuesta al dilema de las relaciones entre las escuelas (y no sólo entre estructuralistas y funcionalistas) no debería ser tan problemática, pero esto supondría cambiar el enfoque. Hasta el momento ha sido problemática pues se ha mirado desde lo teórico y desde la coherencia entre los modelos. Guibourg mismo buscó esta coherencia y no la encontró, al darse cuenta que no existe, o por lo menos no al nivel puro o pleno que desean los seguidores de cada cara del positivismo.

En la práctica, podría funcionar algo de mejor manera: concebir la iusfilosofía como un *taller*, a los conceptos que hemos construido para la comprensión del derecho como una *caja de herramientas* y al

⁴⁵ Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, trad. de Rafael Luengo y Luis Legaz, Granada, Comares, 2002.

DERECHO, SISTEMA Y REALIDAD...

iusfilósofo como un *operario* quien, según la tarea de turno, pueda tomar la herramienta que requiera, con tal que le sea útil, independientemente del sistema teórico que la propuso y sin cuestionar la utilidad de la herramienta según quien haya sido su creador. Si se requiere un martillo, no se debe buscar un destornillador por más que este último haya sido desarrollado por el mejor de los operarios. Si se requiere atornillar, no se debe pretender clavar por más que esta última acción sea en la que más se sienta competente el operario. La coherencia cedería ante la necesidad de comprender mejor, en el taller de la iusfilosofía (sistema), un fenómeno (realidad) normativo (derecho) específico. Dicho en otros términos, retomamos algo de Guibourg: no sacrifiquemos el barco por garantizar la coherencia de un sistema teórico.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMATO, Lucas, "Função, estrutura e instituição na análise jurídica", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, vol. 112, 2017.
- ATIENZA, Manuel, "Entrevista a Ricardo Guibourg", *Doxa*, Alicante, núm. 26, 2003.
- BOBBIO, Norberto, *Dalla struttura alla funzione: Nuovi studi di teoria del diritto*, Milán, Edizioni di Comunità, 1977.
- BOBBIO, Norberto, "Hacia una teoría funcional del derecho", en *Derecho, Filosofía y Lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976.
- BOBBIO, Norberto, "Prólogo a la edición castellana", en BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, Trad. Eduardo Rozo, Bogotá, Temis, 1987.
- BOTERO, Andrés, "Matices a la interpretación tradicional de la exégesis", *Revista Jurídicas*, Facultad de Derecho de la Universidad de Caldas, Manizales, núm. 2, vol. 9, 2012.
- CERDIO, Jorge, et. Al, *Análisis de criterios de decisión judicial. El artículo 30 de la L.C.T.*, Buenos Aires, Grupo de Análisis de Criterios, 2003, (s.p.) (s.r.).

ANDRÉS BOTERO BERNAL

- CIURO Caldani, Miguel Ángel, *Bases iusfilosóficas del Derecho de la Cultura*, Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas, 1993.
- COHEN, Morris, *Reason and Law: Studies in Juristic Philosophy*, Glencoe (Illinois), The Free Press, 1950.
- DEFLEM, Mathieu, *Sociology of law: Visions of a Scholarly Tradition*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008.
- DICKSON, Julie, "Legal Positivism: Contemporary Debates", en MARMOR, Andrei (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, New York, Routledge, 2012.
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1987.
- GREEN, Leslie, "Positivism and the Inseparability of Law and Morals", *New York University Law Review*, vol. 83, 2008.
- GRÜN, Ernesto y BOTERO, Andrés, "Hacia una teoría sistémico-cibernetica del Derecho", *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, núm. 117, julio-diciembre de 2008.
- GRÜN, Ernesto, "La aplicación de la Sistémica y la Cibernética al Derecho", en BOTERO, Andrés y ESTRADA, Sergio (comp.), *Temas de filosofía del derecho*, Medellín, Universidad de Medellín, 2003.
- GRÜN, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- GUIBOURG, Ricardo, "Bases teóricas de la informática jurídica", *Doxa*, Alicante, núm. 21-II, 1998.
- GUIBOURG, Ricardo, *La ciencia bifronte del derecho*, Tesis Doctor en Derecho, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- GUIBOURG, Ricardo, "La justicia y la máquina", *Revista La Ley*, Buenos Aires, 17 de mayo de 1973.
- GUIBOURG, Ricardo, *Derecho, sistema y realidad*, Buenos Aires, Astrea, 1986.

DERECHO, SISTEMA Y REALIDAD...

- GUIBOURG, Ricardo, “Derecho, sistema y realidad”, en Botero, Andrés (coord.), *Filosofía del derecho*, Medellín, Universidad de Medellín, 2012.
- GUIBOURG, Ricardo. *El fenómeno normativo: Acción, norma y sistema. La Revolución informática. Niveles del análisis jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1987.
- GUIBOURG, Ricardo, *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Buenos Aires, Colihue, 2004.
- GUIBOURG, Ricardo, *Pensar en las normas*, Buenos Aires, Eudeba, 1999, 237p. ISBN 9502309820.
- GUIBOURG, Ricardo, *Saber Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- GUIBOURG, Ricardo, “Una concepción analítica del derecho”, en BOTERO, Andrés (coord.), *Filosofía del derecho argentina*, Bogotá, Temis, 2008.
- HALPERIN, Jean-Louis, “Exégesis (escuela)”, trad. de Andrés Botero, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, Barranquilla, núm. 48, 2017.
- HESPANHA, António Manuel, “Tomando la historia en serio. Los exégetas según ellos mismos”, trad. de Andrés Botero, *Fórum*, Universidad Nacional de Colombia, Medellín, no. 3, 2012.
- KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, trad. de Rafael Luengo y Luis Legaz, Granada, Comares, 2002.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1958.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 14a. ed., trad. de Roberto Vernengo, México, Porrúa, 2005.
- KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, trad. de Ch. Eisenmann, París, Dalloz, 1962.
- LUHMANN, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (1974), trad. de Ignacio de Otto Pardo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

- MANTILLA, Benigno, “Teoría tridimensional del derecho”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, vol. 61, núm. 1, 1966.
- MARQUISIO, Ricardo, “Teoría del derecho y filosofía moral”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de la República, Montevideo, no. 38, 2015.
- MARQUISIO, Ricardo, “Tres modelos de postpositivismo jurídico”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, Buenos Aires, núm. 47, 2017.
- MORESO, José Juan, “Positivismo jurídico contemporáneo”, en FABRA, Jorge Luis (ed.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015, vol. I.
- PEZZETTA, Silvina, “El marco teórico del trialismo de Werner Goldschmidt y su evolución: algunas ideas sobre los nuevos aportes teóricos”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 11, 2007-2008.
- REALE, Miguel, “El término «Tridimensional» y su contenido”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, Lima, núm. 50, 1996.
- REALE, Miguel, *Teoría tridimensional del derecho* (1968), trad. de Ángeles Mateo, Madrid, Tecnos, 1997.
- ROBLEDO Rodríguez, Alejandro, “Metodología jurídica trialista y hermenéutica en la construcción del Derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 11, 2007/2008.
- ROSS, Alf. “Nota al libro de Kelsen ¿Qué es la justicia?” (1957). Trad. Genaro Carrió. En ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. de Genaro Carrió y Osvaldo Paschero, Buenos Aires, Centro editor de América Latina, 1969.
- ROSS, Alf, *Lógica de las normas* (1967), trad. de José S. P. Hierro, Madrid, Tecnos, 1971.
- SARLO, Oscar, “La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El “frente sur” de la teoría pura”, *Ambiente jurídico*, Manizales, núm. 12, 2010.

PRECEDENTE, ANALOGÍA Y RAZONES PARA ACTUAR. COMENTARIOS SOBRE LA PROPUESTA DE FREDERICK SCHAUER*

*PRECEDENT, ANALOGY AND REASONS FOR ACTION.
COMMENTS ON THE IDEAS OF FREDERICK SCHAUER*

Abdón Mauricio ROJAS MARROQUÍN**

Resumen:

Para buena parte de la literatura jurídica —con la que estoy particularmente de acuerdo—, el uso y seguimiento de sentencias en casos futuros es prioritariamente un asunto de analogías. Sin embargo, el reconocido profesor Frederick Schauer, en varios de sus textos, ha puesto con buenos argumentos en tela de juicio esta idea. De acuerdo con su interpretación, seguir el precedente es algo sustancialmente distinto al razonamiento analógico. En este artículo se intenta problematizar esta tesis a partir de cuatro diferencias analíticas que considero fundamentales: principios-reglas; intención comunicativa-recurso lingüístico; razones internas-externas, y razones excluyentes-concluyentes. Al interior de cada una de ellas, la tesis de la separación propuesta por Schauer, parecería fracasar.

Palabras clave:

Precedente, analogía, razones para actuar, razones excluyentes, razones concluyentes.

Abstract:

For a large part of the legal literature, with which I am particularly in agreement, the use and follow-up of judicial decisions in future cases is primarily a matter of analogies. However, the well-known professor Frederick Schauer,

* Artículo recibido el 2 de marzo de 2020 y aceptado para su publicación el 16 de septiembre de 2020.

** Director de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad ICESI, correo: amrojas@icesi.edu.co, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4934-9882>.

ABDÓN MAURICIO ROJAS MARROQUÍN

in several of his studies and publications, has put this idea at risk with good arguments. According to his interpretation, following the precedent is something substantially different from analogical reasoning. In this paper, we try to problematize his thesis from four analytical perspectives that I consider essentials: principles-rules; communicative intentions-linguistic tool; internal-external reason; and excluding-conclusive reasons. Within them, the thesis of separation proposed by Schauer would seem to fails.

Keywords:

Precedents, Analogy, Reasons for Action, Exclusionary Reasons, Conclusive reasons.

PRECEDENTE, ANALOGÍA Y RAZONES...

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Precedente y analogía: ¿principios hermenéuticos?* III. *Propósito comunicativo vs. recurso comunicativo*. IV. *Razón interna vs. razón externa*. V. *Seguimiento del precedente y razonamiento analógico: ¿Razones excluyentes o razones incluyentes?* VI. *La obligatoriedad del precedente y la “verdad” como razón para seguirlo*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

El notable trabajo del profesor Frederick Schauer pone de presente una serie de buenos argumentos para poder diferenciar entre el uso de una analogía y el uso de un precedente judicial.¹ En su opinión, la finalidad del precedente es, fundamentalmente, imponer la restricción que surge de *tener que seguir* el mismo curso de acción de un evento anterior, pese a que la persona que está obligada a hacerlo piense ahora que fue equivocado o incorrecto. Quien realiza una analogía, a contrapelo, *desea* usar el evento anterior como ejemplo de lo que considera adecuado, útil o correcto decir, a efectos de iluminar un punto sobre el que quiere argumentar o decidir. En conse-

¹ Me refiero fundamentalmente al siguiente texto: Schauer, Frederick, “Why precedent in law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy”, *Perspectives on Psychological Science*, 3(6), 2008, pp. 454-460. No desconozco otras contribuciones del autor en las que pueden existir puntos de vista adicionales sobre el precedente: Schauer, Frederick, “Precedent”, *Stanford Law Review*, 1987, pp. 571-605; Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, Madrid, Marcial Pons, 2004; Schauer, Frederick, “Has Precedent Ever Really Mattered in the Supreme Court”, *Ga. St. UL Rev.*, 24, 2007, pp. 381-401; Schauer, Frederick, *The Force of Law*, Harvard University Press, 2015. A pesar de los múltiples matices de todos sus textos, se mantiene en mi opinión el mismo punto sobre la fuerza normativa del Precedente, que la plantea en términos distintos al razonamiento analógico. Mi objetivo, en consecuencia, es discutir y llevar al extremo un argumento del autor, mas no hacer un balance de todo el conjunto de su teoría. Es decir, no pretendo desautorizar a Schauer, sino asumir críticamente un argumento —llevándolo al extremo— que de forma excepcional ha planteado y ha acompañado la mayor parte de su teoría.

ABDÓN MAURICIO ROJAS MARROQUÍN

cuencia, la analogía carece del carácter restrictivo y vinculante que Schauer encuentra en el precedente.²

Después de todo —diría el autor—, existe una considerable divergencia entre (i) *tener que* seguir un curso de acción y (ii) *querer* seguirlo a efectos de argumentar o decidir mejor en la actualidad. Bajo este entendido, ha señalado que en el razonamiento analógico existe, por lo general, una libertad del intérprete para elegir “la fuente” o el antecedente que se quiere usar; ello en razón de que se estima que sirve a propósitos orientadores o informativos. En el precedente, en cambio, el intérprete se encuentra compelido a un hecho histórico respecto del cual tiene vedado —o al menos para lo cual resulta intrascendente— expresar sus puntos de vista acerca de cómo la cuestión debió ser decidida. En una palabra: no es lo mismo *tener que* hacer algo, que *querer* hacerlo.

Ciertamente los ejemplos usados por el profesor Schauer son inteligentes e iluminadores. Naturalmente, cuando un niño demanda de sus padres ser tratado con la misma licencia y consideración con la que fue conducido su hermano mayor en circunstancias similares, está planteando su reclamo en terrenos para los cuales resulta francamente irrelevante lo que los padres consideren ahora al respecto. Bien pudieron modificar su opinión, pero ese es un asunto menor para quien sólo tiene en mente exigir el cumplimiento del precedente.³ A su turno, cuando los juristas reprochan a los magistrados de una Corte de justicia por no seguir un precedente, realmente están señalando, en opinión de Schauer, que con independencia de si es-

² Esta idea no es exclusiva del profesor Schauer. Los importantes ejemplos de los trabajos de Grant Lamond y Sandra Gómora, son muestra de la potencia que tiene la tesis de separación del precedente respecto de la analogía. Aunque con matices diferentes, ambos comparten la idea de que estas dos figuras del razonamiento jurídico, se mueven en planos normativos distintos. Véase Lamond, Grant, “Precedent and Analogy in Legal Reasoning”, en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016, disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>; Gómora Juárez, S., “La ejemplaridad y proyección del precedente”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 12, 2018, pp. 199-238.

³ Es extraño que en el ejemplo de Schauer no sea algo importante que los padres puedan decirle a su hijo que han cambiado de opinión por buenas razones y justamente por la experiencia obtenida.

PRECEDENTE, ANALOGÍA Y RAZONES...

tán de acuerdo con lo resuelto en el pasado, tienen la obligación de seguir ese mismo camino de acción, y lejos están de poder considerar a la sentencia anterior como un simple ejemplo orientador.

Si, supongamos, el joven del ejemplo formulado por Schauer hubiera expresado a sus padres que de no contar con el mismo tratamiento recibido por su hermano mayor, se sentiría tan discriminado como los americanos afrodescendientes en relación con su sistema judicial en el siglo XIX; entonces le asiste razón al profesor estadounidense al sostener que se estaría haciendo, en esta última afirmación, algo sustancialmente diferente de exigir el acatamiento de un precedente. En efecto: el joven desea plantear la analogía con los afrodescendientes tan solo para iluminar lo más posible su punto de vista. Más claramente: desea evidenciar el padecimiento que aqueja a quienes reciben, sin mayores razones, un trato discriminatorio de quien, dado el poder de decisión sobre sus acciones, debería tratar con igualdad a sus administrados. Acá el uso de la fuente analógica sirve más para ilustrar la semejanza entre el padre y el juez, así como aquella configurada entre los sentimientos de indignación que padecen las personas que son discriminadas injustamente.

Vistas así las cosas, parece que el punto de Schauer estaría plenamente justificado. Sin embargo, me parece que hay algo en sus presupuestos que vale la pena reexaminar. Lo haré de la mano de cuatro categorías analíticas, a saber: (i) diferencia entre principios y reglas; (ii) diferencia entre la intención comunicativa y el recurso comunicativo; (iii) la diferencia entre las razones externas y las razones internas; y, finalmente, (iv) la diferencia entre razones concluyentes y razones excluyentes. Las dos primeras quisiera abordarlas muy rápidamente, ya que son las dos últimas las que, a decir verdad, me interesan de manera sobresaliente.⁴

⁴ Como debe haber quedado claro ya, pues así lo he indicado desde el mismo resumen del texto, acojo la tesis de que el precedente judicial es un tema de analogías. Es decir, que analogía y precedente no se distinguen en la forma en que lo pretenden autores como Schauer y Lamond, en especial el primero de ellos, de quien uso sus argumentos centrales. Y la expresión “analogía”, es tomada en un sentido general, como el argumento que busca que un caso actual sea tratado relativamente de la misma manera (o con la misma regla) a como fue tratado un caso anterior, porque existen buenas razones para sostener que tienen semejanzas significativas.

ABDÓN MAURICIO ROJAS MARROQUÍN

II. PRECEDENTE Y ANALOGÍA: ¿PRINCIPIOS HERMENÉUTICOS?

Existe un sentido trivial en que el seguimiento del precedente y el razonamiento analógico podrían, aparentemente, diferir. Podría sostenerse, en gracia de discusión, que efectivamente se presenta en algunos sistemas jurídicos un principio que ordena atender a lo dicho en el pasado por la jurisprudencia. Un principio de esta naturaleza podría estar formulado de múltiples maneras, desde luego. No obstante ello, a decir verdad, cualquiera que sea el enunciado elegido (mejor o peor articulado, quiero decir) podríamos resumirlo de la siguiente manera: “debes seguir y/o respetar los precedentes judiciales”.

Pues bien: se supone —equivocadamente, creo yo— que es extraño hallar una expresión deóntica equivalente para las analogías. Aparentemente no suelen encontrarse principios que señalen cosas como: “debes hacer analogías”. De modo tal que, de ser esto correcto, seguir el precedente y razonar analógicamente podrían estar en dimensiones normativas diferentes. Podría pensarse, para hilar más fino, que el seguimiento de los precedentes es, ante todo, un “principio” acogido por un buen número de sistemas jurídicos. Sería un mandato genérico de *deber ser* que prescribe una pauta general de acción. La analogía, en cambio, sería una regla.

Por consiguiente, si se llegare a aceptar que el seguimiento del precedente es en términos prescriptivos un *principio*, al tiempo que la analogía es una *regla* de razonamiento lógico, nuevamente parece que el punto de Schauer estaría justificado. No obstante, este razonamiento tiene un defecto evidente. Veamos: cualquier enunciado prescriptivo, en la forma de principios o de reglas, puede ser estructurado a partir de los enunciados hipotéticos condicionales del tipo “si X (antecedente), entonces haz Y (consecuente deóntico)”.

Es plausible llegar a un acuerdo en el sentido de que la única diferencia —que tal vez puede ser la más— relevante, entre una re-

En otro escrito he querido explicar con mayor nivel de detalle la estructura de este tipo de razonamiento. Véase Rojas Marroquin, Abdón, “La fuerza ilocutiva y los efectos perlocutivos en el análisis estático de sentencias judiciales”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 30(2), 2017, pp. 9-30.

PRECEDENTE, ANALOGÍA Y RAZONES...

gla y un principio, desde el punto de vista de su estructura lógica,⁵ residiría por los lados del antecedente (indicación del hecho condicionante). La opinión que adscribo indicaría que, a diferencia de las reglas, los principios carecen totalmente del antecedente (son enunciados hipotético condicionales incompletos). Debo conceder, sin embargo, que para muchos teóricos los principios no siempre carecen de antecedente sino que este es más bien abierto e indeterminado, en comparación del que contienen las reglas. En mi modesta opinión, la diferencia entre estos dos tipos de normas no puede depender del carácter cerrado o abierto de su antecedente, pues parece bastante obvio que la determinación de ello depende de la decisión interpretativa de dar por exhaustivos/precisos o enunciativos/vagos los supuestos de hecho de un enunciado hipotético condicional, razón por la cual no podría considerarse como una característica que pertenezca a su estructura lógica a priori.⁶

Al margen de la anterior discusión, en lo que existe un acuerdo más o menos estable es en que las reglas de ordinario sí poseen antecedentes,⁷ de modo tal que además de indicar cuál es la acción debida (consecuente), también trae consigo la enunciación del hecho en virtud del cual se produce dicha consecuencia jurídica. Los principios, por lo contrario, sólo nos indican el deber ser (consecuente). En ese orden de ideas, los principios requerirían de procesos de *construcción* de su antecedente; o procesos de *concreción*, en opinión de quienes acogen la idea de carácter abierto de antece-

⁵ Hago la salvedad por cuanto para muchos autores existiría también una diferencia sobre el nivel de importancia axiológica que tienen estas normas; o en cuanto al tipo de derrotabilidad que tienen unas y otras. Véase Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, Cap. V, pp. 183 y ss.; también Bäcker, Carsten, "Reglas, principios y derrotabilidad", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 37, 2014, pp. 31-44.

⁶ Lo mismo ocurre con la supuesta mayor importancia axiológica de los principios por sobre las reglas. El carácter fundamental de un enunciado depende de una decisión interpretativa. Guastini, *op. cit.*, pp. 190 y 191.

⁷ Así, mientras la función del principio consiste en fomentar un valor; a partir de una pauta de acción general; la función de la regla consiste, a veces, en concretar dicho mandato genérico al nivel de un enunciado hipotético condicional completo; y en ese sentido, podrían ser entendidas como formas concretas de realización de los principios.

dente para el principio, repito. Vale decir, los principios exigen, para que puedan ser seguidos, de procesos interpretativos que los conduzcan hacia la categoría de las reglas.⁸

Repárese, entonces, en que el consecuente deóntico bajo la forma “debes seguir los precedentes judiciales”, en absoluto contiene un antecedente que determine los hechos condicionantes bajo los cuales este mandato debe realizarse. En cambio, la analogía se presenta normativamente como —prioritariamente— una regla, tal cual acontece en el ordenamiento jurídico colombiano, por poner un ejemplo: “*Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido (antecedente), se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes... (consecuente)*”. (Artículo 8, ley 153 de 1887).

Empero, bien vistas las cosas, parece claro que la regla del razonamiento analógico podría funcionar, justamente, para construir/concretar (según sea el caso) el antecedente del cual carece el mandato deóntico de aplicación de los precedentes. Me explico: bien podría decirse “cuando las circunstancias de hecho de los casos sean análogas, deben seguirse los precedentes”. Y, por lo tanto, no podría diferenciarse entre el precedente y la analogía de forma significativa, a partir de su estructura lógico-normativa. En puridad, la analogía sería la forma concreta de materialización del principio que ordena seguir los precedentes. Vale decir, es la forma de hacerlo. Luego, no serían cosas sustancialmente distintas como lo afirma Schauer.

Pero hay algo más: es innegable que la pauta genérica que más arriba se presentó en los términos prescriptivos de un principio (“debes seguir los precedentes judiciales”), fue un movimiento deliberado por presentar deónticamente al seguimiento del precedente en el consecuente y no en el antecedente del enunciado condicional. Sin embargo, bien puede trastocarse este orden, indicando, por poner algún ejemplo, lo siguiente: “*deben respetarse los principios de igualdad y de seguridad jurídica (consecuente), siguiendo los prece-*

⁸ Es más o menos eso lo que entiende Riccardo Guastini por el proceso de “concreción” de los principios. Literalmente indica lo siguiente: “Una norma “genérica” —y por tanto un “principio”— es... una norma que: (a) por un lado, exige la formulación de otras normas —que la “concreten”, que posibiliten su “aplicación” o “ejecución”— sin las cuales no sería apta para resolver casos concretos”, *Ibidem*, p. 189.

PRECEDENTE, ANALOGÍA Y RAZONES...

dentés judiciales (antecedente)”; situación en la cual el seguimiento del precedente queda situado ahora en el nivel de la regla de construcción/concreción del principio —de igualdad y seguridad jurídica, para este caso—, lugar reservado en los párrafos anteriores sólo para la analogía. Y en ese sentido, una vez más, ninguna diferencia sustancial aflora entre el precedente y la analogía como lo suponía Schauer.

De manera tal que, tanto la analogía como el seguimiento del precedente pueden estar ubicados indistintamente en cualquiera de los extremos de la estructura de las disposiciones normativas, según se decida subjetivamente.

Es cierto que Schauer no se detuvo concretamente en la anterior y eventual diferenciación. Quiero insistir en que no intento evaluar críticamente a un autor desde el conjunto sistemático de toda su producción teórica, sino únicamente problematizar un argumento en particular que ofreció en un determinado momento. Además, sospecho que valía la pena desatender esta diferencia analítica cuanto antes, en consideración del lector acostumbrado a separar los distintos tipos de normas. Por cierto, vale la pena también avanzar rápidamente en la siguiente aclaración:

III. PROPÓSITO COMUNICATIVO VS. RECURSO COMUNICATIVO

Una segunda y rápida observación que valdría la pena examinar, consiste en no pasar por alto la diferencia —también trivial, por cierto— existente entre el *propósito comunicativo* y el *recurso comunicativo*. Y dentro del primero, es bastante obvio que deberíamos diferenciar los diversos propósitos comunicativos con los cuales se usan dichos recursos (su fuerza ilocutiva).

Naturalmente, disponer de un ejemplo o realizar una comparación para iluminar una idea, es distinto de usar un ejemplo o hacer una comparación para impulsar la acción. Lo uno y lo otro dependen más de la intención comunicativa del hablante (y de su fuerza ilocutiva), y no de la estructura lógica interna del recurso lingüístico (ejemplo o comparación). La intención comunicativa, si se quiere, es más una cuestión instalada al interior de los terrenos de la pragmá-

ABDÓN MAURICIO ROJAS MARROQUÍN

tica lingüística, que una vinculada a la estructura sintáctica del lenguaje. Parece claro que el contexto de enunciación de un acto de habla es algo diferente del acto de habla mismo, aunque naturalmente lo uno y lo otro se entrecruzan sustancialmente.

Supongamos que en un proceso judicial un juez indica lo siguiente: “No es de recibo el planteamiento del señor abogado “A”, en el sentido de excluir como algo ajeno a nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de controlar constitucionalmente las sentencias judiciales, so pretexto de defender la seguridad jurídica y la cosa juzgada. En múltiples oportunidades esta corporación ha indicado que existen yerros jurisdiccionales de una magnitud tal que, ante la improcedencia de recursos que corrijan la legalidad del fallo, pueden dejar al ciudadano en una situación de completo desconocimiento de su derecho fundamental al debido proceso. En estas situaciones excepcionales, resulta fundamental la intervención del juez constitucional en el marco de las competencias del juez natural. Esta corte, en sentencias W, X y Y, sostuvo ya la viabilidad excepcional de la tesis del control constitucional de las sentencias judiciales. Negar ello es tanto como desconocer el modelo filosófico de nuestro estado constitucional de derecho. Por cierto, en ningún sentido esta figura es extraña a los ordenamientos jurídicos, como podría pensarse. *Países como P, Q y R cuentan con figuras jurídicas similares orientadas en tales sentidos*”.

En este párrafo —construido artificialmente, debo aclarar—, resulta fácil advertir varias intenciones comunicativas distintas, en relación con el uso de los ejemplos y de las comparaciones. La última parte en cursiva sólo pretende, si se quiere, adornar una idea. Tiene, para ser más claros, una intención retórica frente a la necesidad de abundar en argumentos en orden a darle una mejor luz a su punto, como indica Schauer. La primera parte resaltada en negrilla, a su turno, además de reforzar un argumento, intenta ofrecer una poderosa razón de orden ético acerca de las consecuencias de desconocer el tratamiento jurisprudencial de una figura jurídica en un ordenamiento. En ajustada síntesis, lo que quiere significar el juez es que resulta francamente sorprendente que el abogado desconozca esa tesis generalmente admitida, pues al hacerlo, prácticamente desco-

PRECEDENTE, ANALOGÍA Y RAZONES...

noce el derecho en el que opera. Es incorrecto hacerlo, para decirlo contundentemente.

El uso de las sentencias W, X y Y como ejemplos y comparaciones, por el contrario, tiene un propósito diferente. Este uso, además de reforzar argumentativamente un punto, tiene fundamentalmente la finalidad de impulsar la acción; esto es, que se siga un precedente. Y junto con ello, todas las acciones accesorias que pueden eventualmente adscribirse: que se dé por descontada una idea; que se oriente el proceso de conformidad con esa tesis; que se centre la discusión en un ámbito específico; que se desestime la improcedencia de un recuso; que el abogado acepte una tesis jurídica y la siga; y así sucesivamente.

Mucho me temo, contrario a la tesis del profesor Schauer, que el argumento por analogía es, entonces, entendido por los abogados de manera prioritaria como una comparación cuyo propósito es la extensión, hacia un evento posterior, de una regla que ha operado en un evento anterior. Esa es su fuerza ilocutiva e, incluso, su efecto perlocutivo. Es decir, la analogía no suele ser entendida por los abogados, en términos generales, como un recurso decorativo. La pregunta que se hacen en relación con las sentencias judiciales expedidas en el pasado, es si una regla que gobernó ese caso previo *puede* o *debe* hacerse extensiva en un caso posterior. Cuando ese es el propósito comunicativo, los abogados *comparan* de una manera distinta a cuando comparan como simple recurso retórico.

No obstante lo anterior, y aunque creo que es laborioso imaginar al interior de un proceso judicial la utilización del recurso de la comparación que no sea teniendo en la mente la extensión por vía analógica de una regla que ha operado anteriormente, podríamos concederle al argumento de Schauer que, en efecto, existirían también comparaciones con un sentido más retórico o decorativo, tal cual lo sostiene. Esto ocurre, digamos, cuando se hace referencia a una institución de derecho romano, de derecho comparado o de alguna norma jurídica derogada. Bien pueden los abogados indicar que mientras en la legislación anterior el curso debido era “X”, bajo los términos de la actual legislación, lo debido es hacer “Y”. Este es un uso del recurso de la comparación bajo intenciones comunicati-

ABDÓN MAURICIO ROJAS MARROQUÍN

vas diversas al uso del argumento analógico para seguir un precedente judicial.

Pero esto justamente demuestra que, a diferencia de lo que sostiene Schauer, una comparación o una analogía pueden tener el efecto obligatorio o vinculante según sea la intención comunicativa de quien la usa.

De modo tal que, en el mejor de los casos, podría aceptarse, en gracia de discusión, que el nombre “precedente” podría reservarse para el uso obligatorio y vinculante de las analogías, esto es, la “analogía jurídica”; mientras que el de “simple analogía” o “analogía no jurídica”, se guardaría –diríamos– para los usos retóricos o decorativos. De ser este el caso, sin embargo, lo único que podría sostener Schauer es que la “analogía no jurídica” no tiene sustancialmente nada que ver la “analogía jurídica” (precedente). Y sostener ello es avanzar muy poco, ¿verdad? Adicionalmente, la dificultad que soportaría este matiz del argumento de Schauer es que no es muy claro cómo esa elemental diferenciación, además de permitir identificar una intención comunicativa previa, pueda también alterar la estructura lógica de un recurso lingüístico —como el ejemplo o la comparación— que es por su propia naturaleza neutral.⁹

⁹ En este punto resulta de mucha importancia el buen trabajo realizado por la profesora Sandra Gómora, quien encuentra que la “ejemplaridad” es un elemento constitutivo tanto del concepto de precedente como de analogía. Aunque termina por diferenciar la fuerza normativa de las dos figuras, lo hace por una vía distinta a como lo realizan Schauer y Lamond. En su opinión, el propósito del precedente estriba en regular mediante el ejemplo, la conducta futura de los jueces. El precedente es, más concretamente, una forma comunicativa de reglas autoritativas mediante el ejemplo. Para que un caso anterior sea considerado un buen ejemplo, debe tener algún valor o relevancia atribuida que otorga su fuerza normativa (ser una buena razón para actuar), pues de lo contrario no sería tomado como una buena muestra de cómo debe decidirse. Razonar analógicamente es, por tanto, razonar mediante ejemplos, pues también de esta figura se predica la ejemplaridad. La cuestión estriba, para Gómora, en que en la analogía, la cualidad de ejemplaridad y la necesidad de adecuación (que el ejemplo sirva exitosamente a algún propósito), agotan su fuerza normativa allí, mientras que para el precedente también juega, además de estos dos elementos, el de la proyección y la autoridad (también la jerarquía). La conjugación de estas dos últimas propiedades, tornan al precedente una regla excluyente, mientras que la analogía contrae su función a la resolución de disputas parcialmente reguladas o indeterminadas, que no han sido resueltas directamente

PRECEDENTE, ANALOGÍA Y RAZONES...

Pues bien, desechados estos dos primeros puntos, creo que es momento de entrar de lleno en las dos últimas distinciones analíticas que considero fundamentales.

El profesor Schauer, en un sentido especial, con su planteamiento de separar el razonamiento analógico del seguimiento del precedente, acude tácitamente a dos distintas discusiones que, para la filosofía del derecho, resultan ciertamente recurrentes. La primera de ellas corresponde a la disputa entre *internalistas vs externalistas*;¹⁰ vale decir, aquella que pregunta por la *fuerza* de las razones a partir de las cuales una persona está dispuesta a actuar. La opinión de Schauer sería que la regla de seguimiento del precedente es, ante

por una autoridad legítima. La distinción conceptual que hace Gómora no la lleva, sin embargo, a nada más que a una diferencia de grados, aceptando la intrínseca relación que tienen las dos figuras, toda vez que aparecen entrelazadas cronológicamente de forma invariable. Así las cosas, el razonamiento analógico aparecería en dos momentos específicos, según nos indica: (i) como “filtro de búsqueda”, ante casos parcialmente regulados o indeterminados, para “recuperar” un amplio cúmulo de ejemplos previos, dentro de lo cual pueden figurar reglas de precedente —o no—, así como también doctrinas, ejemplos, jurisprudencia no vinculante, etcétera; realizando con ello un balance de razones dependientes para poder fallar; (ii) con ese balance de razones, la autoridad crea la regla de precedente para el específico caso, regulándolo directamente; (ii) ante un caso posterior, análogo a este último decidido, en tanto que existe esa regla de precedente, el razonamiento analógico funcionaría para identificar el precedente vinculante que debe aplicarse. De modo que podría decirse, en opinión de Gómora, que la analogía es un elemento del precedente, pero no es todo el precedente. Aceptaré, en la misma línea en la que estoy indicando, que tanto el precedente como la analogía comparten el elemento de la “ejemplaridad”, como es apenas evidente. Y también la idea implícita según la cual los ejemplos o comparaciones tienen propósitos comunicativos diversos. Eso sí, me permitiré, como se verá más adelante, separarme de Gómora, Lamond y Schauer, en el entendido de que de este punto no se sigue que la diferencia entre las dos figuras se trate de una diferencia entre razones excluyentes y razones dependientes.

¹⁰ Existe una enorme cantidad de literatura sobre esta disputa filosófica. Véase, entre otros tantos, los buenos textos de Williams, Bernard, “Internal and external reasons”, *Reasoning. Studies of Human Inference and its Foundations*, 1981, pp. 60-66; King, Patricia, “Internalismo, externalismo y autoconocimiento”, *Critica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, 2000, pp. 99-119; Ortiz, Javier, “¿Puede haber razones jurídicas autoritativas?”, 1995; Redondo, María Cristina, “¿Razones internas vs. razones externas?”, 1996; Bayón, Juan Carlos, “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, *DOXA*, núm. 19, pp. 143-162.

ABDÓN MAURICIO ROJAS MARROQUÍN

todo, una *razón externa* que impone un deber; mientras que la analogía, en cambio, sería una *razón interna* que concierne más a las *creencias* y los *deseos* del hablante. La segunda de las discusiones gravita, con independencia de que constituya una razón externa o interna, sobre la pregunta de si, en términos de Joseph Raz, la regla del seguimiento del precedente es una *razón excluyente* o una *razón concluyente*.¹¹ La opinión de Schauer sería que es una regla excluyente de cualquier balance de otro tipo de razones. Es decir, que existiendo ella no hace falta evaluar otro tipo de razones.

Empezaré con la primera de estas cuestiones.

IV. RAZÓN INTERNA VS. RAZÓN EXTERNA

A pesar de que externalistas e internalistas coinciden en la idea según la cual las personas generalmente actúan porque encuentran “razones”¹² para hacerlo; con todo, disienten respecto del origen o procedencia de tales razones. Así pues, los internalistas acostumbran a indicar que las razones son invariablemente “internas” al

¹¹ La literatura sobre este particular es también extensa. Véase, entre otros muchos textos, los siguientes: Raz, Joseph, “Reasons for Action, Decisions and Norms”, *Mind*, 84.336, 1975, PP. 481-499; Nino, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, vol. 6, Astrea, 1985; Redondo, María Cristina y Navarro, Pablo Eugenio, “Normas y razonamiento práctico: una crítica a Joseph Raz”, *DOXA*, núm. 10, 1991, pp. 91-100; Bayón Mohíno, Juan Carlos, “Razones y reglas: sobre el concepto de «razón excluyente» de Joseph Raz”, *DOXA*, núm. 10, 1991, pp. 25-66; Bayón, Juan Carlos, “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, *DOXA*, núm. 19, 1996, pp. 143-162; Bouvier, Hernán, “Reglas y razones subyacentes”, *DOXA*, núm. 27, 2004, pp. 393-424; Caracciolo, Ricardo, “El concepto de autoridad normativa: el modelo de las razones para la acción”, *DOXA*, núm. 10, 1991, pp. 67-90.

¹² A veces suele diferenciarse entre los motivos y las razones para actuar. Se supone que mientras la primera es sólo una razón aparente porque se limita a “explicar” por qué alguien pudo sentirse inclinado a actuar de determinada manera; la segunda, en cambio, “justifica” el comportamiento. Una “razón” es una justificación de la acción. Un “motivo” es una explicación de la acción. Una persona puede estar motivada a acallar violentamente a un vecino ruidoso, por ejemplo; pero según esta postura, faltan todavía razones que justifiquen la violencia ejercida por el solo hecho del ruido generado. Acallararlo violentamente sería irracional, pues no existe una justificación (razón) para hacerlo, aunque puedan existir motivos.

PRECEDENTE, ANALOGÍA Y RAZONES...

agente que actúa, toda vez que son, después de todo, las *creencias* y los *deseos* (estados mentales, en opinión de algunos filósofos) aquellos dispositivos que mueven a alguien a comportarse de una determinada manera. Los externalistas, por su parte, sostienen que razones externas impuestas al agente, independientes de sus motivaciones, fungen como mecanismos que impulsan la acción, o al menos como motores *determinantes* de disposición interna del comportamiento. Por cierto, la noción jurídica de “deber” ha sido considerada paradigmáticamente un ejemplo de esto.¹³

En el marco de esta discusión, podría sostenerse que la opinión de Schauer se limita a indicar que cuando se propone el recurso de la analogía, el usuario de ese acto de habla se encuentra inducido

¹³ Cristina Redondo indica que la excepción a esta postura podría estar en cabeza de los realistas jurídicos, quienes ven al “deber jurídico” únicamente como un tema de razones internas de los operadores: son creencias las que lo mueven a actuar de una determinada manera. La apuesta realista estriba en que dichas razones internas son todo menos que razones propiamente “jurídicas”, sino razones prioritariamente políticas, sociales, económicas, morales, etcétera. Igualmente, Redondo pone de presente que para algunos positivistas normativistas los deberes jurídicos no son ni razones internas ni razones externas. Frente a esto último señala que este enfoque “ha recibido fuertes críticas porque, al no admitir la relación necesaria entre deber y razón, es considerado incapaz de explicar la normatividad del Derecho”. Redondo, María Cristina, “¿Razones internas vs. razones externas?”, *cit.*, p. 136. Esta crítica también se encuentra en su texto Redondo, María Cristina, “El carácter práctico de los deberes jurídicos”, *DOXA*, núm. 21, 1998, pp. 355-370, cuando concretamente indica que: “Un reflejo de la distinción positivista entre lo que el derecho es y lo que debe ser es la separación nítida entre los problemas de identificación del derecho, y los problemas relativos al deber de aplicación u obediencia de sus normas. Conforme a algunas propuestas positivistas... el segundo es un problema práctico que no puede ser resuelto por la teoría general del derecho... En otras palabras, el derecho no tiene por sí mismo carácter práctico, dicha cualidad depende de la corrección moral de su contenido. Desde esta perspectiva, que exista un derecho no equivale a que exista un deber de hacer lo que él establece, i.e., de obedecerlo o de aplicarlo” (p. 355). Algunos positivistas, como Raz, intentan dar cuenta de la normatividad del derecho renunciando a tomar a la clásica separación entre el derecho y la moral, como un presupuesto inherente del positivismo jurídico. Véase, por ejemplo, Raz, Joseph, “Authority, Law and Morality”, *The Monist*, 68(3), 1985, pp. 295-324. Otros positivistas como Cristina Redondo admiten la necesidad de dar cuenta del carácter normativo del derecho sin renunciar a las separaciones clásicas del derecho con la moral, y del ser con el deber ser.

ABDÓN MAURICIO ROJAS MARROQUÍN

(motivado) a actuar por cuenta de que *cree* que la fuente es correcta a efectos de iluminar un punto de vista (lo que presupone un internalismo). En otras palabras, la razón que mueve a un hablante —ordinario o jurídico— a usar una analogía, es la *creencia* de que ella servirá mejor a efectos de dar fuerza a su propósitos comunicativos y argumentativos. Por consiguiente, es una razón interna a quien la plantea. Contrariamente, actuar de conformidad con el precedente presupondría —llevando al extremo el punto de Schauer— un externalismo, como quiera que una razón por fuera del agente (el deber de seguir un precedente) es la que impone un curso de acción. Acción para la cual, dicho sea de paso, resultan indiferentes las creencias y los deseos del hablante (incluso si considera equivocado la decisión anterior). En una palabra, Schauer ubicaría al precedente junto a la noción de deber; al paso que esta, siguiendo a la filosofía del derecho tradicional, es fundamentalmente una razón externa.¹⁴

Ciertamente el punto es sugestivo. No obstante, esta tesis tiene dificultades significativas. Quisiera abstenerme de entrar en profundidad sobre la discusión acerca de los presupuestos epistemológicos del externalismo, que encuentro claramente problemáticos si se toma a esta postura como algo excluyente —o al menos algo no compatible— con el internalismo. Me limitaré a enunciar algunos inconvenientes que surgen del argumento de Schauer.

En primer lugar, ¿quiere decir lo anterior, que con la asunción de que el precedente cae necesariamente en la noción externa del deber y, en consecuencia, que el seguimiento de un precedente no puede estar justificado por una razón interna, tendríamos que admitir que nadie podría —o debería— creer que es realmente correcto seguirlo en un determinado caso —no sólo en cuanto a la necesidad de seguirlo, sino también correcto en cuanto a su contenido—?

¹⁴ Desde este punto de vista, no es posible ubicar a Schauer dentro de los positivistas normativistas que niegan que el derecho pueda ser una razón para actuar. Todo el planteamiento de Schauer presupone la normatividad del precedente, vale decir, la capacidad de constituirse en una razón para que jueces y abogados actúen. De lo contrario, no tendría sentido diferenciar entre una acción cuya razón implícita es la necesidad de iluminar lo mejor posible un punto, *versus* una acción cuya razón implícita es la de “tener que” seguir un curso de acción de conformidad con el precedente, con independencia de las razones internas de quien está obligado.

PRECEDENTE, ANALOGÍA Y RAZONES...

Formulo esa pregunta porque, a decir verdad, si alguien afirma estar siguiendo un precedente porque cree que es correcto su contenido, o porque seguirlo es respetuoso del derecho a la igualdad con independencia de su contenido, es bastante evidente que está, en ambos casos, expresando una razón interna. De tomarnos el punto de Schauer en serio, en cambio, tendríamos que estar dispuestos a aceptar las siguientes dos tesis:

- a) Toda referencia a una razón interna para seguir un precedente comete un error técnico. Repárese en las siguientes dos afirmaciones: (i) “debemos seguir el precedente X porque fue la decisión correcta para este tipo de casos”; y (ii) “debemos seguir el precedente X porque debemos respetar los principios de igualdad, seguridad jurídica y coherencia interna del ordenamiento”. De conformidad con este primer punto de vista, los dos son enunciados mal redactados o mal expresados. Lo que en pureza debió decirse fue: “debemos seguir la sentencia X porque es el precedente *obligatorio, con independencia de si la considero correcta y además compatible con los principios de igualdad, seguridad jurídica y coherencia interna del ordenamiento*”. De hecho, la última parte resaltada tendría que sobrar, pues nada quita o agrega.¹⁵

Al mismo tiempo, la expresión “quisiera iluminar lo mejor posible mi punto de vista en el sentido de señalar que la norma X es la que se impone para el caso actual, poniendo de presente, apenas como un ejemplo orientador, al precedente A”, sería también un enunciado anti-técnico, como quiera que las expresiones “precedente” y “ejemplo orientador” no pueden ir conjuntamente.

- b) O puede ocurrir que el hablante que recurre a razones internas para justificar el seguimiento de un precedente, no ha advertido todavía que lo que verdaderamente lo mueve es una razón externa. O habiéndolo advertido, quiere deliberadamente falsear su razón externa bajo el ropaje mendaz de una razón interna.

¹⁵ Subsiste la pregunta sobre qué lo hace obligatorio. Ya me detendré en ese tema.

ABDÓN MAURICIO ROJAS MARROQUÍN

Por consiguiente, se trataría de una ingenuidad o una deshonestidad psicológica.

Puede advertir el lector que estas son teorías manifiestamente engañosas. Quiero decir, psicológicamente engañosas: ¿Cómo podría negarse la posibilidad real de que razones internas muevan a los juristas a seguir los precedentes? ¿Qué prueba podríamos ofrecer para cerciorarnos de que ello nunca ocurre? ¿Cómo podría probarse una deshonestidad psicológica, acaso? En cierto sentido, estas tesis violentan también los principios de colaboración y de caridad lingüística, a partir de los cuales no deberíamos atribuir o suponer en el hablante todas nuestras creencias, al momento de interpretarlo, a tal punto que desaparezca la diferencia entre el hablante y el intérprete; ni deberíamos suponer que dicho hablante rompe conscientemente el principio de no contradicción.

Ahora bien, detengámonos en las siguientes expresiones: (a) “debo seguir el precedente X porque los precedentes deben seguirse según lo ordena el Derecho”; (b) “debo seguir el precedente X porque es lo debido”. Si se acoge la idea de que en relación con el seguimiento del precedente opera una razón externa (la del *deber* u *obligación*; o la remisión circular al *Derecho mismo*), no parece claro cómo es que, además de la simple trivialidad de que la existencia del “Derecho mismo” o estos conceptos en abstracto podrían operar como determinantes causales de un posterior estado psicológico del intérprete (razón interna), tiene por sí misma la fuerza de mover finalmente desde el punto de vista teleológico la acción. Una cosa es que una razón externa tenga una relevancia explicativa de la teleología de la acción, y otra bien distinta que justifique la acción misma.¹⁶

¹⁶ Concedo que para pensadores como Cristina Redondo existiría una razón teleológica y una razón no-teleológica como fundamento de la acción. Para la razón no teleológica (razón externa), ciertos eventos externos podrían tener una relevancia práctica directa en la acción; es decir, la podrían explicar causalmente, sin apoyo absoluto en una razón teleológica. Esto ocurre, en su opinión, cuando, por ejemplo, la sola pertenencia de un individuo a una determinada comunidad, lo lleva a reproducir ciertas acciones que la comunidad realiza espontáneamente. Según sostiene, acá este comportamiento no tiene que tener una explicación teleológica necesariamente: “no siempre se actúa en la persecución de algún objetivo. Hay acciones

PRECEDENTE, ANALOGÍA Y RAZONES...

De hecho, para pensadores como Bernard Williams, el externalismo ni siquiera cuenta con capacidad explicativa en este sentido indicado. William es reiterativo en cuanto a la necesidad de aceptar que si una persona actúa de conformidad con una razón, esta razón debe poder explicar y justificar la acción desplegada. De este elemento carece la explicación externalista, según indica. Tomemos el ejemplo que plantea Javier Ortiz: “Supongamos que en un determinado sistema jurídico hay una norma jurídica válida que establece que los ciudadanos mayores de edad deben ingresar al ejército para prestar su servicio militar”.¹⁷ Ahora pensamos en la siguiente afirmación externa: “Hay una razón jurídica para que Juan entre al ejército”, con independencia de lo que él crea de ese deber. Aunque parece que esto confirmaría el punto Schauer, el externalismo tropieza con los siguientes inconvenientes:

- a) Si Juan no decide ingresar, el externalismo no podría dar cuenta de la conducta de Juan por obvias razones: una creencia interna no aceptó la verdad de la afirmación externa de deber.
- b) Si Juan decide ingresar, tampoco el externalismo da cuenta de qué ocurrió en Juan para que aceptara la verdad del enunciado externo y actuara de conformidad con él.

Aparentemente, entonces, sólo resta la posibilidad para que el externalismo pueda probarse, que pudiéramos constatar que Juan, sin estar motivado para ingresar al ejército, con todo lo hizo. En este punto, sin embargo, se vuelve hacia el punto “b”, en el sentido de que falta una explicación de por qué se aceptó el enunciado externo como verdadero, para ingresar.

Francamente, encuentro muchas dificultades para poder ver de qué manera podría explicarse y justificarse una acción sin presupo-

que constituyen un fin en sí mismas, se realizan simplemente porque sí”. Redondo, María Cristina, “¿Razones internas vs. razones externas?”, *cit.*, p. 140. A mi modo de ver, esta afirmación es incompatible con la idea de que toda acción tiene un aspecto interno de contenido intencional. En mi opinión, no puede pasarse por alto la diferencia entre una acción automática cuya razón ha sido interiorizada o asumida mecánicamente; y una acción desprovista de razones.

¹⁷ Ortiz, Javier, “¿Puede haber razones jurídicas autoritativas?”, *cit.*, p. 162.

ABDÓN MAURICIO ROJAS MARROQUÍN

ner una razón interna, en la forma de creencias o deseos.¹⁸ Incluso cuando *existe* una obligación que se impone a un agente, operan en él dos creencias: (i) la creencia de que la obligación realmente existe y se reconoce como tal, y (ii) la creencia de que vale la pena en algún sentido acatarla. Y debe existir una creencia interna para poder siquiera identificarla y *asumirla* como una obligación externa. De lo contrario, el seguimiento del precedente o de las obligaciones jurídicas no perseguiría ningún objetivo; vale decir, no tendría ninguna teleología; no sería el medio para garantizar algo más, sino sería un seguimiento constituido en un fin en sí mismo. Sería una acción autotustificada. Y esto suena bastante extraño incluso para los sistemas de un fuerte *stare decisis*.¹⁹

¹⁸ Sobre este punto concuerdo con Rorty en el sentido de que haríamos bien en desechar el término “deseo” al entenderlo como una creencia más. El deseo es sólo una creencia de segundo orden, en el sentido de que presupone la existencia de otra, pero condiciona su aplicación a alguna circunstancia. De ordinario se entiende que si alguien tiene la creencia “no deberíamos matar”, es de esperar que actúe de conformidad con esa creencia. Sin embargo, resulta evidente que no siempre existe coherencia entre la creencia y la acción. Por esa razón los psicólogos han indicado que entre lo uno y lo otro media “el deseo” de actuar conforme a la creencia. Rorty indica que lo que ocurre es que eso que llamamos “deseo” es una creencia del tipo “En el contexto X, lo mejor sería no aplicar la creencia A”. Por ejemplo, indicando “en el contexto en donde esté en riesgo tu propia vida, lo mejor es que no apliques la creencia de “no deberíamos matar””. Véase Rorty, Richard, (1996): «La indagación intelectual como recontextualización: una explicación antidualista de la interpretación», en *Objetividad, Relativismo y Verdad*, Madrid, Paidós, p. 131.

¹⁹ Como lo plantea Bouvier en la lectura que hace del texto de Schauer “las reglas en juego”: “para todo caso las reglas poseen un propósito o razón subyacente que podrá ser o no tomado en cuenta al modelo que se decida adoptar. En ningún caso se prevé la posibilidad de reglas dictadas irracionalmente, a ciegas, sin conocimiento de propósitos, o sin la previsión de ciertos fines u objetivos a proteger o alcanzar. Se excluye, en definitiva, reglas sin razones subyacentes”. Bouvier, Hernán, “Reglas y razones subyacentes”, *cit.*, pp. 399 y 400. Esto es independiente de que el mismo Bouvier critique la idea de que toda regla debe perseguir un propósito. Según sostiene, esto “revitaliza” la idea del “legislador racional”, lo cual encuentra empíricamente equivocado por cuenta de verdaderos “malos legisladores” que “sancionan leyes sin ningún mérito, razón o justificación”. *Ibidem*, p. 403. En mi opinión, no puede confundirse el hecho de que exista la posibilidad de que una regla sea expedida “sin la más mínima consideración de qué estado de cosas se quería favorecer”, “por error, desinterés o desconocimiento” (*Ibidem*, p. 400); o “sin entender

PRECEDENTE, ANALOGÍA Y RAZONES...

Empero, creo que el lector ha advertido algo bastante evidente: suponiendo, en gracia de discusión, que para el seguimiento del precedente resulten realmente intrascendentes las razones internas, queda todavía la urgente tarea de determinar el significado de la expresión “deber” u “obligación”, pues por ahora carecen plenamente de contenido efectivo. Ya volveré sobre este particular. Por ahora quisiera dibujar los contornos de la última de las discusiones.

V. SEGUIMIENTO DEL PRECEDENTE Y RAZONAMIENTO ANALÓGICO: ¿RAZONES EXCLUYENTES O RAZONES CONCLUYENTES?

Es bastante bien conocido que Joseph Raz asume, como creo que deberíamos hacerlo todos, que el lenguaje jurídico es claramente “normativo”; es decir, es un tipo de lenguaje prescriptivo de relevancia práctica, capaz de influir en el comportamiento de sus destinatarios.²⁰ En consecuencia, Raz entiende que el lenguaje jurídico es

qué es lo que está sancionando, sin tener en cuenta las razones que favorece, o sin pensar en razón o estado de cosas alguno al cual favorecer o proteger” (*ibidem*, p. 403); con el hecho de que al seguir la regla deba interpretársela como persiguiendo algún fin, si quiere ser inteligible y además si quiere revestir de un carácter verdaderamente práctico. Sencillamente, cualquier agente estaría dispuesto a no seguir una regla si no asoma en ella visos de racionalidad a partir de algún propósito. Me temo que Bouvier está tomando la noción de normatividad como sinónimo de intención prescriptiva y no la está observando desde el punto de vista de su funcionalidad práctica. De este error proviene la unión de la razón subyacente de la regla a la intencionalidad que, desde luego, puede ser verdaderamente egoísta, errada o desinteresada. De ahí que él piense que no separar el “acto de la legislación” de su mérito o demérito (su razón subyacente), sería cometer la falacia naturalista. Tampoco acompaña la idea de Bouvier en el sentido de que se rompería el principio de caridad o cooperación lingüística al asumir siempre una razón detrás de una regla, porque en mi opinión suponer ello no está distorsionando el contenido intencional que tiene una determinada regla al tomarla siempre como racional, sino simplemente se está diciendo que todas ellas, si quieren ser racionales, deben tener una razón que la respalde, salvo que quiere comprometer su carácter normativo.

²⁰ Cristina Redondo hace bien en poner de presente que existen, básicamente, dos formas de explicar la noción de “normatividad” del lenguaje jurídico. La primera de ellas entiende el carácter normativo como propiedades prescriptivas de los enunciados que se emiten “con la intención de guiar o dirigir la conducta de

ABDÓN MAURICIO ROJAS MARROQUÍN

realmente una razón para que las personas actúen de conformidad con sus normas. Según sostiene, si las normas jurídicas no tuvieran la fuerza para hacer actuar a sus destinatarios, por cuenta de ella mismas y sin referencia a cualquier otro tipo de razones, sencillamente se perdería el carácter normativo, y habría que concluir que razones de otro tipo justifican la aplicación del derecho. Por cierto, la expresión “actuar porque el Derecho así lo ordena” dejaría de tener sentido efectivo y, con ello, el derecho se despojaría de su pretensión de ser una disciplina con relevancia práctica.

Aceptado ello, la pregunta que se formula Raz es si las normas del derecho son, como él sostiene, razones que excluyen cualquier otro tipo de razones; o si por el contrario las normas jurídicas se siguen atendiendo a un balance depurado de un conjunto más amplio de otras razones, en el que las normas jurídicas son apenas una parte; es decir, de un conjunto incluyente de más razones, respecto de las cuales se realiza un balance y una conclusión. Si el argumento de Raz es correcto, tiene razón Schauer: el precedente, a partir de su mera existencia, es una razón en sí misma para que se siga, con independencia de cualquier otro tipo de razones. La analogía, en cambio, surgiría del balance de razones, y estas sí son internas al agente.²¹

otro agente”, esto es, enunciados que contienen términos deónticos de acuerdo a la intención de quien los emite. La segunda, en cambio, toma el carácter normativo como una propiedad de los enunciados que tienen “relevancia práctica”, es decir, que se constituyan en verdaderas razones para actuar. Redondo correctamente descrece de la primera de dichas nociones por cuanto, de ser cierta, tendríamos que admitir, por ejemplo, que el “Derecho Romano” es todavía normativo a pesar de que parece claro que, al día de hoy, carecen sus disposiciones de normatividad. Redondo, María Cristina, “El carácter práctico de los deberes jurídicos”, *cit.*, pp. 355-370.

²¹ Esta es, en mi opinión, la tesis que sostiene Lamond. Para él, la analogía “complementa” al precedente cuando el caso presente no cae dentro de la sombra de irradiación de la sentencia vinculante anterior. Para Lamond, el argumento analógico tiene una fuerza normativa diferente del precedente, dado que sobre este último el curso de acción debido es su anulación (por un tribunal superior), su distinción o su seguimiento irremediable. La analogía, en cambio, es apenas una buena razón para orientar una decisión judicial actual, que puede ser “cercana” (si apoya intensamente un resultado) o “lejana” (si apoya débilmente un resultado). En consecuencia, las analogías no vinculan y deben ser balanceadas con otras razones para llegar a un determinado resultado. Lamond, Grant, *op. cit.*, pp. 17 y ss. De acuerdo con mi interpretación, la tesis de que el precedente es una regla excluyente, mientras que

PRECEDENTE, ANALOGÍA Y RAZONES...

Pues bien. El modelo que acoge Raz para dar cuenta de la normatividad del derecho es el de las razones excluyentes (RE), que entiende como algo sustancialmente diferente al modelo del balance de varias razones de primer orden (BRPO),²² que son medidas más por su peso, fuerza o importancia, de conformidad con alguna escala que asumirá quien realice la estimación de todas ellas.

Sin embargo, como es ya un lugar común en las lecturas a la propuesta de Raz —y como el mismo autor reconoce—, es necesario aceptar que la razón excluyente, en tanto que razón que excluye las demás razones, si quiere ser considerada racional y, por tanto, admisible, debe ella misma provenir de una razón que la justifique. Como plantean Cristina Redondo y Pablo Navarro, deben existir argumentos que permitan diferenciar entre una RE justificada y una RE injustificada. Y esta razón justificativa de la RE, dado que implica cotejar razones, proviene de un BRPO. Por consiguiente, las RE y las RRPO no son independientes. Por el contrario, este último modelo justifica al primero.²³

Esto mismo ocurre con el seguimiento del precedente, en mi opinión. Aun si asumiéramos que la regla del seguimiento del precedente obedece a una RE, y aún si asumiéramos incorrectamente que las RE son al mismo tiempo razones externas; de cualquier modo su justificación y aceptación debe provenir de un cotejo o balance de otras razones. Y, como se dijo más arriba, parece bastante evidente que un balance de razones sólo puede tener ocasión como un balance *interno* de razones. Es decir, es el agente quien de conformi-

la analogía siempre procede de un balance de razones dependientes, es también la tesis que sostiene Sandra Gómora. Véase Gómora, Sandra, *op. cit.*

²² Se les llama de primer orden porque a partir de ellas se produce la razón de actuar. En consecuencia, la razón por la cual actúa el agente ocupa un lugar lógicamente posterior al de las razones que fueron objeto de balance. Así las cosas, si A, B y C son razones que deben ser balanceadas, la razón concluyente tendrá la forma de “debemos hacer A, consideradas todas las razones”. Sobre las razones excluyentes en el pensamiento de Raz, puede consultarse: Vega Gómez, Juan, “El positivismo excluyente de Raz”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004.

²³ Redondo, María Cristina y Navarro, Pablo Eugenio, “Normas y razonamiento práctico: una crítica a Joseph Raz”, *cit.*, p. 95.

ABDÓN MAURICIO ROJAS MARROQUÍN

dad con alguna escala de peso, fuerza o importancia, estimará cuál razón debe triunfar a efectos de poder actuar. De modo que no existe la diferencia entre el seguimiento del precedente y el razonamiento análogo que sugiere Schauer.²⁴

Sospecho que el lector, como yo, dudaría de la idea de que las RE puedan ser consideradas, ni siquiera en la versión radical de Raz, como razones necesariamente impuestas externamente al agente. Y esto resulta más claro atendiendo al punto que Redondo y Navarro ponen de presente, correctamente en mi opinión: si las normas jurídicas son, por definición, RE, entonces resulta bastante claro que no podrían existir normas jurídicas que no se siguen.²⁵ No seguirlas implicaría aceptar que otra razón operó y, por cierto, excluyó la razón excluyente. Y excluir la RE es lo mismo que decir que no funcionó como RE. Y esto, a su turno, supone que es la *aplicación* y no la *existencia* el criterio de identificación de una RE:

Raz sostiene que las [RE] son aquellas razones que funcionan excluyendo el balance de razones, y si las normas funcionan de este modo sólo cuando el agente las acepta y las sigue, entonces Raz debe admitir que una norma es una [RE] sólo cuando es aceptada y seguida por

²⁴ Según el ejemplo de Lamond, “los cuchillos pueden ser análogos a las pistolas si el problema se refiere a las armas, pero los cuchillos pueden ser análogos a las cucharas, si el problema se refiere a los cubiertos”. De modo que, en su opinión, la fuerza normativa de la analogía depende fundamentalmente de la justificación específica que tenga para un caso determinado, el ejemplo anterior. Los casos no son análogos en abstracto sino en el contexto específico de la cuestión jurídica planteada, nos dice. Cuanto más abstracto sea su uso, menor será su fuerza normativa. Cuanto más concreto, mayor. Según Lamond, la analogía tiene el propósito de dar a conocer al juez una variedad más amplia de casos y hechos, cuando existe la necesidad de “profundizar y agudizar” la reflexión, cuando no se comparte una perspectiva normativa uniforme, para “compensar parte de la indeterminación” de los materiales jurídicos. Es extraordinariamente extraño suponer que nada de ello ocurre con el precedente. La diferencia, así planteada, sería tan excepcionalmente trivial como lo es decir que en el precedente operaría una especie de presunción de seguimiento, salvo la *distinción* o la *anulación* (que provienen claramente de un balance de razones); mientras que en la analogía operaría un balance de razones directo, no intermediado por la presunción. Lamond, *op. cit.*

²⁵ Piénsese en el fenómeno de la “derrotabilidad” de las normas o de la “distinción”, que desaparecerían por completo.

PRECEDENTE, ANALOGÍA Y RAZONES...

el agente. Por lo tanto, es la aceptación y no la existencia de la norma, lo que constituye la [RE] para la acción. Sostener que la RE es el hecho de que la norma exista, con independencia de su aceptación, exige señalar una propiedad que permita identificar ese tipo de razones. De no ser así, Raz debe admitir, o bien que la aceptación es lo que constituye la [RE], o que la existencia de las normas consiste en que ellas son aceptada y seguidas. En ambos casos queda expuesto a la misma crítica que le formulara a Hart: no poder explicar las normas con independencia de su práctica.²⁶

Este argumento debería ser particularmente preocupante para Schauer, porque entonces es la aceptación y no la existencia del precedente lo que puede constituir una razón excluyente para actuar de conformidad con él. Y, desde luego, la aceptación implica un balance interno de razones: “aceptar una norma es creer que hay razones para seguirla, es tener una razón operativa para hacerlo”.²⁷ Naturalmente, seguir un precedente por cuenta de su sola existencia, conllevaría seguirlo sin consideraciones adicionales, menos aún si ellas se orientan en contravía del curso de acción del caso anterior. De modo que incluso concediendo la existencia de un principio hermenéutico del tipo “debes siempre y de forma excluyente seguir los precedentes”, para que pueda ser entendido como una RE, debe justificarse en un balance previo de razones. Y si este balance arroja el resultado de que no será excluyente para un determinado caso, desaparece la obligatoriedad excluyente que encuentra Schauer en el precedente a diferencia de la analogía. Y nuevamente, su diferencia ha sido diluida.

Ahora bien, Juan Carlos Bayón ha dejado ver en algunos de sus textos²⁸ que Raz podría estar dispuesto a aceptar que tomar a las reglas como RE puede ser “irracional” en condiciones ideales del discurso, situación en la cual se cuenta con tiempo e información suficiente para realizar siempre un balance ordenado y depu-

²⁶ Redondo, María Cristina y Navarro, Pablo Eugenio, “Normas y razonamiento práctico: una crítica a Joseph Raz”, *op. cit.*, p. 96.

²⁷ *Ibíd.*, p. 97.

²⁸ Bayón, Juan Carlos, “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, *DOXA*, núm. 19, pp. 143-162.

ABDÓN MAURICIO ROJAS MARROQUÍN

rado de razones. En dichas circunstancias, un RE generaría, ciertamente, decisiones subóptimas. Sin embargo, a falta de este contexto ideal, en las situaciones reales de deliberación y de definición sobre lo que debe hacerse, la RE funge óptimamente como razón pragmática que ahorra tiempo, trabajo, frustración, y además maximiza otras tantas cosas, “postergando” el propio juicio para dejar en manos de las autoridades “expertas” el balance de razones.²⁹ De manera que la RE sería algo así como la conclusión de un balance previo de razones que la autoridad realizó con antelación, pero que el usuario de la regla usa ya como RE para evitar tener que hacer él mismo su propio balance. Por cierto, para Raz no tomarla de este modo desconocería el concepto mismo de “autoridad”, cuyo sentido parece construirse a partir de la idea de una obediencia no condicionada a balances de sus destinatarios.

Es bastante evidente, no obstante ello, que para que un usuario de una regla tenga semejante juicio (ahorrar tiempo, dejar todo en manos expertas, evitar frustraciones y trabajo), debió realizar un balance de razones cuya conclusión fue, justamente, tomar de ahí en adelante a las reglas de la autoridad como razones excluyentes. Es decir, tuvo que encontrar buenas razones para postergar su propio juicio y dejar todo en manos de la autoridad en la que confía. Y, adicionalmente, como bien indica Bayón, debe decirse que “si aceptar una autoridad es aceptar sus reglas como razones excluyentes..., entonces la práctica de la autoridad simplemente no puede tener lugar entre sujetos racionales”.³⁰

Ahora bien, en este punto podrían lanzarse algunos conocidos salvavidas sobre la propuesta de Raz acerca de las RE. Podría indicarse, por ejemplo, que sería una gruesa confusión sostener que Raz entiende a las RE como razones absolutas (RA), esto es, como razones que deben triunfar siempre, en todo caso, en el entendido de que

²⁹ Sobre la postergación del juicio y la paradoja de la irrelevancia moral de la autoridad pueden consultarse, además de los textos de Raz, a Bayón, Juan Carlos: “Razones y reglas: sobre el concepto de «razón excluyente» de Joseph Raz”, *DOXA*, núm. 10, 1991, pp. 25-66; y Nino, Carlos Santiago, *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

³⁰ Bayón, Juan Carlos, “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, *op. cit.*, p. 149.

PRECEDENTE, ANALOGÍA Y RAZONES...

no existe una circunstancia que la sobreponga.³¹ Y, en especial, se diría que Raz no las encuentra propicias para explicar el mundo del Derecho, toda vez que ello supondría la existencia de una autoridad con un poder excepcional no tolerable por ningún sistema jurídico. Puede advertirse que al indicar que las RE no siempre excluyen, porque no son absolutas, se pierde buena parte de la propiedad de obligatoriedad cuya fuerza normativa distinguiría a los precedentes. La pregunta que surge inmediatamente es bajo qué criterios, entonces, la RE se relativiza. Y, desde luego, qué otras razones entran en juego para relativizar la RE, y por qué tienen un peso mayor que la RE. Otras razones que, por supuesto, deberán también que balancearse.

Ahora bien, un segundo salvavidas se orientaría hacia la idea de que la noción de RE no elimina o hace desaparecer las razones de primer orden en las que ella se basa. Lo que implica la RE es la pretensión de dejar de considerarlas directamente como una razón para la acción (que no sean ellas las que motiven realmente la acción —*compliance*—), que es algo distinto a negar que luego la razón de primer orden y la razón excluyente, se puedan corresponder —*conforming*—. Veamos un ejemplo: las razones A, B y C resultan balanceadas por la autoridad J. Dicha autoridad dispone que la razón para actuar debe ser A, que conduce a la conducta X (si hubiera elegido B o C, la conducta sería distinta). Cuando alguien se pregunte si debe desplegar o no la conducta X, lo deberá hacer por cuenta de que ya la autoridad J prescribió F: “*debe hacerse X*”, conforme a un balance previo que realizó basado en A.

Es decir, ante la alternativa de basarse en A directamente bajo su propio balance, o basarse en F, el destinatario elegirá F para realizar X, porque así lo dispuso la autoridad, quien le ahorra tiempo, le evita frustraciones y trabajo.³² Y además porque si no fuera así, dice Raz, la falta de coordinación podría dar al traste con el seguimiento mismo del derecho. Repárese, en consecuencia, en que realizado X,

³¹ Raz, Joseph, *Practical Reasons and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 27.

³² En este punto entran en juego las famosas tesis de la dependencia, de la justificación y de la exclusividad, que no es el caso por ahora explicarlas en mayor detalle.

ABDÓN MAURICIO ROJAS MARROQUÍN

concurrer tanto la razón A como la razón F. Por consiguiente, la RE no excluye las razones de primer orden que, para este ejemplo, era A. De hecho, la razón A estaría “protegida” por la RE.

¿Pero decir eso no es una obviedad? Es muy evidente que la RE no elimina la razón de primer orden en la que se basa la autoridad, puesto que de hacerlo, la RE implicaría el mandato de obedecer ciegamente a la autoridad que expide reglas sin razones. Y esto tampoco sería tolerable, pues se trataría de una autoridad *de facto* y no una autoridad legítima. Se sabe perfectamente que la autoridad tuvo alguna razón dependiente para expedir F. Pero si es cierto el esquema de Raz, como aparentemente lo lee Schauer, entonces debería ser indiferente para el destinatario saber cuál es esa razón de primer orden en la que se basa F. Y, por cierto, debería ser indiferente también el hecho de que, al hacer X, la razón F concorra con la razón A o con cualquier otra que hubiera podido conducir también a X. En ese sentido, una cosa sería saber que existe una razón dependiente en la que se basa la RE, que no se elimina; otra conocerla; y otra bien distinta, aceptarla.

Lo que resulta particularmente curioso es que podamos suponer que así funciona operativamente el seguimiento de los precedentes judiciales. De acuerdo con Raz y con quienes insisten en que el precedente es una RE distinta sustancialmente al razonamiento analógico, sostienen al mismo tiempo que una autoridad sería considerada legítima si las reglas que expide son válidas y vinculantes, con independencia del contenido de la regla. Además de ser extraordinariamente extraño suponer que los jueces no están interesados en hacer explícitas —y buscar la legitimidad de su autoridad, justamente en— las razones dependientes en las que se basa; está la pregunta sobre qué pasaría si advertimos que la regla dependiente es ilegítima e incorrecta. No es cierto que la RE la blinde o proteja. ¿Podría, acaso, una autoridad judicial dictar cualquier tipo de RE? Es bastante claro que no, conforme se explicó más arriba. Y al mismo tiempo, ¿cómo podría acaso determinarse y seguirse un precedente, si la RE que lo produce no se *formula* y se *acepta* en términos de las razones dependientes en las que se basa?

Como consecuencia de lo anterior, ninguno de los dos anteriores salvavidas, en mi opinión, funcionan para darle una fuerza norma-

PRECEDENTE, ANALOGÍA Y RAZONES...

tiva diferente al precedente respecto de lo que ocurre con el razonamiento analógico. Y no debe olvidarse que en este escrito no se quiere negar que en las analogías realizadas por los juristas, casi siempre esté una razón adicional a considerar en el balance (la de la autoridad). Lo que se está indicando es que si la diferencia entre la analogía y el precedente corre por cuenta del supuesto hecho de que en el primero existe un balance de razones y en el segundo no, el soporte de la diferenciación parecería fracasar.

VI. LA OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE Y LA “VERDAD” COMO RAZÓN PARA SEGUIRLO

Si seguimos a Bernard Williams,³³ la racionalidad de las acciones depende de que ellas provengan de razones que las *justifiquen*, y que no sólo las *expliquen*. Según una bastante conocida indicación que hace, si alguien tiene una creencia falsa, y actúa de conformidad con ella, lo que ocurre es que él suponía tener razones; pero, con todo, sólo tenía *motivos* para actuar. Quiere con ello indicar Williams que la característica racionalizadora de la creencia como razón interna para la acción presenta dos niveles: en primer lugar, una creencia sirve para explicar teleológicamente una acción, es decir, para *motivar* el comportamiento. En segundo lugar, si dicha creencia ha sido forjada o “fijada” —siguiendo el lenguaje de Peirce—³⁴ a partir de un proceso de deliberación por medio del cual el agente elige esa específica creencia por sobre otras, depurándolas, se ha pasado de la simple motivación interna, a la acción propiamente racional (en eso consiste el “balance” de razones). Williams considera que el principal proceso de depuración consiste en la identificación de sus creencias verdaderas y falsas para, por ese camino, concluir lo que más arriba ya se dijo: si se tiene efectivamente una razón para actuar o sólo se *creía* tener una razón para ello.

³³ Williams, Bernard, “Internal and External Reasons”, *Moral Luck: Philosophical Papers 1973-1980*, Cambridge University Press, 1981, pp. 101-113.

³⁴ Peirce, Charles Sanders, “La Fijación de la Creencia”, en *Charles S. Peirce. El hombre, un signo (El Pragmatismo de Peirce)*, Barcelona, Crítica, 1988, pp. 175-199.

ABDÓN MAURICIO ROJAS MARROQUÍN

Al margen de si lo anterior ocurre siempre, lo cierto es que a veces el sentido racional de la acción depende del hecho de que el agente encuentre verdadera la creencia que la respalda. Otras tantas veces no es así, desde luego. Alguien puede, por ejemplo, encontrar sentido en el efecto de lo expresado, en vez de en el significado verdadero de la expresión. Quien bromea en sus reuniones sociales jamás encuentra una razón para hacerlo en la verdad de lo que dice, por ejemplo.

En lo que a este escrito interesa, sospecho que resulta necesario diferenciar entre la regla que obliga a seguir los precedentes (ROSP) y la regla del precedente (RDP), a efectos de evitar más confusiones. En mi opinión, la regla que obliga seguir a los precedentes (ROSP), como lo señalé en las líneas anteriores, también es una razón interna e igualmente proviene del balance de razones. Ahora lo que quisiera sostener es que, adicionalmente, el balance de razones para aceptar la regla que ordena seguir el precedente judicial, dependería o se condicionaría, a su turno, a la verdad de la regla del precedente (RDP). Es decir, la verdad de la RDP podría ser parte fundamental del balance de razones para aceptar y seguir la ROSP.³⁵ No obstante, no siempre ocurre ello:

Quien *propone* una fuente o candidata a precedente en un determinado pleito, puede estar más cerca de encontrar sentido racional a seguirla, por cuenta del carácter veritativo de la regla jurisprudencial, con independencia de que se entienda por “verdad”, a su turno, algo interno o externo al individuo.³⁶ Al mismo tiempo, quien debe *acatar* la fuente que no ha elegido, podría estar más cerca de encontrar el sentido a su acción en virtud de creencias internas sobre la

³⁵ Esto supone separarse radicalmente de la tesis según la cual una regla puede determinarse, entenderse y seguirse con independencia de su contenido, como se pretende establecer para la RE.

³⁶ Esta es una discusión enorme de la epistemología. La teoría de la verdad como correspondencia con el mundo, es una teoría que, a pesar de que se encuentre en mi opinión cada vez más desacreditada académicamente, representa el modelo paradigmático de verdad como algo externo. A su turno, un cúmulo importante de teóricos indican con buenos argumentos que la verdad es prioritariamente un tema interno al lenguaje, y que el “mundo” sólo tiene relevancia epistémica cuando ha sido nominalizado.

PRECEDENTE, ANALOGÍA Y RAZONES...

coherencia del sistema, la seguridad jurídica, la igualdad, etcétera. Sin embargo, creo que pueden acontecer seis variantes perfectamente identificables, en el marco de dichos extremos:

- 1) Que alguien que *propone* una fuente o candidata a precedente, le encuentre sentido a seguir la regla allí contenida por razones de coherencia, seguridad jurídica o igualdad, entre otras; y no porque encuentre verdadera la regla jurisprudencial. En este caso, es un balance interno de razones sobre la ROSP y no sobre la RDP, la que constituye la razón para actuar.
- 2) Que alguien que *propone* una fuente o candidata a precedente, le encuentre sentido a seguir la regla allí contenida porque la encuentra correcta, con independencia de la coherencia con el resto del sistema jurídico, la seguridad jurídica o la igualdad. En este caso, es un balance interno de razones sobre la RDP y no sobre la ROSP, la que constituye la razón para actuar.
- 3) Que alguien que *propone* una fuente o candidata a precedente, le encuentre sentido a seguir la regla allí contenida porque la encuentra correcta, al tiempo que encuentra correcto seguirla por razones de coherencia con el resto del sistema jurídico, seguridad jurídica y respeto de la igualdad. En este caso, es un balance interno de razones tanto de la ROSP como de la RDP, la que constituye la razón para actuar.
- 4) Que alguien que debe *acatar* una fuente que no ha elegido, encuentre de cualquier modo sentido a seguirla por razones de coherencia, seguridad jurídica o igualdad; y no porque encuentre verdadera la regla jurisprudencial. En este caso, es un balance interno de razones sobre la ROSP y no sobre la RDP, la que constituye la razón para actuar.
- 5) Que alguien que debe *acatar* una fuente o candidata a precedente que no ha elegido, de cualquier modo le encuentre sentido a seguirla porque la encuentra correcta en cuanto a su contenido. En este caso, es un balance interno de razones sobre la RDP y no sobre la ROSP, la que constituye la razón para actuar.
- 6) Que alguien que debe *acatar* una fuente o candidata a precedente que no ha elegido, de cualquier modo le encuentre sentido a seguir la regla allí contenida porque la encuentra co-

ABDÓN MAURICIO ROJAS MARROQUÍN

rrecta, al tiempo que encuentra correcto seguirla por razones de coherencia con el resto del sistema jurídico, seguridad jurídica y respeto de la igualdad. En este caso, es un balance interno de razones tanto de la ROSP como de la RDP, la que constituye la razón para actuar.

Ya se dijo que para Schauer la ROSP sería comprensible únicamente como una razón externa y excluyente, a partir de lo cual nadie que propone o acata una RDP puede tener razones para seguirla distintas de las razones que ya encuentra en la ROSP. Pero esto tiene dos problemas evidentes: en primer lugar, la RDP resulta, entonces, plena y absolutamente indiferente; en segundo lugar, no existirían ni lógica ni fácticamente posibilidades para no seguir la RDP.³⁷ Nuevamente: no seguir un precedente sería siempre irracional.³⁸

Y esto es, desde luego, contraintuitivo. En términos generales los jueces y los abogados acuden, precisamente y de forma significativa, a la verdad o corrección de una RDP tanto para seguirla como, en ausencia de ello, para no seguirla. Y este balance suele ser incluso más poderoso que el balance sobre la ROSP. En otros términos: un usuario regular de los precedentes puede haber concluido, en términos generales, luego de realizar un balance sobre la igualdad, la seguridad jurídica y la coherencia del sistema, que vale la pena en lo posible obedecer la regla que ordena seguir el precedente; y aun así luego desistir de aplicarla porque el nuevo balance sobre la regla del precedente (su ausencia de verdad o de corrección), así lo obliga.

³⁷ Es de entrada problemático pensar que no podrían existir razones internas para que un precedente no se acate, toda vez que no es claro cómo podría controlarse el sistema de creencias de los operadores jurídicos para cerrar el paso a una creencia (o balance de razones) que desafíe el seguimiento de un precedente. De seguir el argumento de Schauer, cuando una Corte varía un precedente, lo que ha ocurrido en realidad es que actuó sin razón alguna; actuó ciegamente, incluso cuando ha advertido la falta de racionalidad de su conducta. Esta es una forma bastante extraña de describir el proceso de transformación del derecho.

³⁸ Me parece correcta la afirmación de Bayón en el sentido de decir que “si un agente aprecia que lo debido, todas las cosas consideradas, no coincide con lo exigido por una regla y no obstante decide seguirla, su decisión sólo puede ser calificada como el producto de una irracional reverencia hacia la regla”. Bayón, Juan Carlos, “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, *op. cit.*, p. 145.

PRECEDENTE, ANALOGÍA Y RAZONES...

Parecería, entonces, que el balance de la RDP tiene una mayor fuerza que el balance de la ROSP.

En este punto debe ya estar muy claro para el lector que la RE que Schauer eventualmente encontraría en la ROSP, acude en forma vacía a la noción de “deber”, pues ese concepto funciona normativamente tanto para informar “cómo debe actuarse” como para informar “cómo no debe actuarse”: no es un deber por un deber, sino que debe existir una propiedad o criterio a partir de lo cual el agente esté capacitado para decidir que, estando la propiedad presente debe hacer lo que la regla indica; o que a falta de ello debe abstenerse de actuar en dicha forma. De lo contrario, la expresión “deber”, sin contenido alguno, implicará una obligación ciega en relación con la acción. Es decir, una acción desprovista de razones.³⁹ Es bastante evidente, por lo demás, que la noción de “deber” puede ser también entendida como sinónima de una razón para actuar, que en absoluto excluye el balance de razones.

Debo admitir que en algunos apartados Schauer varía el criterio de la *existencia* del precedente, y lo transforma en un criterio de *identidad* entre casos. Por ejemplo, señala que cuando la “identidad entre una decisión anterior y una cuestión actual es obvia e inescapable, entonces el precedente impone una restricción diferente del efecto típico del argumento por analogía” (Schauer, 2008, p.454 y 458). Es decir, la regla que obliga a seguir el precedente (ROSP) se activa, diríamos, una vez que se constata la identidad (¿conceptual? ¿fáctica?) entre el caso anterior y el caso nuevo. Pero si esto es correcto, entonces la ROSP jamás podría ser una regla excluyente, toda vez que no es ella misma sino el producto de un balance sobre otro tipo de razones la que entrega su normatividad. La ROSP es una regla dependiente de una conclusión previa. Después de todo, sí es entonces el contenido de la RDP la que determina su fuerza jurídica.

³⁹ Como sostiene Bayón: “Un agente verdaderamente racional no puede en ningún caso aceptar reglas como razones excluyentes. Eso es tanto como decir que un agente racional nunca queda eximido de componer el balance de todas las razones en juego y de actuar con arreglo al resultado del mismo”. Bayón, Juan Carlos, “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, *op. cit.*, p. 144.

ABDÓN MAURICIO ROJAS MARROQUÍN

Y en este preciso momento cobra sentido preguntarse lo siguiente: dado que la razón para tomar a la ROSP como una RI y una RE, es el hecho de que se constate la identidad entre los casos, queda todavía absolutamente todo por decir en relación con el modo de definir dicha identidad, así como las discusiones sobre la verdad de ese modelo de su fijación.

VII. CONCLUSIONES

Creo entonces, como consecuencia de todo lo anterior, que los presupuestos utilizados por el profesor Schauer para separar el uso y seguimiento del precedente, de la estructura de la analogía, son al menos problemáticos. Al día de hoy, realmente no existen razones suficientes que lleven a modificar el esquema analógico operativo de muchos sistemas jurídicos para los cuales el uso del precedente es fundamental. En otro trabajo he intentado defender la reformulación metodológica que, en mi opinión, debería darse para trabajar de una mejor manera con las analogías jurisprudenciales. Para ello he tomado como base los ya viejos y clásicos conceptos de fuerza ilocutiva y efecto perlocutivo a efectos de poder distinguir entre un problema de determinación del significado de un precedente, por un lado, y un problema de seguimiento de dichos significados, por el otro.⁴⁰ Sin embargo, a este y otros trabajos similares de otros autores se les ha puesto la difícil tarea de reconsiderar el hecho de que el seguimiento del precedente sea algo realmente inscrito en el marco lógico del recurso de la analogía. Este texto intenta contribuir en ese camino.

VIII. REFERENCIAS

BÄCKER, Carsten, “Reglas, principios y derrotabilidad”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, num. 37, 2014.

⁴⁰ Rojas Marroquin, Abdón, *op. cit.*

PRECEDENTE, ANALOGÍA Y RAZONES...

- BAYÓN, Juan Carlos, "Razones y reglas: sobre el concepto de «razón excluyente» de Joseph Raz", *DOXA*, núm. 10, 1991.
- BAYÓN, Juan Carlos, "Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas", *DOXA*, núm. 19, 1996.
- BOUVIER, Hernán, "Reglas y razones subyacentes", *DOXA*, núm. 27, 2004.
- CARACCIOLO, Ricardo, "El concepto de autoridad normativa: el modelo de las razones para la acción", *DOXA*, núm. 10, 1991.
- GÓMORA Juárez, S., "La ejemplaridad y proyección del precedente", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 12 2018.
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- KING, Patricia, "Internalismo, externalismo y autoconocimiento", *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, núm. 96, 2000, .
- LAMOND, Grant, "Precedent and Analogy in Legal Reasoning", en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2016 Edition, disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>.
- NINO, Carlos Santiago. *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, vol. 6.
- NINO, Carlos Santiago. *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ORTÍZ, Javier: ¿Puede haber razones jurídicas autoritativas?, *ISONOMÍA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 3, 1995.
- PEIRCE, Charles Sanders, "La fijación de la creencia", en Peirce, Charles S., *El hombre, un signo (El Pragmatismo de Peirce)*, Barcelona, Crítica, 1988.
- RAZ, Joseph, "Authority, Law and Morality", *The Monist*, 68(3), 1985.
- RAZ, Joseph, "Reasons for Action, Decisions and Norms", *Mind*, 84(336), 1975.
- RAZ, Joseph, *Practical Reasons and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

ABDÓN MAURICIO ROJAS MARROQUÍN

- REDONDO, María Cristina, ¿Razones internas vs. razones externas?, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1996.
- REDONDO, María Cristina, “El carácter práctico de los deberes jurídicos”, *DOXA*, núm. 21, 1998.
- REDONDO, María Cristina y Navarro, Pablo Eugenio, “Normas y razonamiento práctico: una crítica a Joseph Raz”, *DOXA*, núm. 10, 1991.
- RODRÍGUEZ, J. A. S. y Rivas, P., *El último eslabón del positivismo jurídico: Dos estudios sobre Joseph Raz*, Granada, Comares, 2005.
- ROJAS MARROQUIN, Abdón, “La fuerza ilocutiva y los efectos perlocutivos en el análisis estático de sentencias judiciales”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 30(2), 2017.
- RORTY, Richard, “La indagación intelectual como recontextualización: una explicación antidualista de la interpretación”, *Objektividad, relativismo y verdad*, Madrid, Paidós, 1996.
- SCHAUER, Frederick, “Precedent”, *Stanford Law Review*, 1987.
- SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- SCHAUER, Frederick, “Has Precedent Ever Really Mattered in the Supreme Court”, *Ga. St. UL Rev.*, 24, 2007.
- SCHAUER, Frederick, “Why Precedent in Law (and Elsewhere) is not Totally (or even Substantially) about Analogy”, *Perspectives on Psychological Science*, 3(6), 2008.
- SCHAUER, Frederick, *The Force of Law*, Harvard University Press, 2015.
- VEGA GÓMEZ, Juan, “El positivismo excluyente de Raz”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004.
- WILLIAMS, Bernard, “Internal and External Reasons”, *Moral Luck: Philosophical Papers 1973-1980*, Cambridge University Press, 1981.

