



PROBLEMA

ANUARIO DE FILOSOFÍA
Y TEORÍA DEL DERECHO

14

Enero-Diciembre de 2020



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Dr. Pedro Salazar Ugarte

Secretaria académica

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 14, núm. 14 (enero-diciembre de 2020) es una publicación anual, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Alcaldía 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 Gómora 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:
Miguel López Ruiz
Rosa María González Olivares

Formación en computadora:
Javier Mendoza Villegas

PROBLEMA
Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho

Dra. Sandra Gómora Juárez
Directora/Editora

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

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

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

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

Problema pertenece a los siguientes índices y sistemas de información:

Problema belongs to the following Journal Indexes:

Bibliografía Latinoamericana en Revistas de Investigación Científica y Social.

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).

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 y contenido:
15499

ISSN: 2007-4387

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

Primera edición: 3 de agosto de 2020

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 Internacional* (CC BY-NC-ND 4.0).

CONTENIDO
TABLE OF CONTENTS

Editorial note.....	XIII
<i>Nota editorial</i>	
Juan VEGA GÓMEZ	
DISCUSIÓN: HEIDI HURD, COMBATE MORAL: EL DILEMA DEL PERSPECTIVALISMO JURÍDICO	
<i>DISCUSSION: HEIDI HURD, MORAL COMBAT: DILEMMA OF LEGAL PERSPECTIVALISM</i>	
Introduction.....	3
Thomas BUSTAMANTE	
Moral Combat: Disagreement in Action, Not Belief.....	7
<i>Combate moral: desacuerdos en las acciones, no en las creencias</i>	
Michael S. MOORE	
Heidi M. HURD	
Is the Judicial Role Just a Descriptive Social Fact?.....	57
<i>¿Es el papel judicial sólo un hecho social descriptivo?</i>	
Vinicius FAGGION	
Is Bernard Williams' Distance Relativism Really Defeated by Heidi Hurd's Attack on Perspectivalism?.....	79
<i>¿Es el relativismo de la distancia de Bernard Williams realmente derrotado por el ataque de Heidi Hurd al perspectivalismo?</i>	
Ronaldo PORTO MACEDO JUNIOR	

CONTENIDO

A Wittgensteinian-based Moral Realism: Deflating Hurd's Moral Combat Antinomy	107
<i>Un realismo moral basado en Wittgenstein: reduciendo la antinomia del combate moral de Hurd</i>	
Saulo M. M. de MAROS	
Incommensurability, Social Practices and Moral Dilemmas: A Rejoinder to Heidi Hurd's Anti-Perspectivalism	125
<i>Inconmesurabilidad, prácticas sociales y dilemas morales: una réplica al anti-perspectivalismo de Heidi Hurd</i>	
Thomas BUSTAMANTE Thiago LOPES DECAT	
Friendly Combat Over Moral Combat: A Reply to My Critics	147
<i>Un combate amistoso sobre Combate moral: respuesta a mis críticos</i>	
Heidi M. HURD	

ARTÍCULOS
ARTICLES

La interpretación de textos jurídicos	175
<i>The Interpretation of Legal Texts</i>	
Jorge ADAME GODDARD	
<i>Rule of Law</i> y casos recalcitrantes	217
<i>Rule of Law and Recalcitrant Cases</i>	
Pau LUQUE	
Universos éticos y la metarregla del doble efecto en el estado de necesidad	247
<i>Ethical Universes and the Meta-Rule of Double Effect in State of Necessity</i>	
Raúl MADRID RAMÍREZ Rodrigo Andrés GUERRA ESPINOSA	

TABLE OF CONTENTS

Sobre el derecho a mentir. Verdad y posverdad en la comunicación y la construcción de ciudadanía.....	285
<i>The Right to Lie. Truth and Post-Truth in Communication and Citizenship Construction</i>	
José MAÑÓN GARIBAY	
Un momento no discursivo en el razonamiento jurídico, una aproximación de matriz aristotélica.....	315
<i>A Non-Discursive Moment in Legal Reasoning, an Aristotelian Approach</i>	
Pedro RIVAS PALÁ	
Del orden al caos	345
<i>From Order to Chaos</i>	
Abril USCANGA BARRADAS	
Sobre los fundamentos de la propiedad intelectual.....	369
<i>On the Foundations of Intellectual Property</i>	
Sulan WONG	

RESEÑAS
REVIEWS ESSAYS

Peña, Lorenzo, <i>Visión lógica del derecho</i> , Madrid, Plaza y Valdés Editores, 2017, 444 pp	401
Pilar ZAMBRANO	

EDITORIAL NOTE

For the last fourteen years “*Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*” has tried to publish a first rate bilingual journal on legal, moral and political philosophy. The idea of publishing a Spanish/English periodical was to bridge a gap between legal, moral and political philosophy done in English and, on the other hand, works written and read in Spanish, the main purpose was to join in discussions in the welcomed global trait of our discipline.

Time has come to hand over the reins and it is with great pleasure that I introduce *Problema*’s new Editor in Chief Sandra Gómora Juárez who I am confident will continue with *Problema*’s main goals and reach new heights.

I have acquired many debts in these years, first and foremost to my fellow founders, secondly to many colleagues and good friends found in the Editorial Board, and thirdly to many of the young students who enthusiastically participated in the publication of the journal, all of whom have played an intricate part in *Problema*’s achievements.

Wishing all of you the best and hoping to see you soon.

Juan VEGA GÓMEZ
Editor in Chief, *Problema* (2006-2020)
UNAM, Mexico City

NOTA EDITORIAL

En estos últimos catorce años, “*Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*” ha intentado publicar una revista de filosofía jurídica, moral y política bilingüe del más alto nivel. La idea de que fuese una revista bilingüe es para permitir que la filosofía hecha en

EDITORIAL NOTE

inglés se uniera a la escrita y leída en castellano y así poder unirnos a esa gran comunidad global propia de nuestra disciplina.

He decidido que es momento de entregar la estafeta en las labores de dirección de la revista, y en este sentido con gran entusiasmo presento a Sandra Gómora Juárez, quien seguramente continuará con los objetivos centrales de la revista y la llevará a nuevos horizontes.

He adquirido muchas deudas en estos catorce años de dirección de la revista, entre ellos, y en primer lugar, con mis co-fundadores; en segundo término, con colegas y amigos cercanos pertenecientes a los cuerpos editoriales de la revista y, en tercer término, con todos los asistentes y becarios que me han acompañado en este trayecto. Todos ellos han tenido un papel central en los logros de la revista.

Con mis mejores deseos para toda la comunidad de la revista.

Juan VEGA GÓMEZ
Director, *Problema* (2006-2020)
UNAM, Ciudad de México

DISCUSIÓN:
HEIDI HURD, COMBATE
MORAL: EL DILEMA
DEL PERSPECTIVALISMO JURÍDICO

*DISCUSSION:
HEIDI HURD, MORAL
COMBAT: DILEMMA
OF LEGAL PERSPECTIVALISM*

INTRODUCTION*

INTRODUCCIÓN

Thomas BUSTAMANTE**

Heidi Hurd's *Moral Combat* provides a powerful and sophisticated challenge to the most important theories of authority in contemporary legal philosophy. Over the past two decades, the book ignited a critical reflection on a dilemma that seems to haunt philosophers, legal scholars and legal practitioners. The conventional knowledge on the moral obligations of institutions seems to be construed around three principles (perhaps among others): i. the principle of weak retributivism, which holds that “individuals who are morally justified in their actions ought not to be blamed or punished for those actions”; ii. the principle of the rule of law, which requires fidelity to the law and its basic formal values such as “generality” and “coherence”; and iii. the principles of democracy and separation of powers, which establish “the right of majorities to be self-governing by assigning policy-making powers to a democratic legislature and restricting the executive and judiciary to the secondary tasks of policy implementation and application”.¹

The problem that Hurd addresses in the book is that the first principle cannot easily be reconciled with the second and the third. These two principles seem to assume the existence of perspectival obligations that are attached to judicial roles, which are by nature distinct

* Artículo recibido el 20 de julio de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de septiembre de 2019.

** Professor of Law, Federal University of Minas Gerais. Research Fellow of the National Council for Scientific and Technological Development, CNPq, Brazil. Avenida João Pinheiro, 100, 9º andar, Belo Horizonte, MG, Brasil. CEP 30.130.180. Telephone: Tel: +55 (31) 3409-8640 E-mail: tbustamante@ufmg.br.

¹ Heidi Hurd, *Moral Combat* (Cambridge 1999) 1.

THOMAS BUSTAMANTE

from the general moral obligations of ordinary citizens. The “role-obligations”, if obtainable, create a real problem for criminal adjudication. Judges would be morally obligated to punish agents who acted morally. If, for instance, a mother kills her husband, who habitually and reiteratedly abuses and beats her and her children, it might be the case, under certain circumstances, that this turns out to be a morally acceptable form of action. If the violent husband keeps them under home arrest and there is little chance to protect her and her children’s lives, perhaps it might turn out that a homicide is morally justified (or even morally mandatory) even if the legal defense of “self-defense” is unavailable in the current case.

Suppose there are no controversies, in the example above, that the mother acted morally but against the unequivocal meaning of the law. Where should this example lead us? If a judge is bound by democracy and the rule of law to apply the law, she may well be *morally* required to punish the mother even though there is no dispute that she did the morally correct thing at the time. Morality would pit us against each other in a sort of ethical nightmare: the judge only fulfils a role-related moral obligation by preventing a morally justified mother to fulfill her equally valuable obligation to protect her children.

Even if you do not like the example above, I hope that Hurd’s point is sufficiently clear: if role-obligations of political authorities differ from general obligations, we are exposed to situations in which moral conflicts will erupt, and different agents will have moral reasons to prevent others to comply with their own moral duties. Morality becomes an incoherent and dangerous practice.

To dismantle the dilemma, Hurd carefully analyses different moral conceptions (both on the deontological and on the consequentialist traditions) and the most important account of political authority, and concludes with a defense of an argument that was labeled as the “correspondence thesis”: *if an action is morally justified, no one is morally justified in preventing this action*. The correspondence thesis should lead us —and probably this is the most ambitious argument in the book— to deny the existence of role-related or perspectival obligations. Morality should speak with a single voice, and judges

INTRODUCTION

are not supposed to rely on role-specific considerations to deflect from their ordinary moral duties.

In this symposium to celebrate the twentieth anniversary of the book, we present five critical essays to engage with some of the central aspects of the book. In the first, Michael Moore and Heidi Hurd present a robust analysis of moral disagreement in action, with a reconstruction of the most plausible arguments from Moral Combat, and a conceptual framework to analyze them on the basis of HN Hohfeld's logic of rights. The second essay, by Vinicius Faggion, sides with Hurd's criticism of role obligations. After scrutinizing the recent literature on the topic, which can be divided into three classes about the possibility of roles being the ground for specific moral obligations (a strong role-generating thesis, a weak-generating thesis and a no-generating thesis), the author defends a version of the last thesis, which leads to skeptical conclusions about perspectival obligations and provides evidence of the plausibility of Hurd's position. In the third essay, Ronaldo Porto Macedo Júnior replies to an important criticism that Hurd addresses to Bernard Williams in the book. After revisiting Hurd's argument against William's "appraisal relativism" or "relativism of distance", the author undertakes an effort to show that despite Hurd's criticism Williams' argument is still capable to provide a philosophical explanation for the emergence of role obligations and a correlated set of moral conflicts. The fourth essay, by Saulo de Matos, criticizes the conception about morality that underlies Hurd's argument in favor of the correspondence thesis. The problem of this conception, for Matos, is that it presupposes a form of robust realism which fails to account for the relative indeterminacy of moral facts. A more promising moral theory would depend on a Wittgensteinian explanation of moral facts, which does not admit the existence of brute moral facts that are regarded as final and uncontroversial. According to Matos, Dworkin's interpretive developments in moral philosophy constitute a reliable candidate for this task. Finally, the fifth essay, written by myself and Thiago Decat, suggests that Hurd's correspondence thesis is vulnerable to a criticism that she anticipated in the book but, according to our argument, failed to provide a satisfactory response. If we accept that moral values may generate incommensurable reasons for action,

THOMAS BUSTAMANTE

and that certain roles —specified by social practices— generate specific moral requirements, then the possibility of genuine moral conflicts should not be easily dismissed. Based on Raz’s account of incommensurability, we argue that the way to deal with moral combats is not to claim that substantive moral considerations always (or at least typically) override institutional and practice-related or role-relative considerations, but rather to depart from the positivist concept of legality implicit in Hurd’s book.

It is an honor and a pleasure to engage with Hurd’s argument in this special section of *Problema*, which ends with a careful and detailed answer to these criticisms by the author. In her response, Hurd revisits her challenging and influential book after two decades of its original publication. I personally thank the board of editors of *Problema*, in particular Drs. Juan Vega and Sandra Gómora-Juarez, for supporting the publication of this symposium. I am sure it has the potential to ignite more relevant contributions to the important moral controversy that Hurd’s insightful book proposes to address.

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF*

*COMBATE MORAL: DESACUERDOS
EN LAS ACCIONES, NO EN LAS CREENCIAS*

Michael S. MOORE**
Heidi M. HURD***

Resumen:

Cuando los filósofos discuten los desacuerdos morales, normalmente tienen en mente desacuerdos entre creencias, actitudes o emociones de diferentes personas. Aquí reexaminamos la posibilidad de que existan desacuerdos entre lo que para una persona es correcto hacer y lo que para otra es correcto impedir que se haga, lo que denominamos “combate moral”.

Palabras clave:

Combate moral; derechos; permisos; correlativos; opuestos.

* Artículo recibido el 20 de julio de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de septiembre de 2019.

This paper was first presented to the Australian Catholic University’s Conference on Moral Disagreement, held at the Australian Catholic University and Catholic University of America Conference Center, Rome, Italy, March 18-20, 2018, and was then presented at the Seminar on Conflicting Moral Obligations of Judges: Critical Reading of Heidi Hurd’s *Moral Combat* at the Federal University of Minas Gerais, Brazil, December 2, 2018.

** Charles Walgreen University Chair, Center for Advanced Study Professor of Law and Philosophy, and Co-Director of the Program in Law and Philosophy, University of Illinois. micmoore@illinois.edu.

*** Ross and Helen Workman Chair in Law and Professor of Philosophy, Dean Emerita, and Co-Director of the Program in Law and Philosophy, University of Illinois. hhurd@illinois.edu.

Problema. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 14, enero-diciembre de 2020, pp. 7-55
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)*.

MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

Abstract:

Typically, when philosophers discuss moral disagreement they have in mind disagreements with beliefs, attitudes, or emotions of different people. We re-examine the possibility of there being disagreements in what it is right for another person to do and what it is right for another person to prevent doing, what we call “moral combat”.

Keywords:

Moral Combat; Rights; Permissions; Correlatives; Opposites.

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

SUMMARY: I. *Introduction: “Disagreement in Action”*. II. *Is Making Room for Moral Combat in Our Morality Necessary Because it is an Inevitable Feature of Our Moral Experience?* III. *Constructing a Logic for Morality that Has the Potential to Rule Out Moral Combat as a Possibility*. IV. *Conclusion*. V. *Appendix; Brief Introduction to Deontic Logic*. VI. *References*.