APUNTES CONCEPTUALES PARA LA IDENTIFICACIÓN DE CONFLICTOS NORMATIVOS ENTRE NORMAS*

CONCEPTUAL NOTES FOR IDENTIFICATION OF NORMATIVE CONFLICTS BETWEEN NORMS

Víctor GARCÍA YZAGUIRRE**

Resumen:

El artículo tiene por objeto ofrecer criterios de identificación de conflictos normativos entre normas jurídicas. Para ello, se realiza una descripción y análisis, desde un enfoque analítico, respecto en qué casos dos normas prescriptivas condicionales son inconsistentes entre sí. Para ello *i)* delimitaré el tipo de normas relevantes para este estudio; *ii)* analizaré la necesidad de emplear nociones lógicas para conceptualizar y formular criterios de identificación de los casos de conflicto normativo, y *iii)* daré cuenta de las principales formas de entender la noción de conflicto normativo. Concluiré que es necesario adoptar nociones y principios de la lógica deóntica a efectos de poder diferenciar casos de antinomia y de casos que no lo son.

Palabras clave:

Conflicto normativo, normas condicionales, principio de no contradicción, lógica deóntica.

* Artículo recibido el 28 de diciembre de 2019 y aceptado para su publicación el 16 de septiembre de 2020.

** Doctorando en cotutela de la Universidad Austral de Chile y la Universidad de Génova. garciayzaguirre@gmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4662-2919> Agradezco a Álvaro Núñez Vaquero por sus comentarios y observaciones a una versión previa de este artículo. Este trabajo se enmarca como tesista del proyecto Fondecyt «Hacia una teoría del stare decisis» (núm. 1180494) concedido por el Conicyt chileno.

VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

Abstract:

The purpose of this article is to provide criteria for identifying regulatory conflicts between legal rules. To do so, an analytical approach is used to describe and analyze cases in which two conditional prescriptive rules are inconsistent with each other. Therefore, I will i) define the type of rules relevant to this study; ii) analyze the need to use logical constructs to conceptualize and formulate criteria for identifying cases of regulatory conflict; and iii) give an account of the main ways of understanding the concept of regulatory conflict. I conclude that it is necessary to adopt concepts and principles of deontic logic to be able to differentiate between cases of antinomy and those that are not.

Keywords:

Normative Conflict, Conditional Norms, Principle of Non-Contradiction, Deontic Logic.

APUNTES CONCEPTUALES PARA LA IDENTIFICACIÓN...

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Formas de entender un conflicto normativo*. III. *Conclusiones*. IV. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente artículo es realizar una descripción y análisis de cómo justificar la identificación de un conflicto normativo entre dos normas condicionales prescriptivas. Siguiendo a Norberto Bobbio, el estudio de los conflictos normativos está compuesto por dos preguntas teóricas diferentes: *i)* qué criterios nos permiten identificar que estamos frente a un conflicto normativo; y *ii)* qué criterios nos permiten resolver un conflicto normativo identificado.² Mi propósito es sostener que requerimos de nociones lógicas para poder responder a la primera pregunta.

Para alcanzar este propósito realizaré lo siguiente: *i)* delimitaré el tipo de normas relevantes para este estudio; *ii)* analizaré la necesidad de emplear nociones lógicas para conceptualizar y formular criterios de identificación de los casos de conflicto normativo, y *iii)* daré cuenta de las principales formas de entender la noción de conflicto normativo.³

² Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990, p. 339. En el mismo sentido, Lindahl, Lars y Reidhav, David, "Conflict of legal norms: Definition and varieties", en Araszkievicz, Michał y Pleszka, Krzysztof (ed.), *Logic in the Theory and Practice of Lawmaking*, Cham, Springer, 2015, p. 50.

³ La pregunta sobre qué criterios nos permiten identificar que estamos frente a un conflicto normativo agrupa múltiples discusiones. Desde un punto de vista metateórico es posible detectar diversas discusiones abiertas y sumamente interesantes respecto a la conceptualización de un conflicto normativo. No pretendo dar cuenta de todas las discusiones posibles ni mucho menos entrar a detalle en estas, pero me parece oportuno indicar algunas de las más relevantes a efectos de mostrar algunos de los alcances de esta temática y con ello mostrar por qué no es posible, para los objetivos de este artículo, profundizar en todas estas. He identificado las siguientes: *i)* diferencias entre conflictos normativos entre normas y entre proposiciones normativas; *ii)* diferencias entre cómo entender un conflicto normativo por los lógicos deónticos y por los juristas que emplean la lógica deóntica; *iii)* diferencia entre entender un conflicto normativo como un problema genuino y quienes consideran que este es un problema aparente; *iv)* diferencias entre las diversas concep-

VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

II. FORMAS DE ENTENDER UN CONFLICTO NORMATIVO

1. Normas que pueden entrar en conflicto

En este artículo sólo analizaré, por razones de espacio y precisión, cómo identificar conflictos normativos entre normas condicionales prescriptivas. Estas normas están estructuradas por un antecedente y un consecuente y son empleadas para expresar que la obligación o prohibición (de un conjunto de destinatarios) de realizar una determinada acción cada vez que se verifique una determinada circunstancia.⁴ Este tipo de normas son representadas formalmente de la siguiente forma: (p->Oq). Bajo este esquema, el operador deóntico sólo afecta el consecuente (Oq), lo que quiere decir que el compromiso deóntico asumido es que las normas condicionales son un puente que vincula lo que es (o podría ser) un caso con lo que debe ser.⁵

Las normas condicionales prescriptivas pueden ser explícitas o implícitas y podemos inferir, a partir de cada una de estas, normas

ciones disponibles de cómo entender un conflicto normativo, las cuales pueden ser agrupadas entre quienes toman el punto de vista del destinatario y quienes toman el punto de vista del legislador; v) diferencias entre las concepciones disponibles de cómo entender qué genera un conflicto normativo; vi) diferencias entre un conflicto normativo generado por normas contradictorias y un conflicto normativo generado por normas contrarias; vii) diferencias de analizar un conflicto normativo como un problema de inconsistencia o un problema de incoherencia; entre otras.

⁴ En términos de Alchourrón y Bulygin: «[u]na norma [jurídica] es condicional cuando la obligación, prohibición o permisión que establece está sujeta a una condición, por ejemplo, la norma que dice “Si A, entonces debe ser B”. Si la obligación (prohibición, permisión) prescrita por la norma no está sujeta a ninguna condición, la norma es categórica. La gran mayoría de normas jurídicas son condicionales; ciertamente todas las normas generales lo son». Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Norma Jurídica”, en Garzón Valdes, Ernesto y Laporta, Francisco (ed.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, El Derecho y la Justicia*, Madrid, Trotta, 2016, p. 140.

⁵ Alchourrón, Carlos “Sobre derecho y lógica”, *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, Madrid, Marcial Pons, p. 144; Zuleta, Hugo, *Norma y Justificación*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 99. Debo precisar que estoy asumiendo la concepción puente sobre las normas condicionales.

APUNTES CONCEPTUALES PARA LA IDENTIFICACIÓN...

derivadas. Al respecto, paso a precisar cada uno de estos tipos de normas.

A. Norma expresa

Por norma explícita refiero a todos los significados atribuidos a textos normativos. Da cuenta, en este sentido, de las posibles traducciones de un texto en norma empleando un código interpretativo.⁶

Con esta noción se engloba a todos aquellos resultados interpretativos que han sido formulados habiéndose aplicado las reglas lingüísticas sintácticas, semánticas y pragmáticas compartidas, las distintas técnicas interpretativas en uso, y las tesis dogmáticas difundidas en doctrina. Dicho en breve, refiere a uno de los significados posibles (en un determinado espacio-tiempo en una comunidad jurídica) de un o unos textos normativos.

Una vez que hemos identificado la norma expresa, a efectos de determinar cuál es su contenido hemos de establecer qué normas podemos derivar de ella, en otros términos, qué normas derivadas justifica.⁷ Por normas derivadas se hace referencia a todas las normas que son inferidas mediante razonamientos lógicamente válidos, esto es, deductivos.⁸ La identificación de normas derivadas parte

⁶ Chiassoni, Pierluigi, *Interpretation without Truth, a Realistic Enquiry*, Cham, Springer, 2019, pp. 22 y 105. Por código interpretativo refiero, siguiendo a Chiassoni, al conjunto de reglas interpretativas compuestas por: *i*) reglas sobre cómo se puede traducir un texto (empleando un argumento teleológico o un argumento intencionalista, por ejemplo), y *ii*) reglas sobre selección de textos o reglas de preferencia entre posibles interpretaciones.

⁷ Cabe precisar que cada norma se implica así misma en virtud al principio de identidad normativa (Op->Op). Ratti, Giovanni Battista y Rodríguez, Jorge, "On Coherence as a Formal Property of Normative Systems", *Revus*, núm. 27, 2015, p. 161.

⁸ Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, CEPC, 2014, p. 166. Ratti, Giovanni Battista, "An Analysis of some Juristic Techniques for Handling Systematic Defects in the Law", en Bustamante, Thomas y Dahlman, Christian (ed.), *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation*, Dordrecht, Springer, 2015, p. 157. Cabe precisar que las normas derivadas nos permiten identificar el alcance de las normas. Siguiendo a Alchourrón y Bulygin: «cuando una persona ordena algo, ordena también todas las consecuencias de la proposición que ha ordenado expre-

VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

por aceptar el refuerzo del antecedente. De acuerdo con este si una proposición p se sigue la proposición q , entonces esta inferencia se mantiene, aunque se añadan nuevas condiciones al antecedente del condicional. En otras palabras, las consecuencias se siguen de las premisas, a pesar de que se incorporen otras premisas al razonamiento.⁹ Si la condición p es suficiente para q , entonces cada vez que tengamos p , se seguirá q , incluso en casos cuando p concorra con otras condiciones (digamos $(p.r)$).

B. Norma implícita

Las normas implícitas son normas que han sido creadas por una autoridad competente en sede de aplicación del derecho. En otros términos, este tipo de normas son la conclusión de haber empleado una técnica de construcción jurídica.¹⁰

Como podemos ver, la diferencia entre una norma expresa y una norma implícita se basa en si la norma es producto de un acto de interpretación o de construcción.¹¹ Por interpretación jurídica se hace referencia a todas aquellas operaciones de atribución de significado a textos normativos. En atención a ello, engloba a todos aquellos métodos y resultados de estos métodos de atribución de significado a textos normativos. En cambio, por construcción jurídica se

samente (aun cuando no esté consciente de ellas). Por ejemplo, si un maestro de escuela ordena que todos sus alumnos deben abandonar el aula, ordena implícitamente que Juan (que es un alumno) debe abandonar el aula, aun cuando no se haya dado cuenta que Juan estaba allí». Alchourrón, Carlos, "Conflictos entre normas y revisión de sistemas normativos", en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 130.

⁹ Rodríguez, Jorge, "Normas y Razones: aspectos lógicos y sustantivos", *Revista Discusiones*, núm. 5, 2005, p. 16. La representación formal de la ley del refuerzo del antecedente es $(a \rightarrow b) \rightarrow ((a.c) \rightarrow b)$. Si hay un enunciado x que puede ser inferido de un conjunto de enunciados y , entonces x también se infiere de cualquier conjunto de enunciados que sea una extensión de y . La adición de premisas no cancela o invalida la inferencia. En este sentido, si tenemos $p \rightarrow q$, será el caso que $p.r \rightarrow q$, por ejemplo.

¹⁰ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, p. 166.

¹¹ *Ibidem*, p. 49.

APUNTES CONCEPTUALES PARA LA IDENTIFICACIÓN...

hace referencia a todas aquellas operaciones de creación de normas por parte de los aplicadores del derecho. En este sentido, engloba a todos aquellos métodos y resultados de estos métodos de creación normativa por parte de los aplicadores del derecho.

Una norma implícita, en este sentido, son normas que no han sido formuladas por una autoridad normativa, esto es: *i)* no se pueden atribuir como un significado posible de un texto normativo, y *ii)* no pueden ser implicaciones lógicas de un significado posible de un texto normativo. En relación a este último punto, de acuerdo con esta aproximación, las normas obtenidas como resultado de un razonamiento lógico-deductivo (las normas derivadas) no son normas implícitas, pues son el resultado de haber averiguado todas las consecuencias posibles de un determinado significado. En este sentido, no es un acto de creación normativa, sino de haber realizado una operación cognitiva.¹²

Por último, cabe precisar que podemos formular normas derivadas de normas explícitas o de normas implícitas, de forma que tendremos normas derivadas de norma explícita y normas derivadas de normas implícitas. El trabajo de realizar e identificar el conjunto de consecuencias lógicas posibles de las normas es un trabajo que nos permite explicitar los alcances conceptuales de cada una de estas.

En atención a estas precisiones, los conflictos normativos pueden ser, por lo menos, entre: *i)* dos normas derivadas de normas expresas; *ii)* una norma derivada de norma expresa y una norma derivada de norma implícita, o *iii)* dos normas derivadas de normas implícitas.

2. *Uso de nociones de la lógica deóntica*

Es importante poner de relieve que las discusiones sobre qué son los conflictos normativos son dependientes del uso de la lógica deóntica en el estudio de los sistemas jurídicos. En efecto, la justificación de cómo dos normas están en conflicto entre sí requiere emplear principios lógicos (en específico, el principio de no contradicción),

¹² *Ibidem*, pp. 17, 167.

VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

para analizar las relaciones entre normas.¹³ Para los fines de este artículo asumiré que la lógica deóntica monotónica es suficiente para

¹³ Cabe poner de relieve la precisión formulada por Ratti y Rodríguez quienes bien exponen que en el estudio entre la lógica y el derecho podemos caer en un dilema. Al respecto, si consideramos que la lógica se aplica a normas jurídicas, entonces tenemos que aceptar los principios fundamentales de la lógica en el sistema jurídico (identidad, no contradicción y tercero excluido) lo cual puede ser entendido que esto implica que los sistemas jurídicos son, conceptualmente, consistentes y completos, lo cual es empíricamente falso. En este sentido, o bien aceptamos que la lógica se aplica a las normas, de lo que se sigue que los sistemas son necesariamente consistentes y completos (posición adoptada por los llamados «creyentes»), o bien rechazamos que la lógica se aplica a las normas, lo cual nos lleva a descartar que la lógica sea útil para analizar los sistemas normativos (posición adoptada por los llamados «escépticos»). Al respecto, es posible rechazar el dilema empleando dos tipos de estrategias: i) modificando nuestra forma de entender la lógica deóntica; o ii) diferenciando los tipos de análisis que nos permite hacer la lógica respecto del derecho. Quienes adoptan el camino i), consideran que la lógica debe ajustarse a las características del derecho, de forma tal que se deben formular sistemas lógicos *ad hoc* (una lógica que admita lagunas, una lógica borrosa, una lógica paraconsistente, una lógica derrotable, entre otras posibilidades). En cambio, quienes adoptan el camino ii) (como son Ratti y Rodríguez, con quienes estoy de acuerdo en este punto), sostienen que aceptar la posibilidad de relaciones lógicas entre normas no nos lleva a que los sistemas jurídicos necesariamente sean consistentes y completos, pues los principios lógicos no son informativos respecto de cómo son (conceptualmente) los sistemas normativos, sino que nos permiten identificar características de estos (si son o no consistentes y completos, en un plano descriptivo). Es decir, son nociones que nos permiten hacer descripciones respecto a cómo son las relaciones lógicas entre normas de un determinado sistema normativo. En efecto, aplicar el principio de contradicción y tercero excluido a las relaciones entre normas no nos lleva a renunciar a la posibilidad de que existan normas inconsistentes ni a que el sistema pueda tener lagunas. Cabe agregar que incluso quienes rechazan la posibilidad de identificar relaciones lógicas entre normas no dejan de emplear estudios de lógica en el derecho, pues las nociones de inconsistencia y completitud son nociones lógicas, lo que es decir que emplean la lógica para dar cuenta de cómo son los sistemas jurídicos. Sobre esta discusión y con otras precisiones relevantes ver Ratti, Giovanni Battista y Rodríguez, Jorge, “Los principios fundamentales de la lógica en el derecho”, *Analisi e Diritto*, 2018-1 y Rodríguez, “Contradicciones normativas: jaque a la concepción deductivista de los sistemas jurídicos”, *Doxa*, Vol. 17-18, 1995, pp. 363 y ss.

APUNTES CONCEPTUALES PARA LA IDENTIFICACIÓN...

poder dar cuenta de los conflictos normativos (podemos emplearla para describir que un sistema normativo es inconsistente).¹⁴

De acuerdo con el principio de no contradicción, no puede ser el caso que una cierta proposición p sea, a la vez, verdadera y falsa. Ello, en un análisis normativo (analizamos proposiciones modalizadas con un operador deóntico de forma Op , por ejemplo), refiere a que no puede ser el caso que una cierta norma y su negación sean ambas válidas (entendido como aplicables) para un mismo caso. En otros términos, dos normas son inconsistentes entre sí cada vez que no se satisfaga el principio de no contradicción,¹⁵ de acuerdo con el cual, no puede ser el caso una norma y su negación sean ambas aplicables a un mismo caso conforme al sistema normativo.¹⁶

Uno de los principales problemas de la inconsistencia es que genera la frustración de una de las funciones de las normas jurídicas:

¹⁴ Sobre este punto ver Ratti, Giovanni Battista, *El Gobierno de las normas*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 196 y ss.

¹⁵ Representado formalmente como $\neg(p.\neg p)$ para proposiciones y como $\neg(Op.\neg Op)$ para normas. El principio de no contradicción puede ser entendido de dos maneras. Si es entendido de forma prescriptiva, entonces lo que estamos diciendo es que el creador del derecho no debe crear normas que entren en conflicto con otras. Si es entendido de forma descriptiva, entonces lo que estamos diciendo es que, conforme al principio lógico de no contradicción, un sistema es o bien consistente (no presenta inconsistencias) o bien no es consistente (presenta inconsistencias), sin que ello implique un deber ser o excluyendo alguna posibilidad descriptiva. En mi reconstrucción de esta discusión estoy empleando un uso descriptivo del principio de no contradicción.

¹⁶ Ratti, Giovanni Battista y Rodríguez, Jorge, "Los principios fundamentales de la lógica en el derecho", *Analisi e Diritto*, 2018-1, p. 161. Debo precisar que adopto la definición de estos autores, pues también asumo que las normas, al ser entidades prescriptivas, carecen de valores de verdad. A efectos de poder analizar las relaciones lógicas entre normas, se sustituye la noción de verdad por la de validez. Esto nos lleva al problema de cómo entender la validez, pues es un concepto ambiguo (puede ser entendido como pertenencia, fuerza obligatoria, aplicable, existencia formal o eficacia entendida como empleada para resolver el caso). En este punto, he elegido el sentido de aplicabilidad para efectos de precisión con la idea que estoy tratando de expresar (no podría ser, por ejemplo, pertenencia, validez entendida como pertenencia, pues la consistencia no es un rasgo necesario de los sistemas jurídicos). En las líneas siguientes seré expreso en señalar qué sentido de validez empleo para dar cuenta de cada concepción de conflicto normativo analizada.

VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

poder guiar la conducta de sus destinatarios. En lógica proposicional se da cuenta de las situaciones de inconsistencia a través del principio *ex falso sequitur quodlibet*, de acuerdo con el cual, ante un caso de contradicción se sigue cualquier conclusión.¹⁷ En este sentido, un conflicto normativo refiere a una situación en la que no es posible la aplicación conjunta de dos normas, pues de hacerlo, cualquier resultado normativo sería posible. En este punto es pertinente precisar que los juristas tenemos una forma diferente de entender los conflictos normativos a cómo la tienen los lógicos (aunque ambos empleamos la lógica deóntica para analizar las relaciones entre normas). Para los juristas, como vemos, un conflicto es entendido como la conjunción de dos normas condicionales: $(p \rightarrow Oq)$ y $(p \rightarrow O\neg q)$.¹⁸

Como bien nos aclara Giovanni Battista Ratti, en la lógica proposicional la conjunción de $p \rightarrow Oq$ y $p \rightarrow O\neg q$ equivale a la negación del antecedente, es decir, $\neg p$, de forma que la relación entre estas dos normas no es inconsistente (contrario a lo que pensamos los juristas, este no es un caso de conflicto).¹⁹ Por ejemplo, si considera-

¹⁷ Sobre este punto ver Rodríguez, Jorge, "Contradicciones normativas: jaque a la concepción deductivista de los sistemas jurídicos", *Doxa*, vol. 17-18, 2005, p. 358. Para analizar este mismo problema desde una concepción expresiva de las normas, véase Alchourrón, Carlos, "Conflictos entre normas y revisión de sistemas normativos", *cit.*, p. 141.

¹⁸ Debo precisar que para efectos explicativos estoy dando cuenta de la noción de conflictos normativos empleando normas condicionales bajo la concepción puente. Sin perjuicio de ello, estas consideraciones también son aplicables a normas categóricas (Op y $O\neg p$, por ejemplo) y a normas condicionales bajo la concepción insular ($O(p \rightarrow q)$ y $O(p \rightarrow \neg q)$, por ejemplo).

¹⁹ Ratti, Giovanni Battista, "Negation in legislation", en Araszkievicz, Michał y Pleszka, Krzysztof (ed.), *Logic in the Theory and Practice of Lawmaking*, Cham, Springer, pp. 137-158. 143. El caso es el siguiente: tenemos un sistema normativo compuesto por las normas $(p \rightarrow q)$ y $(p \rightarrow \neg p)$. De esta forma, entonces, tenemos $p \rightarrow (Oq \cdot O\neg q)$. Si a esta premisa le agregamos $\neg(Oq \cdot O\neg q)$ el resultado es una inferencia válida: $\neg p$. En atención a ello, este no es un caso de *ex falso sequitur quodlibet*, pues lógicamente sí es posible realizar deducciones válidas.

La justificación lógica de este punto es que las normas $(p \rightarrow Oq)$ y $(p \rightarrow O\neg q)$ tienen una relación (conforme al cuadro de oposición deóntica) de subcontrariedad, es decir, ambos pueden ser aplicables (o verdaderos si estuviéramos en lógica proposicional), pero no pueden ser ambos no aplicables (o falsos). En caso por lo menos uno de ellos no sea aplicable es el caso que el otro, necesariamente, es aplicable.

APUNTES CONCEPTUALES PARA LA IDENTIFICACIÓN...

mos conjunto de normas “Juan es ladrón, entonces obligatorio castigarlo”, con “Juan es ladrón, entonces obligatorio no castigarlo” podemos derivar lógicamente $\neg p$, es decir, “Juan no es un ladrón”.²⁰

Esto supone una diferencia disciplinar entre cómo los lógicos deónticos y los juristas que emplean la lógica deóntica para analizar los sistemas jurídicos.²¹ Sin perjuicio de ello, los juristas dependemos de los análisis lógicos para poder hablar de conflictos en el derecho, en específico, de entender y aplicar el refuerzo del antecedente.

El refuerzo del antecedente nos permite señalar que cada vez que se verifique una propiedad, entonces se sigue el consecuente normativo. Si esto es así, entonces cada vez que verifiquemos que una propiedad posee dos calificaciones normativas incompatibles entre sí tendremos un caso de conflicto normativo. En efecto, si dejamos de lado el refuerzo del antecedente no podemos determinar el contenido de los antecedentes ni mucho menos si dos antecedentes están conectados a consecuencias normativas incompatibles entre sí.

El refuerzo del antecedente aplicado a los antecedentes de las normas nos permite explicar cómo dos normas pueden entrar en conflicto entre sí. En efecto, si tenemos una norma $p \rightarrow Oq$, sabemos que se aplica dicha norma a pesar de que concurra con las propiedades r , z , o cualquier otra. Bajo esta premisa si tenemos un conjunto compuesto por $p \rightarrow Oq$ y $r \rightarrow O\neg q$, por refuerzo del antecedente, sabemos que hay un conflicto entre ambas, pues en caso de $(p.r)$

Pero, a la inversa, si uno de ellos es aplicable, no es necesariamente el caso que el otro lo sea. Ratti, Giovanni Battista y Rodríguez, Jorge, “On Coherence as a Formal...”, *cit.*, p. 135. Ratti, Giovanni Battista, “Rational Law-Giving: Structural and Interpretative Queries”, *Analisi e Diritto*, 2017, pp. 86-88.

²⁰ Sobre este punto, Hage, Jaap, “Rule Consistency”, *Law and Philosophy*, num. 19, 2000, p. 371.

²¹ Este punto ha sido señalado por Ratti quien sostiene que los juristas empleamos un aparato lógico precario en comparación al que disponen los lógicos deónticos. Con mayor detalle, la racionalidad lógica (poder hacer deducciones correctas) no es la misma que la racionalidad jurídica, como queda mostrado en el caso de cómo se entienden las inconsistencias. Ratti, Giovanni Battista, “Rational law-giving...”, *cit.*, p. 88.

VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

serán aplicables dos consecuencias normativas lógicamente incompatibles entre sí: Op y O¬q.²² Sobre este punto volveré más adelante.

3. *Conflicto normativo como imposibilidad de cumplimiento conjunto por el destinatario*

Los conflictos normativos suelen ser entendidos por los juristas como aquellos casos en los cuales el destinatario de las normas no puede cumplir dos o más obligaciones jurídicas aplicables en un mismo tiempo-espacio.²³ Al respecto, esta imposibilidad de cumplimiento puede ser generada por razones lógicas o por razones empíricas.

A. *Imposibilidad lógica*

La imposibilidad lógica de cumplimiento se genera debido a que, por lo menos, dos normas regulan el mismo caso genérico, pero con consecuencias normativas diferentes e incompatibles entre sí.²⁴ Dicho de forma más precisa, tenemos un conflicto cada vez que tengamos un caso de modalización deóntica inconsistente respecto a dos

²² Ratti, Giovanni Battista, "Normative Inconsistency and Logical Theories: a First Critique of Defeasibilism", en Araszkievicz, Michał y Šavelka, Jaromir (ed.), *Coherence: Insight from Philosophy, Jurisprudence and Artificial Intelligence*, Dordrecht, Springer, 2013, p. 126.

²³ Debo reiterar que en este artículo sólo voy a dar cuenta de conflictos normativos entre normas, dejaré de lado los conflictos normativos entre proposiciones normativas. En efecto, una lógica de normas y una lógica de proposiciones no son intensional ni extensionalmente equivalentes. Para ver este punto Navarro, Pablo y Rodríguez, Jorge, "Entailed Norms and the Systematization of Law", en Araszkievicz, Michał y Pleszka, Krzysztof (ed.), *Logic in the Theory and Practice of Lawmaking*, Cham, Springer, 2015, p. 101.

²⁴ Debo precisar que esto presupone que estas normas son aplicables, es decir, hay una tercera norma que establece que estas dos normas en conflicto deben ser empleadas por el aplicador del derecho para resolver el caso individual.

APUNTES CONCEPTUALES PARA LA IDENTIFICACIÓN...

casos genéricos total o parcialmente idénticos,²⁵ lo cual implica un problema de inconsistencia entre estas dos normas.²⁶

Esta definición ha sido sostenida por diversos autores.²⁷ Ha sido formulada desde el punto de vista del destinatario de las normas (prescriptivas) y se centra en el análisis de consistencia entre dos o más normas aplicables a un mismo caso. En efecto, bajo esta propuesta tenemos un caso de conflicto normativo cada vez que le sea imposible al destinatario cumplir el mandato de dos normas prescriptivas, pues el cumplimiento conlleva incumplir la otra.²⁸

²⁵ Cabe precisar, siguiendo a Hage, que la inconsistencia entre normas es independiente de si los hechos que satisfacen los antecedentes de las normas ocurren o no. En este sentido, la inconsistencia depende de: *i*) la incompatibilidad de los consecuentes; y de *ii*) la compatibilidad de las condiciones previstas en el antecedente. Hage, Jaap, "Rule Consistency", *cit.*, p. 372.

²⁶ Martínez Zorrilla, con acierto, hace una distinción interesante partiendo de este punto. A partir de la idea de que el derecho tiene como función guiar el comportamiento de sus destinatarios, la noción de conflicto normativo nos permite poner de relieve todos aquellos casos en los cuales esto no se logra por prever pautas de comportamiento incompatibles. Este problema puede ser entendido de dos formas: *i*) como un defecto formal del sistema normativo, o *ii*) como un problema de justificación (toda solución es viable, pues todas estarían justificadas). De acuerdo con *i*) el problema de la justificación de los comportamientos es un efecto derivado de tener un sistema lógicamente defectuoso. Martínez Zorrilla, David, "Conflictos normativos", en Fabra Zamora, Jorge y Nuñez Vaquero, Álvaro (ed.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, 2015, vol. 2, pp. 1307-09. En lo que sigue de este apartado asumiré la aproximación *i*), pues es la que usualmente emplean los juristas (la aproximación *ii*) suele ser empleada por los teóricos morales para aclarar la noción de dilema moral). Asimismo, dado que una justificación sólo es racionalmente controlable si esta es inferida de una premisa normativa (de una norma), de forma que la distinción entre defectos lógicos del sistema y problemas de justificación es útil para esclarecer aspectos distintos de una misma dificultad, pero no para dar cuenta de problemas independientes.

²⁷ Por todos, véase Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963 p. 124, y Gavazzi, Gioacomo, *Delle antinomie*, Giappichelli, Turín, 1959, pp. 52-55.

²⁸ Navarro, Pablo y Rodríguez, Jorge, *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 176. En términos de Eugenio Bulygin: "[I] a presencia de soluciones contradictorias lleva necesariamente a la desobediencia al derecho: siendo incompatibles las dos soluciones, al menos una de ellas tendrá que ser dejada de lado y la norma que la establece será desobedecida". Bulygin,

VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

A efectos de precisión, siguiendo a Chiassoni, estaremos en un caso de conflicto normativo cada vez que un sujeto sea el destinatario de dos normas prescriptivas que establecen consecuencias lógicamente incompatibles para un mismo supuesto de hecho. Esto implica una imposibilidad de seguir simultáneamente estas dos normas en relación a la acción o estado de cosas previsto de verificarse el caso genérico.²⁹

Siguiendo la terminología (y concepción del derecho como un sistema normativo ordenado) de Alchourrón y Bulygin, podemos entender que un conflicto normativo refiere a que un caso del Universo de Casos está correlacionado con dos o más soluciones incompatibles del Universo de Soluciones.³⁰

Esta noción, como podemos ver, presupone tres requisitos formales para la generación de un conflicto normativo: coincidencia en el caso genérico regulado, aceptar el refuerzo del antecedente y soluciones normativas incompatibles entre sí.

En relación a la aplicabilidad de las normas a un mismo caso (un caso individual se subsume en el caso genérico de dos normas), refiero que las normas deben tener el mismo ámbito de aplicación (se apliquen en un mismo momento, a un mismo lugar, a los mismos sujetos y regule una misma acción o estado de cosas).³¹ Cabe ano-

Eugenio, "Teoría y técnica de la legislación", *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991, p. 418.

²⁹ Chiassoni, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica, brevariario para juristas*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 291. En un sentido similar, Silvia Zorzetto aclara que, desde un plano lógico, los conflictos son generados cada vez que dos normas prescriben cosas incompatibles. Situación que no es contingente, no es fáctica (no es una cuestión empírica dependiente de las acciones), no concierne a hechos, sino a los conceptos contenidos en las normas: es un problema de tener modalidades de calificación deónticas incompatibles entre sí aplicables al caso. Zorzetto, Silvia, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, ETS, 2010, p. 516.

³⁰ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2012, pp. 92 y ss.

³¹ Iturralde, Victoria, "Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas", *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 4, 1987, p. 333. Cabe agregar una precisión. Supongamos que tenemos un sistema normativo compuesto por dos normas: $p \rightarrow Oq$ y $\neg p \rightarrow Oq$. En este sistema podemos inferir que tenemos la norma $(p \cdot \neg p) \rightarrow Oq$, la cual tiene una condición de

APUNTES CONCEPTUALES PARA LA IDENTIFICACIÓN...

tar que dos normas que no regulan el mismo supuesto de hecho, en abstracto, sí pueden entrar en conflicto entre sí como un conflicto de instanciación, pero sobre estos me ocuparé en el siguiente subpartado.

En cuanto a “consecuencias lógicamente incompatibles”, debo precisar que ello tiene dos sentidos posibles: que el destinatario tenga que cumplir normas que son contradictorias o contrarias entre sí. Profundizar este punto nos llevaría a especificar todas las posibilidades de cómo entender las relaciones lógicas entre normas.³² Mi propósito, en este momento, es más modesto: me interesa poder poner de relieve la distinción conceptual entre estos dos posibles casos de inconsistencia, pues cada uno de estos conlleva métodos de solución distintos. En atención a ello, asumiré la propuesta de que las normas no tienen valor de verdad y consideraré que el valor lógico de las normas (para poder dar cuenta de las relaciones lógicas entre estas) recae en su validez entendida como eficacia.³³ En este sentido:

aplicación imposible, de forma que no podríamos hablar de contradicción o conflicto normativo en caso dos normas tengan antecedentes que se contradicen entre sí. Sobre el punto general y la precisión agregada, Ratti, Giovanni Battista, “Normas jurídicas y contradicciones”, en Redondo, María Cristina y Navarro, Pablo (eds.), *La filosofía desde el derecho, homenaje a Ricardo Caracciolo*, México, Fontamara, 2016, pp. 243-236.

³² Aclarar este punto, además, nos llevaría a dar cuenta de todas las formas de solucionar el dilema de Jørgensen. Al respecto, en la literatura especializada nos podemos encontrar con, por lo menos, estas propuestas de solución:

Considerar que las normas poseen valores de verdad (asumiendo, por ejemplo, una concepción semántica de mundos deónticos posibles), por lo que es posible una lógica de normas.

i. Considerar que las normas carecen de valores de verdad, por lo que no es posible una lógica de normas.

ii. Considerar que las normas carecen de valor de verdad, pero podemos analizar las relaciones lógicas entre normas reemplazando la noción de verdad por satisfacción, fuerza obligatoria o pertenencia para formular una lógica de normas.

iii. Considerar que las normas carecen de valores de verdad, por lo que debemos formular una lógica de normas que no emplee la noción de verdad (por ejemplo, empleando una noción abstracta de consecuencia).

Sobre estas posibilidades ver Navarro, Pablo y Rodríguez, Jorge, *Deontic logic...*, *cit.*, cap. II.

³³ Para este punto sigo a Ratti, Giovanni Battista, “Negation in legislation”, *cit.*,

VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

- i) Dos normas son conjuntamente contrarias si ambas pueden ser inefectivas, pero no ambas pueden ser efectivas. Por ejemplo, pensemos en un conjunto compuesto por $(p \rightarrow 0q)$ y $(p \rightarrow 0\neg p)$.
- ii) Dos normas son conjuntamente contradictorias en aquellos casos en los cuales, si una norma es eficaz, entonces la otra no lo puede ser. Por ejemplo, pensemos en un conjunto compuesto por $(p \rightarrow 0q)$ y $(p \rightarrow F\neg q)$.³⁴

En ambos casos el destinatario al cumplir una de las normas generará, necesariamente, el no cumplimiento de la otra. Este punto, además, permite poner de relieve que los conflictos normativos generados a partir de la modalización deóntica y no (únicamente) por el contenido de la norma. En efecto, consideremos que tenemos la acción p y su caso complementario $\neg p$. Si bien ambas son incompatibles entre sí, cabe anotar que entran en conflicto a partir de cómo están calificadas deónticamente y no por el contenido: si tuviéramos en el caso de Pp y $P\neg p$, bajo esta forma de entender los conflictos, no habría un conflicto normativo, pues la realización del permiso de una acción no conlleva al no cumplimiento del permiso para no realizar la acción. En este sentido, como bien apunta Navarro y Rodríguez, la contradicción entre los contenidos normativos es una condición necesaria pero no suficiente para caracterizar las contradicciones normativas.³⁵

p. 140. Se emplea la noción de eficacia a efectos de atender la función del derecho de guiar la conducta: solo siendo eficaz, es decir, siendo empleada como premisa normativa, se satisface esta finalidad. En caso de normas incompatibles entre sí, una implica la ineficacia de la otra.

³⁴ Esta diferencia, siguiendo a Ratti, también puede ser explicada a través de la noción de negación interna y externa. Veamos:

i. Incompatibilidad lógica por contradicción: refiere al conflicto entre una norma y su negación externa. En términos formales alude a que Op es contradictoria con $\neg Op$ (que equivale a $P\neg p$). A la inversa, $0\neg p$ (que equivale a Php) es contradictoria con Pp .

ii. Incompatibilidad lógica por contrariedad: refiere al conflicto entre una norma y su negación interna. En términos formales alude a que Op es contraria a $0\neg p$. A la inversa, $0\neg p$ (equivalente a Php) es contraria a Op .

Véase Ratti, Giovanni Battista, "Normas jurídicas y contradicciones", *cit.*, p. 233.

³⁵ Navarro, Pablo y Rodríguez, Jorge, *Deontic logic...*, *cit.*, p. 177.

APUNTES CONCEPTUALES PARA LA IDENTIFICACIÓN...

B. *Imposibilidad empírica*

La imposibilidad empírica de cumplir con prescripciones jurídicas es un problema inicialmente planteado por Hilpinen. En adelante llamaré a estos supuestos como conflictos de instanciaciones y refiere a los casos en los cuales, por razones fácticas, no es posible cumplir con todas las consecuencias lógicas derivables de las normas del sistema aplicables a un sujeto en un determinado momento. En otros términos, da cuenta de los casos en los que un destinatario no puede cumplir con todas las instanciaciones de una misma o diferentes normas, pues cumplir con una de ellas implicaría incumplir con otra norma derivada.

Por instanciación refiero a los supuestos por los cuales podemos considerar que un determinado objeto (abstracto o empíricamente verificable), es un ejemplo de una propiedad prevista en el antecedente de una norma. Instanciar, en este sentido, refiere a que un determinado objeto es una instancia o ejemplar de una determinada clase de objetos.

Este tipo de conflictos de instanciación da cuenta de dos tipos de casos: en primer lugar, refiere al supuesto que de una norma general podemos derivar dos o más normas individuales (aplicaciones de la norma general a casos individuales, dicho de otra forma, instanciaciones o ejemplificaciones) que pueden generar una situación conflictiva, en tanto, el cumplimiento de una norma individual derivada una determinada norma conlleva al cumplimiento de otra o del resto de normas individuales derivadas de la misma norma general.

Al respecto, Navarro y Rodríguez ofrecen un ejemplo bastante ilustrativo:³⁶ imaginemos que en un hospital hay un solo médico el cual se rige por una norma que prescribe “si médico, entonces obligatorio tratar a los pacientes con paro cardíaco de forma inmediata”. Pues ocurrió que el médico fue notificado, en un mismo momento, de tres pacientes que estaban sufriendo de un paro cardíaco (todos en simultáneo). En este caso el médico no puede cumplir con sus obligaciones jurídicas, pues le es físicamente imposible poder dar

³⁶ *Ibidem*, p. 183. Señalan que el ejemplo fue propuesto originalmente por Hansson y Makinson.

VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

atención a los tres pacientes a la vez y es el caso que atender a un paciente implica dejar de atender a los otros dos.

En segundo lugar, refiere al supuesto en el que dos normas generales no regulan el mismo caso genérico, pero dadas ciertas circunstancias del caso analizado se produce un supuesto en el que se pueden formular normas derivadas lógicamente incompatibles entre sí. En estos supuestos, la imposibilidad de cumplir por parte del destinatario sólo se genera en determinadas circunstancias fácticas (en otros términos, dos normas no entran en conflicto en todas las circunstancias posibles, sólo en algunas).

Al respecto, Rodríguez ha formulado un ejemplo claro:³⁷ imaginemos que nos regimos bajo un sistema normativo que contiene dos normas. La primera, N1, señala que “si conductor de auto, entonces obligatorio detenerse cuando el semáforo de luz roja”, y la segunda, N2, establece que “si conductor de auto, entonces prohibido detenerse frente a una base militar”. Estas dos normas, como se puede ver, no entran en conflicto en abstracto, pero podemos tener circunstancias en las cuales tengamos normas derivadas que sí entren en conflicto: el caso que hayan puesto un semáforo frente a una base militar y un conductor tenga que enfrentarse a la decisión respecto si detenerse frente a la luz roja (conforme a N1) o no detenerse frente a la base militar (conforme a N2).³⁸

Los conflictos de instanciación refieren a aquellos casos en los cuales dos normas individuales son incompatibles entre sí. Es un tipo de conflicto normativo que no se detecta a través del análisis del sistema normativo (no es un caso de verificar en el sistema el con-

³⁷ Rodríguez, Jorge, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, CEPC, 2002, p. 9.

³⁸ Sobre este punto cabe precisar que este tipo de conflictos de instanciación son posibles siempre que la propiedad prevista en una norma no implique la negación de la propiedad prevista en otra norma. En este sentido, si tenemos dos normas con antecedentes p y r, respectivamente, no tendremos este tipo de conflictos de instanciación normas derivadas de estas normas si p no implica $\neg r$ o r no implica $\neg p$. Ratti, Giovanni Battista, “Normas jurídicas y contradicciones”, *cit.*, p. 234. Al respecto, considero que este es justamente el problema del primer tipo de conflicto de instanciación, pero sobre este punto precisaré de inmediato.

APUNTES CONCEPTUALES PARA LA IDENTIFICACIÓN...

junto de $(p \rightarrow 0q)$ y $(p \rightarrow 0\neg p)$), sólo puede ser verificado una vez que hemos considerado los hechos de un caso individual.³⁹

El punto que me interesa poner de relieve en este momento es si, conceptualmente, los conflictos de instanciación (generados por imposibilidad fáctica) están dando cuenta de un problema diferente a los conflictos normativos generados por imposibilidad lógica. Al respecto, conforme lo señalado al inicio de este apartado, considero que no, pues estos supuestos reformulados de un mismo problema: incompatibilidad lógica de dos normas. Pero dado que tenemos dos tipos de casos esto requiere formular dos tipos de precisiones respecto de cada uno.

En relación con el supuesto de conflicto entre normas derivadas de diferentes normas generales, retomemos el ejemplo del semáforo en luz roja y la base militar. En este supuesto tendríamos dos normas que no entran en conflicto normativo: N1 está compuesta por $(p \rightarrow 0q)$ y N2 está compuesta por $(r \rightarrow 0\neg q)$. El conflicto de instanciación se genera si tenemos un caso compuesto por las propiedades $(p.r)$, es decir, un semáforo indicando luz roja frente a una base militar.

Como bien anota Giovanni Battista Ratti, considerar que este es un sentido de conflicto normativo sería confundir la pregunta por la ocurrencia empírica en la que surge una antinomia con la pregunta por su identificación conceptual. ¿Qué justifica que en el caso de $(p.r)$ tengamos un conflicto normativo? Lo justifica el mismo criterio empleado en el subapartado anterior: estamos frente a un supuesto de imposibilidad lógica entre $((p.r) \rightarrow 0q)$ y $(r.p) \rightarrow 0\neg q$.

En efecto, que sean los hechos del caso aquellos que sustenten determinados tipos de inferencias a partir de ciertas normas aplicables no justifica que estemos frente a un conflicto normativo. Eso sólo daría cuenta del carácter contingente de este tipo de situaciones o, dicho con más precisión, de su posibilidad empírica. La justificación de porqué son conflictos es que se genera una imposibilidad

³⁹ En términos de Alchourrón, este tipo de conflicto da cuenta que (en caso de tener normas condicionales): “[u]n conjunto de normas puede ser inconsistente vía determinados hechos y consistente vía otros hechos”. Alchourrón, Carlos, “Conflictos entre normas y revisión de sistemas normativos”, *cit.*, p. 300.

VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

lógica entre ellos que conlleva al imposible cumplimiento de dos deberes jurídicos.⁴⁰

En relación al supuesto de conflicto entre normas derivadas de una misma norma general. Retomemos el ejemplo del médico que tenía la obligación atender a varios pacientes (asumamos que son dos) con paro cardíaco a la vez, pero al atender a un paciente ello implica desatender al otro (y por ende incumplir con su obligación). En este caso tendríamos diferentes normas individuales derivadas de una misma norma general las cuales no pueden ser cumplidas, pues el cumplimiento de una supone el incumplimiento de las otras.

Esto nos lleva a un punto similar al anterior. ¿Esto nos permite justificar por qué las normas individuales están en conflicto normativo entre sí? No, sólo nos da cuenta de un supuesto de imposibilidad material para satisfacer todas las normas derivadas. Lo que nos permite este caso es mostrar que estamos frente a un supuesto de incompatibilidad conceptual (lo cual excluye la posibilidad de considerar que estamos frente a un conflicto normativo).⁴¹

Conforme al ejemplo estamos ante un supuesto de imposibilidad material para cumplir con todas las normas derivadas de la norma general, lo que quiere decir que realizar una determinada acción implica, conceptualmente, no hacer otras acciones. A efectos de representación, demos cuenta de cada paciente mediante un símbolo: el primer paciente como p1 y el segundo paciente como p2. Si no es posible atender a p1 y p2 al mismo tiempo, ello quiere decir que atender a un paciente implica no atender al otro. Esto lo podemos representar como «si p1, entonces \neg p2» y «si p2, entonces \neg p1».

Si esto es correcto, entonces de la norma general tendríamos dos normas derivadas distintas:

Norma derivada 1: si médico, entonces obligatorio atender a p1 (el cual implica \neg p2)

Norma derivada 2: si médico, entonces obligatorio atender a p2 (el cual implica \neg p1)

⁴⁰ En un sentido similar Orunesu, Claudina, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 82.

⁴¹ Agradezco a Giovanni Battista Ratti por ayudarme a esclarecer este punto.

APUNTES CONCEPTUALES PARA LA IDENTIFICACIÓN...

Como podemos ver, no tenemos consecuencias lógicas incompatibles entre sí, pues cada una de estas supone, conceptualmente, obligaciones diferentes. En este sentido, no habría conflicto normativo.

4. *Conflicto normativo como actos irracionales o anormales del legislador*

Para algunos autores dos normas conflictúan entre sí a causa de la discrepancia entre lo que pretende prescribir un legislador racional y los términos empleados para ello. Esta propuesta fue formulada como una manera alternativa para enfrentar el problema de cómo dar cuenta de este tipo de defectos lógicos en el sistema sin renunciar a la idea de que las normas carecen de valores de verdad.

Alchourrón y Bulygin;⁴² a diferencia de la concepción anterior, propusieron no enfocarse en el destinatario de las normas, sino en el legislador. De acuerdo con estos autores, si tenemos un conjunto normativo compuesto por Op y $O\neg p$ podemos decir que estas son incompatibles entre sí porque son incompatibles con las intenciones de la autoridad normativa. La incompatibilidad se genera debido a que una orden del legislador no podría ser realizada de manera conjunta con otra orden del mismo legislador. La inconsistencia, en este sentido, revela la no coincidencia entre las intenciones del creador de la norma y las expresiones verbales empleadas.⁴³ En efecto, normalmente un legislador emite órdenes con la intención de que sean cumplidas, lo cual implica que aquello que ordene no implique, a la vez, desobedecerle.

Asumiendo un enfoque y preocupación similar, Von Wright (partiendo de la premisa que las normas carecen de valor de verdad y

⁴² Alchourrón y Bulygin, *Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas. Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991, pp. 160 y ss.

⁴³ *Ibidem*, p. 161. En un sentido similar Alf Ross señaló: “[...] la contradicción (incompatibilidad) tiene lugar cuando dos directivos reflejan una inconsistencia (irracionalidad) en la voluntad de la autoridad que manda, en el sentido de que esta quiere acciones incompatibles”. Ross, Alf, *Lógica de normas*, Madrid, Tecnos, 1971, p. 158.

VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

preocupado por analizar si Op y $O\neg p$ son contradictorias),⁴⁴ propuso una conceptualización similar a la de los profesores argentinos. Para este autor, hemos de considerar la racionalidad del legislador que emite las órdenes: un legislador que exige que el mismo estado de cosas sea y no sea el caso no puede tener sus exigencias satisfechas. Como vemos, Von Wright emplea una terminología propia, pero está dando cuenta del mismo concepto que Alchourrón y Bulygin. El autor finlandés considera que los conflictos normativos dan cuenta de actos de irracionalidad del legislador, esto es, de ordenar a un destinatario a realizar y no realizar actos a la vez.

Esta forma de entender los conflictos normativos traslada la discusión de consistencia e inconsistencia al nivel de condiciones normales y anormales o de racionalidad e irracionalidad. Este discurso es una manifestación de entender que el legislador como agente racional, lo cual es una caracterización ideal de que los creadores de normas que asume que estos pretenden crear sistemas normativos consistentes y completos desde un punto de vista lógico.

La discusión sobre el legislador racional es amplísima y muy diversa, por lo que no es oportuno poder profundizar sobre este punto. Sin perjuicio de ello, este punto me permite retomar una distinción introducida anteriormente. Esta forma de presentar la racionalidad es problemática, pues nos puede llevar a resultados que sean contraintuitivos para los juristas. Si entendemos la racionalidad del legislador de manera que este se debe guiar por los principios de la lógica (de forma que sus productos legislativos deberían ser consistentes y completos), entonces el conjunto de normas ($p \rightarrow Oq$) y ($p \rightarrow O\neg p$) no nos permite dar cuenta de un conflicto normativo. Esto, como ya lo había señalado al inicio de este apartado, debido a que de

⁴⁴ Von Wright, "Is there a Logic of Norms?", *Ratio Juris*, vol. 4, núm. 3, 1991, p. 271. Este autor está pensando en describir la lógica de las normas como una forma de describir la racionalidad del legislador (véase, además, Rodríguez, Jorge, "Sistemas normativos, lagunas jurídicas y clausura lógica", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2015, p. 17). Debo precisar aquí que este enfoque no renuncia ni descarta entender la consistencia como la posibilidad de que el destinatario pueda conjuntamente satisfacer lo que se le exige mediante dos o más normas aplicables al caso. El punto de atención está puesto en porqué se generan estos escenarios de inconsistencia.

APUNTES CONCEPTUALES PARA LA IDENTIFICACIÓN...

estas normas uno puede inferir, válidamente, $\neg p$. En este sentido un legislador que califica una misma acción con dos consecuencias lógicas diferentes y que no pueden ser cumplidas a la vez, no está siendo (en un sentido lógico) irracional, pues podemos hacer inferencias de este conjunto de normas.⁴⁵

5. Clasificación de los conflictos normativos

La clasificación de los conflictos normativos depende del criterio que empleemos para justificar cómo dos normas pueden entrar en conflicto entre sí, como de la noción de norma que estemos asumiendo. En este apartado daré cuenta una propuesta formulada a partir de la comprensión de los conflictos normativos como casos de imposibilidad lógica de cumplimiento de las prescripciones ordenadas entre, por lo menos, dos normas.

En las líneas siguientes adoptaré la propuesta originalmente ofrecida por Alf Ross atendiendo a su impacto en la teoría del derecho contemporánea y por su rendimiento explicativo.⁴⁶ Bajo este modelo, se emplea como criterio de clasificación todas las posibilidades de relación entre los antecedentes de las normas que están en conflicto (conectan a consecuencias normativas diferentes y lógicamente incompatibles). En este sentido, los conflictos normativos pueden ser:

- a) Conflictos total-total entre dos o más normas: en estos casos dos normas comparten el mismo antecedente.⁴⁷ Esto implica que no es posible aplicar una norma sin evitar que entre en conflicto con la otra. Para ser más precisos, en este tipo de ca-

⁴⁵ Esta crítica es formulada por Ratti, Giovanni Battista, "Rational Law-Giving...", *cit.*, pp. 85 y ss.

⁴⁶ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, *cit.*, pp. 124-126. Para ver otro conjunto de propuestas es muy interesante el texto de Mazzareze, Tecla, "Antinomie, paradossi, logica deontica", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, vol. 61, núm. 4, 1984.

⁴⁷ Sólo por razones de presentación asumiré aquí y en el resto de tipos de conflictos normativos que estamos frente a un conflicto entre dos normas, pero esto no implica la imposibilidad de que sea entre más normas.

VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

sos cada norma regula al mismo sujeto, la misma acción o estado de cosas, en el mismo momento y para el mismo lugar.

Formalmente, esto se representa como el conjunto de estas dos normas: $(p \rightarrow Oq)$ y $(p \rightarrow O\neg q)$. Como podemos ver, ambas normas regulan el mismo caso genérico p , lo cual conlleva a una inevitable situación de inconsistencia.

- b) Conflictos total-parcial entre dos o más normas: en estos casos una de las normas tiene un antecedente que es igual a un fragmento del antecedente de otra norma. En otros términos, una de las normas tiene un antecedente compuesto por un conjunto de propiedades que está también previsto por completo por el antecedente de otra norma, pero que, además de estas, prevé propiedades adicionales (uno de los antecedentes es más específico o más fino que el otro).

Esto implica que una norma $N1$ al ser aplicada necesariamente entrará en conflicto con una norma $N2$, pero no necesariamente al aplicar $N2$ ello conllevará un conflicto con $N1$. En estos supuestos, $N2$ tiene un ámbito de aplicación más amplio que $N1$, pero todo el ámbito de aplicación de $N1$ está contenido en $N2$.

Formalmente, esto se representa como el conjunto de estas dos normas: $(p \rightarrow Oq)$ y $(p.r \rightarrow O\neg q)$. Como podemos ver, entre ambas normas hay una propiedad compartida y otra que no, de forma que cada vez que se verifique la propiedad compartida y la no compartida $(p.r)$ tendremos un conflicto normativo.

- c) Conflictos parcial-parcial entre dos o más normas: en estos casos cada una de las normas posee ámbitos de aplicación diferentes, pero en caso que se verifiquen estas propiedades compartidas, entonces se produce un conflicto normativo. En líneas anteriores hemos visto este tipo de conflictos normativos al dar cuenta de los casos de conflictos de instanciación como un problema de imposibilidad lógica.

Formalmente, esto se representa como el conjunto de estas dos normas: $(p \rightarrow Oq)$ y $(r \rightarrow O\neg q)$. Como podemos ver, entre ambas normas no hay propiedades compartidas, de forma que cada vez que se verifiquen dichas propiedades no habrá conflicto (serían los supuestos de $(p.\neg r)$, $(\neg p.r)$, y sin duda

APUNTES CONCEPTUALES PARA LA IDENTIFICACIÓN...

($\neg p \cdot \neg r$). Tendremos un conflicto normativo sólo en el caso que se verifiquen ambas propiedades de forma concurrente, es decir, que tengamos un caso (p.r).

En relación a esta clasificación de conflictos, Giovanni Battista Ratti⁴⁸ ha formulado una precisión relevante. Atendiendo a la operatividad del refuerzo del antecedente todos los conflictos normativos, al momento de ser identificados, operan como un caso de conflicto total-total. En los tres casos de conflicto normativo tenemos un supuesto de inconsistencia en caso de verificarse una propiedad (sea esta compartida por los dos antecedentes en el supuesto de conflicto total-parcial, o por concurrir en un caso, en el supuesto de conflicto parcial-parcial). Siguiendo la representación empleada previamente, tendremos un conflicto cada vez que se verifique p.

En caso de conflicto total-parcial tenemos un conflicto entre N1 compuesta por (p \rightarrow Oq) y N2 compuesta por (p.r \rightarrow O \neg q). En estos supuestos, en caso de presentarse la propiedad r, tenemos que hacer dos derivaciones aplicando el refuerzo del antecedente:

N1': p.r \rightarrow Oq
N2': p.r \rightarrow O \neg q

En caso de conflicto parcial-parcial tenemos una situación similar ilustrada anteriormente. En estos casos tenemos un conflicto entre N3 compuesta por (p \rightarrow Oq) y N4 compuesta por (r \rightarrow O \neg q). En estos supuestos, en caso de presentarse la propiedad p, tenemos que hacer dos derivaciones aplicando el refuerzo del antecedente:

N3': p.r \rightarrow Oq
N4': p.r \rightarrow O \neg q

En este sentido, al realizar una inferencia lógica de cada norma, tendremos que los casos de conflicto total-parcial y parcial-parcial son maneras alternativas de dar cuenta de un conflicto total-total.⁴⁹

⁴⁸ Ratti, Giovanni Battista, "Negation in legislation", *cit.*, p. 144.

⁴⁹ En contraposición a esta conclusión, Navarro y Rodríguez sostienen que los

VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

III. CONCLUSIONES

Luego de describir y analizar las diferentes formas de justificar que dos normas están en conflicto entre sí, concluyo lo siguiente: en primer lugar, los juristas empleamos, de manera expresa o implícita, el principio lógico de no contradicción al momento de identificar una antinomia. Esto supone la necesidad de ser preciso al momento de justificar que estamos frente a un conflicto normativo: que el destinatario de la norma no puede satisfacer el consecuente de dos normas aplicables a un mismo caso individual.

En segundo lugar, los juristas empleamos, de manera expresa o implícita, la noción de refuerzo del antecedente al momento de: *i)* identificar el contenido de una norma; *ii)* determinar que una norma es aplicable a un caso individual, y *iii)* identificar un conflicto normativo. Esto supone que el desarrollo lógico de las normas es una operación necesaria para determinar la operatividad de las normas y para justificar, adecuadamente, que estamos frente a un caso de antinomia.

En tercer lugar, los conflictos normativos son, en términos precisos, de tipo total-total, entre: *i)* normas derivadas de norma expresa con normas derivadas de norma expresa; *ii)* normas derivadas de norma expresa con normas derivadas de norma implícita, o *iii)* normas derivadas de norma implícita con normas derivadas de norma implícita.

conflictos normativos solo pueden ser parciales. Estos autores, quienes entienden los conflictos normativos como casos de no posible cumplimiento de dos normas aplicables por imposibilidad lógica, sostienen que, si tomamos en cuenta las normas derivadas de cada norma, entonces tendremos fragmentos de la norma que no estará implicada en el conflicto. En este sentido, si inferimos las normas derivadas de cada norma analizada, vemos que solo en algunos casos habrá contradicción, pero habrá otros supuestos (otros casos inferidos) en los que no. Navarro, Pablo y Rodríguez, Jorge, "Entailed Norms and the Systematization of Law", *cit.*, p. 104. Al respecto, considero que si el punto es aclarar qué casos entran en conflicto y por qué, entonces tenemos que analizar los casos que guardan imposibilidad lógica de mutuo cumplimiento. El resto de casos derivables de una norma genérica solo nos permiten aclarar otras posibilidades de aplicación, pero no dan cuenta de la relación entre estas dos normas en conflicto. Al respecto, ¿qué tipo de conflicto normativo es el caso de dos normas lógicamente incompatibles entre sí? Solo podría haber un conflicto total-total considerando el refuerzo del antecedente.

APUNTES CONCEPTUALES PARA LA IDENTIFICACIÓN...

En cuarto lugar, la justificación de que dos normas están en conflicto entre sí requiere asumir el principio lógico de no contradicción y la aplicación del refuerzo del antecedente. En efecto, las antinomias en el derecho son casos en los que dos normas condicionales prescriptivas entran en conflicto entre sí a mérito de la incompatibilidad lógica de sus normas derivadas. En otros términos, tras identificar el contenido de la norma (expresa o implícita) a través del empleo de métodos lógico-deductivos se verifica que dos normas derivadas comparten el mismo caso genérico, pero con consecuencias normativas contrarias o contradictorias entre sí, lo cual genera que para el destinatario sea imposible cumplir con las prescripciones contenidas en cada norma.

En quinto lugar, si la justificación de conflictos normativos requiere el uso (expreso o implícito) de conceptos lógicos, ello pone de relieve la necesidad de formar a los juristas en nociones básicas de lógica deóntica.

IV. REFERENCIAS

- ALCHOURRÓN, Carlos, "Conflictos entre normas y revisión de sistemas normativos", *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, "Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas", *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Sistemas normativos, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2012.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, "Norma jurídica", en GARZÓN VALDES, Ernesto y LAPORTA, Francisco (ed.), *Enciclopedia Iberoamericana de filosofía, el derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2016.
- BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990.

VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

- BULYGIN, Eugenio, “Teoría y técnica de la legislación”, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991.
- CHIASSONI, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica, breviario para juristas*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- CHIASSONI, Pierluigi, *Interpretation without Truth, a Realistic Enquiry*, Cham, Springer, 2019.
- GAVAZZI, Gioacomo, *Delle antinomie*, Turín, Giappichelli, 1959.
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2014.
- HAGE, Jaap, “Rule Consistency”, *Law and Philosophy*, núm. 19, 2000.
- ITURRALDE, Victoria, “Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1987.
- LINDAHL, Lars y REIDHAV, David, “Conflict of Legal Norms: Definition and Varieties”, en ARASZKIEWICZ, Michał y PŁESZKA, Krzysztof (eds.), *Logic in the Theory and Practice of Lawmaking*, Cham, Springer, 2015.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, “Conflictos normativos”, en FABRA ZAMORA, Jorge y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, 2015, vol. 2.
- MAZZAREZE, Tecla, “Antinomie, paradossi, logica deontica”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. 61, núm. 4, 1984.
- NAVARRO, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge, *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- NAVARRO, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge, “Entailed Norms and the Systematization of Law”, en ARASZKIEWICZ, Michał y PŁESZKA, Krzysztof (ed.), *Logic in the Theory and Practice of Lawmaking*, Cham, Springer, 2015.
- ORUNESU, Claudina, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- RATTI, Giovanni Battista, *El gobierno de las normas*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- RATTI, Giovanni Battista, “Normative Inconsistency and Logical Theories: a First Critique of Defeasibilism”, en ARASZKIEWICZ, Michał y ŠAVELKA, Jaromir, *Coherence: Insight from*

APUNTES CONCEPTUALES PARA LA IDENTIFICACIÓN...

Philosophy, Jurisprudence and Artificial Intelligence, Dordrecht, Springer, 2013

- RATTI, Giovanni Battista, "An Analysis of Some Juristic Techniques for Handling Systematic Defects in the Law", en BUSTAMANTE, Thomas y DAHLMAN, Christian, *Argument Types and Fallacies in legal argumentation*, Dordrecht, Springer, 2015.
- RATTI, Giovanni Battista, "Negation in legislation", en ARASZKIEWICZ, Michał y PŁESZKA, Krzysztof (ed.), *Logic in the Theory and Practice of Lawmaking*, Cham, Springer, 2015.
- RATTI, Giovanni Battista, "Normas jurídicas y contradicciones", en REDONDO, María Cristina y NAVARRO, Pablo (ed.), *La filosofía desde el derecho, homenaje a Ricardo Caracciolo*, México, Fontamara, 2016.
- RATTI, Giovanni Battista, "Rational Law-Giving: Structural and Interpretative Queries", *Analisi e Diritto*, 2017.
- RATTI, Giovanni Battista y RODRÍGUEZ, Jorge, "On Coherence as a Formal Property of Normative Systems", *Revus*, núm. 27, 2015.
- RATTI, Giovanni Battista y RODRÍGUEZ, Jorge, "Los principios fundamentales de la lógica en el derecho", *Analisi e Diritto*, 2018-1.
- RODRÍGUEZ, Jorge, "Contradicciones normativas: jaque a la concepción deductivista de los sistemas jurídicos", *Doxa*, vol. 17-18, 1995.
- RODRÍGUEZ, Jorge, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, CEC, 2002.
- RODRÍGUEZ, Jorge, "Sistemas normativos, lagunas jurídicas y clausura lógica", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2015.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.
- ROSS, Alf, *Lógica de normas*, Madrid, Tecnos, 1971.
- VON Wright, George, "Is there a Logic of Norms?", *Ratio Juris*, vol. 4, núm. 3, 1991.
- ZORZETTO, Silvia, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, ETS, 2010.
- ZULETA, Hugo, *Norma y Justificación*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD: UNA RÉPLICA A BEYLEVELD Y BROWNSWORD*

*CONSENT AND THE FALLACY OF NECESSITY:
A REPLAY TO BEYLEVELD AND BROWNSWORD*

Matías PARMIGIANI**

Resumen:

En su influyente obra *Consent in the Law*, Beyleveld y Brownsword nos han prevenido en contra de la “falacia de la necesidad”, que es la pretensión en la que se incurre al suponer que la apelación al consentimiento siempre resulta necesaria para justificar un acto, arreglo o medida que tiene a otra persona de destinataria. La intención del presente trabajo consiste en analizar críticamente esta supuesta falacia, a los fines de precisar si la necesidad de procurar el consentimiento ajeno es mayor o menor que la entrevista por estos autores.

Palabras clave:

Consentimiento, falacia de la necesidad, justificación, autonomía, (auto)respeto, razones personales.

Abstract:

*In their influential work *Consent in the Law*, Beyleveld and Brownsword have raised a word of caution against the “fallacy of necessity”, which is the claim*

* Artículo recibido el 31 de julio de 2019 y aceptado para su publicación el 29 de mayo 2020.

** Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Investigador del CONICET en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (UNC-CO-NICET), profesor de *Filosofía y Ética de la Educación* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC) y de *Ética y Deontología Profesional* en la Universidad Empresarial Siglo 21. E-mail: matias.parmigiani@unc.edu.ar/matiasparmigiani@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5462-5781>.

Problema. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 15, enero-diciembre de 2021, pp. 373-420
Ciudad de México, ISSN 2007-4387, se distribuye bajo una Licencia *Creative Commons Reconocimiento-No-Comercial-Sin Derivados 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0)*.

MATÍAS PARMIGIANI

made on the assumption that seeking consent is always necessary to justify an act, arrangement or measure that may have an impact on another person. The aim of this paper is to critically analyze the alleged fallacy, in order to determine whether the need to seek other people's consent is greater or lesser than the one envisioned by these authors.

Keywords:

Consent, Fallacy of Necessity, Justification, Autonomy, Self-Respect, Personal Reasons.

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La “falacia de la necesidad” en el planteamiento de Beyleveld y Brownsword: un intento de reconstrucción conceptual*. III. *¿La falacia de la “falacia de la necesidad”?* IV. *¿Qué clase de justificación representa el consentimiento? Lo sustantivo, lo procedimental y el papel de las razones “personales” para actuar*. V. *Consentimiento, autonomía personal y (auto)respeto*. VI. *Conclusión*. VII. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

Considérese un ejemplo trivial: P le adeuda a Q una determinada suma de dinero, que ha prometido devolver antes del día D. Hasta que ese día llegue y el dinero sea devuelto, podrá decirse que P se halla bajo la obligación de saldar su deuda y que Q detenta el derecho de cobrar lo adeudado. Supóngase que el día en cuestión llega y P afronta un percance económico que le dificulta cumplir con su palabra. Si P incumple su obligación, Q sufrirá un perjuicio o una vulneración de su derecho a cobrar. Pero P podría optar por solicitarle a Q una prórroga. En caso de que Q acceda a la misma, su consentimiento al menos hará que el incumplimiento de P resulte en cierto modo *justificado*. Según ha tendido a pensarse desde lo que podríamos denominar el “enfoque prevaleciente”,¹ este es el modo como típicamente funciona el consentimiento, a saber: transformando un acto de connotación moral negativa en un acto al menos aceptable.² No obstante, ahora hagamos de cuenta que P, a pesar de su difícil situación económica, se las ingenia para saldar su deuda en tiempo y

¹ “Enfoque prevaleciente” o “enfoque tradicional” es el modo como he caracterizado en otro trabajo a la que parece ser la postura mayoritaria en torno a cómo opera el poder justificatorio del consentimiento (cfr. Parmigiani, Matías, “Beneficencia, consentimiento y magia moral. ¿Una propuesta kantiana?”, *Revista Portuguesa de Filosofía*, vol. 75, núm. 1, mayo de 2019, pp. 339-374).

² Cfr. Hurd, Heidi, “The Moral Magic of Consent”, *Legal Theory*, vol. 2, núm. 2, junio de 1996, pp. 121-146; Ripstein, Arthur, *Force and Freedom. Kant’s Legal and Political Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p. 71; Simmons, John, “Political Obligation and Consent”, en Miller, F. G. y Wertheimer, A. (eds.), *The Ethics of Consent. Theory and Practice*, Oxford University Press, Oxford, pp. 305-328.

MATÍAS PARMIGIANI

forma. En un escenario así, ¿tendría sentido lamentar que P no haya apelado al consentimiento de Q antes de depositar el dinero en su caja de ahorros? De nuevo, si nos guiamos por lo que sostiene el enfoque prevaleciente, la respuesta parece negativa. ¿Cómo podría ser de otra manera? Después de todo, Q está en su derecho a cobrar; su derecho está siendo satisfecho y esta satisfacción le representa un beneficio evidente.

En *Consent in the Law* (2007), Beyleveld y Brownsword han reflexionado sobre lo que implica asumir una posición contraria a la del enfoque prevaleciente. Para estos autores, pretender que, en un escenario como el descrito, el deudor deba apelar al consentimiento del acreedor a fin de otorgarle aquello a lo que indudablemente tiene derecho, implicaría cometer lo que ellos llaman la “falacia de la necesidad”, la cual básicamente consiste en asumir que, a menos que se invoque el consentimiento de un agente, el acto, arreglo o medida que lo tiene de destinatario aparecerá injustificado o encerrará alguna clase de incorrección moral. En palabras del propio Brownsword, la falacia se daría al pensar que “donde no hay consentimiento, debe haber un agravio [*a wrong*] (y, por ende, un resarcimiento correspondiente)”.³ El propósito del presente trabajo es el de analizar esta pretensión supuestamente *falaz*, intentando desentrañar no sólo qué hay de cierto acerca de esta caracterización, sino también cuáles son los fundamentos en los que se apoyan sus objetores para atribuírsela. Mi hipótesis es que si bien es cierto que el consentimiento no siempre resulta necesario para justificar un acto, medida o arreglo, esta *falta de necesidad* dista de poseer un carácter lógico o que pueda advertirse *a priori*. Según la propuesta que defenderé aquí, la (falta de) necesidad del consentimiento es algo que debe determinarse *in situ* o contextualmente, dependiendo tanto de las expectativas normativas que gobiernen la relación entre dos agentes —a saber: el dador y el receptor del consentimiento— como de las razones *personales* o *agencialmente relativas* que, en ciertas circunstancias, puedan tener ni más ni menos que los responsables de consentir.

³ Brownsword, R., “The Cult of Consent: Fixation and Fallacy”, *King’s Law Journal*, vol. 15, núm. 2, 2004, p. 227.

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

Una sola aclaración preliminar antes de proseguir, de índole metodológica. Como se desprende del título de su libro (justamente *Consent in the Law*), el foco de atención de Beyleveld y Brownsword está centrado fundamentalmente en el ámbito *jurídico*, lo que parecería marginar del análisis a otros ámbitos, como el de la moralidad o la política. La restricción es importante y aquí no pretendo ocultarla. Sin embargo, nótese que son los propios autores quienes admiten no sentirse compelidos por ella. Esto se pone en evidencia por lo menos de dos maneras diferentes. Por una parte, al considerar que la actitud que explica tanto la falacia de la necesidad, como así también lo que ellos denominan la “falacia de la suficiencia”, sería la obsesión [*fixation*] de toda una comunidad *cultural* con el consentimiento,⁴ siendo además esta misma comunidad —y no necesariamente la jurídica— a la que se atribuye la peligrosa tendencia a sobrevalorar su importancia.⁵ Pero, por otra parte (y este constituye el punto central), al proponer un tratamiento del consentimiento *en el Derecho* que ellos denominan, siguiendo a Dworkin, “de afuera hacia adentro” [*outside in*], es decir: cuya intención consiste en explorar el modo como opera el consentimiento en el plano general de la teoría moral (en su caso, de la teoría de Alan Gewirth), para luego recién desembarcar en el terreno propiamente jurídico del derecho positivo. En última instancia, si la noción de consentimiento que se plasma a lo largo de todo el libro atañe a la “razón moral” o a la “razón jurídica” tan sólo se trataría para estos autores de una cuestión indiferente.⁶

⁴ Cfr. Beyleveld, D. y Brownsword, R., *Consent in the Law*, Oregon, Hart Publishing, 2007, pp. 1-4, 232-238.

⁵ Cfr. O’Neill, Onora, *Autonomy and Trust in Bioethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 47-48; Brownsword, *op. cit.*, p. 224.

⁶ Cfr. Beyleveld y Brownsword, *op. cit.*, p. 335. Por si fuera poco, escriben ellos en perfecta consonancia con lo anterior: “...con el surgimiento de la ética de los derechos individuales, los teóricos políticos liberales desde Locke en adelante alentarón el punto de vista de que el consentimiento representa el fundamento de la totalidad del orden político-jurídico. El consentimiento, según podría decirse, no está sólo *en* el Derecho; el consentimiento cala aún más profundo, señalando las bases de la autoridad jurídica e incluso también la esencia del mismo orden legal” (*ibidem*, p. 3).

MATÍAS PARMIGIANI

Puesto que el enfoque que adoptaré en este trabajo también podría describirse en los términos dworkinianos que Beyleveld y Brownsword hacen suyos, este sinceramiento metodológico que se constata en su obra permite que me sitúe en un plano de análisis equidistante, lo que constituiría una buena noticia. Sin embargo, el hecho de que la reflexión moral ofrezca un punto de partida ineludible para cualquier reflexión normativa que pretenda efectuarse en el ámbito jurídico no tiene por qué desconocer las peculiaridades distintivas de este ámbito, las que oportunamente podrían solicitar un tratamiento especial. Ahora bien, yendo al caso puntual del consentimiento y la falacia de la necesidad, creo que el enfoque de Beyleveld y Brownsword hace ni más ni menos lo contrario de lo que promete. El diagnóstico puede sonar un poco drástico y apresurado a estas alturas, pero creo que conviene despejar los posibles malentendidos desde el inicio. Una cosa es segura: el principio normativo que Beyleveld y Brownsword introducen en el ámbito jurídico para explicar en qué sentido el consentimiento es jurídicamente relevante y cómo opera su poder justificatorio constituye un derivado directo de su teoría moral gewirthiana. Pero mientras este principio parece mostrarse perfectamente consistente con la fenomenología que reviste el consentimiento en la praxis jurídica, explicando incluso qué implica cometer allí la falacia de la necesidad, no sucedería lo mismo con la fenomenología que reviste el consentimiento en la experiencia más amplia de la moralidad, en la que otros elementos pueden estar involucrados. O eso es al menos lo que intentaré argumentar a partir de la siguiente sección.

II. LA “FALACIA DE LA NECESIDAD” EN EL PLANTEAMIENTO DE BEYLEVELD Y BROWNSWORD: UN INTENTO DE RECONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL

La idea de que el consentimiento se vuelve “un asunto relevante” “sólo si se constata una violación de derechos”, o, para ponerla en otros términos, la idea de que “el consentimiento... no constituye una consideración autosustentable [*free-standing*]”,⁷ no parece desper-

⁷ *Ibidem*, p. 242.

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

tar demasiados reparos. En unos instantes intentaré mostrar cómo esta misma idea, con ciertas particularidades, está en el centro de algunos de los planteamientos más recientes en torno a la pertinencia del consentimiento, como el de T. McConnell.⁸ Pero en lo concerniente al planteamiento de Beyleveld y Brownsword, sin duda que la clave para comprenderlo viene dada por dos grandes ejes: por un lado, la teoría moral de A. Gewirth; y, por el otro, la denominada “teoría de la elección” [*Will Theory*]. Ambas teorías, según se notará, representan intentos de explicar la noción de “derechos”, aunque es posible que su relación no sea completamente pacífica. A continuación, intentaré resumir con la mayor brevedad posible los principales lineamientos de estas teorías, justamente con el propósito de advertir por qué Beyleveld y Brownsword creen importante apelar a ellas para explicar el poder justificatorio del consentimiento. La falacia de la necesidad, según la enunciaré, surgirá como el correlato natural de este resumen.

La teoría moral de A. Gewirth que Beyleveld y Brownsword hacen suya constituye uno de los tantos intentos que se han ensayado en las últimas décadas por ofrecer una fundamentación de los derechos humanos. Para Gewirth, todo ser humano necesita que su libertad y su bienestar alcancen a reunir una serie de condiciones indispensables para su mínimo progreso moral. Ellas representan, para decirlo en su terminología, las condiciones genéricas de la agencia, las cuales, a su vez, remiten a tres clases diferentes de necesidades: básicas [*basic*], no sustractivas [*non-subtractive*] y accesorias [*additive*]. Las primeras necesidades serían aquellas cuya insatisfacción imposibilita que un agente actúe en cualquier sentido del término. Las segundas, en cambio, serían aquellas cuya insatisfacción afecta de manera adversa el mantenimiento de su habilidad de actuar. Y las terceras, finalmente, aquellas cuya insatisfacción impediría que pueda incrementar esa capacidad ya consagrada. Al mismo tiempo, a estas necesidades corresponden tres grupos de derechos: los derechos básicos, los derechos no sustractivos y los derechos accesorios, dependiendo de cuál sea el tipo de necesidad en juego. En caso de conflicto, sostiene Gewirth, los derechos básicos habrán de im-

⁸ *Cfr. infra*, sec. III.

MATÍAS PARMIGIANI

ponerse a los derechos no sustractivos, y estos, a su vez, habrán de hacer lo propio con respecto a los accesorios.⁹

Como principio rector de todos estos derechos, Gewirth propone un “Principio de Consistencia Genérica” (o PGC, por sus siglas en inglés), “el cual demanda que todos los «agentes» actúen respetando los «derechos» que determinan «las condiciones genéricas de agencia» del resto de los agentes”.¹⁰ De modo que PGC “permite que los agentes hagan cualquier cosa que no atente contra los derechos genéricos de otros agentes”.¹¹ Pero dado que hay circunstancias en que los derechos genéricos de distintos agentes pueden entrar en conflicto entre sí, se impone algún criterio de solución. Según explican Beyleveld y Brownsword, de lo que se trata en tales casos es de obrar según un paradigma de proporcionalidad que garantice que, para cada individuo, se satisfagan la mayor cantidad de necesidades y derechos posibles, excepto cuando PGC no pueda determinar de manera directa qué debe hacerse. En tales circunstancias, como asimismo cuando exista un desacuerdo razonable entre los expertos acerca del contenido de PGC, o incluso cuando PGC no contenga exigencias perentorias en torno a qué hacer o no hacer, será ni más ni menos que el consentimiento de los agentes el que determine la mejor vía de solución.¹²

PGC, según cabría constatar, constituye un auténtico principio de moralidad *pública*, cuya actuación podríamos situar al mismo nivel en el que operan, por caso, los principios de justicia rawlsianos. En aquellas circunstancias en que PGC determina fehacientemente qué debe hacerse, no hay demasiado espacio para la deliberación y, por ende, tampoco para el consentimiento de quienes son sus beneficiarios. Sin embargo, la teoría moral de Gewirth tampoco reduce la operatividad del consentimiento a las instancias en las que PGC demandaría una aplicación indirecta. ¿Por qué no? Básicamente porque el consentimiento individual también actúa como un principio tendiente a justificar las conductas en el ámbito de la moralidad *pri-*

⁹ Cfr. Beyleveld y Brownsword, *op. cit.*, pp. 39 y 40.

¹⁰ *Ibidem*, p. 39.

¹¹ *Ibidem*, p. 55.

¹² *Ibidem*, p. 57.

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

vada. Una cosa, pues, son los derechos genéricos que se derivan de PGC para todo el mundo, y otra cosa son los beneficios que cada individuo elija materializar haciendo uso de esos derechos. Y, de acuerdo con la “teoría de la elección” que el propio Gewirth suscribiría,¹³ las personas no sólo disponen de la libertad para usufructuar los beneficios que sus derechos les confieren, sino que también disponen de la libertad de renunciar a ellos, quizá con el fin de procurarse otros beneficios que ellas consideren pertinentes obtener para ampliar (o disminuir) cualquiera de las condiciones que hacen a su libertad o bienestar. En cualquier caso, en la medida en que los derechos genéricos de alguien sean restringidos mediando su consentimiento, existirá una justificación para esta restricción que, dependiendo del caso, *podría* resultar suficiente.

Hasta aquí, como se habrá comprobado, tan solo he intentado reconstruir el planteamiento gewirthiano de Beyleveld y Brownsword más o menos al pie de la letra, hasta alcanzar a vislumbrar cómo se acomoda allí la noción de consentimiento. Llegados a este punto, conviene tener presente una importante diferencia señalada por los autores entre las dos clases de justificación que pueden esgrimirse para apoyar un acto, medida o arreglo que detente la propiedad de restringir un derecho genérico. Ellos hablan de una “justificación sustantiva”, por un lado, y de una “justificación procedimental”, por el otro. Tradicionalmente estamos frente a una justificación sustantiva, nos dicen, cada vez que presuponemos un conjunto de “principios fundamentales” [*background standards*] que caracterizan determinados actos como permitidos u obligatorios. En cambio, nos situamos frente a una justificación de cariz procedimental cuando sucede que una medida recibe una autorización a través de un acto o decisión de cierto tipo.¹⁴ Esta distinción, por cierto, no recibe mayor especificación a lo largo del texto, aunque suele vincularse la justificación sustantiva a la evaluación efectuada cada vez que debemos determinar si un acto se adecua al contenido de PGC, como cuando nos preguntamos en nombre de qué *derecho genérico* estaría permitido infringir *otro* derecho genérico. Por su parte, si bien el texto no

¹³ *Ibidem*, p. 40.

¹⁴ *Ibidem*, p. 61.

MATÍAS PARMIGIANI

alude a otras formas procedimentales de justificación no asociadas al consentimiento, la lotería y algunos sistemas decisorios semejantes podrían darnos una pauta orientativa de su mayor variedad.

En suma, lo que debe quedar en claro por ahora son dos cuestiones fundamentales: en primer lugar, que el consentimiento funciona para Beyleveld y Brownsword como una forma de justificación *procedimental* más que sustantiva (o basada en los méritos), y, en segundo lugar, que el mismo equivale a una respuesta (agencialmente relativa o *agent-relative*, según aducen llamativamente) limitada *in personam*, lo que significa que, lejos de justificar una acción de manera integral, más bien le impide afirmar a quien consiente —aunque no a otras personas u agencias— que ha sido agraviado o vulnerado de alguna manera en sus derechos.¹⁵

Con respecto a la primera cuestión, se suscitan numerosas dudas. Por lo pronto, ¿cómo conciben los autores la relación que se instaura entre la tipología sustantiva y la tipología procedimental de justificación que tiene al consentimiento como una de sus instancias paradigmáticas? Inspirándonos en autores como John Rawls, por ejemplo, podríamos diferenciar entre una justificación *meramente* procesal de un acto, que es aquella a la que apelamos en determinadas ocasiones aun sabiendo de la existencia de un criterio justificatorio independiente del mismo procedimiento, y una justificación *puramente* procesal, que es aquella a la que estamos obligados a apelar por no disponer de un criterio justificatorio (¿sustantivo?) independiente.¹⁶ Pues bien, ¿con cuál de estas dos clases de justificación se identificaría el consentimiento? La respuesta parece desprenderse precisamente del modo como Beyleveld y Brownsword formulan uno de los aspectos de la “falacia de la necesidad”, al que vinculan a la suposición de que “cualquier tipo de justificación es solicitado incluso sin que *prima facie* se corrobore una violación de los derechos de un agente”.¹⁷ En efecto, a juzgar por el esquema gewirthiano que los autores hacen suyo, violar los derechos de un agente

¹⁵ *Ibidem*, pp. 61 y 62.

¹⁶ *Cfr.* Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University, 1971, p. 14.

¹⁷ Beyleveld y Brownsword, *op. cit.*, p. 239.

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

supone la comisión de un acto que resulta *injustificado* desde el punto de vista *sustantivo*, básicamente por contravenir PGC. Pero si este criterio sustantivo de justificación no se hubiera mostrado operativo desde el inicio, simplemente no se habría corroborado ninguna necesidad de apelar al criterio procedimental. El consentimiento, pues, sólo parece ofrecer una justificación *meramente* procesal, ya sea cuando una acción se muestra injustificada desde el punto de vista sustantivo, ya sea cuando la justificación sustantiva que la ampara se revela por alguna razón como insuficiente.¹⁸

Desde el punto de vista notacional, resulta bastante difícil hallar en el texto de Beyleveld y Brownsword una formulación uniforme de la “falacia de la necesidad”. En las primeras páginas, por ejemplo, se alude a la misma como una pretensión de carácter afirmativo, según la cual “el consentimiento resulta siempre una condición necesaria de la acción lícita” [*consent is always a necessary condition of lawful action*].¹⁹ Más adelante, sin embargo, el carácter que adopta es negativo, como cuando reza “sin consentimiento, se produce un agravio” [*without consent there is a wrong*].²⁰ De todas formas, lo cierto es que detrás de ambas formulaciones parece esconderse una comprensión denodadamente *jurídica* del fenómeno, algo que se pone en evidencia especialmente en esta segunda cita, en la que la palabra *wrong* es remitida de inmediato a la expresión *private wrong*, una figura típica del derecho privado.²¹ Hay *wrong* (o “ilícito”, o “agravio”), además, si y sólo si hay derechos involucrados. En palabras de los propios autores:

Sólo si se constata una violación de derechos puede el consentimiento volverse un asunto relevante; el consentimiento... no constituye una consideración autosustentable [*free-standing*]. Para decirlo desde la perspectiva del demandante [B], si la acción X de A no resulta *prima facie* violatoria de ningún derecho de B, entonces A no comete un agravio [*wrong*] y por ende no necesita apelar al consentimiento de B para

¹⁸ Retomo esta cuestión y la que le sigue (a saber, la referida al carácter ‘in personam’ de la justificación consensual) en la *sec. IV* de este trabajo.

¹⁹ Beyleveld y Brownsword, *op. cit.*, p. 15.

²⁰ *Ibidem*, p. 242.

²¹ *Idem*.

MATÍAS PARMIGIANI

justificar X. De este modo, en el contexto de una demanda de agravio privado [*private wrong*], los argumentos que invocan el consentimiento son inmateriales en ausencia de una violación establecida de un derecho *prima facie* existente.²²

Como claramente se aprecia, el punto de vista jurídico domina el sentido del texto. Si, o hasta qué punto, no sería válido desde una perspectiva gewirthiana adjudicarle al término inglés *wrong* una acepción menos privativamente jurídica, o —lo que es lo mismo— más inclusivamente moral, no es algo que los autores se detengan a analizar con el rigor del caso. No obstante, dado que su propuesta se define metodológicamente como “de afuera hacia adentro”,²³ la tarea parece impostergable, algo a lo que intentaré abocarme en el resto de este trabajo.

III. ¿LA FALACIA DE LA “FALACIA DE LA NECESIDAD”?

El consentimiento es, como diría Kleinig, una relación o transacción “tripartita” [*a three-place transaction*], “en la cual el consentimiento a hacer algo —j— siempre es dado” por parte de un agente P a otro agente Q, que es el que procura el consentimiento del primero.²⁴ Ahora bien, si adoptamos la perspectiva de este segundo agente (Q), que es quien ha de emprender un curso de acción que presuntamente afectará los intereses del primero (P), la pregunta que se le plantea es bajo qué circunstancias resulta *necesario* obtener su consentimiento. Para Beyleveld y Brownsword, tal cual se ha visto, existe una respuesta a esta pregunta que encierra una pretensión *falaz*. Sin embargo, hasta donde he alcanzado a reconstruir esta pretensión en su planteamiento, lo único que parece estar en juego es lo que sucede en el terreno jurídico. Y allí, según sostienen los autores, la falacia consiste precisamente en sostener que la búsqueda por

²² *Idem*.

²³ *Cfr. supra*.

²⁴ Kleinig, John, “The Nature of Consent”, en Miller, F. G. y Wertheimer, A. (eds.), *The Ethics of Consent. Theory and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 5.