I. INTRODUCTION: “DISAGREEMENT IN ACTION”

This paper was first written for a conference entitled, “moral disagreement, its nature, varieties, and possible resolution”. We took the speakers-meaning behind this title to have referred to *cognitive* disagreements, that is, disagreements in *belief* about: what is and what is not a good state of affairs; what is and what is not right action; and even what “goodness” and “rightness” mean when used as terms of moral appraisal. Some allowance was also no doubt intended to be made for the non-cognitivists amongst us, so that the topic could also reference disagreements in attitude, mood, or emotion. Such disagreement in attitude has to be added to disagreements in belief so as not to beg all the important questions raised by a distinguished meta-ethical tradition, namely, that of non-cognitivism.

These kinds of disagreements are different from what we shall call disagreement *in action*, not in attitude or in belief. This is a different kind of disagreement, and it is one that we wish to here examine. The thought is this: perhaps morality itself is so structured that what is obligatory for one person to do is obligatory for another person to prevent the first from doing. Such pairs of actors needn't disagree in their moral beliefs or attitudes about what is right action for each of them on a given occasion. Nor need one of them be making some moral mistake in acting as she does – each can be acting rightly even though one's right action will frustrate the other's right action. Or at least that is the possibility that we wish to explore.

There are a number of reasons to explore disagreement in action in the larger context of moral disagreement generally. One is that it

MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

is a form of moral disagreement in its own right, as much so as disagreement in attitude, emotion, or belief. Another is its relevance to the latter kinds of moral disagreements. One reason to care about disagreements in attitude or belief is political: given the existence of such disagreements, some *modus vivendi* or other form of political accommodation must be discovered and put in place if a peaceful social life is to be achieved; yet if there is disagreement in action that remains after all disagreements in belief or attitude have been accommodated in some such way, such political accommodation can be at best partial because conflicts between actors will remain. Another reason is meta-ethical: disagreements in attitude or belief might be taken as evidence that there is no fact of the matter to be agreed upon, as John Mackie argued years ago with his “argument from relativity”;¹ yet if the meta-ethical realism that Mackie was arguing against turns out to be a realism about a morality whose content legitimates both sides in conflicts between persons, then the difference between such realism and its meta-ethically relativist opponent seems much less important. Actors opposing one another in a substantive morality that permits or requires disagreement in action will look a lot like actors opposing one another because they each believe they are right and there is no fact of the matter to settle the question (*i. e.*, meta-ethical relativism). Yet another reason is epistemological: in assessing just how much disagreement in attitude or belief there is about morality in contrast to science—a concern of both the political and meta-ethical reasons explored above—it is easy to inflate the amount of such disagreement if one confuses disagreements in action as evidencing disagreements in belief or attitude; while this is a mistake that can and should be avoided, it would be a common one for actors to make as they judge the rightness of their cause vis-a-vis the rightness of their opponents’ causes, if there is such a thing as disagreement in action.

For these reasons we thus focus on disagreements in action in morals. One of us some years ago described a morality that would conceive of such disagreements in action, as a morality of “moral combat”.²

¹ J. L. Mackie, *Ethics: Inventing the Right and Wrong* (Penguin Books 1973).

² Heidi Hurd, *Moral Combat* (Cambridge 1999).

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

We shall take the remainder of this introduction to clarify just what such moral combat is and why it would be an unfortunate attribute for any morality to have.

The moral combat that interests us is not to be confused with a different kind of disagreement in action that is also possible. We refer to a conflict of rights between two or more different people such that a third party faces a conflict in the correlative duties he owes to each of the two or more rights-holders. With respect to the latter kind of disagreement in action, it is standardly thought that morality rules out the possibility of there being conflicts in the obligations binding a single actor, conflicts demanding contradictory actions by that actor on a given occasion. Standard deontic logic is conceived to be such that it is not possible for it to be the case that one person, X, is obligated to another person, Y, that X do and that X not do one and the same action, A. In the symbolism that we will use throughout the paper, $\sim[X \text{ OB } Y (X \text{ do } A) \text{ and } X \text{ OB } Y (X \text{ not do } A)]$. One reason one might think otherwise is if one moves from *all-out* obligations to those *pro tanto* (or “prima facie”; or “componential”) obligations that many think make up the ingredients out of which conclusions about all-out obligations are forged. Yet conflict between merely prima facie duties is harmless enough, because at the end of the day there need be no conflict in what a moral agent is obligated to do on a given occasion.³ But aside from this harmless concession to there being conflicts in obligations that are prima facie only, only those with a tragic and pessimistic view of the inevitably sinful lot of man can think that morality flatly and all-out commands us both to do something and not to do that same thing. For such a morality guarantees each of us moral failure no matter what we do.

Seeing that there is this other kind of disagreement in action—conflict of obligations—is helpful in isolating the kind of disagree-

³ For a conflict-friendly interpretation of the logic of rights, see Matthew Kramer, “Rights Without Trimmings” in M Kramer, N Simmonds and H Steiner, *A Debate Over Rights* (Oxford 2000). We explicate Kramer’s views on this, and disagree with those views, in Heidi M. Hurd and Michael S. Moore, “The Hohfeldian Analysis of Rights” (2018) 63 *The American Journal of Jurisprudence* 295 and in Hurd and Moore, “Replying to Halpin and Kramer: Agreements, Disagreements, and No-Agreements” (2019) 64 *The American Journal of Jurisprudence*, 359.

MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

ment in action that we call moral combat. Moral combat is the *inter*-personal analogue of such *intra*-personal conflict of obligations. Take a version of Cicero's ancient example of two men on a plank that can only support one. After a shipwreck, two mothers, X and Y, are struggling to keep their infant children alive in the open sea. There is but one plank available to save anybody. It is insufficient to support either adult mother; it is also insufficient to support both infants; it is sufficient to save one infant. Both mothers reach the plank at the same time; at t_1 both seek to place their infant on the plank; simultaneously each seeks to prevent the other from succeeding in placing that other mother's child on the plank. Despite these preventative efforts, both infants are on the plank anyway, and it is sinking. At t_2 , each mother seeks to throw the other's infant off the plank to its certain death; simultaneously each seeks to prevent the other from doing this.

On the interpretation of the moral landscape here that we wish to examine, this is a situation of moral combat. At t_1 , X is obligated to put her child ("X₁") on the plank, and at the same time, Y is obligated to prevent this innocent threat to her own child ("Y₁"); and vice-versa when the parties are reversed. Further, still at t_1 , X is obligated to prevent Y from preventing X from placing X₁ on the plank; Y is obligated to resist this preventative action by X; and vice-versa when the parties are reversed.

At t_2 , X is obligated to throw Y₁ from the plank so as to save X₁; Y is obligated to resist the killing of Y₁ by X should X seek to fulfill her obligation; and vice-versa when the parties are reversed. Further, still at t_2 , X is obligated to resist Y's efforts to prevent X from throwing Y₁ from the plank; Y is obligated to resist this preventative effort by X, and vice-versa when the parties are reversed. Finally, at both t_1 and t_2 , X's friends are permitted (or, depending on the relationship of the parties, perhaps obligated) to help her in each of X's efforts to fulfill her obligations; and Y's friends are likewise permitted/obligated to help her in each of Y's efforts that fulfill her obligations.⁴

⁴ Notice that the moral combat here, if it existed, would not consist in the fact that each mother is obligated to save her child when only one can do so (a reading suggested to us by Peter Westen). Rather, moral combat would more specifically consist in the fact that one mother is obligated to prevent what the other is obligat-

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

Let us call conflict between the *obligations* of two people, “strong moral combat”. It is strong in the sense that both sides of the conflict are obligated, one person being obligated to do something that will prevent another person from fulfilling her obligation. The two mother’s competing for one plank, if this turns out to be an instance of moral combat at all, would be an example of *strong* moral combat. But we also need the concept of *weak* moral combat. Cicero’s original versions of his two-on-a-plank example might be an instance, depending on how it is construed:⁵ each of two men on a plank that can only support one are permitted to throw the other off to his death. Since each has such a permission, each is morally permitted to engage in active combat. Absent some Christian-like obligation to preserve one’s own life, each is not *obligated* to engage in actual combat, as is true in strong moral combat situations: but each is permitted by morality to do so.

Seeing that there can be cases of weak moral combat also allows one to see what we might call *mixed* cases of moral combat. These are cases where one person is obligated to do something where another is permitted to ensure that that thing is not done, or where one person is permitted to do something that another person is obligated to see is not done, *e. g.*: a mother fighting to save her child on the proverbial plank against an adult trying to save himself. One kind of mixed moral combat is illustrated by thinking that the adult is permitted (but not required) to throw the child off the plank where the mother is obligated to prevent that. The other kind of mixed moral combat is illustrated by thinking that the mother is obligated to throw the adult off the plank to save her child when the adult is permitted (but not required) to prevent that.

ed to achieve. One might object that each mother is only obligated to *try* to save her child and to *try* to prevent the other mother from doing the same, and that the obligations of the competing mothers, so construed, can all succeed (another Westen suggestion). Yet as we conceive of moral obligations’ contents, “there is only do, or do not; there is no try”. (Yoda, “Star Wars”; see also Heidi Hurd, “What in the World Is Wrong?” (1994) 5 J. of Contemporary Leg. Issues 167).

⁵ We shall later restrict the kinds of permissions (conflict amongst which can constitute weak moral combat) to those which we identify as active rights, *viz*, protected rather than naked permissions.

MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

Kant famously proclaimed that a conflict of duties was “inconceivable”.⁶ To be obligated both to do some action, and not to do some action, was outrageous, so outrageous that Kant thought that morality couldn’t possibly be so constituted. Notice, however, that it is not “inconceivable” in the sense that it would be contradictory to think that morality is so constituted.⁷ While it would be contradictory to think both that one is obligated to do A and that it is not the case that one is obligated to do A (external contradiction), it is not contradictory to think that morality obligates us both to do, and not to do, one and the same action (internal contradiction only). Still, it would be a wildly *unfair* morality for us to be moral losers no matter what we did. Some malevolent Greek god might foist such an unfair morality off onto the human race just for his own amusement in watching a struggle where the outcome was guaranteed to be moral failure no matter how pure the heart or strong the will; but it is hard for non-theists (or theists with a more benevolent god in mind) to imagine that morality gives us no chance to do the right thing.

Suppose the malevolent Greek god takes this lesson to heart, and thus creates a morality that obeys one of the strictures of standard deontic logic: it is not the case that one can be obligated to do A if one is obligated not to do A, and vice versa. In other words, OB(A) and OB(not-A) are contraries of one another; both cannot be true (although neither could be true which is why they are only contraries and not contradictories). Still, the god likes his fun with the human race. So he arranges things so that *collectively* (rather than individually) human beings cannot morally succeed: one person’s moral success necessarily comes at the cost of another person’s moral failure. The two mothers with children on a plank is a seeming illustration of one form of such guaranteed collective failure. While both moth-

⁶ Kant, *The Metaphysics of Morals* (Mary Gregor trans, Cambridge 1996) 16.

⁷ One might call Kant’s the Sicilian sense of “inconceivable”, so named because of the usage of the word by the Sicilian mobster in the Rob Reiner film, *The Princess Bride*. On this Sicilian sense, “inconceivable” describes very unlikely scenarios that nonetheless come to pass and are thus possible. The Spanish swordsman in the film might well say to Kant what he says to the mobster: “I do not think that that word means what you think it means”.

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

ers can fail in their obligations (both children drown), at most only one can succeed in doing what she is obligated to do. This second game is almost as enjoyable to the malevolent Greek god as the first, because *collective* success will elude the humans in this game as certainly as it eludes an individual in the case of conflicting obligations.

Our name for these latter kinds of situations is, “moral combat”. The argument is that such situations would be undesirable because they make each of us act as moral gladiators against our fellow moral agents. It is as unfair to us collectively as conflict of obligations would be unfair to us individually. Morality demeans us in both cases, by obligating us in a way that guarantees that we all cannot satisfy morality no matter that each of us is pure of heart and strongly motivated to do what is right.

We thus take moral combat to be as unfair to those subject to such a morality as would be conflict of obligations. If we were thoroughgoing consequentialists about morality, we could bolster this argument based on fairness with one based on the impossibility of the same state of affairs being both good and bad, depending on who is bringing it about. For the agent-neutral perspective distinctive of consequentialist ethics seemingly rules out any possibility that one actor can be right in causing some state S to exist while another actor can be right in preventing the first actor from bringing state S about—for *how* state S is brought about, and by whom, should be irrelevant to such agent-neutral evaluations.⁸

But we are not consequentialists, at least not exclusively so, in our theories of morality.⁹ And given the agent-relative nature of the most plausible deontological theories, there is no deontological argument against the possibility of moral combat existing as there is for consequentialists.¹⁰ Still, moral combat is no less *unfair* for deontologists

⁸ Consequentialists of course can engage in their usual fancy footwork here to complicate things. See Hurd, *Moral Combat*, *supra* note 2, chap. 10, for a discussion of two-level and other complications open to consequentialists.

⁹ See Heidi Hurd, “What in the World is Wrong?”, *supra* note 4; Larry Alexander and Michael Moore, “Deontological Ethics” in en Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edn). URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/ethics-deontological/>>.

¹⁰ See Hurd, *Moral Combat*, *supra* note 2, ch. 11.

MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

than for consequentialists. A decent morality would not allow it if it can avoid doing so.

The topic we take up in the next section is whether morality can avoid situations of moral combat. We shall there pursue whether moral combat is an ineliminable feature of our moral experience. This we do by probing various situations where actual combat exists and asking whether each opposing side could be right in their opposing actions. (For those who cannot stand the suspense, we conclude that there are no such situations in common moral experience.) In the second half of the paper, we then seek to develop a “logic of rights” that rules out the possibility of moral combat. We do this because on a quite standard view of such a logic —namely, that derived from the legal theorist Wesley Hohfeld— considerable moral combat is both permissible and to be expected. Yet since we think it to be as desirable to rule out moral combat in a logic of rights as it is to rule out that other kind of disagreement in action (conflict of obligations) in standard deontic logic, we seek to supplant Hohfeld’s logic of rights with our own.

II. IS MAKING ROOM FOR MORAL COMBAT IN OUR MORALITY NECESSARY BECAUSE IT IS AN INEVITABLE FEATURE OF OUR MORAL EXPERIENCE?

1. *Getting the Question Straight*

The question pursued here is whether it is plausible that life presents us with situations of moral combat. Notice that the question is not whether life presents us with situations of *actual* combat. The answer to that question is obvious: it does. Rather, the question is whether morality sanctions each side of some actual combat, making each of such opposed actions the morally right thing to do. An action can be the morally right thing to do because doing it fulfills some *obligation* of the actor; or it can be the right thing to do if the actor has what is standardly called an *active* right (*i. e.*, a *permission*) to do it.¹¹

¹¹ The distinction between active and passive rights is at least as old as Bentham. An active right is a right of the actor to do something; a passive right is a right of

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

To see our question aright requires familiarity with two items. First, one needs enough familiarity with standard deontic logic to understand the meanings assigned to the operators for obligations (“OB”), permissions (PE”), and options (“OP”) by that logic. For those unfamiliar or rusty with the standard deontic logic that developed from the Aristotelean “Square of Opposition”, we have provided a brief and introductory summary in the Appendix.