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

parte de Q del consentimiento de P puede ser relevante incluso si no está en juego la vulneración de los derechos de este segundo agente.

Todos podemos imaginar situaciones en las que lo que sea que estemos por emprender claramente afectará los derechos de otra persona. Si invado el jardín de mi vecino, me cuelgo de su antena de cable o me acoplo a su señal de *Wifi*, sabré que estoy violentando su derecho de propiedad, salvo que él consienta o autorice estas acciones. En cada una de estas situaciones, los derechos en juego pueden ser identificados con relativa facilidad, como así también los remedios resarcitorios que probablemente se seguirían de su infracción. En áreas como el derecho privado o contractual, la codificación suele brindar una herramienta sumamente confiable para prever qué podemos y qué no podemos hacer sin el consentimiento de nuestros semejantes, siendo ella por eso mismo la que nos permite conocer con relativa facilidad qué derechos están involucrados en cada caso. Pero imaginemos ahora la situación inversa. Mi vecino, consciente de que me hallo en una dificultad económica, decide liberar su señal de *Wifi* para que yo pueda acceder a Internet de manera gratuita. Llego un día a mi casa y, tras abrir la puerta, encuentro una nota en el *pallier* que reza: “Querido vecino, ya no tienes que preocuparte por tu economía doméstica. La clave de mi *Wifi* es JQR”. A fin de que su acto encuentre justificación, ¿resulta necesario que yo lo consienta? Suponiendo que no haya derechos involucrados, la respuesta parecerá negativa. O al menos eso es lo que se infiere de una perspectiva centrada en los derechos como la que Beyleveld y Brownsword asumen siguiendo a Gewirth. Sin embargo, ¿no es igualmente cierto que yo podría negarme *con pleno derecho* a aceptar el beneficio concedido? Después de todo, nada me obliga a ello. Pero si tengo la potestad de disentir de un acto que no vulnera mis derechos, ¿no será acaso porque también cuento con la potestad de consentirlo? ¿No tiene entonces el consentimiento perfecto sentido en este tipo de situaciones?

Naturalmente, incurriríamos en una inferencia apresurada si de aquí concluyéramos que mi vecino está indefectiblemente obligado a procurar mi consentimiento antes de liberarme su *Wifi* e informarme de su acto. Es claro que mi vecino dista de incurrir en un ilícito cuando procura beneficiarme. Además, si su actitud es bene-

MATÍAS PARMIGIANI

volente, ¿qué podría llegar a reprocharle? ¿No haberme consultado antes de actuar? Tal vez yo me sienta ofendido por ser tratado con indulgencia o conmiseración. O quizá haya algo relativo al vínculo que mantengo con él, como cierta expectativa normativa, que sea incompatible con el efecto buscado por su acto. De todas formas, suponiendo que alguna de estas situaciones llegara a constatarse, desde el punto de vista jurídico no parece haber demasiado lugar para que yo me sienta autorizado a reclamar un resarcimiento. En tales casos, renunciar al beneficio que han procurado concederme parece suficiente para deshacer cualquier atisbo de conflicto.

Jurídicamente, no hay dudas de que las cosas funcionan más o menos de esta manera. No obstante, el interrogante se plantea a propósito de lo que sucedería en el terreno más general y difuso de la moralidad. Allí, según creo, también podría mantenerse la pretensión de que, para que se requiera el consentimiento, en un punto debería haber derechos (morales) involucrados. Ahora, mientras en el terreno jurídico es habitual que los derechos puedan anticiparse con relativa facilidad a partir del catálogo de normas positivas imperantes, es mucho menos común que esto suceda en el terreno de la moralidad, atiborrado de normas no escritas y relaciones consuetudinarias. ¿Cómo mi vecino podría saber, por ejemplo, que su intento de beneficiarme será tomado por mi parte como un humillante gesto de conmiseración? Además, ¿por qué *debería* saberlo? ¿Hay algo que lo asista en este sentido? Las relaciones vecinales, como sabemos, distan de obedecer a un patrón estándar. Hay vecinos que son buenos amigos, por cierto. Pero hay otros que sólo mantienen un trato cordial o que simplemente se aborrecen. Entre dos vecinos que mantienen una relación de amistad, es probable que imperen cierto tipo de expectativas, vinculadas al grado de confianza o a los tipos de licencias que uno puede tomarse frente al otro. En cambio, cuando una relación es más rígida, formal o distante, o aparece signada por otros componentes, lo que cada uno de sus miembros tenga derecho a esperar del otro puede que no sea transparente en modo alguno. Así como mi amigo no tendría demasiadas razones para ofenderse si ingreso a su casa sin tocar el timbre, sería menos comprensible que no las tenga quien se ha mudado a mi vecindario hace sólo unos días.

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

El consentimiento que se requeriría en el segundo escenario parece al menos prescindible en el primero.

Por todo esto, creo que bien cabría formular en este espacio la siguiente reflexión a título provisorio: *si bien el consentimiento no parecería necesario cuando no hay derechos involucrados en la realización de un acto que tiene a otro de destinatario, el hecho de que a veces no haya manera de saber a ciencia cierta cuáles son estos derechos antes de emprender un curso de acción quizá torne al consentimiento en una herramienta cuya invocación podría ser mucho más necesaria de lo que habitualmente se piensa*. Ciertamente a la hora de actuar podría suceder que sólo estemos afectando los intereses, bienes o valores personales de alguien, mas no sus derechos. Esto sucede, por ejemplo, cuando tomamos una medida que a otro simplemente le disgusta, pero por la cual no está en condiciones de reclamarnos nada. En una partida de ajedrez, sin ir más lejos, el hecho de que uno de los jugadores realice un gambito que seriamente compromete la estrategia de su adversario no le otorga a este ninguna licencia moral para reclamárselo. Y, *mutatis mutandis*, una reflexión similar suscitan muchas situaciones de la vida cotidiana, en las que aceptamos regirnos por ciertas reglas, o en las que nuestro campo de acción tan sólo repercute en la esfera privada. Sin embargo, hay otras situaciones en las que, a menos que apelemos al consentimiento de ciertos agentes, difícilmente estemos en condiciones de determinar si alguno de sus derechos no podría verse afectado.

El consentimiento, como muchas veces se imagina, adquiere su *magia moral* —para emplear la magnífica expresión de Hurd²⁵— del hecho de que nos permite ejercitar nuestra autonomía personal como pocas otras herramientas lingüísticas o comunicacionales.²⁶

²⁵ Hurd, *op. cit.*, p. 121.

²⁶ Cfr. Pereda, Carlos, “Lógica del consentimiento”, en Olivé, L. (comp.), *Ética y diversidad cultural*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 101 y 102. Pereda sostiene en particular que si “el consentimiento efectivo en condiciones normales conforma ya la justificación moral requerida y no se necesita ninguna justificación moral ulterior”, ello sucede “como consecuencia directa de un concepto moral central: la autonomía de las personas” (*idem*). Si no fuera porque este principio nos insta a reconocer a cada persona como un ser con la libertad plena para *soportar o llevar a cabo* cualquier acción que no genere más repercusiones morales que en

MATÍAS PARMIGIANI

Así, por ejemplo, si yo deseo ampliar mi propia autonomía a expensas de la autonomía de otra persona, será su consentimiento el que habré de solicitar, y si es mi autonomía la que debe ser reducida en beneficio de la mayor autonomía de otro individuo, la mejor manera de hacerlo será solicitando mi propio consentimiento.²⁷ Desde luego, por lo general esta ampliación o reducción autonómica no ocurre unilateralmente. En los negocios, si vemos el caso, suele imperar un principio de reciprocidad, según el cual quien cede un bien u ofrece un servicio lo hace con la expectativa de obtener otro bien o servicio de valor equivalente al conferido. Como reza la locución latina: *do ut des*. En estos casos típicos, no debe olvidarse por qué lo que se amplía o reduce es, en última instancia, nuestra propia autonomía. Tanto las propiedades que están a nuestro nombre como el tiempo que empleamos en nuestro trabajo constituyen aspectos indisociables de la libertad personal. Por eso, cada vez que nos desprendemos de algo o proporcionamos un servicio en el que aplicamos todo nuestro conocimiento, pericia o *expertise* técnica, cedemos parte de nuestra autonomía.

Aunque la literatura especializada en la materia suele tener esto bastante presente, no parece ocurrir lo mismo con respecto a las *dos dimensiones* que encerraría la autonomía personal. En los casos típicos recién mencionados, la única dimensión comprometida sería aquella que remite a los derechos y libertades genéricos que los propios Beyleveld y Brownsword relevan apoyándose en la teoría

su propia vida, no habría ninguna razón para valorar el consentimiento individual como una de las tantas modalidades por las que esta autonomía puede ejercerse. En un día cualquiera, una persona dispone de numerosas alternativas para ejercer su autonomía personal. Entre ellas, las hay triviales y no triviales. Un ejercicio trivial de la autonomía es el que se produce, por ejemplo, cada vez que una persona decide qué ropa vestir o qué desayunar antes de dirigirse al trabajo. Un ejercicio no trivial, en cambio, es el que se manifiesta en aquellos momentos álgidos de una vida, como cuando debemos optar por una vocación o la conformación de una familia. El consentimiento no es más que una de las modalidades en que se ejerce esta autonomía, con la particularidad de que ella, a diferencia de las restantes, constituye una respuesta a una oferta o propuesta ajena, no un acto nacido de la propia iniciativa individual (Cfr. Westen, P., *The Logic of Consent*, Ashgate, Aldershot, 2004).

²⁷ Cfr. Barnett, Randy, "The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent", *Virginia Law Review*, vol. 78, 1992, pp. 841-848.

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

moral de Gewirth. Allí aparecen justamente los derechos *básicos* y *no sustractivos* que configuran dos de las condiciones genéricas de la agencia humana.²⁸ En alguna otra ocasión me he referido a estos derechos como parte de la dimensión *formativa* de la autonomía, empleando una expresión de Rodolfo Vázquez.²⁹ Sin embargo, en rigor, se trata de una dimensión que encuentra reconocimiento en la obra de numerosos autores, entre los que podríamos citar a C. S. Nino,³⁰ J. Rawls³¹ o A. Sen.³² Más o menos todos estamos familiarizados con los derechos y libertades que configuran esta dimensión autonómica, como el derecho a la integridad física o la libertad de expresión. Por eso mismo, aquí no abundaré sobre el asunto. Pero el propio Gewirth también menciona el caso de los derechos *accesorios*, los cuales se suman a los primeros y permiten que la agencia humana se expanda al servicio de cierto ideal o proyecto de realización personal. A mi juicio, al aludir a estos derechos, ya estamos moviéndonos en el terreno de la segunda dimensión de la autonomía personal, la relativa no ya a su formación, sino a su *ejercicio*.

A la hora de *ejercer* nuestra autonomía, hay numerosos recursos que resultan importantes. Están, por una parte, aquellos bienes materiales que necesitamos para plasmar nuestras aspiraciones personales, como playones deportivos para practicar un deporte o teatros para asistir a la ópera. Y están, por otra parte, aquellos bienes espirituales sin los cuales el disfrute de algunas actividades se volvería imposible, como la posesión de cierto capital intelectual para comprender un razonamiento, un teorema o una obra artística. Pero, en paralelo a estos bienes espirituales que tienen que ver con la posesión individual de ciertas virtudes o disposiciones, también debemos incluir a aquellos otros que exceden a cada individuo, por afincarse en el plano de la intersubjetividad. Dentro de esta última

²⁸ *Cfr. supra.*

²⁹ *Cfr. Vázquez, Rodolfo, "Educación liberal y democrática", en Hoyos Vázquez, G. (ed.), Filosofía de la educación, Madrid, Trotta, 2008, pp. 232 y 233. Además, véase Parmigiani, op. cit., p. 358.*

³⁰ Nino, C. S., *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2007.

³¹ Rawls, *op. cit.*

³² Sen, Amartya, *Bienestar, justicia y mercado*, trad. de D. Salcedo, Barcelona, Paidós, 1998.

MATÍAS PARMIGIANI

clase de bienes, John Rawls ha destacado la importancia de lo que denominó las “bases sociales del auto-respeto”, una expresión que remite a la existencia de un contexto sociocultural en el cual nuestras propias decisiones personales sobre quién ser o qué hacer en la vida, suponiendo que no afecten negativamente intereses de terceras personas, alcancen a plasmarse en un ambiente de tolerancia, confianza y respeto.³³ Esta suerte de bien primario que postula el primer principio de justicia rawlsiano es con frecuencia imprescindible para que todo el mundo pueda hacer uso de los derechos genéricos que le han sido concedidos. De este modo, cuando alguien dispone de un bien material, por ejemplo, pero no puede utilizarlo para plasmar su proyecto personal en virtud de que las personas que lo rodean lo miran con sorna o desprecio, como asimismo cuando alguien se halla en posesión de un capital intelectual que no puede hacer público porque las condiciones socioculturales se lo impiden o dificultan, lo que aparece comprometida es la expectativa de realización personal de ese individuo, un componente central de su segunda dimensión autonómica.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con la primera dimensión de la autonomía, cuyas condiciones genéricas suelen estar contempladas en las legislaciones positivas de la mayor parte de nuestros sistemas jurídicos y cuya vulneración puede anticiparse con relativa facilidad, el respeto a las personas que hace al ejercicio de la autonomía —esto es: a la posibilidad de materializar nuestras propias concepciones particulares del bien con los recursos que tengamos a disposición— parece descansar en criterios cuya verificabilidad tiene un componente que a menudo resulta indisolublemente subjetivo o idiosincrásico. En efecto, para retomar un ejemplo anterior, cuando mi vecino decide compartir conmigo su señal de *Wifi*, indudablemente está concediéndome un bien accesorio que expandiría mi primera dimensión autonómica. Sin embargo, suponiendo que, al obrar así, consiga afectar mi estima y, con ella, comprometa el *ejercicio* de mi autonomía, habrá dado un paso cuya materialización

³³ Cfr. Rawls, John, “Kantian Constructivism in Moral Theory”, en Freeman, S. (ed.), *John Rawls. Collected Papers*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 314.

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

no habría sido posible *sin* la intervención de mi propia e irremplazable subjetividad. Por eso mismo, aún si mi vecino tuviera la intención aviesa de molestarme, esto no lo haría directamente responsable de mi pesar, obligándolo a un pedido de disculpas o a la concesión de alguna clase de remedio resarcitorio. Tal exigencia sería ciertamente absurda, en especial si la estima que nos define posee características patológicas, como las que acompañan a una personalidad exageradamente narcisista o pusilánime.

Pero también es cierto que estos tipos de situaciones tienen al menos el mérito de recordarnos cuánto puede estar en juego en determinados momentos de nuestras vidas. No toda estima es patológica, ni toda pretensión de reconocimiento, injustificada, habremos de conceder. Si, de tanto en tanto, yo necesito contar con tu permiso o apelar a tu consentimiento antes de emprender un curso de acción, no es porque *esté seguro de* que vaya a perjudicarte; es justamente porque *temo* perjudicarte o tratarte de manera irresponsable (en lo fundamental: de manera irrespetuosa) y deseo tener la tranquilidad de que mi temor resulta infundado. Cuando las dudas o inseguridades minan la praxis, la búsqueda del consentimiento parece constituir un canal *epistémico* sumamente accesible a fin de averiguar cómo comportarnos evitando vulnerar la dignidad de los demás. Y, aunque nada de esto tiene por qué transformar al consentimiento en algo siempre necesario, como advierten Beyleveld y Brownsword, lo importante es lo que *podría suceder* si estas dudas o inseguridades fueran mucho más ubicuas de lo que habitualmente suponemos. Por eso mismo, a fin de cuentas, bien podría ser que la necesidad del consentimiento fuera considerablemente menor a la entrevista por la pretensión supuestamente falaz bajo escrutinio, pero mayor que la reconocida por los autores. Para ellos, según cabe recordar, la solicitud del consentimiento sólo adquiere relevancia cuando estamos en condiciones de anticipar qué derechos vulneraríamos mediante un acto cualquiera que tiene a otro sujeto de destinatario. La necesidad del consentimiento, pues, sería la acompañante natural de esta certidumbre epistémica. De acuerdo a mi planteamiento, en cambio, sucedería más bien lo contrario.³⁴

³⁴ La validez de esta reflexión se circunscribe a aquellas circunstancias en las

MATÍAS PARMIGIANI

Escribe Terrance McConnell:

Hay muchas situaciones en las que, sin pensar, buscamos el consentimiento de los otros. Cuando sometemos esas situaciones al análisis filosófico, podemos preguntarnos por qué obramos así. La explicación... es que estas prácticas han evolucionado debido a que hay derechos implicados en ellas, incluso a pesar de que el contenido de esos derechos sea por momentos difícil de articular. Pero si nos vemos tentados a procurar el consentimiento de alguien, ese acto *puede ser* un signo de que sus derechos están implicados.³⁵

Las palabras de McConnell, como se apreciará, guardan correspondencia con el enfoque centrado en los derechos que adoptan Beyleveld y Brownsword, pero cuya plausibilidad y atractivo nunca he puesto en duda a lo largo de este trabajo.³⁶ McConnell, sin embargo, se muestra bastante más precavido que estos autores en sus considerandos. Él sostiene que procurar el consentimiento ajeno *puede ser* un signo de que ciertos derechos estarían involucrados, mas no dice que *necesariamente lo sea*. De manera similar, aquí podríamos agregar que si bien el consentimiento adquiere una importancia manifiesta cuando efectivamente hay derechos involucrados, también sería esperable que la adquiriera cada vez que dudamos de que los haya, aunque no sepamos cuáles son o en qué medida podrían verse afectados. Tal vez la autonomía personal que resulta jurídicamente relevante pueda garantizarse del modo como Beyleveld y Brownsword lo plantean en su texto. No obstante, el respeto a la *autonomía moral* parece ser más demandante. Cuando ella es la que está en juego, especialmente en su segunda dimensión, es probable que el rol del consentimiento tienda a ser mucho más preponderante de lo que algunos planteamientos han llegado a suponer. Pero, siendo así,

que no hay una norma expresa estipulando el consentimiento ajeno, como sucede, por ejemplo, cada vez que celebramos un contrato con alguien. En estos casos, podríamos preguntarnos si se justifica la norma que exige el consentimiento, mas es claro que el consentimiento aparece como *necesario de acuerdo a la norma*.

³⁵ McConnell, Terrance, "When Is Consent Required?", en Müller, A. y Schaber, P. (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, Abingdon, Routledge, 2018, p. 83 (la cursiva me pertenece).

³⁶ No obstante, véase *infra*.

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

entonces la fijación con el consentimiento bien puede que no obedezca, después de todo, a un mero capricho cultural, contrariamente a lo que Beyleveld, Brownsword y O'Neill han sugerido con tanta insistencia en sus escritos.³⁷

IV. ¿QUÉ CLASE DE JUSTIFICACIÓN REPRESENTA EL CONSENTIMIENTO? LO SUSTANTIVO, LO PROCEDIMENTAL Y EL PAPEL DE LAS RAZONES “PERSONALES” PARA ACTUAR

En la *sec. II*, al momento de reconstruir el planteamiento de Beyleveld y Brownsword, distinguí dos tesis fundamentales: en primer lugar, la tesis de que el consentimiento funciona para ellos como una forma de justificación *procedimental* más que sustantiva (o basada en los méritos) (A); y, en segundo lugar, la tesis de que el mismo equivale a una respuesta (agencialmente relativa) limitada *in personam*, lo que significa que, lejos de justificar una acción de manera integral, más bien le impide afirmar a quien consiente —aunque no a otras personas u agencias— que ha sido agraviado o vulnerado de alguna manera en sus derechos (B).³⁸ En esta sección, quisiera revisar cada una de estas tesis, para lo cual procederé precisamente en el orden señalado. Ambas tesis, como se comprobará, están íntimamente vinculadas, por lo que gran parte de lo que diga el abordar la primera se verá reflejado en el abordaje de la segunda. Obrando así, el objetivo de máximo que persigo es el de respaldar la principal hipótesis formulada en la sección anterior, ampliando la base teórica que le da sustento.

¿Qué significa que el consentimiento ofrezca una justificación *procedimental* y *no sustantiva*? Es decir, ¿qué significa la tesis A? Como habremos notado, una parte de la respuesta a esta pregunta fue formulada en la *sec. II*, al momento de reconstruir la falacia de la necesidad tal cual Beyleveld y Brownsword la plantean.³⁹ Allí, según se recordará, aludí a la doble acepción del término “procedimental”,

³⁷ Véase *supra*.

³⁸ Véase *supra*.

³⁹ Véase *supra*.

MATÍAS PARMIGIANI

un adjetivo sobre el cual ya volveré en unos instantes. No obstante, lo que ahora quisiera ofrecer es una indagación muy esquemática en torno al significado de la palabra “justificación”, que es, después de todo, el sustantivo al que califica aquel adjetivo. Más allá de que el verbo “justificar” haya sido comúnmente asociado la idea de “dar y pedir razones”, tanto en el plano teórico como en el práctico,⁴⁰ lo cierto es que ninguna de estas ideas resulta semánticamente transparente.

Sólo por situarnos en el plano práctico, que es el plano que nos concierne, aquí asumiré que la palabra en cuestión puede estar ligada al menos a tres acepciones muy distintas. Por empezar, en un sentido de la expresión que podríamos considerar débil, “justificar” significa “demostrar en qué medida una acción φ no atenta contra un valor o estado de cosas que merecería ser conservado o promovido” (J1). En segundo lugar, en un sentido de la expresión que podríamos considerar más bien fuerte, “justificar” equivaldría tanto a “demostrar en qué medida una acción φ conserva o promueve un valor o estado de cosas que merecería ser conservado o promovido”, como asimismo a “demostrar en qué medida dicha acción rechaza, altera o desincentiva un (dis)valor o estado de cosas que merecería ser rechazado, alterado o desincentivado” (J2). Finalmente, “justificar” también podría equipararse a “demostrar en qué medida una acción φ , que atenta contra un valor o estado de cosas (llamémosle D1), merecería ser *tolerado*, ya sea en aras de conservar o promover un valor o estado de cosas D2, ya sea en aras de rechazar, alterar o desincentivar un valor o estado de cosas diferente (D3)” (J3). Usualmente estos dos últimos sentidos de “justificación” no se distinguen

⁴⁰ Al respecto, véanse Sellars, Wilfrid, “El empirismo y la filosofía de lo mental”, en Sellars, W., *Ciencia, percepción y realidad*, trad. de V. Sánchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1971, p. 182; Brandom, Robert, *La articulación de las razones*, trad. de E. de Bustos y E. Pérez Sedeño, Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores, 2002, p. 232 y ss.; Nino, C. S., *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 45-58; Habermas, J., *Acción comunicativa y razón sin trascendencia*, trad. de P. Fabra Abat, Buenos Aires, Paidós, 2003, pp. 33 y 34; Raz, Joseph, *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 77-81.

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

como sería deseable, lo que genera algunos problemas interpretativos de larga data.⁴¹

Tan sólo dos o tres consideraciones a propósito de los términos introducidos en estas definiciones. Como ya se habrá apreciado, el concepto a partir del cual las distintas fórmulas (J1, J2 y J3) decodifican la justificación de una acción es el de 'valor'. Ahora bien, ¿por qué acudir a este concepto y no, en cambio, a la distinta gama de conceptos deónticos, como los de 'deber', 'obligación', 'recomendación', 'prohibición' o 'permiso'? La razón tiene que ver básicamente con que cualquiera de estos conceptos, para estar debidamente fundamentado, necesitará en última instancia apelar al concepto de valor. Por ejemplo, imaginemos qué sucedería si intentáramos reemplazar la fórmula J1 por una fórmula alternativa que descansara en el concepto de "obligación". Si "justificar" pasara a equipararse a "demostrar en qué medida una acción j no infringe una obligación determinada", digamos, quedará en pie la cuestión del fin al que presuntamente respondería esta obligación para resultar racional. Y ello, tarde o temprano, nos remontaría al valor o estado de cosas que esa misma obligación procuraría conservar o promover en cierto contexto normativo.

Vinculado a lo anterior, también se habrá notado que en cada una de las fórmulas he empleado la disyunción "valor o estado de cosas" sin mayores pormenores. Siguiendo parcialmente a Scanlon, entiendo al valor justamente como un estado de cosas cuyas propiedades nos brindan razones para *favorecer*: conservándolo, en el caso de que el mismo sea una realidad; o promoviéndolo, en el caso de que el mismo sea un ideal u objetivo pendiente.⁴² De manera similar,

⁴¹ En el terreno de la justificación del castigo, por ejemplo, esto se aprecia de manera evidente en algunos enfoques mixtos, como la teoría consensual de la pena defendida por C. S. Nino, para la cual "justificar" es tanto un asunto de explicar el fin preventivo que procura la pena como un intento de dar respuesta a la objeción kantiana que se esgrime en contra de esta explicación de cariz consecuencialista (cfr. Nino, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980).

⁴² Al respecto, véase Scanlon, T. M., *What We Owe to Each Other*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1998, pp. 95 y ss. Sigo "parcialmente" a Scanlon debido a que, como el lector habrá notado, no es él alguien que simpatice particularmente con la noción de "estado de cosas" [*state of affairs*] (Cfr. *ibidem*, pp.

MATÍAS PARMIGIANI

entiendo al (dis)valor como un estado de cosas cuyas propiedades nos brindan razones para combatir, rechazar o desincentivar, en el caso de que el mismo sea una realidad; o para evitar o prevenir, en el caso de que sólo sea una posibilidad, concreta o lejana. Desde luego, no desconozco que esta comprensión de los valores puede resultar muy restrictiva para muchos, especialmente para quienes la dimensión valorativa no tiene por qué remitirnos a la dimensión *normativa* o *deóntica*, que es lo que sucede cuando lo ‘bueno’ de algo se define en función de lo que nos da razones *para actuar* de determinada manera. Quienes critican el denominado *buck-passing account* de Scanlon, como Dancy, suelen advertir que hay cosas a las que cabe denominar buenas o valiosas (*i.e.* la lluvia, la polinización o la gravedad) sin que de esto se genere ninguna implicancia práctica, ya que no hay nada que por lo general podamos hacer al respecto.⁴³ E incluso quienes, como Stratton-Lake, parecen defender este enfoque, optan por vincular nuestras razones a la adopción de “actitudes favorables”, y no necesariamente a la realización de “acciones”.⁴⁴ Aquí, sin embargo, al ser *acciones* las que están en cuestión (justamente aquellas que recaen en quienes han de consentir o disentir de las mismas), mucho más que la adopción de actitudes o puntos de vista, tiene perfecto sentido insistir con la remisión de lo valorativo a lo deóntico.⁴⁵

79 y ss.). Para el enfoque abstracto [*abstract account*] de Scanlon, aquello que ha de ser promovido o conservado puede incluir múltiples clases de cosas, como “objetos y sus propiedades (tal como la belleza), personas, habilidades y talentos, estados del carácter, acciones, logros, actividades y búsquedas, relaciones e ideales” (*ibidem*, p. 95). No obstante, si aquí opto por esta noción es simplemente por una razón de conveniencia notacional.

⁴³ Cfr. Dancy, J., “Should We Pass the Buck?”, *Royal Institute of Philosophy Supplement*, vol. 47, septiembre de 2000, pp. 170 y 171.

⁴⁴ Cfr. Stratton-Lake, P., “Dancy on Buck-Passing”, en Bakhurst, D. *et al.* (eds.), *Thinking About Reasons*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 77-80.

⁴⁵ Una discusión aparte merecería la pregunta de si tiene sentido consentir la adopción de determinadas actitudes o puntos de vista. ¿Cabe *consentir* el odio que alguien siente por mí? ¿Cabe *consentir* la opinión que un historiador esgrime sobre las causas de la Primera Guerra Mundial? Aunque en este trabajo no me ocupo de estas cuestiones, creo que el consentimiento no parece ser el acto realizativo más apropiado para describir lo que podría estar en juego en estos casos. En el primer

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

Por otro lado, ¿qué hay acerca del verbo “merecer” incorporado en las fórmulas? Cuando digo que un valor o estado de cosas *merecería* ser conservado o promovido (en J1, por caso), así como rechazado, desincentivado o alterado (en J2 y J3, desde luego), simplemente hago referencia a que dicho estado contiene propiedades que nos brindan razones para ello.⁴⁶ Pero estas propiedades alcanzan a brindar razones sólo en la medida en que respondan a cierto interés, deseo, necesidad, preferencia o actitud favorable [*pro-attitude*].⁴⁷ Si no presuponemos la presencia de estas actitudes conativas, no hay manera de que las propiedades que caracterizan al estado de cosas en cuestión sean suficientes para hacer el trabajo justificatorio requerido. Un dique, por ejemplo, posee varias propiedades, como cierta capacidad para almacenar agua, propiciar el riego o contener posibles crecidas. Es claro que nadie promovería la construcción de un dique que careciera de estas propiedades. ¿O sí? A menos que sepamos cuál es el interés genuino detrás de esta acción —como garantizar la prosperidad de cierta región, digamos—, difícilmente su construcción alcance a verse como algo *racional o justificable*.⁴⁸

caso, yo estaría *comprendiendo* más que consintiendo el odio. En el segundo, yo estaría *acordando* más que consintiendo con el historiador. Pero también debo notar que hay actitudes que decantan en actos sobre los que tampoco parecería tener mucho sentido preguntarse por su carácter consensual. Pensemos por ejemplo en quien insulta a alguien movido por el odio que siente hacia esa persona. ¿Tendría sentido concebir un escenario en el que esta persona consiente el insulto del que es víctima? La persona podría minimizar el insulto, quitarle relevancia moral o incluso perdonar a quien se lo dirige sin que esta persona tenga la mínima intención de arrepentirse. En ninguno de estos casos esta persona estaría consintiendo el insulto. Si hay actos que, en virtud de su naturaleza, no pueden ser modificados por el consentimiento, entonces el consentimiento no parece tener sentido en estos casos. Por supuesto, podría ocurrir que yo hubiera llegado a un acuerdo con una persona para que ella me insulte en público. En ese caso es probable que el insulto llegara a ser consentido, aunque difícilmente la naturaleza del acto sería la misma. Más que un insulto, el acto adoptaría los ribetes de una auténtica farsa.

⁴⁶ Cfr. Scanlon, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 41-45; además, véase Dancy, J., *Moral Reasons*, Oxford-Cambridge, Blackwell, 1993, p. 2.

⁴⁸ Con buenos fundamentos, Scanlon no cree que los *deseos* estén en condiciones de realizar el trabajo justificatorio requerido. De acuerdo a su planteamiento, los deseos, en lugar de representar la conclusión de un razonamiento práctico, sólo

MATÍAS PARMIGIANI

Con estas aclaraciones en mente, volvamos a analizar el tipo de justificación supuestamente propiciada por el consentimiento. El enfoque de Beyleveld y Brownsword, como quedara de manifiesto, está centrado en la noción de “derechos”. Pero dado que los derechos son intereses que gozan de un tipo particular de protección,⁴⁹ o que al menos suscitan una consideración especial en determinados contextos decisorios,⁵⁰ el consentimiento no puede desempeñar ningún papel en la modalidad justificatoria J1. En efecto, imaginemos que una acción φ *no atenta contra* un valor o estado de cosas que merecería ser conservado o promovido, básicamente porque las propiedades características de dicho estado son suficientes para garantizar el ejercicio de cierto(s) derecho(s). Al no poner en riesgo ese estado de cosas, la acción φ tampoco afecta el ejercicio de los derechos que puedan estar implicados. Siendo este el escenario, ¿qué rol justificatorio podría desempeñar el consentimiento? En el enfoque de Beyleveld y Brownsword, ninguno, pues ya contamos con una justificación de φ que es, al mismo tiempo, *sustantiva* y *suficiente*. Por razones aún más evidentes, el consentimiento tampoco desempeñaría ningún papel en la modalidad justificatoria J2. Efectivamente, puesto que, en este caso, φ conserva o promueve un estado de cosas en el que se satisfacen ciertos derechos individuales, o bien rechaza, altera o desincentiva un estado de cosas que es incompatible con la satisfacción de estos derechos, el consentimiento del beneficiario de estos derechos parecería innecesario. Por último, ¿qué sucede con

representan sus puntos de partida (*op. cit.*, p. 43; además, véase Nino, *El constructivismo ético*, pp. 43-58). En cualquier caso, ellos también requerirían de justificación. Con respecto a los intereses o necesidades, en cambio, el asunto parecería menos polémico. Sobre este punto, véase especialmente Wiggins, D., “Claims of Need”, en Wiggins, D., *Needs, Values, Truth*, 3a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 1-58.

⁴⁹ Cfr. Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Nueva York, Bloomsbury Academic, 1977, pp. 191-192; Holmes, S. y Sunstein, C. R., *El costo de los derechos*, trad. S. Mastrangelo, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011, pp. 34-3.

⁵⁰ Cfr. MacCormick, Neil, “Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho”, en N. MacCormick, *Derecho legal y socialdemocracia*, trad. de M. L. González Soler, Madrid, Tecnos, 1990, 129-137; MacCormick, Neil, *Instituciones del derecho*, trad. de F. Atria y S. Tschorne, Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, pp. 155 y ss.; Nino, *Ética y derechos humanos*, cap. 1; Lyons, David, “Utility and Rights”, en Lyons, D., *Welfare and Mill’s Moral Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 152.

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

respecto a la modalidad justificatoria J3? Según podríamos reconstruirla apelando a la noción de “derechos”, aunque φ infrinja algún derecho individual, φ se tolerará en la medida en que sea compatible con la conservación de otro u otros derechos individuales (de mayor envergadura), o, en su defecto, en la medida en que sea compatible con el rechazo a un estado de cosas en el que aparecerían vulnerados un conjunto más amplio o más importante de derechos individuales. De manera que, incluso en este caso, el papel justificatorio del consentimiento sigue brillando por su ausencia.

Que las cosas hubieran de terminar así es algo que, en cierto modo, debimos poder anticipar desde un principio. J1, J2 y J3 ofrecen justificaciones de tipo *sustantivo*, y ya sabemos que para Beyleveld y Brownsword el consentimiento sólo ofrece una justificación de tipo *procedimental*. Por eso, lo que resta determinar es cuál sería la fórmula con la que podríamos caracterizar el papel del consentimiento. He aquí una alternativa concreta: de acuerdo a J4, “justificar” equivaldría a “demostrar en qué medida una acción φ , que atenta contra un determinado derecho D1 (o un estado de cosas incompatible con el ejercicio de ese derecho), cuenta con el consentimiento del titular de D1”. J4, como se notará, parece constituir una variante de J3 en la que no sería necesario explicar qué otros derechos, intereses o valores buscarían favorecerse. Justamente por este motivo se trataría de una justificación procedimental y no sustantiva. De cualquier manera, lo que no queda claro —y, hasta donde entiendo, Beyleveld y Brownsword no ofrecen demasiadas pistas al respecto— es a qué responde esta *falta de* necesidad explicativa. ¿Da lo mismo que *haya* a que *no haya* derechos, intereses o valores alternativos que favorecer? ¿Está el consentimiento en condiciones de desempeñar el mismo papel justificatorio en cualquiera de estos escenarios?

A mi entender, estas son las preguntas que una aproximación puramente procedimental al consentimiento deja sin respuestas. Si la hipótesis es que el consentimiento se desempeña igual de bien en cualquier contexto en el que se infringe un derecho individual, haya o no derechos, intereses o valores alternativos que favorecer (así sean de mayor o menor envergadura que el derecho vulnerado), entonces deberá admitirse que el consentimiento, después de todo, bien podría obedecer al mero capricho del agente. Pero el consen-

MATÍAS PARMIGIANI

timiento, como sabemos, es un dispositivo comunicativo de suma importancia, al que solemos recurrir cuando hay algo relevante en juego. Desde luego, existen numerosas situaciones en que las personas se comportan de manera irresponsable, dando a entender que consienten ciertos cursos de acción que en realidad rechazan, o sobre los cuales no se han tomado la molestia de recabar información suficiente. Cuando una persona se comporta de esta manera y, como producto de su decisión, sufre un perjuicio, no hay mucho que pueda hacerse para repararlo. Obrando irresponsablemente, ella parece haber asumido un riesgo del que no tiene mucho sentido que nos empeñemos en protegerla, acudiendo a cláusulas redhibitorias o a otros dispositivos del tipo. Aquí sí hay, como inteligentemente sugiere Barnett, verdaderas razones *procedimentales* para dejarla librada a su propia suerte: una sociedad en la que cualquier arreglo consensual pudiera deshacerse sólo porque una de las partes adujera no haber querido aceptar lo que en efecto ha aceptado se transformaría en una sociedad en la que nadie podría confiar en la palabra de nadie.⁵¹ No obstante, que haya razones procedimentales para confiar en el consentimiento ajeno como una fuente de justificación definitiva a la hora de implementar un curso de acción no dice absolutamente nada sobre lo que el consentimiento *podría llegar a* significar, no ya para quien emprende la acción, sino para quien la recibe, es decir: para el agente que consiente.

En nuestras sociedades liberales, el consentimiento desempeña un rol crucial, el cual sólo se explica por la magia moral que delecta. Ahora bien, si esta magia existe, ¿dónde hemos de buscarla? ¿Acaso lo haremos en aquellas instancias en las que los agentes que consienten lo hacen de manera caprichosa, arbitraria o irracional? Proceder de esta manera, a mi modo de ver, no sólo implicaría embarcarse en un desesperado intento por derivar conclusiones de los casos marginales. También implicaría invertir el orden de prioridades, al establecer como guía de análisis aquello que el consentimiento le *impide* hacer a quien consiente (como solicitar un resar-

⁵¹ Cfr. Barnett, R., "Contract is not Promise; Contract is Consent", *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, Georgetown University Law Center, núm. 11-29, 2011, pp. 12-14.

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

cimiento, digamos), en lugar de orientarse por todo aquello que *le permitiría o lo facultaría para hacer*. Que el enfoque de Beyleveld y Brownsword abraza esta guía es algo que se pone claramente de manifiesto en su texto, como de inmediato volveremos a corroborarlo al abordar la tesis B.⁵² Pero lo que importa empezar a advertir en este sitio es la naturaleza indisociablemente *personal* del consentimiento. Si hay algo que tienen en común los valores, intereses o derechos citados en cualquiera de las tres tipologías justificatorias analizadas (J1, J2 y J3) es que su importancia puede ser reconocida desde lo que podríamos denominar una perspectiva *impersonal o agencialmente neutral*, es decir: una perspectiva que, reconstruyéndola en la liza de autores como Rawls o Nagel, estaría disponible para cada agente con independencia de cuáles sean sus características identitarias, como sus gustos, deseos, preferencias, proyectos personales o concepciones particulares del bien. Sin embargo, a diferencia de aquellos valores impersonales, como la libertad de conciencia, ciertas formas de propiedad o cualquiera de los bienes que postula PGC,⁵³ la importancia del consentimiento sólo puede ser entrevista en su real dimensión por lo que este le aporta a cada persona en su propia situación *personal*, la cual puede tener características únicas e irrepetibles.

Por ende, a los efectos de advertir cuál es la diferencia entre la justificación sustantiva y la justificación procedimental presuntamente representada por el consentimiento, lo que resta determinar es si no podría ser que, a fin de cuentas, el universo de lo sustantivo fuera co-extensivo con el universo de lo que reviste valor impersonal. Supongamos entonces que adoptamos esta estipulación conceptual. Incluso en ese caso, ¿qué podría evitar que el valor que el propio agente le otorga a la acción o estado de cosas por él consentido sea, aunque sólo fuera desde su propia perspectiva, tanto o más importante que cualquier otra acción o estado de cosas de mayor valor *impersonal*? ¿Y no se trataría esta acción o estado de cosas de algo que poseería un auténtico valor *sustantivo* para el agente, aunque el mismo sólo pudiera apreciarse, una vez más, desde su propia pers-

⁵² Véase *infra*.

⁵³ Véase *supra*.

MATÍAS PARMIGIANI

pectiva personal? Si, dentro del universo de valores personales, los hay tanto *triviales* (i.e., comer un plato de ostras) como *no triviales* (i.e., estudiar una carrera profesional), ¿qué otra razón que no fuera una mera estipulación conceptual podría impedirnos aludir a estos últimos valores como poseedores de una importancia verdaderamente sustantiva para el agente?

Antes he intentado mostrar que la autonomía encierra dos dimensiones valorativas: una dimensión formativa o *impersonal*, en cuya definición intervienen una serie de derechos y libertades presuntamente *sustantivas* (Beyleveld y Brownsword reconocen esta dimensión basándose en la obra de Gewirth), y una dimensión *personal*, derivable de los proyectos particulares que cada uno decida abrazar o con los cuales alcance a identificarse. Puesto que estas dos dimensiones valorativas son —hasta donde entiendo— insustituibles, cualquier proyecto tendiente a ofrecer una justificación integral de nuestras acciones *heterorreferentes* habrá de tomar nota de las mismas.⁵⁴ En especial cuando se trata de definir qué está en juego a la hora de consentir, una manera de hacerlo consiste en asumir precisamente una doble perspectiva justificatoria: una perspectiva *impersonal*, que es la que debería asumir quien realiza la acción (llamémosle P) frente a quien será su destinatario (llamémosle Q); y una perspectiva *personal*, que es precisamente la que habrá de asumir Q al momento de evaluar qué le conviene hacer: esencialmente, si consentir o rechazar la acción propuesta.

Desde el punto de vista *impersonal*, las modalidades justificatorias disponibles para P son claras: mientras J1, J2 y J3 determinan qué derechos o valores de Q podrían verse favorecidos o desfavorecidos, J4 entraría en escena cuando al menos uno de estos derechos se vea afectado, aunque en ocasiones sea sumamente difícil precisar qué elementos (particularmente qué derechos) podrían estar en

⁵⁴ Entiendo por acciones *heterorreferentes* aquellas acciones que no son *autorreferentes*, esto es: aquellas acciones que generan repercusiones que exceden al propio agente que las practica, recayendo en la vida de terceros. Autores como C. S. Nino las llaman “intersubjetivas”, si bien la idea es la misma: nombrar a las acciones que son objeto del derecho y la moralidad *pública*, por oposición a las acciones que se desenvuelven en el ámbito de la moralidad *privada*.

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

juego.⁵⁵ Esta perspectiva justificatoria, según se apreciará, parece funcionar bastante bien en el terreno jurídico, al punto de que la perspectiva personal no sería allí estrictamente relevante. En efecto, si ella cumple alguna función, la misma estaría vinculada a la tarea de detallar los motivos que podrían inducir a alguien a dar su consentimiento, lo cual parece responder a un interés más de tipo *explicativo* que *justificatorio*. Sin embargo, en un enfoque como el de Beyleveld y Brownsword, el cual —según ya lo he dicho⁵⁶— aspira a una aplicación más general, ¿resulta esto admisible? ¿Podría un enfoque *general* del consentimiento prescindir de la perspectiva *personal* en el plano justificatorio?

A fin de advertir por qué la respuesta no puede ser sino negativa, ahora sí es el momento oportuno de traer a colación la tesis B postulada por Beyleveld y Brownsword, según la cual el consentimiento ofrece una justificación *in personam* o “agencialmente relativa”. A su juicio, esto significa que sólo Q, y nadie más que Q, está impedido de reclamar haber sufrido una afectación de sus derechos. Sin embargo, esta idea no sólo deja sin explicar el valor personal de consentir (es decir, aquello que nos impulsa o moviliza a hacerlo), sino que resulta profundamente refractaria a todo lo que la inmensa literatura filosófica en torno a las razones personales o agencialmente relativas ha venido a aportar en los últimos años.⁵⁷ En cualquier caso, lo que importa notar aquí es que la relevancia de que la justificación consensual sea *in personam* tiene que ver ni más ni menos con el valor de

⁵⁵ Véase *supra*.

⁵⁶ Véase *supra*.

⁵⁷ *Cfr.* Ridge, Michael, “Debate: Saving Scanlon: Contractualism and Agent-Relativity”, *The Journal of Political Philosophy*, vol. 9, núm. 4, 2001, pp. 472-481; Mack, Eric, “Equality, Benevolence and Responsiveness to Agent-Relative Value”, *Social Philosophy and Policy Foundation*, 2002, pp. 314-341; Schroeder, Mark, “Teleology, Agent-Relative Value, and «Good»”, *Ethics*, vol. 117, 2007, pp. 265-295; Buckland, Jamie, “Skorupski and Broome on the Agent-Neutral/Agent-Relative Distinction”, *Utilitas*, vol. 31, núm. 1, 2018, pp. 1-24. Por cierto, la lista de trabajos que han tratado esta cuestión es infinitamente más extensa, e incluye aportaciones de Parfit, Raz, Dancy, Darwall, Rawling, McNaughton, Sobel y muchos otros autores destacados. Aquí tan solo he citado aquellos trabajos que me han parecido más en sintonía con la discusión desarrollada en estas páginas.

MATÍAS PARMIGIANI

que sea el propio agente afectado quien preste su consentimiento, no pudiendo sustituirlo otro agente o autoridad moral.⁵⁸

Si ahora pasamos a definir la *relatividad agencial* de una razón como aquella propiedad que se hace presente cuando lo que está en juego es un valor *personal* o *idiosincrásico*,⁵⁹ no será difícil reconstruir las modalidades justificatorias que puede adoptar el punto de vista personal siguiendo los mismos lineamientos reflejados en J1, J2 y J3. Para comprobarlo, sólo me valdré de la primera modalidad justificatoria, aunque lo mismo podría funcionar apelando a las restantes. De este modo, así como, desde una perspectiva *impersonal* centrada en la noción de “derechos”, J1 requiere demostrar en qué medida una acción φ *no atenta contra* un estado de cosas compatible con el ejercicio de tales o cuales derechos sustantivos, desde una perspectiva *personal* ello sólo implicaría “demostrar en qué medida dicha acción *no afecta negativamente* un estado de cosas que su destinatario podría tener razones *personales* para valorar” (J1p). Pero si, como antes señalé, cualquier acción podría afectar negativamente un valor personal de este tipo, incluso una acción que fuera razonable según la modalidad justificatoria J1 podría no serlo según la modalidad justificatoria J1p, en la que el propio destinatario de la acción es la autoridad epistémica y práctica más capacitada para determinar lo que está en juego.⁶⁰

⁵⁸ Al respecto, véase una vez más Pereda, “Lógica del consentimiento”, pp. 101-102. Aludo a la posición de Pereda con algo más de detalle en la *nota al pie* núm. 26 (Cfr. *supra*).

⁵⁹ Aunque tiendo a coincidir con la definición de Buckland, para quien una razón agencialmente relativa se define como aquella que recomienda una acción cuyo objeto o fin no puede ser especificado sin hacer referencia al agente para el que este objeto o fin constituye una razón (*op. cit.*, pp. 20-21), aquí empleo una definición más elemental o genérica. Al respecto, véase Farrell, Martín D., “Autonomía y consecuencias”, en H. Hongju Koh y R. C. Slye (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 82-83.

⁶⁰ En *The Varieties of Goodness*, para explicar esta discrepancia que a menudo se produce entre nuestro intento de beneficiar a alguien y lo que realmente alcanzamos a hacer, von Wright distinguió entre el “objeto *factual* de la intención” y su “objeto *axiológico*”, que tiene que ver con el modo como el agente beneficiado valora su presunto beneficio. A los fines de beneficiar a alguien, von Wright parece dar por sentado que el agente benefactor debería guiarse por las valoraciones perso-

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

Jurídicamente, quizá esto no tenga ninguna implicación. Sólo para retomar el ejemplo con el que iniciara este trabajo, suponiendo que P le devuelva a Q el dinero que le adeuda en tiempo y forma, siendo que este habría preferido que no lo hiciera si hubiera estado al tanto de las dificultades económicas de su deudor, Q no tendría ningún fundamento para solicitar alguna forma de resarcimiento. No obstante, desde el punto de vista más amplio de la moralidad, las cosas no son tan simples. Así, hagamos de cuenta que entre P y Q existe cierto vínculo personal, como una relación de amistad en la que la preocupación y el cuidado por el otro constituyen expectativas normativas razonables, las cuales nacen del valor que cada uno de los integrantes de esta relación le adjudica al otro. Aunque la devolución del dinero por parte de P no lesione ningún derecho de Q, y, en este sentido, no respalde ninguna pretensión resarcible, tal vez sí resulte moralmente ofensiva, por no ser capaz de honrar el *valor personal* que para Q posee el bienestar económico de su amigo. Justamente para evitar este tipo de situaciones indeseables es que a veces el consentimiento se torna necesario. Como lo sugiriera en la sección anterior, el consentimiento suele ser el corolario natural de la incertidumbre epistémica que reina en determinados contextos decisorios.

Por cierto, también podría darse ni más ni menos que la contracara de este escenario. Imaginemos una relación personal muy estrecha, como cierto vínculo filial o conyugal. ¿Sería necesario que el hijo apele al consentimiento de su padre cada vez que, por ejemplo, desee utilizar la computadora, encender el televisor o simplemente abrir la puerta del patio para salir a jugar? ¿O sería necesario que uno de los cónyuges solicite el consentimiento del otro toda vez que sienta ganas de recostarse sobre el sillón del living-comedor o salir a tomar un poco de aire? Cada vínculo personal, desde luego, reúne sus propias expectativas normativas. Por eso, siempre será posible encontrar un tipo particular de relación en el que tales gestos se consideren apropiados. Sin embargo, es claro que hay vínculos filia-

nales del agente beneficiado y no sustituir estas valoraciones por las suyas propias (Cfr. von Wright, G. H., *The Varieties of Goodness*, Bristol, Thoemmes Press, 1996, pp. 126-128).

MATÍAS PARMIGIANI

les o conyugales en los que algunas apelaciones al consentimiento sonarán profundamente ofensivas para la otra parte, tal vez por dar a entender —entre otros motivos posibles— que la confianza que se creía ganada con el paso del tiempo no era lo suficientemente sólida como para tornar comprensibles ciertas licencias o libertades individuales. Así como reaccionar con un “¡Gracias!” a ciertos favores de cierta gente sonará inapropiado o inmerecido en algunas ocasiones, lo mismo puede suceder con la solicitud de un permiso cuando no hay elementos para pensar que cierto tipo de valores *personales* podrían estar en cuestión.

V. CONSENTIMIENTO, AUTONOMÍA PERSONAL Y (AUTO)RESPETO

Tal cual se viera a lo largo de este trabajo, Beyleveld y Brownsword tienden a pensar que las cosas funcionan de esta manera cuando *no hay derechos* involucrados. No obstante, la fenomenología de la praxis moral aquí analizada parece sugerir que el enfoque centrado en los derechos dista de ser suficiente para revelar todo lo que podría ser relevante tomar en cuenta a los efectos de procurar el consentimiento ajeno. Mientras un punto de vista *impersonal* o *agencialmente neutral* podría bastar en algunos ámbitos prácticos (como el ámbito jurídico y ciertos ámbitos éticos, digamos) para justificar nuestras acciones, en algunos otros sería recomendable la adopción de una perspectiva *personal* o *agencialmente relativa*. Sólo una perspectiva de este calibre puede mostrarnos —para emplear una iluminadora expresión de H. Frankfurt— la verdadera *importancia de lo que le preocupa* a una persona,⁶¹ justamente la destinataria de nuestras acciones.⁶²

⁶¹ Frankfurt, H., “La importancia de lo que nos preocupa”, en H. Frankfurt, *La importancia de lo que nos preocupa*, trad. de V. I. Weinstabl y S. M. de Hagen, Buenos Aires, Katz, 2006, pp. 119 y ss.

⁶² Evidentemente, hay algunos problemas a la hora de calificar estos puntos de vista. Aquí he optado por emplear los binomios ‘impersonal/personal’ y ‘agencialmente neutral/agencialmente relativo’, prescindiendo de los binomios ‘externo/interno’ y ‘objetivo/subjetivo’. La aparente ventaja de proceder en esta liza tiene que ver con la posibilidad de evitar el debate metaético entre cognitivistas y no cogni-

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

Desde luego, podría ser que lo que a los otros les preocupa no fuera en modo alguno importante para nosotros. Y es claro que po-
tivistas, así como entre realistas y no realistas. Sin embargo, esta opción termino-
lógica no puede ocultar el hecho de que la adopción de un punto de vista neutral o
impersonal en materia valorativa parece presuponer cierta forma de cognitivismo,
no necesariamente realista. Así, por ejemplo, quien reconoce la existencia de valo-
res impersonales o agencialmente neutrales —como el valor de la autonomía, sin ir
más lejos— parece aceptar la validez de un punto de vista *externo* u *objetivo* según
el cual aquellos juicios de la forma “X es valioso para P” puedan ser *verdaderos* aun-
que los juicios de la forma “P valora X” sean *falsos*. Hay autores como el propio von
Wright que niegan la plausibilidad de un punto de vista semejante, pues son de la
convicción de que la única forma en que un enunciado valorativo puede ser verda-
dero es si dicho enunciado se reduce a constatar o describir lo que de hecho valora
una persona (*op. cit.*, pp. 110-111). Por cierto, según von Wright, sólo son enuncia-
dos valorativos *strictu sensu* aquellos que formula el sujeto de la valoración desde
un punto de vista *interno*, no siendo estos enunciados susceptibles de verdad o falsed-
dad. Supóngase ahora que distinguimos entre dos clases de enunciados: por una
parte, el enunciado agencialmente neutral (1) “X es valioso para P”(AN) y el enun-
ciado agencialmente relativo (2) “X es valioso para P”(AR). Si uno de los rasgos dis-
tintivos de la neutralidad agencial de un punto de vista viene dado por la aceptación
de que (1) pueda ser *verdadero* aunque “P valora X” sea *falso*, una postura metaética
no cognitivista como la de von Wright resultaría claramente incompatible con un
punto de vista semejante. En cuanto a la relación entre los enunciados (2) y “P va-
lora X”, el no cognitivismo parece obligado a sostener que la verdad del primero de-
pende de la verdad del segundo. Sin embargo, no es claro que este mismo compro-
miso recaiga sobre el cognitivismo metaético. En principio, esta postura admitiría
que hay cosas que tienen un valor *relativo* con respecto a ciertas personas sin que
estas personas las valoren. Por ejemplo, el cognitivismo es perfectamente capaz de
admitir que un centro de entrenamientos tenga valor para un gimnasta sin que este
gimnasta sea siquiera consciente de su existencia. Sin embargo, lo que no tiene por
qué admitir es que el valor *relativo* de tales cosas, el cual sí depende en algún punto
de lo que ciertos sujetos valoren (i. e. hacer gimnasia), autorice medidas paternal-
istas tales como la imposición de estas cosas mediante amenazas de sanción, por
ejemplo. Además, aunque el cognitivismo admita la posibilidad de que (2) sea ver-
dadero mientras “P valora X” sea falso, esto no tiene por qué conducirlo a endilgarle
a dicha posibilidad un valor que no sea meramente marginal. En efecto, así como
para Mill la mejor prueba de que algo es deseable estriba en verificar qué desean
las personas —probablemente situadas en ciertas condiciones epistémicas, hemos
de agregar [*Cfr.* Mill, J. S., *Utilitarianism*, Nueva York, Prometheus Books, 1987, p.
50; para una defensa de este argumento, véase Rabossi, E., “J. S. Mill y la prueba del
principio de utilidad. Una defensa de Utilitarianism IV (3)”, *Análisis Filosófico*, vol.
7, núm. 1, 1987, pp. 1-12]—, un cognitivista podría sostener que la mejor prueba
de que algo posee valor relativo para una persona es que sea esa misma persona y

MATÍAS PARMIGIANI

dría concebirse una sociedad en la que nadie tomara parte o interés en las preocupaciones ajenas, o en la que sus integrantes fueran completamente indiferentes en relación a lo que para sus conciudadanos reviste importancia personal. Lo que no es seguro es que una sociedad así pudiera llegar a ser una sociedad deseable, o mínimamente habitable, según me atrevería a aventurar. En nuestras sociedades, solemos tomar parte activa en las vidas de quienes nos rodean, implicándonos directamente en sus proyectos personales, por ejemplo. Para eso, contamos con múltiples instituciones y dispositivos, más o menos formales, como los contratos, las promesas o los fideicomisos, entre muchos otros.⁶³ Todos estos dispositivos ofrecen importantes canales mediadores tanto para solicitar ayuda como para brindarla. Y todos ellos tienen en común la marca de la voluntariedad. Son, en otras palabras, dispositivos a los que acudimos voluntariamente cuando los recursos con los que contamos son insuficientes para plasmar en la práctica nuestros propios proyectos personales; o, por el contrario, cuando estos recursos son redundantes y sospechamos que ellos podrían rendir mayor utilidad en manos de otras personas. Pero a veces simplemente sucede que nos involucramos en la vida de alguien prescindiendo de estas mediaciones. En general, nos creemos autorizados a obrar así cuando ello supuestamente redundaría en un beneficio ajeno. O esto es lo que

no otra quien lo valore. En cualquier caso, lo importante aquí estriba en notar que la adopción de una perspectiva personal o agencialmente relativa, tal cual aquí la planteo, de ninguna manera implica comulgar con el subjetivismo o alguna otra clase de no cognitivismo. Tan sólo implica comulgar con una postura metaética para la cual los enunciados de la tipología (2) *tiendan a ser verdaderos* porque los individuos para quienes ciertas cosas son valiosas efectivamente las valoren. Y esto, a mi modo de ver, es perfectamente compatible con una postura metaética que admita la validez del punto de vista impersonal o agencialmente neutral sobre los valores.

⁶³ Escribe Martín Hevia: “Cuando la gente celebra contratos *coopera en proyectos particulares*, de manera que cada persona pone sus competencias a disposición de otros. Esta es una característica importante de la idea rawlsiana de “establecer y perseguir” una concepción de lo bueno. El hecho de que las personas puedan tener la conducta futura de otras a su disposición es otra forma de permitirles establecer sus propios objetivos” (“Razonabilidad y responsabilidad: Rawls, Kant y la Teoría del Derecho Contractual”, *Discusiones*, núm. 15, 2014, pp. 32 y 33).

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

tradicionalmente ha tendido a pensarse.⁶⁴ No obstante, lo cierto es que, procediendo en esta liza, también podemos alterar el campo de preocupaciones de una persona, sembrando una dosis de conflicto que posiblemente no habría existido sin nuestra intervención.

Como ya lo he sugerido antes, pretender que uno deba estar pendiente en todo momento de lo que podría afectar a quienes nos rodean y, en particular, a su estima o (auto)respeto, que sin dudas encuentran anclaje en las preocupaciones que les atañen, tornaría a nuestro universo en algo irrespirable. Por caso, cualquier empresa que emprendiéramos con mayor o menor éxito podría despertar la envidia ajena, y más o menos todos tenemos una noción del grado en que esta y otras emociones similares pueden dañar la estima o el (auto)respeto que las personas necesitan para vivir en paz consigo mismas y ejercitar esa dimensión de la autonomía que conduce a la realización personal.⁶⁵ Pero si esta posibilidad se tradujera en una suerte de recomendación moral para disuadirnos de perseguir lo que nos hace felices, el resultado sería manifiestamente absurdo: a fin de proteger la estima que muchas personas necesitan para ir en busca de sus ideales de autorrealización, se socavaría la posibilidad de que muchos de nosotros persigamos nuestros propios ideales. Con el objeto de evitar este desenlace, la única alternativa viable consistiría en determinar cómo proceder en aquellas circunstancias que *verdaderamente* conciernen a nuestros semejantes, por tenerlos como destinatarios *directos* de nuestras acciones.

Tan arduos son los problemas prácticos y filosóficos que genera la noción de “respeto”, que algunos filósofos han optado por minimizar su importancia. J. Thompson, por ejemplo, ha llegado a sugerir que el respeto que les debemos a los seres humanos “sólo implica... acordarles aquello a lo que tienen derecho”, y poco más que esto.⁶⁶ Aquí, sin embargo, quisiera tomar distancia de aproximaciones uni-

⁶⁴ Cfr. Parmigiani, *op. cit.*, p. 342. Además, véase Parmigiani, Matías, “El alcance justificatorio del consentimiento tácito. El problema de Locke y la lógica del beneficio”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 43, 2020, pp. 103-132.

⁶⁵ Véase *supra*.

⁶⁶ Thompson, Judith, *The Realm of Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, pp. 210 y 211.

MATÍAS PARMIGIANI

dimensionales al respeto como esta, por la misma razón por la cual en la *sec. III* he postulado una noción bidimensional de ‘autonomía’.⁶⁷ Hay algo que me parece indiscutible: respetar a una persona significa, como otrora supo verlo Kant, ni más ni menos que respetar su autonomía.⁶⁸ Pero este respeto puede significar cosas muy distintas, dependiendo de cuál sea la dimensión autonómica que aparezca comprometida. Con respecto a la primera dimensión, el respeto funcionaría más o menos como Thompson lo prevé: asegurándole a una persona la satisfacción de los derechos de los que sea titular. En este punto no hay demasiado para agregar, ya que, como hemos visto, son los propios Beyleveld y Brownsword quienes adoptan una postura similar, basándose en la teoría moral de A. Gewirth. Ahora, con respecto a la segunda dimensión autonómica, el respeto puede ser mucho más exigente. Veamos por qué.

Para terminar de comprender qué puede estar en juego, conviene tener presente la razón por la que aquí he empleado, no ya la noción de “respeto” a secas, sino la noción de “(auto)respeto”, que sin duda guarda una íntima vinculación con la primera. En su *Teo-*

⁶⁷ Véase *supra*.

⁶⁸ *Cfr.* Kant, Immanuel, *Groundwork of the Metaphysics of Morals (GMS)*, trad. de Mary Gregor, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, 4:436. La cuestión, desde luego, es mucho más compleja, pues Kant suele aplicar la palabra ‘respeto’ a múltiples objetos, comenzando por la *ley moral* (al respecto, véase en particular la nota al pie que aparece en *GMS*, 4:402). Pero hay al menos un sentido en el que se torna manifiesto que la palabra alude a la *autonomía*, y es cuando Kant contrasta el *precio* de los objetos con la *dignidad* de las personas (4:434-5), siendo precisamente la autonomía “el fundamento” de esta última (4:436). Un problema distinto, y del que aquí no puedo ocuparme, es el del significado de la autonomía kantiana, que suele definirse como la capacidad que posee toda criatura racional de dictar su propia legislación. Si bien es claro que este concepto no coincide con el concepto dual de ‘autonomía’ aquí defendido, es posible que haya varios puntos de contacto entre ellos (al respecto, véase Parmigiani, “Beneficencia, consentimiento y magia moral. ¿Una propuesta kantiana?”). Por otro lado, en el ámbito de la bioética, quienes también han sido muy explícitos a la hora de vincular el respeto con la autonomía siguiendo una línea kantiana son T. L. Beauchamp y J. F. Childress [*Cfr. Principles of Biomedical Ethics*, Nueva York, Oxford University Press, 1979, pp. 58-60; además, véase Therese Lysaught, M., “Respect: Or, How Respect for Persons Became Respect for Autonomy”, *Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 29, núm. 6, 2004, pp. 665-680].

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

ría de la justicia, Rawls alude a las “bases sociales del auto-respeto” como un bien primario con el que los individuos han de contar para progresar mínimamente como agentes morales. El auto-respeto, según Rawls lo concibe, es un bien similar a la auto-estima, la cual representa una condición psicológica esencial para que una persona sienta que vale la pena continuar con la vida que lleva y evite de este modo hundirse en la apatía y el cinismo.⁶⁹ Como sabemos, la auto-estima puede ser alta o baja, dependiendo de las características personales de cada uno. Por eso, el hecho de que alguien esté bajo de estima frecuentemente no tiene por qué involucrar la responsabilidad de nadie que no sea esa misma persona. Pero lo que Rawls busca destacar al aludir a sus “bases sociales”, empleando para eso la noción de “auto-respeto”, es que toda persona, por más confianza que tenga en sí misma, necesita contar con un entorno sociocultural que sea mínimamente favorable para la realización de sus proyectos. De lo contrario, tarde o temprano esa condición psicológica empezará a sufrir alguna suerte de menoscabo que podría impactar de lleno en su vida.

La segunda dimensión de la autonomía sin duda representa la faceta más *personal* o *idiosincrásica* de nuestra agencia. Ella se vincula a todo lo que necesitamos para perseguir nuestros proyectos personales o concepciones particulares del bien, e incluso también para permitirnos algunos gustos o placeres triviales. Entre los bienes o recursos que necesitamos, los hay de distintas clases: económicos y materiales, sin duda; pero también intelectuales y simbólicos. Sin ir más lejos, el respeto es justamente uno de los capitales simbólicos indispensables con los que hemos de contar a la hora de ejercitar nuestra autonomía e intentar auto-realizarnos. Por otro lado, entre los proyectos personales que pueden estar implicados en esta realización, también los hay de múltiples clases. Algunos son puramente egoístas, como seguir una vocación; pero hay otros realmente altruistas, como ayudar a otra persona a seguir su propia vocación o contribuir a una causa filantrópica. Por eso mismo, cuando se trata de respetar a alguien en lo relativo a su segunda dimensión autonó-

⁶⁹ Cfr. Rawls, *Theory of Justice*, # 29 y 67.

MATÍAS PARMIGIANI

mica, la mera satisfacción de sus derechos a menudo sólo tendrá un impacto indirecto y menor.⁷⁰

Probablemente teniendo en mente una dimensión autonómica similar, H. Frankfurt sostuvo que tratar con respeto a una persona significa “tratarla sobre la base exclusiva de los aspectos de su carácter o sus circunstancias específicas que son efectivamente *relevantes* para la situación en cuestión”.⁷¹ A mi modo de ver, la definición es su-

⁷⁰ Como recordará el lector, quien también aludió hace tiempo a la doble dimensión del respeto en un conocido artículo es S. Darwall (*cf.* “Two Kinds of Respect”, *Ethics*, vol. 88, núm. 1, octubre de 1977, pp. 36-49). En ese artículo, Darwall diferenció entre los conceptos de “*recognition respect*” (RR) y “*appraisal respect*” (AR). Por el primero entendió el trato que nos debemos los unos a los otros por el solo hecho de ser personas y estar dotadas de los mismos derechos. Por el segundo, en cambio, el trato diferencial que nos damos en virtud de poseer ciertas características distintivas que suscitan elogio o aprobación. Como podrá apreciarse, RR guardaría correspondencia con el respeto que aquí he vinculado a la primera dimensión de nuestra autonomía (R1). Sin embargo, entre AR y el respeto que aquí relaciono con la segunda dimensión autonómica (R2) no parece haber la misma clase de similitud. Aunque parecería que algunas actitudes compatibles con AR, como la admiración o el reconocimiento público, tienen el potencial de aumentar la estima personal de sus destinatarios, siendo por eso mismo favorables al ejercicio de su autonomía, R2, con todo lo exigente que puede ser en determinadas ocasiones, demanda bastante menos que esto. Para decirlo en pocas palabras, R2 tan solo demanda que *no asumamos* frente a nuestros semejantes cierto tipo de actitudes que podrían perjudicar el ejercicio de su autonomía, ya sea por vulnerar su autoestima, ya sea por ignorar alguno de sus valores o preocupaciones personales. A propósito de RR, Darwall escribe que “un hecho o característica constituye un objeto apropiado de respeto si una evaluación o consideración inapropiada de ese hecho o característica resultaría en una conducta moralmente equivocada” (*ibidem*, p. 40). La reflexión es curiosa debido a que parece situar a RR muy cerca de R2. En efecto, si yo, para respetar a alguien (R2), debo tomar en cuenta sus valores y preocupaciones *personales* al menos hasta cierto punto (Jp), tal vez el hecho de que no me tome la molestia de averiguar qué espera de mí cierta persona en determinada ocasión podría dar lugar a una falta de respeto en el sentido figurado por RR. Desde luego, puede que Darwall sólo esté vinculando RR con la evaluación *impersonal* o *agencialmente neutral* de ciertos hechos o características, si bien debe decirse que nada de esto surge claramente de su texto.

⁷¹ Frankfurt, H., “Igualdad y respeto”, en Frankfurt, H., *Necesidad, volición y amor*, trad. de Horacio Pons, Buenos Aires, Katz, 2007, p. 235 (la cursiva me pertenece).

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

mamente pertinente.⁷² La pregunta, de todas formas, es qué criterio de relevancia ha de guiarnos cuando emprendemos una acción que impacta en la vida de otro individuo. La intuición que me ha acom-

⁷² Para una crítica a esta definición y al enfoque general de Frankfurt sobre el respeto, véanse los siguientes trabajos de Joseph Raz: *Value, Respect and Attachment*, Cambridge, The Press Syndicate of the University of Cambridge, 2001, cap. 4; y “On Frankfurt’s Explanation of Respect for People”, en Buss, S. y Overton, L. (eds.), *Contours of Agency. Essays on Themes from Harry Frankfurt*, Cambridge, The MIT Press, 2002, pp. 229-315. Algunas de estas críticas han sido respondidas por el propio Frankfurt [cfr. Frankfurt, H., “Reply to Joseph Raz”, en Buss, S. y Overton, L. (eds.), *Contours of Agency. Essays on Themes from Harry Frankfurt*, Cambridge, The MIT Press, 2002, pp. 316-320]. Más allá de esto, hay una tesis que Raz desarrolla en estos escritos que bien merecería un análisis en este espacio, dado que su contenido puede parecer antagónico a mi enfoque. En resumidas cuentas, Raz sostiene que las razones para respetar a una persona, así como a sus gustos, bienes o puntos de vista, son razones *categorías*, en el sentido de que su *rigor* [*stringency*] no depende de lo que nosotros valoremos o sintamos hacia esa persona (cfr. Raz, *Value, Respect and Attachment*, p. 167). Para Raz, si hemos de respetar a una persona, no es necesario que valoremos lo que esa misma persona valora. Tan sólo es necesario que reconozcamos un valor en eso que la persona valora, lo cual seguramente nos dará un motivo para no destruirlo, aunque difícilmente para promoverlo o incentivarlo. Si Raz tiene razón, pues, el carácter personal o agencialmente relativo del respeto parecería desdibujarse un poco. Sin embargo, esta inferencia es errónea. Por supuesto que, a fin de respetar el gusto artístico de una persona, por caso, no es necesario que lo comparta. Pero si respetar este gusto implica asumir obligaciones tales como no destruir —o no prohibir la exhibición de— la obra artística por la que esa persona siente una predilección especial, antes de asumir dichas obligaciones uno debería poder reconocer la importancia de lo que allí está en juego, y esto supone la adopción de un punto de vista agencialmente relativo. En otras palabras, si P no tuviera predilección por X, yo tampoco tendría una razón categórica para comportarme frente a X de determinada manera (por ejemplo, no destruyéndolo). A lo mejor es moralmente incorrecto que yo destruya X, pero esta destrucción no será una falta de respeto hacia P. ¿Qué supone entonces la asunción de un punto de vista agencialmente relativo como el que está detrás de mi noción de respeto? Si nos tomamos el trabajo de diferenciar entre el *uso* de una expresión valorativa y su *mención*, o entre la adopción de una perspectiva externa y la adopción de una perspectiva participante con respecto al agente que valora cierto estado de cosas, habremos de decir que, para la instancia que ha de proporcionar el trato respetuoso, lo importante es que pueda *constatar* qué valora personalmente el destinatario de este trato, sin tener que compartir esta valoración. Como he intentado mostrar, es fundamentalmente cuando esta perspectiva no resulta accesible para el agente que la búsqueda del consentimiento se torna deseable.

MATÍAS PARMIGIANI

pañado a lo largo de este trabajo es que no tiene sentido buscar un criterio de relevancia universal o uniforme, justamente por la naturaleza idiosincrásica de las personas y por el carácter específico que revisten las circunstancias que las rodean. Además, porque las exigencias que plantea esta noción de respeto no siempre son cumplibles. Si nos situamos en el plano jurídico, por ejemplo, no hay dudas de que las exigencias tenderán a ser considerablemente menores que si nos situamos en lo que aquí he definido como el plano más amplio de la moralidad. De cualquier modo, así sea en uno u otro plano, el consentimiento podría cumplir una función muy importante: en un plano, develando qué derechos podrían estar involucrados en determinadas circunstancias; en el otro, permitiendo que sean los propios destinatarios de nuestras acciones quienes decidan en última instancia qué favorecería (o comprometería) sus concepciones particulares del bien.

VI. CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo he reflexionado sobre lo que Beyleveld y Brownsword llaman la “falacia de la necesidad”, que sería el razonamiento en el que incurriríamos al asumir que cualquier acción que recaerá sobre otra persona, a menos que cuente con su consentimiento, resultará moralmente injustificada. Aunque aquí no he negado el carácter falaz de este razonamiento, he presentado un enfoque alternativo sobre el poder justificatorio del consentimiento que concibe su necesidad como un asunto a ser evaluado *in situ* o contextualmente. Para ese fin, he destacado la relevancia de dos órdenes de consideraciones: por una parte, el relativo a las expectativas normativas que pudieran gobernar la relación entre dos agentes —a saber: el dador y el receptor del consentimiento; y, por otra parte, el vinculado a las razones *personales* o *agencialmente relativas* que podrían movilizar a los responsables de consentir, esas mismas razones que hacen al *ejercicio* de nuestra autonomía y dictaminan en última instancia qué debería contar como un trato respetuoso. De acuerdo con el argumento ensayado, son estos dos órdenes de consideraciones los que explican por qué la necesidad del consen-

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

timiento podría ser *mayor que* la entrevista por Beyleveld y Brownsword, aunque eso de ninguna manera conlleve adjudicarle un carácter *absoluto o universal*, como sí se desprendería en cambio de algunos planteamientos aquí omitidos.⁷³

En el desarrollo de esta páginas, además, he llegado a sugerir que el consentimiento representa un dispositivo justificatorio cuya magia moral se diluiría si no fuera por la íntima relación que guarda con ese inmenso universo de valores y preocupaciones que condicionan la realización personal. Cómo se las ingenia exactamente para hacer esto no es algo en lo que haya abundado en demasía, pero creo que no resulta difícil imaginarlo. En nuestras sociedades liberales, en las que la esfera privada ha adquirido un valor primordial, el consentimiento cumple la función que cumple precisamente porque nos permite interactuar con otras personas, ya sea para favorecer o proteger ese universo de valores personales, sin obligarnos a revelar aspectos de nuestra vida que no queremos dar a conocer. Por contraposición, en sociedades no liberales, o menos liberales que las nuestras, no es en modo alguno claro cuál sería la función del consentimiento. Por ejemplo, ¿qué sucedería en una sociedad cerrada, comunitarista o híper-tradicional, en la cual las interacciones individuales siempre debieran regirse por una norma estándar de bienestar, que no pudiera entrar en tensión con lo que esa misma sociedad haya fijado como “el único bien” o “el bien más perfecto”? En una sociedad así, probablemente la función del consentimiento se reduciría a su mínima expresión. Lo que no tengo claro es si esto sucedería en virtud del escaso o nulo reconocimiento que allí se le daría a lo que aquí he definido como la segunda dimensión de nuestra autonomía personal. Aunque mis sospechas apuntan en esa dirección, confirmarlas demandaría un examen que excedería con creces la dimensión de este trabajo.

⁷³ Cfr. Murray, M., *The Moral Wager. Evolution and Contract*, Dordrecht, Springer, 2007, pp. 147 y ss. En concreto, Murray defiende un principio moral que reza: “No trates a los otros sin su consentimiento” [*do not do unto others without their consent*], el cual parecería incurrir en la falacia de la necesidad denunciada por Beyleveld y Brownsword.

MATÍAS PARMIGIANI

VII. REFERENCIAS

- BARNETT, Randy, "The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent", *Virginia Law Review*, vol. 78, 1992.
- BARNETT, Randy, "Contract is not Promise; Contract is Consent", *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, núm. 11-29, 2011.
- BEAUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F., *Principles of Biomedical Ethics*, Nueva York, Oxford University Press, 1979.
- BEYLEVELD, D. y BROWNSWORD, R., *Consent in the Law*, Oregon, Hart Publishing, 2007.
- BRANDOM, Robert, *La articulación de las razones*, trad. de E. de Bustos y E. Pérez Sedeño, Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.
- BROWNSWORD, R., "The Cult of Consent: Fixation and Fallacy", *King's Law Journal*, vol. 15, núm. 2, 2004.
- BUCKLAND, Jamie, "Skorupski and Broome on the Agent-Neutral/ Agent-Relative Distinction", *Utilitas*, vol. 31, núm. 1, 2018.
- DANCY, Jonathan, *Moral Reasons*, Oxford y Cambridge, Blackwell, 1993.
- DANCY, Jonathan, "Should We Pass the Buck?", *Royal Institute of Philosophy Supplement*, vol. 47, septiembre de 2000.
- DARWALL, Stephen, "Two Kinds of Respect", *Ethics*, vol. 88, núm. 1, octubre de 1977.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Nueva York, Bloomsbury Academic, 1977.
- FARRELL, Martín D., "Autonomía y consecuencias", en HONGJU KOH, H. y SLYE, R. C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- FRANKFURT, Harry, "Reply to Joseph Raz", en Buss, S. y Overton, L. (eds.), *Contours of Agency. Essays on Themes from Harry Frankfurt*, Cambridge, The MIT Press, 2002.

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

- FRANKFURT, Harry, “La importancia de lo que nos preocupa”, en Frankfurt, H., *La importancia de lo que nos preocupa*, trad. de V. I. Weinstabl y S. M. de Hagen, Buenos Aires, Katz, 2006, pp. 119-138.
- FRANKFRUT, Harry, “Igualdad y respeto”, en Frankfurt, H., *Necesidad, volición y amor*, trad. de Horacio Pons, Buenos Aires, Katz, 2007.
- HABERMAS, Jürgen, *Acción comunicativa y razón sin trascendencia*, trad. de P. Fabra Abat, Buenos Aires, Paidós, 2003.
- HEVIA, Martín, “Razonabilidad y responsabilidad: Rawls, Kant y la Teoría del Derecho Contractual”, *Discusiones*, núm. 15, 2014.
- HOLMES, S. y Sunstein, C. R., *El costo de los derechos*, trad. de S. Mas-trangelo, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011.
- HURD, Heidi, “The Moral Magic of Consent”, *Legal Theory*, vol. 2, núm. 2, junio de 1996.
- KANT, Immanuel, *Groundwork of the Metaphysics of Morals (GMS)*, trad. Mary Gregor, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- KLEINIG, John, “The Nature of Consent”, en Miller, F. G. y Wertheimer, A. (eds.), *The Ethics of Consent. Theory and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- LYONS, David, “Utility and Rights”, en Lyons, D., *Welfare and Mill’s Moral Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- MACCORMICK, Neil, “Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho”, en MacCormick, N., *Derecho legal y socialdemocracia*, trad. de M. L. González Soler, Madrid, Tecnos, 1990.
- MACCORMICK, Neil, *Instituciones del derecho*, trad. de F. Atria y S. Tschorne, Buenos Aires, Marcial Pons, 2011.
- MCCONNELL, Terrance, “When Is Consent Required?”, en Müller, A. y Schaber, P. (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, Abingdon, Routledge, 2018, pp. 75-84.

MATÍAS PARMIGIANI

- MACK, Eric, "Equality, Benevolence and Responsiveness to Agent-Relative Value", *Social Philosophy and Policy Foundation*, 2002, pp. 314-341.
- MILL, J. S., *Utilitarianism*, Nueva York, Prometheus Books, 1987.
- MURRAY, Malcolm, *The Moral Wager. Evolution and Contract*, Dordrecht, Springer, 2007.
- NINO, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- NINO, C. S., *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- NINO, C. S., *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2007.
- O'NEILL, Onora, *Autonomy and Trust in Bioethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- PARMIGIANI, Matías, "Beneficencia, consentimiento y magia moral. ¿Una propuesta kantiana?", *Revista Portuguesa de Filosofía*, vol. 75, núm. 1, 2019.
- PARMIGIANI, Matías, "El alcance justificatorio del consentimiento tácito. El problema de Locke y la lógica del beneficio", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 43, 2020.
- PEREDA, Carlos, "Lógica del consentimiento", en Olivé, L. (comp.), *Ética y diversidad cultural*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- RABOSI, Eduardo, "J. S. Mill y la prueba del principio de utilidad. Una defensa de Utilitarianism IV (3)", *Análisis Filosófico*, vol. 7, núm. 1.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge (Massachusetts), The Belknap Press of Harvard University, 1971.
- RAWLS, John, "Kantian Constructivism in Moral Theory", en S. Freeman (ed.), *John Rawls. Collected Papers*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1999.
- RAZ, Joseph, *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

EL CONSENTIMIENTO Y LA FALACIA DE LA NECESIDAD...

- RAZ, Joseph, *Value, Respect and Attachment*, The Press Syndicate of the University of Cambridge, Cambridge, 2001.
- RAZ, Joseph, "On Frankfurt's Explanation of Respect for People", en BUSS, S. y OVERTON, L. (eds.), *Contours of Agency. Essays on Themes from Harry Frankfurt*, Cambridge, The MIT Press, 2002.
- RIDGE, Michael, "Debate: Saving Scanlon: Contractualism and Agent-Relativity", *The Journal of Political Philosophy*, vol. 9, núm. 4, 2001.
- RIPSTEIN, Arthur, *Force and Freedom. Kant's Legal and Political Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.
- SCANLON, T. M., *What We Owe to Each Other*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1998.
- SCHROEDER, Mark, "Teleology, Agent-Relative Value, and 'Good'", *Ethics*, vol. 117, 2007.
- SELLARS, Wilfrid, "El empirismo y la filosofía de lo mental", en W. Sellars, *Ciencia, percepción y realidad*, trad. V. Sánchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1971.
- SEN, Amartya, *Bienestar, justicia y mercado*, trad. de D. Salcedo, Barcelona, Paidós, 1998.
- SIMMONS, John, "Political Obligation and Consent", en MILLER F. G. y Wertheimer, A. (eds.), *The Ethics of Consent. Theory and Practice*, Oxford University Press, Oxford.
- STRATTON-LAKE, Philip, "Dancy on Buck-Passing", en BAKHURST, D. *et al.* (eds.), *Thinking about Reasons*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- THERESE LYSAUGHT, M., "Respect: Or, How Respect for Persons Became Respect for Autonomy", *Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 29, núm. 6, 2004.
- THOMPSON, Judith, *The Realm of Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 1990.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, "Educación liberal y democrática", en HOYOS VÁZQUEZ, G. (ed.), *Filosofía de la educación*, Madrid, Trotta, 2008.

MATÍAS PARMIGIANI

VON WRIGHT, G. H., *The Varieties of Goodness*, Bristol, Thoemmes Press, 1996.

WESTEN, P., *The Logic of Consent*, Ashgate, Aldershot, 2004.

WIGGINS, D., "Claims of Need", en WIGGINS, D., *Needs, Values, Truth*, 3a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1998.

LA ÉTICA DE ARISTÓTELES EN LA EVOLUCIÓN DE LA CULPA JURÍDICA. UNA REVISIÓN A PROPÓSITO DE LA PREVISIBILIDAD*

*ARISTOTLE'S ETHICS IN THE EVOLUTION OF THE LEGAL
NEGLIGENCE: A REVIEW ABOUT FORESEEABILITY*

Sonia INOSTROZA ADASME**

Resumen:

En el siglo IV a.C., Aristóteles aborda la diferencia entre *ἀμέρτημα* (negligencia) y *ἀδικημα* (dolo). En consecuencia, distingue entre los actos voluntarios e involuntarios para de esta manera llegar al razonamiento 200 años antes que los juristas romanos.

Si bien es cierto, no se puede afirmar una relación equivalente entre la culpa, tal como ésta fue concebida en el mundo griego, con el pensamiento del jurisconsulto romano, sí es posible encontrar particularmente en el tratamiento de los actos involuntarios la huella, el germen o esencia de la culpa estricta.¹

Palabras claves:

Aristóteles, culpa, negligencia, dolo, previsibilidad.

Abstract:

In the 4th century BC, Aristotle addressed the difference between ἀμέρτημα (negligence) and ἀδικημα (wrongdoing). Consequently, he distinguishes between voluntary and involuntary acts so as to arrive at such reasoning 200 years before Roman jurists did.

* Artículo recibido el 28 de diciembre de 2019 y aceptado para su publicación el 12 de mayo de 2020.

** Magister en derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Doctoranda en derecho, Universidad de los Andes, Chile. Contacto: sainostroza@miuandes.cl. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2437-4782>.

¹ Cristián Aedo Barrena, "Raíces griegas de la noción romana de culpa", *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Chile, 35, 2013, pp. 39-80.

SONIA INOSTROZA ADASME

Although it is true that it is not possible to affirm an equivalent relationship between negligence, as it was conceived in the Greek world, with the thought of Roman jurisconsultants, it is possible to find the trace, the germ or essence of strict negligence, particularly in the treatment of involuntary acts.

Keywords:

Aristotle, Fault, Negligence, Wrongdoing, Foreseeability.

LA ÉTICA DE ARISTÓTELES EN LA EVOLUCIÓN DE LA CULPA JURÍDICA...

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El concepto de culpa en Aristóteles.* III. *El germen de la culpa aristotélica en el derecho romano.* IV. *Tratamiento doctrinario de la previsibilidad en la culpa extracontractual durante la época medieval.* V. *Tratamiento en la época renacentista.* VI. *Codificación y sus antecedentes relativos a la previsibilidad.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

Tal como señala el profesor Joaquín García Huidobro en su tesis doctoral de derecho: “La ética a Nicómaco constituye una de las obras fundamentales de la tradición filosófico moral de Occidente, tanto por su importancia como porque está en la base de esta tradición, de algún modo la funda”²

Es así como establece el cimiento de un abanico de materias que hoy se expanden de forma trasversal en distintas ciencias. Por consiguiente, frente a esta afirmación no puede estar ausente en nuestra investigación.

La culpa en el concepto aristotélico se asimila en su estado prístino a una mancha moral y de esa manera la podemos advertir en *Ética a Nicómaco*, en donde *ἁμαρτία* (*hamartía*) se describe como una de las tres ofensas que un hombre puede inferir a otro. Así las cosas, *harmatía* es una ofensa cometida por ignorancia (cuando la persona afectada o el resultado no son lo que el agente suponía que eran), *verbigracia*: la *harmatía* de Edipo fue matar a su padre pues aunque sabía que estaba perpetrando un asesinato, ignoraba que el hombre era un rey y su padre...

Por otra parte, la noción de que la culpa presupone la previsibilidad del daño está también presente en el pensamiento del Estagirita, y por eso afirma que quien con tal resultado actúa “sin previa

² Joaquín García-Huidobro, *La recepción de la doctrina aristotélica de lo justo natural y lo justo legal en los comentaristas medievales de la Ética a Nicómaco*, Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2015.

SONIA INOSTROZA ADASME

deliberación”, esto es, sin prever las consecuencias de suyo previsibles, comete injusticia aunque él mismo no sea injusto y malo.

Para nuestros fines, lo interesante es observar la identificación de *ἁμαρτία* (hamartía) y *ἁμάρτημα* (hamártema)³ con la culpa romana que es aquel factor de atribución que acogerá las ideas centrales de este trabajo, analizando la evolución de este elemento desde el siglo IV a. C. hasta la codificación decimonónica.

II. EL CONCEPTO DE CULPA EN ARISTÓTELES

Ya antes de que apareciera el concepto en su significado jurídico, ligado a la interpretación jurisprudencial de la *lex Aquilia de damno* promulgada como plebiscito el año 286 a. C., los filósofos griegos habían reflexionado sobre el concepto de culpa, y a pesar de que abordan la cuestión desde un punto de vista ontológico y no jurídico, podemos afirmar que tales consideraciones fueron conocidas y tenidas en cuenta para el aprovechamiento de ellas en la construcción del delito de daño.⁴

Nuestro análisis partirá de Aristóteles, que en su *Ética a Nicómaco* describe y diferencia una serie de actos que, realizados por el hombre, pueden acarrear daño a otra persona, y dan lugar a que se practique la justicia correctiva, llamada también conmutativa o reparadora⁵, mediante la cual propendemos a restaurar una igualdad, ocasionalmente rota, en la relación que media entre dos personas, la del dañador y la de la víctima.⁶ Transcribiremos los pasajes que nos parecen más pertinentes.