The second thing needed here is to overlay the standard deontic operators of obligation, permission, and option so as to accommodate the notion of rights, both active and passive. One does this by initially identifying passive rights in one person as simply the correlative of an obligation owed by another person to that first person; further, we initially identify active rights as the permissions of standard deontic logic. However, in making this second identification we need to introduce distinctions between different kinds of such permissions. We need to introduce a distinction between strong versus weak permissions. There are in truth a number of distinctions drawn in these terms. Joseph Raz, for example, characterizes a permission as strong if it is created by an explicit moral or legal norm, weak if it is merely an absence of obligation.¹² Moore in the context of discussing agent-centered prerogatives characterizes a permission as strong if it permits one to do an action not maximizing of good consequences, weak if it is merely the absence of deontological obligation.¹³ Kramer characterizes a permission as strong if there is an absence not only of an all-things-considered obligation but also of a prima facie obligation, weak if it is only an absence of the former but not the latter.¹⁴

one to whom another owes a duty that that other do the act that it is his duty to do. Hohfeld calls active rights “privileges” and passive rights “claim-rights”.

¹² Joseph Raz, “Permissions and Supererogation” (1975) 12 *Am. Phil. Q.* 161. Raz traces this usage of the distinction to GH Von Wright, *Norm and Action* (Routledge 1963) 85-89.

¹³ Michael Moore, *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals and Metaphysics* (Oxford 2009) 38-40.

¹⁴ Matthew Kramer, *Where Law and Morality Meet* (Oxford 2004) 281. Kramer compares his notion of a strong permission to Moore’s in Mathew Kramer, *Torture and Moral Integrity* (Oxford 2014) 5.

MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

We intend here a different distinction. A permission is strong in our sense if one of two things is true: either the permission is also an obligation on the part of the holder of the permission to do the action he is permitted to do; or the permission, although based on an option and not on an obligation on the part of the permission-holder, nonetheless imposes an obligation on the part of another not to interfere with the act the permission-holder is permitted to do.¹⁵ A permission is weak, by contrast, only if two things are true of it: first, there is an absence of any obligation to do or not to do the permitted action (*i. e.*, the permission is based on an option); and second, there is no obligation on the part of others not to interfere with the doing of the action permitted —there is only what Hohfeld called a “no-right” on the part of others that the permission-holder *not* do the action he is permitted to do.¹⁶ Following Bentham, we shall call such weak permissions, “naked liberties”.¹⁷

With both of these preliminary steps taken, we can now more precisely frame our question. *The* way to misconstrue our question is to think that, fundamentally, the question is asking whether one’s person’s “naked liberty” to do A can conflict with another person’s “naked liberty” to prevent A. It is no part of our thesis to deny that naked liberties can exist and can conflict. A naked liberty to do A, as we have just defined it, is an option to do A but it is naked in the sense that renders it devoid of any moral significance: it is not an implication of an obligation, nor does it have as a correlative that

¹⁵ The second of these is Kant’s view of the correlative of an active-right: if X has an active right as against Y that X do A, then necessarily Y has a duty to X that Y not interfere with X’s doing of A. See I. Kant, *The Metaphysics of Morals* (Mary Gregor, trans, Cambridge 1986) 23-26.

¹⁶ The second of these is Hohfeld’s quite different, non-Kantian correlative for an active right to do A (what Hohfeld labelled, a “privilege”). For Hohfeld, X’s right to do A as against Y had only the correlative that Y had no right that X *not* do A. See Wesley Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning” (1913) 23 Yale L.J. 16. Notice that Hohfeld’s correlative for his privilege (equals “permission” or “active right”), when coupled with his correlative for passive rights [X RT Y (Y do A) iff Y OB X (Y do A)], is just Aristotle’s central insight in his square of opposition, namely, if X PE Y (X do A), then \sim [X OB Y (X not do A)].

¹⁷ Cites and adopts Bentham’s terminology here, in H. L. A. Hart, “Legal Rights”, *Essays on Bentham* (Oxford 1982) 172.

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

anyone has an obligation to do anything to further or prevent its exercise; it has as a correlative only the Hohfeldian minimum: others have no right that one not exercise the option. Naked liberties, thus, are devoid of moral significance. They are only the absence of obligation on the part of the option holder, and the absence of rights on the part of everyone else. Unlike double negation in logic, two absences do not make for a presence. Morally speaking, naked liberties are nothing at all — no more than an absent elephant is a ghostly kind of elephant, or an absence of two elephants is a ghostly herd of ghostly elephants.

Judith Thomson gives a humdrum, every day example:¹⁸ we each have an option to pinch our own nose on almost all private occasions in life. We are not obligated not to do so, and we are not obligated to do so. As Thomson rightly notes, our life is full of such optional actions; put another way, most of our daily choices are not governed by duties — either ours or others— so of course those choices are exercises of our naked liberties. Moreover, such naked liberties can and often do conflict: often one’s person’s option puts them in competition with another person’s option in the sense that success of one prevents the success of the other. Thomson thinks that is true of her pinch-one’s-own-nose example but that is hard to see in light of each person’s exclusive right to his own bodily integrity.¹⁹ A better example is “first come, first served” buffet lines where but one dessert remains; X and Y are equally optioned to take the dessert, but when X exercises her option she prevents Y from exercising his.

Such humdrum examples do not provide instances of *moral* combat, however much they may present instances of *actual* combat. This is why Hurd explicitly puts aside such cases as irrelevant to her defense of there being no moral combat whenever we act as of right:

[I]f there are [naked] liberties ...of the Hohfeldian sort, they define arenas of amoral action. Actors within such arenas are not bound by any maxims of action — they are genuinely at liberty. It is not the case that they

¹⁸ Judith Thomson, *The Realm of Rights* (Harvard 1999) 45-46.

¹⁹ Such rights as bodily integrity are surrounded by H.L.A. Hart’s “perimeter” of general obligations that indirectly can give some protection to naked liberties (Hart, “Legal Rights”, *supra* note 17, at 171-173), making the point harder to see.

MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

are obligated to act in certain ways, but it is also not the case that they have rights (or commonly understood permissions) to act in certain ways (because, on this argument, liberty is not a right). Hence, actors operating under [these] liberties are untouched by deontological norms. That their actions may conflict is thus of no normative importance, because their actions are of no normative importance. They are the actions of those in a moral state of nature.²⁰

We will return to this “state of nature” characterization later as we deal with examples more morally charged than pinching one’s nose or picking one’s dessert.

2. *In Search of Situations of True Moral Combat*

Having narrowed the class of examples we need consider, what is left? Not much, as it turns out. Consider the following, rather heterogeneous list of possibilities culled from the literature sympathetic to the Hohfeldian analysis of rights.

A. *Situations of Warfare and Actual Combat*

In what was said to be Nixon’s favorite film, *Patton*, General Patton is depicted as urging the soldiers under his command to kill Germans and not to let the Germans kill them (George C. Scott’s version: “Don’t you die for your country; make the other bastard die for his country”). Supposing that Wehrmacht officers gave German soldiers the same orders, is this a situation of moral combat? Strong moral combat (combatants are each *obligated* to kill the other, and *obligated* to prevent that other from killing them)? Weak moral com-

²⁰ Hurd, *Moral Combat*, *supra* note 2, at 281. Hart also thought that “it is not at all clear that lawyers or anyone else would speak of a completely naked or unprotected liberty as a right, or that any useful purpose would be served if they did. The state of nature, if worth describing at all, can be described adequately in other terms”. Hart, “Legal Rights”, *supra* note 17, at 175. (A liberty is *completely* naked for Hart not only when it lacks a correlative duty of non-prevention (Hurd’s merely naked liberties), but also lacks Hart’s perimeter of protection afforded by general obligations.)