(Los legisladores) castigan el mismo hecho de ignorar, si el delincuente parece responsable de la ignorancia; así a los embriagados se les impone

³ José Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía: José Ferrater Mora*, 1a. ed., Madrid, Alianza, 1990. *ἁμάρτημα*: negligencia en griego.

⁴ Enrique Barros Bourie, “La culpa en la responsabilidad civil”, *Ensayos jurídicos Universidad Alberto Hurtado*, Chile, 1, 2005, 6; Alejandro Guzmán, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Thomson Aranzadi, 2006.

⁵ Josef Pieper, *Las Virtudes Fundamentales*, 9a. ed., Madrid, Rialp, 2017, 144.

⁶ Aristoteles, *Ética a Nicómaco*, 2a. ed., Madrid, Tecnos., V., 1132 a. 7.

LA ÉTICA DE ARISTÓTELES EN LA EVOLUCIÓN DE LA CULPA JURÍDICA...

doble castigo, pues el origen está en ellos mismos, ya que eran dueños de no embriagarse, y la embriaguez fue causa de su ignorancia. Castigan también a los que ignoran ciertas materias legales que deben saberse y no son difíciles; y lo mismo en los casos en los que la ignorancia parece tener por causa la negligencia, porque estaba en su poder no ser ignorantes, ya que eran dueños de poner atención.⁷

Cuando el daño se produce de un modo imprevisible es un infortunio; cuando se produce no de un modo imprevisible, pero sí sin malicia, es un error (pues uno yerra cuando el origen de la culpa está en él, pero es puro infortunio cuando procede de fuera). Cuando uno actúa a sabiendas pero sin previa deliberación, se comete una injusticia.

... Cuando los hombres cometen estos daños y equivocaciones, obran injustamente y son injusticias, pero no por ello los autores son injustos y malos, porque el daño no tiene por causa la maldad; pero cuando actúan con intención, son injustos y malos.⁸

Diversas consideraciones podemos hacer a partir de los pasajes transcritos: ante todo, que el Estagirita⁹ distingue con precisión tres, o hasta cuatro clases de actos dañosos, en relación con la conciencia que de ellos tenía el autor:

a) Aquellos cometidos por causa de ignorancia y en lo que el autor no podía prever el resultado (ATIXEMA). Tales son los que en la posterior doctrina romana de la responsabilidad, pueden asimilarse al caso fortuito o al *periculum*.

b) Aquellos cometidos en virtud de la ignorancia del autor, pero cuyo resultado dañoso podía razonablemente ser previsto (HAMARTÍA o HAMÁRTEMA): ellos son los que más propiamente se pueden asimilar al concepto jurídico de culpa o negligencia.

c) Aquellos que el actor, realiza con conocimiento del daño que causa o puede causar, pero cuyo proceder aparece obnubilado por un impulso pasional (ADIKEMA).¹⁰

⁷ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, III., 1113 b. 29.

⁸ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, III., 1135 b. 20.

⁹ José Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, Madrid, Alianza, 1990.

¹⁰ Al respecto véase Bernhard Kluber, citado por Cristián Aedo Barrena, *La culpa aquiliana*, Thomson Reuters, 2018, pp. 23 y ss.

SONIA INOSTROZA ADASME

d) Por último, los actos conscientes y deliberadamente perversos (MOCHEOS).

Una segunda consideración, particularmente extraída del último de los párrafos transcritos: Aristóteles distingue claramente, entre los actos que causan daño, aquellos que merecen un reproche moral frente a los que solo son reprochables desde un punto de vista jurídico, ya que “hay autores que obran injustamente, pero no por ello son injustos y malos”, al paso que cuando actúan con intención, “son injustos y malos”.

Hemos indicado que el concepto aristotélico de *hamartía* es el que mejor se puede asimilar a la idea técnica de culpa, pero conviene no perder de vista que, desde un punto de vista filosófico, enriquecido modernamente por las investigaciones del psicoanálisis, puede llegarse a conclusiones más específicas. Varios autores han tratado la culpa a través de ese prisma, y en general, tienden a extender el concepto no exclusivamente a la negligencia sino que comprenden también el dolo dentro de la denominación: en verdad, el término *hamartía*, identificado preferentemente con negligencia, toma en un sentido más coloquial el significado de cualquier acto reprobable cometido voluntariamente, de manera que comprende también el concepto de ADIKIA o ADIKEMA: así se explica, por ejemplo, la inclusión de este último término en Inst.4,4,pr.¹¹

1. *Culpa normal y culpa mórbida*

Este concepto omnicomprendivo de culpa nos conduce al análisis desarrollado, desde distintos ángulos, por Ricoeur y Lacroix: expresado el primero a través de los símbolos del psicoanálisis, describe la culpa como una mancha recibida por el hombre desde afuera, y que compromete su libertad, condición necesaria de su propia caída. Entiende la libertad de una manera única, indivisible, total, tal como la entendían los antiguos, para quienes la libertad es la condición negativa de no ser esclavo —ya sea de un amo externo o de sus pro-

¹¹ Castresana, Amelia, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, Universidad de Salamanca, 2001, pp. 59 y ss.

LA ÉTICA DE ARISTÓTELES EN LA EVOLUCIÓN DE LA CULPA JURÍDICA...

pías carencias morales internas. No hay para ellos “libertades” sino sólo una, que es el control que el hombre tiene sobre sus propios actos y pasiones.¹² La culpa, la mancha de la que el hombre ha de ocuparse a fin de limpiarla, tiene dos expresiones posibles, que Lacroix denomina respectivamente “culpa mórbida” y “culpa normal” y que dicho autor relaciona a dos sentimientos del hombre: la primera, al remordimiento; la segunda, al arrepentimiento.¹³

No podemos dejar de representar dos ejemplos, históricos o mitológicos, de estas dos especies de culpa: la primera de ellas es Edipo, personificado en la célebre tragedia de Esquilo. Su nombre (“Pie hinchado”) ya revela la mancha que ata su libertad, y que es la vanidad: movido por ella adelanta, en el camino, el carro que conducía su padre y que, por cuanto le impedía un paso expedito, desata la ira provocadora del crimen que a la postre resulta ser un parricidio preterintencional. Edipo vive atormentado, y cuando la esfinge le propone una adivinanza salvadora, él le contesta a medias, pues aunque da por respuesta “el hombre”, la pregunta de la esfinge aludía a un hombre cojo, de manera que la respuesta plenamente correcta habría sido “yo mismo”. Siendo incompleta la respuesta, Edipo no supera las consecuencias de la culpa, y cuando al fin cae en cuenta de la magnitud de su crimen, es ya tarde para la confesión, se hunde en la desesperanza y se arranca los ojos como castigo por “no haber sabido ver” su culpa. Edipo no es víctima del inexorable destino decretado por los dioses (ATE)¹⁴, sino de su culpa primigenia, que es la vanidad, de la que nunca supo librarse.

En contraste con este ejemplo de culpa mórbida, está el caso de David, rey de Israel, narrado en Samuel, 2,12. David, después de haber incurrido en adulterio con la mujer del jeteo Urías, y a fin de evitar la muerte de su amante, dispone que Urías afronte un peligro mortal en el que efectivamente perece.

¹² Ricoeur, Paul, *El conflicto de las interpretaciones*, trad. de Alejandría Falcón, FCE, 2008. Véase, especialmente, su estudio sobre la simbólica del mal, pp. 245 y ss.

¹³ Lacroix, Jean, *Filosofía de la culpabilidad*, trad. de A. Martínez, Revista Barcelona, 1977, pp. 20-22.

¹⁴ Dodds, Eric, *Los griegos y lo irracional*, trad. de María Arango, Madrid, Alianza Editorial, 1951, pp. 19 y ss.

SONIA INOSTROZA ADASME

El profeta Natán relata a David una parábola intencionada, donde un hombre rico se apodera de la única oveja que tenía un pobre y a la que amaba como a una hija: la mata para aderezarla y ofrecerla en banquete a sus amigos. David, encolerizado, exclama que ese richachón es reo de muerte, a lo que Natán replica: “tú eres ese hombre”. David así reconoce su culpa, hace penitencia durante una semana y vuelve a ser gobernante justo y hombre virtuoso. Así la culpa, que ya-cía oculta en su inconsciente, sale a la luz, la reconoce y confiesa, gracias a lo cual sobreviene el arrepentimiento y el espíritu convalece.

Aunque el resultado es diverso, ambos paradigmas, el de Edipo y el de David, muestran una misma realidad, cual es el fundamento relacional que tiene el sentimiento de la culpa. Este sentimiento se expresa en un plano que, en sentido amplio, podemos llamar social, porque se concreta y exterioriza inevitablemente, bien en la relación del hombre con Dios, bien en las relaciones humanas intersubjetivas. La mancha que simboliza la culpa proviene de una falta que incide sobre esas relaciones, sea frente a Dios, respecto de quien nos une un deber de amor filial (*pietas*) o frente a otro ser humano como nosotros, hacia quien por razón de humanidad y por nuestra propia condición de persona, esencialmente gregaria, nos sentimos unidos en una relación de proximidad (“prójimo”) que nos impone moralmente, el deber de amor “entre iguales” (*dilectio* o *diligentia*).¹⁵ Por eso el descuido en nuestras relaciones sociales, sobre todo cuando presumiblemente puede tener como resultado una consecuencia dañosa para el prójimo, constituye en sí una falta de amor (*negligentia*) que también se radica en nosotros como una mancha, necesitada de confesión y reparación para nuestra definitiva salud. Según ya hemos observado, Aristóteles se refiere a la negligencia al describir uno de los casos típicos de *hamartía*.

Conviene advertir, sin embargo, que Aristóteles menciona la negligencia a propósito de los que “ignoran ciertas materias legales” y aunque estimamos que las palabras del filósofo pueden por igual referirse a las leyes de la *polis* tanto como a las que los dioses imponen a los hombres al resguardo del amor (*agape*), la cuestión desde ya

¹⁵ Al respecto Lacroix, *Filosofía de la culpabilidad*, pp. 76-81.

LA ÉTICA DE ARISTÓTELES EN LA EVOLUCIÓN DE LA CULPA JURÍDICA...

nos plantea el problema de las relaciones entre culpa moral y culpa jurídica.¹⁶

No podemos dudar sobre que existen claras diferencias entre ambos géneros de culpa, ya que la culpa jurídica está dirigida a mantener un orden de convivencia social, y más concretamente en el caso de la culpa aquiliana, a retribuir un daño que hemos ocasionado a veces ni siquiera queriéndolo, sino por causa de una ignorancia o imprevisibilidad que revela, si no aversión al prójimo, la ausencia de un amor operativo. Pero tal negligencia es juzgada “socialmente”, esto es no en relación a nuestro propio ejercicio de amor (*diligentia*) sino en comparación a lo que es normal en la conducta de nuestros semejantes.

Por eso para el juez, su misión en tal supuesto está en concordancia con la restauración de la igualdad entre el autor del daño y la víctima, lo cual, como acabamos de decir, incide en el propósito jurídico de mantener el orden social, y no propiamente en el castigo del culpable. La integridad moral de las personas que participan como protagonistas en el litigio no constituye asunto para el juez, ya que el propósito del reproche jurídico no es corregir al culpable, sino restaurar la igualdad: “no importa que un hombre bueno haya despojado a un hombre malo o al revés, o que un hombre bueno o malo hayan cometido adulterio: el derecho trata a ambas partes como iguales, al que comete la injusticia y al que la sufre; al que perjudica y al perjudicado”.¹⁷

Sin embargo, ambos géneros de culpa suponen en su ejecutor una determinada conducta que consiste en no hacer lo que es debido respecto de los otros.¹⁸ En este sentido, lo que pretende el derecho es el establecimiento de una sanción reparadora destinada a remediar el daño ocasionado por actos provenientes de persona moralmente responsable: por eso el delito de daño no afecta a los que al menos en teoría, carecen de responsabilidad moral, tales como los infantes y los dementes. Sin embargo, la moralidad de dichos actos no la puede conocer el derecho, por cuanto el juez es incapaz de penetrar

¹⁶ Lacroix, *Filosofía de la culpabilidad*, pp. 93-98, 205-108, 122 y ss.

¹⁷ Aristoteles, *Ética a Nicómaco*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, V, 1132 a., pp. 3-7.

¹⁸ Lacroix, *Filosofía de la culpabilidad*, pp. 116-118.

SONIA INOSTROZA ADASME

en la conciencia, y por eso se atiende a lo que ordinariamente, en el actuar de “un buen padre de familia” se puede tener como ajustado al orden moral. Así la diligencia, tal como la entienden tanto Aristóteles como nuestra propia legislación, es un modelo de conducta que no está referida a nuestra propia capacidad de amar al prójimo, sino al modelo tan caro a los antiguos que es “el buen padre”.¹⁹

III. EL GERMEN DE LA CULPA ARISTOTÉLICA EN EL DERECHO ROMANO

El tratamiento de la culpa, conformado según el modelo aristotélico, va a proporcionar dos interesantes puntos de vista a la jurisprudencia romana:

Ante todo, que la culpa admite ciertas graduaciones. El Estagirita lo insinúa, conforme a un texto más arriba transcrito, en el sentido de que no es igual la culpa de quien actúa obnubilado por una pasión, caso de la *adikema*, frente a los que actúan por ignorancia, pero pudiendo prevenir el resultado, caso de la *hamartía*.

Además, el filósofo apunta claramente al requisito de la previsibilidad, ya que cuando el autor, obrando con ignorancia, no pudo prever el resultado, la culpa queda excluida y el hecho simplemente se refiere a un caso fortuito.

1. La graduación de la culpa

La graduación de la culpa fue progresivamente acogida entre los juristas romanos en un comienzo a propósito de las “acciones de lealtad recíproca” (*bonae fidei*), a través de las cuales y en concepto jurisprudencial, el obligado no solo responde por el dolo (como cuando se trata de un delito), sino que está sujeto a un canon más estricto, en cuanto se le exige observar en lo referente al cumplimiento de sus obligaciones, una conducta acorde con lo que entre personas responsables, es propia del “amor fraterno” o “*diligentia*”.²⁰

¹⁹ Enrique Barros Bourie, “La responsabilidad civil como derecho privado”, *Estudios Públicos*, núm. 112, 2008, p. 312.

²⁰ D’Ors, *Derecho Privado Romano*, 3a ed., Pamplona, EUNSA, 1977, pp. 501 y ss.

LA ÉTICA DE ARISTÓTELES EN LA EVOLUCIÓN DE LA CULPA JURÍDICA...

La jurisprudencia clásica no ahondó más en este terreno, pero los textos postclásicos distinguieron, conforme a la *utilitas contrahentium*, aquellos casos en que la utilidad es solo para el acreedor, y que acarrear para éste responsabilidad exclusivamente en el supuesto de “culpa grave”; si la utilidad es para ambas partes, se mantiene el principio originario de la *diligentia* o “culpa leve”, e inclusive si la utilidad es solo para el deudor, como sucede por ejemplo en el comodato, los bizantinos transformaron la idea clásica de “custodia” en lo que llamaron “culpa levísima” o “*exactissima diligentia*”.²¹

2. La previsibilidad del daño

Pero el punto más interesante para la orientación de nuestro trabajo, desarrollado sobre los aspectos que sugieren, en materia de culpa las relaciones entre moral y derecho, está en la cuestión de la previsibilidad,²² materia en la que, a partir del ya expuesto criterio de Aristóteles, desarrolla la jurisprudencia romana desde los comienzos de la época clásica.

Hemos de apuntar que este problema fue abordado por los juristas tanto a propósito de la *actio legis aquiliae* y acciones honorarias complementarias como en relación con los contratos. Respecto de estos, sin embargo, el estudio jurisprudencial se dirige a las consecuencias del incumplimiento doloso, por cuanto los perjuicios previsibles sobrevinientes en tales circunstancias, vienen a incrementar el monto de la indemnización por daño emergente o lucro cesante.²³ Así pues, y en la medida que nuestro estudio se dirige no exactamente al dolo, sino a la culpa propiamente tal, heredera del con-

²¹ Véase al respecto: Coll 10.2.1 y D. 9.2.44 (itp). También D. 13.6.5.2, 16.3.2, 19.2.31, todos reelaborados.

²² Para “La ética de Aristóteles en la evolución de la culpa jurídica una revisión a propósito de la previsibilidad”, remitimos a nuestro trabajo Sonia Inostroza Adamsme, “La previsibilidad en la culpa Aquiliana: ¿evolución o involución? Una revisión doctrinaria y jurisprudencial”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, volumen 27, 2020, en prensa.

²³ Guzmán, Alejandro, *Derecho privado romano*, 2a. ed., Santiago de Chile, Legal Publishing, pp. 107 y ss.

SONIA INOSTROZA ADASME

cepto artístotélico de hamartía, la previsibilidad romana debe ser analizada en el ámbito del daño aquiliano.

Quinto M. Scevola,²⁴ hacia el año 100 a. C. asimilaba el concepto aquiliano de injuria a la culpa mejor que al dolo, y entendía por ésta precisamente el hecho de que el autor del delito no ha empleado aquella capacidad de las facultades mentales que le habrían permitido prever un daño realmente previsible, lo mismo que si, aun habiéndose previsto el resultado, no ha desplegado el autor toda la actividad que habría sido necesario desarrollar a fin de evitar la aparición del daño. Realmente —al menos respecto de los elementos de conocimiento que nos entregan las fuentes— parece haber sido Quinto Mucio el descubridor del requisito de la previsibilidad, y tratarlo como si fuera un componente imprescindible de la culpa: es lícito pensar que todos los autores posteriores la toman en cuenta a pesar de que no siempre la mencionan, ya que de ninguna manera aparece después discutido o negado ese requisito.

La idea del jurista surge a propósito del siguiente hecho que le fue consultado y que posteriormente quedó plasmado en el Digesto: D.9, 2, 31. (Paul. 10 Sab.):

Si un podador, al tirar una rama de un árbol... mató a un esclavo transeúnte, queda obligado, si la cosa cae en lugar público... Pero también dijo Mucio que, aunque hubiera ocurrido lo mismo en lugar privado, puede demandarse por culpa: pues es culpa lo que pudiendo haber sido previsto por persona diligente no lo fue, o se avisó en un momento en que no podía evitarse el peligro. Según este razonamiento, poco importa que se caminara por lugar público o privado ya que muy frecuentemente se suele pasar por terrenos privados. Pero si no hubiese camino, debe responder tan solo del dolo para que no arroje contra aquel que viere transeúnte, pues no ha de exigírsele culpa cuando no hubiese podido conjeturar si había de transitar alguien por aquel lugar.

El caso que expone Quinto se pronuncia con terminante claridad: el podador ha incurrido en culpa porque debió prever que trabajando en un lugar por donde el tránsito era frecuente, podía llegar a

²⁴ D. 9. 2. 31, Paulo 10 Sab... dijo Mucio que... es culpa lo que pudiendo haber sido previsto por persona diligente, no lo fue...

LA ÉTICA DE ARISTÓTELES EN LA EVOLUCIÓN DE LA CULPA JURÍDICA...

suceder lo que efectivamente ocurrió, y da lo mismo que el camino sea público o privado, pues igualmente en uno y en otro se puede prever —conjeturar— el paso de personas. Y a propósito de esta reflexión, propone un concepto de culpa que, como decimos, será tenido por exacto a través de toda la obra jurisprudencial clásica: “es culpa lo que pudiendo haber sido previsto por persona diligente no lo fue, ... pues no ha de exigírsele culpa cuando no hubiese podido conjeturar el peligro”. Podemos observar además cómo, en concepto de Mucio, la previsibilidad, en cuanto tiene calidad de elemento configurador de la culpa, exige el mismo criterio de objetividad y abstracción que ésta, pues se refiere a aquello que pudiendo ser previsto por persona diligente no lo fue.

Gayo,²⁵ doscientos cincuenta años después de Quinto Mucio, abunda en el mismo sentido conceptual: un mulero conducía una mula, pero por su debilidad, fue incapaz de retener el ímpetu de la bestia y a consecuencia de ello resultó atropellado un esclavo. Gayo hace al mulero responsable de daño aquiliano, desde el momento que “*nadie debe asumir un trabajo en el que sabe o debe saber que su debilidad ha de ser peligrosa a otros*”.

Paulo por fin, el último de los juristas clásicos junto con Ulpiano, insiste en la idea, y hace responsable por la acción de la Lex Aquilia al que cavó hoyos en un camino a fin de cazar osos y ciervos, y en ellos cayó algo ajeno que se deterioró, pero si las trampas se hicieron en otros lugares donde suelen hacerse, no queda obligado, pues no habría sabido o podido prever la ocurrencia del daño.²⁶

IV. TRATAMIENTO DOCTRINARIO DE LA PREVISIBILIDAD EN LA CULPA EXTRA CONTRACTUAL DURANTE LA ÉPOCA MEDIEVAL

El esquema romano de la previsibilidad, asociado íntimamente a la culpa en el ámbito de la responsabilidad aquiliana, va a mostrar

²⁵ D. 9,2,8, Gai, 7 ed. prov. Uno que por debilidad no pudo retener el ímpetu de las mulas, las que terminaron atropellando a un esclavo ajeno: quien sabe o debe saber que su debilidad puede ser peligrosa para otro, no debe asumir semejante trabajo.

²⁶ D. 9,2, 28, Paulo 10 Sab.

SONIA INOSTROZA ADASME

cierto giro conforme se manifiesta en las nociones morales y la literatura jurídica a que dará comienzo, por una parte, el descubrimiento irneriano de las fuentes cultas contenidas en el *Corpus Iuris*, y por otra, la gran influencia que en toda la vida intelectual y social de la baja Edad Media proyectará la Iglesia Católica,²⁷ tanto a través de la doctrina de los teólogos como por el auge de los principios manifestado en el pujante esfuerzo creador de los canonistas.²⁸

Nos permitimos recordar el bien conocido esquema de las fuentes de las obligaciones que propone Gayo en sus Instituciones 3.88, donde clasifica las que “nacen de contraerse” frente a las que “nacen de delinquir”: él mismo seguidamente descalifica ese esquema cuando se niega a incluir la obligación de devolver lo que se ha solucionado indebidamente, entre las obligaciones que “se contraen por la propiedad” (*re*).²⁹ Por eso más tarde, en las *Res Cottidianae*, obra atribuida al mismo Gayo, aparece un tercer grupo de fuentes, dedicado a las obligaciones que nacen de “otras figuras causales”, entre las que más tarde Justiniano distinguió “las que son como contratos” frente a “las que son como delitos”. La culpa aquiliana y sus derivados fueron incluidos entre los delitos, pese a que la falta de necesidad de dolo debería haberlas llevado más bien a integrar el género de los “cuasidelitos”.³⁰ tal vez dicha incongruencia llevó, a las correspondientes acciones de daño, desde un tratamiento claramente delictual durante la época prejustiniana, a una consideración más alejada de estos principios en la doctrina medieval de glosadores, postglosadores,³¹ e inclusive en las Partidas.

²⁷ Corral Talciani, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile Santiago, 2003, p. 83 ss.

²⁸ Wesenberg, G. y Wesener, G., *Historia del Derecho Privado Moderno*, trad. de José Luis de los Mozos Toyúa, Valladolid, Lex Nova, 1998.

²⁹ Gai. 3.89

³⁰ Samper, Francisco, *Derecho romano*, 3a. ed., Santiago de Chile, Universidad Católica de Chile, 2013, p. 343.

³¹ Koteich, Milagros, *Responsabilidad contractual y aquiliana. Revisión de una distinción tradicional con base en la culpa y su graduación*, Tratado de Responsabilidad Civil 1, 2003, 5. Atinadamente señala esta autora que los glosadores, basados en la doctrina de santo Tomás de Aquino, consideraron inocua la acumulación de pena y daño.

LA ÉTICA DE ARISTÓTELES EN LA EVOLUCIÓN DE LA CULPA JURÍDICA...

Hemos de recordar que la *actio leges Aquiliae* clásica, a excepción de su cumulatividad con una acción reipersecutoria, reúne todas las características de las acciones delictuales, cuales son la de la intransmisibilidad pasiva, la cumulatividad si los autores del daño son varios, y la noxalidad, cuando el delincuente es persona dependiente o esclavo. Estos mismos principios, desarrollados por los maestros medievales, según hemos visto, pasan al Derecho castellano y se plasman en las Partidas,³² de donde son tomados a través de una rica vía doctrinaria en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

El problema de la previsibilidad no estará presente de manera explícita en estos nuevos planteamientos, pero tampoco será rechazado, y nada impide deducir que, tal como sucedía en el Derecho culto del Digesto y hasta en las concepciones romanovulgares, la cuestión seguía presente a través de la noción común de su estrecha relación con la culpa. Pero sin duda es este último concepto, el de la culpa, tan ligado a las exigencias morales de la sociedad medieval, que pasará a ocupar el primer plano del quehacer intelectual de los juristas. La idea central proviene de un conocido principio retomado y claramente expuesto por santo Tomás de Aquino apoyado este pensador en el ya conocido texto romano expresado en un pasaje de Ulpiano y en *Instituta* de Justiniano,³³ y que presenta los tres axiomas básicos de lo que podríamos llamar la moral jurídica: "*Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*" (Vivir honestamente, no dañar al prójimo, atribuir a cada uno lo suyo). Incide santo Tomás en el segundo de ellos, para recalcar que todo daño injusto ha de ser reparado, ya que "el hombre está obligado a la restitución de aquello en que causó un perjuicio a otro".³⁴

La doctrina medieval encontrará su desarrollo a través de la obra de los glosadores —siglos XII y XIII— y de los comentaristas o "bartolistas" —siglos XIV y XV. Por influencia canónica, el punto de vista para la configuración del que hoy llamamos cuasidelito de daño se

³² Partidas 7.15.2, 7.15.15

³³ D. 1,10, pr, Inst. 1,1,3.

³⁴ Tomás de Aquino, *Suma teológica. Edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España*, Madrid, BAC 5, 2001, pp. 725-731. II-II, q. 62, p. 519.

SONIA INOSTROZA ADASME

irá perfilando cada vez más firmemente sobre la idea de que la obligación de reparar no proviene tanto del daño inferido, sino del indebido actuar del responsable, o, dicho de otra manera, el elemento de la culpa se sobrepone en importancia al de la lesión, y sobre el hecho recae el deber de restituir aquello en cuanto perjudicó a otro, por cuanto es mediante la culpa que el hombre se separa de su propia razón de ser; de manera que la posibilidad de ser culpable es el mayor peligro para la existencia del hombre.³⁵

V. TRATAMIENTO EN LA ÉPOCA RENACENTISTA

A partir de las ya expresadas bases, la doctrina renacentista, impulsada por los cultivadores del llamado “*mos gallicus*”³⁶ y por los creadores de la escuela racionalista del Derecho Natural, entre los que sobresale especialmente el internacionalista holandés Hugo Grocio, exaltarán los rasgos éticos de aquellas obligaciones que provienen del daño, ya que la reparación que culpablemente se causa a otro, es un deber moral que por imperativo de la razón se transmite al campo jurídico como obligación de derecho natural. La doctrina de Grocio así será decisiva en el desarrollo de la configuración posterior del cuasidelito de daño. En su obra capital *De Iure Belli ac Pacis* enuncia la siguiente regla: “*Llamamos maleficio a toda culpa, provenga de hacer o de no hacer, contraria a aquello que los hombres deben hacer ordinariamente o por razón de cualidad cierta*”.³⁷ La obra de Grocio tendrá decisiva influencia en el pensamiento de Dumoulin que aborda de lleno el problema de la previsibilidad.

VI. CODIFICACIÓN Y SUS ANTECEDENTES RELATIVOS A LA PREVISIBILIDAD

La teoría de los daños previsibles fue expuesta por Dumoulin en el siglo XVI en el número 60 de su “*Tractatus de eo quod interest*”. Sin

³⁵ Pieper, Josef, *Las virtudes fundamentales*, 9a. ed., Madrid, Rialp, 2017, p. 27.

³⁶ Wesenberg y Wesener, 1998, pp. 109 y ss.

³⁷ Grotius, H., *De Iure Belli ac Pacis*, Lib. II. cap. XVII, n. 1.

LA ÉTICA DE ARISTÓTELES EN LA EVOLUCIÓN DE LA CULPA JURÍDICA...

embargo, un siglo más tarde quien la desarrollará extensamente será Domat para posteriormente ser perfeccionada por Pothier durante el siglo XVIII y finalmente codificada a principios del Siglo XIX.³⁸

Así las cosas, el aporte más decisivo para la comprensión de nuestro problema proviene de Jean Domat, quien establece una distinción que tiene precedentes como lo acabamos de señalar, pero que se reproducirá en él provista de un énfasis y proyección antes no advertidos. Individualiza este jurista, aparte de los crímenes y delitos, dos clases de hechos capaces de producir daño, cuales son en primer lugar, el incumplimiento de las obligaciones establecidas a través de un acto convencional o contrato, y en segundo lugar, los que no provienen de convenciones, pero que tampoco configuran crímenes o delitos, como sucede en el caso que él ejemplifica con el edicto *“de effussis vel deiectis”* o daños no intencionales causados por las cosas que se arrojan desde una ventana de manera descuidada: a esta categoría de hechos consistentes en daños culpables pero no intencionales, le dará este jurista el nombre genérico de “cuasidelitos”, con que ya precedentemente se había designado a ciertos hechos culposos.³⁹ En la obra de Domat se declara más expresamente, y con un sentido más abiertamente dirigido al Derecho como ciencia práctica, que *“todas las pérdidas y todos los daños que pueden sobrevenir... por imprudencia, ligereza o ignorancia de lo que debe saber... deben ser indemnizados por aquel cuya imprudencia o falta haya dado lugar”*.⁴⁰

Lo más relevante para nuestra tesis en lo referente a la distinción que propone Domat entre *“daños que proceden del incumplimiento de un contrato”*, y los que *“sin ser crímenes o delitos no provienen de convenciones”*, vendrá a ser la circunstancia de que junto con esta clasificación introduce otra, entre perjuicios *“mediatos” (directos) e “indirectos”*, y a la vez respecto de los directos distingue los daños *“previstos”* de los *“imprevistos”*, y limita la posibilidad de indemni-

³⁸ Barrientos Zamorano, M., “Los daños extrapatrimoniales que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, núm. 1, 2007, p. 12.

³⁹ Samper Polo, Francisco, *Derecho romano*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007, pp. 342 y ss.

⁴⁰ Domat, J., *Las leyes civiles en su orden natural*, trad. de José Taulo Vilarrubias y Sarda, Barcelona, 1844.

SONIA INOSTROZA ADASME

zación, cuando hay culpa y no dolo, solo a los daños previstos.⁴¹ De esta manera, de la obra de Domat pasará a Pothier,⁴² inspirador del *Code Napoleon*.

Esta limitación de la previsibilidad de los daños al solo ámbito contractual no tiene precedentes en las fuentes romanas, pero será plasmada normativa y específicamente en el artículo 1150 del *Code Napoleon* que señala:

Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ("El deudor solo estará obligado al pago de daños e intereses previstos o que hubieran podido ser previstos en el momento del contrato, cuando en el incumplimiento de la obligación no existiera dolo de su parte").⁴³

En relación a esta norma ya resaltaba con gran acierto desde antiguo Planiol al decir que: "En el Code la exclusión del artículo 1150 (que allí establece la exigencia de previsibilidad de los perjuicios) en materia de delitos y cuasidelitos introduce una diferencia, la única que es real, entre las dos especies de culpa".⁴⁴ Por su parte, en el artículo 1382 que indica: "Todo caso cualquiera del hombre que causa al prójimo un daño obliga a aquel por cuya falta acaeció a repararlo" y en el 1383 que plasma: "Cada cual será responsable del daño que cause no solamente por su actuación, sino también por su negligencia o por su imprudencia", se recoge casi a la letra aquel principio ya sugerido por santo Tomás conforme al cual se responde por "todo daño", o para decirlo más exactamente, por "todo hecho del hombre que causa daño a otro".⁴⁵

⁴¹ Domat, 1844, p. 76.

⁴² Pothier, J., *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Heliasta, 1843, pp. 470 y p. 480.

⁴³ Citado por Cristian Banfi del Río, "Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes", *Revista Ius et Praxis*, núm. 2, 2012, p. 4.

⁴⁴ Domínguez Hidalgo, C., "Algunas Consideraciones en torno al daño como elemento de la responsabilidad civil", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XIX, 1998, p. 241.

⁴⁵ Corral, 2004, p. 81.

LA ÉTICA DE ARISTÓTELES EN LA EVOLUCIÓN DE LA CULPA JURÍDICA...

El contenido pasará al artículo 2329 del Código de Bello que reza: *“Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta...”*, y de la misma manera que en esta norma queda establecido el principio de la indemnización por culpa extracontractual, lo relativo a los contratos quedará plasmado en el artículo 1558 del Código Civil que indica:

Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento...

y así el factor de la previsibilidad, tanto en el Código francés como en el chileno, aparece solo ligado a la culpa contractual, ya que cuando se trata de la extracontractual, simplemente se alude a “todo daño”, sin especificar si es o no previsible.⁴⁶

A nuestro parecer, y tal como lo hemos ya sugerido, el verdadero sentido de las palabras “todo daño” no es sino la expresión de aquella doctrina antigua y medieval ya contenida en la escolástica y en la obra de Grocio, y que no incluía el propósito de establecer una diferencia entre la culpa contractual y extracontractual; sin embargo, la lectura del pasaje tomado del Tratado de las Obligaciones, nos muestra que el sentido que atribuye Pothier a estos antecedentes históricos, no es exactamente igual al significado primigenio, ya que tanto santo Tomás como Grocio pretendían simplemente decir que habiendo culpa, todo daño debía ser reparado. Así las cosas Pothier, heredero del pensamiento de Domat, entendió que con la expresión “todo daño” se quería decir que en materia de culpa aquiliana no se debían hacer distinciones apoyadas en la previsibilidad, y con este

⁴⁶ Punto de vista diverso sobre el iter histórico que da forma a estas disposiciones: Javier Barrientos Grandon, “De la presunción general de culpa por el hecho propio. A propósito de los artículos 2314 y 2329 y de nuestro “código civil imaginario” (II)”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 13, 2009, pp. 9-94, 4 y ss. El autor adelanta una inteligente y meditada conjetura sobre los posibles antecedentes hispano-indianos de las citadas normas. La controversia merece un estudio que excede los límites de este trabajo.

SONIA INOSTROZA ADASME

sentido novedoso o distorsionado quedó plasmado el concepto tanto en el *Code Napoleon* como en todos los en él inspirados, el nuestro entre ellos, de manera que se caracterizan en esta materia por tratar en apartados distintos las configuraciones legislativas de la responsabilidad contractual y extracontractual. La doctrina se ha esforzado en procurar desentrañar las razones de esta dualidad de sedes, y ha concluido que efectivamente la única diferencia significativa estriba en que para el caso de la culpa extracontractual no se exige el elemento de la previsibilidad.⁴⁷

VII. CONCLUSIONES

Nuestro trabajo ha tenido como finalidad ahondar en la evolución de la culpa desde el nacimiento de ésta en la filosofía aristotélica, desarrollando luego, una estructura técnica en el Derecho Romano, posteriormente retomando su esencia en la Edad Media, dándole un sentido racional en el Renacimiento para finalmente advertir el panorama de este factor de atribución en la codificación decimonónica.

Las miradas hacia la culpa son amplias y suscitan variados intereses, cuestión tratada en este breve estudio, en donde podemos observar distintas visiones desde la religión, la filosofía y el derecho. Es así, como en el desarrollo de esta investigación hacemos hincapié en la previsibilidad como componente de la culpa que hoy llamamos extracontractual.

Este elemento —el de la previsibilidad— ya fue advertido por el Estagirita y en Quinto Mucio Scaevola se convierte en un requisito indispensable de tal factor de atribución. En el derecho intermedio más centrado en los aspectos morales que en los propiamente jurídicos, la consideración de este rasgo pasa a segundo plano, lo cual no significa que se prescinda de él, para reaparecer pujante en la Edad Moderna y en la codificación.

En consecuencia, la noción de culpa aristotélica se encuentra en el fundamento de la trilogía de normas que forman parte del sustento de la culpa aquiliana en nuestro Código Civil, a saber, los artículos 2314, 2329 y 2330. Bello sigue en esta materia a los tratadistas fran-

⁴⁷ Banfi del Río, 2012, pp. 15 y ss.

LA ÉTICA DE ARISTÓTELES EN LA EVOLUCIÓN DE LA CULPA JURÍDICA...

ceses quienes a su vez codifican este elemento profusamente apoyados en fuentes romanas. Semillero que tiene sus cimientos en la Grecia del siglo IV a. C.

VIII. REFERENCIAS

- AEDO BARRENA, Cristián, “Raíces griegas de la noción romana de culpa”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 35, 2013.
- AQUINO, Tomás de, *Suma teológica. Edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España*, Madrid, BAC 5, 2001.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 2a. ed. Madrid, Tecnos, V. 1132 a. 7
- BANFI DEL RÍO, Cristian, “Por una Reparación Integral del Daño Extracontractual Limitada a los Hechos Dolosos o Gravemente Negligentes”, *Revista Ius et Praxis*, núm. 2, 2012, p. 4.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier, “De la presunción general de culpa por el hecho propio. A propósito de los artículos 2314 y 2329 y de nuestro “código civil imaginario” (II)”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 13, 2009.
- BARRIENTOS ZAMORANO, M., “Los daños extrapatrimoniales que se previeron o pudieron prever-se al tiempo del contrato”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, núm. 1, 2007.
- BARROS BOURIE, Enrique, “La responsabilidad civil como derecho privado”, *Estudios Públicos*, núm. 112, 2008.
- CASTRESANA, Amelia, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, Universidad de Salamanca, 2001.
- CORRAL TALCIANI, H., *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile Santiago, 2003.
- DODDS, Eric, *Los griegos y lo irracional*, trad. de María Arango, Madrid, Alianza Editorial, 1951.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., “Algunas consideraciones en torno al daño como elemento de la responsabilidad civil”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XIX, 1998.

SONIA INOSTROZA ADASME

- DOMAT, J., *Las leyes civiles en su orden natural*, trad. de José Taulo Villarubias y Sarda, Barcelona, 1844.
- FERRATER Mora, J., *Diccionario de filosofía*, Madrid, Alianza, 1990.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, *La recepción de la doctrina aristotélica de lo justo natural y lo justo legal en los comentaristas medievales de la Ética a Nicómaco*, Buenos Aires, Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, 2015.
- GROTIUS, H., *De Iure Belli ac Pacis*. Lib. II. cap. XVII, n. 1.
- GUZMÁN, A., *Derecho privado romano*, 2a. ed., Santiago de Chile, Legal Publishing.
- GUZMÁN, A., *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Thomson Aranzadi, 2006.
- INOSTROZA ADASME, Sonia, “La previsibilidad en la culpa Aquiliana: ¿evolución o involución? Una revisión doctrinaria y jurisprudencial”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, vol. 27, 2020.
- KLÜBER, Bernhard, *Der Einfluss der griechischen Philosophie auf die Entwicklung der Lehre von den Verschuldensgraden im römischen Recht*, Berlín, 1930.
- KOTEICH, Milagros, “Responsabilidad contractual y aquiliana. Revisión de una distinción tradicional con base en la culpa y su graduación”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 1, 2003.
- LACROIX, Jean, *Filosofía de la culpabilidad*, trad. de A. Martínez. Revista Barcelona, 1977.
- D’ORS, *Derecho privado romano*, 3a. ed., Pamplona, EUNSA, 1977.
- PIEPER, *Las virtudes fundamentales*, 9a. ed., Madrid, Rialp, 2017.
- POTHIER, J., *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Heliasta, 1843.
- RICOEUR, Paul, *El conflicto de las interpretaciones*, trad. de Alejandría Falcón, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- SAMPER POLO, F., *Derecho romano*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 2007.
- WESENBERG, G. y WESENER, G., *Historia del derecho privado moderno*, trad. de José Luis de los Mozos Toyúa, Valladolid, Lex Nova, 1998.

LA JUSTICIA O LA INJUSTICIA DEL CONTRATO DE TRABAJO DESDE EL PENSAMIENTO MORAL DE ARTHUR SCHOPENHAUER*

THE JUSTICE OR INJUSTICE OF THE WORK CONTRACT FROM THE MORAL THOUGHT OF ARTHUR SCHOPENHAUER

Edward Duván OROZCO PEREIRA**

Resumen:

Este texto es fruto de una investigación adelantada como trabajo de grado para optar por el título de magíster en filosofía. El objetivo principal de esta investigación es determinar las condiciones bajo las cuales un contrato de trabajo sería justo o injusto desde el pensamiento moral del filósofo alemán Arthur Schopenhauer, específicamente en la obra *El mundo como voluntad y representación I*.

El cuerpo del texto se divide en tres partes. En el primer capítulo, los conceptos de injusticia-justicia, propiedad y trabajo son analizados en detalle. En el segundo, el concepto de contrato y su aplicación se explican detalladamente en relación con otros conceptos como fidelidad y honradez. Además, se exponen el Estado y el derecho positivo como fundamentados en un contrato, *el contrato social*. En el tercer y último capítulo se desarrolla el objetivo principal de esta investigación y, por ende, se da respuesta a la pregunta planteada. Para esto, se ahonda un poco más en los conceptos de propiedad y contrato, así como en la mentira y su importancia, a la vez que se recurre a fuentes especializadas que permitirán obtener información de otras obras de Schopenhauer distintas a su obra magna, *El mundo como voluntad y representación*.

Palabras clave:

Trabajo, propiedad, justicia, mentira, intercambio, contrato laboral.

* Artículo recibido el 11 de febrero de 2020 y aceptado para su publicación el 3 de diciembre de 2020.

** Profesor de la Universidad Industrial de Santander, correo: edwardorozco09@hotmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9395-0926>.

EDWARD DUVÁN OROZCO PEREIRA

Abstract:

*This paper is the result of research carried out to obtain a master's degree in philosophy. The main objective of this research is to determine the conditions under which a labor contract is fair or unfair based on the moral thought of the German philosopher Arthur Schopenhauer, specifically in his work *The World as Will and Representation I*.*

*The body of the text is divided into three parts. In the first chapter, the concepts of injustice-justice, property and labor are analyzed in detail. The second part elaborates on the concept of contract and its application in connection with other concepts like loyalty and honesty. In addition, the State and positive law are depicted as being based on a contract, the social contract. The third and last section addresses the main objective of this research and, therefore, responds the question at hand. To this end, we delve into the concepts of property and contract, as well as lying and its importance, while drawing on specialized sources that provide information on Schopenhauer's other works besides his magnum opus, *The World as Will and Representation*.*

Keywords:

Work, Property, Justice, Lie, Exchange, Work Contract.

LA JUSTICIA O LA INJUSTICIA DEL CONTRATO DE TRABAJO...

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Propiedad, justicia-injusticia y trabajo en Arthur Schopenhauer*. III. *El contrato en el pensamiento de Schopenhauer*. IV. *Condiciones de un contrato de trabajo justo en el pensamiento moral de Arthur Schopenhauer*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de esta investigación es determinar las condiciones bajo las cuales un contrato de trabajo sería justo o injusto desde el pensamiento moral de Arthur Schopenhauer. Esto implicará al menos tres momentos que equivalen a cada uno de los capítulos de este texto.

En el primero se hará necesario que los conceptos de injusticia-justicia, propiedad y trabajo sean expuestos detalladamente con el fin de aclarar sus acepciones para el filósofo alemán y así propender por la precisión conceptual que se requiere para la respuesta a la interrogante planteada, a saber, ¿en qué condiciones un contrato de trabajo es justo o injusto desde el pensamiento moral de Arthur Schopenhauer? Esto requerirá, de igual manera, de un corto esquema del concepto de voluntad en el filósofo alemán y su importancia en la filosofía moral.

En el segundo momento serán detallados el concepto de contrato y su aplicación, tanto individualmente como en su relación con otros conceptos como fidelidad y honradez. Además, será necesario exponer el origen moral del Estado y del derecho positivo, y cómo se fundamentan ambos en un contrato, *el contrato social*.

El tercer momento será el definitivo de este documento. En este se desarrollará el objetivo principal de esta investigación y, por ende, se responderá a la pregunta de investigación planteada. Para esto, se hará necesario ahondar un poco más en los conceptos de propiedad y contrato. Además, la mentira y su importancia deberán estudiarse, a la vez que se recurrirá a fuentes especializadas que permitirán obtener información de otras obras de Schopenhauer distintas a su obra magna.

EDWARD DUVÁN OROZCO PEREIRA

Cabe aclarar que esta investigación se realiza desde el libro *El mundo como voluntad y representación I* (1818¹) de Arthur Schopenhauer. Además, se recurre a autores de literatura especializada que han estudiado gran parte de la obra del filósofo alemán y proveen elementos para responder a los interrogantes aquí planteados. Igualmente, es preciso señalar que la versión en español utilizada en esta investigación corresponde a la traducción de Pilar López de Santa María, publicada por la Editorial Trotta en el 2009. Así que los términos usados en este trabajo corresponden a la versión mencionada.

Asimismo, en esta investigación se parte de que el término *trabajo* tiene una polisemia que requiere ser dilucidada si se busca comprender el pensamiento schopenhaueriano. En la primera acepción el trabajo es visto como una actividad que busca un determinado fin, sin que este implique necesariamente un acuerdo entre dos individuos. En la segunda concepción se plantea el trabajo como una relación laboral en la cual dos individuos acuerdan voluntariamente el intercambio de determinados bienes a cambio de la prestación de un servicio personal.

De acuerdo con lo anterior, en la estrecha relación entre estas dos acepciones se encuentra el problema: determinar si es posible que al interior de una relación laboral no se cometa injusticia al quitarse parte del producto que por su trabajo material sería propiedad del trabajador.

La hipótesis de la que se parte es que sí puede haber un contrato de trabajo justo desde la filosofía moral de Schopenhauer y la tarea fundamental de esta investigación es determinar cuáles son las condiciones bajo las cuales un contrato de esta naturaleza es justo o injusto.

II. PROPIEDAD, JUSTICIA-INJUSTICIA Y TRABAJO EN ARTHUR SCHOPENHAUER

Para iniciar el estudio detallado de los conceptos de propiedad, justicia-injusticia y trabajo es importante reconocer el momento en el

¹ Al respecto es importante recalcar que no hay uniformidad sobre el año en el que se publicó esta obra. Sobre este punto se sigue a Luis Moreno, texto que también se recomienda para ahondar en los detalles biográficos de este pensador alemán: Moreno, Luis, *Schopenhauer. Una biografía*, Madrid, Trotta, 2014.

LA JUSTICIA O LA INJUSTICIA DEL CONTRATO DE TRABAJO...

que estos se introducen en la obra magna de Schopenhauer. Es igual de relevante recordar que el objetivo final de su empresa filosófica es descubrir la identidad última de la cosa en sí (o nouméno²), a saber, la *Voluntad*, entendida como fundamento último de toda realidad y que se analizará luego con más detenimiento.

Hasta el §62, que es el apartado en el que estos conceptos son estudiados a profundidad y que se encuentra en el cuarto libro de la obra, el filósofo alemán ha explicitado totalmente al menos tres momentos de su empresa filosófica. En el primero³ de los cuatro libros que componen *El mundo como voluntad y representación*, Schopenhauer realiza la primera consideración del mundo como representación y se centra en su intrínseca relación con el principio de razón. En el segundo libro,⁴ plantea la primera consideración del mundo como voluntad, centrado, fundamentalmente, en cómo se lleva a cabo su objetivación. La segunda consideración del mundo como representación se encuentra en el tercer libro⁵, en el que la idea platónica se muestra como la representación independiente del principio de razón. Para finalizar su obra, en el cuarto libro⁶, se encuentra la segunda consideración del mundo como voluntad, la cual se enfoca en la afirmación y la negación de la voluntad de vivir al alcanzar el autoconocimiento.

Es, precisamente, en este último libro donde los conceptos claves de esta investigación toman relevancia. En el parágrafo §62 del cuarto libro, Schopenhauer emprende la explicación de un área muy

² Pilar López sostiene que el término más apropiado para referirse a esta acepción del término *Voluntad* es cosa en sí. El vocablo *nouméno* —el cual rechaza— implica, según esta autora, al menos una posibilidad de aprehender la Voluntad a través del conocimiento: “En Schopenhauer la cosa en sí no tiene nada que ver con lo nouménico sencillamente porque no es susceptible de representación, sea ésta abstracta o intuitiva. Hablar de un conocimiento de cómo sea una cosa en sí, esto es, al margen del conocer mismo, implica para él una contradicción”. López, Pilar, “Voluntad y sexualidad en Schopenhauer”, *Thémata*, Sevilla, núm. 24, 2000, pp. 115-136.

³ Schopenhauer, Arthur, *El mundo como voluntad y representación I*, trad. de Pilar López de Santa María, Madrid, Trotta, 2009, pp. 49-144.

⁴ *Ibidem*, pp. 145-220.

⁵ *Ibidem*, pp. 221-324.

⁶ *Ibidem*, pp. 325-476.

EDWARD DUVÁN OROZCO PEREIRA

basta del saber filosófico:⁷ la moral, el derecho y la relación entre estos. El primero de los conceptos centrales de esta investigación que trae a discusión el filósofo alemán es el de injusticia. Sin embargo, la introducción de este concepto exige sintetizar algunos puntos que ha demostrado previamente en su obra, específicamente, la manera en que la voluntad, en sus acepciones,⁸ y el cuerpo están íntimamente relacionados.

Antes de esto, hay que tener presente que en este texto se seguirá la tendencia de la dogmática schopenhaueriana de distinguir estas acepciones del término *voluntad* por la presencia de la inicial mayúscula o su ausencia:

Y he escrito aquí Voluntad con letra mayúscula, con lo que nos estamos refiriendo a la Voluntad única, al substrato único de la pluralidad fenoménica, a la cosa-en-sí, tomando con él la expresión prestada de su ídolo y, en cierto modo enemigo, que es Kant. Pero es sabido que, en bastantes casos, voluntad en Schopenhauer debe escribirse con minúscula, porque no se refiere a la Voluntad cosa-en-sí, sino a la voluntad de cada indi-

⁷ Quizá en muy pocas páginas. Se presenta aquí un ejemplo de lo que afirmaba Kant: “Bien podrá decir el abate *Terrasson* que si se mide el tamaño de un libro; no por el número de sus páginas, sino por el tiempo que se necesita para entenderlo, de más de un libro se podría decir *que sería más breve, si no fuese tan breve*”, Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, trad. de Mario Caimi, México, Fondo de Cultura Económica-UAM-UNAM, 2009, AXIX, p. 11. Las itálicas son propias de la fuente citada. Mucho más si se tiene en cuenta el estilo de Schopenhauer y que también reconoce Sergio Rábade: “Retomando alguna idea aludida al principio, hay que reconocer que el estilo de Schopenhauer, que muchas veces sucumbe al dato curioso, a la comparación divertida y, con más frecuencia, a la brillantez de expresión, no le facilita al estudioso el intento de aristar con rigor temas, nociones o problemas. Uno se ve obligado a perseguir expresiones de pasada, textos fragmentarios, pero acaso nunca encuentra el desarrollo tematizado del problema que persigue”, Rábade, Sergio, “El cuerpo en Schopenhauer”, *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, Madrid, vol. 23, 1989, p. 139. Sobre la actualidad de Schopenhauer y su mote de pesimista, consúltese: Carrillo, Lucy, “Schopenhauer: sobre individuos y sociedad”, *Estudios de filosofía*, Medellín, núm. 37, 2008.

⁸ Sobre el lugar que ocupa la voluntad en el desarrollo argumentativo de *El Mundo como Voluntad y Representación*, consúltese: Muñoz-Reja, Vicente, “Schopenhauer: estrategias de acreditación del mundo como voluntad”, *Bajo Palabra*, Madrid, núm. 2, 2007.

LA JUSTICIA O LA INJUSTICIA DEL CONTRATO DE TRABAJO...

viduo humano, es decir, a una pluralidad, que forzosamente habrá que considerar como fenoménica, de voluntades.⁹

Por un lado, el término *voluntad* en Schopenhauer implica individualidad, es decir, y en contraposición a su otra acepción más universal, se da de manera diferente en cada individuo. Es por esta razón que es común en esta acepción el uso del plural: siempre que se mencionan o correlacionan a dos o más individuos, se relacionan dos o más voluntades. Bryan Magee reconoce que al interior de esta concepción individualizada del término voluntad se encuentran, a su vez, dos aspectos de este término.

El primero refiere a un aspecto volitivo y activo de la voluntad individual. Schopenhauer en este punto equipara y afirma como una única y misma cosa a las acciones del cuerpo y a los actos de voluntad. Ambos son movimientos físicos que necesariamente implican manifestaciones externas y tienen una particularidad: pueden ser conocidos fenoménicamente, es decir, mediados por los sentidos, o como fenómenos sin la mediación de estos.

El cuerpo y sus acciones son aprehendidos por los otros individuos y, de cierta manera también por el individuo mismo que posee ese cuerpo, como un fenómeno, es decir, como un objeto material externo:

El acto de voluntad y la acción del cuerpo no son dos estados diferentes, conocidos objetivamente y unidos por la ley de causalidad, no están en la relación de causa y efecto, sino que son una misma cosa que se da de dos maneras completamente distintas: una vez inmediatamente y otra en la intuición en el entendimiento. La acción del cuerpo no es otra cosa que el acto de voluntad objetivado, es decir, dado en la intuición.¹⁰

En cambio, los actos de voluntad son conocidos inmediatamente por el sujeto volente, no como un noúmeno, ya que esto sería por sí mismo una contradicción, sino como el fenómeno más directo e inmediato entre todos los fenómenos posibles, ya que no requiere

⁹ Rabade, Sergio, "El cuerpo en Schopenhauer", *cit.*, p. 140.

¹⁰ Schopenhauer citado en Magee, Bryan, *Schopenhauer*, trad. de Amaia Bárceña, Madrid, Cátedra, 1991, p. 138.

EDWARD DUVÁN OROZCO PEREIRA

la mediación de los sentidos para su conocimiento, incluso solo se requiere del tiempo como su condición de posibilidad. Esto es quizá uno de los aspectos más destacables de la manera como Schopenhauer pensó la relación sujeto-objeto en el autoconocimiento. Cuando un sujeto se conoce a sí mismo no es el sujeto cognoscente, a su vez, el objeto conocido, sino que este objeto es su voluntad: el hombre se conoce a sí mismo como volente, mas no como cognoscente.

El segundo aspecto es el pasional o afectivo. En este recaen todas las afecciones y pasiones que puede sentir el individuo. A diferencia del aspecto volitivo, su manifestación externa no es necesaria — aunque sí tiene implicaciones en el cuerpo—. ¹¹ Esto no quiere decir que no se dé en algunos casos, como el rubor en el rostro del hombre avergonzado o la respiración agitada en el aterrorizado, sino que esta manifestación no siempre ocurre y, en últimas, la forma más constante de conocer este tipo de afecciones es de manera inmediata y directa sin la mediación de los sentidos y solo por aquel individuo que las siente:

Tan poderoso y tan extenso es el conocimiento directo del que disponemos acerca de lo que está sucediendo dentro de estos objetos físicos que son nuestros cuerpos —un fluido polifónico, semejante a una orquesta en la multiplicidad de sus complejidades y de su significación— que no se le puede hacer justicia con una breve descripción verbal. Y sabemos directa e ineludiblemente que estamos experimentando estas cosas: ningún conocimiento podría ser más inmediato o más seguro. ¹²

Schopenhauer engloba en este aspecto a aquellas manifestaciones de la voluntad como los anhelos, las aspiraciones, los deseos, la esperanza, el amor, la alegría, el odio, el temor, la cólera, la tristeza, entre otros. Su relevancia no es de subestimar, ya que tienen implicaciones en la actividad, es decir en el aspecto volitivo, espe-

¹¹ “Todo sentimiento o emoción que experimentamos, por leve que sea, tiene una consecuencia física de alguna clase, que manifiesta en una leve tensión o distensión muscular, la presión sanguínea, la temperatura o el nivel de actividad de algún órgano o glándula; las conmociones de la voluntad y los movimientos del cuerpo siempre son correlativos”. *Ibidem*, p. 149.

¹² *Ibidem*, pp. 142 y 143.

LA JUSTICIA O LA INJUSTICIA DEL CONTRATO DE TRABAJO...

cíficamente en que estas afecciones moldean la manera en la que se manifestará la voluntad en sus actos, en las resoluciones y en las acciones del cuerpo.

Como se mencionó anteriormente, el individuo conoce fenoménicamente esta voluntad individuada a través de las acciones del cuerpo y los actos de la voluntad. La división de la realidad en fenómeno y noúmeno implica también que al hombre, al ser un sujeto conocedor que se encuentra inmerso en esta realidad con su cuerpo como un objeto material, también se le aplique esta división:

Si todos los objetos materiales son en un sentido fenómeno y en otro sentido noúmeno, entonces también los seres humanos, como los objetos materiales, han de tener esta naturaleza dual, y por lo tanto en algún sentido hemos de ser noúmeno.¹³

Bajo la premisa adicional de que, al percibir la totalidad de los fenómenos, el noúmeno de esta totalidad de fenómenos percibida debe ser la misma en todos los individuos, se concluye que el conocimiento de la realidad total, incluyendo el noúmeno, está en el autoconocimiento, específicamente, en el autoconocimiento de la voluntad, entendida como ese fenómeno que se le da inmediatamente al hombre.

Sin embargo, esto no implica que haya un conocimiento del noúmeno, que sería por sí mismo una contradicción irresoluble. Cuando el hombre se interna en el conocimiento de su voluntad se da cuenta de que la mayoría de la constitución de la voluntad de cada individuo es inaccesible a su conocimiento:¹⁴ no puede tener certeza de cómo funciona realmente en su aspecto volitivo, ni de qué es en realidad lo que está sintiendo y por qué (aspecto afectivo):

¹³ *Ibidem*, p. 154.

¹⁴ Tesis que muchos estudiosos de la obra de Schopenhauer consideran como precursora del psicoanálisis: "Estos párrafos son notables en muchos sentidos, al menos porque constituyen una exposición inconfundiblemente clara y explícita de una idea que hoy en día se suele atribuir a Freud, que aún no había nacido. El punto que dejan claro de mayor importancia para el argumento que nos ocupa es que, aunque la voluntad puede ser consciente, no lo es necesariamente, y de hecho por lo general no lo es. La comprensión de esto posibilita una profundización de nuestra comprensión de la relación cuerpo-voluntad". *Ibidem*, p. 148.

EDWARD DUVÁN OROZCO PEREIRA

Schopenhauer argumentó minuciosamente, y con un rigor psicológico que carece de precedentes, que la evidencia empírica apunta hacia la conclusión de que no sólo la mayor parte de nuestros pensamientos y sentimientos nos son desconocidos, sino que la razón de ello es un proceso de represión que es en sí mismo inconsciente.¹⁵

Además de esto, la voluntad de la que el hombre es consciente no puede ser por sí misma noúmeno, ya que ella es ya un fenómeno, una representación del individuo. Por ende, esta voluntad de la que es consciente el hombre debe ser a su vez fenómeno de otra cosa. Y es precisamente en este momento en donde toma relevancia la segunda acepción del término *Voluntad*.

La parte más íntima del ser del hombre, aquella de la que parte y es manifestación su voluntad no puede ser conocida directamente. De igual manera que el noúmeno, cualesquiera que sean sus características, no está al alcance del conocimiento del hombre. Así, el noúmeno posee la naturaleza de esa voluntad que, como se mencionó anteriormente, es inconsciente e innaccesible a la conciencia.

Y esto que es inconsciente e innaccesible a la conciencia es también aquello que se encuentra tras los movimientos de todo lo material. La imposibilidad de conocer a detalle la voluntad de cada hombre es una muestra de cómo la *Voluntad* se expresa a su vez en las demás cosas:

Todo lo que se presenta ante nuestros órganos de los sentidos y nuestro intelecto como materia en movimiento es, en su naturaleza íntima, incognoscible, esta fuerza inconsciente, ambos son la misma cosa que se manifiesta de diferentes maneras, así como nuestro movimiento físico y nuestra voluntad son una misma cosa manifestada de formas diferentes. Todo el universo es la objetivación de esta fuerza.¹⁶

Así, Schopenhauer decide denominar esta fuerza o energía — usando términos que le atribuye Magee— *Voluntad* en su segunda acepción. Y usa este vocablo porque es el nombre de ese fenómeno que el hombre conoce más directa e inmediatamente:

¹⁵ *Ibidem*, p. 147.

¹⁶ *Ibidem*, p. 155.

LA JUSTICIA O LA INJUSTICIA DEL CONTRATO DE TRABAJO...

En todos los procesos de emergencia de un acto de voluntad desde las oscuras profundidades de nuestro ser íntimo a la conciencia, tiene lugar una transición de la cosa en sí, atemporal, al fenómeno. En consecuencia, el acto de voluntad no es más que el *fenómeno* más claro y más evidente de la cosa en sí; sin embargo, se sigue de ello que, si todos los demás fenómenos pudieran ser conocidos por nosotros de la misma forma íntima e inmediata, tendríamos que considerarlos iguales a la voluntad en nosotros. En este sentido, digo que la naturaleza íntima de todo es *voluntad*, y llamo a la voluntad la cosa en sí.¹⁷

Así, *Voluntad* significa la cosa en sí, que trasciende todo plano de representación y es, a su vez, la naturaleza íntima de todo lo que es. Con esto, se trasciende el alcance particular de la primera acepción y, además, se trasciende toda posibilidad de conocimiento de lo que esta realmente es, ya que para mantenerse como noúmeno tiene que ser completamente incognoscible e incomprensible para el hombre.

Para finalizar este corto esquema sobre el término *Voluntad*, es importante traer a colación la definición que sintetiza Magee y que permite dejar a un lado varios errores de interpretación que pueden surgir del uso habitual de este término en la actualidad, especialmente, aquellos que lo relacionan con el plano teleológico o vitalista:

A partir de ahora llamaremos al noúmeno “voluntad”, y por ella entenderemos una fuerza universal, carente de objetivo, no individualizada, no viva, tal y como se manifiesta, por ejemplo, en el fenómeno de la gravedad.¹⁸

Además, es importante recordar que para Schopenhauer el cuerpo es una manifestación fenoménica, es decir, temporal y espacial, de la *voluntad de vivir*, entendida esta como el fenómeno más ordinario, directo y correcto en el hombre (y otros animales), como se mencionó anteriormente. Y que la afirmación de la *voluntad de vivir* es, a su vez, la afirmación del cuerpo que necesariamente se manifiesta fenoménicamente.¹⁹ La afirmación del cuerpo se muestra a través

¹⁷ Schopenhauer citado en *ibidem*, p. 157.

¹⁸ *Ibidem*, p. 161.

¹⁹ Se destaca la importancia que tiene este concepto en el pensamiento de Scho-

EDWARD DUVÁN OROZCO PEREIRA

del uso de las fuerzas de las que este dispone para su preservación, por tanto, la afirmación de la *voluntad de vivir* que se da a través de la afirmación del cuerpo se muestra a través del uso de estas fuerzas. De esta manera, la afirmación de la *voluntad de vivir* de cada individuo se da en la aplicación de las fuerzas que su cuerpo posee para propender por su preservación e integridad.

La causa de esto yace en el *principium individuationis*,²⁰ a partir del cual la *voluntad de vivir* se manifiesta de manera particular en muchos individuos objetivados en un cuerpo determinado. Este principio, a su vez, es el origen del egoísmo que se da entre los individuos y que cimienta el alejamiento que, en principio, existe entre ellos y que, además, es el reto que tienen que afrontar estos para vivir en comunidad. Al respecto, Cabos diferencia el principio de in-

penhauer: “Schopenhauer tiene, entre muchas otras cosas, el mérito fundamental (al menos para alguien no espiritualista, como es mi caso) de defender la constitutiva corporeidad de todo viviente sin caer en un reductivismo corporeísta”, Pérez Jara, Javier, “La importancia del cuerpo como “constitutivo formal” de todo viviente en la filosofía de Schopenhauer”, *THÉMATA, Revista de Filosofía*, Sevilla, núm. 44, p. 437. A su vez, la relación del cuerpo con la voluntad de vivir individuada es tal que en múltiples ocasiones el filósofo alemán los afirma como una única y misma cosa: “No solo las acciones del cuerpo sino también este mismo es, como antes se mostró, fenómeno de la voluntad, voluntad objetivada, voluntad concreta: todo lo que en él sucede tiene que suceder por voluntad, si bien esa voluntad no está aquí guiada por el conocimiento, no se determina por motivos sino que actúa ciegamente por causas que en este caso se denominan *estímulos*”. Schopenhauer, Arthur, *El mundo como...*, cit., p. 167. Para ahondar en el tema, específicamente sobre las dos maneras en que se da el conocimiento del cuerpo, consúltese el texto de Muñoz-Alonso, Germán, “Reflexiones sobre Schopenhauer y su teoría del cuerpo”, *Revista general de información y documentación*, Madrid, vol. 2, núm. 2, 1992, pp. 93-104. A su vez, sobre la relación entre voluntad y cuerpo en diálogo con Fichte, Vincenzo, Matteo, “Trascendental, cuerpo y voluntad en Fichte y Schopenhauer”, en Oncina, Faustino (ed.), *Schopenhauer en la historia de las ideas*, México, Plaza y Valdés Editores, 2011, pp. 141-164.

²⁰ A su vez, sobre la importancia de este concepto en el pensamiento schopenhaueriano, cómo este principio fundamenta el egoísmo en los hombres y, además, sobre su relación con la Escolástica, consúltese Kofler, Matthias, “El *principium individuationis* en Schopenhauer y la Escolástica”, en Oncina, Faustino (ed.), *Schopenhauer en la historia de las ideas*, México, Plaza y Valdés Editores, 2011, pp. 19-40.

LA JUSTICIA O LA INJUSTICIA DEL CONTRATO DE TRABAJO...

dividuación (*principium individuationis*) de la individualidad, la cual fundamenta la personalidad de cada individuo:

El principio de individuación se refiere a un principio por el cual, a través de las formas del entendimiento, básicamente espacio y tiempo, la voluntad homogénea se concreta en la pluralidad de lo existente. El principio de individualidad es aquel principio por el cual se hace posible lo real.²¹

La problemática moral inicia precisamente en el momento en que los individuos convergen, pues al encontrarse se ponen *en frente* afirmaciones distintas de la voluntad de vivir. Estas afirmaciones son, a su vez, cuerpos que se juntan y se interrelacionan; de esta forma, ambas afirmaciones son fuerzas que propenden por la preservación del cuerpo al que pertenecen. En esta interacción entre afirmaciones de voluntades, es posible que alguna de ellas vaya más allá de los límites de su autoafirmación. El determinante que da Schopenhauer para definir este límite no parece ser otro que la afirmación de otras voluntades; es decir, los límites de la afirmación de una voluntad individuada se encuentran entre los límites de las afirmaciones de las otras voluntades individuadas. Ir más allá de estos límites implica necesariamente la negación de la afirmación de otra u otras voluntades. De donde surge la pregunta: ¿cómo se conocen estos límites? La respuesta se encuentra en el sufrimiento. Es este sentimiento el que permite conocer directamente —y no en abstracto— el ser víctima de una injusticia. Un ejemplo de esto es el caso de la lesión física. Cuando un individuo hiere o golpea a otro, sea cual sea su fin —a menos de que se esté defendiendo de una injusticia—, está afirmando su voluntad de vivir sobre la voluntad de vivir del otro, llegando a negar esa afirmación de la voluntad en el otro. Como se verá más adelante, la mentira y en canibalismo son las afirmaciones de la voluntad que más sobrepasan estos límites y niegan, incluso rotundamente como en el segundo, la afirmación de la voluntad del otro.

Es en este contexto en donde el concepto de injusticia toma relevancia: toda afirmación de la voluntad de vivir que vaya más allá de

²¹ Cabos, Jordi, “Sufrimiento e individualidad en Schopenhauer”, *Anuario Filosófico*, Navarra, vol. 47, núm. 3, 2014, p. 591.

EDWARD DUVÁN OROZCO PEREIRA

sus límites y, por ende, implique la negación de otras voluntades, es injusta. De esta manera, toda extralimitación de la afirmación de la *voluntad de vivir* en un cuerpo a través de la negación de la afirmación de la voluntad de vivir manifestada en otro cuerpo es una injusticia. El autor alemán la define como “la irrupción en los límites de la afirmación de la voluntad ajena”.²² Esto implica que las fuerzas del cuerpo, que normalmente suelen propender por su preservación, cuando un individuo padece una injusticia, son obligadas a usarse a favor de una voluntad ajena a la de su propio cuerpo: a favor de una voluntad dominante.

Schopenhauer afirma que la injusticia no se manifiesta en los hombres de forma abstracta a través de razonamientos —tal y como se concibe en un estudio filosófico—. Por el contrario, su manifestación se da directamente en los individuos como un sentimiento. Por supuesto, este varía dependiendo del lado en el que se encuentra el individuo en la injusticia. El victimario siente la negación de la voluntad en el otro como *remordimiento de conciencia*²³ o el *sentimiento de la injusticia cometida*. La víctima, por su parte, experimenta la irrupción y la negación de su voluntad como un sufrimiento tanto físico como espiritual²⁴:

²² Schopenhauer, Arthur, *El mundo como..., cit.*, p. 393.

²³ Schopenhauer parte de que esto necesariamente es así en todos los individuos: “Al contrario que Rousseau, para quien culpa y responsabilidad pueden andar cada una por su lado, Schopenhauer piensa que los remordimientos por un sufrimiento infligido a otro constituyen una piedra de toque fundamental para impulsar nuestro comportamiento ético, el cual no consiste sino en hacernos responsables de todos aquellos actos que tengan una significación moral, subrayando, eso sí, el hecho de que, con ello, estamos respondiendo de aquello que realmente somos” Aramayo, Roberto, “Culpa y responsabilidad como vertientes de la conciencia moral”, *Isegoría*, Madrid, núm. 29, 2003, p. 30.

²⁴ Es importante aclarar que este no es necesariamente el mismo en todas las víctimas. Contrario a esto, depende de la personalidad de cada sujeto. Al respecto afirma Cabos: “Más que cualquier circunstancia o acontecimiento externo, lo que uno es resulta definitivo a la hora de sufrir. La personalidad no sólo determinará el grado y la intensidad de los padecimientos, sino que además influirá sobre la posibilidad de sufrir algún desajuste mental”. Cabos, Jordi, “Sufrimiento e individualidad...”, *cit.*, p. 599.

LA JUSTICIA O LA INJUSTICIA DEL CONTRATO DE TRABAJO...

Esa irrupción en los límites de la afirmación de la voluntad ajena ha sido conocida claramente desde siempre y su concepto se ha designado con la palabra injusticia. Pues las dos partes la conocen instantáneamente, aunque no en una clara abstracción, como aquí nosotros, sino como sentimiento.²⁵

El filósofo alemán diferencia dos tipos de injusticia según la causalidad involucrada en su ejecución: las *injusticias físicas* y las *injusticias por medio de la astucia*:

Las injusticias físicas son denominadas así debido a que implican un uso de la fuerza corporal para su realización. Schopenhauer propone una gradación al interior de este tipo de injusticias: en su cúspide se encuentra la peor de las injusticias físicas posibles, el canibalismo. En orden descendente, se encuentra a continuación el asesinato, la mutilación o lesión, la esclavitud y, por último, el daño a la propiedad privada moralmente fundada.

Es en este punto donde entran en discusión los conceptos propuestos para ser estudiados en esta investigación. Al partir de estos la pregunta que surge es ¿cuándo la propiedad está moralmente fundada? Schopenhauer fundamenta moralmente la propiedad privada a partir de su relación con otro de los conceptos cruciales en nuestra investigación: el trabajo.

Para Schopenhauer, en el trabajo se unen e identifican las fuerzas del hombre en la búsqueda de un objetivo. Aquí se debe entender el término *trabajo* más allá de su comprensión en un contexto laboral contractual —si bien es un aspecto que se tendrá en cuenta en su momento— y comprender este concepto como toda actividad en la cual un individuo aplica sus fuerzas para lograr un determinado fin o producto. Para el filósofo alemán, la propiedad privada no puede fundamentarse en la *posesión legítima*, autoproclamada e instaurada por un individuo. Contrario a esto, debe fundamentarse —al menos en su origen— necesariamente en la adquisición y la apropiación mediante el empleo de sus propias fuerzas, en el mejoramiento y la preservación de las cosas apropiadas mediante su trabajo. Esto es, que el fundamento de la propiedad es el trabajo propio. Por esta

²⁵ Schopenhauer, Arthur, *El mundo como...*, cit., p. 393.

EDWARD DUVÁN OROZCO PEREIRA

razón, el uso de las fuerzas de un cuerpo ajeno en la consecución de un fin o bien de otro cuerpo “hace así que sea el cuerpo del otro en lugar del suyo el que sirva a *su* voluntad, y afirma su propia voluntad más allá de su fenómeno, hasta llegar a la negación del ajeno: es decir, comete injusticia”.²⁶ Y, dado que existen objetos que no son susceptibles de mejora o protección, la propiedad sobre estos no puede tener ningún origen moralmente válido.²⁷ Estas afirmaciones conducen a Schopenhauer a la conclusión de que todo apropiarse de lo obtenido por medio del trabajo de otro es un acto, en esencia, injusto.

Además de la injusticia física que fue expuesta, existe la injusticia realizada a través de la astucia. En este caso, la causalidad que se encuentra es diferente de su correspondiente física; en esta última se impone la superioridad de una fuerza sobre otra. En la injusticia por astucia, la causalidad ejercida es la del conocer, que se manifiesta en la motivación y que se materializa en el comportamiento de los individuos. Quien obra injustamente a través de la astucia falsea el conocimiento de los demás individuos con mentiras para convencerlos de actuar y servir a su voluntad mientras estos piensan que sirven a la propia. La peor de las injusticias que de este tipo se puede cometer está en el incumplimiento de un contrato,²⁸ concepto que se analizará con mayor detalle en el siguiente capítulo y que Schopenhauer recalca cuando afirma:

Pero la más perfecta mentira es el quebrantamiento de contrato; porque aquí todas las determinaciones citadas se dan plena y claramente unidas. Pues al aceptar un contrato, la prestación ajena prometida es inmediata y declaradamente el motivo para que se dé la mía. Las promesas se intercambian deliberada y formalmente. Pero se asume que la verdad de la declaración que se hace se encuentra en poder de cada uno. Si el otro quebranta el contrato me ha engañado y ha guiado mi voluntad conforme a sus propósitos introduciendo en mi conocimiento meros

²⁶ Schopenhauer, Arthur, *El mundo como...*, cit., p. 395. Las itálicas pertenecen a la fuente citada.

²⁷ A excepción de la que promulga el Estado, asunto que se verá más adelante.

²⁸ Aunque Schopenhauer en *El mundo como voluntad y representación* no ofrece una gradación detallada similar a la expuesta en el caso de la injusticia física.

LA JUSTICIA O LA INJUSTICIA DEL CONTRATO DE TRABAJO...

motivos aparentes; ha extendido el dominio de su voluntad hasta el individuo ajeno, así que ha cometido una completa injusticia.²⁹

La argumentación expuesta hasta el momento permite vislumbrar un aspecto importante del concepto de justicia estudiado en la obra del filósofo alemán. Este concepto, a diferencia del abordaje realizado por muchos de sus predecesores, no es el originario en la dualidad que forma con su opuesto, la injusticia. Contrario a esto, el concepto de justicia es el derivado y negativo del de injusticia. En palabras de Schopenhauer:

De hecho, nunca se podría hablar de justicia si no existiera la injusticia. En efecto, el concepto de justicia contiene la simple negación de la injusticia y en él se subsume toda acción que no sobrepasa los límites antes señalados, es decir, que no constituye una negación de la voluntad ajena para afirmar con más intensidad la propia.³⁰

Esto implica que la determinación de lo justo está, a su vez, en la determinación de aquello que no es una irrupción en la esfera corporal de otro; es decir, el actuar justo se determina siempre desde los límites que no deben violarse en orden a respetar la afirmación de la voluntad del otro y no sobreponer la voluntad propia sobre esta, por lo que lo justo siempre se determina desde aquello que es considerado injusto.

Esta determinación del obrar justo contiene, a su vez, la determinación de la justicia de los actos injustos que responden a una injusticia. Para Schopenhauer, cuando un individuo trata de cometer alguna injusticia sobre otro (esto es, cuando trata de afirmar su voluntad violando sus límites a través de la negación de la voluntad de su víctima), la víctima tiene el derecho de intentar negar la voluntad del victimario. El obrar de la víctima en estos casos, incluso cuando sus actos implican la muerte del otro individuo, es justo en cuanto busca afirmar su voluntad no sobre la voluntad del otro sino sobre su preservación; esto es, dentro de sus límites.

²⁹ *Ibidem*, p. 397.

³⁰ *Ibidem*, p. 398.

EDWARD DUVÁN OROZCO PEREIRA

Es así como se puede afirmar que el derecho de coacción para el filósofo alemán surge de la necesidad de los individuos de responder y obligar a cualquiera que intente hacerlo víctima de un obrar injusto, a detenerse y evitar el padecimiento de la injusticia. Esta fundamentación moral de la defensa propia se extiende no solo al uso de la fuerza, sino que, de ser necesario, el individuo puede usar su astucia para afirmar su voluntad a través de la evasión del acto injusto que sobre él quiere recaer. En este caso no desde una causalidad física, como sucedería en el uso de la fuerza, sino desde una causalidad del conocimiento, a través de la motivación:

Así pues, a la voluntad ajena que niega mi voluntad tal y como se manifiesta en mi cuerpo y en la aplicación de sus fuerzas a su conservación sin negar cualquier voluntad ajena que se mantenga en los mismos límites, puedo *sin injusticia obligarle* a que desista de su negación: es decir, tengo *derecho de coacción*.³¹

Es decir, la violencia o la astucia de una voluntad se justifican moralmente si por medio de ellas se repele un acto injusto previo. En este sentido, si la usurpación de la propiedad y el trabajo es injusta, entonces sería justa una reacción violenta o astuta para enfrentarse a tal usurpación.

III. EL CONTRATO EN EL PENSAMIENTO DE SCHOPENHAUER

Como se mencionó anteriormente, la peor de las injusticias por astucia que se puede cometer está en el incumplimiento de un contrato, ya que la legalidad y la validez del contrato está siempre en no extender la voluntad propia por encima de la del otro por medio de la mentira con el fin de sacar provecho de su fidelidad y honradez:

En esta misma línea, destaca Schopenhauer, como ya adelantamos, que la mentira es el componente fundamental de la doble injusticia o traición, uno de los peores crímenes que cataloga en su teoría del derecho, pues no sólo se actúa contra alguien, sino contra alguien a quien se le había prometido lealtad.³²

³¹ *Ibidem*, p. 399. Itálicas propias de la fuente.

³² Mateu, Juan, *La filosofía política y su trasfondo ontológico en la obra de Arthur*

LA JUSTICIA O LA INJUSTICIA DEL CONTRATO DE TRABAJO...

Estos dos últimos conceptos, fidelidad y honradez, son de gran importancia para Schopenhauer, ya que se configuran como el lazo que trata de unir la fractura que ocasionó el principio de individuación y que causa, a su vez, el egoísmo natural de cada individuo. Aprovecharse de la presencia de estos dos aspectos en los otros individuos y engañarlos no solo los aleja más entre ellos, sino que causa una injusticia que para Schopenhauer es mucho más ignominiosa que aquellas que se ejercen a través de la fuerza.

El filósofo alemán considera que este tipo de injusticias son más deshonrosas que las físicas, precisamente porque aquellas realizadas por astucia requieren para su ejecución el convencimiento por parte del victimario hacia la víctima de que él es una persona fiel y honrada. Convencer a la víctima de que este individuo tiene estas características es necesario para que el victimario pueda persuadir efectivamente al otro de actuar de determinada manera en la que optará por bienes que injustamente beneficiarán al victimario y no a la víctima. Es precisamente el hecho de convencer a otro de algo que no es cierto —de que se es fiel y honrado— lo que Schopenhauer considera como una grave ignominia.

La importancia de la verdad al interior de los contratos es algo que no solo se observa en Schopenhauer. Es más, esta es un elemento fundamental en cualquier acuerdo existente, ya que en la presunción de que el otro no faltará a su palabra y, por ende, no romperá las promesas que ha acordado es que la sociabilidad se hace posible y sostenible. Este aspecto lo destaca Botero cuando reconoce la importancia de la verdad en la generación de confianza al interior del trato entre los individuos:

En este sentido, el que respeta su palabra y más aún su voluntad jurada genera, por ser oración realizativa, ‘confianza’ ante sí mismo, ante el otro —al mostrarse como un ser coherente que posibilita así lo social— y ante el lenguaje. Así, evita la ‘farsa’ de la palabra propia de quien hace, gracias a su ‘egoísmo’, un mero uso instrumental del discurso.³³

Schopenhauer, tesis de doctorado, Valencia, Universitat de València, 2012, p. 364.

³³ Botero, Andrés, *Jurar y juzgar. Estudio sobre el juramento procesal y su evolución en Colombia, siglo XIX*, Bucaramanga, Universidad Industrial de Santander, 2019, p. 28.

EDWARD DUVÁN OROZCO PEREIRA

Su rol no se limita al plano de la interacción personal entre dos individuos, Botero incluso afirma que la importancia de mantener lo prometido en los juramentos trasciende al plano de las interacciones más generales en la sociedad. Esto, por supuesto, trae al estudio los problemas que surgen de la presencia de la mentira en la degradación de las sociedades:

De allí que este moralista castellano, Valdés, terminase por sugerir, para bien del alma y de la sociedad misma: “Sei tan amigo de verdad, que se dé más fe a tu simple palabra que a juramento de otros”; en sintonía con Vives: “Si te tienen en opinión de verdadero, más creerán una cosa cuando hicieres de cabeza señalando que es así, que si otro con grandísimos juramentos la afirmase”. De lo contrario, el perjuro no solo arrastra el alma consigo, sino también a la sociedad, tema sobre el que Vives pone ejemplos históricos de Grecia y Roma.³⁴

Además, para Schopenhauer, los conceptos antes mencionados, justicia e injusticia, solo tienen validez en la moral. Su íntima relación con los sentimientos de cada individuo en su respectiva posición ya sea víctima o victimario, imposibilitan su inserción completa en cualquier norma positiva. Contrario a esto, el significado moral de lo justo e injusto es el contenido del derecho natural o moral y tiene una estrecha relación con la conciencia, entendida como autoconocimiento de la propia voluntad individual. La característica fundamental para Schopenhauer a este respecto está en la diferencia entre el objeto de referencia de los derechos: mientras el derecho natural o moral se centra en el actuar de los individuos, en su obrar, el derecho o ley positiva refiere su contenido siempre en relación con la prevención del padecimiento de la injusticia. De tal manera que el derecho positivo estudia el padecer de lo injusto para determinar qué se puede hacer justamente o qué actos u obrar puede considerarse justo realizar siempre en búsqueda de no ser víctima de injusticias; es decir, de evitar el padecer. Lo que implica, entonces, que el derecho se hace pensando en el inmoral, en el que obra injustamente y no en el comportamiento justo o moral por sí mismo.

³⁴ *Ibidem*, p. 48.

LA JUSTICIA O LA INJUSTICIA DEL CONTRATO DE TRABAJO...

Esta búsqueda se enmarca en un ejercicio racional por parte de los individuos en el que reconocen que existe una proporción directa entre el sentimiento de placer que genera la injusticia en el victimario y el de sufrimiento que experimenta la víctima. Este reconocimiento lleva a los individuos a buscar la disminución del sufrimiento a través de la renuncia al placer de causar injusticia y esta búsqueda, precisamente, configura para Schopenhauer el verdadero fundamento del contrato social o ley positiva: “Así pues, ese medio que el egoísmo ideó fácilmente y fue poco a poco perfeccionando cuando por el uso de la razón procedió metódicamente y abandonó su punto de vista unilateral, es el contrato social o la ley”.³⁵

Es de esta manera como la teoría política³⁶ y la doctrina de la legislación —en términos de Schopenhauer— se refieren a la prevención del padecimiento de la injusticia mas no al obrar justo. De esta forma, el derecho (es decir, el juez) castiga no porque busque la justicia, sino porque busca atemorizar a los individuos, a través del efectivo castigo a los condenados, para que no sometan a actos injustos a los demás. Así, las normas prohíben ciertos actos porque su fin es evitar y prevenir el padecimiento de la injusticia, mas no porque busquen el obrar justo en sí mismo. Aquí la argumentación del filósofo alemán recae en la individualidad de la moral: la injusticia cometida lo es siempre en relación con la voluntad de cometer

³⁵ Schopenhauer, Arthur, *El mundo como..., cit.*, p. 403.

³⁶ Al respecto es importante recalcar que Schopenhauer defiende la monarquía hereditaria como la menos peor de las organizaciones políticas posibles y, por ende, la mejor. Mateu identifica al menos cinco argumentos que usa el filósofo alemán en su defensa ante el republicanismo: *i)* la imposibilidad del derecho moral de aplicarse en la realidad social por fuera de las instituciones tradicionales propias de la monarquía, *ii)* el fomento de las artes y las ciencias más propio de las monarquías, *iii)* la apelación a un naturalismo jerárquico en el cual la monarquía sería una manifestación suya y el republicanismo un movimiento contranatura, *iv)* la necesidad de la existencia de la esclavitud (institución que rechaza Schopenhauer por ser una injusticia física) en el republicanismo y, por último, *v)* la existencia de una mayor estabilidad política en las monarquías que en las repúblicas. Se recomienda la lectura del texto de Mateu, Juan, *La filosofía política..., cit.*, pp. 340-342, especialmente por la contrargumentación que realiza sobre los cinco argumentos que se mencionaron anteriormente.

EDWARD DUVÁN OROZCO PEREIRA

injusticia.³⁷ Para el Estado, por el contrario, lo injusto está relacionado con la acción solo en la medida en que tiene como correlato el sufrimiento o padecimiento de la injusticia. Por esta razón, el Estado no prohíbe ni pretende prohibir el deseo de cometer injusticia, solo intenta, a través de contramotivos, como las penas, evitar que las razones que llevan a los individuos a actuar injustamente se materialicen:

Tampoco tiene el Estado en modo alguno el necio plan de exterminar la inclinación a la injusticia, los sentimientos malvados, sino que simplemente pretende, con el inevitable castigo, poner al lado de cada posible motivo para cometer una injusticia otro preponderante para abstenerse de ella: según eso, el código penal es un registro tan completo como sea posible de los contramotivos para todas las acciones criminales que se presumen como posibles, ambos formulados in abstracto para aplicarlos in concreto a los casos que se presenten.³⁸

El derecho positivo entonces, en relación con la moral, se mueve en sentido inverso: mientras la moral se centra en el aspecto activo (es decir, en el cometer, en las acciones de cada individuo y a través de estas busca los límites de la definición del actuar justo), el derecho positivo se centra en el aspecto pasivo (en el padecimiento y busca así determinar los límites del comportamiento en orden a que los individuos que hacen parte de su sociedad no sufran injusticias a futuro).

³⁷ Al respecto, consúltese el texto de Aramayo, en donde profundiza más en la responsabilidad y la pena en el filósofo alemán. Al respecto afirma el filósofo alemán: “Si desnudamos a esa presentación kantiana de aquella dramaturgia jurídica con que la ha investido arbitrariamente, se disipa también el halo que la rodea junto a su majestuoso efecto y sólo queda el escueto hecho de que, al reflexionar sobre nuestras acciones, a veces nos asalta un descontento con nosotros mismos de índole muy peculiar, el cual tiene la peculiaridad de no concernir al resultado, sino a la acción misma, y de no descansar en razones *egoístas*, como sí lo hacen todas aquellas en que lamentamos la imprudencia de nuestro obrar. Nosotros estamos insatisfechos con nosotros mismos por un sufrimiento que no hemos *padecido*, sino *causado*; éste es el hecho desnudo y que nadie negará”, Schopenhauer citado en Aramayo, Roberto, “Culpa y responsabilidad...”, *cit.*, p. 30.

³⁸ Schopenhauer, Arthur, *El mundo como...*, *cit.*, p. 404.

LA JUSTICIA O LA INJUSTICIA DEL CONTRATO DE TRABAJO...

Lo anterior aclara el rol y la función del Estado, pues este no se dirige a modificar o perfeccionar la moralidad de cada individuo, ya que, para el filósofo alemán, esto no es posible, pues el origen del Estado se encuentra en la respuesta al egoísmo y a las consecuencias perjudiciales de este último. De tal manera, que el fin primero del Estado —en congruencia con lo expresado por Hobbes—,³⁹ es el bienestar público mediante prohibiciones respaldadas por castigos:

Como se dijo, el Estado no está dirigido contra el egoísmo en general y en cuanto tal; muy al contrario, ha nacido del egoísmo de todos que se comprende a sí mismo, procede de manera metódica y pasa del punto de vista unilateral al general haciéndose así común por acumulación; solo para servir a este existe el Estado, erigido bajo la correcta hipótesis de que no se puede esperar una moralidad pura, es decir, un obrar justo por razones morales; en otro caso, él mismo sería superfluo.⁴⁰

La legislación positiva (las normas vigentes), en relación con lo antes mencionado, es la doctrina moral del derecho aplicada por el lado inverso. Lo que implica entonces que un verdadero derecho positivo, para lograr conformar un Estado como una legítima asociación de derecho, debe estar determinado fundamentalmente por las directrices de la doctrina pura del derecho moral o derecho natural: “solo entonces es la legislación un verdadero derecho positivo y el Estado una asociación de derecho, un Estado en el sentido propio de la palabra, una institución moralmente lícita y no inmoral”.⁴¹ Luego, de la relación del derecho positivo y el natural de una sociedad depende la perfección del Estado, su legitimidad y justicia.

El contenido de toda doctrina pura del derecho o derecho natural debe realizar cinco tareas que fundamentarán su contenido, tales son: *a)* explicar el significado verdadero y el origen del concepto de justo e injusto; *b)* deducir el derecho de propiedad y su validez moral; *c)* deducir la validez moral de los contratos (fundamentación moral del derecho contractual); *d)* explicar el nacimiento y la finalidad del Estado y su relación con la pura doctrina del derecho; y, por

³⁹ Esto lo reconoce Schopenhauer en su texto, *ibidem*, p. 405.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ *Ibidem*, p. 406.

EDWARD DUVÁN OROZCO PEREIRA

último, e) deducir el derecho penal a partir de la finalidad del Estado y su relación con la moral.

El término *doctrina pura del derecho* o *derecho natural* hace referencia al contenido moral de todo derecho natural o moral posible, alejado de su equivalente positivo que se fundamenta única y exclusivamente en la prevención del padecimiento de injusticias. Difiere radicalmente de este en que sí se dirige hacia el actuar justo del hombre, hacia qué debe hacer cada individuo para ser justo. Además de esto, determina al menos tres aspectos fundamentales —que se mencionan en el párrafo anterior— de la vida en sociedad: el derecho de propiedad, el Estado y el derecho penal.

Hasta el momento se han dilucidado los cuatro primeros puntos de la determinación del contenido de la pura doctrina del derecho moral. Así, para finalizar, el derecho penal se encarga, principalmente, de coaccionar a los individuos de la sociedad en la renuncia del placer del cometer la injusticia y, ante todo, de evitarle a los ciudadanos el sufrimiento de injusticias en el futuro por medio de la prevención general negativa⁴² (se sanciona a alguien para que sirva como ejemplo a los demás). Esta normativa solo puede darse al interior del Estado como ley positiva, es decir, como definición siempre previa de un castigo relacionado con un crimen. Esto implica que todos los miembros de la sociedad, en pleno conocimiento de estas leyes, reconozcan, acepten y cumplan los mandatos allí expresados. ¿Y cómo se logra esto? Como se mencionó previamente, debe lograrse por medio de la pena o la sanción, puesto esto sirve de ejemplo a todos para que así se abstengan de cometer un acto injusto por miedo (aspecto que une a Schopenhauer con la tradición hobbesiana sobre la función del miedo en la organización política).⁴³

⁴² Se ve aquí un rasgo que se puede identificar con la teoría de la prevención general: el único fin legítimo de la pena es infundir miedo en los demás a través de su efectiva ejecución y así prevenir que se cometan más injusticias. En palabras de Schopenhauer: “Por eso el Estado no prohibirá a nadie que piense continuamente en matar y envenenar a otro, en cuanto sepa con certeza que el miedo a la ejecución y al suplicio impedirá los efectos de aquel querer”. *Ibidem*, p. 404.

⁴³ Idea que luego se presenta en Olivecrona (1987-1980), quien “Define el derecho como una fuerza (que ejerce presión psicológica verificable experimentalmente pero, a veces, debe recurrir a la fuerza física para terminar de respaldar la

LA JUSTICIA O LA INJUSTICIA DEL CONTRATO DE TRABAJO...

Sobre este punto es importante mostrar la relación que tiene la postura del filósofo alemán con la *teoría de la prevención general*. Para esta teoría el único fin de la pena es la intimidación, a través del castigo, de la generalidad de los ciudadanos con el fin de que no comentan ningún crimen:

El delincuente, para esta posición, es un hombre que atenta contra el sistema adoptado por la generalidad, y dicho acto dañino, socialmente merece ser reprimido con tal que sirva de lección a los miembros de la sociedad, amenazándolos con la imposición de penas similares si copian la conducta del castigado.⁴⁴

Así, se ve aquí un rasgo que se puede identificar de la teoría de la prevención general en el pensamiento del filósofo alemán: el único fin legítimo de la pena es infundir miedo en los demás a través de su efectiva ejecución y así prevenir que se cometan más injusticias. En palabras de Schopenhauer: “Por eso el Estado no prohibirá a nadie que piense continuamente en matar y envenenar a otro, en cuanto sepa con certeza que el miedo a la ejecución y al suplicio impedirá los efectos de aquel querer”.⁴⁵

El reconocimiento, la aceptación y el cumplimiento de estas leyes implica la creación y la instauración de un contrato en el que los individuos renuncian al placer de la injusticia para beneficiarse del no padecimiento de injusticias. Lo cual, en relación con lo que se ha mencionado anteriormente respecto de la importancia moral de los contratos, nos lleva a deducir un aspecto importante acerca de la moralidad del derecho contractual. El incumplimiento de un contrato implica el uso de la astucia para tornar las fuerzas de la voluntad de otros individuos al servicio de la propia. De tal manera que el

presión psicológica de obediencia en los miembros de la comunidad, esto es, actualizar el miedo al castigo) pero organizada burocráticamente y por reglas jurídicas que son habitualmente respetadas por la población, logrando así la convivencia y el bienestar social”, Botero, Andrés, “El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el Siglo XIX y primera mitad del Siglo XX”, en Fabra, Jorge (ed.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, 2015, p. 148. La información en el corchete es propia.

⁴⁴ Botero, Andrés, “La teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria”, *Revista de Derecho Penal*, Madrid, núm. 25, 2001, p. 100.

⁴⁵ Schopenhauer, Arthur, *El mundo como..., cit.*, p. 404.

EDWARD DUVÁN OROZCO PEREIRA

incumplimiento del contrato social aceptado por cada individuo en su adhesión a una sociedad no solo es un ilícito desde una perspectiva meramente jurídica, sino un acto injusto inmoral en total independencia de la coherencia entre el derecho positivo y la pura doctrina moral del derecho. Es decir, que incluso en los casos en que lo castigado por el derecho positivo no es considerado un acto injusto desde la moral, el delito o el ilícito cometido, según el caso, pasa a ser la injusticia más ignominiosa que pueda cometer un individuo en la medida en que incumple un contrato que él conscientemente ha aceptado. Esto implica que todo delito o crimen cometido es por sí mismo el quebrantamiento de un contrato, específicamente de aquel que el hombre ha aceptado para vivir en sociedad y en el que se comprometía a dejar de lado su egoísmo con el fin de lograr una vida en comunidad libre del padecimiento de injusticias.

IV. CONDICIONES DE UN CONTRATO DE TRABAJO JUSTO EN EL PENSAMIENTO MORAL DE ARTHUR SCHOPENHAUER

Para contestar la pregunta propuesta en esta investigación, a saber, ¿en qué condiciones un contrato de trabajo es justo o injusto desde el pensamiento moral de Arthur Schopenhauer?, se deben retomar y profundizar algunos aspectos mencionados anteriormente.

El primero de ellos es el relacionado con la propiedad. Se afirmó previamente que, en su origen, solo hay un fundamento moral de la propiedad privada: la adquisición y la apropiación mediante el empleo de las propias fuerzas. Sin embargo, además del trabajo, existen otros dos tipos de fundamentos morales: la transferencia (entre individuos) y el otorgamiento por parte del Estado. En el primer caso, se encuentra la permuta y la donación;⁴⁶ y, en el segundo, la cesión voluntaria y la recompensa.

⁴⁶ Una tercera ubicada aquí es la herencia. Schopenhauer no la menciona en *El mundo como voluntad y representación*, pero en otras obras lo introduce como un fundamento legítimo de la propiedad: “En las lecciones sobre metafísica del derecho, Schopenhauer introduce una modificación al texto de WWV, I, §62, mediante la que intenta legitimar el derecho de herencia por el derecho absoluto de propiedad; si la propiedad, moralmente legítima, es una cosificación mediada por las fuerzas

LA JUSTICIA O LA INJUSTICIA DEL CONTRATO DE TRABAJO...

Sin embargo, al analizar el fundamento moral originario (el trabajo) se comprende que, como bien lo menciona Battaglia,⁴⁷ este es un concepto que encierra en sí mismo varios significados. Al interior del trabajo como fundamento originario de la propiedad, radican en Schopenhauer varias actividades que entran en este significante: el mejoramiento, la protección, la elaboración y la conservación. Esto supone un problema, ya que, si se parte de que estas actividades en el caso de cualquier objeto producido y, por ende, apropiado,⁴⁸ son realizadas por distintos individuos, ¿quién debe ser el legítimo propietario de este objeto? Schopenhauer, si bien parece haberse planteado este interrogante, no profundiza en detalle en su resolución. Lo que se encuentra en *El Mundo como Voluntad y Representación* es una afirmación que posibilita construir una respuesta:

En efecto, cuando a través de un esfuerzo ajeno, por pequeño que sea, una cosa es elaborada, mejorada, protegida frente a los accidentes o conservada, aunque ese esfuerzo consistiera simplemente en recoger o levantar del suelo una fruta silvestre, está claro que el que arrebatara tal cosa quita al otro el resultado de las fuerzas empleadas en ella, hace así que sea el cuerpo del otro en lugar del suyo el que sirva a su voluntad, y afirma su propia voluntad más allá de su fenómeno, hasta llegar a la negación del ajeno: es decir, comete injusticia.⁴⁹

del propio individuo, de su voluntad, el individuo posee un derecho total sobre la propiedad, lo que incluye la cesión hereditaria". Mateu, Juan, *La filosofía política...*, cit., p. 349.

⁴⁷ Afirma Battaglia sobre la definición del trabajo: "Trabajo es un concepto complejo, ya que hace relación a los más diversos aspectos de la vida, y por ello considera a las ciencias más diversas, cada una de las cuales se ocupa de él y lo encuadra diversamente, más o menos, central, más o menos importante, pero siempre digno de interés" Battaglia, Felice, *Filosofía del trabajo*, trad. de Francisco Elías de Tejada, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 7.

⁴⁸ Se prefiere este término al de *poseído*, por tener este entre sus significados uno que Schopenhauer descartará enfáticamente y es el de la cosa que alguien ha declarado ser su posesión: "Porque es claro y fácil de ver que no puede haber una *toma de posesión legítima* sino solamente legítima *adquisición, apropiación* de la cosa mediante el empleo originario de las propias fuerzas en ella" Schopenhauer, Arthur, *El mundo como...*, cit., p. 395. Las itálicas son parte de la fuente citada.

⁴⁹ *Idem*.

EDWARD DUVÁN OROZCO PEREIRA

Así, con base en lo anterior, la respuesta a la pregunta lleva a que se plantee una propiedad compartida. El objeto en el que se hayan aplicado las fuerzas de varios individuos tiene que, necesariamente, ser propiedad de todos aquellos sujetos que aplicaron sus fuerzas en el mismo. Esto, por supuesto, conduce a otra pregunta: ¿cómo se determina la proporción de propiedad que cada uno de estos individuos tiene sobre esa cosa? No se tienen elementos suficientes para contestar esta pregunta, de manera estricta⁵⁰, desde esta obra de Schopenhauer. Sin embargo, se proponen dos posibles salidas congruentes con su pensamiento. Por una parte, en el caso en el que la cosa apropiada pueda dividirse, la distribución de esta propiedad entre sus copropietarios se daría de manera justa entre ellos si ninguno de estos siente que está padeciendo injusticia en ese acuerdo. De esta manera, el determinante que permite saber si esta división es justa o no es, en última instancia, la voluntad de cada uno de los individuos y, particularmente, la ausencia del sufrimiento propio del padecimiento de una injusticia.

Por otra parte, una salida alternativa se puede encontrar en uno de los otros fundamentos morales de la propiedad antes enunciado: la permuta. Esta entendida como una transferencia de propiedad bidireccional. En este caso, los copropietarios pueden intercambiar objetos entre ellos para facilitar la distribución siempre teniendo como criterio que ninguno de los individuos copropietarios sienta que los demás están negando su voluntad de vivir manifestada en las fuerzas aplicadas en el objeto.

En cualquiera de los dos casos deberá haber un acuerdo entre todos los individuos involucrados y, por ende, será necesario un contrato. De esta forma, por el respeto que merece la fidelidad y la honradez de todos los individuos y la búsqueda de la justicia, deberá excluirse de este acuerdo cualquier tipo de mentira o astucia que intente falsear el conocimiento de los demás con el fin de que en su comportamiento actúen a favor de la voluntad de otro individuo mientras piensan —y no es así— que benefician la suya.

⁵⁰ Mucho más si tiene en cuenta el estilo de Schopenhauer. Al respecto, consúltese Rábade, Sergio, “El cuerpo en Schopenhauer”, *cit.*, p. 139.

LA JUSTICIA O LA INJUSTICIA DEL CONTRATO DE TRABAJO...

La donación no parece ofrecer problemas para la moral. Al ser una transferencia unilateral, la responsabilidad recae absolutamente en la decisión voluntaria del propietario de transferirla sin recibir nada a cambio. El fundamento moral de esta transferencia reside en que el propietario de cierto objeto posee derechos sobre el objeto mismo, de la misma forma en la que posee derechos sobre su cuerpo y según Schopenhauer este podrá disponer de su objeto según lo determine:

Tal como lo hemos deducido antes, el derecho de propiedad moralmente fundado da por su naturaleza al propietario un poder sobre la cosa tan ilimitado como el que tiene sobre su propio cuerpo; de donde se sigue que puede transferir su propiedad a otros mediante permuta o donación, y estos entonces poseerán la cosa con el mismo derecho que él⁵¹.

La cesión voluntaria y la recompensa son las dos últimas formas en las cuales se sustenta la propiedad privada. En este caso, su fundamento se mueve entre lo moral y lo jurídico. Para Schopenhauer, este tipo de justificación solo se aplica a aquellas cosas que no son susceptibles de ser trabajadas por mejoramiento o protección.⁵² El carácter dual de la posesión de estos objetos queda claro en el siguiente fragmento:

De todo lo que no sea susceptible de ser trabajado por medio de una mejora o una prevención contra los accidentes, no hay ninguna posesión exclusiva moralmente fundada, a no ser que se la posea por una cesión voluntaria de todos los demás o en recompensa por otra clase de servicios; pero esto supone ya una comunidad reglamentada por convención: el Estado.⁵³

Lo anterior implica al menos dos contratos: a nivel particular entre un individuo y el Estado; y a nivel más general en la aceptación y la existencia del Estado mismo, quien promulga la ley y con esto

⁵¹ Schopenhauer, Arthur, *El mundo como...*, cit., p. 396.

⁵² Schopenhauer no ofrece ejemplos sobre este tipo de propiedades. Por lo que queda abierto el interrogante sobre para qué objetos aplicaría en este caso.

⁵³ *Idem*.

EDWARD DUVÁN OROZCO PEREIRA

acepta la existencia de un contrato social que busca la coexistencia sin injusticias de sus ciudadanos.

Para concluir la disertación sobre la propiedad, resulta pertinente ver otras visiones de este concepto enmarcadas fuera de la obra magna de Schopenhauer. Es este el caso de la obra de Juan Mateu titulada *La filosofía política y su trasfondo ontológico en la obra de Arthur Schopenhauer*, pues allí se exponen aspectos de gran relevancia para esta investigación. En uno de sus trabajos se aborda, precisamente, la relación entre los fundamentos de la propiedad privada y cómo se aplican realmente en la sociedad. Al respecto, Mateu⁵⁴ recalca que para Schopenhauer las propiedades se adquieren —ya en su tiempo— más por la transferencia, es decir, a través de la permuta, la herencia o la donación, que por la adquisición a través del trabajo propio:

Esto es así hasta tal punto que en el mencionado ensayo *Sobre el fundamento de la moral*, Schopenhauer reconoce que casi ninguna propiedad real responde al derecho moral, es decir, está basada en el trabajo, sino que la mayoría es adquirida, heredada, etcétera, de modo que no puede menoscabarse el derecho positivo a la propiedad por una reivindicación directa de la propiedad como derecho moral basado en el trabajo.⁵⁵

De la información precedente se concluye que, si bien el trabajo es, en origen, el fundamento moral legítimo de toda apropiación de una propiedad, ya en la época del filósofo alemán, es, en realidad, el menos común de los fundamentos de la propiedad privada.⁵⁶ Esta

⁵⁴ Mateu también realiza una reflexión importante sobre la relación del pensamiento de Schopenhauer con el marxismo y se interna en el debate sobre si el filósofo alemán es o no defensor del capitalismo, tema que también se encuentra en Botero, Andrés, “Schopenhauer: entre el ostracismo y los memes”, *Revista Filosofía UIS*, Bucaramanga, vol. 17, núm. 2, 2018, y Zapata, Daiman, “Arthur Schopenhauer, ¿defensor del capitalismo?”, *Versiones*, vol. 1, núm. 5, 2014, pp. 25-34.

⁵⁵ Mateu, Juan, *La filosofía política...*, cit., p. 347.

⁵⁶ Esto último se muestra como un ejemplo de lo expuesto por Paolo Prodi en sus obras y que se encuentra sintetizado en Botero, Andrés y Aguirre, Javier, “El juramento y los dos foros: los aportes histórico-filosóficos de Paolo Prodi en relación con el rol de la religión en las democracias occidentales”, *Tópicos, Revista de Filosofía*, México, núm. 57, 2019, pp. 87-123. Al perder el fuero moral la influencia en el comportamiento del hombre, el derecho positivo se apropia de este terreno y lo

LA JUSTICIA O LA INJUSTICIA DEL CONTRATO DE TRABAJO...

afirmación es fundamental para este trabajo porque permite ir un paso más allá de lo estrictamente expresado por Schopenhauer en *El mundo como voluntad y representación* y poder tener esta aseveración del filósofo alemán como premisa a la hora de contestar la pregunta rectora de este estudio.

Sin embargo, antes de pasar a esta respuesta, es necesario revisar de cerca un aspecto importante en relación con todo contrato. Como se afirmó previamente, lo más valioso al momento de acordar un contrato es la fidelidad y la honestidad que los individuos se prometen entre sí. De esta forma, cualquier mentira proferida por alguno de los individuos involucrados y que implique una extralimitación de la una voluntad sobre otra es una injusticia. No obstante, si se revisa la visión presente en Mateu⁵⁷ se comprende que existen al menos cuatro situaciones en las cuales la mentira es justa.

La primera de estas es cuando la mentira es utilizada como medio para evitar ser víctima de una injusticia, como una especie de legítima defensa. Este aspecto de la mentira como acto injusto ya se había estudiado cuando se refirió sobre la justicia de los actos injustos. De este modo, si un individuo percibe que hay otro que intenta hacerlo padecer una injusticia, este puede usar la causalidad física (violencia) o del conocimiento (mentira) para evitar que efectivamente lo haga.

El segundo caso atañe a aquellos momentos en los cuales la intimidad personal y la propiedad privada intentan ser invadidos por la indiscreción de la curiosidad por fuera de los límites de otro individuo. Concretamente en el caso en el que no responder ante las inquietudes del otro o responder con una negativa a dar una respuesta a la pregunta puede generar sospechas en los otros y esto puede llevar al detrimento de sus propiedades o intimidad.

Los dos primeros casos hasta ahora vistos corresponden ambos a un derecho a mentir en situaciones concretas. Sin embargo, el tercero será, ya no un derecho, sino un deber. Para Schopenhauer,

domina a través del miedo generado, no por entes trascendentales (aunque en este caso no esté necesariamente ligado a una deidad), sino por un ente terrenal y por todos conocido, el Estado y su derecho.

⁵⁷ Mateu, Juan, *La filosofía política...*, cit.

EDWARD DUVÁN OROZCO PEREIRA

hay ciertos casos en los cuales mentir es una obligación de cierto individuo que busca un objetivo que le es beneficioso a otro individuo. El ejemplo que trae Mateu —que a su vez él rescata de Schopenhauer— es el del paciente con síntomas psicofísicos, cuya medicación no tiene realmente un principio activo, pero su consumo inconsciente trae beneficios a su salud. En este caso, es deber del médico mentirle a su paciente sobre la naturaleza del medicamento para que este siga sintiendo los beneficios.

Por último, se presenta en Schopenhauer una defensa de la mentira noble, en la que un individuo se auto-inculpa para evitarle un daño al otro:

Independientemente de los problemas que pueda padecer una posición radicalmente anti-egoísta, como la de Schopenhauer, para la que paradójicamente la acción de mayor valor sea la negación de la propia voluntad, Schopenhauer apunta al ennoblecimiento de la mentira en una situación no excepcional: la falsa auto-inculpación para evitar un daño a otro.⁵⁸

Ahora, al relacionar los casos en los que la mentira es justa para Schopenhauer con la necesidad de fidelidad y honestidad al interior de los contratos, surgen varias preguntas: ¿se aplican algunos de estos casos para los contratos?, ¿o requieren estos de una honestidad absoluta?

Se propone que todos los casos podrían encontrarse al interior de un contrato, y la existencia de alguna de estas mentiras no parece implicar necesariamente su incumplimiento. En el primer caso, aquel que miente para prevenir una injusticia está precisamente evitándola y, con esto, está preservando la justicia al interior del contrato, por lo que su obrar sería justo. Para el segundo caso, la aplicación, al igual que para el primero, parece omnipresente, al privilegiarse la protección a la propiedad privada y la intimidad, el contrato estaría necesariamente subordinado a estos. El tercer caso presenta una situación en la cual al menos uno de los individuos tiene una condición especial (como el paciente con síntomas psicofísicos), y, sin duda, se podría afirmar, desde este caso, que un individuo debe

⁵⁸ *Ibidem*, p. 367.

LA JUSTICIA O LA INJUSTICIA DEL CONTRATO DE TRABAJO...

mentir si esta mentira, en últimas, va a ser beneficiosa para el otro sujeto involucrado en el contrato.⁵⁹ Igual sucedería en el cuarto caso, en donde la auto-inculpación puede traer beneficios para el otro o los otros individuos inmersos en el contrato.

De esta manera se observa que más allá de un rechazo a la mentira al interior mismo del contrato, lo que necesariamente no debe suceder en un contrato justo es precisamente que alguno de los individuos le mienta a los demás con el fin de extraer de esa relación contractual más de lo que le corresponde a costa de lo que le pertenece a cada uno de los demás individuos.

Y es precisamente en relación con esto que el juramento, como acto de acuerdo de un contrato tiene dos funciones fundamentales: por un lado, servir de garantía ante los demás individuos que pactaron el acuerdo y, por el otro, y a partir de este, como posibilitador de todo contrato, en la medida que la existencia de una garantía da cierta tranquilidad a los individuos en relación con su efectivo cumplimiento:

Pero, ¿cuál era la función del juramento? Según Prodi, esta institución garantizaba la armonía y la estabilidad de la vida propia de la colectividad, en la medida en que establecía relaciones duraderas de disciplinamiento social que permitían la convivencia y la paz con las entidades metafísicas a las que se temía por su capacidad de venganza o, por lo menos, a las que se respetaba por su posibilidad de protección.⁶⁰

El último de los conceptos a revisar es el de trabajo. Este tiene al menos dos acepciones a considerar. La primera de ellas hace referencia al trabajo como la actividad de un individuo en la cual él ejerce sus fuerzas en la elaboración, protección, mejoramiento o conservación de un objeto. En esta acepción se excluye, por supuesto, cualquier relación de subordinación, ya que el único fin que se persigue es precisamente el producto mismo de ese trabajo. Estos aspectos presentes en la acepción schopenhaueriana de *El mundo*

⁵⁹ Esto a simple vista llega “a un límite abierto a discusión” y a una “polémica casi irresoluble”. Mateu, Juan, *La filosofía política...*, cit., p. 367. No se centrará este apartado en replicar las distintas posturas en la discusión ya que no es, propiamente, el objetivo de este trabajo.

⁶⁰ Botero, Andrés y Aguirre, Javier, “El juramento y...”, cit., p. 103.

EDWARD DUVÁN OROZCO PEREIRA

como voluntad y representación se enmarcan en lo expresado por Battaglia cuando afirma:

...tanto denota la forma o la acción general del trabajo (yo trabajo), cuanto la cosa elaborada o producto (este libro es un trabajo mío), y, por fin, el esfuerzo mantenido en la producción, siendo sinónimo de fatiga (grande es el trabajo para conseguir tal o cual calificación en los exámenes).⁶¹

Sin embargo, por otra parte, y en relación con el objetivo de esta investigación, se tiene que diferenciar el uso de este concepto cuando se refiere a una relación laboral. Aquí, por supuesto, el individuo que aplica sus fuerzas a determinado fin no lo hace por el producto mismo, sino porque ha pactado o contratado con otro individuo que recibirá un bien a cambio de su trabajo. Sobre esta cuestión se debe considerar que, aunque lo adquirido al final de la actividad en ambas acepciones es diferente, la actividad que se realiza, en sí, sigue siendo conforme a la primera acepción, es decir, sigue siendo trabajo, entendido como la aplicación de las propias fuerzas en un determinado objeto. Incluso, se puede sostener que al interior de esta acepción de trabajo como relación laboral tiene que encontrarse el trabajo como actividad del individuo, con la salvedad de que aquel que realiza el trabajo voluntariamente decide intercambiar el producto de su labor por otro bien de otro individuo.

De esta manera, dentro del contrato de trabajo se encuentra, entonces, un acuerdo entre individuos que pactan intercambiar (por transferencia) el producto del trabajo (entendido en la primera acepción mencionada) de uno de ellos por un determinado bien⁶² que el sujeto que ha aplicado sus fuerzas en el mejoramiento, protección, elaboración o conservación del objeto ha aceptado a cambio. Esto lleva a uno de los interrogantes que surgieron al inicio de esta investigación y es ¿cómo puede efectivamente un contrato laboral ser justo desde el fundamento originario de la propiedad, a saber, que solo es justa la propiedad fruto del trabajo propio? La respuesta

⁶¹ Battaglia, Felice, *Filosofía del trabajo*, cit., p. 5.

⁶² Que en la gran mayoría de casos suele ser dinero.

LA JUSTICIA O LA INJUSTICIA DEL CONTRATO DE TRABAJO...

radica, precisamente, en que este tipo de contrato requiere de una fase posterior al origen de toda propiedad privada y necesita enmarcarse en los fundamentos de transferencia o de otorgamiento; es decir, como condición de posibilidad de todo contrato laboral se requiere que se den ya los otros fundamentos distintos al trabajo en su primera acepción.

Esto, a su vez, muestra una diferencia fundamental en las afirmaciones que realiza Schopenhauer en sus obras. Mientras en *El mundo como voluntad y representación I* se encuentran proposiciones de orden más prescriptivo, es decir, señalando el deber ser de la propiedad; en otros textos como *Sobre el fundamento de la moral* (texto posterior a *El mundo como voluntad y representación I*), el filósofo alemán realiza afirmaciones descriptivas sobre el ser de la propiedad privada en su momento. De esto se puede concluir que Schopenhauer era consciente, al menos al momento de publicar esta segunda obra, de que su propuesta sobre el origen de toda propiedad privada era difícilmente realizable, sobre todo si el fundamento de la gran mayoría de las propiedades se encontraba en la transferencia o el otorgamiento, y no en el trabajo propio.

De esta manera, se tienen ya los elementos necesarios para responder a la pregunta rectora de este escrito: ¿en qué condiciones un contrato de trabajo es justo o injusto desde el pensamiento moral de Arthur Schopenhauer? Primero, no deben existir mentiras al interior del contrato, a excepción de aquellas que se enmarquen en los cuatro casos ya mencionados. Segundo, ninguno de los individuos debe sentir, ya acordado el contrato, que es víctima de una injusticia, es decir, no debe padecer ningún sufrimiento. Así, de igual forma, ninguno de los dos sentirá remordimiento de conciencia, ya que no le han infringido ninguna injusticia al otro. Lo que implica, entonces, que ninguno de los dos tenga pretensiones de afirmar su voluntad negando la voluntad del otro. Y esto es posible por, como tercero y último, un concepto fundamental en el pensamiento de Schopenhauer: la compasión.⁶³ Esta, para el filósofo, es el fundamento de

⁶³ Concepto que recuerda a la simpatía humeana. Al respecto, consúltese Hume, David, *Tratado de la naturaleza humana II*, trad. de Félix Duque, Buenos Aires, Orbis, 1984, pp. 441-510.

EDWARD DUVÁN OROZCO PEREIRA

toda moral —en contraposición con el egoísmo propio del principio de individuación— y sin el cual toda moral se reduce a un esquema lógico en abstracto:

La “compasión” hace posible romper el estrecho círculo del ego-centrismo, para lograr una cierta identificación con el otro. El egoísta considera al mundo como un “no-yo” absoluto y mantiene con él relaciones hostiles, instrumentales o de desconfianza; en cambio, a través de la compasión los otros e incluso lo otro (los seres no humanos y los objetos) deja de ser el “no-yo” para adquirir un carácter de “yo otra vez”. La compasión implica un proceso de descentración de la imagen del mundo, que representa un requisito indispensable del punto de vista moral.⁶⁴

V. CONCLUSIONES

En búsqueda de la respuesta a la pregunta directriz de esta investigación, ¿en qué condiciones un contrato de trabajo es justo o injusto desde el pensamiento moral de Arthur Schopenhauer?, se plantearon tres momentos correspondientes a cada uno de los capítulos de este texto.

En el primer capítulo, se revisaron los conceptos de injusticia-justicia, propiedad y trabajo, buscando dar claridad sobre sus acepciones desde la perspectiva schopenhaueriana, con el fin de usarlos de forma precisa en la respuesta al interrogante planteado. Para esto fue necesario realizar antes un sintético esquema del término *voluntad*, sus acepciones en el pensamiento schopenhaueriano y su relación con el cuerpo. En el segundo capítulo se detallaron el concepto de contrato y su aplicación; a su vez, se explicitó su relación con otros conceptos como fidelidad y honradez y, además, se expuso el Estado y el derecho positivo como fundamentados en un contrato, el *contrato social*. En el tercer capítulo se desarrolló el objetivo principal de esta investigación y, por ende, se dio respuesta a la pregunta planteada. Para eso debió ahondarse minuciosamente en los con-

⁶⁴ Serrano, Enrique, “Sobre el fundamento de la moral”, *Signos, Anuario de Humanidades*, México, año X, 1996, p. 243.

LA JUSTICIA O LA INJUSTICIA DEL CONTRATO DE TRABAJO...

ceptos de propiedad y contrato, así como la mentira (astucia) y su importancia, a la vez que fue necesario recurrir a fuentes especializadas que permitieron obtener información más precisa de otras obras de Schopenhauer distintas a su obra magna.

De esta manera, la hipótesis de la que se partió al inicio de la investigación (a saber, que sí puede existir un contrato laboral justo desde Schopenhauer) se confirmó, por lo que a pesar de la tajante afirmación schopenhaueriana de que la propiedad es justa si proviene del trabajo propio debe matizarse con declaraciones posteriores del mismo filósofo que permiten inferir que la propiedad obtenida mediante contratos es justa con ciertos requisitos. Así las cosas, posible obtener una propiedad a partir del trabajo realizado en un contrato laboral. Lo que quedaba por determinar entonces era cuáles eran las condiciones en las que los contratos de trabajo eran justos desde el pensamiento del filósofo alemán. En la respuesta a este interrogante se encontró que hay al menos tres elementos que todo contrato laboral justo debe tener:

No deben existir mentiras. A excepción de las cuatro que son justas para Schopenhauer: *a)* la mentira como una especie de legítima defensa; *b)* la mentira como protectora de la propiedad privada y la intimidad personal; *c)* la mentira como deber cuando busca un beneficio en el otro y *d)* la mentira noble. Esto supone que todo contrato en el que alguno de los individuos engañe al otro es necesariamente injusto.

No debe haber padecimiento de injusticia y, por ende, tampoco remordimiento de conciencia entre los individuos que participan en el contrato.

La compasión debe estar presente como fundamento de la moral, ya que es el sustento real que hará que ninguno de individuos intente negar la voluntad del otro.

Sin embargo, al menos del primero de estos tres elementos surge una pregunta que es fundamental responder: ¿es posible, en la relación entre empleador-empleado, que no existan engaños? Tal y como se ha mencionado anteriormente, este tipo preguntas no encuentran una respuesta literal en esta obra de Schopenhauer. Sin embargo, hay un gran elemento que permite proponer una respuesta y es precisamente el tercero de los elementos mencionados, la compasión.

EDWARD DUVÁN OROZCO PEREIRA

Es esta, como fundamento de la moral, la que incentiva en últimas el obrar justo, más allá de las utilidades o beneficios que puedan traer al individuo y apoyándose en el reconocimiento del otro como ser sintiente y pasional. Otra pregunta muy diferente es si esto realmente es así en todos, o al menos la mayoría, de los contratos laborales, lo que este documento no se atreve a responder por no tener, en este caso, elementos suficientes desde la obra estudiada y porque la respuesta es más casuística que general. Este asunto deberá ser estudiado en una ocasión futura, incluso más allá del margen de la acción filosófica.

Por último, otro punto que vale la pena destacar y que surge de todo el panorama de la investigación es que se puede evidenciar aquí una posible contradicción en el pensamiento de Schopenhauer. En un primer momento, defiende fervientemente que el fundamento de toda propiedad privada debe ser exclusivamente el trabajo propio. Luego, y sobre todo en otras obras diferentes al *Mundo como Voluntad y Representación*, reconoce que esto está lejos de ser la realidad y que, de hecho, la gran mayoría de las propiedades, ya en su tiempo, se fundamentaban en la transferencia contractual o en la herencia. Vale la pena recordar que incluso él mismo vivió durante toda su vida de las rentas que le generaba la gran herencia que le dejó su padre⁶⁵, lo cual le permitió al menos en gran parte de su vida no tener que trabajar para poder subsistir.

VI. REFERENCIAS

ARAMAYO, Roberto, "Culpa y responsabilidad como vertientes de la conciencia moral", *Isegoría*, Madrid, núm. 29, 2003, disponible en: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/487>.

BATTAGLIA, Felice, *Filosofía del trabajo*, trad. de Francisco Elías de Tejada, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

⁶⁵ Al respecto, consúltese la biografía de Schopenhauer realizada por Moreno, Luis, *Schopenhauer. Una biografía*, cit.

LA JUSTICIA O LA INJUSTICIA DEL CONTRATO DE TRABAJO...

- BOTERO, Andrés, "La teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria", *Revista de Derecho Penal*, Madrid, núm. 25, 2001, disponible en: <http://www.rtfed.es/numero5/16-5.pdf>.
- BOTERO, Andrés, "El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el Siglo XIX y primera mitad del Siglo XX", en FABRA, Jorge (ed.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, 2015.
- BOTERO, Andrés, "Schopenhauer: entre el ostracismo y los memes", *Revista Filosofía UIS*, Bucaramanga, vol. 17, núm. 2, 2018, disponible en: <http://dx.doi.org/10.18273/revfil.v17n2-2018001>.
- BOTERO, Andrés, *Jurar y juzgar. Estudio sobre el juramento procesal y su evolución en Colombia, siglo XIX*, Bucaramanga, Universidad Industrial de Santander, 2019.
- BOTERO, Andrés y AGUIRRE, Javier, "El juramento y los dos foros: los aportes histórico-filosóficos de Paolo Prodi en relación con el rol de la religión en las democracias occidentales", *Tópicos, Revista de Filosofía*, México, núm. 57, 2019, disponible en: <http://topicosojs.up.edu.mx/ojs/index.php/topicos/article/view/1069>.
- CABOS, Jordi, "Sufrimiento e individualidad en Schopenhauer", *Anuario Filosófico*, Navarra, vol. 47, núm. 3, 2014, disponible en: https://proyectosocio.ucv.es/wp-content/uploads/2016/03/03-Estudios_Cabos.pdf.
- CARRILLO, Lucy, "Schopenhauer: sobre individuos y sociedad", *Estudios de filosofía*, Medellín, núm. 37, 2008, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/3798/379847512006.pdf>.
- HUME, David, *Tratado de la naturaleza humana II*, trad. de Félix Duque, Buenos Aires, Orbis, 1984.
- KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, trad. de Mario Caimi, México, FCE-UAM-UNAM, 2009.
- KOSSLER, Matthias, "El principium individuationis en Schopenhauer y la Escolástica", en ONCINA, Faustino (ed.), *Schopenhauer en la historia de las ideas*, México, Plaza y Valdés Editores, 2011.

EDWARD DUVÁN OROZCO PEREIRA

- LÓPEZ, Pilar, “Voluntad y sexualidad en Schopenhauer”, *Thémata*, Sevilla, núm. 24, 2000, disponible en: <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/27501>.
- LÓPEZ, Pilar, “El kantismo de Schopenhauer: ¿herencia o lastre?”, en ONCINA, Faustino (ed.), *Schopenhauer en la historia de las ideas*, México, Plaza y Valdés Editores, 2011.
- MAGEE, Bryan, *Schopenhauer*, trad. de Amaia Bárcena, Madrid, Cátedra, 1991.
- MARTÍNEZ, José, *Schopenhauer y la crisis del concepto moderno de razón*, tesis de doctorado, Murcia, Universidad de Murcia, 1998.
- MATEU, Juan, *La filosofía política y su trasfondo ontológico en la obra de Arthur Schopenhauer*, tesis de doctorado, Valencia, Universitat de València, 2012.
- MORENO, Luis, *Schopenhauer. Una biografía*, Madrid, Trotta, 2014.
- MUÑOZ-ALONSO, Germán, “Reflexiones sobre Schopenhauer y su teoría del cuerpo”, *Revista general de información y documentación*, Madrid, vol. 2, núm. 2, 1992, disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/RGID/article/view/RGID9292220093A>.
- MUÑOZ-REJA, Vicente, “Schopenhauer: estrategias de acreditación del mundo como voluntad”, *Bajo Palabra*, Madrid, núm. 2, 2007, disponible en: <https://revistas.uam.es/bajopalabra/article/view/3637>.
- PÉREZ Jara, Javier, “La importancia del cuerpo como “constitutivo formal” de todo viviente en la filosofía de Schopenhauer”, *Thémata, Revista de Filosofía*, Sevilla, núm. 44, 2011, <https://revistascientificas.us.es/index.php/themata/article/view/505>.
- RABADE Romeo, Sergio, “El cuerpo en Schopenhauer”, *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, Madrid, vol. 23, 1989, disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/ASEM/article/view/ASEM8989110135A>.

LA JUSTICIA O LA INJUSTICIA DEL CONTRATO DE TRABAJO...

- RÁBADE, Ana, “La filosofía de Schopenhauer como crítica de la Ilustración”, *Anales del Seminario de Metafísica*, Madrid, núm. 23, 1989.
- SCHOPENHAUER, Arthur, *El mundo como voluntad y representación I*, trad. de Pilar López de Santa María, Madrid, Trotta, 2009.
- SERRANO, Enrique, “Sobre el fundamento de la moral”, *Signos, Anuario de Humanidades*, México, año X, 1996, disponible en: https://www.academia.edu/25972967/Sobre_el_fundamento_de_la_moral.
- VINCENZO, Matteo, “Trascendental, cuerpo y voluntad en Fichte y Schopenhauer”, en ONCINA, Faustino (ed.), *Schopenhauer en la historia de las ideas*, México, Plaza y Valdés Editores, 2011.
- ZAPATA, Daiman, “Arthur Schopenhauer, ¿defensor del capitalismo?” *Versiones*, vol. 1, núm. 5, 2014, disponible en: <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/versiones/article/view/22516>.

SOBRE LA ÉTICA DE UNA MORATORIA EN EDICIÓN GENÉTICA HUMANA*

ON THE ETHICS OF A MORATORIUM ON HUMAN GENE EDITING

Robert T. HALL**

María de Jesús MEDINA ARELLANO***

Resumen:

Este trabajo analiza las implicaciones sociales de la moratoria propuesta en la revista *Nature* por científicos sobre edición genética en la línea germinal. Afirmamos que la investigación no se debe basar en consensos de opinión pública, sino en evidencia científica. La investigación en ciencia básica en animales podría ser suficiente, para después, investigar en embriones humanos, este es un juicio moral, pero se basa en evidencia y debe ser tomado por personas que entienden la ciencia, no por la opinión pública. El punto de una moratoria es el de avanzar de manera cautelosa, pero no el de limitar el progreso, por tanto, las implicaciones sociales que apunta dicha moratoria son limitantes y perpetúan estigma sobre la innovación en ciencia.

Palabras clave:

Edición genética, investigación en la línea germinal, moratoria, consenso, opinión pública.

* Artículo recibido el 24 de enero de 2020 y aceptado para su publicación el 10 de junio de 2020.

** PhD, profesor de la Facultad de Filosofía, director del CREEI (*Caribbean Research Ethics Education Initiative*) del Programa Fogarty en la Universidad Autónoma de Querétaro, correo: bobwvsc@yahoo.com.

*** PhD en Bioética y Jurisprudencia Médica. Investigadora titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Este trabajo es parte del proyecto de investigación "Tecnologías genéticas en la reproducción humana asistida: Acceso a la salud y al beneficio del avance científico", núm. IG300520 del Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación e Innovación Tecnológica (PAPIIT) en la UNAM, correo: mariana@unam.mx, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4324-4083>.

ROBERT T. HALL / MARÍA DE JESÚS MEDINA ARELLANO

Abstract:

In this paper we analyze the social aspects on the latest moratorium on germline gene editing proposed by scientists in the journal Nature. We assert that research should not be based on public opinion consensus, but on scientific evidence. Basic science research on animals could initially be enough to later conduct research on human embryos. This is a moral judgment; the decision is based on evidence and should be taken by persons who understand science, and not by public opinion. The point of any moratorium is to move forward cautiously, but not to limit progress. Therefore, the social implications mentioned in this moratorium are limiting and may stigmatize scientific innovation.

Keywords:

Gene Editing, Germline Research, Moratorium, Consensus, Public Opinion.

SOBRE LA ÉTICA DE UNA MORATORIA...

SUMARIO: I. *Introducción: edición genética y llamados a moratorias.* II. *Discrepancias éticas.* III. *Tres pautas relevantes.* IV. *Implementación.* V. *Reflexiones finales.* VI. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN: EDICIÓN GENÉTICA Y LLAMADOS A MORATORIAS

En 2015, la aplicación de la edición genómica en humanos para modificar la línea germinal fue central en la discusión académica, en este tema. Esto a raíz del uso de tecnologías como TALENs y, más recientemente, CRISPR/Cas-¹ una herramienta de edición genética que por su eficiencia y bajo costo es fácil de incorporar en protocolos de ciencia básica en embriones humanos.² Es la primera vez, que se llamaba a una moratoria a consecuencia del anuncio del primer grupo de científicos en China, quienes anunciaban que habían editado genes en embriones humanos en la línea germinal.³ En este mismo año, se convocó la Primera Cumbre Internacional sobre Edición del Genoma Humano, por la Academia de Ciencias y Medicina de Estados Unidos, en donde las principales conclusiones fueron: 1) continuar con la investigación en ciencia básica, y 2) no proceder a la aplicación clínica con fines de reproducción humana.⁴ Por otro lado, premios nobel por separado, Lanphier⁵ y Baltimore,⁶ se

¹ Véase: “Declaración sobre Edición Genética Humana del Grupo Hinxton,” 2015, disponible en: http://www.hinxtongroup.org/Hinxton2015_Statement.pdf (fecha de consulta: 24 de agosto de 2020).

² Cyranoski, D. y Reardon, S, “Chinese scientists genetically modify human embryos”, *Nature News*, 2015, disponible en: <https://www.nature.com/news/chinese-scientists-genetically-modify-human-embryos-1.17378>.

³ Chan, S. *et al.*, “Edición genética: Punto de no retorno,” *Nexos*, núm. 498, 2019, disponible en: <https://www.nexos.com.mx/?p=42688> (fecha de consulta: 24 de agosto de 2020).

⁴ National Academy of Sciences, “International Summit on Human Gene Editing: A Global Discussion”, 2016, disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK343651/> (fecha de consulta: 24 de agosto de 2020).

⁵ Lanphier, E., *et al.*, “Don’t Edit the Human Germ Line”, *Nature News*, núm. 519, núm. 7544, 2015, p. 410.

⁶ Baltimore, D. *et al.*, “A Prudent Path Forward for Genomic Engineering and Germline Gene Modification”, *Science*, núm. 348, vol. 6230, 2015, pp. 36-38.

ROBERT T. HALL / MARÍA DE JESÚS MEDINA ARELLANO

pronunciaban por una moratoria en el ámbito de la investigación en embriones humanos y su aplicación en reproducción. A la par, grupos internacionales invitaban a un llamado a la prudencia, es decir, a evitar la obstrucción de la investigación en ciencia básica de edición genética en embriones humanos, tal y como lo señalaron en la Declaración del Grupo Hinxton (2015):

14. Las sociedades tienen la autoridad para regular la ciencia y los científicos tienen la responsabilidad de obedecer la legislación. Sin embargo: 14. Cualquier limitación de la investigación científica debe ser derivada de preocupaciones razonables sobre riesgos que sean demostrables de daños a personas, instituciones de la sociedad, o la sociedad en su conjunto. Los políticos deben abstenerse de limitar la investigación científica a menos que haya una justificación sustancial para hacerlo que vaya más allá de los desacuerdos basados únicamente en convicciones morales divergentes.⁷

Sin embargo, en noviembre de 2018, a unas horas de que comenzara la segunda edición de la Cumbre Mundial sobre Edición Genética Humana en Hong Kong, se anunciaba que ni las recomendaciones ni discusiones coadyuvaron, y que se había ya aplicado esta tecnología con la finalidad de reproducción humana en China. Fue el “científico” He Jiankui —entre comillas, porque parte de lo que presentó da cuenta de la carencia de responsabilidad en ética de la investigación científica—, reportaba a través de un video en YouTube, que había utilizado CRISPR/Cas9 para reproducir seres humanos inmunes al VIH.⁸ En el marco del sensacionalismo de las redes, se circulaba la noticia de que habían nacido las bebés genéticamente modificadas, Lulú y Nana, señalado como un “regalo hermoso y puro” para los padres de las niñas y para la sociedad en general.⁹

⁷ *Op. cit.*, nota 3.

⁸ De Miguel Beriain, I., “¿Modificar o no modificar el genoma de nuestra descendencia? Algunos comentarios a raíz de la Declaración del Comité de Bioética de España sobre la edición genómica en humanos,” *Revista Bioética y Derecho. Perspectivas Bioéticas*, núm. 47, 2019.

⁹ Pascual, V., “El científico chino que modificó los genes de dos bebés admite otra fecundación con embriones alterados”, *El país*, 2019, https://elpais.com/elpais/2018/11/28/ciencia/1543381113_429352.html (fecha de consulta: 24 de

SOBRE LA ÉTICA DE UNA MORATORIA...

En el marco de la cumbre la condena fue enérgica contra He, y una vez terminada dicha reunión, el grupo de organizadores preparó un reporte repudiando las actividades anunciadas por He Jiankui, en donde básicamente se hacía un llamado a conducirse con las mejores prácticas éticas y estándares internacionalmente reconocidos en el área de la investigación científica.¹⁰ Dado que es importante reconocer los riesgos de llevar a cabo esta investigación, como por ejemplo, lo que hoy sabemos son los resultados no deseados, como podría ser el llamado “mosaicismo”.¹¹ La UNESCO ha llevado un trabajo muy importante con relación a deliberar públicamente sobre este tema, adoptando posiciones públicas y declaraciones internacionales¹² que son un referente para la adopción de cualquier política pública a nivel global.¹³

En el mes de marzo de 2019, de nueva cuenta, otro grupo de científicos emitía un llamado a una moratoria similar a aquella elaborada en 2015 a raíz del primer ensayo preclínico de ingeniería genética en embriones humanos. En esta ocasión, y como reacción al escándalo de Hong Kong, un grupo de científicos publicaron en la revista *Nature* el comentario titulado: “Adopción de una moratoria

agosto de 2020).

¹⁰ National Academy of Sciences, “Second International Summit on Human Genome Editing: Continuing the Global Discussion: Proceedings of a Workshop—in Brief”, 2019, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK535994/> (fecha de consulta: 24 de agosto de 2020).

¹¹ Mosaicismo o mosaico genético, se trata de una alteración genética en la que, en un mismo individuo, coexisten dos o más poblaciones de células con distinto genotipo. Respecto de las gemelas editadas por He Jiankui y esta posible alteración, véase: Rosenbaum, L. “The future of gene editing—toward scientific and social consensus”, *N Engl J Med*, vol. 380, núm. 10, 2019, pp. 971-5.

¹² UNESCO, “Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos”, 1997, disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (fecha de consulta: 24 de agosto 2020).

¹³ Véase: UNESCO “Grupo de expertos de la UNESCO pide la prohibición de “edición” del ADN humano para evitar inmoral manipulación de los rasgos hereditarios”, disponible en: <https://es.unesco.org/news/grupo-expertos-unesco-pide-prohibicion-edicion-del-adn-humano-evitar-inmoral-manipulacion> (fecha de consulta: 24 de agosto 2020).

ROBERT T. HALL / MARÍA DE JESÚS MEDINA ARELLANO

en la edición del genoma heredable”, del cuál resaltamos tres elementos del llamado, consistentes en la invitación a adoptar:¹⁴

Moratoria global. Consistente en no llevar al ámbito clínico la edición genética, es decir, con fines reproductivos. Dado que “se trata de una línea que no se debería de cruzar por ningún motivo o propósito”. Puesto que no podemos diferenciar “mejoramiento genético”, del alivio de enfermedades genéticas incurables, al momento. Ambas finalidades loables y útiles para el avance de esta área del conocimiento, sin embargo, al parecer no es así en términos de la moratoria, puesto que otorgan mayor valor ético a la segunda y descartan el mejoramiento.

Régimen de vigilancia regulatoria voluntaria. En este punto, se invita a no solamente adoptar un marco jurídico específico, dado que señalan que las autoridades sanitarias encargadas de aprobar ensayos clínicos tomando en consideración seguridad y eficacia, no siempre lo hacen de una manera “sabia”, es decir, no están preparados para lidiar los cuestionamientos fundamentales (sin señalar cuáles son éstos, ni tampoco qué significa actuar de manera “sabia”). De igual manera, señalan que el registro de actividades de manera voluntaria por parte de los gobiernos en el mundo fomentará mejores prácticas, dado que no se trata de un documento que pretenda prohibir de manera total estas prácticas, sin embargo, creemos que el simple hecho de adherirse a un documento internacional “voluntario o no”, implica aceptar la limitación, por tanto, tampoco creemos que sea el camino para avanzar en el área, existen otros caminos para fomentar responsabilidad en la investigación.¹⁵

Consenso social. Señalan que “La edición de la línea germinal no debe usarse a menos que haya un amplio consenso social”. Por ejemplo, mencionan que las personas con diferencias genéticas o discapacidades pueden experimentar estigmatización y discriminación. Grupos religiosos y otros probablemente encontrarán la idea de rediseñar la biología fundamental de la humanidad moralmente

¹⁴ Lander, E. S. *et al.*, “Adopt a moratorium on heritable genome editing,” *Nature Publishing Group*, 2019.

¹⁵ Véase Luna, F., “Edición genética y responsabilidad”, *Revista Bioética y Derecho. Perspectivas Bioéticas*, núm. 47, 2019.

SOBRE LA ÉTICA DE UNA MORATORIA...

problemática. Y continúan señalando que el acceso disímil a la tecnología podría aumentar la desigualdad. Este pronunciamiento al “consenso social”, se entiende como llamado a una consulta pública y nos parece peligroso y poco viable, independientemente de que el “consenso” en sociedades plurales en donde existen distintas visiones éticas, culturales, religiosas, respetuosas de los derechos humanos en su diversidad, no se rigen por las mayorías, sino por democracias deliberativas que toman en consideración la variedad de perspectivas éticas de la comunidad en su conjunto y se toman en serio el respeto a los derechos fundamentales desde las diferencias.¹⁶

Las moratorias mencionadas son dúctiles y problemáticas. En principio, la naturaleza de una moratoria como temporal implica que no habrá una prohibición permanente (pero existe ya una limitante en esta postura) y eventualmente van a ocurrir ensayos clínicos, por lo que sostienen que argumentos a favor de una prohibición absoluta no están en la ecuación, sin embargo, resulta cuestionable esta postura dado que una limitante es llamar a moratoria en sí misma, es irrelevante sostenerla, ya que se seguirá llevando a cabo la investigación, tal y como lo mostró el caso de He Jiankui.

Como señalamos, la moratoria en sí misma es una propuesta ética limitante, ya que se trata de una recomendación de no acción con el propósito de evitar daño a seres humanos, y el genoma humano ensimismo. Los argumentos presentados a favor de una prohibición absoluta no son la solución, dado que, a mayor avance de la ciencia básica, la aplicación clínica no se hará esperar.¹⁷ La pregunta relevante en la que tenemos que pensar, es: ¿Cómo queremos que ocurra la aplicación clínica de la ingeniería genética humana? Al momento, la propuesta de moratoria temporal no serviría en la disminución de los conflictos de interés de la propia ciencia, dado que las y los científicos en el mundo seguirán llevando a cabo investigación con la

¹⁶ Véase: Morrison, M. y Saille, S. de, “CRISPR in Context: Towards a Socially Responsible Debate on Embryo Editing”, *Palgrave Communications*, núm. 5, vol. 1, 2019, pp. 1-9.

¹⁷ Por ejemplo, la última sofisticación de la tecnología en cuanto a generar cadenas de ADN específicas, véase: Anzalone, A. V. et al., “Search-and-Replace Genome Editing Without Double-Strand Breaks or Donor DNA”, *Nature*, núm. 576, vol. 7785, 2019, pp. 149-157.

ROBERT T. HALL / MARÍA DE JESÚS MEDINA ARELLANO

finalidad de obtener una aplicación. Los cuestionamientos éticos importantes son la evaluación de riesgos y seguridad de las y los sujetos que serán incluidos en ensayos clínicos para la investigación sobre edición de genes en la línea germinal.

Es evidente en el caso de He Jiankui, que existen deseos de las y los científicos de adquirir fama internacional por ser los primeros en tener éxito en esta práctica.¹⁸ Otro caso similar que podemos mencionar es el ocurrido en abril de 2016, en México, cuando nació en Guadalajara el primer bebé con ácido desoxirribonucleico (ADN) de tres individuos diferentes.¹⁹ La operación se realizó para evitar que un bebé heredara una enfermedad que, de lo contrario, se transmitiría a través del ADN mitocondrial materno en el Centro de Fertilidad New Hope.²⁰ Fue hecho en México, sin adecuada vigilancia ética, ni observancia en la regulación mexicana, como ya se advertía anteriormente, la carencia de regulación específica combinada con el precario seguimiento ético fomenta malas prácticas.²¹ A consecuencia de esas prácticas, se generaliza la percepción de la ciencia local proveniente de países en desarrollo, perpetuando así la errónea percepción sobre la ciencia que se lleva a cabo en estos países.²²

Estos deseos de las y los científicos de ser pioneros en llevar a cabo innovación en la investigación y aplicación de ingeniería genética en humanos pone latente el hecho de que la respuesta a una práctica responsable en ciencia básica y su futura aplicación clínica

¹⁸ Véase Santillán-Doherty, P. *et al.*, "Considerations on Genetic Engineering: Regarding the Birth of Twins Subjected to Gene Edition", *Gaceta Médica de México*, núm. 156, 2020, pp. 51-57.

¹⁹ Reardon, S., "Genetic Details of Controversial Three-parent Baby Revealed," *Nature News*, núm. 544, vol. 7648, 2017, p. 17.

²⁰ Palacios-González, C. y Medina-Arellano, M. J., "Mitochondrial Replacement Techniques and Mexico's Rule of Law: on the Legality of the First Maternal Spindle transfer case. *J Law Biosci*", *Journal of Law and the Biosciences*, vol. 4, núm. 1, 2017, pp. 50-69.

²¹ Chan, S. y Medina-Arellano, MdJ., "Genome Editing and International Regulatory Challenges: Lessons from Mexico," *Ethics, Medicine and Public Health*, núm. 2, vol. 3, 2016, pp. 426-434.

²² Chan, S. *et al.*, "Mitochondrial Replacement Techniques, Scientific Tourism, and the Global Politics of Science", *Hastings Center Report*, núm. 47, vol. 5, 2017, pp. 7-9.

SOBRE LA ÉTICA DE UNA MORATORIA...

no puede ser motivo de una moratoria, sino de una efectiva vigilancia ética y jurídica con los estándares internacionales existentes. Sin embargo, la comunidad científica internacional insiste en llamados necios a una moratoria, cuando lo que necesitamos son reglas flexibles que evalúen el riesgo caso por caso para que el avance suceda con vigilancia adecuada, cumpliendo con las normas éticas existentes. Ejemplos del enorme interés y posibilidad de trasladar la ingeniería genética a la cama de los pacientes está frente a nosotros, por ejemplo, en Rusia y otras partes del mundo esto ya está sucediendo y la moratoria no parece ser un obstáculo,²³ y por tanto las reglas éticas de la investigación científica vigentes operan como un semáforo efectivo ante comités de ética establecidos.

II. DISCREPANCIAS ÉTICAS

Nuestro análisis en adelante está dirigido a examinar en detalle los puntos relativos a las consideraciones “éticas, morales y sociales” presentadas en el comentario publicado en *Nature* por Erick Lander *et al.* (2019). Creemos que los puntos éticos mencionados en ese apartado están más o menos fuera del ámbito específico de la moratoria y por lo tanto son irrelevantes para la propuesta que formulan. Las preocupaciones ahí establecidas son relevantes al asunto en general de la práctica clínica generalizada de la edición de genes, pero no específicamente a la propuesta de una moratoria en la investigación científica básica. En su lugar, argumentaremos que sería más efectivo y consistente tomar en consideración y cercana atención a los requisitos y estándares internacionales establecidos,²⁴ de

²³ Cyranoski, D., “Russian Biologist Plans more CRISPR-Edited Babies”, *Nature*, núm. 570, vol. 7760, 2019, pp. 145 y 146.

²⁴ Por ejemplo, la Declaración de Helsinki. En recientes fechas el Comité de expertos de la Organización Mundial de la Salud (OMS) emitió recomendaciones sobre el desarrollo de estándares y gobernanza global respecto a la edición genética humana, no será motivo de nuestra reflexión en este trabajo, se puede acceder a esta recomendación en: “Helsinki Declaration of WMA - Ethical Principles for Medical Research in Humans”, World Medical Association, Francia, Ferney-Voltaire, 2013, disponible en: <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/index>.

ROBERT T. HALL / MARÍA DE JESÚS MEDINA ARELLANO

ahí podremos seguir reflexionando en el cómo se deben implementar las guías éticas a la luz de los avances en el área de la edición genética humana y qué se debe hacer al final y después del avance de la ciencia básica en embriones humanos, para estar en condiciones de aplicar ensayos clínicos con fines reproductivos y no meramente de investigación. Comenzamos con cada uno de los puntos mencionados en el comentario:

1. *Discriminación*

Erick Lander (2019) y sus colegas sugieren que “individuos con diferencias o discapacidades genéticas podrían experimentar estigmatización y discriminación”. Esto podría ser una consideración para cualquiera persona, o pareja, que está contemplando el uso de la tecnología para reproducir un descendiente genéticamente vinculado libre de enfermedades o bien con condiciones genéticas favorables para el desarrollo una vida saludable. Sin embargo, si la discriminación no es propuesta como argumento para la prohibición total del uso clínico de esta nueva tecnología, esto es muy situacional y no constituye un argumento respecto a la moratoria en sí. Además, en casos de discriminación (racismo, sexismo) normalmente no deberíamos ni culpamos a las víctimas de discriminación, sino a la gente que discrimina. No decimos que es inapropiado moralmente tener niños que posiblemente van a sufrir discriminación, sino que tal discriminación ensimismo es inmoral.²⁵ Ningún uso de tecnologías genéticas para la constitución de familias debería ser prohibida por razones de discriminación, desde una perspectiva de igualdad género, el acceso a la reproducción genética para personas de la diversidad sexual no debe limitarse,²⁶ tampoco debería ser motivo de prohibición o moratoria, incluso iría en contra de los estándares y juris-

html.pdf?print-media-type&footer-right=[page]/[toPage].

²⁵ Bennett, R., “The Fallacy of the Principle of Procreative Beneficence”, *Bioethics*, núm. 23, vol. 5, 2009, pp. 265-273.

²⁶ Cavaliere, G. y Palacios-González, C., “Lesbian Motherhood and Mitochondrial Replacement Techniques: Reproductive Freedom and Genetic Kinship”, *Journal of Medical Ethics*, núm. 44, vol. 12, 2018, pp. 835-842.

SOBRE LA ÉTICA DE UNA MORATORIA...

prudencia internacionales en materia de protección a los derechos humanos para las familias, al menos en América latina.²⁷

Es aquí oportuno compartir un ejemplo relevante y cercano, la hija de uno de los autores de este texto fue adoptada en 1967 en los Estados Unidos de Norteamérica; su nombre es Lauren, ella tenía un abuelo biológico afroamericano ¿Es apropiado moralmente señalar que Lauren no debería de haber sido adoptada por el riesgo social de discriminación? Sí existían riesgos, por ejemplo: Al adoptar a Lauren sus papás adoptivos fueron expulsados del departamento en el que vivían. Más tarde surgió la pregunta sobre si a Lauren se le debería dar acceso al uso de la alberca pública, si en ese entonces hubiera sido necesario el consenso público, habría sido muy probable que la adopción y acceso a constituirse en familia se les prohibiera. De hecho, también así lo apunto un profesor de ética, es decir, señalo que una niña negra iba a ser victima de discriminación debido a su herencia genética, sin importar quiénes sean sus padres adoptivos.

Según el *New York Times*, la adopción de Lauren fue una de las primeras adopciones de una niña negra por padres blancos.²⁸ En aquel entonces, era muy probable que el consenso social podría haber conducido a una prohibición de la adopción interracial. Si la posibilidad de discriminación social basada en la herencia genética es un argumento en contra de la adopción, entonces a los negros o los judíos (o a los americanos y los mexicanos) no se les debería permitir adoptar hijos. La pregunta es si el gobierno debe prohibir participación en investigaciones genéticas, limitando la libertad de elección de las y los participantes, debido a los riesgos sociales o deberíamos continuar los esfuerzos para cambiar las condiciones sociales que crean estos riesgos. El argumento para poner limites en la libertad basado en consenso social es equivocado.

Por supuesto, las y los participantes en experimentos genéticos deben considerar los riesgos sociales. Y es apropiado que el gobierno insista en que sean informados sobre los riesgos y benefi-

²⁷ Véase: Corte IDH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 2011, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?n_Id_Ficha=196&lang=es.

²⁸ Klemesrud, J., "Integration am the Family Level: Whites Adopt Negro Children", *New York Times*, 1967.

ROBERT T. HALL / MARÍA DE JESÚS MEDINA ARELLANO

cios. Esto es lo que significa el proceso de consentimiento informado y ya se encuentra en la legislación vigente. Pero la aceptación o no de riesgos sociales es un derecho de las y los participantes no del gobierno. No debe formar parte de una moratoria. Algunas veces olvidamos que el servicio médico, incluyendo prácticas nuevas y de investigación, son un contrato. El médico tiene algo que ofrecer y el paciente tiene la oportunidad de aceptar o rechazar la oferta. Las razones sociales a favor o en contra de la experimentación genética forman parte de las consideraciones de las personas para aceptar o rechazar participación en un experimento. La tarea del gobierno es controlar la práctica médica, es decir, controlar lo que deberían ofrecer, no lo que las personas deberían aceptar o rechazar. Por lo tanto, un comité de ética de investigación debería decir cuál o cuáles experimentos son médicamente de algo riesgo y no deberían ofrecerse. La aceptación de un tratamiento o procedimiento experimental es prerrogativa del paciente. Algunas tomamos riesgos: algunas otras no. Algunas personas fuman, otras no. La toma de riesgos es un derecho individual. El gobierno puede proteger este derecho al insistir en que las personas estén completamente informadas (tanto como sea posible) antes de tomar una decisión. Pero esto no le quita la decisión al paciente o a la persona sujeta de investigación.

2. *Efectos psicológicos*

El temor de que “los niños con ADN editado puedan verse afectados psicológicamente de manera perjudicial” es situacional de la misma manera. Dado que no especifican exactamente qué efectos perjudiciales tienen en mente, pero esto seguramente dependerá de cómo los padres críen y eduquen a sus hijos. La infancia criada en condiciones de pobreza a menudo se ve afectada psicológicamente, pero las familias pueden compensar esto. Los padres que contemplan el uso de la tecnología moderna para eliminar una condición médica heredable deberían considerar esto, pero de ninguna manera está asegurado que sus niños van a verse afectados psicológicamente.²⁹

²⁹ Kleiderman, E. *et al.*, “The ‘Serious’ Factor in Germline Modification”, *Journal of Medical Ethics*, núm. 45, vol. 8, 2019, pp. 508-513.

SOBRE LA ÉTICA DE UNA MORATORIA...

3. Presiones sociales

El comentario también sugiere que “los padres podrían ser sometidos a una poderosa presión de compañeros y de mercadeo para mejorar a sus hijos”. Pero la presión social para hacer un mal uso de un procedimiento médico, como puede ser el caso de la cirugía plástica, no es razón para prohibir su uso benéfico. “*Abusus non tollit usum*” es una máxima medieval —el abuso no prohíbe el uso— la posibilidad de abuso no es argumento en contra al uso apropiado.³⁰

4. Objeciones religiosas

En el comentario de *Nature* también se afirma que “muchos grupos religiosos y otros probablemente encuentren la idea de rediseñar la biología fundamental de los seres humanos moralmente preocupantes”. Sin embargo, como sucede con otras cuestiones sociales, creemos que las opiniones religiosas de algunas personas no deben limitar la libertad de otras religiones ni de personas sin religión, es decir, de la comunidad secular. La iglesia católica, por ejemplo, está opuesta a cualquier tecnología de reproducción que no es “natural” (en los términos que el catolicismo), pero esto no cuenta en contra de la libertad de otros para usar o no anticoncepción en la planificación familiar. Desde hace más de cuatro décadas nos hemos reproducido de muchas maneras, diferentes a como las haya querido cualquier “Dios”, y hemos de esta manera beneficiado a la constitución de familias diversas en generaciones pasadas y presentes.³¹

5. Desigualdad de oportunidades

La propuesta de una moratoria también predice que “el acceso desigual a la tecnología podría aumentar la desigualdad” porque es-

³⁰ Koplin, J. J. *et al.*, “Germline Gene Editing and the Precautionary Principle”, *Bioethics*, núm. 34, vol. 1, 2019, pp. 49-59.

³¹ Véase: Palacios-González, C. *et al.*, “Multiplex Parenting: IVG and the Generations to Come”, *Journal of Medical Ethics*, núm. 40, vol. 11, 2014, pp. 752-758.

ROBERT T. HALL / MARÍA DE JESÚS MEDINA ARELLANO

taría disponible solo para los ricos. Esto es verdad, pero creemos que esto es un argumento muy débil respecto al progreso médico. El acceso desigual al progreso de cualquier tipo es casi siempre el caso y existen factores sociales más poderosos que aumentan desigualdad social mucho más que la biotecnología, por ejemplo, la herencia de una fortuna, o bien, el acceso a educación superior. Las y los autores de la propuesta de moratoria son quizás los beneficiarios de acceso desigual a la educación y algunos son profesores en universidades que aumentan la desigualdad de oportunidades.

Encontrar de nueva cuenta esta argumentación es interesante y tampoco es nueva, esta idea fue promovida por primera vez en un libro por bioeticistas influyentes en los Estados Unidos.³² Todos estos bioeticistas quienes imparten clases en universidades prestigiosas en donde se ofrece educación excepcional y, en última instancia, acceso a tecnología avanzada para personas de clases media y alta. Si no debemos aumentar la desigualdad social puesto que se trata de un valor ético, entonces, estos bioeticistas no deberían ser profesores en estas universidades que aumentan la desigualdad social y no son accesibles para toda la población, y no lo serán en mucho tiempo.

6. *Una subespecie humana*

Finalmente, el argumento de que “el mejoramiento genético podría incluso dividir a la humanidad en subespecies” nos parece un intento de provocar miedo sin evidencia de su probabilidad o sus consecuencias, que son los criterios estándares de la gestión de riesgos. Creación de una raza superior fue rechazado desde la segunda guerra mundial. Esta es una pendiente resbaladiza que no se desliza.

Aunque las posibilidades de discriminación, efectos psicológicos y presiones sociales pueden ser consideraciones personales, no son factores inevitables con el uso de la tecnología en cuestión, sino factores situacionales que dependen de la sociedad, la cultura y las

³² Véase: Buchanan, A. *et al.*, *From Chance to Choice: Genetics and Justice*, Nueva York, Cambridge University Press, 2000.

SOBRE LA ÉTICA DE UNA MORATORIA...

personalidades de las personas que considerarían el uso de la tecnología. Además, estos temores aplican por igual a edición de genes somáticos. La idea de una moratoria en la edición del genoma hereditario ya ha sido aceptada en principio, por supuesto, con ciertas condiciones. Así que estas consideraciones mencionadas en el comentario de *Nature* y que hemos analizado son consideradas irrelevantes para la propuesta de avance responsable.

Los temas relativos a las objeciones religiosas, menoscabo de igualdad de oportunidades y el desarrollo de una subespecie humana, si fueran moralmente determinativas, constituirían argumentos para una prohibición total de la ingeniería genética humana y por eso son irrelevantes a la idea de una moratoria de la edición en la línea germinal. La discusión sobre qué debe y no debe ser prohibido totalmente no ayuda mucho. Si se debe prohibir la edición de genes humanos totalmente, la pregunta sobre la moratoria no es relevante, sin embargo, creemos que la solución nunca será la prohibición, sino que una adecuada vigilancia ética y regulación flexible en la investigación científica y clínica de novedosas terapias genéticas.³³

III. TRES PAUTAS RELEVANTES

Proponemos consideraciones más específicas para considerar el punto de una moratoria en la edición del genoma hereditario. Creemos que una mayor consideración de los aspectos éticos de la moratoria debe ser enfocada en las pautas establecidas por la Declaración de Helsinki (OMS, 2013) y las pautas éticas del Consejo de las Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas (2016). Usamos estos códigos internacionales para explicar las condiciones en las que se deben permitir los ensayos clínicos y organizamos los siguientes pensamientos respecto a los requisitos éticos específicos de seguir adelante después de una moratoria razonable.

La moratoria propuesta está basada en la suposición de que sí existe un acuerdo sobre un principio ético muy general: No experi-

³³ Medina-Arelano, M. J., *Regular para Innovar: Células Troncales en México. Fronteras entre la ciencia, la bioética y el derecho*, México, Fontamara, 2018.

ROBERT T. HALL / MARÍA DE JESÚS MEDINA ARELLANO

mentación en ensayos clínicos con seres humanos hasta que la evidencia en ciencia esté desarrollada lo suficientemente para estar en condiciones razonables y seguras, y así evitar errores. Dado esto, los códigos internacionales sobre ética de investigación llaman particular atención a tres puntos esenciales para la aprobación o no de ensayos clínicos: 1) el análisis de riesgos y beneficios, 2) consentimiento informado y 3) la confidencialidad de información personal.

1. *Consentimiento informado*

¿Cómo podemos asegurarnos de que los pacientes realmente entiendan los riesgos y beneficios? Hay personas a las que les gusta o están dispuestas a aceptar riesgos y existen otras personas que no toman riesgos en absoluto. Esto forma parte de su elección, de igual manera es parte de los requisitos del proceso de consentimiento informado. El problema de la ética de investigación es ¿Cómo podríamos asegurarnos de que el consentimiento de un sujeto de experimentación está realmente informado y válido? Todavía tenemos mucho campo desconocido respecto a estos avances científicos, y tenemos que desarrollar los mejores procedimientos que se puedan para asegurar que la gente que participa en experimentos otorga su consentimiento realmente informado. Probablemente siempre habrá héroes en la medicina como Jesse Gelsinger quien tomó el riesgo de un procedimiento genético y murió. Pero, como demostró la tragedia de Gelsinger, hay más que podemos hacer para mejorar el proceso de investigación responsable (incluso especialmente para evitar conflictos de intereses). Profesionistas en el área de consejería genética han desarrollado habilidades para ayudar a personas contemplando estas decisiones. El desafío de investigación respecto a la edición del genoma hereditario es colosal y se necesita que el profesional de la salud y de investigación estén involucrados en la complejidad que representa el proceso de obtención de consentimiento informado en la práctica clínica de tecnologías de innovación genética.³⁴

³⁴ Véase Holzer, F. y Mastroleone, I., "Innovative care in Latin America: definition,

2. *Confidencialidad de la información*

¿Cómo podemos proteger la confidencialidad de la información médica a la vez de que reconocemos que será importante realizar un seguimiento de la edición somática y de la línea germinal? Será necesaria la transparencia en el intercambio de información para evaluar los riesgos de ensayos clínicos. Los autores de la moratoria propuesta enfatizan un acuerdo científico y ético para seguir adelante con ensayos clínicos después de levantar la moratoria. Y mencionaron la monitoria previa de los grupos de investigación mencionados al inicio de este texto. Aunque, lo más importante es recalcar sobre la necesidad de intercambio de información científica sobre éxitos y fallos, esto resulta obvio, ya que es esencial para no permitir la innecesaria repetición de investigaciones fútiles. Sin embargo, el intercambio de información arriesga que pueda ser divulgada la información privada sobre individuos en contra de su derecho a la privacidad, pero creemos que podemos balancear los riesgos y beneficios en la divulgación de cierta información, sin afectación. Quizás se pueda desarrollar un registro internacional con suficiente información científica para futuras investigaciones sin revelar las identidades de los pacientes por medio de vigilancia internacional. La participación en este intercambio de información confidencial por parte de las y los investigadores debe ser un requisito indispensable en la aprobación de ensayos clínicos.

3. *Riesgos y beneficios*

¿Cómo evaluamos los riesgos y beneficios de los ensayos clínicos que involucra la edición del genoma hereditario? Creemos que se puede utilizar el principio de precaución aplicado caso por caso. El principio de precaución es muy mal entendido. Muchas comentaristas (incluyendo bioeticistas) piensan que la precaución significa que, si alguien tiene dudas sobre los riesgos de una investigación,

justification and ethical principles”, *Controversies in Latin American Bioethics*, Spinner, 2019, pp. 145-176.

ROBERT T. HALL / MARÍA DE JESÚS MEDINA ARELLANO

esto debería ser suficiente para desaprobársela o prohibirla. Esta interpretación subjetiva y no es lo que sostiene el principio.

El principio de precaución consiste en que, si existe evidencia de daño o peligro, a pesar de que esta evidencia no cumple con los estándares de prueba científica (de los ensayos clínicos con grupos de control y hay más que un 5% de probabilidad de error), las autoridades tienen el derecho de limitar o no aprobar, incluso prohibir, la actividad hasta que el patrocinador o investigador demuestre que la investigación es suficientemente segura o hasta que el gobierno determine que es segura.

Por ejemplo, los pediatras han sostenido que la hormona de crecimiento bovina que se encuentra en los productos lácteos tiene efectos poco saludables en las niñas pequeñas al provocar la madurez sexual temprana (menstruación y desarrollo de los senos a la edad de 10 a 12 años). Esto no se ha demostrado mediante experimentos controlados, pero la experiencia colectiva de los pediatras es que los efectos desaparecen cuando los padres dejan de dar a las niñas los productos con la hormona. La prohibición bajo el principio de precaución, sin embargo, no es permanente. Es una moratoria. Cuando se invoca el principio, el investigador de un tratamiento experimental debería demostrar que es razonablemente seguro.

Este principio tiene implicaciones legales específicas ya que ha revertido la carga de la prueba; en lugar de demostrar que un producto o actividad es dañosa, si hay evidencia, la carga queda con el patrocinador, promotor o investigador del producto o actividad. Los Estados Unidos, significativamente, ha negado adoptar acuerdos internacionales que incluyen el principio de precaución, debido a esta implicación legal. Por supuesto, la gravedad de la evidencia es un juicio humano, pero es la evidencia que cuenta, no solo una sospecha subjetiva.

El principio de precaución, entendido de esta manera, puede constituir un criterio para la aprobación del comité de ética de la investigación de experimentación genética. Según este principio, si hay evidencia de daño, un comité podría negarse a aprobar la investigación de experimentación con seres humanos o el uso clínico hasta que el investigador demuestre que es razonablemente seguro.

SOBRE LA ÉTICA DE UNA MORATORIA...

Creemos que en este momento se necesita considerar estas pautas más específicas para la regulación de ensayos clínicos respecto a la edición genética porque hay tanto que no se sabe. El punto de la moratoria es llevar a cabo un progreso cauteloso primero en la investigación en animales y después hacia ensayos de fase I en seres humanos para averiguar los efectos y la seguridad de los procedimientos usando la nueva tecnología, dado que estamos en un estado primitivo de esta ciencia.³⁵

Eventualmente, la moratoria será levantada. Esto debe hacerse bajo la guía de asociaciones y comités internacionales que aplicarán los requisitos éticos generales mencionados aquí con mayor precisión a la práctica de edición de genes. Al fin de cuenta esto va a ser asunto de asociaciones internacionales que van a formular pautas para tales comités y asunto de comités de la ética de investigación hospitalarios y universitarios que (uno esperaría) van a incluir una representación más fuerte de bioeticistas multidisciplinarios y del público educado que es el caso en la actualidad. Inevitablemente, al final de la moratoria tenemos que decidir caso por caso, paso por paso y comité por comité. Al levantar la moratoria, va a ser mucha experimentación en hospitales y universidades y los comités tendrán que decidir como es el caso ahora con investigaciones. Los comités de ética de investigación deben insistir que los investigadores aceptan la carga de prueba de sus actividades y mostrar la evidencia suficiente para justificar los pasos que proponen.

IV. IMPLEMENTACIÓN

La moratoria, como señalamos al principio, se recomienda como un acuerdo voluntario por parte de los gobiernos nacionales. Con respecto a la implementación de una moratoria, en las secciones del Marco, Compromisos y Justificación de la Moratoria, los autores proponen que: “Los gobiernos declararán públicamente que no permi-

³⁵ Véase Bogner, A. y Torgersen, H., “Precautionary Deliberation: New Technologies and the Regulatory Call for Responsible Innovation”, *Genome Editing in Agriculture: Between Precaution and Responsibility*, núm. 7, 2019, p. 213.

ROBERT T. HALL / MARÍA DE JESÚS MEDINA ARELLANO

tirán ningún uso clínico de la edición de la línea germinal humana durante un período inicial de duración.” Y agregan los siguientes requisitos para levantar la moratoria:

- 1) Aviso público de la intención de seguir adelante con los ensayos clínicos.
- 2) Transparencia en la evaluación nacional de las contingencias científicas y éticas.

Un amplio consenso social dentro de la nación.

Los autores reconocen que el tercer requisito es desafiante, dado que: “El consenso de la sociedad sobre la edición de la línea germinal es algo que debe ser juzgado por las autoridades nacionales, al igual que los gobiernos hacen juicios políticos sobre las opiniones de sus ciudadanos sobre otras cuestiones sociales complejas”. Sin embargo, reconocemos que es importante informar a las y los ciudadanos de las naciones sobre las investigaciones en curso y la manera en cómo se adoptan las políticas públicas en las ciencias genómicas.

V. REFLEXIONES FINALES

Como lo vemos, la propuesta analizada es poco realista para la implementación de una moratoria. Los gobiernos ya cuentan con dificultades para formular y aplicar políticas de la bioética y el biodecho. Los debates nacionales no resueltos sobre investigación en embriones y células madre, el aborto, planificación familiar, vacunación, y alimentos transgénicos ya abundan. Esta propuesta estimularía innecesariamente un debate político impulsado por intereses especiales y activistas sociales y religiosos. Más bien necesitamos el desarrollo de políticas ilustradas que conduzcan en lugar de seguir el consenso público.

Las recomendaciones contenidas en la propuesta de la moratoria para confiar en organismos internacionales reconocidos como el Observatorio de Edición del Genoma Global y la Organización Mundial de la Salud son mucho más realistas. Estas organizaciones son representativas de una diversidad de opiniones, y quizás se puedan

SOBRE LA ÉTICA DE UNA MORATORIA...

hacerlas aun más representativas. Y no están impulsados demasiado por los intereses políticos que, en la era de las redes sociales, parecen tener dificultades irreconciliables para lograr un consenso sobre este asunto.

Por lo tanto, proponemos una mayor confianza en los organismos profesionales tanto gubernamentales (no políticos, sino administrativos) como no gubernamentales. Hemos dicho que la moratoria es en sí misma una cuestión ética. Como tal, su establecimiento y las políticas y prácticas que se implementarán cuando se levanta la moratoria son esencialmente asuntos de integridad de la investigación y conducta responsable de la ciencia. Sugerimos que, en lugar de poner el inicio de la moratoria en el ámbito de las políticas nacionales voluntarias y el cumplimiento de los requisitos para seguir adelante, sería más efectivo recurrir a los organismos gubernamentales y no gubernamentales que han estado desarrollando directrices y políticas para la conducta responsable de investigación. Desde la publicación del Informe Belmont en 1973, varios gobiernos han desarrollado oficinas de protección de sujetos humanos. Tanto la adopción como la determinación del fin de una moratoria, además del desarrollo de requisitos para los ensayos clínicos cuando se levanta la moratoria pertenecen a tales agencias. Y puesto que el asunto es más una cuestión de integridad ética de la investigación, el Consejo de Editores de Revistas Científicas podría acordar en no publicar artículos e informes de ensayos clínicos sobre edición de genes humanas germinales durante una moratoria y también a condenar públicamente experimentos clínicos irresponsables y prohibir la publicación de cualquiera otro artículo sometido por investigadores éticamente irresponsables. Los centros de bioética, de análisis regulatorio y los programas académicos también podrían unirse al compromiso de una moratoria y su implementación. En resumen, proponemos confiar en los mecanismos de desarrollo internacional para monitorear la integridad de la investigación en lugar de poner el asunto en manos de políticos que están notablemente menos informados, influidos por grupos de intereses especiales e incluso en algunos aspectos sesgados en contra de la ciencia misma.

Finalmente, contrariamente a la idea de un gran debate público, afirmamos que el llamado debe ser:

ROBERT T. HALL / MARÍA DE JESÚS MEDINA ARELLANO

Por el respeto a los derechos humanos: Los participantes en investigaciones tienen el derecho de decidir, bien informados, si van a aceptar riesgos a su salud y riesgos sociales o no. Es un derecho humano que no debemos someter al foro de opinión público.

Por un control responsable: Los comités de ética de investigación deben ser certificados competentes por gobiernos o por organizaciones internacionales para decidir sobre los riesgos médicos con precaución basada en evidencia. Según este principio, si hay evidencia de daño, un comité podría negarse a aprobar la investigación de experimentación con seres humanos o el uso clínico hasta que el investigador demuestre que es razonablemente seguro.

Por una implementación efectiva: Reconociendo la necesidad de mejorar el sistema, debemos confiar en órganos regulatorios gubernamentales, como la *Food and Drug Administration (FDA)*, las agencias homologas en Europa y México, por ejemplo, para evaluar lo que las ciencias médicas deben ofrecer a la gente dispuestos para participar en tratamientos o procedimientos experimentales, en comisiones que regulan la practica de medicina y en las revistas científicas y profesionistas que deben reportar solamente investigaciones aprobados por comités certificados competentes.

VI. REFERENCIAS

- CORTE IDH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 2011, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196&lang=es.
- ANZALONE, A. V. *et al.*, "Search-and-Replace Genome Editing Without Double-Strand Breaks or Donor DNA", *Nature*, núm. 576, vol. 7785, 2019.
- BALTIMORE, D. *et al.*, "A Prudent Path Forward for Genomic Engineering and Germline Gene Modification", *Science*, núm. 348, vol. 6230, 2015.
- BENNETT, R., "The Fallacy of the Principle of Procreative Beneficence", *Bioethics*, núm. 23, vol. 5, 2009.

SOBRE LA ÉTICA DE UNA MORATORIA...

- BOGNER, A. y TORGERSEN, H, "Precautionary Deliberation: New Technologies and the Regulatory Call for Responsible Innovation", *Genome Editing in Agriculture: Between Precaution and Responsibility*, núm. 7, 2019.
- BUCHANAN, A. *et al.*, *From Chance to Choice: Genetics and Justice*, Nueva York, Cambridge University Press, 2000.
- CAVALIERE, G. y PALACIOS-GONZÁLEZ, C., "Lesbian Motherhood and Mitochondrial Replacement Techniques: Reproductive Freedom and Genetic Kinship", *Journal of Medical Ethics*, núm. 44, vol. 12, 2018.
- CHAN, S. *et al.*, "Edición genética: Punto de no retorno", *Nexos*, núm. 498, 2019, disponible en: <https://www.nexos.com.mx/?p=42688>.
- CHAN, S. y MEDINA-ARELLANO, M. J., "Genome Editing and International Regulatory Challenges: Lessons from Mexico", *Ethics, Medicine and Public Health*, núm. 2, vol. 3, 2016.
- CHAN, S. *et al.*, "Mitochondrial Replacement Techniques, Scientific Tourism, and the Global Politics of Science", *Hastings Center Report*, núm. 47, vol. 5, 2017.
- Consejo de las Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas, "International Ethical Guidelines for Health-related Research Involving Humans," 4a ed., Genova, 2016, disponible en: <https://cioms.ch/shop/product/international-ethical-guidelines-for-health-related-research-involving-humans/>.
- CYRANOSKI, D., "Russian Biologist Plans more CRISPR-edited babies", *Nature*, núm. 570, vol. 7760, 2019.
- CYRANOSKI, D. y REARDON, S., "Chinese Scientists Genetically Modify Human Embryos", *Nature News*, 2015, disponible en: <https://www.nature.com/news/chinese-scientists-genetically-modify-human-embryos-1.17378>.
- "Helsinki Declaration of WMA - Ethical Principles for Medical Research in Humans," World Medical Association, Francia, Ferney-Voltaire, 2013, disponible en: [Http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/index.html.pdf?print-media-type&footer-right=\[page\]/\[toPage](Http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/index.html.pdf?print-media-type&footer-right=[page]/[toPage).