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

bat, where each are permitted to do both of these things? Or mixed moral combat, where one is obligated (the one fighting a just war) and the other is permitted (one fighting an unjust war but retaining self-defense rights)?

In his illustration of conflicting rights (necessitating recourse to Hohfeldian construals of these rights as mere privileges unaccompanied by claim-rights), one of the Yale Law Faculty's early enthusiasts for Hohfeld, Arthur Corbin, gave two such war-time examples.²¹ A neutral ship owner may ship contraband to a belligerent but the opposing belligerent may seize that contraband to prevent it reaching its destination; a neutral ship owner may seek to run a blockade but the blockading belligerent may sink the ship and thus prevent the running of the blockade. Hurd adds to these war-time examples the war-like examples of conscripted gladiators, each of whom may not be obligated to kill the other or obligated to prevent themselves from being killed by the other (no strong moral combat), but each of whom might well seem to be permitted to do these two things (weak moral combat).²²

Some have the "state-of-nature" response to these kinds of situations. "War is war," they say, and morality creates neither obligations nor permissions but only liberties unaccompanied by claim-rights (*i. e.*, "naked liberties"). This is not the line we take here. Killing other people is not morally inert in the way that choosing blueberry dessert or scratching one's nose usually is.

In the cases put, if one side is fighting a just war, and the other is not, these become easy cases in which there is no plausible moral combat. Soldiers or gladiators on the unjust side are not obligated or permitted to kill those fighting on the just side, so there can be no *moral* combat between the combatants. Those fighting on the unjust side may have an excuse (of ignorance or coercion); but that would be irrelevant to moral combat, which is conflicts in right action not in the culpability of actors. (We reserve for separate, later discussion whether those fighting on the unjust side might have a right —*i. e.*, a protected permission— to defend themselves).

²¹ Arthur Corbin, "Legal Analysis and Terminology" (1919) 29 Yale L. J. 163, 168.

²² Hurd, *Moral Combat*, *supra* note 2, at 277-279.

MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

Likewise, these cases become easy instances of no troublesome moral combat if the combatants are volunteers —paid mercenaries, willing gladiators, even patriotically motivated participants. For then such cases join sporting events like boxing, football, and other aggressively competitive sports, where the moral magic of consent can make right what would otherwise be wrong.²³ These, too, we separately deal with below.

The harder cases are where the combatants had no choice about becoming combatants, and where neither side in the combat can claim the moral high ground. Yet even in these cases we think that the morality is plain, and that it is plainly non-combative. Conscripted gladiators are not obligated to kill one another; nor are they obligated to defend themselves. Conscripted soldiers are no different, no matter how much the rhetoric of the law of war may pretend otherwise. So no strong or mixed moral combat.

But (and still holding self-defense rights in abeyance for now) neither are such gladiators/soldiers permitted to kill one another. Wars where neither side is justified in fighting them are like gladiatorial contests where the fighting is done for insufficient reason; no one is permitted to engage in such unjustified violence, however much it may be understandable and even excusable if one succumbs to state coercion and fights anyway (recall the French firing squads of World War I). So no weak moral combat is to be found here either.

B. The Supposed Cases where one has a Right to do Wrong

It is not obvious to us why such “right-to-do-wrong” cases get mentioned in the context of moral combat. For as usually presented, such cases present instances of conflict of obligation for one person, not moral combat between two people. Take the two level view of abortion:²⁴ first level, it is wrong for the woman to abort; second level, it is permitted nonetheless for women to abort. The problem

²³ Heidi Hurd, “The Moral Magic of Consent” (1996) 2 *Legal Theory* 121.

²⁴ Former U.S. Supreme Court, Justice Sandra Day O'Connor’s apparent view of morality behind her abortion opinions.

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

prima facie is one of contradiction about the woman's obligations, not moral combat: if she is permitted to abort, then it is not the case that she is obligated not to abort; yet if abortion is wrong, she is obligated not to abort.

What this analysis shows is that there is no literal right to do wrong under even the most minimalist deontic logic. What people have to mean instead when they say this is: first level, women are obligated not to abort (and this makes it wrong to do so); yet there is a more stringent obligation *on the part of others* not to prevent a woman from aborting her own fetus (making it more wrong for those others to prevent a woman's choice than it would have been wrong of her to make the choice to abort). This we take to be the standard interpretation of so-called rights to do wrong.²⁵

C. *The Supposed Cases of Stained Permissions*

We have had colleagues (not *all* of them Quakers), who hold a softer view of the supposed cases of a "right to do wrong": on this softer view, one is permitted to defend oneself against a culpable aggressor, and yet the permission is "stained" in the sense that it would be better if it were not exercised. On this view, there is something to be regretted about all killings, even killings one has a right to do as in self-defense. And this moral untowardness is then thought to license others to help us do the better thing by preventing us from defending ourselves. Weak moral combat?²⁶

Yet this is not a plausible moral view, so no logic of rights need be adjusted to accommodate it. In the first place, there are no such things as stained permissions. One is entitled to kill an aggressor who is culpably trying to kill you, full stop, with no regrets or apologies. Second, if there were any staining here, it would be an aretaic staining of one's virtuous character; and thus irrelevant in a *deontic*

²⁵ For one such use, see Michael Moore, "Liberty and the Constitution" (2015) 21 *Legal Theory* 156. We shall later raise deeper problems about the two level interpretation of the right to do wrong after we have developed the alternative logic of rights sufficiently that one can see just what the problem is.

²⁶ Hurd, *Moral Combat*, *supra* note 2, at 282-284.

MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

logic such as the logic of rights. Third, the move from “stained-for-actor-X” to “permission-of-Y-to-prevent” is unjustified. If my character is stained by my saving my life in self-defense, what would justify you in having the right to get me killed so that I could die with an unstained character?

*D. Regular Cases of Self-Defense, Aggressor-Resistance
to Self-Defense, Third Party Prevention of Self-Defense*

In sympathetic expositions of Hohfeld (*e. g.*, Walter Wheeler Cook²⁷), self-defense is often used to illustrate the need for the Hohfeldian concept of a privilege. It is our contention that the notion of a protected permission is a better articulation of the “right of self-defense”, because it (unlike Hohfeldian privilege) rules out the possibility of moral combat—which is good because there is none in typical self-defense situations (we shall deal with less typical cases of self-defense later).

In stage one of typical self-defense situations, it is easy to see that no room need be made to accommodate moral combat; because although there is combat, there is no *moral* combat. Aggressor is obligated not to attack; defendant is permitted to prevent aggressor’s attack upon her. No moral combat there.

In stage two, aggressor resists the self-defensive force of the defendant. Yet this too does not present a situation of moral combat. Defendant is permitted to use force to ward off aggressor’s attack; and aggressor is not permitted to resist the use of that force by defendant—indeed, he is obligated not to use such force. No moral combat there either.

In stage three, intervenor joins the fray. Yet intervenor is permitted (in some cases, obligated) to use force to aid defender; obligated not to aid aggressor in aggressor’s initial use of force or in his prevention of defender’s preventative efforts. Again, no moral combat in sight here.

²⁷ Walter Wheeler Cook, “Hohfeld’s Contributions to the Science of Law” (1919) 28 Yale L.J. 721.

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

E. *Innocent Aggressor, Innocent Threat, Innocent Shield, Innocent Side-Effect, Self-Defense Cases*

(1) We earlier deferred consideration of the self-defense relations of conscripted soldiers, enslaved gladiators, and the like. We now need to address those issues. Such cases are instances of what are commonly called innocent aggressor cases, cases where the aggressor is innocent because excused (in these last cases, by coercion). Other versions are where: a child, retarded, insane, or otherwise incompetent person threatens you and you use force to prevent such innocent attack. Or: an actor ignorant that the gun he is using has real rather than blank bullets is about to shoot you and you use force to prevent such innocent aggression. The ignorance/incompetence excuses, like the excuse of coercion, makes the aggressor innocent.