ROBERT T. HALL / MARÍA DE JESÚS MEDINA ARELLANO

- HOLZER, F. y MASTROLEO, I., “Innovative Care in Latin America: Definition, Justification and Ethical Principles,” *Controversies in Latin American Bioethics*, Springer, 2019.
- DE MIGUEL BERIAIN, I., “¿Modificar o no modificar el genoma de nuestra descendencia? Algunos comentarios a raíz de la Declaración del Comité de Bioética de España sobre la edición genómica en humanos”, *Revista Bioética y Derecho. Perspectivas Bioéticas*, núm. 47, 2019.
- Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas para la Investigación, la Ciencia y la Cultura, 1997, disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.
- KLEIDERMAN, E. *et al.*, “The ‘Serious’ Factor in Germline Modification”, *Journal of Medical Ethics*, núm. 45, vol. 8, 2019.
- KLEMESRUD, J., “Integration am the Family Level: Whites Adopt Negro Children”, *New York Times*, 1967.
- KOPLIN, J.J., Gyngell, C., & Savulescu, J., “Germline Gene Editing and the Precautionary Principle”, *Bioethics*, núm. 34, vol. 1, 2019.
- LANDER, E. S. *et al.*, “Adopt a Moratorium on Heritable Genome Editing”, Nature Publishing Group, 2019.
- LANPHIER, E. *et al.*, “Don’t Edit the Human Germ Line”, *Nature News*, núm. 519, vol. 7544, 2015.
- LUNA F., “Edición genética y responsabilidad”, *Revista Bioética y Derecho. Perspectivas Bioéticas*, núm. 47, 2019.
- MEDINA-ARELLANO, M. J., *Regular para Innovar: células troncales en México. Fronteras entre la ciencia, la bioética y el derecho*, México, Fontamara, 2018.
- MORRISON, M. y DE SAILLE, S., “CRISPR in Context: Towards a Socially Responsible Debate on Em-bryo Editing”, *Palgrave Communications*, núm. 5, vol. 1, 2019.
- NATIONAL Academies of Sciences, Engineering, and Medicine, “International Summit on Human Gene editing: A Global Discus-

SOBRE LA ÉTICA DE UNA MORATORIA...

sion”, 2016, disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK343651/>.

National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine, “Second International Summit on Human Genome Editing: Continuing the Global Discussion: Proceedings of a Workshop—in Brief”, 2019, disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK535994/>.

PALACIOS-GONZÁLEZ, C. y MEDINA-ARELLANO, M. J., “Mitochondrial Replacement Techniques and Mexico’s Rule of Law: on the Legality of the First Maternal Spindle Transfer Case. *J Law Biosci*”, núm. 4, vol. 1, 2017.

PALACIOS-GONZÁLEZ, C. *et al.*, “Multiplex Parenting: IVG and the Generations to Come”, *Journal of Medical Ethics*, núm. 40, vol. 11, 2014.

PASCUAL, V., “El científico chino que modificó los genes de dos bebés admite otra fecundación con embriones alterados”, *El país*, 2019, disponible en: https://elpais.com/elpais/2018/11/28/ciencia/1543381113_429352.html.

REARDON, S., “Genetic Details of Controversial ‘three-Parent Baby’ Revealed”, *Nature News*, núm. 544, vol. 7648, 2017.

ROSENBAUM, L. “The Future of Gene Editing—Toward Scientific and Social Consensus”, *N Engl J Med*, vol. 380, núm. 10, 2019.

SANTILLÁN-DOHERTY, P. *et al.*, “Considerations on Genetic Engineering: Regarding the Birth of Twins Subjected to Gene Editing”, *Gaceta Médica de México*, núm. 156, 2020.

REFLEXIONES DESDE EL DERECHO AL MEJORAMIENTO NEURAL FARMACOLÓGICO (NEUROENHANCEMENT)*

*PHARMACOLOGICAL COGNITIVE (NEUROENHANCEMENT):
REFLEXIONS FROM JURIDICAL PERSPECTIVE.*

María Isabel CORNEJO PLAZA**

Resumen:

En este texto se reflexiona acerca de las interfaces existentes entre una práctica novedosa denominada mejoramiento neural farmacológico en relación con las neurociencias, neuroética y neuroderecho. Describe los efectos que esta práctica produce en la cognición de sujetos sanos y, cómo su consumo está siendo problematizado por la literatura especializada, a varios niveles. La literatura destaca los aspectos éticos, de justicia distributiva y los jurídicos en las distintas fuentes del derecho, tanto a nivel funcional como conceptual.

Palabras clave:

Mejoramiento neural farmacológico, modafinil, neuroderecho, neurociencias, neuroética.

Abstract:

This paper aims to reflect on the existing interfaces between a novel practice called pharmacological neural enhancement (neuroenhancement), concerning neuroscience, neuroethics and, neurolaw, describing the effects that this practice produces in the cognition of healthy subjects, and how its consumption is being problematized by the specialized literature, at various levels,

* Artículo recibido el 5 de febrero de 2019 y aceptado para su publicación el 11 de junio de 2020.

** Doctora en Derecho, profesora de Derecho civil y Fundamentos Filosóficos del Derecho, Universidad Autónoma de Chile, correo: isabelcornejo@derechocivil.cl, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9116-0947>.

Problema. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 15, enero-diciembre de 2021, pp. 511-546
Ciudad de México, ISSN 2007-4387, se distribuye bajo una Licencia *Creative Commons Reconocimiento-No-Comercial-Sin Derivados 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0)*.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/issue/archive>

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

among these the literature describe the ethical aspects, distributive justice aspects and the legal aspects in the different sources of law, both at a functional and conceptual level.

Keywords:

Pharmacological Cognitive Neuroenhancement, Modafinil, Neuro-law, Neurociences, Neuroethics.

REFLEXIONES DESDE EL DERECHO AL MEJORAMIENTO NEURAL...

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Problema*. III. *Descripción de la mejora neural neuroenhancement*. IV. *La mejora neural farmacológica neuroenhancement en el derecho. Revisión general*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

El mejoramiento neural farmacológico es una práctica social¹ que plantea importantes problemas al derecho tanto si se le concibe como sistema normativo o como parte de una disciplina que se adscribe a los problemas cognitivos de la conducta humana. En primer plano, exige adecuaciones normativas o regulatorias; en el segundo, adecuaciones conceptuales.

La investigación, tiene por objeto explorar ambos planos desde un análisis crítico efectuado desde el neuroderecho. Pretende revisar la literatura disponible esencialmente en la tradición del sistema jurídico del *Common Law*.²

En su conjunto, me propongo probar que esta práctica muestra desafíos y nuevos horizontes al derecho, incluso bajo un cierto supuesto, hasta un cambio de paradigma y no sólo una tensión en los

¹ Mejoramiento u optimización neural farmacológica corresponde a la traducción del vocablo en inglés: neuroenhancement. En lo que sigue de este texto lo haré sinónimo de drogas inteligentes o smart drugs, utilizando indistintamente tanto la traducción castellana como los vocablos en inglés por tratarse de una práctica cuyas bases teóricas han sido estudiadas en el sistema del Common Law.

² Existe escasa literatura en este tema emergente y específico en los sistemas jurídicos latinoamericanos. Así lo muestra un reciente estudio acerca de las últimas publicaciones referentes al neuroderecho en Latinoamérica, existiendo publicaciones solo en tres países de la región: México (17), Argentina (15) y Colombia (12). En ninguna de ellas se ha realizado investigación empírica, sino más bien discusiones relativas a la responsabilidad, libre albedrío y neuroética. La escasa base bibliográfica y la alta concentración de publicaciones provenientes de estos tres países de la región sugieren que, a pesar de su creciente impacto en países anglosajones, se necesita más trabajo en esta área para influir en la legislación de América Latina y en el desarrollo de políticas públicas. García-López, Eric *et al.*, "Neurolaw in Latin America: Current Status and Challenges", *International Journal of Forensic Mental Health*, 2019, pp. 1-21.

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

conceptos matrices con que trabaja el derecho: como autonomía, libre albedrío, dignidad humana, que junto a la responsabilidad conforman la agencia. El agente como señaló Aristóteles, en palabras de Ricoeur³ “es el padre de los actos, como el padre lo es de los hijos..., o bien nos remitimos al uso más primitivo de la idea de causa eficiente: ésta, expulsada de la física después de Galileo y Newton, regresa en cierto modo a su cuna, que es la experiencia del poder ejercido sobre nuestros miembros y, por intermedio de los mismos, sobre el decurso de las cosas”. Locke⁴ insistió en que la libertad es el poder del agente, no el poder de la voluntad. Donde tal poder es, a lo menos en parte, lo que constituye el libre albedrío (*free will*). Los poderes de la agencia son una clase de propiedad que incluyen disposición, capacidad, habilidad, tendencia (inclinación), susceptibilidad y responsabilidad.⁵

El esquema general al que se ceñirá la exposición de los resultados de la investigación es el que sigue: en la introducción se ha

³ Ricoeur, Paul, *Lo justo*, Santiago, Chile, Jurídica, 1995, p. 29.

⁴ Locke, John, *An Essay Concerning Human Understanding*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 21 y 22.

⁵ Algunos poderes son lo que llamamos disposiciones causales que constan de estímulos causales, cuando estos ocurren. Como se advierte, las cuestiones relativas a la agencia presentan problemas de tipo fenomenológico, de filosofía lingüística, y hermenéutica. Ya el concepto de la libertad presenta desde la neuroética fundamental a lo menos cinco significados desde los ya famosos experimentos de Libeth publicados en 1975, lo cual puede conducirnos a distintas concepciones de libertad (principal componente de la autonomía y la agencia). Para esta investigación el impacto de los potenciadores neurales en la agencia, supone trabajar desde las concepciones del derecho tradicional de agencia, que obedecen a la concepción kantiana de autonomía, que por cierto se superponen con las concepciones epistémicas de la autonomía y agencia que están evidenciando las investigaciones de la neurociencia actual. Donde existen distintas vertientes: la determinista, emergentista, comodatista, libertaria, etcétera. El principal paradigma que derrumba la neurociencia actual es que el ser humano toma sus decisiones de acuerdo a un complejo curso causal conformado por procesos cognitivos racionales. Estas evidencias científicas por supuesto necesitan una reflexión desde el derecho, es por eso que la disciplina del neuroderecho necesita un impulso y sus propias conclusiones desde nuestra propia tradición jurídica Latinoamericana, más si consideramos que la agencia posee un fuerte componente epigenético, en que cultura y biología se unen para modelar lo que somos y podemos llegar a ser.

REFLEXIONES DESDE EL DERECHO AL MEJORAMIENTO NEURAL...

descrito la hipótesis de trabajo (I); en el punto (II) se plantea el problema del mejoramiento neural farmacológico; en un (III) punto se describe la práctica del *neuroenhancement* y las discusiones que se han generado a la luz de la evidencia disponible en la literatura (II); posteriormente, se describe cómo esta práctica ha sido abordada por las diversas áreas del derecho (III); finalmente me referiré a las conclusiones (IV).

II. EL PROBLEMA DEL NEUROENHANCEMENT

El problema latente al desconocer desde el derecho la práctica del mejoramiento u optimización neural farmacológica se traduce en tensiones a varios niveles que no sólo involucran al derecho, sino cuestiones subyacentes de índole ética y política. Así, la propuesta de esta investigación consiste en un relato de las múltiples dimensiones en que el mejoramiento neural ha impactado al derecho, como la primera de muchas capas que solapan otros problemas actuales, como el individualismo. El consumo de potenciadores de la cognición es propio de la medicina del deseo en que se busca ser más inteligente, joven, bello, apelando a una subjetividad exacerbada. Si la ciencia dispone de biomejoradores morales que alteran la autonomía moral, ¿acaso ello no debería tener un correlato en lo jurídico?

La práctica del mejoramiento neural farmacológico muestra desafíos y nuevos horizontes al derecho, incluso bajo un cierto supuesto, hasta un cambio de paradigma y no solo una tensión en las concepciones morales con que trabaja el derecho: como autonomía, libre albedrío, que junto a la responsabilidad conforman la agencia. El aparato conceptual y teórico para probar esta hipótesis proviene de una metadisciplina o disciplina: el neuroderecho,⁶ según en qué sistema jurídico nos encontremos. Para el sistema romano germánico al cual se adscribe nuestra tradición latinoamericana, se trata más bien de una metadisciplina y en la tradición del Common Law posee más bien el carácter de disciplina propiamente tal.

⁶ Levy, Neil, "Is Neurolaw Conceptually Confused?", *J Ethics*, 18, 2, 2014, pp. 171-185.

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

En ese escenario, cuando hay más preguntas que respuestas el derecho se vuelca o bien a repensar sus conceptos, o bien se vale de la filosofía para pensar nuevos modelos, como es el caso de esta práctica en que no es posible homologar las soluciones jurisprudenciales de otras prácticas que se le parecen como es el caso de los desarrollos del genoma humano; o bien, otros avances científicos que encontraron soluciones jurídicas a través de los principios de respeto a la dignidad humana y al principio de protección. El problema fundamental para otorgar una respuesta al *neuroenhancement* es que se requiere de un modelo teórico que otorgue respuestas a quienes deseen consumir este bien suntuario, sin desconocer las diversas aristas de justicia distributiva; sin perturbar la ética del respeto a los talentos dados, protegiendo en todos los casos los derechos humanos y fundamentales de las personas (al realizarse con investigaciones éticas).

III. DESCRIPCIÓN DE LA MEJORA NEURAL FARMACOLÓGICA NEUROENHANCEMENT

1. Definición de *neuroenhancement*

La mejora cognitiva se ha definido como la amplificación o extensión de las capacidades centrales de la mente a través de la mejora o el aumento de los sistemas de procesamiento de información internos y externos.⁷ Por lo tanto, debido a que los individuos sanos están usando estos fármacos para amplificar sus capacidades cognitivas,⁸ ahora se los conceptualiza como una forma de mejora cognitiva y se los ha denominado potenciadores cognitivos farmacológicos (PCE).⁹

⁷ Sandberg, Ander y Savulescu, Julian, *The Social and Economic Impacts of Cognitive Enhancement*. In *Enhancing human capacities*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2011.

⁸ Mohamed, Ahmed y Sahakian, Barbara, "The Ethics of Elective Psychopharmacology", *International Journal of Neuropsychopharmacology*, 2011.

⁹ Greely, Henry, "Neuroscience and Criminal Justice: not Responsibility but Treatment", *Kansas Law Review*, vol. 56, núm. 11, 2008.

REFLEXIONES DESDE EL DERECHO AL MEJORAMIENTO NEURAL...

Se espera que los neuro-mejoradores cognitivos perfeccionen su mecanismo de acción, actualmente en el mercado se encuentra disponible el modafinil o modafinilo.

2. *Mecanismos de acción*

A continuación, se explican los efectos moleculares del modafinil, siguiendo las directrices de un reciente artículo científico que da cuenta de estudios empíricos acerca su mecanismo de acción,¹⁰ a fin de contar con la evidencia científica concreta sobre la cual basar las posteriores reflexiones. Los medicamentos que se usan para tratar los déficits cognitivos en personas con trastornos neuropsiquiátricos clínicos como la enfermedad de Alzheimer (EA), el trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH), la enfermedad de Parkinson y la esquizofrenia alteran la modulación del neurotransmisor de la cognición y mejoran la atención, el aprendizaje, la memoria y las funciones (EF) en estos pacientes. Los EF son procesos mentales que permiten a los humanos planificar, resolver problemas y pensar de forma flexible sobre cómo llevar a cabo procesos cognitivos complejos y cotidianos. La memoria de trabajo es la capacidad de mantener temporalmente activa la información relevante durante un intervalo breve y de manipularla en línea.¹¹

Estos fármacos mejoran la cognición equilibrando los sistemas de neurotransmisores, por ejemplo, dopamina (DA) y noradrenalina (NA) de forma que restablecen algunos aspectos de la cognición en estos pacientes. Sin embargo, en entornos experimentales, la evidencia de voluntarios sanos muestra que estos fármacos mejoran las tareas cognitivas neuropsicológicas robustas en forma de U invertida y empinada, con una mejora óptima dependiendo de la dosis correcta y de tener la línea de base derecha de la función cognitiva. Las tendencias actuales muestran fuertes actitudes positivas hacia

¹⁰ Mohamed, Ahmed, "Does Modafinil Improve Cognitive Functioning in Healthy Individuals?", en Ruud ter Meulen *et al.* (ed.), *Rethinking Cognitive Enhancement*, Oxford Scholarship Online, 2017.

¹¹ Baddeley, Alan, "Working Memory", *Current Biology*, 20, 2010

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

el uso de estas drogas en la población general.¹² Existe evidencia de que algunas personas sanas usan drogas psicoestimulantes para la mejora cognitiva¹³ y para mejorar el rendimiento académico.¹⁴

3. *Modafinil*

Es el nootrópico más utilizado en el mundo. Corresponde a un medicamento autorizado para la narcolepsia que tiene múltiples mecanismos de acción¹⁵ y, según informes, los adultos sanos lo utilizan como un medicamento sin prescripción médica con el objetivo de mejorar su concentración y la atención. El artículo antes mencionado revisa la evidencia de los estudios doble ciego controlados por placebo y brinda información actualizada sobre los modos de acción, los efectos cognitivos y la información de seguridad del modafinil. Evidentemente la especificidad de esta materia hace que no pueda ser incluida en este texto de manera tan exhaustiva, más allá de las propias interpretaciones y traducciones que de su lectura yo pueda llevar a las ciencias sociales, al derecho y a la neuroética, a fin de facilitar la debida comprensión de la hipótesis que pretendo demostrar.

El modafinil es un agente promotor de la vigilia autorizado para su uso en el tratamiento de la narcolepsia.¹⁶ Recientemente se aprobó para el tratamiento del “trastorno del sueño por turnos laborales”. Se dice que el modafinil es una droga popular entre las personas

¹² Husain, Masud y Mehta, Mitul, “Cognitive Enhancement by Drugs in Health and Disease”, *Trends in Cognitive Sciences*, 15, 2011.

¹³ Farah, Martha *et al.*, “Neurocognitive Enhancement: What Can we do and Chat Should we do? *Nature Reviews*”, *Neuroscience* 5, 2004; Farah, Martha, *Neuroethics: an introduction with readings*, Hong Kong, MIT Press, 2010.

¹⁴ Franke, Andre Gunder *et al.*, “Non-Medical use of Prescription Stimulants and Illicit Use of Stimulants for Cognitive Enhancement in Pupils and Students in Germany”, *Pharmacopsychiatry*, 44, 2011.

¹⁵ Minzenberg, Michael y Carter, Cameron, “Modafinil: a Review of Neurochemical Action and Effects on Cognition”, *Neuropsychopharmacology*, 33, 2008.

¹⁶ Benerjee, Dipavo., “Psychopharmacology for Excessive Daytime Sleepiness”, *Sleep Medicine Reviews*, 8, 2004.

REFLEXIONES DESDE EL DERECHO AL MEJORAMIENTO NEURAL...

sanas con el objetivo de mejorar la cognición.¹⁷ En 2004, se calculó que el 90 % del modafinil se estaba utilizando sin recetas médicas en personas sanas, sin privación de sueño.¹⁸ Los ingresos globales de modafinil son más de 700 millones de dólares por año (Norman y Berger, 2008). Estas cifras no registradas e ingresos son consistentes con la afirmación de que los médicos sanos que trabajan por sistema de turnos o guardia, los pilotos de avión, los estudiantes en periodos de exámenes y académicos utilizan cada vez más modafinil para mejorar sus rendimientos cognitivos.¹⁹ Es importante mencionar que las estimaciones mencionadas anteriormente y los ingresos son extremadamente altos. Se debe tener en cuenta que, algunas de las afirmaciones hechas por los artículos de opinión no están respaldadas por las referencias citadas, y la literatura científica²⁰ muestra evidencia mixta sobre si las personas informan usar modafinil como medicamento o como droga recreativa.

Este trabajo evidencia claramente que los estudios existentes hasta ahora no han sido efectuados con la rigurosidad requerida para realizar conclusiones fehacientes y cabales. El autor de este artículo ha señalado que en ninguno de los estudios realizados hasta ahora se ha diferenciado a los participantes por su coeficiente intelectual, lo cual podría ser problemático debido a la estigmatización que podrían sufrir aquellos con un CI más bajo del socialmente valorado. Pero, claramente los efectos del modafinil y el aderall son muy significativos en sujetos con un CI no alto y además otro factor clave es que los sujetos sometidos a investigación no han sido privados de

¹⁷ Lynch, Gary *et al.*, "The Likelihood of Cognitive Enhancement", *Pharmacology Biochemistry and Behavior*, 99, 2011.

¹⁸ Baranski *et al.*, 2004.

¹⁹ Franke, Andre Gunder *et al.*, "Non-Medical Use of Prescription Stimulants and Illicit Use of Stimulants for Cognitive Enhancement in Pupils and Students in Germany", *Pharmacopsychiatry*, 44, 2011, Greely, Henry, "The Social Effects of Advances in Neuroscience: Legal Problems, Legal Perspectives. In Neuroethics: defining the issues", en Illis, J. (ed.) *Theory, Practice, and Policy*, Nueva York, Oxford University Press, 2006; Greely, Henry, "Neuroscience and Criminal Justice: not Responsibility but Treatment", *Kansas Law Review*, vol. 56, núm. 11, 2008.

²⁰ Partridge, Bradley *et al.*, "Smart Drugs "as Common as Coffee": Media Hype about Neuroenhancement", *PLoS ONE*, 6, 2011.

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

sueño. Este fármaco actúa en sujetos privados de sueño, de modo que las actuales falencias y sesgos investigativos pueden deberse entre otras cosas a la inexperiencia de los efectos del fármaco o bien a una manipulación de datos que arrojarán resultados erróneos.

No existen conclusiones fehacientes respecto de los mecanismos de acción ni las condiciones basales para lograr un óptimo efecto de estas sustancias. Se observa la existencia de variables concomitantes no adecuadamente estudiadas en estas investigaciones. Entre otras, (I) nivel de coeficiente intelectual de los participantes, (II) privación de sueño, (III) personalidad (como variable psicofisiológica, no especulación), además de uso concomitante de fármacos e interacciones farmacológicas. Es de observar que los fármacos denominados “psicofármacos” poseen efectos estrechamente dependientes del contexto de su administración, en interacción con variables psicofisiológicas del sujeto. Así, por ejemplo, el efecto de la cafeína depende de variables de personalidad y de la hora del día en que se administre. Los sujetos extravertidos suelen mejorar sus rendimientos con cafeína administrada por la mañana, en cambio los introvertidos, cuyo nivel cortical de excitación es mayor, ven decrecer sus rendimientos cuando se incrementa su nivel de excitación. Los estudios sugeridos serían fundamentales para determinar con precisión el uso no terapéutico de modafinilo y otros fármacos de esta clase, considerando todos los factores que inciden en su eficacia. Esto tiene implicaciones en cualquier generalización de sus efectos y exige un seguimiento para confirmar replicabilidad de los datos y usar las informaciones acumuladas en estudios diversos.

La investigación neuroquímica en sujetos humanos todavía no ha aportado datos empíricos suficientes para generalizar acerca de las condiciones contextuales, variables propias del sujeto, de la situación en que se administra, del efecto del grupo, de los efectos simbólicos del placebo y nocebo. Muchas sustancias utilizadas en grupos tienen efectos distintos que en situaciones de aislamiento. Lo que se relaciona en ocasiones con variables de personalidad, *v.gr.*, los sujetos introvertidos suelen evitar los grupos demasiado interactivos porque su nivel basal de excitación cortical se supone más elevado. Esta precisión, entre otras, sugiere que los estudios clínicos y experimentales con modafinilo todavía necesitan ser refina-

REFLEXIONES DESDE EL DERECHO AL MEJORAMIENTO NEURAL...

dos para dar cuenta de posibles variaciones del efecto. Si bien esto relativiza cualquier afirmación generalizadora sobre los efectos de modafinilo, ello no obsta para afirmar que en general su uso como “droga de estilo de vida” sea generalizado y los usuarios esperen mejores rendimientos (efecto placebo). No olvidemos que todo fármaco posee, además de sus efectos específicos, un efecto simbólico, atenuado o incrementado por intervenciones de otros agentes sociales (por ejemplo, el acto médico de autoridad al prescribir una intervención).

El “sistema nervioso conceptual” (esto es, la construcción teórica de valor prospectivo que emerge de estudios empíricos) propone un delicado balance entre excitación e inhibición cuyo resultado final en el comportamiento dependerá de la interacción entre las sustancias químicas, el locus o “topografía” del efecto, su duración y la interacción con otras sustancias.

Es preciso interpelar a los expertos sobre precisiones acerca de los factores que inciden en la eficacia final en estas sustancias. Esto podría incidir en una adecuada regulación y en una formulación racional de los usos sociales de ellas. Por ende, de nuestro análisis se derivarán indicaciones acerca de qué datos necesitamos para darle sentido y coherencia a los usos sociales y sugerir desarrollos necesarios para la investigación biomédica. Con el fin de impedir su mal uso como de estimular o promover un uso adecuado.

El factor edad es relevante en cualquier estudio farmacológico; el sistema nervioso humano, pese a su gran plasticidad, tiene estadios definitorios durante el desarrollo, en los cuales es más sensible a factores de estimulación e inhibición. Por ejemplo, los efectos deletéreos de los cannabinoides se ha demostrado que inciden en la conectividad cerebral en forma negativa antes de los 10 años. O sea, las razones de prohibición de esta sustancia residen más bien en sus efectos a largo plazo (secuelas). Otro ejemplo es el alcohol, que posee un efecto acumulativo sobre el sistema nervioso lo cual se evidencia a largo plazo.

En otro plano, es indudable que los estudios deben considerar también la influencia del estado neuroendocrino en los efectos de una determinada sustancia. Para generalizar, es imperativo contar

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

con estudios empíricos que consideren género, además de edad y personalidad.

4. *Neuroética de los estudios con nootrópicos*

La neuroética se inicia como disciplina a partir del congreso “*Neuroethics: Mapping the Field*”, celebrado en San Francisco en el año 2002, organizado por las Universidades de California y Stanford con el patrocinio de la Dana Foundation. Su objetivo fue estudiar las implicaciones éticas, jurídicas y sociales, de la investigación sobre el cerebro humano.²¹ W. Safire, conceptualiza esta nueva disciplina como “el examen de lo que es correcto o incorrecto, bueno o malo, acerca del tratamiento, perfeccionamiento, invasiones o manipulaciones del cerebro humano”.²² Otra definición de neuroética señala que se refiere al “estudio de los asuntos éticos que guardan relación con el conocimiento del cerebro. De modo más preciso: la neuroética es la rama de la bioética que se preocupa de las cuestiones éticas que se suscitan a raíz de los diferentes tratamientos e intervenciones en el cerebro o en el sistema nervioso central”.²³ “Proviene de la intersección entre las ciencias empíricas del cerebro, la ética normativa, la filosofía de la mente, el derecho y las ciencias sociales. Se distingue entre neuroética aplicada y neuroética fundamental. La primera se aboca a los problemas prácticos, que regulan la actividad neurocientífica, constituyéndose en una rama especializada de la neurobioética. La segunda concierne al estudio (filosófico o neurocientífico) de la neurociencia de la ética. La misma se propone evaluar de qué manera el cerebro y su evolución pueden profundizar la comprensión de la identidad, autonomía, la responsabilidad, la conciencia y el yo, entre otras cuestiones”.²⁴

²¹ Marcus, Gary, *The future of the brain*, New Jersey, Princeton Press, 2015.

²² SAFIRE, William, *Neuroethics. Mapping the Field*, Nueva York, The Dana Press, 2002, pp. 3-9.

²³ Glannon, Walter, *Brain, Body and Mind. Neuroethics with a Human Face*, Nueva York, Oxford University Press, 2011-14.

²⁴ Roskies, Adina, *Neuroethics for the New Millenium*, *National Center for Biothecnology Information*, 2002, p. 21.

REFLEXIONES DESDE EL DERECHO AL MEJORAMIENTO NEURAL...

Desde el punto de vista de la neuroética aplicada, al analizar la manera en que se llevan a cabo los estudios neurocientíficos, así como, la finalidad perseguida por ellos, las motivaciones de impulsar determinados estudios por sobre otros dan cuenta de una psicopolítica subyacente que persigue poner en relieve que las *smart drugs* son uno de los productos de la sociedad del cansancio por los altos rendimientos que nos hemos autoimpuesto. Tenemos un cambio de la dialéctica del amo y del esclavo de Hegel, en que hemos pasado a ser amos y esclavos de nosotros mismos por la propia manipulación que los medios hacen de nuestras emociones. Las emociones constituyen un medio muy eficiente de control psicopolítico de los individuos debido a que su campo de acción es dirigido directamente hacia el nivel prerreflexivo semi inconsciente de los individuos.²⁵

Los medios de comunicación propendiendo al consumo inherente al modelo neoliberal persuade directamente a las emociones (apelando a la libertad) logrando que sea el propio individuo quien cree que desea o necesita un producto. Además, que es él o ella quien lo elige, apelando a su valor simbólico en la cultura del rendimiento y de la eficacia.

IV. LA MEJORA NEURAL FARMACOLÓGICA O NEUROENHANCEMENT EN EL DERECHO. REVISIÓN GENERAL

1. *El Neuroderecho*

El mejoramiento neural farmacológico forma parte del estudio de una nueva disciplina denominada neuroderecho (*neurolaw* en el sistema del *Common Law*). Puede ser definida como, aquella orientación disciplinaria que se ocupa de identificar, formular y regular aquellas situaciones inéditas en que el progreso neurocientífico interpela o desafía a las instituciones sociales, las reglas y las concepciones que las inspiran. Esa interpelación posee un doble carácter:

²⁵ Han, Byun-Chul, *Psicopolítica: Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, Barcelona, Herder, 128 p.

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

de una parte, es 1) funcional y, de la otra, 2) conceptual. Aunque, como se verá, de la primera puede seguirse la segunda.

1) De ellos, la literatura subraya con mayor frecuencia la relación funcional.²⁶ En ella los hallazgos de un discurso o práctica (la neurociencia) se emplean para dilucidar problemas del otro (el derecho).²⁷

Consideradas en forma genérica, tanto las comunidades relacionadas con el derecho como las de las neurociencias, actúan en forma separada, pero unidas pueden generar una verdadera reacción química.²⁸ Los usos de la neurociencia para informar las cuestiones del derecho y las políticas públicas plantean el mismo tipo de cuestiones empíricas y conceptuales discutidas anteriormente con desarrollos científicos en otras áreas del conocimiento que introducen nuevos desafíos. En el ámbito empírico, los problemas son más complejos porque el derecho a menudo emplea sus propias normas para la adecuación empírica de sus reivindicaciones y, estas normas se desvían de las normas empleadas por los científicos.²⁹

Desarrollos importantes del neuroderecho es posible hallarlos en materia penal y criminal; en la prueba pericial y testimonial; derechos fundamentales, especialmente intimidad y privacidad; en la determinación del *quantum* del dolor para estimar el daño moral en materia civil y la determinación de la conciencia y capacidad para discernir. En estos ámbitos la función de la neuro-tecnociencia es funcional.

2) Sin embargo, y al lado de ese servicio funcional que las neurociencias prestarían, todavía puede explorarse la relación conceptual, la manera en que uno de esos discursos modifica o tensiona las bases conceptuales del otro. Este resulta ser el caso de las tensiones que el *neuroenhancement* introduce en la agencia, que involucran

²⁶ Greely, Henry, "Neuroscience and Criminal Justice: not Responsibility but Treatment", *Kansas Law Review*, vol. 56, núm. 11, 2008.

²⁷ Lolas Stepke, Fernando y Cornejo Plaza, María Isabel, "Neuroética, neurociencias y derecho: culturas epistémicas y comunidades de práctica", *Revista Jurisprudencia Argentina*, Vol. 7, 2017, pp. 62-74.

²⁸ Greely, Henry, "What If? The Farther Shores of Neuroethics Commentary on Neuroscience May Supersede Ethics and Law", *Sci Eng Ethics*, 2009.

²⁹ Pardo, Michael y Patterson, Dennis, *Minds, Brains and Law: The Conceptual Foundations of Law and Neuroscience*, 2013.

REFLEXIONES DESDE EL DERECHO AL MEJORAMIENTO NEURAL...

cuestiones asociadas a las concepciones de autonomía y responsabilidad.

En este caso, la investigación enmarcada dentro del neuroderecho debe servirse de la filosofía del derecho en la parte que ella describe las bases conceptuales y los supuestos fenomenológicos, hermenéuticos y metafísicos de las tradicionales concepciones jurídicas de autonomía, libertad, dignidad, identidad, etcétera, las cuales son confrontadas a la luz de los avances neurocientíficos, lo cual permite reinterpretar ideas cuya genealogía en algunos casos se remontan a la filosofía aristotélica.³⁰

2. Revisión del tratamiento del neuroenhancement en el derecho

En el derecho civil de tradición romana germánica la mejora cognitiva desafía los conceptos de autonomía de la voluntad, el umbral de capacidad, las reglas de responsabilidad extracontractual, los contratos, etcétera.

En el derecho anglosajón se examinan cómo las reglas de responsabilidad (*tort*) pueden aplicarse a la venta y suministro de productos de mejora cognitiva, en particular dado el creciente uso no médico de éstos, incluidos los dispositivos. Existen preguntas no resueltas sobre la venta de dichos productos y la idoneidad para tal propósito, donde los medicamentos y/o dispositivos se comercializan con publicidad muchas veces exagerada sobre lo que realmente pueden lograr, que impacta en la esfera de los derechos de los consumidores. Este fenómeno, además de la necesaria discusión en la esfera de los derechos del consumidor, implica ciertamente reflexiones en el ámbito del derecho de los contratos.³¹

Otro punto que se ha discutido en materia civil en el área de la responsabilidad extracontractual es en lo concerniente a la negligencia, donde la mejora puede tener un impacto en el estándar del

³⁰ Sgarbi, Adrian, "The Mystery of Freedom and Neurolaw", *Beijing Law Rev*, 6, 2015, pp. 133-146.

³¹ Ederbach, Wolfram, "Die Verbesserung des Menschen, Tatsächliche und rechtliche Aspekte der wunscherfüllenden Medizin", *MedR*, núm. 26, 2008, pp. 325-336.

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

deber de cuidado que se espera de determinados profesionales, específicamente en ciertas especialidades médicas, como cirujanos de turno y pilotos de avión.³² Si la mejora nos permite optimizar nuestras capacidades, y si esa mejora se normaliza o generaliza (sea segura o no), esto podría tener implicaciones sobre cómo definimos el estándar de “cuidado razonable” o en nuestra tradición jurídica: “el buen padre de familia” o “persona razonable” ¿qué sucede si mejoramos nuestros tiempos de reacción? ¿O nuestra capacidad para mantener nuestra atención? Y si esto ocurre, ¿debería la ley aplicar diferentes estándares al mejorado y al no mejorado?³³ Esto nos conduce a la pregunta si sería admisible obligar a determinados profesionales a mejorarse a sí mismos, como ha sugerido la Academia de Ciencias Médicas de Londres,³⁴ lo cual tendría claras repercusiones en la esfera de los derechos del trabajo y por supuesto en los derechos fundamentales.³⁵

³² Grey, Betsy, “Neuroscience and Emotional Harm in Tort Law: Rethinking the American Approach to Free-Standing Emotional Distress Claim”, *Law and Neuroscience: Current Legal Issues*, Oxford, Oxford Univ. Press., 2010.

³³ Cornejo Plaza, María Isabel, “El mejoramiento neural farmacológico neuroenhancement y el impacto en la esfera de los derechos humanos ¿un desafío para la democracia?”, en Valenzuela, Jonatan (ed.), *Desafíos globales para la democracia*, Tirant lo Blanch, pp. 39-62

³⁴ Vincent, Nicole, “The Challenges Posed to Private Law by Emerging Cognitive Enhancement Technologies”, *The Law of the Future and the Future of Law*, Oslo, Torkel Opsahl Academic E Publisher, 2011, p. 515.

³⁵ Un informe reciente de las Academias Conjuntas sobre “Mejoramiento Humano y el Futuro del Trabajo”, sugirió que en algunas “ocupaciones de alta responsabilidad”, como la medicina y la aviación, donde las vidas de otros están en juego, “la mejora podría ser vista como una obligación moral, o incluso exigida por el público” (Academia de Ciencias Médicas *et al.*, 2012, 38). Otro ejemplo sobre estas demandas por mejoras cognitivas es, el *Mayo Journal of Clinical Proceedings* (Rose y Curry, 2010:302), ambos médicos, reflexionan: “¿qué sucede si un estimulante legal que se demuestra que es seguro, se pudiese utilizar para mejorar la atención médica durante los períodos de fatiga, independientemente de la cantidad de horas trabajadas? ¿No sería la elección más ética el promover la reducción de errores...”. Con la publicación de la investigación original... el uso de medicamentos recetados para promover el estado de vigilia en ausencia de comorbilidades, como la narcolepsia y la apnea del sueño, sin duda, pasará de los militares a la arena pública. En su opinión, el uso de drogas para promover la vigilia sería el curso de acción éticamente

REFLEXIONES DESDE EL DERECHO AL MEJORAMIENTO NEURAL...

Uno de los paradigmas emergentes en la teoría jurídica con impacto en la agencia es analizar qué tiene que decir el derecho respecto del nuevo axioma neurocientífico que afirma que no somos seres eminentemente racionales, sino más bien emocionales. ¿Cuál sería el mecanismo de acción de los potenciadores neurales en la agencia de un individuo? ¿La respuesta se debe dar sobre el modelo racional kantiano o se debe corregir hacia una epistemología con base en las neurociencias?, esta tarea forma parte de los nuevos paradigmas que la teoría jurídica con base en estudios interdisciplinarios estudia.

Otro campo innovador que toca al derecho civil en relación con el *neuroenhancement* en el *Common Law* es el problema de los potenciadores en la agencia y su realnexo causal (putativo) entre la falta de un potenciador y la contribución a un riesgo ya existente. Especial atención se ha puesto en materia de negligencia (este es el punto en materia de *tort* que mayor desarrollo presenta en derecho comparado) y los errores relacionados con la fatiga son la fuente más probable de posible responsabilidad civil, ya que, este es el déficit que los productos farmacéuticos han abordado con más éxito hasta la fecha. No es difícil imaginar una situación en la que un profesional, trabajando largas horas, cometa un error descuidado que probablemente esté relacionado con su fatiga. Si esa fatiga se hubiese evitado tomando una píldora, entonces es posible que el no hacerlo se considere negligente. En el *Common Law*, existe escasa investigación en sede jurisprudencial que ayude a determinar cómo se aplicará la prueba del “*But-for*”, ya que, el impacto causal de la fatiga rara vez se cuestiona: cuando la fatiga es extrema se supone su efecto causal, como en los casos de los conductores que se quedan dormidos al volante. En otros casos, la atención se centra en la cuestión de la pre-

más correcto en la medicina. Warren y otros cirujanos que escriben en el *Journal of Surgical Research*, han apoyado tal postura y sugirieron que la idea de que los cirujanos tengan que tomar potenciadores pueden llegar a ser una práctica requerida. Ellos escriben (Warren, 2009:167-72): “La posibilidad de que los cirujanos fatigados tomen una ... droga ... para permitirles operar durante más tiempo, y posiblemente a un nivel más alto, tal vez no sea tan exagerada como algunos puedan sugerir. [Modafinil] ya se ha probado en los médicos de urgencias cuando se realizan tareas no relacionadas con la medicina al final de un turno de noche”.

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

visibilidad y, en si el conductor sabía o debía saber que era probable que se quedara dormido o cometiera errores debido a la fatiga. En caso afirmativo, el conductor debería haber dejado de conducir, de modo que no hacerlo corresponde a una infracción, o equivale a una conducción imprudente. En tales casos, prever que el agente está o estará fatigado equivale a entender que está exponiendo a otros a un riesgo de daño. Sin embargo, los cuestionamientos acerca de la causalidad rara vez se mencionan y no se ha encontrado una exploración detallada de la relación de causalidad-fatiga en estos casos.³⁶ La relación causal entre la fatiga mientras se conduce y los malos resultados es aparentemente asumido a pesar de la literatura que sugiere que, al igual que con el rendimiento quirúrgico, esa relación no es tan obvia como puede pensarse. Por lo tanto, gran parte de este análisis procede de la aplicación de las reglas de causalidad con poca referencia a la discusión judicial de la causalidad y la fatiga.

La fatiga opera en un espectro, desde un pequeño grado de cansancio hasta niveles en los que un cirujano podría volverse excepcionalmente torpe o incluso dormirse. Tal fatiga extrema podría ser vista como un riesgo claro y adicional y podría llevar a una muy mala decisión del tipo que se hace cuando alguien apenas está despierto. Cuando es irrefutable que la fatiga del agente del daño es tan alta, simplemente no puede haber confusión con las causas y consecuencias de la falibilidad humana. En tales casos, sería posible decir que, salvo que el cirujano se durmiera, la operación no se habría puesto en peligro. Es probable que los tribunales consideren que la fatiga es la razón por la cual se cometió el error y que tendrán poca dificultad para ver la relación causal entre el cansancio de la operación y el resultado perjudicial.

En el ámbito del derecho penal, la discusión se ha centrado en las cuestiones del consentimiento y formación de la intención y el impacto de la mejora cognitiva en ella, así como algunas de las implicaciones de una posible mejora futura para nuestra comprensión de

³⁶ Goold, Imogen y Maslen, Hannah, "Obliging Surgeons to Enhance Negligence Liability for Uncorrected Fatigue and Problems with Proving Causation", *Medical Law Review*, vol. 23, núm. 3, 2014, pp. 427-454.

REFLEXIONES DESDE EL DERECHO AL MEJORAMIENTO NEURAL...

la capacidad.³⁷ Ha llamado la atención el uso paralelo de los potenciadores cognitivos que podrían plantear problemas en el contexto legal, ante las situaciones de castigos ¿qué pasa si un delincuente puede evitar el castigo tomando un potenciador? Chandler explora cómo la disponibilidad de drogas podría influir en el castigo de la actividad delictiva. Los tribunales han ofrecido durante algún tiempo diversos tratamientos a los reclusos como condición de liberación: programas de tratamiento de adicciones, tratamiento antilibidinal de drogas “castración química”,³⁸ y la castración quirúrgica.³⁹ Medidas que han demostrado ser influyentes en las sentencias. Con la disponibilidad de drogas como el acetato de ciproterona que se ha utilizado para reducir el deseo sexual en delitos de connotación sexual, la posibilidad de una “solución” médica para la delincuencia con costos potencialmente menores que la reclusión resulta ser un arreglo cada vez más pertinente.

Existen numerosas formas en que los potenciadores pueden plantear problemas en el derecho penal y criminal, según qué fármacos y dispositivos se desarrollen. Tal vez podrían usarse simplemente para llevar al acusado a la capacidad requerida para ser juzgado y entender los procedimientos. Pero, ¿qué sucedería si un potenciador mejorara la empatía? ¿O mejorara los recuerdos? No es difícil imaginar cómo estos podrían llegar a ser muy útiles en la persecución penal de un criminal que de otro modo no se arrepentiría.

En el área de los derechos humanos se constata que, si bien sus reglas no contemplan explícitamente el fenómeno del mejoramiento neural —lo que podría inducirnos a considerar que la doctrina de los derechos humanos se muestra neutral frente a esta práctica—, existen inconsistencias o insuficiencias entre las concepciones que iluminan y permiten interpretar esas reglas, por una parte, y las prácticas que el *neuroenhancement* hace posibles. Como es sabido, el derecho (y el derecho de los derechos humanos no es una excep-

³⁷ Chandler, Jennifer, “Autonomy and the Unintended Legal Consequences of Emerging Neurotherapies”, *Neuroethics*, vol. 6, núm. 6, 2013.

³⁸ Deacon v. Canadá, Fiscal General, 2005 FC 1489, aff’d 2006 FCA 265; Stinnesford 2008.

³⁹ Russell 1996-7 y Vanderzyl 1994-5.

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

ción) se compone de reglas, principios y concepciones globales que guían las interpretaciones frente a casos difíciles.

Como sugirió Carlos Nino⁴⁰ la ética y los derechos humanos descansan en tres principios globales: *a) autonomía*, que se refiere a que cada ser humano es capaz de trazar planes de vida y emprenderlos. Esta capacidad estaría distribuida igualmente entre todos los seres humanos. En la práctica constitucional comparada este principio funda el derecho al desarrollo de la propia personalidad y el acceso a un conjunto de bienes que permiten actualizar esa capacidad; *b) dignidad*, señala que cada ser humano es responsable por sus actos voluntarios y nada más que por sus actos voluntarios. Este principio funda los sistemas de responsabilidad civil con base aquiliana y permite elaborar estándares de negligencia, y *c) inviolabilidad*, que indica que ningún ser humano puede ser empleado como un medio para alcanzar fines socialmente benéficos.

Desde luego, la distribución igual de la autonomía podría verse alterada con un consumo desigual y masivo de esos fármacos; la dignidad por la alteración de las pautas de responsabilidad exigida por la disposición de esos fármacos; la inviolabilidad porque la distribución de esos fármacos o la generalización de esas prácticas podría conducir a que algunos seres humanos, en el ámbito laboral, por ejemplo, sean empleados (por sus menores capacidades) como medios en pos de los fines de otros.

El *neuroenhancement* pone en cuestión el alcance de conceptos hasta ahora cruciales en la esfera de los derechos humanos y los derechos fundamentales como son el de autonomía, libre albedrío,⁴¹ dignidad, igualdad e identidad.⁴² Pero, yendo más allá, esta práctica problematiza una cierta idea de sujeto que constituye una base filosófica donde se tejen el plexo de los derechos subjetivos, los derechos fundamentales, los derechos humanos y el derecho privado.

⁴⁰ Nino, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 71-97.

⁴¹ Kolber, Adam, "Free will as a matter of law", In *Philosophical Foundations of Law and Neuroscience*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 15-32.

⁴² Earp, Brian, et al., "Addiction, identity, morality", *PsyArXiv*, 2018, disponible en: <https://psyarxiv.com/evm84/> (fecha de consulta: 18 de junio de 2020).

REFLEXIONES DESDE EL DERECHO AL MEJORAMIENTO NEURAL...

A nivel de derechos fundamentales, este desarrollo viene a tematizar tanto la libertad en la elección del consumo de estas *smart drugs*, como la restricción en su consumo, atentando contra la libre autodeterminación de la personalidad, así como el impacto en el ámbito de la propia dignidad e identidad modificada del sujeto consumidor, en lo que algunos han sugerido altera la propia naturaleza humana asimilable por otros a la dignidad humana.⁴³ En efecto, los estudios de neuroética trans y post humanistas han abordado esta temática.⁴⁴

En el ámbito de los derechos humanos el mejoramiento neural farmacológico posee ya un camino recorrido, en la analogía —en lo que resulta pertinente—, con toda la reglamentación perteneciente a la vorágine que significó el descubrimiento del genoma humano y sus implicaciones en los derechos de las personas, más actualmente en las discusiones sobre la edición genética, nos trae remembranzas de las ideas de eugenesia negativa. Es decir, la prohibición de utilizar estas tecnologías para modificar genes considerados socialmente defectuosos, pero no patológicos.⁴⁵

⁴³ Bostrom, Nick., "In Defense of Posthuman Dignity", *Bioethics*, vol. 19, 2005, pp. 202-2149.

⁴⁴ Murrow, Gail y Murrow, Richard, "A Hypothetical Neurological Association between Dehumanization and Human Rights Abuses", *J Law Biosci*, vol. 2, núm. 2, 2015, pp. 336-364.

⁴⁵ Cfr. con Savulescu, J. and Singer, P. (2019), "An Ethical Pathway for Gene Editing" *Bioethics*, 33, pp. 221-222. doi:10.1111/bioe.12570, a propósito de la muy justa consternación causada en el mundo científico y bioético la noticia del investigador chino Jiankui que supuestamente utilizando la técnica CRISPR cas-9 mejoró la condición genética de unas gemelas que de otro modo corrían el riesgo de heredar el VIH de su progenitor. El reproche ético está dado porque la supuesta edición no fue realizada para corregir una enfermedad genética, sino para mejorar capacidades humanas (*human enhancement*), además de no realizarse de acuerdo con los protocolos elementales de toda investigación seria. Este caso constituye, sin duda un claro ejemplo de cómo la práctica científica avanza más rápido, y muchas veces en contra de regulaciones porosas y anacrónicas, que los científicos miran con malestar porque detienen sus pretensiones. El grupo de la Sociedad Americana de Bioética y de la prestigiosa revista *American Journal of Bioethics* han señalado, que ninguna ley ni en Estados Unidos ni en el mundo podrá prevenir que casos como este sucedan. La bioética en el mundo anglosajón está actualmente discutiendo sobre la mejora humana, y los conceptos de eugenesia se desdibujan entre los terapéuticos y los estrictamente basados en la medicina del deseo o cosmética. Ca-

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

La Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina es el primer y único instrumento legal internacional vinculante en el campo de la biomedicina. La Convención proporciona un “marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana tanto en áreas antiguas como en lo que respecta a la aplicación de la biología y la medicina”.⁴⁶

La Convención actúa como documento de referencia a nivel internacional y ha tenido una influencia significativa en la legislación y las prácticas a nivel nacional, incluso en aquellos Estados Miembros del Consejo de Europa que no han firmado ni ratificado la Convención.⁴⁷

De hecho, la Convención es un faro para la protección de los derechos humanos en el campo biomédico fuera del contexto europeo. México, por ejemplo, está considerando la posibilidad de adherirse a la Convención de Oviedo. Otro punto a destacar es la creciente frecuencia con que el TEDH se refiere a la Convención en sus sentencias.⁴⁸

Para las pretensiones de la industria farmacéutica de la mejora cognitiva que busca modificar la línea germinal para producir efectos perdurables, incluso hereditarios, claramente el sistema robusto

plan de la Universidad de New York señala que si bien existe inversión en ingeniería genética, no existe un marco regulatorio global que regule las implicancias éticas y jurídicas de esta práctica, donde resulta evidente que la prohibición del hijo a la carta no es posible, porque si en una legislación se prohíbe, en otras legislaciones más laxas se podrá concretar, constituyendo un asunto de interés global en que científicos, bioeticistas y políticos deberán comenzar por discutir qué se entiende por mejoramiento humano, y cuáles deberían ser sus límites éticos y jurídicos.

⁴⁶ O’Sullivan Siobhán, et al., “Strasbourg”, *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, núm. 47, julio-diciembre de 2017, disponible en: <https://rm.coe.int/oviedo-conference-rapporteur-report-e/168078295c> (fecha de consulta: 18 de junio de 2020).

⁴⁷ Cornejo Plaza, María Isabel, “Biobancos, Desafíos en la protección de muestras almacenadas de datos con fines de investigación biomédica. Perspectiva chilena según acuerdo Trans-Pacific Partnership (TPP)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, núm. 47, 2017.

⁴⁸ Seatzu, Francesco y Fanni, Simona, “The Experience of the European Court of Human Rights with the European Convention on Human Rights and Biomedicine”, *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 31, núm. 8, 2015, pp. 5-16.

de protección de los derechos humanos europeo puede constituir un verdadero desafío si quiere mantener su legislación indemne a los avances de la ciencia.

3. *La matriz ética para la regulación de los neuroenhancement*

Respecto del consumo de las *smart drugs* debemos realizar una distinción fundamental para dilucidar cuándo estas podrían afectar a la dignidad humana. En el caso en que se obligue a una persona a su consumo sin su consentimiento estaríamos ante una vulneración no solo de su autonomía, sino, también de su dignidad. Por ejemplo, cuando ciertos trabajadores del área de la salud son obligados a consumir modafinilo para mantener la vigilia y evitar errores en un turno nocturno. Lo mismo ocurre si en los establecimientos educacionales se les obliga a los niños a consumir drogas para evitar el Síndrome de Déficit de Atención, sin un diagnóstico ni una indicación terapéutica ni ética adecuada, es decir, constantemente sometida a revisión y considerada una medida terapéutica de *última ratio*. Es claro que constreñir a una persona a consumir un nootrópico, es instrumentalizarlo para obtener personas con capacidades cognitivas diversas a las dadas —una verdadera forma de eugenesia— (Cornejo, 2018: 61-65).

Por su parte, claramente ante un futuro riesgo de daño a la salud es necesario aplicar el principio de precaución. Las *smart drugs* han sido desarrolladas y probadas en ensayos clínicos para una población específica que posee una indicación terapéutica derivada de un diagnóstico determinado. De manera que, aún no existe suficiente evidencia científica de cómo funcionan en personas que las utilizan sin el diagnóstico para las cuales fueron indicadas. La evidencia indica que los efectos físicos negativos sobre la salud son bastante menores, pero los efectos psicológicos (adicciones) y los efectos futuros son desconocidos. Así, ante tal incertidumbre, además de la necesaria información a la comunidad —considerada una obligación de resultado por nuestros tribunales—, es necesario aplicar el principio de precaución en su distribución y comercialización.

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

Por su parte, el CEDH protege el derecho de cada persona a respetar la vida privada y familiar, y esto incluye la protección contra la interferencia a la integridad corporal de un individuo.

Lo anterior sugiere que las propuestas para obligar directa o indirectamente a las personas a mejorarse a sí mismas podrían ser cuestionadas según los principios de los derechos humanos.

Una persona que se vea presionada para ingerir mejoradores neurales en el lugar de trabajo (o en otro lugar) podría argumentar que una ley que permite tal presión viola el compromiso de un país con los derechos humanos.⁴⁹

Como señalan Hagger y Hagger-Johnson, el artículo 8 (1) del CEDH protege la dignidad y, por lo tanto, si los rasgos de personalidad se consideran un aspecto central de la identidad, que puede ser alterado mediante mejora cognitiva intencional o no, esto podría verse como una violación de la dignidad humana.

Una respuesta a tal desafío podría provenir de las restricciones impuestas a la protección de ese derecho. Se pueden cometer infracciones a la privacidad o a la vida familiar cuando sea necesario en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública o el bienestar económico del país, para la prevención del orden público y/o de la comisión de delitos, para la protección de la salud, o la moral, o para la protección de los derechos y libertades de otros.⁵⁰ En los casos en que la mejora estuviese prescrita en razón de proteger a una parte o a toda la población, esta excepción podría respaldar tal obligación, pero en todo caso dependerá en gran medida de los hechos particulares, el grado de riesgo que conlleva la mejora y el impacto del fracaso para mejorar a otros. En ausencia de jurisprudencia relevante, queda por ver cómo se desarrollaría tal situación. Lo que podemos decir es que cuando se considera cómo regular los potenciadores, estos derechos básicos fundamentales deben tenerse en cuenta al evaluar qué obligaciones serán aceptables y respetuosas de los principios jurídicos vigentes.

⁴⁹ Hagger, Lynn y Hagger, Gareth., "Super kids: Regulating the Use of Cognitive and Psychological Enhancement in Children", *Law, Innovation and Technology*, vol. 3, núm. 1, 2011, p. 261.

⁵⁰ *Human Rights, Act 1998, Sch 1, Art 8*

REFLEXIONES DESDE EL DERECHO AL MEJORAMIENTO NEURAL...

A un nivel de justicia distributiva, el *neuroenhancement* radicaliza y lleva casi a un nivel de ciencia ficción las antiguas discusiones sobre desigual distribución de los bienes, produciendo desigualdad e incrementando la segregación, desde que aquellos que puedan adquirir *smart drugs* se encuentran mejor situados cognitivamente frente a quienes no las consumen, produciéndose una ventaja injusta de uno sobre otros, e incluso una “selección artificial” de los mismos. Este problema de justicia social posee asimismo un dilema ético, en cuanto aquellos que están en una posición ventajosa estarían cometiendo *plagio* o bien dopaje intelectual, en la conocida analogía con el dopaje deportivo. En el ámbito de la ética este desarrollo ha devenido en dos vertientes claramente identificadas a saber: una corriente liberal radicalizada en el transhumanismo y el extropianismo⁵¹ que en su vertiente política se denomina posthumanismo, y que esencialmente estimula la investigación y consumo de estos bienes, exigiendo un rol decisivo al estado en la neutralización en las dificultades de acceso para todos según sus necesidades y preferencias versus una postura más bioconservadora que propone guiarse por el principio de precaución ante riesgos a la salud avizorados en investigaciones incipientes, hasta impulsar regulaciones restrictivas considerando que se afectan bienes como la integridad genética.⁵²

A un nivel más analítico, se han hecho importantes distinciones acerca de cuándo deberían los humanos mejorarse a sí mismos. Santoni y su grupo de investigación han intentado responder esta pregunta realizando un análisis conceptual de la naturaleza de las diferentes actividades.⁵³

Ellos señalan que la mejora cognitiva es moralmente inadmisibles en algunas actividades orientadas a la práctica, como ciertas actividades educativas, *v.gr.* cuando la mejora cognitiva afecta negativa-

⁵¹ More, Max, *Principles of extropy*, Version 3.11, 2003.

⁵² González Morán, Luis, “Implicaciones éticas y jurídicas de las intervenciones de mejora en humanos. Reflexión general”, en Romeo Casabona, Carlos María (ed.) *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos*, Bilbao, Comares, 2012, p. 14.

⁵³ Santoni De Sio, Filippo *et al.*, “Who Should Enhance? Conceptual and Normative Dimensions of Cognitive Enhancement”, *Humana. Mente Journal of Philosophical Studies*, vol. 26, 2014, pp. 179-197.

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

mente la esencia de esas actividades (es decir, el aprendizaje a través de un cierto tipo de esfuerzo). Por otro lado, ellos argumentan que la mejora cognitiva debe permitirse en dos grupos de casos: en primer lugar, en actividades recreativas en las que se limita el valor moral o la importancia social, en segundo término, en algunas actividades prominentemente dirigidas a objetivos, como la alta responsabilidad profesional, cuyo objetivo tiene un valor moral o social significativo. Finalmente, ellos sostienen que el uso de potenciadores cognitivos eficaces y relativamente seguros deberían incluso ser obligatorios en esas profesiones de alta responsabilidad bajo ciertas circunstancias especiales.

En el futuro, también podríamos ver la aparición de nuevos derechos humanos en respuesta a nuestras capacidades modificadas, o al menos nuestra capacidad de cambiar esas capacidades que pueden surgir con las tecnologías de mejora.⁵⁴ Señalan que hasta la fecha la ley ha prestado poca atención a la protección de la interferencia con nuestros estados mentales. Argumentan que la línea entre las interferencias corporales y las interferencias mentales se atenúa en la era de las neurociencias, y que es hora de que el derecho considere cómo se pueden manejar tales interferencias. Señalan que, en la actualidad, los sistemas jurídicos distinguen entre lesiones corporales y mentales, y que esto es correcto, por lo que no deben eludirse.

En su opinión, las leyes de derechos humanos pueden proporcionar una base para protegerse contra tales interferencias. Señalan que la Unión Europea ha introducido recientemente un derecho al respeto de la “integridad mental” en el artículo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye la integridad mental bajo el alcance del artículo 8 (privacidad), pero no ha desempeñado un papel importante (todavía). En su opinión, los problemas tales como la posibilidad de *neuroenhancements* no deseados (tales como la mejora de los padres a los niños contra su voluntad, o la mejora obligada en el contexto laboral), podrían abordarse a través de un derecho humano a la libre

⁵⁴ Bublitz, Jan Christoph y Merkel, Reinhard, “Crimes Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and a Human Right to Mental Self-Determination”, *Criminal Law and Philosophy*, vol. 8, 2014, pp. 51-77.

REFLEXIONES DESDE EL DERECHO AL MEJORAMIENTO NEURAL...

determinación (o la libertad cognitiva). Esto, sugieren, podría implementarse como una suposición subyacente dentro de la ley. Entonces, sería necesario el derecho para asegurar que las personas se encuentren protegidas de interferencias graves en su libertad mental por parte del Estado y terceros, y para mantener el derecho a su libre autodeterminación.⁵⁵

Las nuevas tecnologías con promesas considerables para mejorar las capacidades humanas (y tal vez la condición humana) no pueden soslayar los riesgos concomitantes que dichos desarrollos pudieran ocasionar a futuro. Podría ser tentador ofrecer nuevas reglamentaciones específicas para gestionar estos desarrollos. Quizá en algún momento se haga necesario, pero es importante reflexionar cuidadosamente si realmente se necesitan regímenes nuevos o diferentes, o si realmente se necesita algún cambio. David Friedman⁵⁶ argumenta que el capítulo tecnológico afecta al derecho al menos de tres maneras: mientras que específicamente se centren en la tecnología de mejora. Hacerlo puede llevarnos (1) a alterar el costo de violar y hacer cumplir las normas legales existentes; (2) alterar los hechos subyacentes que justifican las reglas legales, y (3) cambiar los hechos subyacentes asumidos implícitamente por la ley, volviendo obsoletos los conceptos legales y categorías existentes, o incluso sin sentido.

Las tecnologías de mejora cognitiva pueden tener los tres efectos, pero particularmente los últimos dos. El impacto potencial del uso de modafinilo en el estándar de atención por negligencia es un buen ejemplo de tales posibles impactos. Lo mismo podría aplicarse a la intencionalidad en el derecho penal, y también podríamos ver implicaciones en el área del derecho del trabajo.

Friedman destaca que las leyes ampliamente definidas rara vez, o nunca, deben adaptarse a las nuevas tecnologías, simplemente pueden abarcarlas. Pero, como continúa diciendo, estos principios a veces pueden ser demasiado amplios como para “aplicarse con resul-

⁵⁵ Bublitz, Jan Christoph, “My Mind is Mine!? Cognitive Liberty as a Legal Concept”, EN *Cognitive Enhancement: An Interdisciplinary Perspective*, Hildt, 2013.

⁵⁶ Friedman, David, “Does Technology Require New Law?”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 25, núm. 2, 2001, pp. 2-71.

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

tados predecibles a un costo razonable”.⁵⁷ Las ganancias en términos de flexibilidad y la protección del futuro debe equilibrarse con los costos de la falta de certeza y el hecho de no proporcionar a los ciudadanos una orientación clara sobre lo que es legal.

Cuando se piensa en cómo nuestras actuales legislaciones se están aplicando a la mejora cognitiva, debemos tener en cuenta los puntos de Friedman en una variedad de dimensiones. Puede ser que ya existan reglas o principios suficientemente amplios que podamos extrapolar a estos nuevos desarrollos biomédicos, por lo que podríamos aplicarlos para abordar los nuevos desafíos que nos presentan. Lo que cabe preguntarse es si las concepciones subyacentes al derecho lo permitirían. También debemos ser conscientes de no promulgar nuevas leyes (ya sea por la vía legislativa o por medio de decisiones jurisprudenciales) que operen con un alto nivel de generalidad o sancionar legislaciones que no puedan aplicarse de manera apropiada con suficiente especificidad, y que, sólo sirvan para crear o incrementar un problema jurídico e inclusive político.

Al determinar la existencia de una real necesidad de regulación, podemos preguntarnos, ¿cómo los potenciadores cognitivos han creado desafíos legales y cuál es su forma exacta? Podríamos considerar qué normas o hechos pueden haber afectado, y el grado en que dichos cambios significan en los enfoques o categorías legales existentes y si de hecho necesitan una actualización o descarte. Aquí, nuevamente, el ejemplo de negligencia es bueno. Si finalmente se mejora a todos, eso podría significar que el estándar de persona razonable ha cambiado fundamentalmente, pero, si sólo algunos son mejorados, y por elección, esto podría acarrear problemas de justicia social.

V. CONCLUSIONES

Este artículo ha tenido la pretensión de explicar el fenómeno del mejoramiento neural farmacológico desde el paradigma del neuroderecho. Es decir, desde un campo analítico conformado por las dis-

⁵⁷ *Ibidem*, p. 85.

REFLEXIONES DESDE EL DERECHO AL MEJORAMIENTO NEURAL...

quisiciones realizadas desde las neurociencias y la neuroética. Contribuyendo con una necesaria interpretación desde la neuroética aplicada acerca de cómo funciona el quehacer de la investigación neurocientífica y las prevenciones que necesariamente se deben tener al momento de interpretar críticamente sus objetivos.

La era del cerebro, como se ha denominado a la década pasada, ha incorporado en clave neuro múltiples formas de analizarnos y de analizar al mundo. Es por eso que, casi como un resultado natural de estos desarrollos se han rediseñado, surgido y reinventado junto a la neurociencia, la neurofilosofía, el neuromarketing, la neuroética, y también el neuroderecho. El neuroderecho viene a ser el interlocutor de las demás disciplinas en la interpelación de las neurociencias aplicadas a materias del comportamiento, cognición, y su impacto en las instituciones jurídicas, ya desde una certeza metodológicamente fundada en postulados neurotecnológicos y neurocientíficos actualizados al día de hoy. Esto no quiere decir que el rompecabezas de nuestra naturaleza agencial se encuentre completo, lamentablemente estamos lejos de eso, pero sin duda estamos más cerca que en ningún otro momento en la historia de la humanidad. Sin embargo, una descripción general muestra que tanto a nivel funcional el neuroderecho está posicionándose en diversas áreas del derecho, analizando cómo el mejoramiento neural da respuestas a solicitudes ciudadanas de control en la política criminal, en el análisis de la prueba de testigos y peritos en los juicios de jurados; en ayudar en la determinación del *quantum* al analizar el dolor psíquico del daño moral, etcétera.

En los estudios de derecho comparado, en el sistema anglosajón específicamente, vimos que ya existen desarrollos dogmáticos para el problema del *tort and negligence*, donde la causalidad presenta controversias y se constituye como una gran área de investigación. Lo mismo para el caso de elevar el estándar de la culpa y de la responsabilidad para quienes hayan consumido biomejoradores. Cuestiones que son más bien de índole adscriptivas pueden evidenciar profundas tensiones con la respuesta del derecho tradicional, desde elevar el estándar de diligencia o cuidado por consumo de neuromejoradores, hasta masificarse entre algunas actividades de relevancia social, como la medicina.

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

Otra cuestión de índole prescriptivo lo constituye la regulación idónea para esta práctica. El *neuroenhancement* se está analizando bajo determinados modelos teóricos como base para su ulterior regulación. En este sentido, bajo la premisa de la adulteración artificial de la agencia mediante un fármaco, otra respuesta del derecho es la de regular su consumo, pues no parece ser inocuo el fenómeno del mejoramiento neural farmacológico.

En efecto, existe preocupación desde distintos sectores, entre estos el académico anglosajón, para establecer una regulación que abarque las distintas posibilidades en juego. Para ello, se ofrece en esta investigación, una matriz que permite, según la naturaleza de las actividades de los agentes consumidores, una justificación moral y jurídica para prohibir su uso en niños, niñas y adolescentes. En estudiantes universitarios, es permisivo siempre que no adultere los fines específicos del espíritu de la enseñanza universitaria. Se exploró también la posibilidad de hacer obligatorio el consumo en ciertas circunstancias extremas a los médicos, como las que se han vivido a causa de la sindemia del COVID-19, para mitigar las consecuencias de la fatiga. En otras actividades de menor relevancia social, se puede permitir su consumo lúdico sin mayor reproche moral. Por supuesto una regulación como la propuesta debe fundarse en dos principios: el de precaución de riesgo a la salud, debido a que faltan estudios empíricos sobre los efectos futuros de los fármacos utilizados en personas sanas y el de justicia distributiva de Rawls, ya que la agencia se considera un bien común de la mayor importancia, no es el fármaco el que está en cuestión, sino la agencia la que, al distribuirse desigualmente, puede ahondar en las desigualdades sociales ya existentes.

Finalmente, es importante precisar que los estudios desde el neuroderecho no poseen una propuesta de arrogancia epistémica, sino que pretende constituir una mirada más, que puede llevarnos a conclusiones distintas a las exploradas en otras disciplinas, que por supuesto vale la pena tener en consideración para aquellos que se interesan por una epistemología de la agencia y sus consecuencias morales y jurídicas.

VI. REFERENCIAS

- BADDELEY, Alan, "Working memory", *Current Biology*, 20, 2010.
- BENERJEE, Dipavo., "Psychopharmacology for Excessive Daytime Sleepiness", *Sleep Medicine Reviews*, 8, 2004.
- BOSTROM, Nick., "In Defense of Posthuman Dignity", *Bioethics*, vol. 19, 2005.
- BUBLITZ, Jan Christoph, "My mind is mine!?: Cognitive liberty as a Legal Concept", *Cognitive enhancement: An interdisciplinary perspective*, Hildt, 2013.
- BUBLITZ, Jan Christoph y MERKEL, Reinhard, "Crimes Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and a Human Right to Mental Self-Determination", *Criminal Law and Philosophy*, vol. 8, 2014.
- CHUL-HAN, Byung, *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, Barcelona, Herder, 2014.
- CHANDLER, Jennifer., "Autonomy and the unintended legal consequences of emerging neurotherapies", *Neuroethics*, vol. 6, núm. 6, 2013.
- CLARKE, Randolph y REED, Thomas, "Free will and Agential Powers", en SHOEMAKER, D. (ed.), *Agency and responsibility*, vol. 3, Oxford University press, 2015.
- CORNEJO Plaza, María Isabel, "Biobancos, Desafíos en la protección de muestras almacenadas de datos con fines de investigación biomédica. Perspectiva chilena según acuerdo Trans-Pacific Partnership (TPP)", *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, núm. 47, Dykinson, 2017.
- CORNEJO PLAZA, María Isabel, Capítulo 12: "Edición genética y eugenesia: nuevas perspectivas éticas y jurídicas", en Martínez y Lima (ed.), *Dilemas éticos y morales en embriones humanos: abordaje interdisciplinario en salud reproductiva*, Ascune, 2018.

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

- CORNEJO PLAZA, María Isabel, “El mejoramiento neural farmacológico neuroenhancement y el impacto en la esfera de los derechos humanos ¿un desafío para la democracia?”, en VALENZUELA, Jonatan (ed.) *Desafíos Globales para la Democracia*, Tirant lo Blanch, 2019.
- DEREK, Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1984.
- EARP, Brian *et al.*, “Adicction, Identity, Morality”, *PsyArXiv*, 2018, disponible en: <https://psyarxiv.com/evm84/> (fecha de consulta: 18 de junio de 2020).
- EBERBACH, Wolfram, “Die Verbesserung des Menschen, Tatsächliche und rechtliche Aspekte der wunscherfüllenden Medizin”, *MedR*, núm. 26, 2008.
- FARAH, Martha *et al.*, “Neurocognitive Enhancement: What Can we do and What Should we do? Nature Reviews”, *Neuroscience*, 5, 2004.
- FARAH, Martha, *Neuroethics: an Introduction with Readings*, Hong Kong, MIT Press, 2010.
- FRANKE, Andre Gunder *et al.*, “Non-Medical use of Prescription Stimulants and Illicit Use of Stimulants for Cognitive Enhancement in Pupils and Students in Germany”, *Pharmacopsychiatry*, 44, 2011.
- FRANKE, Andre Gunder *et al.*, “Use of Illicit and Prescription Drugs for Cognitive or Mood Enhancement Among Surgeons”, *BMC Medicine*, 11, 2013.
- FRIEDMAN, David, “Does Technology Require New Law?”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 25, núm. 2, 2001.
- GARCÍA-LÓPEZ, Eric *et al.*, “Neurolaw in Latin America: Current Status and Challenges”, *International Journal of Forensic Mental Health*, 2019.
- GLANNON, Walter, *Brain, Body and Mind. Neuroethics with a Human Face*, Nueva York, Oxford University Press, 2011.
- GLANNON, Walter, “Neuroscience, Free Will, and Responsibility”, *Journal of Ethics in Mental Health*, 4, 2, 2009.

REFLEXIONES DESDE EL DERECHO AL MEJORAMIENTO NEURAL...

- GLANNON, Walter, "Our Brains are not Us," *Bioethics*, 23, 6, 2009.
- GONZÁLEZ MORÁN, Luis, "Implicaciones éticas y jurídicas de las intervenciones de mejora en humanos. Reflexión general", en ROMEO CASABONA, Carlos María (ed.), *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos*, Bilbao, Comares, 2012.
- GOOLD, Imogen y MASLEN, Hannah, "Obliging Surgeons to Enhance Negligence Liability for Uncorrected Fatigue and Problems with Proving Causation", *Medical Law Review*, vol. 23, no. 3, 2014.
- GREY, Betsy, "Neuroscience and Emotional Harm in Tort Law: Rethinking the American Approach to Free-Standing Emotional Distress Claim", *Law and Neuroscience: Current Legal Issues*, Oxford, Oxford Univ. Press., 2010.
- GREELY, Henry, "The Social Effects of Advances in Neuroscience: Legal Problems, Legal Perspectives. In Neuroethics: Defining the Issues", en ILLIS, J. (ed.) *Theory, Practice, and Policy*, Nueva York, Oxford University Press, 2006.
- GREELY, Henry, "Neuroscience and Criminal Justice: not Responsibility but Treatment", *Kansas Law Review*, vol. 56, núm. 11, 2008.
- GREELY, Henry *et al.*, "Towards Responsible Use of Cognitiveenhancing Drugs by the Healthy", *Nature*, 456, 2008.
- GREELY, Henry *et al.*, "Law and the Revolution in Neuroscience: An Early Look at the Field", *Akron Law Review*, vol. 42, 2008.
- GREELY, Henry, "What If? The Farther Shores of Neuroethics Commentary on Neuroscience May Supersede Ethics and Law", *Sci Eng Ethics*, 2009.
- HAGGER, Lynn y HAGGER, Gareth, "Super kids: Regulating the Use of Cognitive and Psychological Enhancement in Children", *Law, Innovation and Technology*, vol. 3, núm 1, 2011.
- HUME, David, *Tratado de la naturaleza humana*, Buenos Aires, Orbishypamérica, 1984.
- HUSAIN, Masud y MEHTA, Mitul, "Cognitive Enhancement by Drugs in Health and Disease", *Trends in Cognitive Sciences*, 15, 2011.

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

- KANT, Immanuel., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Espasa-Calpe, 1994.
- KOLBER, Adam, "Free Will as a Matter of Law", In *Philosophical Foundations of Law and Neuroscience*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- LEVY, Neil, "Is Neurolaw Conceptually Confused?", *J Ethics*, 18, 2, 2014.
- LOCKE, John, *An Essay Concerning Human Understanding*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- LOLAS STEPKE, Fernando y CORNEJO PLAZA, María Isabel, "Neuroética, Neurociencias y Derecho: Culturas epistémicas y comunidades de práctica", *Revista Jurisprudencia Argentina*, vol. 7, 2017.
- LYNCH, Gary, et al., "The Likelihood of Cognitive Enhancement", *Pharmacology Biochemistry and Behavior*, 99, 2011.
- MARCUS, Gary, *The Future of the Brain*, New Jersey, Princeton Press, 2015.
- MINZENBERG, Michael y CARTER, Cameron, "Modafinil: a Review of Neurochemical Action and Effects on Cognition", *Neuropsychopharmacology*, 33, 2008.
- MOHAMED, Ahmed, "Does Modafinil Improve Cognitive Functioning in Healthy Individuals?", en Ruud ter Meulen *et al.* (ed.), *Rethinking Cognitive Enhancement*, Oxford Scholarship Online, 2017.
- MOHAMED, Ahmed y Sahakian, Barbara, "The Ethics of Elective Psychopharmacology", *International Journal of Neuropsychopharmacology*, 2011.
- MORE, Max, *Principles of Extropy*, Version 3.11, 2003.
- MURROW, Gail y Murrow, Richard, "A hypothetical Neurological Association Between Dehumanization and Human Rights Abuses", *J Law Biosci*, vol. 2, núm. 2, 2015.
- NINO, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.

REFLEXIONES DESDE EL DERECHO AL MEJORAMIENTO NEURAL...

- NORMAN, Claus y BERGER, Mathias, "Neuroenhancement: Status Quo and Perspectives. European Archives of Psychiatry and Clinical", *Neuroscience*, 258, 2008.
- O'SULLIVAN, Siobhán *et al.*, "Strasbourg", *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, núm. 47, julio-diciembre de 2017, disponible en: <https://rm.coe.int/oviedo-conference-rapporteur-report-e/168078295c> (fecha de consulta: 18 de junio de 2020).
- PARDO, Michael y Patterson, Dennis, *Minds, Brains, and Law. The Conceptual Foundations of Law and Neuroscience*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- PARTRIDGE, Bradley *et al.*, "Smart Drugs "as Common as Coffee": Media Hype about Neuroenhancement", *PLoS ONE*, 6, 2011.
- RICOEUR, Paul, *Lo justo*, Santiago, Chile, Jurídica, 1995.
- ROSE, Steven, y Curry, Timothy, "Fatigue Countermeasures, and Performance Enhancement in Resident Physicians", *Mayo Clinic Proceedings*, vol. 3, núm. 85, 2010.
- SAFIRE, William, *Neuroethics. Mapping the Field*, Nueva York, The Dana Press, 2002.
- SANDBERG, Ander y Savulescu, Julian, *The Social and Economic Impacts of Cognitive Enhancement. In Enhancing Human Capabilities*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2011.
- SANTONI DE SIO, Filippo, ROBICHAUD, Philip y VINCENT, Nicole, "Who Should Enhance? Conceptual and Normative Dimensions of Cognitive Enhancement", *Humana. Mente Journal of Philosophical Studies*, vol. 26, 2014.
- SAVULESCU, Julian y SINGER, Peter, "An Ethical Pathway for Gene Editing" *Bioethics*, 33, 2019.
- SEATZU, Francesco y FANNI, Simona, "The Experience of the European Court of Human Rights with the European Convention on Human Rights and Biomedicine", *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 31, núm. 8, 2015.
- SGARBI, Adrian, "The Mystery of Freedom and Neurolaw", *Beijing Law Rev*, 6, 2015.

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

SMITH, Elizabeth y Farah, Martha, “Are Prescription Stimulants ‘Smart Pills’? The Epidemiology and Cognitive Neuroscience of Does Modafinil Improve Cognitive Functioning in Healthy Individuals?”, *Psychological Bulletin* 137, 2011.

VINCENT, Nicole, “The Challenges Posed to Private Law by Emerging Cognitive Enhancement Technologies”, *The Law of the Future and the Future of Law*, Oslo, Torkel Opsahl Academic E Publisher, 2011.

COMENTARIOS

COMMENTS

LOS DISTINTOS TIPOS DE ANÁLISIS CONCEPTUAL Y SUS APLICACIONES EN LA TEORÍA JURÍDICA. HACIA UNA INTEGRACIÓN METODOLÓGICA*

*THE DIFFERENT TYPES OF CONCEPTUAL ANALYSIS
AND ITS APPLICATIONS IN LEGAL THEORY. TOWARD
METHODOLOGICAL INTEGRATION*

Ángel O. REYES FLORES**

Resumen:

El análisis conceptual como método en la investigación filosófica jurídica ha sido un reflejo de los desarrollos en la filosofía analítica general, dentro de estos podemos encontrar dos vertientes, la vertiente reductiva y la vertiente conectiva, así como la crítica de W. V. O. Quine en cuanto a la naturalización del análisis, las cuales se replican en la teoría jurídica; no obstante, dentro de ésta, han surgido variantes de estos enfoques en relación al concepto mismo del derecho y otros conceptos relacionados; como lo son, el análisis conceptual directamente evaluativo, o el análisis conceptual indirectamente evaluativo, así como otros enfoques que consideran que los conceptos deben analizarse en relación con sus propiedades necesarias y otros que deben analizarse en relación a sus propiedades contingentes, o bien a ambas. Asimismo, se propone que, siendo conscientes de las distinciones metodológicas del análisis conceptual, sea posible integrar metodológicamente sus vertientes.

Palabras clave:

Análisis reductivo, análisis conectivo, análisis naturalista, análisis conceptual, explicación conceptual, integración metodológica.

* Artículo recibido el 24 de junio de 2019 y aceptado para su publicación el 10 de julio de 2020. Ganador del IV Concurso de Investigación en Filosofía del Derecho de Estudiantes de Posgrado: paradigmas emergentes en derecho y filosofía jurídica.

** Doctorando en el Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5825-9742>, correo electrónico: oswaldo.rey@hotmail.com

ÁNGEL O. REYES FLORES

Abstract:

Conceptual analysis as a method in legal theory has been influenced by developments in general analytical philosophy, within which we can find two basic types, the reductive analysis and the connective analysis. Along with W. V. O. Quine's criticism of the naturalization of analysis, these approaches are replicated in legal theory. However, variants of these approaches have emerged around the very concept of law and other related concepts, such as the case of directly evaluative conceptual analysis and indirectly evaluative conceptual analysis, as well as other approaches claiming that concepts should be analyzed in relation to their necessary properties while others stating that said concepts should be analyzed in relation to their contingent properties, or both. It is also suggested that it is possible to methodologically integrate the different aspects of conceptual analysis while being aware of the methodological distinctions.

Keywords:

Reductive Analysis, Connective Analysis, Naturalistic Analysis, Conceptual Analysis, Methodological Integration.

LOS DISTINTOS TIPOS DE ANÁLISIS CONCEPTUAL...

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Objetivo*. III. *Dos tipos de análisis conceptual*. IV. *¿Un análisis naturalista?* V. *La aplicación del análisis conceptual en la teoría jurídica*. VI. *¿Qué tipo de concepto es el derecho?* VII. *Hacia una integración metodológica del análisis conceptual*. VIII. *Conclusiones*. IX. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

En este breve estudio se pretende responder la pregunta ¿Cómo se caracteriza y justifica el análisis conceptual en la filosofía del derecho? Para ello se parte en primer lugar, de una breve descripción de los dos tipos principales de análisis que se pueden encontrar en la tradición analítica en filosofía general, así como un presunto tercer tipo de análisis que surge de la crítica de Quine sobre la revisión de proposiciones fundamentales, a la luz de evidencia empírica. Después, se exponen brevemente algunos casos de análisis conceptual en la teoría jurídica, dos casos excepcionales y dos casos paradigmáticos que se ubican en los trabajos de Jeremy Bentham y John Austin, por un lado; y Hans Kelsen y H. L. A Hart por otro, así como la propuesta de Brian Leiter de incorporar la visión naturalista en el análisis conceptual del derecho. Más tarde, se exponen algunos problemas y retos que se han suscitado con la distinción de los dos tipos de análisis en la teoría jurídica y las características del concepto del derecho, además se expone brevemente la posibilidad de integrar metodológicamente los distintos tipos de análisis para finalmente exponer las conclusiones del estudio.

II. OBJETIVO

Exponer como se caracteriza, aplica y justifica el análisis conceptual en la teoría jurídica, su problemática y las posibilidades de su integración metodológica.

ÁNGEL O. REYES FLORES

III. DOS TIPOS DE ANÁLISIS CONCEPTUAL

Para Brian Bix, el análisis conceptual en la teoría jurídica, forma parte de un enfoque en filosofía del derecho que se denomina “jurisprudencia analítica” la cual está relacionada con una disciplina más general la “filosofía analítica”.¹

En palabras de Peter Strawson, el título de “filosofía analítica”, sugiere que la descripción apropiada de su actividad favorita es el “análisis conceptual”.² De igual forma John Searle señala que “aunque no hay una división absoluta pueden identificarse dos propuestas de filosofía analítica, una que propone que el lenguaje ordinario es en general adecuado como herramienta y como materia de análisis filosófico; y otra, que propone que el lenguaje ordinario es inadecuado para propósitos filosóficos e innegablemente confuso”.³

Puede reconocerse en los trabajos de Gottlob Frege, Bertrand Russell, G. Edward Moore y otros, un claro análisis conceptual; sin embargo, es en los trabajos de Wittgenstein donde encontramos descritas las bases de uno y otro tipo de análisis, de ahí la importancia de este autor para establecer las diferencias y conexiones entre ambos tipos, sobre los cuales nos referiremos en este trabajo como análisis reductivo (lógico proposicional) y al análisis conectivo (del lenguaje ordinario), distinción establecida por Peter Strawson en su obra *Analysis and Metaphysics*.⁴

El que en Wittgenstein, se reconozcan ambos tipos de análisis, muy probablemente se deba a que tuvo influencia de la tradición del positivismo lógico, que inicia con Frege y su desarrollo del lenguaje lógico simbólico perfeccionado después por Russell y Whitehead,

¹ Bix, Brian, *Diccionario de teoría jurídica*, trad. de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro Villarreal Lizárraga, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 145.

² Strawson, Peter, *Análisis y Metafísica*, México, Paidós, 1992, p. 44.

³ Bunnin, Nicholas y Tsui-James, E. P., *The Blackwell Companion to Philosophy*, 2a edición, Estados Unidos, Blackwell Publishing company, 2003, p. 5.

⁴ Snowdon, Paul y Gomes, Anil, “Peter Frederick Strawson”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), forthcoming <https://plato.stanford.edu/archives/spr2019/entries/strawson/>.

LOS DISTINTOS TIPOS DE ANÁLISIS CONCEPTUAL...

asimismo por la tradición procedente de G. E. Moore que otorgaba primacía a los juicios de sentido común y a las prácticas ordinarias para abordar los problemas filosóficos, ambas tradiciones consideran al lenguaje como el punto de partida de la filosofía; sin embargo, la primera considera que el análisis lingüístico debía hacerse mediante reducción lógica, y la segunda, el análisis del uso de los términos (conceptos) en el lenguaje ordinario.⁵

1. *Análisis lógico proposicional (reductivo)*

Wittgenstein escribió en el *Tractatus* que el planteamiento de los problemas filosóficos descansa en la incompreensión de la lógica de nuestro lenguaje.⁶ En esta misma publicación da algunos fundamentos para este tipo de análisis el cual considera a las proposiciones *a priori* como las bases del pensamiento correcto al decir “un pensamiento correcto *a priori* sería un pensamiento tal que su posibilidad condicionaría su verdad”.⁷ Y más adelante señala: “Sólo podríamos saber *a priori* que un pensamiento es verdadero si por el pensamiento mismo (sin objeto de comparación) resultara reconocible su verdad”.⁸

Aquí podemos ver claramente el compromiso de Wittgenstein, con las verdades *a priori*. Asimismo, podemos ver un compromiso con el análisis lógico-proposicional al decir: “Hay un análisis completo, y sólo uno, de la proposición”.⁹ Es decir, el análisis versa únicamente sobre proposiciones pues “la proposición expresa de un modo determinado y claramente especificable lo que expresa: la proposición es articulada”.¹⁰ Es por lo anterior, que “el nombre no

⁵ Nubiola, Jaime, Neopositivismo y filosofía analítica: balance de un siglo, “Filosofía nel XX secolo”, *Acta Philosophica*, VIII/2, 1999, 197-222, disponible en: <http://www.unav.es/users/Articulo39.html>.

⁶ Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Logicus Philosophicus*, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Ltd., Gran Bretaña, 1922, p. 5.

⁷ *Ibidem*, p. 21.

⁸ *Idem*.

⁹ *Ibidem*, p. 22.

¹⁰ *Idem*.

ÁNGEL O. REYES FLORES

puede ya descomponerse más por definición alguna: es un signo primitivo.” Por lo tanto, “Sólo la proposición tiene sentido; sólo en la trama de la proposición tiene un nombre significado”.¹¹

Asimismo, para Wittgenstein las confusiones filosóficas se dan porque “en el lenguaje ordinario sucede con singular frecuencia que la misma palabra designe de modo y manera distintos”.¹² Por ejemplo: En la proposición ‘Verde es verde’, donde la primera palabra es el apellido de una persona y la última un adjetivo.¹³ La forma de eludir estos errores es usar “un lenguaje sígnico que los excluya, en la medida en que no use el mismo signo en símbolos distintos, ni use externamente de igual manera signos que designen de modo diferente. Un lenguaje sígnico, pues, que obedezca a la gramática lógica, a la sintaxis lógica.”¹⁴

Las cosas que saltan a la vista en este tipo de análisis son tres, la primera que este análisis se preocupa por la proposición, no por el nombre, pues lo considera una partícula primitiva que no tiene significado sino en una proposición, en concreto, el énfasis es en el orden lógico que le da sentido a una proposición o enunciado, es decir, primero la sintaxis lógica, después la semántica. Lo segundo, que las proposiciones son analizadas en un lenguaje de signos, que menciona Wittgenstein como el lenguaje de Frege y Russell que no es otro que lo que se conoce como lógica proposicional de primer orden. Y finalmente, que las proposiciones obtenidas mediante este tipo de análisis deben ser necesariamente verdaderas *a priori*.¹⁵

Por tanto, este tipo de análisis consiste en obtener el significado de un concepto por medio de su reducción a una proposición elemental, eliminando sus elementos de significado mediante un lenguaje de signos, que da como resultado el poder decidir cuando una proposición es necesariamente verdadera, sin recurrir a evidencia empírica.

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

¹³ *Ibidem*, p. 27.

¹⁴ *Ibidem*, p. 29.

¹⁵ *Idem.*

2. Análisis lógico del lenguaje ordinario (conectivo)

Más adelante, Wittgenstein en *Investigaciones Filosóficas* señala: “Reconducimos las palabras de su empleo metafísico a su empleo cotidiano. Ése es el criterio y el objetivo del método, nada más que eso, ello basta para desenmascarar todo nimbo.”¹⁶

Por lo que hace al lenguaje ordinario, la condición de posibilidad de este método, sobreviene a la pregunta “bajo qué especiales circunstancias se emplea efectivamente esta oración. Es en éstas en las que tiene sentido”.¹⁷ Así, el contexto es crucial para entender los planteamientos del lenguaje.

Este replanteamiento parte de que el lenguaje no es algo aislado, por lo que, debe examinarse en conjunto con la experiencia, es decir, debe perseguir determinadas finalidades prácticas, dado que “las confusiones que nos ocupan surgen, por así decirlo, cuando el lenguaje marcha en el vacío, no cuando trabaja”.¹⁸

Como puede verse Wittgenstein atenúa su postura respecto a la reducción lógica de proposiciones para centrarse en el lenguaje ordinario, en concreto en lo que él llama “juegos del lenguaje” que refieren “al todo formado por el lenguaje y las acciones con las que está entretejido”.¹⁹

Ahora bien, ¿en qué consiste el método del análisis conceptual en la reformulación de Wittgenstein?

A. Ver lo común (encontrar parecidos de familia)

En este sentido se debe estar atento a lo que tienen en común determinados objetos y decir esto que tienen en común se llama “X”. Asimismo, afirma: “No puedo caracterizar mejor esos parecidos que con la expresión ‘parecidos de familia’; pues es así como se superpo-

¹⁶ Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus-Investigaciones filosóficas-Sobre la certeza*, España, Gredos, 2009, p. 261.

¹⁷ *Ibidem*, 263.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Ibidem*, p. 171.

ÁNGEL O. REYES FLORES

nen y entrecruzan los diversos parecidos que se dan entre los miembros de una familia: estatura, facciones, color de los ojos, andares, temperamento, etcétera, etcétera”.²⁰

B. *Encontrar ejemplos*

En este caso señala que hay que responderse la siguiente pregunta: “¿cómo hemos aprendido el significado de esta palabra (“bueno”, por ejemplo)? ¿A partir de qué ejemplos; en qué juegos de lenguaje? Verás entonces fácilmente que la palabra ha de tener una familia de significados.”²¹

C. *Encontrar casos normales y anormales*

Como se ha visto, el significado es dado por el uso del lenguaje. Respecto de esto señala que hay que estar alerta sobre qué es lo esencial que veamos al oír una palabra y a pesar de todo en algún caso ser distinta su aplicación. Es decir, si en algunos casos hay un empleo diferente de un término; no obstante, que en general su aplicación es una.²² Por tanto, Wittgenstein afirma “Sólo en los casos normales nos es claramente prescrito el uso de una palabra; sabemos, no tenemos duda, qué hemos de decir en este o aquel caso. Cuanto más anormal es el caso, más dudoso se vuelve lo que debemos decir entonces”.²³ Para ello, “no basta una definición; y mucho menos basta hacer constar que una palabra es «indefinible»”.²⁴

Con todo lo anterior, puede decirse que en este enfoque el lenguaje, no tiene esencia lógica. Es una acumulación de un gran número de diferentes “juegos de lenguaje”, de los cuales el informe o la descripción de los hechos es simplemente uno. Cada uno de ellos

²⁰ Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus-Investigaciones filosóficas... cit.* p. 171.

²¹ *Ibidem*, p. 237.

²² *Ibidem*, p. 277-279.

²³ *Ibidem*, p. 279.

²⁴ *Ibidem*, p. 315.

LOS DISTINTOS TIPOS DE ANÁLISIS CONCEPTUAL...

tiene su propia forma de trabajar y ya no son idénticos en lo esencial, de tal suerte que los juegos ordinarios, se relacionan entre sí, sólo por “semejanza familiar”.²⁵

En este sistema, el significado de una palabra u oración se encuentra en las reglas de su uso en la vida real, no en la reflexión filosófica. Estas reglas se distinguen mejor en la actividad de aprender a usar las expresiones involucradas; son el resultado de convenciones que puede ser alterado; pero estas convenciones deben ser públicas y compartidas, por tanto, un lenguaje privado es imposible.²⁶

IV. ¿UN ANÁLISIS NATURALISTA?

Como se ha visto uno de los supuestos, por lo menos del análisis reductivo es la noción de que una proposición analítica es inmune a su revisión, puesto que es necesariamente verdadera. En este respecto, el trabajo de Willard Van Orman Quine es referente, debido a que argumentó que no hay proposiciones inmunes a su revisión, que cada proposición puede ser revisada con base en evidencia empírica.²⁷

De acuerdo con Quine, “El empirismo moderno ha sido en gran parte condicionado por dos dogmas. Uno de ellos es la creencia en cierta distinción fundamental entre verdades que son analíticas, basadas en significaciones, con independencia de consideraciones fácticas, y verdades que son sintéticas, basadas en los hechos. El otro dogma es el reductivismo, la creencia en que todo enunciado que tenga sentido es equivalente a alguna construcción lógica basada en términos que refieren a la experiencia inmediata”.²⁸

Lo anterior, supone la formulación de enunciados no contradictorios, a partir de los hechos que instancian una categoría conceptual dada, lo cual permite hacer ajustes en la estructura de conceptos que

²⁵ Honderich, Ted, *The Oxford Companion to Philosophy*, Estados Unidos, Oxford University Press, 1995, p. 490.

²⁶ Ídem.

²⁷ Bunnin, Nicholas y Tsui-James, E. P., *op cit.*, p. 6.

²⁸ Quine, Willard Van Orman, “Dos dogmas del empirismo”, *La búsqueda del significado*, Universidad de Murcia, España, 1991, p. 49.

ÁNGEL O. REYES FLORES

eran dados por verdaderos *a priori*. Algunos suponen que, si esto pasa, los resultados del análisis filosófico no pueden ser distintos de los resultados de las investigaciones científicas.²⁹ No obstante, lo anterior, sería una apreciación bastante extrema.

Como ya se ha mencionado, la crítica naturalista fue dirigida principalmente al reductivismo, por lo que parece ser que el análisis conectivo puede permanecer incólume ante tales aspectos, pues al considerar casos normales y casos anormales, puede decirse que no se aparta totalmente de los hechos.

Aún el análisis reductivo, tampoco parece afectarse con esta distinción a menos que las proposiciones formuladas por reducción no refieran ninguna experiencia posible. Como señala Peter Strawson, “los conceptos de lo real no pueden significar nada para sus usuarios a no ser que se relacionen, directa o indirectamente, con una posible experiencia de lo real”.³⁰

Tal vez, una forma caritativa y menos extrema de interpretar la crítica quineana sea que la filosofía deba apoyarse y apoyar a las ciencias empíricas, como una disciplina general y crítica del conocimiento obtenido por los métodos de dichas ciencias, pero no constituirse como una ciencia más.

V. LA APLICACIÓN DEL ANÁLISIS CONCEPTUAL EN LA TEORÍA JURÍDICA

La visión más extendida sobre la filosofía analítica en la teoría jurídica es que ésta ofrece analizar la naturaleza básica del derecho y los conceptos jurídicos.³¹ En atención a lo anterior, es procedente hacer la siguiente pregunta: ¿Es aplicable a la teoría jurídica la distinción hecha en el punto anterior? La respuesta es que sí, puesto que el método de análisis en sus variantes descritas líneas arriba es empleado

²⁹ Bunnin, Nicholas y Tsui-James, E. P., *op cit.*, p. 7.

³⁰ Strawson, Peter, *op. cit.*, p. 101.

³¹ Bix, Brian, “Some reflections on methodology in jurisprudence”, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 67-96.

LOS DISTINTOS TIPOS DE ANÁLISIS CONCEPTUAL...

en la teoría jurídica, con algunos casos excepcionales y algunos problemas propios de la disciplina que se verán a continuación.³²

1. Casos excepcionales. *Jeremy Bentham* y *John Austin*

Como es sabido en la teoría jurídica los casos de *Jeremy Bentham* y *John Austin*, son reconocidos como exponentes de la *Analytical Legal Theory*; no obstante, ellos no utilizan propiamente el método descrito líneas arriba, en ninguna de sus variantes, debido a que, los trabajos de los precursores de la filosofía analítica como sería el caso de *Frege*, *Russell* y *Wittgenstein* surgen a finales del siglo XIX y principios del XX, y los trabajos de *Jeremy Bentham* y *John Austin* en el siglo XVIII y XIX respectivamente. No obstante, debe existir una razón por la cual se consideran exponentes de la “teoría legal analítica”, lo cual, como se vio arriba, no es lo mismo que “jurisprudencia analítica”, ni “filosofía analítica del derecho”.

La respuesta para algunos teóricos como *Endicott*, es que para *Bentham*, la forma en la que se manifiesta empíricamente el derecho es a través de actos lingüísticos, por lo tanto, al estilo del análisis conceptual, él basa su teoría en el significado y uso de las palabras.³³

³² No obstante, para *Bix* hay una distinción entre “jurisprudencia analítica” que es “Un enfoque de la filosofía del derecho que enfatiza el análisis de los conceptos (‘sistema jurídico’, ‘derecho’, ‘propiedad’). Este enfoque está relacionado con una disciplina más general, la ‘filosofía analítica’”. Y “filosofía analítica del derecho” ‘que supone (del derecho) es una búsqueda de los significados de términos y conceptos. Los filósofos analíticos tienden a creer que el análisis conceptual es un enfoque defendible para comprender partes de nuestro mundo’. Véase, “Jurisprudencia analítica”, *Bix*, *Brian H.*, Diccionario de teoría jurídica, trad. de *Enrique Rodríguez Trujano* y *Pedro Villarreal Lizárraga*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 145. Asimismo, para algunos como *Riccardo Guastini* “la filosofía analítica del derecho positivo no es otra cosa que el análisis lógico del lenguaje jurídico... en la práctica jurídica el lenguaje del legislador se encuentra en una continua relación osmótica con el lenguaje de los juristas, sobre todo jueces y juristas académicos... Por lo tanto, hace falta entender (o extender) el análisis sugerido por *Bobbio* más allá del lenguaje “del legislador”, hasta incluir el lenguaje de los operadores jurídicos en general.” Véase, *Guastini*, *Riccardo*, *Las dos caras de la filosofía analítica del derecho positivo*, Italia, Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, 2016, p. 3.

³³ *Endicott*, *Timothy*, “Law and Language”, *The Stanford Encyclopedia of Philo-*

ÁNGEL O. REYES FLORES

Además, Bentham parece pensar en el significado de una palabra en términos causales, como su capacidad de actuar en un sujeto, emergiendo una imagen de sustancias perceptibles o emociones a las cuales la palabra nombra, en estos términos generales o nombres, cosas, personas, actos, etcétera, son traídos a la vista. Por lo tanto, las palabras que no traen una vista de cosas perceptibles, no tienen significado, excepto aquellas que pueden ser expuestas por paráfrasis, o sea por el método de trasladar enunciados completos a otros en donde las palabras son usadas en enunciados de los que surgen imágenes de cosas perceptibles.³⁴

Con este método de análisis Bentham define a la ley como un “ensamblaje de signos declarativos de una voluntad concebida o adoptada por el soberano en un Estado, que se ocupa de que una conducta sea observada en cierto caso por cierta persona o clase de personas, quienes en el caso en cuestión son o se supone que deben ser sujetos a este poder”.³⁵ Con esto sentaría las bases de un análisis de conceptos sobre el eje de la voluntad con los cuales construyó un sistema lógico muy familiar a lo que hoy conocemos como lógica deontica y que llamó “lógica de la voluntad” o “lógica del imperativo”.³⁶

A una conclusión similar arriba J. J. Moreso quien afirma, “la filosofía de Bentham se ancla en el empirismo inglés y algunas de sus ideas prefiguran algunos de los desarrollos posteriores de la filosofía del lenguaje”.³⁷

De igual forma ocurre con John Austin quien en su estudio *The Province of jurisprudence Determined* señala como uno de sus objetivos determinar implícitamente la esencia o naturaleza de una orden (command) y distinguir ordenes que son leyes o reglas de órdenes que son meramente ocasionales o particulares. Determinar la naturaleza de una orden, fijar los significados de los términos que el tér-

sophy (Summer 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/law-language/>

³⁴ *Idem.*

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Idem.*

³⁷ Moreso, Josep, Positivismo Jurídico y Filosofía Analítica, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 22, 2017, pp. 118-136

LOS DISTINTOS TIPOS DE ANÁLISIS CONCEPTUAL...

mino orden implica: denominados “sanción” u “obediencia forzada”; “deber” u “obligación”; “superior e inferior”.³⁸ De esta forma, Austin caracteriza al derecho como ordenes respaldadas por sanciones, emitidas por un soberano que es obedecido habitualmente, lo cual lo acerca bastante a un análisis reductivo.

2. *Dos casos paradigmáticos de análisis reductivo y conectivo en la teoría jurídica*

A. *Hans Kelsen*

De igual forma que Jeremy Bentham, en Hans Kelsen, partiendo del concepto de *grundnorm*, se dan las bases para una lógica mediante la cual sea posible determinar las normas de un sistema jurídico, como objeto de estudio de una ciencia jurídica. Para conseguir tal objetivo, parte de un sistema lógico, como más adelante lo especificaría en el ensayo *Lógica y Derecho*, que establece un principio de inferencia y otro de contradicción.³⁹

De acuerdo con Kelsen una norma (enunciado normativo) no puede tener como fundamento de validez la autoridad, sino otra norma (Hay que recordar que Kelsen al igual que Bentham, busca desmitificar la norma jurídica de entidades metafísicas o sobrehumanas como Dios o El Rey y darles un fundamento racional). Esta norma que refiere Kelsen no es una norma impuesta por ninguna autoridad, es más bien presupuesta, es la norma fundante básica denominada *gründnorm*. Esta norma presupuesta establece, de acuerdo con el autor de la Teoría Pura, la forma en la que deben crearse las normas del sistema jurídico, en este sentido señala: “El fundamento de validez de una norma solo puede encontrarse en la validez de otra norma. La norma que representa el fundamento de

³⁸ Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Reino Unido, Cambridge University Press, 1995, p. III.

³⁹ Ordoñez, Ulises, “Consideraciones sobre ‘Derecho y lógica’ de Hans Kelsen”, *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, núm 10, 1978, pp. 55-79.

ÁNGEL O. REYES FLORES

validez de otra es caracterizada, metafóricamente, como una norma superior en relación con otra inferior”.⁴⁰

Con lo anterior, Kelsen da los fundamentos para el análisis de conceptos jurídicos los cuales se reducen a ciertos enunciados de los cuales parecen desprenderse las posibilidades de un sistema jurídico en términos lógicos deductivos. Aquí es donde se encuentra la regla de inferencia que remite la validez de una norma a la *grundnorm*, lo cual determina el concepto de sistema normativo, pues Kelsen afirma que “todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica constituyen un sistema de normas, un orden normativo”.⁴¹ Esto es la base de su teoría, la cual, hay que señalar que vale solo para las normas creadas bajo este esquema, y en donde Kelsen ve una descripción de un sistema positivista.⁴²

De igual forma una vez que se tiene esta regla general que valida las normas del sistema, Kelsen establece un principio que deben cubrir todas aquellas normas descritas en enunciados normativos para que el sistema sea coherente, lo cual establece en estos términos: “Puesto que la norma fundante básica es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas, esa unidad también se expresa diciendo que el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen”.⁴³

De acuerdo a las reglas de su sistema, Kelsen plantea que los conflictos se pueden dar de diversas formas, se plantea el problema del conflicto entre normas del mismo nivel o de un conflicto entre una norma de nivel superior y una norma de nivel inferior, o bien las emitidas por un mismo órgano o por órganos diferentes, o simplemente cuando la ley contiene palabras sin sentido o disposiciones entre sí incompatibles, o bien puede aparecer también un conflicto entre dos normas individuales cómo pueden ser dos sentencias judiciales especialmente cuando ambas normas han sido dictadas por órganos

⁴⁰ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad., Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1979, p. 201.

⁴¹ *Ibidem*, p. 202.

⁴² *Ibidem*, p. 214.

⁴³ *Idem*.

LOS DISTINTOS TIPOS DE ANÁLISIS CONCEPTUAL...

diferentes.⁴⁴ De acuerdo con lo anterior, por lo que hace a esta parte de su estudio puede considerarse como un reduccionista.⁴⁵

B. H. L. A Hart

Hart desde el principio de su obra *The Concept of Law*, señala que su objetivo es “promover la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados”.⁴⁶ Hay que señalar que la reflexión sobre el concepto

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 215-217.

⁴⁵ Si bien, es controversial la influencia de la filosofía analítica en Kelsen el cual se considera como un neo-kantiano, no puede negarse que estaba al tanto de algunos desarrollos en filosofía analítica como los de George Edward Moore, a quien cita “Con respecto al concepto de “deber” vale lo mismo que George Edward Moore (Principia Ethica, Cambridge, 1922, pp. 7 y ss.) dice del concepto ‘bueno’... ‘bueno’ es una noción simple, así como ‘amarillo’ es una noción simple”. Un concepto simple no es definible y lo que conduce a lo mismo, no es analizable... El contenido del deber consiste en aquello que un orden positivo, moral o jurídico, prescribe; es determinado a través de actos de voluntad y cuando es así determinado, es reconocido”. Véase, Kelsen, *op. cit.*, p. 19. De igual forma, no era ajeno al análisis de conceptos pues en una referencia al concepto de “regla” de Moritz Schlick señala “El concepto no expresa que algo debe contar con las propiedades que la definición determina. El concepto de una buena conducta es: conducta que corresponde a una norma. Este concepto contiene tres elementos: ‘norma’, ‘conducta’ y ‘correspondencia’ en cuanto relación entre ‘norma’ y ‘conducta’. Este concepto no expresa que una conducta deba corresponder a una norma, sino solamente que, cuando no corresponde a una norma, no encaja en el concepto de buena conducta y, por ende, que no es una conducta buena. Que la conducta deba corresponder a la norma, es el sentido de la ‘norma’, que junto con ‘conducta’ y ‘correspondencia’, configura un elemento del concepto de buena conducta, pero no el sentido del concepto. La conducta es buena, no por corresponder al concepto, sino por corresponder a la norma. Puede contradecir la norma, pero no al concepto”. Véase, Kelsen, *op. cit.*, p. 31. Para Vernengo, Kelsen llega a la misma conclusión que Von Wright, al escribir en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* que “los principios lógicos pueden ser aplicados a normas jurídicas, si bien no directamente, por lo menos indirectamente, en cuanto son aplicables a las proposiciones jurídicas que describen a esas normas”. Véase, Vernengo, Roberto, Derecho y lógica: un balance provisorio, *Anuario de filosofía del derecho*, no 4, 1987, pp. 303-330.

⁴⁶ Hart, H., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Argentina, Abeledo-Perrot, 1961, p. XI.

ÁNGEL O. REYES FLORES

del derecho alude directamente al trabajo de John Austin en *The Province of Jurisprudence Determined*, quien como ya se ha comentado, ofrece una caracterización reductiva del derecho como “órdenes respaldadas por amenazas”, la cual está basada en el concepto de la ley como mandato de Jeremy Bentham. Por lo que, la tarea de Hart, en la primera parte de su obra, es señalar los problemas que esta caracterización entraña, así como ofrecer una caracterización compatible con otras formas de acciones consideradas comúnmente como jurídicas.

Hart inicia su estudio con el problema que representa la pregunta sobre “el derecho”, referente a este tema señala: “Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aun paradójicas, como la pregunta ¿qué es derecho?”.

Respecto de este problema, duda si se está realizando la pregunta correcta, pues el derecho es un concepto problemático debido a su similitud con otros conceptos como los de la religión y la moral. Asimismo, menciona que, si bien, existen casos típicos de lo jurídico, también existen casos, en los cuales la calidad de ser jurídicos no está completamente determinada, por lo que puede haber dudas aún para los más documentados en la materia.

Señala como uno de esos casos problemáticos, el del derecho internacional, pues a diferencia de otros, éste no es creado por ninguna legislatura y los estados no se someten a una jurisdicción internacional, debido a que las Cortes Internacionales no tienen facultades para hacer cumplir sus determinaciones, además de que sus sanciones son indeterminadas. De igual forma, señala al derecho primitivo, que comparte algunas similitudes con el derecho internacional.

Es claro que en esta parte de su estudio Hart está siguiendo algunas de las reglas del método del segundo Wittgenstein, buscando parecidos de familia, casos normales y casos anormales.

3. La propuesta naturalista en la teoría jurídica

Una propuesta que se ha manifestado es la de convertir a la filosofía del derecho en una disciplina naturalizada, en el sentido de la

LOS DISTINTOS TIPOS DE ANÁLISIS CONCEPTUAL...

crítica quineana sobre el análisis conceptual, el esfuerzo más claro por lograr este objetivo, tal vez, sea el de Brian Leiter, quien señala que el análisis conceptual es preferido en la jurisprudencia porque facilita el éxito de teorías *a posteriori* sobre el derecho y las instituciones legales. Asimismo, señala que la única forma de reivindicar los argumentos conceptuales del positivismo duro, es que el concepto que mejor explica es el que se encuentra en los programas de investigación *a posteriori*, esto es, aquellos que proporcionen un entendimiento adecuado de cómo funciona el mundo.⁴⁷

Sugiere tomar en cuenta la visión del derecho que los antropólogos, sociólogos, psicólogos y otros puedan decirnos de las prácticas sociales sobre el derecho.⁴⁸ Como ejemplos de este tipo de programas señala a aquellos que en el espíritu del realismo entienden la operación de las cortes en términos socio-demográficos para explicar su comportamiento, los cuales han asumido que las explicaciones basadas en el derecho están confinadas a explicaciones en términos de normas con pedigrí.⁴⁹ De igual forma menciona que estos científicos sociales nos proporcionan una visión de las cortes que encaja en una más amplia concepción naturalista del mundo, con causas y reglas deterministas donde la voluntad o la agencia no juegan ningún rol explicativo.⁵⁰

Asimismo, propone voltear la mirada al realismo como un programa de investigación de carácter predictivo sobre cómo decidirán los jueces, así como su compromiso con el naturalismo y el pragmatismo.⁵¹

No obstante, para algunos teóricos del análisis conceptual tradicional como Kenneth Himma, nadie ha articulado una declaración

⁴⁷ Leiter, Brian, "Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis", en Coleman, Jules, *Hart's Postscript Essays on the Poscript to The Concept of Law*, Oxford University Press, 2001, p. 369.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 370.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ Leiter, Brian, *Naturalismo y teoría del derecho*, trad. de and Giovanni Battista Ratti, España, Marcial Pons, 2012, p. 56

ÁNGEL O. REYES FLORES

razonablemente clara de cómo debe proceder una jurisprudencia naturalizada con respecto al análisis de conceptos.⁵²

Quizás la descripción de una teoría naturalizada corresponde a lo que se conoce como el movimiento “Law and Society” que se describe como los esfuerzos de los sociólogos del derecho, antropólogos del derecho, politólogos que estudian el comportamiento judicial, historiadores que exploran el rol de los abogados del siglo XIX, psicólogos que se preguntan sobre cómo se comportan los jurados, etc.⁵³

VI. ¿QUÉ TIPO DE CONCEPTO ES EL DERECHO?

Un par de nuevos enfoques sobre el análisis conceptual y que tienen que ver con el concepto mismo del derecho, son el enfoque directamente evaluativo y el enfoque indirectamente evaluativo, cuyos exponentes más connotados son Ronald Dworkin y Julie Dickson, respectivamente.

Para Ronald Dworkin, el concepto del derecho es en parte evaluativo y requiere una metodología evaluativa para explicarlo.⁵⁴ Es decir, el derecho es un concepto interpretativo que se basa en ciertas normas substantivas, su teoría está fundada en la interpretación constructiva de las acciones oficiales. (“Interpretación constructiva” es el principio que Dworkin habría aplicado no sólo para resolver disputas jurídicas, sino también para construir teorías sobre la naturaleza del derecho.) Así por “derecho”, Dworkin entendería “el hecho de que los jueces decidiesen los casos a partir de una teoría de las decisiones anteriores de los funcionarios (la legislación, la constitución, y las decisiones judiciales) relacionadas con la disputa que se ajustase adecuadamente a aquellas decisiones del pasado y pre-

⁵² Himma, Kenneth, “Conceptual Jurisprudence An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory”, *Revus*, núm 26, 2015, pp. 65-92.

⁵³ Friedman, Lawrence M., *The Law and Society Movement*, *Stanford Law Review*, vol. 38, núm. 3, 1986, pp. 763-780.

⁵⁴ Himma, Kenneth, *op. cit.* p. 80.

LOS DISTINTOS TIPOS DE ANÁLISIS CONCEPTUAL...

sentase a esa área del derecho lo mejor que sea posible (moral o políticamente)".⁵⁵

Por otro lado, Julie Dickson, sostiene que es posible realizar evaluaciones que no refieran a la moralidad de las normas en el derecho, a esto le llama "evaluación indirecta", la cual consiste en evaluar cuales son las propiedades relevantes de un concepto y distinguirlas de las no relevantes; sin apelar a la "evaluación directa", en el sentido de que una evaluación de este tipo, requiere el recurso a las normas morales que establecen qué contenido las prácticas sociales relevantes deberían tener.⁵⁶

Respecto de este problema, algunos teóricos como Brian Bix se han planteado ¿si el derecho es un concepto con propiedades necesarias? Para ello propone, en primera instancia, distinguir la aplicación a los términos que refieren entidades físicas o naturales, y por otro lado, su aplicación en instituciones humanas y prácticas sociales, los cuales parecen ser mucho más problemáticos.⁵⁷

A este respecto señala: "La discusión jurídica sobre la naturaleza del derecho no es un análisis de necesidad lógica o un tipo natural. Es un análisis conceptual, y lo que sea necesario o esencial está envuelto en una investigación de conceptos".⁵⁸ En este respecto la respuesta apropiada es que el análisis conceptual es una investigación *a priori*, es decir, no podemos estudiar el derecho hasta que sabemos que significamos como "derecho".⁵⁹ Asimismo, como ejemplo de la distinción entre características necesarias y contingentes menciona a Joseph Raz al decir:

Raz similarmente escribe sobre el concepto un derecho que parece ser ambos, contingente y necesario (o, en su propia terminología, ambos "parcial" y "universal"). De acuerdo con Raz: (1) Tenemos un concepto de derecho; (2) basado en cómo se entiende nuestra

⁵⁵ Bix Brian, *op. cit.*, nota 1, pp. 63 y 64.

⁵⁶ Himma Kenneth, p. 82.

⁵⁷ Bix, Brian, Some reflections on methodology in jurisprudence, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 70 y 71

⁵⁸ *Ibidem*, p. 71.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 72.

ÁNGEL O. REYES FLORES

sociedad a sí misma y (3) nuestro concepto de derecho ha cambiado a través del tiempo, en respuesta a los cambios en las instituciones, prácticas, actitudes, y aún las teorías filosóficas.⁶⁰

Para Bix, lo anterior, “es la justificación del análisis conceptual en la teoría jurídica, pero no solo el concepto de derecho necesita ser explicado, antes de entrar a cualquier tipo de validación empírica, también lo serían otros como obligación, deber y regla con los cuales está emparentado”.⁶¹

Asimismo, Bix plantea que para aquellos que sostienen que el derecho es un concepto con parecidos familiares, es decir, con instanciaciones que no tienen característica en común y de ahí que no tenga características necesarias, la forma de “refutar” esta creencia es proveer un análisis en términos de condiciones necesarias y suficientes, como Raz y otros han intentado hacer.⁶² Si el análisis es exitoso, esto es suficiente para mostrar que el “derecho” no es un concepto con parecido familiar.⁶³

Así este debate está lejos de ser terminado, ya que, algunos como Michael Giudice, señalan que las características que pueden ser más relevantes del concepto del derecho, no son las necesarias sino las contingentes, lo cual favorece la comprensión del derecho en otros contextos y en conexión con otros fenómenos. Respecto de esto señala:

Mi tesis es que una explicación analítica conceptual del derecho puede y debe reconocer la importancia de las características contingentes y las relaciones críticas, para una explicación más profunda de las varias experiencias sobre el derecho en diversas comunidades. Una vez entendida de esta manera, la jurisprudencia analítica puede apuntar nuevamente a verdades universales sobre la naturaleza de derecho, compuesto de una combinación de características necesarias y contingentes y sus relaciones. Tal comprensión renovada conserva el objetivo histórico de la jurisprudencia analítica para proporcionar una explicación universal del derecho al tiempo que se reconoce la multifacética naturaleza del derecho

⁶⁰ *Ibidem*, p. 76.

⁶¹ *Idem*.

⁶² *Ibidem*, p. 74.

⁶³ *Ibidem*, p. 74-75

LOS DISTINTOS TIPOS DE ANÁLISIS CONCEPTUAL...

(y su explicación conceptual) como un reflejo de muchas y muy variadas situaciones sociales.⁶⁴

VII. HACIA UNA INTEGRACIÓN METODOLÓGICA DEL ANÁLISIS CONCEPTUAL

A lo largo de esta reflexión, se ha caracterizado al análisis conceptual en la teoría jurídica, como una extensión de las dos formas, reductiva y conectiva desarrolladas en la filosofía general, así como el reto que plantea la crítica quineana al análisis sobre la reducción lógica y las verdades a priori.

Estas visiones del análisis plantean; por un lado, el problema de si es posible reducir un concepto como el derecho a características necesarias y suficientes, además de cuáles son las características relevantes del concepto, como ya se vio arriba; y por otro lado, si realmente un concepto como el derecho puede aspirar a ser inmune a la contrastación empírica, estos retos son los retos internos del análisis conceptual, además de un tercer reto que viene desde fuera del análisis conceptual, la necesidad de un concepto universal del derecho ante un contexto de pluralismo legal.

Estos retos son planteados por Michael Giudice, en cuanto al primero señala, que el análisis conceptual del derecho, para despegar, debe presumir que hay un solo, concepto coherente y unificado del derecho que subyace a las diversas intuiciones y usos lo cual parece bastante difícil.⁶⁵ Por lo que hace al segundo, establece la posibilidad de acuerdo con Leiter, de proporcionar una forma de examinar como algunos conceptos de derecho son superiores a otros, sin apelar a las intuiciones o algún otro pseudo-método empírico.⁶⁶

En cuanto al tercer reto menciona, “el pluralismo legal es una especie de teoría socio-legal dedicada a la exploración de una amplia variedad de derechos alrededor del mundo, y la jurisprudencia ana-

⁶⁴ Giudice, Michael, *Understanding the Nature of Law. A case for constructive conceptual explanation*, Reino Unido, Elgar Studies in Legal Theory, 2015, p. 5.

⁶⁵ Giudice, Michael, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 28.

ÁNGEL O. REYES FLORES

lítica por otro lado, está simplemente dedicada a las cuestiones a priori sobre la naturaleza del autoconocimiento del derecho. ¿Cómo podría haber algún conflicto significativo entre estos proyectos radicalmente diferentes?”⁶⁷

Asimismo, Giudice propone ir más allá del análisis hacia la explicación constructiva conceptual, entendida como la construcción filosófica de conceptos nuevos y mejorados para ser usados en la explicación y el entendimiento de la realidad social.⁶⁸

Desde mi punto de vista, estos retos que plantea el análisis conceptual en la teoría jurídica pueden afrontarse de una forma diferente, lo que se propone en el presente estudio, es la posibilidad de integrar los distintos elementos del análisis conceptual en un método que puede servir a distintos objetivos.

El primer paso, como se ha pretendido en este breve estudio, es hacer explícitas las diferencias metodológicas en el análisis conceptual del derecho, y entender los alcances de cada una. Un segundo paso, consiste en estudiar con qué objetivos se ha utilizado el análisis conceptual y cuales han sido los avances realizados. Finalmente, la integración del análisis como herramienta de investigación filosófica y coadyuvante de la investigación empírica.

En cuanto al primer paso, considero que cada tipo de análisis puede aportarnos algo diferente, así el análisis reductivo nos permite juzgar más fácilmente cuales son los casos claros de un concepto, mientras que el análisis conectivo, nos permite contrastar casos claros con casos difíciles, poniendo a prueba los límites de un concepto, mientras que el análisis naturalista, nos permite encontrar nuevas propiedades o establecer las relaciones causales implícitas en los conceptos con ayuda de los métodos y datos aportados por otras ciencias.

En cuanto al segundo paso, cabría hacer un estudio de los debates y críticas que se han hecho sobre el análisis; por ejemplo, el debate Hart-Dworkin, que sugiere por un lado que Hart mediante su análisis estaba en busca del significado de la palabra “Derecho” lo cual ha sido desmentido por algunos como Joseph Raz, sugiriendo que los

⁶⁷ *Ibidem*, p. 32.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 38.

LOS DISTINTOS TIPOS DE ANÁLISIS CONCEPTUAL...

objetivos de Hart eran diferentes, al decir, “Dworkin veía el análisis conceptual en un nivel práctico como forma para justificar argumentativamente una decisión... Hart señala que la teoría que propone en *The Concept of Law* es una teoría explicativa sobre la regla de reconocimiento en todos los sistemas legales. En otras palabras, Hart buscaba una interpretación de la compleja institución que llamamos derecho.”⁶⁹ Es decir, Hart utilizó su análisis para entender al derecho y algunas prácticas relacionadas y no buscaba el significado de la palabra “derecho”, es decir, el malentendido es que Dworkin veía el análisis con objetivos diferentes.

Finalmente, un ejemplo de la posibilidad de este proyecto es el trabajo de H. L. A. Hart quien realiza una reducción conceptual para caracterizar a un sistema jurídico como la unión de reglas primarias y secundarias, pero por otro lado, realiza una conexión conceptual, a partir de ejemplos, para explicar que frente a ese caso claro, existen otros sistemas que no son claros como el derecho internacional; o bien con base en su reducción del concepto de sistema jurídico como unión de reglas primarias y secundarias, construye el concepto de regla de reconocimiento, el cual puede ser puesto a prueba por algún experimento social y ser revisado.

VIII. CONCLUSIONES

Reconocer los distintos tipos de análisis conceptual en la teoría jurídica, lejos de debilitar la visión analítica, la fortalece y obliga a cuestionarse, si esas diferencias en el método no son más bien, diferencias de objetivos, y si realmente el análisis reductivo no puede coexistir con el conectivo, o de igual forma, la crítica quineana destruye por completo el análisis, o si realmente la explicación constructiva está desvinculada de la reducción y la conexión de conceptos. Desde mi punto de vista, si bien es cierto el análisis conceptual tiene una raíz reductiva, también lo es que actualmente, difícilmente

⁶⁹ Raz, Joseph, “Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison”, en Coleman, Jules, *Hart’s Postscript Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford University Press, 2001, p. 1.

ÁNGEL O. REYES FLORES

se podría sostener que los distintos exponentes del análisis conceptual son únicamente reduccionistas o conectivistas, ejercicios como este trabajo, sugieren que quizás las críticas no han tenido como blanco el análisis, sino los objetivos para los que se ha empleado, por ejemplo, para llegar a conceptos universales, conceptos con un contenido moral, etc. Asimismo, la integración metodológica del análisis conceptual, puede enriquecer nuestro conocimiento del derecho y las prácticas asociadas a él.

IX. REFERENCIAS

- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Reino Unido, Cambridge University Press, 1995.
- BIX, Brian, "Some Reflections on Methodology in Jurisprudence", *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2005.
- BIX, Brian, *Diccionario de teoría jurídica*, trad. de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro Villarreal Lizárraga, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- BUNNIN, Nicholas y Tsui-James, E. P., *The Blackwell Companion to Philosophy*, 2a edición, Estados Unidos, Blackwell Publishing company, 2003.
- ENDICOTT, Timothy, "Law and Language", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/law-language/>.
- FRIEDMAN, Lawrence M., "The Law and Society Movement", *Stanford Law Review*, vol. 38, núm. 3, 1986.
- GIUDICE, Michael, *Understanding the Nature of Law A case for constructive conceptual explanation*, Reino Unido, Elgar Studies in Legal Theory, 2015.
- GUASTINI, Riccardo, *Las dos caras de la filosofía analítica del derecho positivo*, Italia, Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, 2016.

LOS DISTINTOS TIPOS DE ANÁLISIS CONCEPTUAL...

- HART, H., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Argentina, Abeledo-Perrot, 1961.
- HIMMA, Kenneth, "Conceptual Jurisprudence An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory", *Revus*, núm 26, 2015, pp. 65-92.
- HONDERICH, Ted, *The Oxford Companion to Philosophy*, Estados Unidos, Oxford University Press, 1995, p. 490.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1979.
- LEITER, Brian, "Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis", en COLEMAN, Jules, *Hart's Postscript Essays on the Poscript to The Concept of Law*, Oxford University Press, 2001.
- LEITER, Brian, *Naturalismo y teoría del derecho*, trad. de and Giovanni Battista Ratti, España, Marcial Pons, 2012.
- MORESO, Josep, Positivismo Jurídico y Filosofía Analítica, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 22, 2017.
- NUBIOLA, Jaime, "Neopositivismo y filosofía analítica: balance de un siglo", *Filosofía nel XX secolo*, Acta Philosophica, VIII/2, 1999, 197-222, disponible en: <http://www.unav.es/users/Articulo39.html>.
- ORDOÑEZ, Ulises, "Consideraciones sobre 'Derecho y lógica' de Hans Kelsen", *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, núm. 10, 1978.
- QUINE, Willard Van Orman. "Dos dogmas del empirismo", *La búsqueda del significado*, Universidad de Murcia, España, 1991.
- RAZ, Joseph, "Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison", en COLEMAN, Jules, *Hart's Postscript Essays on the Poscript to The Concept of Law*, Oxford University Press, 2001.
- SNOWDON, Paul y GOMES, Anil, "Peter Frederick Strawson", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2019/entries/strawson/>.

ÁNGEL O. REYES FLORES

- STRAWSON, Peter, *Análisis y metafísica*, México, Paidós, 1992.
- VERNENGO, Roberto, “Derecho y lógica: un balance provisorio”, *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 4, 1987.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus-Investigaciones filosóficas-Sobre la certeza*, España, Gredos, 2009.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus Logicus Philosophicus*, Gran Bretaña, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Ltd., 1922.

FILOSOFÍA DEL DERECHO NATURALIZADA: POSIBILIDAD Y REFUTACIÓN*

*PHILOSOPHY OF NATURALIZED LAW:
POSSIBILITY AND REFUTATION*

Camilo Humberto PRIETO FETIVA**

Resumen

Uno de los problemas actuales de la teoría del derecho gira en torno a la metodología que debe usar, en tal sentido las discusiones se centran en dos extremos: i) posturas que buscan mantener el método clásico del análisis conceptual, ii) posiciones que persiguen una interdisciplinariedad, lo que trae consigo la incorporación de nuevos métodos. Dentro del punto ii) se sitúa la denominada filosofía del derecho naturalizada propuesta por Leiter, la cual a su vez se basa en el realismo jurídico norteamericano y en el giro naturalista de Quine e igualmente, tiene como finalidad elevar los estándares de validación empírica de las tesis ius-filosóficas.

Así las cosas, el objetivo principal de este trabajo es el de lograr una clarificación conceptual respecto a la propuesta de una filosofía del derecho naturalizada de Brian Leiter así como analizar las posibles ventajas y problemas que se desencadenan con su aplicación en el campo de la teoría del derecho. En tal sentido, este artículo se dividirá en tres partes: i) el giro naturalista en la investigación filosófica y planteamientos genéricos del realismo

* Artículo recibido el 24 de junio de 2019 y aceptado para su publicación el 10 de julio de 2020. Ganador del IV Concurso de Investigación en Filosofía del Derecho de Estudiantes de Posgrado: paradigmas emergentes en derecho y filosofía jurídica.

El presente artículo hace parte del trabajo de investigación realizado por el autor en el grupo de estudios legales y sociales "Phronesis", adscrito al centro de investigaciones socio jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC), en el marco del proyecto de investigación titulado: Derechos Humanos, Interculturalidad y Ética Pública. Fase 2.

** Docente de hora cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia ORCID <https://orcid.org/0000-0002-5040-3444>, Correo electrónico: camilohumberto@hotmail.com. chprieto@ucatolica.edu.co.

CAMILO HUMBERTO PRIETO FETIVA

mo jurídico norteamericano, 2) el neo realismo jurídico de Brian Leiter y la naturalización de la teoría jurídica, 3) problemas y críticas de la filosofía del derecho naturalizada.

Palabras clave:

Naturalización de la filosofía del derecho, predictibilidad de las decisiones judiciales, realismo jurídico, naturalismo, validación empírica.

Abstract

One of current problems in legal theory revolves around the methodology to be used. As such, discussions focus on two extremes: i) positions that seek to preserve the traditional method of conceptual analysis, and ii) positions that pursue an interdisciplinary approach, which entails the incorporation of new methods. Point ii) encompasses the so-called naturalized legal philosophy proposed by Leiter, which is in turn based on US legal realism and Quine's naturalistic perspective while also aiming to raise the standards of empirical validation of jus-philosophical theories.

The main objective of this paper is to clarify conceptual aspects of Brian Leiter's proposal of a naturalized legal philosophy, as well as to analyze the possible advantages and problems that may arise from its application in the field of legal theory. This paper is divided into three parts: 1) the naturalistic shift in philosophical research and generic approaches of US legal realism, 2) Brian Leiter's new legal realism and the naturalization of legal theory, and 3) problems and criticism of naturalized legal philosophy.

Keywords:

Naturalization of the Philosophy of Law, Predictability of Judicial Decisions, Legal Realism, Naturalism and Empirical Validation.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El giro naturalista en la investigación filosófica y planteamientos genéricos del realismo jurídico norteamericano*. III. *El neo-realismo jurídico de Brian Leiter y la naturalización de la teoría jurídica*. IV. *Problemas y críticas de la filosofía del derecho naturalizada*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de filosofía del derecho naturalizada por lo general las personas que no han tenido un acercamiento a la misma suelen relacionarla con el derecho natural, el cual tiene como fundamento el hecho, de que el derecho puede derivarse, interpretarse y aplicarse a partir de la idea de naturaleza humana.¹ No obstante, no existe una interpretación unívoca acerca de la idea de naturaleza humana, lo que ha marcado diferentes acepciones del derecho natural y su misma evolución hasta la fecha² donde se erigen como representantes principales de su versión contemporánea Carlos Massini,³ y John Finnis.⁴

Por el contrario, la filosofía del derecho naturalizada propuesta por Brian Leiter,⁵ tiene una concepción complementaria al positivo

¹ Welsel, Hans, *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*, 2a. ed., trad. de Felipe González Vincén, Madrid, Aguilar, 1979.

² Carpintero, Francisco, *Historia del derecho natural: un ensayo*, México, UNAM, 1999.

³ Massini, Carlos, *La Ley natural y su interpretación contemporánea*, Pamplona, EUNSA, 2006.

⁴ Finnis, John, *Estudios de teoría del derecho natural*, edición de Javier Saldaña y Carlos Massini, México, UNAM, 2017.

⁵ La postura que se acogerá de naturalización filosófica es la de Brian Leiter, la cual a su vez se fundamenta en el giro naturalista de Quine, sin embargo, existen otras visiones de naturalización tanto jurídicas como filosóficas, al respecto véase: Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, traducción de Agustín Contin, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004; Maddy, Penelope. *Second Philosophy: A Naturalistic Method*, Oxford, Oxford University Press, 2007; González, Daniel, "Filosofía y (Neuro)ciencia: Sobre la "naturalización" de la filosofía práctica", ponencia presentada en el primer congreso de filosofía del dere-

CAMILO HUMBERTO PRIETO FETIVA

jurídico, debido a que uno de sus objetivos principales es una idónea representación del proceso de decisión judicial,⁶ e igualmente se enmarca en el denominado positivismo jurídico excluyente,⁷ lo que hace que ésta, no sea equivalente a los postulados iusnaturalistas. Ésta forma de entender la filosofía jurídica, tiene sus fundamentos en el denominado giro naturalista de la filosofía y en el realismo jurídico norteamericano, pese a ello no es una reiteración histórica de los planteamientos de dicho movimiento sino, por el contrario, es fruto de una reconstrucción y desarrollo de los postulados de este, lo que hace que tenga una connotación de neo-realismo⁸ —el cual no debe confundirse con el denominado *New Legal Realism*—. ⁹

A su vez se instituye como una disciplina que va más allá del análisis conceptual predominante en la filosofía del derecho tradicional, entendido este como el análisis que se realiza acerca de la organización y de los componentes del derecho a saber, las normas y los conceptos jurídicos¹⁰. Para ello, se apoya en la aplicación en la teoría jurídica de los métodos de validación empírica propios de las ciencias

cho para el mundo latino, Alicante, 2016, pp. 1-31. [http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Filosof%C3%ADa%20y%20\(Neuro\)ciencia.%20Sobre%20la%20naturalizaci%C3%B3n%20de%20la%20filosof%C3%ADa%20pr%C3%A1ctica.pdf](http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Filosof%C3%ADa%20y%20(Neuro)ciencia.%20Sobre%20la%20naturalizaci%C3%B3n%20de%20la%20filosof%C3%ADa%20pr%C3%A1ctica.pdf).

⁶ Ratti, Giovanni, “Estudio introductorio”, en Leiter, Brian, *Naturalismo y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 11-27.

⁷ Leiter, Brian, “Objectivity, Morality, and Adjudication”, en Leiter, Brian, *Objectivity in law and morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 66-98.

⁸ Núñez, Álvaro, “El realismo jurídico de Brian Leiter”, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2010, núm. 10, pp. 438-456.

⁹ El denominado *New Legal Realismo*, es una escuela jurídica norteamericana que al igual que la postura esbozada por Leiter es heredera del realismo jurídico norteamericano, esta se caracteriza por prestar un especial interés al papel que juega el derecho en la cotidianidad de las personas, esto es, el rol que tiene el derecho en las sociedades contemporáneas, en tal sentido, para realizar tal actividad esta visión enfatiza en la interdisciplinariedad del derecho, así como la armonización entre los métodos cuantitativos y cualitativos de investigación. Mertz, Elizabeth, “New Legal Realism: Law and Social Science in the New Millennium”, en Mertz, Elizabeth et al., *The New Legal Realism, Volume I. Translating law-and-society for today's legal practice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 1-25.

¹⁰ Bix, Brian, “Algunas reflexiones sobre metodología en Teoría del Derecho” traducción de Pablo Navarro, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, 2003, núm. 26, pp. 609-633.

FILOSOFÍA DEL DERECHO NATURALIZADA...

naturales y sociales¹¹ lo que trae consigo un aumento en el estándar de validación de las teorías,¹² situación que supone un avance respecto al análisis conceptual.

Sin embargo, lo anterior no es del todo claro ya que no se sabe con exactitud en qué momento se ésta ante la presencia de una filosofía del derecho naturalizada, es decir ¿Cuál es la distinción característica de ésta respecto al realismo jurídico? ¿En qué consiste su aplicación en el campo jurídico? ¿Cuál es su avance en términos de metodología de la investigación jurídica respecto al análisis conceptual? ¿Qué retos enfrenta?

En este sentido, el objetivo principal de este trabajo es lograr una clarificación conceptual respecto a la propuesta de una filosofía del derecho naturalizada de Brian Leiter y analizar las posibles ventajas y problemas que se desencadenan con su aplicación en el campo de la teoría del derecho. Para ello se abordaran los siguientes tópicos: en primer lugar se analizaran los fundamentos de la filosofía del derecho naturalizada: el giro naturalista en la investigación en la investigación filosófica y los planteamientos genéricos del realismo jurídico norteamericano, en segundo lugar, se abordara de manera crítica el neo-realismo de Brian Leiter y su propuesta de naturalización de la teoría jurídica, para luego, en tercer lugar, considerar los principales problemas y retos que enfrentan tales planteamientos y finalmente se expondrán las conclusiones que arrojo el presente trabajo.

No sobra decir que el planteamiento de Leiter es propio de una tradición de derecho anglosajón, que, a su vez, tiene ciertos elementos en común con la teoría jurídica analítica de la escuela genovesa, la cual es, propia de una tradición jurídica de derecho continental, lo que implica una conversación teórica entre dos posturas teóricas similares que responden a una fundamentación diferente.¹³ E igual-

¹¹ Leiter, Brian, "Rethinking Legal Realism: toward a Naturalized Jurisprudence", *Texas Law Review*, Austin, vol. 76, num. 2, diciembre de 1997, pp. 267-315.

¹² Cáceres, Enrique y Montemayor Carlos, "Pasos hacia una naturalización cognitiva en la filosofía del derecho (indexicalidad consciente e inconsciente: una revisión a la eficacia normativa)", *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, México, núm. 10, enero-diciembre de 2016, pp. 137-165.

¹³ Mientras la obra de Leiter recoge las posturas del realismo jurídico nortea-

CAMILO HUMBERTO PRIETO FETIVA

mente, vale pena aclarar que pese a las distinciones existentes entre teoría jurídica y filosofía del derecho,¹⁴ de las que se derivan el punto de vista interno —teoría jurídica— y externo —filosofía del derecho—, el presente trabajo acoge una visión Ferrajoliana, mediante la cual la teoría jurídica actual involucra juicios de validez —punto de vista interno—, como juicios de legitimidad —punto de vista externo—. ¹⁵

II. EL GIRO NATURALISTA EN LA INVESTIGACIÓN FILOSÓFICA Y PLANTEAMIENTOS GENÉRICOS DEL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO

No es posible hablar de una filosofía del derecho naturalizada sin abordar las dos principales corrientes que la fundamentan, en primer lugar, se halla el giro naturalista de la filosofía, el cual nace como antítesis al “giro lingüístico”, el cual propende porque los problemas filosóficos tradiciones sean abordados desde el lenguaje, lo que acarrea que los filósofos que se acogen a esta forma de entender la filosofía analicen los conceptos propios de la misma.¹⁶ Bajo esta visión los problemas filosóficos son problemas del lenguaje.

Debido a esta situación Willard Van Orman Quine formula el “giro naturalista” de la filosofía, que consiste en que las preguntas filosóficas deben ser reemplazadas por preguntas científicas de carácter

mericano, la escuela Genovesa hace un estudio tanto del realismo jurídico norteamericano como del escandinavo y a partir de éstos y de la obra de Giovanni Tarello, genera una nueva forma de entender el realismo jurídico, denominada como *el realismo jurídico genovés*, al respecto véase Barberis, Mauro, “Un poco del realismo jurídico Genovés”, en Ferrer, Jordi y Ratti, Giovanni (ed.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 201-216.

¹⁴ Guastini, Riccardo, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*, traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999.

¹⁵ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 2a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel *et al.*, Madrid, Trotta, 2016, t. 1. Teoría del derecho.

¹⁶ Leiter, Brian, “The naturalistic turn in legal philosophy”, *Apa newsletter on philosophy and law*, Newark, 2001, vol. 00, num. 2, Spring.

empírico,¹⁷ dicho planteamiento trae consigo una yuxtaposición de la ciencia sobre la filosofía, debido a que, el obtener conocimiento ya no reside en la delimitación-limitación que se realice sobre la forma de ver el mundo, si no que ahora implica la existencia de una ciencia filosófica,¹⁸ la que busca que el saber filosófico sea parte de la ciencia, y no una disciplina apartada de la misma.¹⁹

En este sentido, lo anterior enlaza los siguientes postulados: i) La idea de naturalismo provoca que la imagen científica acerca del origen y existencia del ser humano adquiera una fiabilidad elevada sobre sus sistemas cognitivos,²⁰ ii) las preguntas acerca de la naturaleza del conocimiento humano deben incluir consideraciones respecto a las capacidades psicológicas del mismo y a su evolución, dado que, si este presupuesto no se cumple, se genera poca plausibilidad a dichos planteamientos.²¹

Tal situación se debe a que Quine, entiende a la epistemología como a aquella disciplina que se ocupa de la fundamentación de la ciencia, que puede ser realizada de dos maneras, la primera es por medio de los estudios conceptuales, y la segunda es a través de los estudios doctrinales.²² Los estudios conceptuales se ocupan de la clarificación de los conceptos empleados en la fundamentación, mientras que los estudios doctrinales, estriban sobre la validación empírica de las leyes que se formulan.²³ Así pues, la propuesta epistemológica de

¹⁷ Quine, W., "Naturalización de la epistemología", trad. de Manuel Garrido, en Quine, W., *La relatividad ontológica y otros ensayos*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 93-119.

¹⁸ López, Nicolás, "Naturalismo y derecho: una perspectiva científica en la teoría del derecho norteamericano del siglo XXI", *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, 2016, núm. 68, pp. 13-36.

¹⁹ Magge, Bryan, "Las ideas de Quine. Diálogo con W. V. Quine", en Magge, Bryan (ed.), *Los hombres detrás de las ideas. Algunos creadores de la filosofía contemporánea*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 177-189.

²⁰ López, Nicolás, *Naturalismo y derecho...*, cit., p. 20.

²¹ Ídem.

²² Quine, W, *op. cit.*, p. 93.

²³ *Ibidem*, p. 93.94.

CAMILO HUMBERTO PRIETO FETIVA

Quine tiene una correlación con la ciencia natural, en la medida en que va unida tanto a la evidencia como a la verificación.²⁴

Por esta razón, se está ante la presencia de la naturalización de la filosofía si y solo si la tarea central de la ciencia como de la filosofía es abordada como un problema empírico que debe abordarse de forma científica.²⁵ En palabras de Bertrand Russell:

El verdadero método, tanto en la filosofía como en la ciencia, será inductivo, minucioso, respetuoso del detalle sin creer que cada filósofo debe resolver los problemas por sí mismo. Es este método que inspira el realismo analítico, y es solo mediante el, si no me equivoco, que la filosofía logrará éxito en obtener resultados tan sólidos como los de la ciencia.²⁶

En segundo lugar, se encuentra el realismo jurídico estadounidense que nace aproximadamente en 1918 y logra su consolidación en la década de los 20.²⁷ Éste tiene sus orígenes en los trabajos escépticos sobre el proceso judicial que publicaron John Chipman Gray²⁸ y posteriormente Oliver Wendell Holmes,²⁹ en los cuales se refutó al formalismo jurídico,³⁰ predominante en la época gracias a Christopher Langdell, lo que marca una distinción con los otros realismos, puesto que el escandinavo nace como contraposición al

²⁴ *Ibidem*, pp. 100-118,

²⁵ López, Nicolás, “El naturalismo jurídico como teoría del derecho: red filosófica y conceptual de un cientificismo revisitado”, *Derecho y humanidades*, Santiago, núm. 22, julio-diciembre de 2013, p. 203.

²⁶ Russell, Bertrand, *Análisis filosófico*, trad. de Francisco Rodríguez Consuegra, Barcelona, Paidós, 1999, p. 74.

²⁷ Zaremby, Justin, *Legal Realism and American Law*, Nueva York, Bloomsbury, 2014.

²⁸ Gray, J, *The Nature and Sources of the Law*, Nueva York, The Columbia University press, 1909.

²⁹ Holmes, Oliver, *La senda del derecho*, trad. de José Ignacio Solar Cayón, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 55.

³⁰ Los realistas jurídicos norteamericanos —y los realistas en general— también estaban en contravía con el derecho natural, puesto que éstos parten de un concepto de derecho positivo, al respecto véase, Núñez, Álvaro, “Ciencia jurídica realista: modelos y justificación”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, 2012, núm. 35, p. 725.

idealismo borstromiano y el genovés como oposición al positivismo formalista y al neo-constitucionalismo.³¹

Langdell es considerado el creador de la ciencia jurídica en Estados Unidos y fue el primer decano de la facultad de derecho de la Universidad de Harvard. Éste, formuló tres cualidades que deben tener los sistemas jurídicos: 1) Formalidad y determinación del derecho, de tal modo que las decisiones jurídicas se deriven de forma mecánica por medio del silogismo judicial, y no a partir de cuestiones valorativas, 2) coherencia del sistema jurídico, esto es, que en el mismo no existan vacíos legales —lagunas normativas—, ni contradicciones entre normas —antinomias— y 3) autonomía del sistema jurídico en cuanto al sistema de fuentes, es decir las fuentes aplicables para resolver un caso son las que proporcione el derecho y no otras disciplinas como la filosofía, la moral o la economía política.³²

Además del anterior aporte, Langdell también contribuyó a la formulación del *case method*, cuya aplicación robusteció la idea formalista en los Estados Unidos. Este método consistía en lo siguiente: Primeramente, existía una serie de casos que la ciencia legal construía, y se agrupaban de acuerdo con ciertas materias, por ejemplo: derecho de seguros, derecho de sucesiones, derecho de los contratos entre otros. En su segundo momento, estos casos eran expuestos por el docente, o se les pedía a los estudiantes que los leyeran, no de forma completa —sin la solución propuesta por la ciencia legal— sino principalmente los hechos y algunas consideraciones preliminares. En un tercer momento, se genera un debate bajo el método socrático, mediante el cual se procura que los estudiantes piensen como abogados y le den una solución al mismo. Y, por último, el docente comparte la solución del caso con su grupo de estudiantes.³³ Este método, es asimilable al modo de pensar sistemático³⁴ de los

³¹ *Idem*.

³² López, José, “El formalismo en la teoría jurídica estadounidense”, *Anuario de filosofía del derecho*, Valencia, 2001, núm. XVIII, pp. 267-300.

³³ Lavilla, Juan, “Sobre el “case-method” para la enseñanza del Derecho. La experiencia de la “Harvard Law School””, *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1988, núm. 117, Septiembre-Diciembre de 1988, pp. 433-446.

³⁴ El modo de pensar sistemático según enuncia Viehweg citando a Hartmann, “procede desde el todo, la concepción es en él lo principal y permanece siempre

CAMILO HUMBERTO PRIETO FETIVA

códigos propios de la tradición jurídica de derecho continental, dado que solo incluye casos jurídicamente relevantes que no acarreen reflexiones de carácter filosófico ni moral, puesto que, para Langdell esto compete a otras facultades.³⁵ Así las cosas, en vez de memorizar y analizar códigos —propio del modelo de enseñanza del derecho positivo—³⁶ se memorizan y analizan casos.

En contraposición al formalismo, los realistas, cuyas principales figuras fueron Karl Nickerson Llewellyn, Underhill More, Jerome Frank, Walter Wheeler Cook, Herman Oliphant y León Green,³⁷ rompen con la imagen idealizada del juez,³⁸ es decir un juez sin preferencias, ni sentimientos, en vista de que estiman que el decisor al momento de resolver un caso determinado no lo hace con fundamento a normas jurídicas sino que, lo hace mediante sus gustos políticos y morales, y después racionaliza su decisión. Lo que acarrea que las valoraciones tanto políticas como morales tengan relevancia en el proceso de decisión judicial. De ahí, que se le atribuya al realismo jurídico estadounidense aquella célebre frase por medio de la cual, “*la justicia depende de lo que el juez desayunó*”.³⁹

como lo dominante. No hay que buscar un punto de vista. El punto de vista está desde el principio adoptado, y desde él se seleccionan los problemas. El contenido del problema, que no se concilia con el punto de vista, se rechaza y se considera como una cuestión falsamente planteada. Hay que decidir con carácter previo algo que se refiera no a la solución del problema, sino a los límites dentro de los cuales esta solución pueda moverse”. Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, 2a. ed., trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Editorial Aranzadi, 2007, p. 59.

³⁵ Timm, Ana, “Antiformalismo jurídico, aproximaciones básicas”, *Revista de Derechos Fundamentales*, Viña del Mar, 2014, núm. 11, pp. 195-226.

³⁶ Agudelo, Oscar *et al.*, *Teoría jurídica y enseñanza del derecho*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015, p. 7.

³⁷ Leiter, Brian, “Realismo jurídico estadounidense”, trad. de Jorge Fabra, en Fabra, Jorge y Núñez, Álvaro (ed.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, 2015, vol. 1, pp. 241-276.

³⁸ Ezquiaga, Francisco, “Los juicios de valor en la decisión judicial”, *Anuario de filosofía del derecho*, Valencia, 1984, núm. I, pp. 33-59.

³⁹ No se sabe con certeza cual es el origen de esta frase, sin embargo, algunos historiadores suelen atribuírsela a Jerome Frank, dado que este a diferencia de otros realistas, parte de un escepticismo ante las normas jurídicas, en la medida en que estas a su juicio, no son relevantes en el proceso de toma de decisión y se centra en como la personalidad del juez y los hechos del caso, los cuales determinan en es-

FILOSOFÍA DEL DERECHO NATURALIZADA...

Paralelamente, demandaban un enfoque científico que permitiera establecer lo que los operadores judiciales hacen, más no lo que dicen, y también ayudara a determinar el impacto de sus decisiones sobre la comunidad,⁴⁰ puesto que su objetivo principal es la predicción de decisiones judiciales, al respecto téngase en cuenta lo enunciado por Oliver Wendell Holmes: “*El objeto de nuestro estudio, entonces, es la predicción: la predicción de la incidencia de la fuerza pública a través de la actuación de los tribunales*”.⁴¹ En tal sentido, el realismo jurídico es una teoría plausible en la medida en que cumple con los dos requisitos señalados por Stephen Hawking⁴² 1) describir el fenómeno que se observa, en este caso la forma en la que fallan los jueces y 2) hacer predicciones sobre el fenómeno observado, es decir, predecir las decisiones judiciales que los operadores proferirán en el futuro.

Otra de sus tesis principales fue la de enunciar que el derecho no es un sistema ni determinado, ni omnicomprensivo, lo que implica que no toda acción esté preestablecida en el ordenamiento jurídico⁴³, lo que a su vez genera lagunas⁴⁴ o antinomias en el mismo, debido a que el derecho es un sistema indeterminado. Situación que reafirma la presencia de juicios de valor en la decisión judicial. Igualmente, las tesis realistas se dieron a conocer por diversas razones:

tricto la decisión tomada por el operador jurídico. Al respecto véase Frank, Jerome, *Law & the modern mind*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2009.

⁴⁰ Tumonis, Vitalius, “Legal realism & judicial decision-making”, *Jurisprudencia*, Wrocławski, 2012, vol. 19, núm. 4, pp. 1361-1382.

⁴¹ Holmes, Oliver, *op. cit.*, p. 55.

⁴² Hawking, Stephen y Mlodinow, Leonard, *Brevísima historia del tiempo*, trad. de David Jou, Barcelona, Crítica, 2015, p. 208.

⁴³ Redondo, María, “Teorías del derecho e indeterminación normativa”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, 1997, núm. 20, pp. 177-196.

⁴⁴ Las cuales pueden ser normativas, axiológicas, de conocimiento, de reconocimiento y técnicas, las cuatro primeras son propuestas por Alchourrón y Bulygin y la Quinta es aportada por Guastini, al respecto véase, Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2012. Guastini, Riccardo, *La sintaxis del derecho*, trad. de Álvaro Núñez, Madrid, Marcial Pons, 2016.

CAMILO HUMBERTO PRIETO FETIVA

- i) Debido a que la mayoría de sus representantes fueron académicos, no obstante, existen algunas excepciones como es el caso de Jerome Frank quien se desempeñó como abogado litigante y posteriormente funcionario público en la administración de Franklin Delano Roosevelt, e igualmente llegó a ocupar el cargo de juez federal.⁴⁵
- ii) A debates que sostuvieron con las diversas figuras de la teoría jurídica anglosajona del siglo XX como lo son Herbert Hart,⁴⁶ Ronald Dworkin,⁴⁷ y algunos miembros de los estudios críticos del derecho, lo que generó una distorsión de sus postulados, situación que será analizada en el siguiente acápite.
- iii) Al fuerte impacto que ocasionó en los modelos de pedagogía jurídica, lo que a su vez también irradió las reformas judiciales en los Estados Unidos y el ejercicio mismo de la abogacía.⁴⁸

III. EL NEO REALISMO JURÍDICO DE BRIAN LEITER Y LA NATURALIZACIÓN DE LA TEORÍA JURÍDICA

Brian Leiter toma como presupuesto fundamental para la construcción de su propuesta las corrientes analizadas anteriormente, en primer lugar en cuanto al realismo jurídico se refiere, Leiter estima que la imagen que genera el realismo partir de diversos teóricos que no hacen parte del movimiento como lo son: Ronald Dworkin, John Hart Ely, Steven Burton, Frederick Shaver, Robert Satter entre otros —que ya fue analizada en este escrito—, es que ésta corriente principalmente se caracteriza por: Formular una teoría descriptiva acerca del proceso de decisión judicial, en el que los operadores judiciales son discrecionales, debido a que toman su decisión con base

⁴⁵ Leiter, Brian, *Realismo jurídico estadounidense*, cit., p. 243.

⁴⁶ Sobre el particular téngase en cuenta: Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, 3a. ed., trad. de Genaro Carrío, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 155-193.

⁴⁷ Al respecto véase: Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Gustavino, Barcelona, Ariel, 2014, p. 43-60.

⁴⁸ Leiter, Brian, *Realismo jurídico estadounidense*, cit., p. 241.

a sus preferencias personales y luego racionalizan tal decisión con base al ordenamiento jurídico.⁴⁹

Lo anterior se debe a que la imagen que genera el realismo constituye su núcleo central también denominado la tesis nuclear, sin embargo, es un error reducir el realismo a su núcleo, puesto que éste es mucho más que eso. Tal situación se debe a la Franksificación del realismo jurídico norteamericano, es decir, considerar que este movimiento solo se reduce a la figura y a los planteamientos de Jerome Frank sin tomar en cuenta los aportes de otros realistas como Llewellyn o Moore.⁵⁰ La llamada Franksificación parte de la siguiente fórmula: "*Estímulos que afectan al juez x personalidad del juez = decisión*";⁵¹ la que a su vez implica una ruptura con la fórmula propia del formalismo jurídico: "*Normas x hechos = Decisión*".⁵² Por ejemplo:

Fórmula de Frank:

Se presenta en el juzgado H un caso de custodia del menor A entre la señora L y el señor C.

Estímulos que afectan al juez: La jueza K se levantó malhumorada debido a una discusión que tuvo con su padre respecto a sus tendencias filosóficas.

Personalidad del juez: K se considera feminista, y además estima que la custodia de un menor cuyos padres están divorciados siempre debe de estar en cabeza de la madre.

Decisión: K decide otorgarle la custodia la señora L respecto del menor A.

Fórmula tradicional:

- *Norma:* En el caso de padres separados la custodia de los hijos menores de edad debe estar en cabeza del padre que este en mejor posición económica para la manutención de estos.

⁴⁹ Leiter, Brian, *Rethinking legal realism...*, cit., p. 268.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 269.

⁵¹ Frank, Jerome, "Are judges human? Part two: as through a class darkly", *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, vol. 80, núm. 2, diciembre de 1931, p. 242.

⁵² *Idem*.

CAMILO HUMBERTO PRIETO FETIVA

- *Hechos*: Se presenta en el juzgado H un caso de custodia del menor A entre la señora L y el señor C.

- *Decisión*: Teniendo en cuenta el material probatorio obrante en el caso, se determina que la señora L está en una mejor posición económica, por lo que se le otorga la custodia de su hijo A.

Como consecuencia de lo anterior —y más aún cuando las dos fórmulas llevan a una misma decisión— se genera el debate entre realistas y formalistas, que radica en el hecho de establecer qué tipo de razones determinan la decisión judicial,⁵³ es decir, si son razones de carácter jurídico, como lo son las normas jurídicas aplicables al caso y los hechos que dan lugar al mismo o si por el contrario, son de tipo extra-jurídico, o extra legal como es el caso de las valoraciones personales del operador judicial, entre otras.

No obstante, pese a esto, Leiter considera que, a partir de planteamientos propios del realismo jurídico, diferentes a los de Jerome Frank, es posible formular una teoría neo-realista del derecho que destaca una teoría descriptiva acerca de la naturaleza de la decisión judicial. Dicha posición no es simplemente una reiteración de planteamientos realistas, sino más bien una reconstrucción teórica de estos, de ahí que tenga el carácter de neo-realismo. Ésta se basa en tres postulados: *i)* las decisiones judiciales dependen de determinados patrones sociológicos, *ii)* estos patrones hacen que los jueces sometan su decisión con base a los hechos del caso, *iii)* se da una racionalización la cual puede ser posterior o en el momento, de la decisión con base en reglas jurídicas.⁵⁴

Del mismo modo, esta postura se diferencia con la de Frank dado que los jueces no deciden con base a factores personales, sino por medio de situaciones similares.⁵⁵ Es decir, no basta con analizar los estímulos que afectan al operador judicial y su personalidad, sino que es necesario considerar cuestiones de carácter general, esto es, posiciones compartidas con otros jueces, los cuales a su vez marcan un patrón sociológico que se asienta en los hechos del caso. En consecuencia, este planteamiento se enmarca en la denominada ala

⁵³ Leiter, Brian, *Rethinking legal realism...*, cit., p, 278

⁵⁴ *Ibidem*, p, 285.

⁵⁵ Núñez, Álvaro, *El realismo jurídico de Brian Leiter*, cit., p, 441.

FILOSOFÍA DEL DERECHO NATURALIZADA...

sociológica del realismo la cual es opuesta al ala idiosincrática defendida por Frank.⁵⁶

Otra diferencia enunciada por Leiter respecto a la distorsión que se ha generado sobre el mismo tiene que ver con la indeterminación del derecho, ya que, para los realistas no existe una indeterminación radical del derecho —la que a su vez trae consigo un menor grado de seguridad jurídica—⁵⁷ puesto que existen casos en los cuales no hay discusión sobre cual deba ser la solución,⁵⁸ dicho, en otros términos, se sabe con certeza qué decisión tomará el operador judicial.

Así las cosas, la indeterminación judicial parte de la clase de razones jurídicas a saber: *i)* fuentes legítimas del derecho, *ii)* métodos de interpretación de fuentes, *iii)* métodos de apreciación e interpretación de los hechos, *iv)* métodos de razonamiento deductivo.⁵⁹ Teniendo en cuenta este tipo de clases, la indeterminación se presenta de dos formas: *i)* racional y *ii)* causal. En tal sentido, el derecho es indeterminado racionalmente, si la clase es insuficiente para explicar una única decisión, esto se debe principalmente a los métodos legítimos de interpretación, aunque también se puede deber a un problema en la identificación de la fuente aplicable.⁶⁰ Un ejemplo clásico que sirve para entender esto es el acuñado en el debate Hart vs. Fuller,⁶¹ según el cual existe una norma jurídica que prohíbe la entrada de los vehículos en los parques, en tal sentido, en este caso es posible llegar a dos decisiones distintas ya que por ejemplo si un juez aplica un canon de interpretación literal están prohibidos en el

⁵⁶ Leiter, Brian, *Realismo jurídico estadounidense*, cit., p. 249.

⁵⁷ Sobre la idea gradual de seguridad jurídica véase, Gometz, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad*, trad. de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 271.

⁵⁸ Núñez, Álvaro, “¿Deciden los jueces por razones políticas?”, *Jurídicas*, Manizales, vol. 9, núm. 2, julio-diciembre de 2012, pp. 13-31.

⁵⁹ Leiter, Brian, “Legal Indeterminacy”, *Legal theory*, Cambridge, vol. 1, núm. 4, diciembre de 1995, pp. 481-492.

⁶⁰ Leiter, Brian, *Naturalismo y teoría del derecho*, trad. de Giovanni Battista Ratti, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 42 y 43.

⁶¹ Hart, Herbert y Fuller, Lon, *El debate Hart-Fuller*, trad. de Jorge González Jácome, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 166.

CAMILO HUMBERTO PRIETO FETIVA

parque todos los artefactos que se subsuman en la categoría vehículo sin importar ningún tipo de razón excluyente, en cambio si el operador jurídico acoge un canon teleológico, puede permitir la entrada de ciertos vehículos que cumplan con la finalidad de la norma a saber, proteger la vida de las personas que transiten en el parque, en tal sentido para este operador estaría permitido que ingrese al parque una ambulancia la cual entra para ayudar a una persona que sufrió un accidente.

Por su parte, la indeterminación causal se presenta cuando, la clase no explica de forma causal la decisión del juez,⁶² al respecto téngase en cuenta el siguiente ejemplo: en el colegio X de la ciudad de Bogotá, Colombia se le ordena al estudiante Y que se corte el cabello debido a que el manual de convivencia establece que el corte de los caballeros debe ser corto, el joven Y estima que tal decisión es inconstitucional porque atenta contra el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, por lo que impone una acción de tutela para que le ampare su derecho fundamental. El juez de este caso tiene por lo menos las siguientes posibilidades:

- i) No tutelar el derecho debido a que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad no es absoluto, y no se está violando en este caso debido a que, el colegio tiene el deber de formar integralmente a los menores y esto implica exigirles un corte de cabello corto.
- ii) Tutelar el derecho, debido a que efectivamente el manual de convivencia si vulnera ese derecho fundamental, y por lo tanto permitirle a Y tener el cabello largo.
- iii) Tutelar el derecho, pero con ciertas limitantes, como exigirle al estudiante Y que se recoja el cabello durante la jornada escolar.

En este punto, es donde cobran relevancia las posturas de Frank, dado que gracias a esta indeterminación causal la personalidad del juez y la forma en la que este aprecie la pruebas traerán consigo que la decisión no sea la misma si fallan dos operadores judiciales distintos, así pues, tomando el ejemplo anterior si este caso imaginario

⁶² Leiter, Brian, *Naturalismo y teoría del derecho*, cit., p, 44.

FILOSOFÍA DEL DERECHO NATURALIZADA...

le corresponde a un juez conservador seguramente no tutele el derecho de acuerdo con los argumentos expresados en la posibilidad i), en cambio, si le corresponde a un juez de corte liberal, lo más probable es que este tutele el derecho con fundamento al principio de autonomía el cual hace parte esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

En este estado de la discusión, y con base a la reconstrucción hecha por Leiter, el realismo jurídico como teoría del derecho, está marcado por dos corrientes filosóficas, por un lado se encuentra el naturalismo, que propende porque dentro de la teoría realista haya elementos de investigación empírica propios de las ciencias naturales y sociales, mientras que por el otro, para el pragmatismo lo esencial de la teoría realista es construir una teoría que permita predecir como las cortes van a decidir.⁶³ Leiter se encuadra en la corriente naturalista a consecuencia de que con, la aplicación de dicho método se puede obtener un conocimiento genuino y por lo tanto todas las demás disciplinas debería emplear el mismo método.⁶⁴ No obstante naturalismo y pragmatismo no son visiones distintas sino complementarias en la medida en que la aplicación del método naturalista ayuda a la predicción de las decisiones judiciales.⁶⁵

Así las cosas, la filosofía del derecho naturalizada propuesta por Leiter se caracteriza por:

- i) Propender que la filosofía del derecho se acoja al giro naturalista de la filosofía y por lo tanto abandone el análisis conceptual predominante en la misma,⁶⁶ debido a que éste —entendido como una herramienta que suministra definiciones de diversos conceptos, empleados por el derecho con la finalidad de dar una clarificación acerca de la naturaleza del derecho—⁶⁷

⁶³ Leiter, Brian, *Rethinking legal realism...*, cit., p. 286.

⁶⁴ Leiter, Brian, *Realismo jurídico estadounidense*, cit., p. 242.

⁶⁵ Ratti, Giovanni, *op. cit.*, 14.

⁶⁶ López, Nicolás, *Naturalismo y derecho...*, cit., p. 22.

⁶⁷ Himma, Kenneth, "Conceptual Jurisprudence. An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory" *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Liubliana, núm. 26, 2015, p. 65.

CAMILO HUMBERTO PRIETO FETIVA

no garantiza un mayor conocimiento sobre los asuntos que se aborden.⁶⁸

- ii) La finalidad de lo anterior radica en el hecho de imponer al derecho las demarcaciones epistemológicas propias de las ciencias naturales, con el propósito de darle una mayor cientificidad al mismo.⁶⁹ De modo similar, este interés también fue compartido por los realistas jurídicos escandinavos, debido a que Ross estimaba que el método científico ayuda a conocer los hechos del mundo, es decir la ciencia jurídica es una ciencia social de hechos.⁷⁰
- iii) Al conjugar el punto i y ii, se extrae que la propuesta naturalista en el campo de la teoría del derecho, naturalizada reside en el hecho de que ésta permite un mayor estándar de validación y justificación epistémica, debido a su aplicación de la denominada nueva ciencia cognitiva.⁷¹
- iv) Esta visión no implica un cambio en el objeto de estudio de la teoría jurídica, sino más bien arroja una nueva forma de analizar los problemas propios de la disciplina⁷²
- v) Centrar su atención en la predicción de las decisiones judiciales, que se puede realizar de dos formas: 1) describiendo como los jueces deciden sus decisiones y hasta qué punto era previsible tal decisión, y 2) organizando una metodología de carácter prescriptivo que permita predecir como los operadores judiciales van a fallar.⁷³ Bajo esta óptica y atendiendo a la clasificación realizada por Brian Bix respecto a las formas de hacer teoría jurídica,⁷⁴ la teoría Leiteriana del derecho es una de carácter

⁶⁸ Núñez, Álvaro, *El realismo jurídico de Brian Leiter*, cit., p. 449.

⁶⁹ López, Nicolás, *Naturalismo y derecho...*, cit., pp. 22 y 23.

⁷⁰ Ross, Alf, *Hacia una ciencia realista del derecho, crítica del dualismo en el derecho*, traducción de Julio Barbosa, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961, p. 333.

⁷¹ Cáceres, Enrique y Montemayor, Carlos, *op. cit.*, p. 138.

⁷² Leiter, Brian, *Naturalismo y teoría del derecho*, cit., p. 255.

⁷³ Núñez, Álvaro, *El realismo jurídico de Brian Leiter*, cit., p. 454.

⁷⁴ Bix, Brian, *Teoría del Derecho: tipos y propósitos*, trad. de Erica Frontini, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, 2006, núm. 25, Octubre, p. 57-68.

FILOSOFÍA DEL DERECHO NATURALIZADA...

descriptivo y/o prescriptivo que rechaza la teoría conceptual del derecho.

IV. PROBLEMAS Y CRÍTICAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO NATURALIZADA

Una vez analizada la propuesta de una filosofía del derecho naturalizada, corresponde ahora enunciar los principales problemas y críticas a los que se enfrenta. En primer lugar, al implementar los métodos propios de las ciencias naturales en el derecho y elevar los estándares de validación de las teorías jurídicas se ésta ante una reducción de la filosofía jurídica y la teoría del derecho por parte de la sociología jurídica. Esto se debe precisamente a que existen ciertas materias o problemas de la teoría jurídica que si se validan de forma empírica entrarían en el terreno de la sociología jurídica. Sin embargo, vale la pena aclarar que a pesar de ser disciplinas autónomas e independientes entre sí, dado que la teoría jurídica se encarga de estudiar al derecho en sí mismo, y la sociología jurídica estudia al derecho con lo que lo rodea,⁷⁵ es decir con su entorno, estas disciplinas guardan relación, debido a que en determinadas situaciones la sociología jurídica, aporta determinados datos sobre temas en concreto a saber: eficacia de las normas jurídicas, los cuales son tomados por la filosofía del derecho y a partir de estos se desarrollan puntos de vista críticos, los cuales tienen la finalidad de mejorar el proceso de creación y aplicación de las normas jurídicas.⁷⁶

Así pues, la sociología jurídica al tener como campos de estudio los siguientes temas: *i)* perspectiva histórica de la sociología jurídica, *ii)* normatividad social y derecho, *iii)* sociología general y derecho, *iv)* técnicas de investigación social en el campo jurídico, *v)* función, eficacia y aplicación del derecho, *vi)* sociología de la profesión jurídica,⁷⁷ ocasiona que, la propuesta hecha por la filosofía del

⁷⁵ Soriano, Ramón, *Sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 31.

⁷⁶ Prieto, Camilo, "¿Es la teoría de la argumentación jurídica una superación de la teoría del derecho?", *Revista Gaceta Jurídica*, Bucaramanga, vol. 8, enero-diciembre de 2015, pp. 15-22.

⁷⁷ Soriano, Ramón, *op. cit.*, pp. 37 y 38.

CAMILO HUMBERTO PRIETO FETIVA

derecho naturalizada se enmarca dentro de la misma, puesto que al pretender elevar los estándares de validación empírica de las investigaciones filosóficas, se estaría analizando más que el aporte que arroje determinada investigación, su estándar de validación, es decir si está cumpliendo o no.

Lo antepuesto no debe confundirse con la operatividad de las teorías, puesto que, lo que se busca con la formulación de teorías es que éstas sean tanto operativas como prácticas.⁷⁸ En este sentido, por ejemplo, es muy distinto preguntarse si la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy,⁷⁹ es operativa y práctica, a si la misma está siendo aplicada de forma rigurosa por el tribunal constitucional de Alemania.

Así las cosas, y centrándose en la reducción de la filosofía jurídica por parte de la sociología del derecho, se encuentra como ejemplo de esta situación, la investigación realizada por Enrique Cáceres y Carlos Montemayor,⁸⁰ en la que aplican y abordan el método de la filosofía del derecho naturalizada, empero tal labor se realiza sobre un problema clásico de la sociología jurídica como lo es, la eficacia de las normas jurídicas. Situación que reafirma la crítica reduccionista. Sin embargo, es preciso aclarar que tal situación, no implica que todas las investigaciones que se realicen sobre la eficacia de las normas jurídicas se circunscriben dentro de la sociología jurídica, ya que puede verse desde otros enfoques: i) el análisis económico del derecho,⁸¹ ii) el enfoque conceptual, el cual es contrario al enfoque fáctico —propio de la sociología jurídica— y tiene por finalidad analizar la definición y alcance de la eficacia de las normas jurídicas.⁸²

Tal reducción se debe a la fundamentación empleada por Leiter, es decir, al tomar como referente principal a Quine se incurre en el

⁷⁸ Agudelo, Oscar, “Los calificativos del derecho en las formas de investigación jurídica”, en Agudelo, Oscar (ed.), *La pregunta por el método: Derecho y metodología de la investigación*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2018, pp. 17-44.

⁷⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008.

⁸⁰ Cáceres, Enrique y Montemayor, Carlos, *op. cit.*, p, 137-165.

⁸¹ Agudelo, Oscar, *op. cit.*, p, 28.

⁸² Navarro, Pablo, “Normas, sistemas jurídicos y eficacia” *Crítica, revista hispanoamericana de filosofía*, México, 1990, vol. XXII, núm. 64, abril de 1990, pp. 41-53.

FILOSOFÍA DEL DERECHO NATURALIZADA...

mismo error que este, a consecuencia de que, en el caso de Quine, se presenta la reducción de la filosofía a alguna ciencia empírica.⁸³ Esto se debe a que Quine representa la versión más radical del naturalismo, posición que esta contrapuesta a las versiones más moderadas de naturalización, según las cuales, filosofía y ciencia tienen tanto puntos en común, como puntos donde son distinguibles una de la otra.⁸⁴ Así pues, a la hora de construir una filosofía del derecho naturalizada, es necesario tomar en cuenta las versiones moderadas de la naturalización filosófica, tal como lo hace Daniel González Lagier,⁸⁵ quien, por medio de la aplicación de los puntos de intersección entre derecho y neurociencia, pretende naturalizar tanto la filosofía práctica como la responsabilidad,⁸⁶ para luego aplicar tales posturas a campos en específico de las ciencias jurídicas como lo es el derecho penal.⁸⁷

En síntesis una versión moderada de naturalización filosófica propenderá por, no darle en ningún momento la espalda a la ciencia, puesto que es necesario reconocer cierta influencia a los descubrimientos empíricos que se puedan generar en el campo de la filosofía, es decir, no se debe contradecir lo que ya se ha comprobado empíricamente,⁸⁸ y comprender que hay zonas que le competen a la filosofía y donde no es posible que la ciencia llegue, puesto que los

⁸³ González, Daniel, "Sobre los presupuestos filosóficos de las pruebas neurocientíficas (A propósito de «Proceso y neurociencia. Aspectos generales», de M. Taruffo)", en Ferrer, Jordi y Vázquez, Carmen (ed.), *Debatiendo con Taruffo*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 385-412.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 385.

⁸⁵ Daniel González Lagier encuentra tres restos que debe afrontar la naturalización de la responsabilidad y son: "¿Puede una filosofía práctica naturalizada dar cuenta de la normatividad? ¿Qué respuesta da la neurociencia al problema del libre albedrío? ¿Qué aporta la neurociencia a la prueba de los estados mentales necesarios para la atribución de responsabilidad?". González, Daniel, "Sobre los presupuestos filosóficos de las pruebas neurocientíficas...", *cit.*, p. 387.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ González, Daniel, "Tres retos de la neurociencia para el Derecho penal", *Anuario de filosofía del derecho*, Valencia, 2018, núm. XXXIV, pp. 43-72.

⁸⁸ González, Daniel, *Sobre los presupuestos filosóficos de las pruebas neurocientíficas...*, *cit.*, p. 407.

CAMILO HUMBERTO PRIETO FETIVA

avances de la ciencia deben ser interpretados por la filosofía, y es ahí donde la filosofía realiza una tarea de control.⁸⁹

Otro reparo, que se relaciona bastante con el anterior, reside en el hecho de que no todos los problemas de la teoría jurídica y la filosofía del derecho son abordables desde esta óptica, en la medida de que éstos no requieren una elevación en los estándares de validación —de ahí que se emplee el método de análisis conceptual como lo han hecho Hart o Raz—, tal es el caso de la validez de las normas jurídicas, la justificación de las decisiones judiciales, las fórmulas de ponderación de derechos fundamentales, la interpretación jurídica, la dogmática jurídica, la teorías de la justicia entre otros. Cosa distinta es el impacto que estas generan en la sociedad, debido a que no es lo mismo preguntarse ¿Qué métodos de justificación de decisiones judiciales existen? O ¿Qué se entiende por validez de las normas jurídicas? A interrogarse ¿Cuál es el impacto que genera en la ciudad de Bogotá los métodos de justificación de decisiones judiciales utilizados por los jueces civiles municipales? O ¿si es eficaz el código civil colombiano? Esto se debe, a que más que desarrollar una filosofía del derecho naturalizada Leiter desarrolla una naturalización del proceso de adjudicación, que se centra en el tema de la predictibilidad, y no en otros aspectos concernientes a la decisión judicial, como lo relativo a la justificación de la decisión que toma el operador judicial.