(2) Innocent aggressor cases, despite their variations *inter se*, are but a species of a larger genus. For there are also innocent *threat* cases and innocent *shield* cases. Bob Nozick created the (perhaps too fanciful but now nonetheless classic) example of the falling fat man (“FFM”): FFM has been pushed into a well and will crush you if he falls on you, trapped as you are at the bottom of the well; fortunately, you have your trusty disintegrator ray gun which you use to disintegrate the threat, and thus save yourself.²⁸

(3) Innocent shield cases are different yet again. Like innocent threat cases, you do nothing; unlike those cases, the innocent shield does not himself present a threat to you. Yet behind the shield is a culpable aggressor who means to kill you; you can only stop him by shooting through the innocent shield, killing both him and the culpable aggressor.

(4) The innocent side-effect cases are different yet again. Again a culpable aggressor means to shoot you, and again you must shoot him to prevent it. Yet the large caliber gun you are using will inevitably pass its bullet through the aggressor, killing the innocent person behind him, as you knew it would.

The first stage of these four cases all present no difficulty for those denying the existence of moral combat. (1) Excused aggressors (the

²⁸ Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (Basic Books 1974) 34-35.

MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

innocent aggressor cases), ought not to aggress against you, so you being permitted to prevent this presents no instance of moral combat. (2) Y was obligated not to push the fat guy into the well so as to fall on you, so you being permitted to disintegrate the fat guy with your ray gun involves no moral combat with Y. (3) Likewise, the shooter behind the shield is obligated not to shoot you. So your permission to shoot him to prevent it involves no moral combat with him. (4) Ditto on you vis-à-vis the culpable aggressor who you shoot even when an innocent other is behind him.

It is at the second stage of these kinds of cases where things are supposed to get dicier. The second stage is reached when we suppose that the innocent aggressor in (1), the innocent threat in (2), the innocent shield in (3), and the innocent side-effect in (4), all possess the means of their own defense; they can kill X and the hard question is whether they are permitted to do so. If so —and if X is permitted to try to kill them— then we have four cases of weak moral combat.

Nozick raised this second stage of the analysis, but said that he would “tiptoe around these incredibly difficult issues” without resolving them.²⁹ Nozick is right: these are not easy cases, and the present authors will not pretend that even between just the two of them, there is agreement as to how such cases should come out.³⁰ Here is what each of us has previously committed to in print about such cases.

(1) *Innocent aggressors*

Hurd: The would-be victim of the innocent aggressor, X, is *not* permitted to shoot the innocent aggressor, Y (although X may be excused); so even if Y is permitted to prevent X’s self-defensive force directed against Y, there is no moral combat here (because Y is in the right).³¹

Moore: Because Y is the disturber of the status quo by his actions (even though innocent), X does have a permission to kill Y to save

²⁹ Ibid at 35.

³⁰ In our previous jointly authored writings, we have on occasion used a different device to express our disagreements: we flip a coin to see who gets the text and who gets the footnote.

³¹ Hurd, *Moral Combat*, *supra* note 2 at 278.

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

X's own life, and Y has no permission to prevent it. Again, no moral combat (although this time, this is because X is in the right).³²

(2) *Innocent threats*

Hurd: Again, X has no permission to disintegrate Y, although he may be excused if he does so; so again, irrespective of whether Y has a permission to prevent X's use of X's ray gun, there is no moral combat.³³

Moore: Unlike innocent aggressor cases, innocent threateners did not by their action disturb the status quo with their actions; so X has no exception to his obligation not to kill innocents, and thus, has no permission to disintegrate Y with X's ray gun; by the same token, Y will have a permission to prevent his disintegration by killing X; so there is no weak moral combat.³⁴

(3) *Innocent shields*

Hurd: Although X has a permission as against the culpable aggressor Y to shoot Y, X has no such permission as against Z to shoot Y through Z, the innocent shield. So irrespective of Z's permission to prevent X's shooting, there is no moral combat.

Moore: Same as innocent threat cases, because the shield is as passive as is the innocent threatener; X is not permitted to kill Z the shield, and Z is permitted to prevent that. So again, no weak moral combat.

(4) *Innocent side-effect*

Hurd: Still rejects there being any permission of X to kill Z even though (arguably) X's killing of Z would not be intended but only foreseen. Still no moral combat.³⁵

Moore: Unlike what Hurd believes,³⁶ intentions matter to the scope of our deontological obligations.³⁷ However, either because of

³² Michael Moore, "Responses and Appreciations" in K.K. Ferzan and S.J. Morse (eds), *Legal, Moral and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael Moore* (Oxford 2016) 388.

³³ Hurd, *Moral Combat*, *supra* note 2, at 228.

³⁴ Moore, "Responses", *supra* note 32, at 388-390.

³⁵ Hurd, *Moral Combat*, *supra* note 2, at 291-293.

³⁶ See Hurd, *What in the World Is Wrong?*, *supra* note 4.

³⁷ Michael Moore, "Patrolling the Borders of Consequentialist Justification" (2008) 27 *Law and Philosophy* 35.

MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

the closeness doctrine (if you intend A, and if B is “close” to A, you intend B), or because of the “know-to-a-certainty” doctrine (you are categorically forbidden to cause with epistemic certainty as much as to cause intentionally), this is not a case outside the scope of the obligation not to kill innocents. So again, X has no permission to shoot Z by shooting through Y, and even though Z may prevent such shooting, there is no moral combat.

F. *Two Mothers on a Plank (Again)*

Since Cicero, discussions of necessity have often begun with two shipwrecked sailors competing for a plank that can only support one of them. To transform this from being (a seeming instance of) weak to strong moral combat, we earlier adopted the variation where it is two mothers who are competing for the plank, not for themselves, but in order to save their child (which by hypothesis they are obligated to do). This admittedly has the appearance of a case of strong moral combat, for what one mother is obligated to do (place her child on the plank) the other is obligated to prevent her from doing, and vice-versa.

A popular solution to plank-like competitions for life-saving resources is to treat them as state of nature cases where no moral obligations or protected permissions bear on what actors do; there is only an absence of obligation (a Hohfeldian privilege) and an absence of a right that the other not compete. Thus, Sir Francis Bacon urged that such cases were governed only by the “law of nature” and not the laws that govern persons,³⁸ and Bernard Williams more recently urged that such cases are beyond morality so that there is no question of obligation or permission.³⁹

While we think that ultimately this is right about certain variations of these cases, it takes us a lot longer to get there than it did Bacon.

³⁸ J. Spedding, R. L. Ellis and D. D. Heath (eds.), *The Works of Francis Bacon* (Cambridge 1859) 343.

³⁹ Bernard Williams, “A Critique of Utilitarianism” in J.J.C. Smart and B. Williams (eds.), *Utilitarianism, For and Against* (Cambridge 1973)108-118.

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

Start with the thought that each mother has a stringent duty to rescue her child, and how implausible it is to think that that duty evaporates in the presence of another, equally strong duty on the part of another. So morality does apply, at least initially, and the trick is to see how it applies in a way that does not create moral combat.

Imagine three actions each mother might contemplate:

- A_1 = Place her own child on the plank.
- A_2 = Push the other child off the plank.
- A_3 = Hold the other child's head under water, drowning the child so as to force it to let go of the plank.

Each mother might well also contemplate the three corresponding preventative actions:

- B_1 = Prevent the other mother from placing her child upon the plank.
- B_2 = Prevent the other mother from pushing one's own child off the plank.
- B_3 = Prevent the other mother from drowning one's own child.