La tercera crítica se centra más en la propuesta de Leiter respecto a lo atinente a la predictibilidad de las decisiones judiciales,⁹⁰ de-

⁸⁹ Vázquez, Rodolfo, “Relatoría del tema uno, «¿Qué filosofía del Derecho para el Mundo Latino?», *Revista i-Latina*, Alicante, 2017, núm. 0, pp. 1-22.

⁹⁰ Debe precisarse que el método sociológico de predicción de Leiter es sólo uno de los enfoques existentes para predecir y explicar decisiones judiciales, los otros dos enfoques son: el psicológico y el económico, el enfoque psicológico es heredero de los trabajos de Jerome Frank y parte de la idea de predecir decisiones a partir de las herramientas psicocognitivas como las denominadas heurísticas o atajos mentales que emplean los operadores judiciales al momento de fallar, en cambio el enfoque económico si bien es cierto no es muy útil para predecir decisiones judiciales si lo es para explicarlas, puesto que toma como punto de partida la utilidad esperada por el operador judicial y lo sitúa como un agente racional. Al respecto véase Moreno, Diego, “Three Realistic Strategies for Explaining and Predicting Judicial Decisions”, en Mathis, Klaus (ed.), *Law and Economics in Europe. Foundations*

FILOSOFÍA DEL DERECHO NATURALIZADA...

bido a que ésta es bastante compleja y muy poco útil debido al carácter temporal de los jueces, y en dados casos a la existencia de contradicciones ideológicas en los mismos, puesto que en determinadas ocasiones jueces liberales fallan como conservadores y viceversa. Esto refleja un problema con la operatividad de la teoría. Igualmente, Leiter, en ningún momento postula los elementos para tener en cuenta para predecir una decisión judicial, únicamente resalta el hecho de que los jueces deciden con base a casos similares, por ello si se quiere predecir una decisión de la Corte Constitucional Colombiana, en primer lugar, es necesario determinar que variables de medición tienen los 9 magistrados de la corte constitucional, es decir, ¿Cuál es su edad? ¿Cuál es su nivel de educación? ¿De qué universidad son egresados? ¿Si son casados o solteros? ¿Qué inclinaciones sexuales tienen? ¿Cuál es su ideología política? ¿Qué tendencias religiosas poseen? ¿Cuál es el precedente existente dentro del caso que se pretende resolver? Entre otras. En segundo lugar, se necesita establecer en qué medida estos patrones se relacionan con la materia de discusión del caso, y finalmente al unir los datos y consideraciones realizadas, se podría predecir eventualmente la decisión de cada magistrado.

Sin embargo, estas consideraciones no aseguran que la predictibilidad de la decisión sea acertada, dado que no existe un método o herramienta que permita establecer sin errores cómo las personas actúan.

V. CONCLUSIONES

La filosofía del derecho naturalizada formulada por Brian Leiter, al ser una heredera —mas no una reiteración— de los postulados del realismo jurídico norteamericano, consiste en un intento de dar el giro naturalista en las ciencias jurídicas debido a la ausencia de este, y de elevar los estándares de validación de las investigaciones que se realicen, lo que acarrea una mayor cientificidad del derecho. No obstante, tal situación reduce la filosofía del

and Applications, Dordrecht, Springer, 2014, pp. 93-124.

CAMILO HUMBERTO PRIETO FETIVA

derecho y a la teoría jurídica a una sociología jurídica, puesto que Leiter incurre en el mismo error de Quine a saber, reducir a la filosofía a una ciencia empírica. Por ello si lo que se quiere dar es un giro hacia el naturalismo, es necesario acudir a posturas moderadas de naturalización —tal como lo hace Daniel González Lagier—, las cuales no acarrearán el problema del reduccionismo, puesto que son conscientes de que filosofía y ciencia son disciplinas diferentes, que tienen puntos en común, pero que tales puntos en común no implican una preponderancia de una sobre la otra.

Adicionalmente, no todos los problemas de la filosofía y teoría del derecho pueden ser abordados desde esta óptica, y las herramientas que ofrece en lo atinente a la predecibilidad de las decisiones judiciales resultan bastante complejas y poco útiles, lo que muestra su carencia de carácter omnicompreensivo. Empero esto no conduce a un rechazo de esta teoría o a la inoperatividad de esta, sino más bien a una reconsideración, y es que se aplique en casos con determinada relevancia tanto nacional e internacional, teniendo en cuenta las variables mencionadas en el presente trabajo. Además, no sobra enfatizar, que tales variables en ningún momento garantizan una predictibilidad de las decisiones judiciales en un cien por ciento.

A este tenor, existen ciertos puntos que requieren un mayor desarrollo y que como consecuencia de tal situación quedan como nuevos subproblemas a tratar:

El primero de éstos de estos es ¿si la filosofía del derecho naturalizada —propuesta por Brian Leiter— embrolla una re-validación del contexto de descubrimiento dentro del proceso de decisión judicial? ya que esta postura incorpora una especial importancia a factores no jurídicos que determinan la toma de decisiones judiciales, mas no a la justificación de la misma, a consecuencia de que en la gran mayoría de los textos referentes a argumentación jurídica se dedican una gran cantidad de hojas a analizar los métodos de justificación de la decisión judicial y muy pocas a abordar lo referente a la predictibilidad de las decisiones jurídicas.

El segundo subproblema, es ¿hasta qué punto la filosofía del derecho naturalizada también debería abordar problemas propios de la epistemología jurídica? es decir ¿existe una epistemología jurídica naturalizada? más específicamente lo referente a la validación del

FILOSOFÍA DEL DERECHO NATURALIZADA...

conocimiento obtenido por el operador judicial a partir de los medios de prueba, tarea en la cual sus postulados parecerían tener una mayor aplicabilidad y un posible futuro desarrollo teórico, siempre y cuando se acoja una versión moderada de naturalización.

Y finalmente, el tercer subproblema es ¿si la filosofía del derecho naturalizada Leiteriana, en sí misma es una ciencia o más bien es una técnica que permite en una menor o mayor medida dependiendo del caso predecir decisiones judiciales? Situación que es bastante problemática en la medida en que reaviva el viejo debate acerca si el derecho es o no una ciencia.

VI. REFERENCIAS

AGUDELO, Oscar, “Los calificativos del derecho en las formas de investigación jurídica”, en AGUDELO, Oscar (ed.), *La pregunta por el método: Derecho y metodología de la investigación*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2018.

AGUDELO, Oscar *et al.*, *Teoría jurídica y enseñanza del derecho*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2012.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008.

BARBERIS, Mauro, “Un poco del realismo jurídico Genoves”, en Ferrer, Jordi y Ratti, Giovanni (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

BIX, Brian, “Algunas reflexiones sobre metodología en Teoría del Derecho”, trad. de Pablo Navarro, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, 2003, núm. 26.

BIX, Brian, “Teoría del Derecho: tipos y propósitos”, trad. de Erica Frontini, *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*, México, 2006, núm. 25, octubre.

CAMILO HUMBERTO PRIETO FETIVA

- CÁCERES, Enrique y MONTEMAYOR Carlos, “Pasos hacia una naturalización cognitiva en la filosofía del derecho (indexicalidad consciente e inconsciente: una revisión a la eficacia normativa)”, *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, México, núm. 10, enero-diciembre de 2016.
- CARPINTERO, Francisco, *Historia del derecho natural: un ensayo*, México, UNAM, 1999.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Gustavino, Barcelona, Ariel, 2014.
- EZQUIAGA, Francisco, “Los juicios de valor en la decisión judicial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Valencia, 1984, núm. I.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 2a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel *et al.*, Madrid, Trotta, 2016, t. 1. Teoría del derecho.
- FINNIS, John, *Estudios de teoría del derecho natural*, edición de Javier Saldaña y Carlos Massini, México, UNAM, 2017.
- FRANK, Jerome, “Are judges human? Part two: as through a class darkly”, *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, vol. 80, núm. 2, diciembre de 1931.
- FRANK, Jerome, *Law & the modern mind*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2009.
- GRAY, J, *The nature and sources of the law*, New York, The Columbia University press, 1909.
- GOMETZ, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad*, trad. de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- GONZÁLEZ, Daniel, “Filosofía y (Neuro)ciencia: Sobre la “naturalización” de la filosofía práctica”, ponencia presentada en el primer congreso de filosofía del derecho para el mundo latino, Alicante, 2016. Disponible en: [http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Filosof%C3%ADa%20y%20\(Neuro\)ciencia.%20Sobre%20la%20naturalizaci%C3%B3n%20de%20la%20filosof%C3%ADa%20pr%C3%A1ctica.pdf](http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Filosof%C3%ADa%20y%20(Neuro)ciencia.%20Sobre%20la%20naturalizaci%C3%B3n%20de%20la%20filosof%C3%ADa%20pr%C3%A1ctica.pdf).

FILOSOFÍA DEL DERECHO NATURALIZADA...

- GONZÁLEZ, Daniel, “Sobre los presupuestos filosóficos de las pruebas neurocientíficas (A propósito de «Proceso y neurociencia. Aspectos generales», de M. Taruffo)”, en FERRER, Jordi y VÁZQUEZ, Carmen (ed.), *Debatiendo con Taruffo*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- GONZÁLEZ, Daniel, “Tres retos de la neurociencia para el Derecho penal”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Valencia, 2018, núm. XXXIV.
- GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999.
- GUASTINI, Riccardo, *La sintaxis del derecho*, trad. de Álvaro Núñez, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- HART, Herbert, *El concepto de derecho*, 3a. ed., trad. de Genaro Carrío, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- HART, Herbert y FULLER, Lon, *El debate Hart-Fuller*, trad. de Jorge González Jácome, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- HAWKING, Stephen y Mlodinow, Leonard, *Brevísima historia del tiempo*, trad. de David Jou, Barcelona, Critica, 2015.
- HOLMES, Oliver, *La senda del derecho*, trad. de José Ignacio Solar Cayón, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- HIMMA, Kenneth, “Conceptual Jurisprudence. An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory”, *Revis. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Liubliana, núm. 26, 2015.
- KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contin, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- LAVILLA, Juan, “Sobre el “case-method” para la enseñanza del Derecho. La experiencia de la “Harvard Law School””, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 117, septiembre-diciembre de 1988.

CAMILO HUMBERTO PRIETO FETIVA

- LEITER Brian, “Legal Indeterminacy”, *Legal Theory*, Cambridge, vol. 1, núm. 4, diciembre de 1995.
- LEITER Brian, *Naturalismo y teoría del derecho*, trad. de Giovanni Battista Ratti, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- LEITER Brian, “Objectivity, morality, and adjudication”, en Leiter Brian (ed.), *Objectivity in law and morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- LEITER Brian, “Realismo jurídico estadounidense”, trad. de Jorge Fabra, en Fabra, Jorge y Núñez, Álvaro (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, 2015, vol. 1.
- LEITER Brian, “Rethinking legal realism: toward a naturalized jurisprudence”, *Texas Law Review*, Austin, vol. 76, num. 2, diciembre de 1997.
- LEITER Brian, “The Naturalistic Turn in Legal Philosophy”, *Apa Newsletter on Philosophy and Law*, Newark, 2001, vol. 00, num. 2, Spring.
- LÓPEZ, Nicolás, “El naturalismo jurídico como teoría del derecho: red filosófica y conceptual de un científicismo revisitado”, *Derecho y humanidades*, Santiago, núm. 22, julio-diciembre de 2013.
- LÓPEZ, Nicolás, “Naturalismo y derecho: una perspectiva científica en la teoría del derecho norteamericano del siglo XXI”, *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, 2016, núm. 68.
- LÓPEZ, José, “El formalismo en la teoría jurídica estadounidense” *Anuario de filosofía del derecho*, Valencia, 2001, núm. XVIII, pp. 267-300.
- MADDY, Penelope, *Second Philosophy: A Naturalistic Method*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- MAGGE, Bryan, “Las ideas de Quine. Diálogo con W. V. Quine”, en MAGGE, Bryan (ed.), *Los hombres detrás de las ideas. Algunos creadores de la filosofía contemporánea*, México, Fondo de cultura económica, 1993.
- MASSINI, Carlos, *La Ley natural y su interpretación contemporánea*, Pamplona, EUNSA, 2006.

FILOSOFÍA DEL DERECHO NATURALIZADA...

- MERTZ, Elizabeth, "New Legal Realism: Law and Social Science in the New Millennium", en MERTZ, Elizabeth *et al.*, *The New Legal Realism, Volume I. Translating law-and-society for today's legal practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 1-25.
- MORENO, Diego, "Three Realistic Strategies for Explaining and Predicting Judicial Decisions", en MATHIS, Klaus (ed.), *Law and Economics in Europe. Foundations and Applications*, Dordrecht, Springer, 2014, pp. 93-124.
- NAVARRO, Pablo, "Normas, sistemas jurídicos y eficacia", *Crítica, revista hispanoamericana de filosofía*, México, vol. XXII, núm. 64, abril de 1990.
- NÚÑEZ, Álvaro, "Ciencia jurídica realista: modelos y justificación", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, 2012, núm. 35.
- NÚÑEZ, Álvaro, "¿Deciden los jueces por razones políticas?", *Jurídicas*, Manizales, vol. 9, núm. 2, julio-diciembre de 2012.
- NÚÑEZ, Álvaro, "El realismo jurídico de Brian Leiter", *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2010, núm. 10.
- PRIETO, Camilo, "¿Es la teoría de la argumentación jurídica una superación de la teoría del derecho?", *Revista Gaceta Jurídica*, Bucaramanga, vol. 8, enero-diciembre de 2015.
- QUINE, W, "Naturalización de la epistemología", trad. de Manuel Garrido, en Quine, W, *La relatividad ontológica y otros ensayos*, Madrid, Tecnos, 2002.
- RATTI, Giovanni, "Estudio introductorio", en Leiter, Brian, *Naturalismo y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- REDONDO, María, "Teorías del derecho e indeterminación normativa", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, 1997, núm. 20.
- ROSS, Alf, *Hacia una ciencia realista del derecho, crítica del dualismo en el derecho*, trad. de Julio Barbosa, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961.

CAMILO HUMBERTO PRIETO FETIVA

- RUSSELL, Bertrand, *Análisis filosófico*, trad. de Francisco Rodríguez Consuegra, Barcelona, Paidós, 1999.
- SORIANO, Ramón, *Sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1997.
- TIMM, Ana, “Antiformalismo jurídico, aproximaciones básicas”, *Revista de derechos fundamentales*, Viña del Mar, 2014, núm. 11.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, “Relatoría del tema uno, “¿Qué filosofía del Derecho para el Mundo Latino?”, *Revista i-Latina*, Alicante, 2017, núm. 0.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, 2a. ed., traducción de Luis Díez-Picazo, Madrid, Aranzadi, 2007.
- TUMONIS, Vitalius, “Legal realism & judicial decision-making”, *Jurisprudencija*, Wrocławski, 2012, vol. 19, núm. 4.
- WELSEN, Hans, *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*, 2a. ed., trad. de Felipe González Vincén, Madrid, Aguilar, 1979.
- ZAREMBY, Justin, *Legal Realism and American Law*, Nueva York, Bloomsbury, 2014.

LA RACIONALIDAD JUDICIAL EN SEDE CONSTITUCIONAL*

THE JUDICIAL RATIONALITY IN CONSTITUTIONAL STAGE

Julio César MUÑOZ MENDIOLA**

Resumen:

En este trabajo se defiende una postura intermedia acerca de la racionalidad en la toma de decisiones de un juez constitucional, ello, a través del desarrollo de un modelo teórico denominado *tesis del restrictor cognitivo*, el cual se caracteriza por una serie de parámetros objetivos que constriñen y orientan cognitivamente el proceso de decisión en sede constitucional, con la finalidad de establecer una racionalidad procedimental que reduzca los espacios de subjetividad y arbitrariedad del juzgador constitucional.

Palabras clave:

Juez constitucional, elección racional, decisión judicial, restrictor cognitivo, racionalidad procedimental.

Abstract:

This paper defends an intermediate position on the rationality of a constitutional judge's decision making, through the development of a theoretical model called the cognitive restrictor thesis, which is characterized by a series of objective parameters that cognitively construct and guide the decision making process in a constitutional venue, with the purpose of establishing a

* Artículo recibido el 24 de junio de 2019 y aceptado para su publicación el 10 de julio de 2020. Ganador del IV Concurso de Investigación en Filosofía del Derecho de Estudiantes de Posgrado: paradigmas emergentes en derecho y filosofía jurídica.

** Abogado constitucionalista y coordinador de un observatorio de jurisprudencia, licenciado y maestro por la Facultad de Derecho de la UNAM. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8769-7984> . correo electrónico: juliobono@icloud.com página web: <https://derechoydesarrollosostenible.com/observatorio-judicial>

JULIO CÉSAR MUÑOZ MENDIOLA

procedural rationality that reduces the spaces of subjectivity and arbitrariness of the constitutional judge.

Keywords:

Constitutional Judge, Rational Choice, Judicial Decision, Cognitive Restrictor, Procedural Rationality.

LA RACIONALIDAD JUDICIAL EN SEDE CONSTITUCIONAL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Epistemología jurídica y razonamiento judicial*. III. *Paralelismo de la elección racional y la decisión judicial constitucional*. IV. *La tesis del restrictor cognitivo y su vinculación con la decisión del juez constitucional*. V. *Conclusiones*. VI. *Futuras Investigaciones*. VII. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

Las decisiones judiciales pueden encontrarse entre la racionalidad y la irracionalidad,¹ pues una decisión puede ser tanto emotiva como consiente, entonces, se hablará de que es subjetiva u objetiva respectivamente. No obstante, la mayoría de las corrientes que se refieren a la decisión judicial han dejado de lado el proceso mediante el cual un juzgador toma sus decisiones o, en su caso, no lo han explorado suficientemente. En este caso, un juez constitucional enfrenta procesos más complejos, principalmente, por el tipo de asuntos que llegan a una magistratura constitucional, ya que se enfrenta a dilemas de tipo moral, político y social que no sólo afectan al ámbito del Derecho, sino que trascienden, además, a la vida de las personas y la sociedad en general.²

¹ Estos extremos se discuten en las posiciones que refutan en general la existencia de racionalidad en el Derecho y, en específico, en la decisión judicial, en donde las posturas que sostienen la existencia de racionalidad como una categoría de análisis se basarán en: 1) criterios de claridad y consistencia conceptual; 2) criterio de consistencia normativa; 3) criterio de situación; 4) criterio respecto a la lógica deductiva; 5) criterio respecto de la argumentación; y 6) criterios de consistencia argumentativa y coherencia. Véase Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 63-64.

² La impartición de justicia en general tiene una incidencia directa en la vida de las personas y en la sociedad, pero, en sede constitucional, esa incidencia será más amplia, por ejemplo, cuando una magistratura constitucional decide sobre la constitucionalidad del aborto, esa decisión afecta y trasciende a todas las mujeres que están a favor o en contra del aborto, inclusive, trasciende a los jueces ordinarios que aplicaban la ley que prohibía el aborto. En ese sentido, el caso norteamericano es paradigmático, pues lo que decide la Corte Suprema Norteamericana en ocasiones se convierte en un *superprecedente* que, aunado a otros factores, incidirá para

JULIO CÉSAR MUÑOZ MENDIOLA

Además, si se toma en cuenta que las prácticas judiciales son el medio ambiente en donde la sincronización y la propagación de interacción entre diferentes agentes constituyen una red compleja, la cual, de forma *autoorganizativa* y *codependiente*, hace surgir la cognición situada que está en la base de las decisiones judiciales.³

Por tanto, el proceso de decisión en una magistratura constitucional funciona como un *restringidor cognitivo* (en adelante RC), el cual determinará la racionalidad en la toma de decisiones de un juez constitucional o, por lo menos, reducirá los espacios para la subjetividad, la arbitrariedad y las posiciones estratégicas por parte de este operador constitucional. En este punto, es importante señalar que las decisiones judiciales se encuentran en una postura extremadamente realista o, en su polo contrario, en una postura exageradamente idealista. En el primer caso, se sostendrá que un juez constitucional está siempre determinado por su ideología y subjetividad, mientras que, en el segundo caso, se afirmará que existen operadores constitucionales infalibles; los cuales siempre deciden de forma correcta frente a cualquier dilema, pero, sobre todo, absolutamente alejados de ideologías y subjetividades.

Ambas posturas podrían ser correctas, pero insuficientes por lo que implican las decisiones que se toman en una magistratura constitucional, ya que generalmente repercutirán a un ámbito social. Así, estas decisiones encontrarán grandes paralelismos con las decisiones colectivas. Consecuentemente, será necesario plantear ese RC como modelo mental que determina las decisiones de los jueces constitucionales, pero, sobre todo, resaltar que esa proposición entrañará una postura realista, pues asume a este operador constitucional con posiciones subjetivas y arbitrarias hasta cierto punto; no obstante, al mismo tiempo concibe un proceso que cuenta con fuer-

impulsar o lograr cambios sociales en una proporción mayor. Sobre la importancia social de la función judicial véase Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de Leonel Castillo González, México, Fontamara, 2001, pp. 67 y ss. Sobre los *superprecedentes* y su incidencia social véase Ackerman, Bruce, *La constitución viviente*, trad. de Carlos M. Enrígue, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 64 y ss.

³ Cfr. Cáceres Nieto, Enrique, "Dispraxis jurídica. Modelos mentales y constructivismo jurídico complejo", en Calle Valle, Fernando *et al.* (coords.), *Dispraxis*, 2a. ed., México, UNAM, 2012, p. 197.

LA RACIONALIDAD JUDICIAL EN SEDE CONSTITUCIONAL

tes parámetros objetivos que, al final, determinarán cognitivamente sus decisiones.

De esta forma, el trabajo se abocará a los siguientes objetivos: 1) a partir de la epistemología jurídica aplicada, en este caso, en lo que se refiere a la complejidad del razonamiento jurídico, concretamente, al nivel de un operador constitucional, establecer la implicación cognitiva que tiene el proceso mediante el cual un juez constitucional toma sus decisiones *institucionalmente*; 2) proponer ciertas conexiones de las decisiones fundamentales colectivas con las decisiones en sede constitucional; 3) proponer lo conveniente de asumir una postura intermedia, en torno a la posibilidad de una *racionalidad procedimental*, en grados, de estas decisiones; y 4) proponer la tesis del RC, lo cual pretende abrir un nuevo espectro de estudio de las decisiones en sede constitucional.

Para el desarrollo de esos objetivos, el trabajo se dividirá en dos bloques: 1) el planteamiento teórico en torno al razonamiento jurídico y su vinculación con las decisiones judiciales en sede constitucional, así como un paralelismo con la teoría de la elección racional; y 2) la proposición de la tesis del RC, la cual establece que el proceso de toma de decisiones en esa sede, se encuentra revestido de parámetros objetivos que reducen los espacios de subjetividad y arbitrariedad de esas decisiones.

II. EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA Y RAZONAMIENTO JUDICIAL

En los últimos años la epistemología jurídica ha cobrado gran importancia como una rama indispensable de la filosofía del Derecho, pues al igual que la filosofía en general, la epistemología como un área cuyo objetivo es determinar las condiciones bajo las cuales una creencia puede ser considerada verdadera y justificada,⁴ implica un ejercicio de análisis y reflexión que no sólo se agotará en una proposición descriptiva, sino que va más allá, ya que gran parte de su estudio se centrará también en las decisiones del Derecho, tanto por la forma en la que se han de tomar como por sus consecuencias que

⁴ Cáceres Nieto, Enrique, *“Epistemología Jurídica...”, cit.*, p. 2197.

JULIO CÉSAR MUÑOZ MENDIOLA

tendrán. De esta manera, la epistemología jurídica vino a proporcionar una aplicación práctica en la tarea de justificación y comprobación; es decir, a la epistemología jurídica le interesan los procesos mediante los cuales se puede comprobar un fenómeno jurídico.⁵

Para el caso, el fenómeno al que se avoca este trabajo será al de las decisiones judiciales, en otras palabras, al conocimiento de los juzgadores, los cuales enarbolan una *expertis* en su interacción con los hechos, relaciones, mecanismos y rutinas en diferentes contextos, que los han llevado a aplicar dicho conocimiento a nuevos casos (criterio jurídico).⁶ Así, ese criterio se enfocará a un juzgador en específico y sólo al mecanismo mediante el cual lo aplica a la hora de tomar sus decisiones; esto es, a los jueces constitucionales y a su proceso de toma de decisiones.

Esta delimitación se justifica por dos cuestiones principalmente. La primera, en torno a que, si de manera general se acepta que un juzgador tiene modelos mentales más ricos que cualquier otro operador jurídico por diversas razones,⁷ entonces, coherentemente tendría que reconocerse que el modelo mental de un juzgador constitucional es, permítase la expresión, aún más técnico por su labor. Y, la segunda, en relación a que, como se verá más adelante, esta tipología de juzgadores encuentra convergencias en diferentes sistemas jurídicos a través del proceso de decisión, por lo cual, independientemente de la tradición o cultura jurídica, su forma de conocimiento de los asuntos resulta similar en su estructura y funcionamiento.

Esto último implica establecer dos presupuestos para que se pueda tomar como válida dicha premisa: 1) que el sistema jurídico donde opera esa tipología de juez se encuentre bajo el paradigma

⁵ En este punto, la epistemología jurídica se centrará más en identificar y analizar *procedimientos confiables*, los cuales servirán como una base o punto de partida en una tarea de conocimiento, con la finalidad de que, un hecho jurídicamente relevante, pueda considerarse verdadero y no sólo una creencia. Cuestión que es comprensible si se toma en cuenta que, los operadores jurídicos, no representan constantes uniformes a diferencia de los procesos mediante los cuales operan. Sobre procesos confiables en epistemología jurídica véase Laudan, Larry, *Truth, error and criminal law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006, pp. 6, 7 y 42.

⁶ Cáceres Nieto, Enrique, *Pasos hacia una teoría de modelos mentales...*, cit., p. 10.

⁷ Cfr. *idem*.

LA RACIONALIDAD JUDICIAL EN SEDE CONSTITUCIONAL

del Estado Constitucional, es decir, que institucionalmente esté contemplado el control judicial,⁸ y 2) que desde ese diseño opere de manera *más o menos* fuerte ese control, además de que exista una magistratura especializada que represente la última instancia de decisión, en otras palabras, que ese control tenga la fuerza definitiva de intervenir en la limitación del poder público y político.⁹

Por otra parte, será indispensable definir de manera sucinta el elemento de la *racionalidad*, ya que tiene una especial relación con el razonamiento judicial en sede constitucional, sobre todo, para describir de mejor manera el modelo mental de un juez constitucional. Asimismo, este elemento representa para este trabajo un elemento de vinculación con la *elección racional*.

III. PARALELISMO DE LA ELECCIÓN RACIONAL Y LA DECISIÓN JUDICIAL CONSTITUCIONAL

Para hablar de racionalidad es necesario referirse a la razón, lo cual implica una cuestión de suyo compleja, al menos desde el ámbito

⁸ El paradigma constitucional, como categoría de análisis, es común para las tradiciones de *Civil law* contemporáneas, no así para las tradiciones de *Common Law*; no obstante, existirá una convergencia al considerarse que, aún en países de *Common Law* (como Inglaterra o Nueva Zelanda), sus sistemas jurídicos, ideológicamente y desde su diseño institucional, están fundados sobre la base de un régimen democrático y el respeto y garantía de los derechos fundamentales (un Estado de Derecho en sentido amplio).

⁹ Una aclaración pertinente es establecerse que el control judicial, en gran medida, presupone la existencia de una justicia constitucional o, si se prefiere, una jurisdicción constitucional, lo cual no implica sostener que ese control opere siempre como instancia final de decisión o de manera uniforme respecto de su intensidad; sin embargo, aún en los sistemas en donde el parlamento representa el órgano de cierre del sistema y se habla de un control judicial *débil*, como en Inglaterra o Nueva Zelanda, ese control se aplica e incide en la dinámica estatal. Por ejemplo, recientemente la Corte Suprema inglesa decidió que la suspensión del parlamento tenía el efecto de incumplir con las funciones constitucionales de este órgano, es decir, la suspensión era ilegal (inconstitucional), cuestión que ejemplifica como un control judicial *débil* puede tener una incidencia importante. Véase "Supreme Court: Suspending Parliament was Unlawful, Judges Rule", *BBC News*, 24 de septiembre de 2019, disponible en: <https://www.bbc.com/news/uk-politics-49810261>.

JULIO CÉSAR MUÑOZ MENDIOLA

general de las ciencias sociales, porque el tránsito de la razón supe-
ditada a la religión, a una fundada en una razón autosuficiente, es-
tableció que la sola razón arrojaría normas adecuadas que servirían
a todos por igual;¹⁰ en otras palabras, se pensó que la objetividad
conceptual captaría la verdad del sujeto diluyéndolo en la generali-
dad.¹¹ Ahora bien, no es pretensión justificar la razón o concederle
una objetividad práctica a la manera *kantiana*,¹² o refutar de alguna
manera el *individualismo metodológico*, sino abordar el tema de la
racionalidad reduciéndola a sus dos principales tradiciones intelectu-
ales contemporáneas.

La primera, es la tradición que opone la razón a las pasiones y,
en época más reciente, a los intereses. La segunda, la tradición re-
ferente a la elección racional, la cual se opone a las diversas formas
de la irracionalidad.¹³ Ambas tradiciones distinguen que actuar con-
forme a la razón, en singular, y actuar por buenas razones, en plural,
son dos cosas diferentes; por cuanto la razón es objetiva, mientras
que las razones son subjetivas.¹⁴

Así, la racionalidad en la toma de decisiones y la racionalidad a la
que se refiere la toma de decisiones, no es otra que aquella que se en-
tiende como el recurso propio y exclusivo del ser humano, que consi-
ste en el uso apropiado de la razón para elegir de la mejor manera
posible¹⁵; en otras palabras, ofrecer razones cognoscibles y susten-

¹⁰ Sobre las transiciones históricas en la razón, véase Taylor, Charles, “La sola razón”, trad. de Gabriel García Jolly, *Revista de Filosofía Open Insight*, México, vol. IV, núm. 10, julio-diciembre de 2015, pp. 207-237.

¹¹ Cfr. Palacio Díaz, Alejandro, *La razón contra sí misma. Razón y justicia en siglo XX*, México, Claves Latinoamericanas, 2000, p. 17.

¹² Sobre la filosofía práctica *kantiana* y su uso en la política y el Derecho, véase Howard, Williams, “En la sombra de la crítica de la razón pura: los resultados de la filosofía crítica llevados a la filosofía legal y política de Kant”, trad. de Isabel Gamero y Macarena Marey, *Las Torres de Luca. International Journal of Political Philosophy*, Madrid, vol. 7, núm. 13, 2018, pp. 63-77.

¹³ Elster, Jon, *Razón y racionalidad*, trad. de Horacio Pons, Buenos Aires, Editores Amorrortu, 2014, pp. 9-10.

¹⁴ *Ibidem*, p. 10.

¹⁵ Cfr. Suárez Romero, Miguel Ángel, “La argumentación jurídica y el pensamiento de Luis Recaséns Siches. Un análisis retrospectivo”, *Luis Recaséns Siches: Homenaje*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2012, p. 121.

LA RACIONALIDAD JUDICIAL EN SEDE CONSTITUCIONAL

tadas en el saber de quien las decide. En este punto, será necesario abocarse a la teoría de la elección racional, la cual se ha convertido en un recurso de las ciencias sociales, como una forma de explicar y, en cierta medida, resolver el fenómeno de las elecciones colectivas fundamentales. Esta teoría cuenta con una perspectiva analítica, es decir, se aproxima a los fenómenos sociales asumiendo que estos se pueden explicar en términos de sus partes constitutivas y de las relaciones causales que existen entre ellas.¹⁶

Así, la teoría de la elección racional se encargaría de los mecanismos causales en la acción social, los cuales están representados por las decisiones que toman los actores cuando interactúan entre sí. Consecuentemente, esas acciones humanas que se pueden describir como decisiones comparten dos propiedades generales: intencionalidad y racionalidad.¹⁷ Estas propiedades comprenderán uno de los grandes problemas de la elección racional, ya que la intencionalidad bien podría situarse en el plano de la subjetividad, en oposición al de la racionalidad que, al menos en forma de presunción, se encuentra en el campo de la objetividad.

En ese punto, la teoría de la elección racional asume una racionalidad perfecta,¹⁸ en el sentido que se perfila en situar a las personas como decisores deliberados que, no sólo eligen el mejor proceso para la toma de decisiones, sino que también eligen las decisiones más útiles para la mayoría. No obstante, la base de la mayoría de los teóricos de la elección racional se fundamenta, en mayor o menor medida, en que la racionalidad se logra sólo si se maximiza la utilidad.¹⁹

¹⁶ Abitbol, Pablo y Botero, Felipe, "Teoría de la elección racional: estructura conceptual y evolución reciente", *Revista Colombia Internacional*, Colombia, núm. 62, julio-diciembre de 2005, p. 134.

¹⁷ *Cfr. Idem.*

¹⁸ Este concepto es desarrollado por el profesor Elster, véase Elster, Jon, *Ulises y las sirenas: estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, trad. de Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.

¹⁹ *Cfr.* Allingham, Michael, *La teoría de la elección racional. Una breve introducción*, trad. de José Ventura López, Madrid, Alianza Editorial, 2011, p. 48.

JULIO CÉSAR MUÑOZ MENDIOLA

Por tanto, no puede pasar desapercibida la posición *utilitarista* que subyace a esta teoría,²⁰ es decir, su fuerte carácter economicista, ya que, al final, las decisiones colectivas fundamentales se dirigen a normas sociales, y estas poseen un carácter orientador hacia otras normas, lo que vuelve la elección contingente porque implica que las normas son sociales sólo si satisfacen, que las mismas se compartan con otros miembros de la sociedad y que sean impuestas mediante sanciones provistas por otros.²¹

El punto a destacar es que la propia complejidad de las decisiones colectivas fundamentales reduce la posibilidad de elecciones únicas, infalibles, verdaderas y absolutas, ya que no existe el presupuesto de que hay un número de individuos idénticamente situados, cada uno teniendo que tomar una única decisión simultáneamente con todos los demás.²² En un sentido *rawlsoniano* es complejo encontrar el primer uso de la posición original que se refiere a un modelo de condiciones justas y razonables para que las partes, que son representantes racionales de ciudadanos libres e iguales, razonables y racionales, especifiquen términos justos de cooperación para regular la estructura básica social,²³ ya que resulta imposible, al mismo tiempo, satisfacer tanto el bienestar de uno como el bienestar de todos.

Ahora bien, si se asume con carácter ambivalente la teoría de la elección racional, se tendrá que reconocer que es una herramienta indispensable para manifestar e integrar las siguientes interdependencias: 1) entre el bienestar de cada uno y las decisiones de todos; 2) entre el bienestar de cada uno y el bienestar de todos, y 3) entre las decisiones de cada uno y las decisiones de todos.²⁴ En otras palabras, esta teoría no puede explicar y solucionar el gran dilema que

²⁰ Véase un estudio completo sobre el utilitarismo en las decisiones, así como su relación con políticas públicas en Baron, Jonathan, *Morality and Rational Choice*, Boston, Springer, 2001, principalmente los capítulos 2, 5, 9 y 12.

²¹ Elster, Jon, *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad...*, cit., pp. 36-37.

²² Elster, Jon, *Las limitaciones del paradigma de la elección racional...*, cit., p. 146.

²³ Cfr. Rawls, John, *El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública*, trad. de Hernando Valencia Villa, España, Editorial Paidós, 2001, p. 43.

²⁴ Elster, Jon, *Las limitaciones del paradigma de la elección...*, cit., pp. 254 y 255.

LA RACIONALIDAD JUDICIAL EN SEDE CONSTITUCIONAL

representa la toma de decisiones fundamentales en sociedad, pero, por lo menos, sí puede proporcionar un método o proceso racional para ello.

En este punto, cabría señalar que el éxito o fracaso de la elección racional, dependerá de la acción social,²⁵ entendida como acciones de los agentes sociales en lo individual, pero que trascienden a la colectividad, por lo cual, realistamente, sólo aspira a justificarse mediante una sucesión de argumentos *sobre respuestas plausibles*.²⁶ Consecuentemente, las elecciones racionales puedan sustentarse: 1) en un proceso de decisión que respete parámetros objetivos, lo cual, por lo menos, implicará procesos generales y preestablecidos; 2) en la búsqueda de la mejor elección, sobre una base de posibilidades plausibles y concretas; y 3) que los criterios anteriores se sitúen en parámetros de estabilidad y coherencia.²⁷

Ahora bien, para hablar de la racionalidad en la toma de decisiones, pero en sede constitucional, no se puede adoptar un simple paralelismo con la teoría de la elección racional; no obstante, sí es posible señalar una conexión a través de los siguientes puntos: 1) por la marcada búsqueda de una racionalidad procedimental que reduzca la subjetividad de quienes deciden; 2) por el establecimiento de parámetros que conformen los proceso mediante los cuales se toman las decisiones; y 3) porque tanto en la elección racional como en la toma de decisiones en sede constitucional de una magistratura, las decisiones tienen un carácter plausible, fundamental y trascienden a la sociedad.

²⁵ Sobre la acción social, véase Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, 1999, t.I, pp. 351-391. Para un breve estudio y acercamiento a un concepto sociológico sobre la acción social, desde las perspectivas de Max Weber, Talcott Parsons, Alain Touraine y Anthony Giddens, véase Lutz, Bruno, "La acción social en la teoría sociológica: una aproximación", *Revista Argumentos*, México, vol. 23, núm. 64, septiembre-diciembre de 2010.

²⁶ Allingham, Michael, *op. cit.*, p. 109.

²⁷ Sobre la trascendencia de la toma de decisiones racionales, que repercute en la estabilidad y la coherencia en ordenamientos jurídicos y sistemas normativos, véase Peczenik, Aleksander, *Derecho y razón*, trad. de Ernesto Garzón Valdéz, México, Fontamara, 2000, pp. 41-52.

JULIO CÉSAR MUÑOZ MENDIOLA

Así, en una magistratura constitucional se toman decisiones mediante un proceso racional, pues independientemente del valor intrínseco de las decisiones, por su carácter colectivo-fundamental con trascendencia jurídica y social, en esta sede, los jueces constitucionales deciden a través de una *racionalidad procedimental*; la cual se basa y estructura por una serie de parámetros objetivos como se verá más adelante.

En paralelo, es necesario esbozar lo que se entenderá por racionalidad judicial y señalar por qué es exigible en la aplicación del Derecho en general. En el año de 1973 en el caso *Soraya (BVerfGE34,269)*, el Tribunal Constitucional alemán sostuvo en su sentencia que un juez debía de mantenerse alejado de la arbitrariedad, pues su decisión debía de descansar sobre una argumentación racional, mostrando de forma clara que, en un caso concreto, la norma escrita no cumplía con su función de resolver un problema jurídico de manera justa.²⁸ De esta manera, se empezaba a configurar la necesidad de una justificación de las sentencias basada en la razón, pero en la razón práctica, como se sostuvo también en la misma sentencia; es decir, la resolución judicial debería de integrar las lagunas del orden jurídico atendiendo a los criterios de la razón práctica y a los fundados criterios generales de justicia de la comunidad.²⁹

Esta argumentación basada en la razón práctica, para el ámbito de las magistraturas constitucionales, se presentaría como una necesidad que a sus operadores les sería más que exigible, ya que no sólo deberían de fundar sus resoluciones en el Derecho, sino también en la razón práctica, pues a través de la argumentación jurídica, como una forma de justificación relacionada con la razón y coincidente con el sistema objetivo de valores contenido en una Constitución, los jueces constitucionales deberían de fundamentar y justificar sus decisiones en sede constitucional.³⁰

²⁸ Schwabe, Jürgen, *Jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*, trad. de Marcelo Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 493.

²⁹ *Idem*.

³⁰ Sobre este punto, un juez constitucional no deja de fundarse en las normas jurídicas creadas por las asambleas representativas, pues también constituyen una fuente de razón práctica, lo cual se puede constatar en la *deferencia hacia el legisla-*

LA RACIONALIDAD JUDICIAL EN SEDE CONSTITUCIONAL

Principalmente, porque en las magistraturas constitucionales es en donde las decisiones no sólo deben de descansar en una justificación interna, basada en la lógica formal, sino también en una justificación externa, basada en razones cognoscibles, es decir, lo más razonables para la sociedad en general. Esto puede ser entendido de mejor manera, si por *racional* en sede constitucional se entiende una proposición, una norma o una valoración que es justificable mediante una argumentación apropiada, la cual, a su vez, se basa en un determinado conocimiento y determinadas valoraciones.³¹

Consecuentemente, cabría formular la siguiente pregunta: ¿a qué tipo de conocimiento y valoraciones se ciñe el juez constitucional? La respuesta obvia sería al sistema objetivo de valores preestablecido (la Constitución). No obstante, el planteamiento persistiría en la medida en que ese sistema funciona como una norma que se interpreta, por tanto, implica para el juzgador constitucional, no sólo una actividad de creación o adjudicación del contenido constitucional, sino también de *decisión cognitiva*.

Por tanto, esa decisión, en gran medida, puede ser representada y demostrable por la argumentación jurídica, porque establece una aproximación del Derecho con la razón, ya que su propósito principal es dar contenido valorativo y práctico, pero, sobre todo, una justificación al Derecho mediante la institucionalización de la razón.³² Esta cuestión implicará asumir que, a nivel constitucional (al menos de manera plausible), existe la posibilidad de fundamentar valoraciones morales mediante la razón práctica; esto es, reconocer que existe un cierto *objetivismo moral* en un sentido débil, lo cual, en

dor al analizarse la exposición de motivos, la teleología, la coherencia y el lenguaje de esas normas en sede constitucional; sin embargo, esa justificación para una sentencia constitucional no es suficiente, porque, en muchas ocasiones, precisamente el objeto de análisis serán esas normas que han justificado una aplicación del Derecho. Sobre todo, si se toma en cuenta que la función de un juez constitucional es contrastar normas y actos con un orden objetivo de valores preestablecido (la Constitución).

³¹ Cfr. Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el...*, cit., p. 46.

³² Véase Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del Derecho de Robert Alexy*, México, Siglo Veintiuno, 2015.

JULIO CÉSAR MUÑOZ MENDIOLA

parte, refutaría posturas escépticas, relativistas y absolutistas de la moral.

Sin embargo, a pesar de que la argumentación es fundamental para las decisiones judiciales en general y, en específico, para la toma de decisiones en sede constitucional, principalmente, porque la justificación de una decisión judicial es una manera de demostrar la racionalidad de la decisión y, al mismo tiempo, actúa como un control de esa racionalidad;³³ pese a ello, la argumentación no representa el único factor que opera como parámetro objetivo en la toma de decisiones de un juez constitucional. En resumen, para este trabajo la racionalidad judicial en sede constitucional, se delimitará al proceso de toma de decisiones y los parámetros objetivos que lo conforman, los cuales *plausiblemente* constriñen y orientan al juzgador constitucional, al mismo tiempo que reducen espacios para la subjetividad y la arbitrariedad de este operador.

IV. LA TESIS DEL RESTRICTOR COGNITIVO Y SU VINCULACIÓN CON LA DECISIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Una de las primeras cuestiones que debe tomarse en cuenta es la dimensión en donde se desarrollará el RC, pues atendiendo a una división tridimensional de la problemática planteada, en este caso, la racionalidad y la irracionalidad de las decisiones de los jueces constitucionales, es posible identificar las siguientes dimensiones: 1) una dimensión meta-realista, donde se concibe que los jueces constitucionales *deciden* de forma irracional la mayoría de las ocasiones; 2) una dimensión idealista, donde se asume que los juzgadores constitucionales *pueden* formular decisiones racionales de forma absoluta e infalible, y 3) una dimensión plausible, en donde estos operadores constitucionales *pueden decidir* de la manera más racional posible mediante su proceso de toma de decisiones.

En este caso, el RC se situará en la tercera dimensión, pues se pretende establecer una *postura intermedia* (plausible), la cual se sustenta en que el proceso de decisión de un juez constitucional repre-

³³ Wróblewski, Jerzy, *The judicial application...*, cit., p. 209.

LA RACIONALIDAD JUDICIAL EN SEDE CONSTITUCIONAL

senta una serie de parámetros objetivos para construir y arribar a sus decisiones, ya que no sólo de forma teórica, sino también atendiendo a su concretización en la práctica judicial, determinará la racionalidad de sus decisiones en grados.

Por lo planteado, una segunda cuestión a tomar en cuenta es lo referente al proceso de toma de decisiones que se da en una magistratura constitucional, porque desde la perspectiva de este trabajo se le ha restado importancia y se le ha situado como plástico y supereditado a su operador; es decir, se piensa que ese proceso es operado arbitrariamente por los juzgadores constitucionales.³⁴ Esto resulta erróneo, en el sentido que ese proceso es complejo y plagado de parámetros objetivos como se verá más adelante, al grado de incidir cognitivamente en sus operadores, justo en ese punto, el RC contribuye a reducir de manera significativa la subjetividad y arbitrariedad del juez constitucional.³⁵

Consecuentemente, resulta indispensable una comprensión completa del proceso que se lleva a cabo en las magistraturas constitucionales, ya que, en sí mismo, es constitutivo de su propia racionalidad, porque su complejidad representa una especie de objetividad

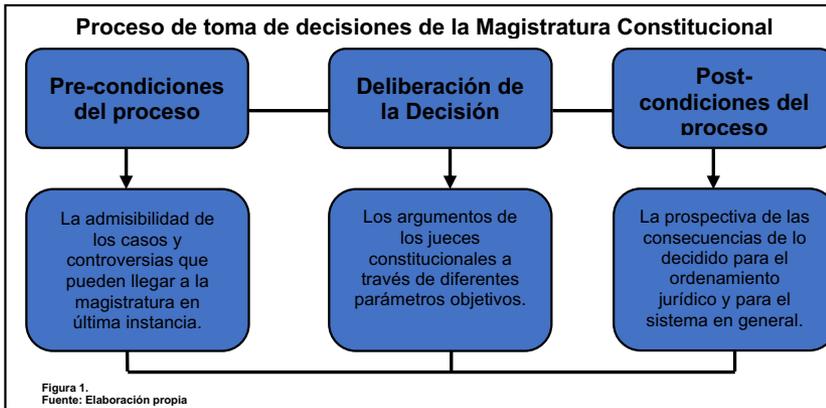
³⁴ Son varias las posturas que señalan una arbitrariedad de los juzgadores constitucionales, en donde se asume que los jueces sólo están motivados por cuestiones políticas y no legales o, en su caso, refieren que el juez constitucional es arbitrario por naturaleza, pues de otra forma no podría garantizar parte del contenido constitucional, asimismo, algunas críticas empatan la arbitrariedad con la discrecionalidad de este operador constitucional, en este caso, se dice que al tener facultades discrecionales por la revisión judicial, inevitablemente terminará siendo arbitrario. Sobre estas críticas véase Ossa Henao, Mario, *La discrecionalidad judicial*, Bogotá, Leyer Editores, 2015, pp. 25 y ss.; Posner, Richard, *How Judges Think*, London, Harvard University Press, 2008, pp. 125 y ss.; García de Enterría, Eduardo y Menéndez Menéndez, Aurelio, *El Derecho, la ley y el juez. Dos estudios.*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 80 y ss.

³⁵ Para este trabajo, la subjetividad estará representada en las posiciones ideológicas, estratégicas y políticas que un juez constitucional pudiera tener, por su parte, la arbitrariedad, será entendida como la decisión sin sujeción a una norma, por ende, contrario al ordenamiento normativo, por ejemplo, esta definición puede ser encontrada en el artículo 9.3 de la Constitución española, cuando establece que la norma fundamental garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o, también, una decisión será arbitraria cuando no encuentra fundamentación en argumento racional.

JULIO CÉSAR MUÑOZ MENDIOLA

con pretensiones cosmopolitas, cuestión que se apoya en la premisa de que todos los sistemas jurídicos que hayan adoptado un diseño institucional de Estado Constitucional, esto es, que sean regímenes democráticos en donde opere el control judicial, contarán con ese proceso de decisión³⁶.

Así, es posible identificar tres fases de ese proceso: 1) la que se refiere a las pre-condiciones del proceso, en donde se establece un filtro de los casos y controversias que los jueces constitucionales pueden conocer; 2) la que se refiere a la deliberación del proceso en un sentido amplio, donde los juzgadores constitucionales construyen y plasman gran parte de sus argumentos para resolver el caso; y 3) la que se refiere a las post-condiciones del proceso, por la cual los jueces constitucionales, de forma prospectiva, dimensionan el alcance de sus decisiones (véase figura 1).



³⁶ En este punto, es necesario tomar en cuenta la variable de la intensidad de operación del control judicial (véase *supra* la nota a pie de página número 9), así como la delimitación referente a las bases ideológicas y de diseño institucional que representa el paradigma constitucional (véase *supra* la nota a pie de página número 8), de otra forma, variables cómo la cultura jurídica de un sistema, escaparían de la proposición de este trabajo, por ejemplo, el caso del sistema jurídico japonés, en donde se contempla un diseño institucional similar al sistema norteamericano, en específico, la Corte Suprema de Japón tiene la facultad de ejercer control judicial de las leyes; no obstante, desde su creación sólo ha declarado inconstitucional poco más de ocho leyes, cuestión que podría encontrar explicación en la cultura de ese país que considera otro tipo de solución para los conflictos políticos e institucionales.

LA RACIONALIDAD JUDICIAL EN SEDE CONSTITUCIONAL

Este esquema de tres bloques estructura el proceso de toma de decisión del juez constitucional, en donde la argumentación es una parte importante de la deliberación, pero no representa el único parámetro objetivo, pues en cada grupo existen parámetros diversos pero relacionados entre sí, los cuales, en conjunto, constituirán el RC³⁷. Este diseño es importante desde una perspectiva teórica y práctica, porque representan elementos concretos que el juzgador constitucional emplea y enfrenta al realizar su función.

Ahora bien, antes de analizar cada bloque con sus respectivos parámetros, resulta pertinente aclarar que el establecimiento de una restricción debe de ser entendida en una perspectiva positiva y específica. Positiva, porque el RC no sólo vincula al juez constitucional a manera de constreñirlo a esos parámetros, sino también orienta su labor a través de los mismos; en otras palabras, no se refiere a una imposición epistémica para el juzgador. Por su parte, específica, ya que el RC no establece una restricción a la tarea cognoscitiva de ese operador en estricto sentido, sino específicamente al proceso de conocimiento y decisión que enfrenta el juzgador constitucional, pues este tiene una amplia libertad para conocer los casos, y su ejercicio cognitivo no se reduce únicamente a lo jurídico-constitucional, lo cual se ejemplifica en las llamadas *Amicus Curiae*, en donde el conocimiento del juez es apoyado en áreas o materias que implican diversos conocimientos especializados.

Un primer bloque es el de las pre-condiciones del proceso, en donde se encuentra un primer parámetro objetivo, el cual está representado en las normas constitucionales que facultan al juez constitucional para realizar el control judicial en el sistema, porque la mayoría de los textos fundamentales contemplan esa facultad de manera expresa o implícita, por tanto, no se puede poner en duda la institucionalidad de ese control y su reserva constitucional a favor del juzgador constitucional.

³⁷ Por parámetros objetivos se deben de entender aquellos elementos dentro del proceso de toma de decisión del juez constitucional, los cuales no pueden dejar de observarse y no están puestos a capricho por este operador constitucional, por ejemplo, en el caso de la argumentación, el juez constitucional siempre argumentará su sentencia independientemente de la calidad y resultado de la misma.

JULIO CÉSAR MUÑOZ MENDIOLA

Ya que, tanto el control judicial como su operador, no pueden ir más allá de esas atribuciones constitucionales desde una perspectiva de *diseño institucional*, y esto es de suma importancia, porque tales atribuciones representan obstáculos infranqueables para que la magistratura o su operador sean *auto generadores* de casos, pues en la Constitución no existe ninguna atribución para ello, ni tampoco se le confiere algún tipo de facultad o poder para iniciar un proceso de constitucionalidad o algo semejante, inclusive, no les es permitido formular opiniones consultivas por iniciativa propia.

Por ello, para que opere el control judicial, este deberá de *iniciarse* por parte de un actor estatal, por particulares o por agentes sociales; además, esta promoción y ejercicio deberá de hacerse bajo ciertas condiciones de legitimación legal o constitucional. Así, este parámetro establece un límite autoevidente a la subjetividad y la arbitrariedad. Justamente, esto conectará con el siguiente parámetro, que se refiere a todas aquellas reglas que rigen la admisibilidad de esos casos que se promueven ante la magistratura. Estas reglas pueden estar contenidas en la Constitución, en leyes orgánicas y procesales o, inclusive, en la jurisprudencia o precedentes que rigen o se relacionan con la jurisdicción constitucional en cada latitud.

En este caso, el juez constitucional no sólo deberá de esperar a que se le formulen los casos, sino también deberá de analizar de manera oficiosa la pertinencia de ejercer, por decirlo así, la última instancia final de decisión del sistema, pues el acceso a esta jurisdicción se encuentra limitada a casos de trascendencia y excepcionales. En conclusión, ambos parámetros objetivos ejemplifican como el juzgador constitucional empieza a ser determinado en su proceso cognitivo, inclusive, antes de tomar sus decisiones, pues desde la promoción de los casos comienzan a limitarse los espacios de subjetividad y arbitrariedad.

Ya en el bloque de la deliberación se encuentra un primer parámetro que se refiere al objeto de la interpretación y la argumentación del juez constitucional, lo cual tiene una convergencia con sus objetos de tutela, pues el juzgador constitucional en un primer momento estará constreñido y orientado por los principios y derechos constitucionales; esto es, su función, por sí misma, es coherente y encaminada a un fin concreto: *el fin constitucionalmente legítimo en abs-*

LA RACIONALIDAD JUDICIAL EN SEDE CONSTITUCIONAL

tracto. Esta cuestión es significativa, pues tal vez resulta obvio decir que los jueces constitucionales deben perseguir un fin constitucionalmente legítimo, pues su parámetro de contraste se presupone en la Constitución que interpreta y aplica, la cual, a su vez, también se presupone legítima por el acto constituyente; en otras palabras, la legitimidad de una Constitución no se cuestiona de forma constante, al menos desde una perspectiva institucional.

Justamente es allí donde la función del juez constitucional es coherente, pero además representa un parámetro que escapa a posiciones subjetivas y arbitrarias, pues trabaja sobre un parámetro aceptado y reconocido *ex ante* (la Constitución), en donde él no ha intervenido en su creación ni tampoco se ha arrogado la tarea de aplicarla y resguardarla. En otras palabras, el ejercicio de su función se *da sobre* una base objetiva, siempre orientada por ese fin constitucional abstracto (cada derecho y principio constitucional en concreto), lo cual no excluye que puede tornarse pragmáticamente subjetiva, ideológica y política (la posición meta-realista), pero gran parte de esta cuestión se situará fuera del proceso de decisión, en específico, se enfatiza cuando lo decidido es contrastado frente a las diferentes posiciones políticas o sociales (pluralismo en general), entiéndase que la racionalidad de una decisión del juez constitucional sólo se puede lograr en grados.

En ese mismo sentido, los derechos fundamentales y los principios constitucionales contienen una característica esencial, y es que en sí mismos representan una pretensión de objetividad y universalidad, advirtiéndose sus correspondientes matices en esta afirmación, porque estos derechos y principios contienen *núcleos duros*, prácticamente iguales en cualquier sistema jurídico que se ostente como un Estado constitucional de derecho.³⁸

³⁸ Sobre este punto, es necesario advertir un matiz y una limitante metodológica de este trabajo. El matiz se refiere a que un núcleo duro de un derecho fundamental o principio constitucional deberá de entenderse a partir de considerarlos cómo categorías propias del paradigma constitucional y su diseño institucional, es decir, esos derechos y principios, sólo dentro de ese paradigma, se consideran como presupuestos objetivos y universales al ser condiciones esenciales de existencia del Estado Constitucional (véase *supra* la nota a pie de página número 8), cuestión que no implica proponer una objetividad y universalidad *absoluta* en cualquier

JULIO CÉSAR MUÑOZ MENDIOLA

Sobre esta cuestión, piénsese que cuando un juez constitucional ejerce la función de proteger la libertad de expresión, este derecho en su *núcleo duro* representará lo mismo en los Estados Unidos, España o Bolivia, porque su significado, en general, es garantizar la expresión de ideas a las personas, lo que se traduce en una convergencia irrefutable en cualquier sistema jurídico. Cuestión diferente es los límites y alcances que a este derecho se le dé en los diversos sistemas; no obstante, nuevamente, esa es una cuestión perteneciente a diversas variables contingentes que no pueden excluirse de forma absoluta. Lo importante es destacar que, en un primer momento, dentro del proceso de toma de decisión estos derechos representan parámetros objetivos muy sólidos.

De igual manera, los principios constitucionales encuentran ese mismo *núcleo duro* de los derechos fundamentales, piénsese en el

sistema jurídico y, más aún, en su desarrollo y aplicación práctica. Precisamente, la limitante metodológica, se relaciona con el matiz mencionado, pues esos núcleos duros se reducen a un esquema de justicia o jurisdicción constitucional en donde esos derechos y principios estén resguardados en una Constitución con fuerza normativa y supremacía en el sistema jurídico. En ambos casos, los núcleos duros se refieren a un significado y entendimiento mínimo de esos derechos y principios como un sistema de valores objetivo para el Estado Constitucional, en donde los jueces constitucionales los desarrollan a partir de un significado, lenguaje y entendimiento constitucional común, porque aún en sistemas jurídicos que de facto se contrapongan al diseño institucional constitucional, esos derechos y principios representan pretensiones para su desarrollo y su significado enmarcados en el texto constitucional, por ejemplo: la Constitución rusa prescribe una supremacía normativa constitucional y un reconocimiento de derechos fundamentales como el debido proceso y la presunción de inocencia, por mencionar algunos (artículos 15 y 49); la Constitución de Filipinas, que reconoce la garantía de los derechos humanos y la dignidad de las personas, entre otros derechos fundamentales (Sección II, artículo 11, Sección III, artículos 1o., 3o. y 5o.); la Constitución de Rwanda, la cual prevé la supremacía constitucional, la prohibición de la pena de muerte, la igualdad ante la ley y la libertad de expresión (artículos 3o., 12, 14 y 15); la Constitución Cubana prevé una supremacía constitucional basada en la dignidad humana, así como derechos de igualdad de las personas y libertad de prensa, por mencionar algunos (artículos 7o., 40, 42, 43, 44 y 55); la Constitución de Venezuela, que prevé un régimen democrático fundado en el pueblo, una supremacía constitucional y el reconocimiento y garantía de los derechos humanos de fuente internacional (artículos 5o., 7, 23 y 62). Las Constituciones de estos países pueden ser consultadas en: <https://constituteproject.org>

LA RACIONALIDAD JUDICIAL EN SEDE CONSTITUCIONAL

principio de división de poderes en España, Colombia y Canadá, en este caso, es innegable que en esas latitudes existe un base única que, en abstracto, determina que el poder público se divide para su ejercicio y su control, en otras palabras, sin ese piso mínimo el juez constitucional podría interpretar de cualquier forma ese principio, en cuyo caso, se estaría hablando de cualquier otra cosa pero no de la división de poderes³⁹. En consecuencia, tanto los derechos fundamentales como los principios constitucionales representan parámetros objetivos en el proceso y, en ambos casos, al ser objeto y fin de la función del juzgador constitucional; también interfieren en su forma de conocer y decidir.

Un segundo parámetro en el bloque de la deliberación es el de la *política judicial* de la magistratura,⁴⁰ pues esta política está cons-

³⁹ Nuevamente, es necesario situarse dentro del paradigma del Estado Constitucional (*véanse supra* las notas a pie de página números 8 y 38), en donde la división de poderes constituye uno de sus presupuestos de conformación en los sistemas jurídicos que se ostenten dentro de ese paradigma, por tanto, cuando un juez constitucional usa como parámetros de fundamentación de sus sentencias, un principio constitucional como la división de poderes, él se encontrará constreñido a una categoría y un lenguaje propio de la cultura (o ideología si se prefiere) del paradigma constitucional, de otra forma, si ese juez no compartiera la aceptación de ese paradigma; tampoco compartiría el caracterizarse y desarrollar una función como juzgador constitucional.

⁴⁰ Para este trabajo, la política judicial se refiere a un sistema que es propio de cada magistratura constitucional, en donde los jueces que integran este órgano y un determinado ordenamiento jurídico bajo el paradigma constitucional, deben de considerar su propia jurisprudencia con el paso de los años, pues contribuyen a crear un sistema propio que refleja su política judicial y jurídica en lo individual y como institución; en torno a la interpretación de la Constitución de un sistema jurídico. Precisamente, en este punto, la coherencia de la política judicial se refiere a su conformación lógica como sistema integrado por el precedente y la jurisprudencia que exigen deferencia de parte del juez constitucional y, por otra parte, porque el análisis de ese sistema, como parámetro objetivo, únicamente se refiere a su racionalidad procedimental y no al resultado de una decisión en sede constitucional. Sobre todo, si se toma en cuenta que existen variables políticas y culturales que inciden en las decisiones de una magistratura constitucional, las cuales tienen la característica innegable de ser ambivalentes en el resultado, porque al igual que cualquier decisión judicial su resultado, por lo menos, tendrá dos interpretaciones posibles. Un ejemplo de la política judicial como sistema, puede ser observado en la decisión de la Corte Suprema norteamericana en el caso *Bostock vs. Clayton County*

JULIO CÉSAR MUÑOZ MENDIOLA

tuitada por los precedentes o, en su caso, por la jurisprudencia, no sólo de los jueces constitucionales que integran la magistratura actualmente, sino también por las decisiones de los jueces que han formado parte de ella a lo largo de su historia, por lo cual, esa política no es una simple tradición histórica, sino un sistema que construye y orienta la decisión del juzgador constitucional. Esta política, si bien representa *posiciones personales* de los miembros de la magistratura (si se quiere utilizar ese término), al mismo tiempo, también representará una objetividad institucional, porque realmente no es una sola ideología o subjetividad la que crea esa política; sino una diversidad ideológica y subjetiva que, al final, converge y se une por la coherencia que representa el propio sistema de precedente o jurisprudencia.

Esta política judicial se conecta en gran medida con el parámetro de los derechos fundamentales y los principios constitucionales, ya que representará aspectos doctrinales, teóricos y prácticos de esos derechos y principios, sólo que esta política se configura como un límite *intrainstitucional*, el cual se ha gestado dentro de la magistratura, precisamente, con la finalidad de unificar coherentemente el fin constitucional que se persigue en este órgano. En este punto, el juez constitucional debe de interpretar y aplicar los derechos y los principios del texto constitucional a la luz de su propia política judicial, la cual no debería ser ignorada o desestimada por una nueva conformación de la magistratura o, en su caso, por un juez en lo individual.

Esto último es demostrativo de la objetividad y lo complejo del proceso que sigue el juez constitucional, sobre todo, si se tienen en

Georgia decidido el 15 de junio de 2020, en donde se dio una confrontación añeja entre *originalismo* y adaptación de los valores constitucionales, así como entre jueces liberales y conservadores, pues a pesar de que factores como la ideología judicial, política y cultural, posiblemente, fueron determinantes para la modificación de la política judicial de la Corte Suprema, al final, ese cambio siguió un proceso preestablecido y determinado al cual siempre se ciñe la Corte Suprema para conservar o cambiar un precedente; es decir, el proceso de decisión se basó en la lógica del sistema de precedentes (política judicial), *independientemente del resultado o aceptación* de lo decidido. Sentencia consultable en: https://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2020/06/17-1618_hfci.pdf.

LA RACIONALIDAD JUDICIAL EN SEDE CONSTITUCIONAL

cuenta los siguientes puntos: 1) por la deliberación que, en estricto sentido, se da hacia el interior de la magistratura a través de la argumentación racional;⁴¹ 2) por la fuerza que ejercen los precedentes o la jurisprudencia de la magistratura, sobre cada uno de los jueces que la conforman; y 3) por la coherencia *implícita* de la estructura de esa política judicial.

Un tercer parámetro objetivo en el bloque de la deliberación, es el llamado *diálogo jurisprudencial*, que de manera general se puede entender como una internacionalización tanto del diálogo de los jueces constitucionales en otras latitudes, como del diálogo de jueces regionales protectores de los derechos humanos. Este diálogo refuerza la tesis de que los derechos fundamentales y los principios constitucionales presentan *núcleos duros*, pues como se mencionó, representan una universalidad para todos los sistemas que se ostentan como democráticos, asimismo, esta cuestión simboliza la lógica de ese diálogo, ya que las magistraturas de diversas latitudes comparten experiencias teóricas y prácticas de la adjudicación del contenido constitucional.

Así, el diálogo jurisprudencial se sustenta en un *cosmopolitismo constitucional* que se construye a través de la argumentación y la interpretación que se da en las magistraturas constitucionales, pues en él subyace una práctica común en la protección de esos derechos y principios, pero, sobre todo, una metodología en la forma de argumentar las decisiones por parte de los jueces constitucionales, en este punto, se puede decir que esas metodologías, si bien no son uniformes en forma absoluta, sí comparten una orientación a través de la doctrina constitucional.⁴²

⁴¹ Sobre esta cuestión, es necesario tomar en cuenta que hacia el interior de una magistratura constitucional como última instancia de decisión y como un órgano colegiado, en estricto sentido, siempre existirá una deliberación, inclusive, para el conocimiento y admisión de un caso que se resolverá, porque esa decisión también se discutirá y votará, por tanto, existirá una deliberación independientemente de la *calidad o aceptación* del resultado de la misma (véase *supra* nota a pie de página número 37).

⁴² Al referir una metodología en la forma de argumentar que orienta de manera uniforme a los jueces constitucionales, nuevamente es necesario situarse en el paradigma constitucional (véanse *supra* notas a pie de página 8 y 38), pues sólo en

JULIO CÉSAR MUÑOZ MENDIOLA

Por supuesto, esta orientación no vincula con la misma fuerza que los precedentes y la jurisprudencia nacional, pero sí forma parte importante en la justificación de las decisiones de los jueces constitucionales. Piénsese que cuando un juez toma en cuenta lo decidido en otro sistema jurídico, introducirá de alguna manera un criterio ajeno a su voluntad y, en estricto sentido, a la voluntad de sus colegas en la magistratura.

Por tanto, ese criterio condiciona su decisión a dos aspectos importantes: 1) nuevamente a la coherencia, porque si se ha introducido un criterio en torno a un asunto decidido en otra latitud, por lógica, como mínimo deberá de seguirse esa ruta interpretativa, de otra manera el juez constitucional no lo habría introducido; y 2) ese criterio que el juez constitucional introdujo a la deliberación de la magistratura, por sí mismo, representará un alejamiento a alguna clase de posicionamiento estratégico, ideológico o político, ya que introduce una posible respuesta al caso que él no ha pensado o creado. Es decir, ese criterio supone una adherencia lógica por parte del juez constitucional, pero, al mismo tiempo, supondrá una visión ajena al caso en concreto, lo cual disminuiría la subjetividad del operador constitucional, ya que, si se quisiera hablar de un posicionamiento subjetivo o arbitrario, entonces, tendría que hablarse de una subjetividad y arbitrariedad que comparten todos los jueces constitucionales a nivel global.

Por último, un cuarto parámetro objetivo en el bloque de la deliberación, se refiere a las *distintas racionalidades* que debe de tomar en cuenta el juez constitucional en su decisión. Pues si en el ámbito

sistemas que comparten las categorías de análisis propias de ese paradigma, pueden compartirse metodologías similares *como herramientas argumentativas* hacia el interior de una magistratura constitucional, lo cual no significa que esas metodologías funcionen como una regla absoluta y observable en cualquier sistema y latitud, sino sólo destacar que, por ejemplo, la Corte Suprema de Israel, la Suprema Corte mexicana, la Corte Constitucional Colombiana, el Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia y el Tribunal Constitucional español realizan *metodologías* similares (juicio de proporcionalidad y razonabilidad), para el análisis de una norma que restringe un derecho fundamental. Pues, aun en sistemas como el norteamericano, en donde el diálogo jurisprudencial está prohibido por su Corte Suprema; existen metodologías similares (*strict scrutiny* y *balancing approaches*).

LA RACIONALIDAD JUDICIAL EN SEDE CONSTITUCIONAL

de la decisión judicial existe una diversidad de materias que participen en la toma de decisiones, en el ámbito de la decisión constitucional esas materias se vuelven aún más determinantes. En este punto, un juzgador constitucional no sólo toma en cuenta argumentos jurídicos, ya que los casos que involucran tanto derechos fundamentales como principios constitucionales tendrán una vinculación o repercusión con distintas materias.

Por ello, el juez constitucional está constreñido a no sólo tomar en cuenta esos aspectos, sino a comprender la propia racionalidad de estas materias, ya que la exigencia de sus decisiones es la de una respuesta que busque ser compatible con el sistema jurídico y lo más coherente posible a nivel jurídico, social y político; en otras palabras, la racionalidad científica, económica o política también determinan las decisiones de un juzgador constitucional.

Por ejemplo, un caso que decida sobre la constitucionalidad de la interrupción del embarazo no se reducirá a una serie de argumentos jurídicos, pues buscará también involucrar argumentos de tipo científico⁴³; por lo cual, el juzgador constitucional estará determinado por una racionalidad científica también. En ese mismo sentido, si el caso involucra la inconstitucionalidad de una contribución, por supuesto, la primera orientación del juez constitucional se dirigirá a un derecho o principio constitucional; no obstante, también deberá tomar en cuenta la racionalidad económica que subyace en esa contribución. Finalmente, piénsese en como la racionalidad política está concretizada en la deferencia hacia el legislador, lo cual no implica una decisión política, sino entender que un juzgador constitucional toma en cuenta la racionalidad política que opera en la asamblea representativa; esto es, para decidir si una ley es inconstitucional, este operador constitucional parte de las razones políticas que se plasmaron en la exposición de motivos.

Finalmente, en el bloque de las pos-condiciones del proceso, se encuentra un sólo parámetro objetivo, el cual se refiere al análisis

⁴³ Si bien no existe una norma jurídica que exija involucrar argumentos científicos en las decisiones de los jueces constitucionales, también resulta cierto que, por lo complejo de los casos que llegan a una magistratura, los propios jueces buscan allegarse de especialistas en temas complejos que involucran aspectos científicos.

JULIO CÉSAR MUÑOZ MENDIOLA

de las consecuencias de lo que se decide en una magistratura constitucional en última instancia. Este parámetro se caracteriza por la consciencia que guarda un juez constitucional sobre las implicaciones o las consecuencias de su decisión, no sólo para el ordenamiento jurídico, sino para todo el sistema jurídico. Cuestión que guarda una vinculación con las distintas racionalidades que participan en las decisiones en sede constitucional, pues de forma prospectiva, un juzgador constitucional deberá de *vislumbrar* las consecuencias jurídicas, económicas, políticas y sociales de los efectos de sus sentencias.

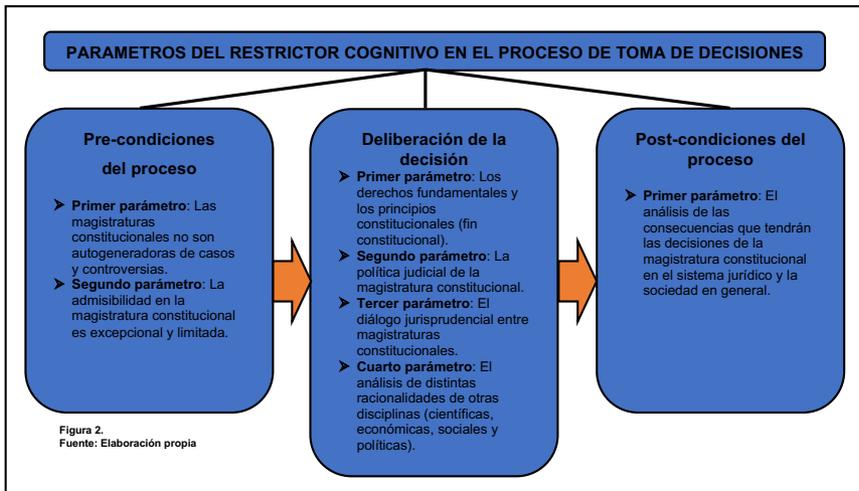
Efectos que no serán decididos de forma discrecional, sino que, por el contrario, se determinarán por tres aspectos importantes: 1) por las reglas que se le imponen jurídicamente al juez constitucional para establecer esos efectos, es decir, reglas constitucionales, legales o desde la política judicial de la magistratura constitucional, por las cuales se establecen parámetros y límites en esa tarea; 2) por la coherencia sistémica que deben de respetar esos efectos, esto es, tanto la decisión como sus efectos deberán de ser coherentes entre sí y con el sistema jurídico; y 3) por la presunción de colaboración que supone el cumplimiento de una sentencia de la magistratura constitucional, en otras palabras, la función de una magistratura no se reduce a una tarea de contrapeso, sino también a una función de colaboración compatible con un sistema democrático.⁴⁴

En sumario, la tesis del RC se basa tanto en el aspecto de la complejidad del proceso de toma de decisiones, como en los distintos

⁴⁴ La función colaborativa de una magistratura constitucional se puede ver en las sentencias dialógicas de la Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, en la sentencia *T-398/2019*, en donde se garantizó el derecho fundamental a la *salud menstrual* de una mujer en situación de calle, pues en el caso se ordenó realizar acciones concretas a la administración pública, como la entrega mensual de toallas sanitarias a la mujer, no obstante, también se ordenaron acciones de carácter general, como la implementación de políticas públicas por parte de las Secretarías para identificar y proveer de esas acciones concretas a más mujeres en la misma situación. En este caso, se puede apreciar el aspecto de la colaboración, pues la Corte al ordenar a un organismo estatal que concretice el derecho fundamental de la mujer en situación de calle, implícitamente, requiere de la *colaboración* de más instancias públicas para extender esa concretización a más mujeres; lo cual es completamente aceptable en cualquier sociedad democrática. La sentencia puede ser consultada en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-398-19.htm>.

LA RACIONALIDAD JUDICIAL EN SEDE CONSTITUCIONAL

parámetros objetivos que estructuran cada bloque de ese proceso, lo cual establece un modelo teórico en torno a que el juez constitucional, durante todo su proceso de toma de decisiones, se encuentra orientado y constreñido cognitivamente, lo que reduce espacios para posiciones subjetivas o arbitrarias, pues en mayor medida estos parámetros operan en todas las decisiones que se dan en el seno de una magistratura constitucional (véase figura 2).



V. CONCLUSIONES

La epistemología jurídica aplicada representa una herramienta funcional y práctica para desarrollar análisis desde perspectivas teóricas que, como modelos mentales, cumplan con una finalidad de análisis real o práctico. Asimismo, el razonamiento judicial es una de las áreas donde concurren diferentes elecciones en torno a la adjudicación del Derecho, porque no sólo involucrará una decisión para justificar y aplicar normas, sino también las consecuencias de esa decisión; en este punto es donde diversos factores pueden e inciden en la decisión de un juzgador.

JULIO CÉSAR MUÑOZ MENDIOLA

Por otra parte, los sistemas jurídicos que se ostentan como democráticos, pueden ser estudiados de manera uniforme, pues a partir de su diseño institucional constitucional encuentran una convergencia en la estructura del control judicial, esto es, en el esquema de una magistratura constitucional, un juez constitucional y la aplicación práctica de ese control de forma *más o menos fuerte*.

Dentro de ese diseño, el papel de un juez constitucional se torna de suma importancia, ya que las decisiones que se toman en esa instancia constitucional representan *decisiones colectivas fundamentales*. Así, es posible hablar de un paralelismo con la teoría de la elección racional, porque en sede constitucional también existe la búsqueda de una racionalidad procedimental; el establecimiento de parámetros objetivos que conformen los procesos de decisión; y por la fundamentabilidad y trascendencia de las decisiones que se toman en esa sede para la sociedad.

Bajo esta perspectiva, el juez constitucional es un adjudicador del contenido constitucional con características técnicas únicas en el sistema jurídico, pues su función de decisión está determinada cognitivamente por un proceso de decisión complejo y plagado de parámetro objetivos. Consecuentemente, ese proceso será clave para determinar la racionalidad de sus decisiones y reducir espacios importantes de arbitrariedad y subjetividad en la toma de decisiones. En paralelo, ese proceso establecerá una postura intermedia (plausible), en oposición a las creencias de decisiones libres de cualquier subjetividad y arbitrariedad o, en el extremo contrario, por la idea de decisiones siempre subjetivas y arbitrarias.

Esta posición intermedia se apoya en la tesis del RC, la cual representa un modelo teórico en torno a la existencia de diversos parámetros objetivos que determinan el proceso cognitivo de un juez constitucional, ya que se puede establecer una *racionalidad procedimental* que opera de forma práctica, a través de tres bloques del proceso de decisión en sede constitucional, y que, en conjunto, construyen y orientan la forma en que este operador constitucional toma sus decisiones.

LA RACIONALIDAD JUDICIAL EN SEDE CONSTITUCIONAL

VI. FUTURAS INVESTIGACIONES

Este trabajo pretende ampliar la forma de analizar las decisiones judiciales en sede constitucional y, además, impulsar futuras investigaciones en torno a: 1) la comprobación de la aplicación del RC en diferentes latitudes, ello, a través del análisis de casos; 2) el grado de aplicación del RC en una decisión, también mediante el análisis de casos concretos; y 3) la posibilidad de establecer una división entre el proceso de decisión y su resultado en sede constitucional, con la finalidad de determinar si se pueden conectar ambas de forma coherente, o si son independientes en la adjudicación del contenido constitucional.

VII. REFERENCIAS

- ABITBOL, Pablo y BOTERO, Felipe, “Teoría de la Elección Racional: estructura conceptual y evolución reciente”, *Revista Colombia Internacional*, Colombia, núm. 62, julio-diciembre de 2005.
- ACKERMAN, Bruce, *La constitución viviente*, trad. de Carlos M. Enrique, España-Madrid, Marcial Pons, 2011.
- ALLINGHAM, Michael, *La teoría de la elección racional. Una breve introducción*, trad. de José Ventura López, España-Madrid, Alianza Editorial, 2011.
- BARAK, Aharon, *Un juez reflexiona sobre su labor: El papel de un tribunal constitucional en una democracia*, trad. de Estefanía Vela Barba, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.
- BARON, Jonathan, *Morality and Rational Choice*, Boston, Springer, 2001.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

JULIO CÉSAR MUÑOZ MENDIOLA

- CÁCERES NIETO, Enrique, *Pasos hacia una teoría de modelos mentales coherentistas-conexionistas del razonamiento judicial en la tradición romano-germánico*, México, UNAM, 2017.
- CÁCERES Nieto, Enrique, "Dispraxis jurídica. Modelos Mentales y Constructivismo Jurídico Complejo", en Calle Valle, Fernando *et al.* (coords.), *Dispraxis*, 2a. ed., México, UNAM, 2012.
- CÁCERES Nieto, Enrique, "Epistemología Jurídica Aplicada", en FABRA ZAMORA, José Luis y SPECTOR, Ezequiel (coords.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho*, México, UNAM, 2015, vol. III.
- ELSTER, Jon, *Razón y racionalidad*, trad. de Horacio Pons, Argentina-Buenos Aires, Editores Amorrortu, 2014.
- ELSTER, Jon, *Las limitaciones del paradigma de la elección racional. Las ciencias sociales en la encrucijada*, trad. de Julian Garza, en Casas Pardo José (ed.), España-Valencia, Institutio Alfons El Magnanim, 2000.
- ELSTER, Jon, *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, trad. de Carlos Gardini, España-Barcelona, Gedisa, 1991.
- ELSTER, Jon, *Ulises y las sirenas: estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, trad. de Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, *El Derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, España-Madrid, Civitas, 1997.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, España-Madrid, 1999.
- HOWARD, Williams, "En la sombra de la crítica de la razón pura: los resultados de la filosofía crítica llevados a la filosofía legal y política de Kant", trad. de Isabel Gamero y Macarena Marey, *Las Torres de Luca. International Journal Of Politicial Philo-phy*, España-Madrid, vol. 7, núm. 13, 2018.

LA RACIONALIDAD JUDICIAL EN SEDE CONSTITUCIONAL

- LAUDAN, Larry, *Truth, Error and Criminal Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006.
- LUTZ, Bruno, “La acción social en la teoría sociológica: una aproximación”, *Revista Argumentos*, México, vol. 23, núm. 64, septiembre-diciembre de 2010.
- NAVA TOVAR, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del Derecho de Robert Alexy*, México, Siglo Veintiuno, 2015.
- OSSA HENAO, Mario, *La discrecionalidad judicial*, Colombia-Bogotá, Leyer Editores, 2015.
- PALACIO DÍAZ, Alejandro, *La razón contra sí misma. Razón y justicia en siglo XX*, México, Claves Latinoamericanas, 2000.
- PECZENIK, Aleksander, *Derecho y razón*, trad. de Ernesto Garzón Valdéz, México, Fontamara, 2000.
- POSNER, Richard, *How Judges Think*, London, Harvard University Press, 2008.
- RAWLS, John, *El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública*, trad. de Hernando Valencia Villa, España, Editorial Paidós, 2001.
- SCHWABE, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*, trad. de Marcelo Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel, “La argumentación jurídica y el pensamiento de Luis Recaséns Siches. Un análisis retrospectivo”, *Luis Recaséns Siches: Homenaje*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2012.
- TAYLOR, Charles, “La sola razón”, trad. de Gabriel García Jolly, *Revista de Filosofía Open Insight*, México, vol. IV, núm. 10, julio-diciembre de 2015.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de Leonel Castillo González, México, Fontamara, 2001.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *The Judicial Application of Law*, The Netherlands, Kluwer Academic Publisher, 1992.

RESEÑAS

REVIEW ESSAYS

CORTEZ SALINAS, Josafat, *Ideas, innovación y cambio organizacional en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2020.

El estudio del Poder Judicial desde un mirador politológico cada vez cobra más fuerza en América Latina y México no es la excepción. El libro de Josafat Cortez se pregunta: ¿cómo cambian las culturas jurídicas? ¿Qué explica los cambios en las decisiones de los jueces en México? El trabajo explica el cambio de las decisiones en materia de derechos humanos en México en el periodo que va de 2005 a 2015 por medio del diseño organizacional de los secretarios de estudio y cuenta de cada ponencia y por procesos de socialización entre los jueces.

En la primera parte del trabajo se describen de forma sistematizada los cambios en las sentencias: redacción, consulta a expertos y nuevas técnicas de interpretación. Después, se ordenan los cambios en dos sentidos: variación en los criterios de las decisiones y en las fuentes que se utilizan para construir las sentencias. Esta parte es sumamente interesante porque permite entender las transformaciones que han existido en las sentencias y en la Corte en tres temas claves: libertad de expresión, derecho a la no discriminación (matrimonio igualitario) y derechos reproductivos (aborto). El autor rastrea esos cambios que parecen obvios, pero que la literatura no ha ordenado: las sentencias de la SCJN han cambiado no sólo en el fondo sino en la forma de hacerse y argumentarse. Una vez que nos presenta la anomalía empírica y la importancia del tema, el autor desarrolla una teoría para explicar estos cambios.

Cortez sostiene que un actor innovador (un nuevo juez) cuando llega a la SCJN los únicos recursos con los que cuenta es poder reorganizar su equipo de trabajo para poder influir en la Corte de forma gradual. En el caso de México el actor innovador fue José Ramón Cossío, quien innovó en la Corte con su equipo de colaboradores combinando abogados de carrera judicial, con externos con formación académica o de litigio. El autor asume una teoría de cambio institucional gradual, impulsada por un actor desde los márgenes (José Ramón Cossío) que va a tener impacto en la institución. En el libro se sostiene que el nuevo equipo de trabajo le permite al juez innovar en las ideas jurídicas, navegar en la institución porque aprende hábitos

RESEÑAS

y rutinas y tener una mirada plural de los problemas jurídicos. La construcción teórica nos guía para entender el papel de los secretarios en la SCJN y su importancia en la elaboración de las sentencias y, sobre todo, los incentivos que tienen los jueces cuando contratan personal. En México, los jueces contratan secretarios según la escuela donde estudiaron derecho, pero hasta ahora sabíamos poco sobre su papel y funciones en la Corte. El libro describe la forma en la que el juez organiza su ponencia, el perfil de los colaboradores y cómo los capacitó en distintos temas para cumplir con los objetivos del juez: prestigio, reputación y difundir nuevas ideas jurídicas en la SCJN. En esta parte el lector conoce a detalle y por medio de entrevistas a profundidad la forma en la que el juez seleccionó a su equipo de trabajo y cómo decidió capacitarlos en cursos y estancias en cortes internacionales.

Una vez que se reorganizó el equipo de trabajo aparece un mecanismo denominado procesos de socialización. Es decir, para el autor la forma de trabajo de Cossío se esparce en la Corte por pautas de comportamiento y determinadas rutinas entre los jueces. El libro divide a los jueces entre casos fáciles (jueces externos) y casos difíciles (jueces internos). Arturo Zaldívar y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena son los casos de jueces externos que replicaron el modelo por imitación porque les reducía costos de aprendizaje. El autor indica que esto se aprecia en el perfil de los secretarios que contrataron y en que en el caso de Gutiérrez Ortiz Mena incluso se contrató personal que había trabajado en la ponencia de Cossío. Un rasgo que precisa el autor es que en estas ponencias los colaboradores externos tuvieron más peso e importancia que en el modelo de ponencia de Cossío. Los casos difíciles son los jueces internos, como Silva Meza y José de Jesús Gudiño Pelayo, quienes se trasladan a un modelo de ponencia como el de Cossío por interacciones estratégicas entre los jueces, es decir, tenían que contrarrestar al juez innovador y por procesos de socialización.

El libro presenta una teoría de cómo piensan los jueces y sus motivaciones, y sostiene que el juez es un abogado que estudió derecho y que las ideas jurídicas son importantes en sus decisiones, pero que no se puede omitir que también son actores políticos y que muchas

RESEÑAS

de sus decisiones buscan maximizar algo, en este caso el juez innovador (Cossío) buscaba prestigio y reputación.

El texto es importante en los estudios del Poder Judicial por dos razones. La primera es porque utiliza el método de rastreo de procesos y construye de forma detallada y teórica dos mecanismos causales: el cambio organizacional y su difusión por procesos de socialización. Es novedoso usar estos métodos de investigación, en lo que el autor pone mucho énfasis, en el derecho constitucional mexicano, pero no desde los estudios empíricos del derecho. Existe una narrativa detallada de los cambios en la SCJN y por medio de entrevistas se reconstruyen los procesos de transformación.

La segunda razón de la innovación es que el libro pone atención en las dinámicas organizacionales de la SCJN y sobre todo nos permite conocer el impacto que tienen los secretarios de estudio y cuenta. Cortez sostiene que son ellos los que escriben las sentencias por lo que es necesario analizar quiénes son y sus trayectorias profesionales. Sobre todo, precisa que si la Corte avanzó en determinados derechos fue porque las sentencias las hicieron secretarios externos con formación académica o experiencia en litigio. Este es uno de los hallazgos más interesantes del libro porque se concentra en los autores de las sentencias y en la forma en que trabajan con los ministros.

Al autor le interesan los cambios impulsados por actores con nuevas visiones del derecho y considera que la cultura legal cambia cuando un nuevo juez llega con ideas distintas, pero para poder lograr cambios lo primero que necesita hacer es cambiar a su equipo de trabajo y luego esparcir esa nueva forma de trabajo. Sin duda, el texto permite discutir entre el derecho y la ciencia política.

Ricardo HERNÁNDEZ MONTES DE OCA*

* Profesor en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales y técnico académico en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.