If each mother has obligations A_1 - A_3 and B_1 - B_3 then we have three instances of strong moral combat.

The resolution of such cases seems to us to be relatively straightforward in those versions of them where one child has already been placed on the plank and the second mother seeks to place her child on the plank as well. For these are just ordinary culpable aggressor cases: the second mother cannot save her child by placing it on the already occupied plank —she can only drown the first child along with her own by such an action. She therefore has no good reason (and thus, no obligation or permission) to place her child on the plank (she has at most an excuse), and the mother of the first child is permitted to prevent her from doing so.

If the second child nonetheless makes it on to the plank (which is now sinking), the first mother now has to face the fact that the second child may have achieved the status of being an *innocent* aggressor

MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

—if he placed himself upon the plank; or at least helped his mother do so. And if this is the case, then (at least according to one of us, Moore) the first mother is permitted to throw him from the plank and he is not permitted to prevent her from doing so. On the other hand, if the second child was completely passive with respect to his placement on the plank —it was entirely his mother’s doing— then that second child is an innocent threat or an innocent shield: it is his very presence that stands in the way of the survival of the first child. So seemingly (we qualify this later), as against the innocent second child, the first mother is not permitted to throw it off, nor is she permitted to drown that child. (Generally parents are not justified in killing other children in order to save their own, and thus the seeming moral conclusion above; the first mother is by contrast permitted to prevent the earlier placing of the second child on the plank because that prevention of a preventer of death (a “double prevention” in the trade) is an *allowing* of death, not a causing of death).

Things get (even?) less clear when both mothers reach the plank at the same time and both simultaneously place their children on the plank. Now neither mother is an aggressor against the other, not culpably and not innocently. Each are permitted and obligated to place their child on the plank. And now, *vis-à-vis* each other, seemingly neither is permitted to throw the other’s child off (let alone drown it), and both are permitted to prevent the other doing so. So still no moral combat.

As is often recognized, the resolutions thus far of the two infants on a plank case will result in the death of both infants if each mother does what she is obligated to do. Put more strongly, morality seemingly requires both infants to die. Benjamin Cardozo recognized this unhappy consequence of obligating each person in a lifeboat not to throw anyone else overboard, but comforted himself with the thought that perhaps some would voluntarily sacrifice themselves to save the rest:

There is no rule of human jettison. Men there will often be who, when told that their going will be the salvation of the remnant, will choose the

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

nobler part and make the plunge into the waters. In that supreme moment, the darkness for them will be illumined by the thought that those behind will ride to safety. If none of such mold are to be found aboard the boat, or too few to save the others, the human freight must be left to meet the chances of the waters.⁴⁰

No such comfort as might be afforded by the possibility of self-sacrifice is available in the present situation; for each mother is obligated to save her child, *i. e.*, not to volunteer that child for sacrifice.

Did we conclude too quickly that at t_1 each mother is obligated not to thwart the other mother's placement of her child on the plank, and that at t_2 each mother is obligated not to throw the other mother's child off the sinking plank? After all, there is what we have elsewhere called the "already dead" (or "mere acceleration") exception to our duties not to kill innocents.⁴¹ When good consequences are in the offing, we have argued that: one may shoot down an airplane headed to the capital (because the occupants of the plane will die soon anyway even if the plane is not shot down); one may separate Siamese twins and give the shared organs to one only (thus killing the other), when without the separation the one who is killed will die soon anyway; mountain climbers may cut the rope on which the life of other climbers depend, if otherwise the weight of the down-rope climbers will drag all down the cliff; one may kill and eat the weakest of a lifeboat filled with four persons, when the alternative of not eating the one is that he too will die along with the other three.

Given this exception, one might argue that each mother is not obligated not to prevent the saving of or not to kill, the other's child. For if both infants stay on the plank that non-saved or killed child is dead anyway, just a little bit later. Yet notice this isn't as obviously true in this version of the plank case; neither child is "already dead"—after all, the other might be the one to die. There is, in other words,

⁴⁰ Benjamin Cardozo, *Law and Literature and Other Essays* (Fred B Rothman & Co 1986) 113.

⁴¹ Moore, *Causation and Responsibility*, *supra* note 13 at 65-68.

MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

no inevitability in the victim's death as there is in the earlier cases cited (where the passengers on the plane are dead no matter what, the twin who dies could not survive even with separation, the down-rope climbers are dead no matter what, and the cabin boy who is killed and eaten was too weak to survive even if another were killed to save him).

The plank case is more like the choice given the mother of two children by the Nazi officer in the film, *Sophie's Choice*: neither child is inevitably dead —the tragedy of the film is that who dies depends on Sophie's choice. (Analogous cases are the lifeboat case where no one is already too weak to survive, no matter what, and the Siamese twins case, where either twin (but only one) could be saved.)

Despite this difference, our own view is that the “already dead” exception does apply to these last, “Sophie's Choice” variations of the acceleration cases. In which case: while each mother is initially obligated not to thwart the other's attempts to place her child on the plank, each is obligated not to throw the other's child off the plank only so long as it is not yet clear that the other mother will not yield and both children will thus sink. When it is clear that neither mother will yield and both children are about to drown, each mother's obligations (to save and not to thwart) cease and they are nakedly at liberty to throw off the other child, to thwart a like attempt to throw off their own child, and to resist any like attempt to thwart, exerted by the other mother. Such a moral state of nature with its warring, Hohfeldian, naked liberties may yet result in the deaths of both infants if the two mothers cannot work out some form of accommodation, but at least morality through its ban of moral combat does not require that no such accommodation be reached and that both infants must therefore die.

Thus, at the later time when drowning of both infants is imminent, there is no *moral* combat, and Hurd's logic (ruling it out) is secure in such cases. But if it should happen at that later time that one child is truly “already dead” —*i. e.*, in such weakened condition as not to survive even if placed upon the plank— then the other mother is both permitted and obligated to throw it off, and the weakened

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

child's mother is obligated to let the first mother do so. So still no moral combat even though not in a moral state of nature.

*G. Sporting Contests and the Creation of Moral Combat
by the Exercise of Normative Powers*

One of the examples of moral combat that is most commonly offered up is that of competitive sports. One boxer throws a punch, the other prevents the blow; one football player tries to knock another to the ground, and that other prevents the tackle by stiff-arming the would-be tackler. Unless making these moves in these sports is not permitted, we seem to have many sporting instances of moral combat.

Yet sports are consented-to activities by those who participate in them. That is what makes morally permissible actions that otherwise would be morally forbidden. It is not that people through the exercise of such normative powers can artificially create moral combat. It is rather that people through the exercise of their normative powers can release the obligations and confer the rights which (unreleased or unconferrred) could have created moral combat. Given that there is such a thing as the “moral magic of consent” —magic that can transform trespass into a social visit and rape into love-making—⁴² then that magic can strip actual combat of the moral valences (of obligations or of rights) that would make such combat be an instance of *moral* combat.

Is the existence of this kind of “artificially-created moral state of nature” a problem? We don't see why. As one of us has said, this “would seem to constitute the exception that proves the rule.”⁴³ If one can artificially create such moral states of nature, that should not lead one to think that there can be moral combat after all. Prior to consent doing its moral magic there is no moral combat because each party's rights and obligations are intact in the non-combative

⁴² Hurd, “Moral Magic of Consent”, *supra* note 26. When paraphrasing Hurd usually adds: “And slavery into marriage”.

⁴³ Hurd, *Moral Combat*, *supra* note 2, at 273.

MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

form that we have charted; after such consent is given the normative powers so exercised also guarantee that there is no moral combat because such combat is impossible in a moral state of nature, no matter whether that state of nature is natural or artificially created by consent.

III. CONSTRUCTING A LOGIC FOR MORALITY THAT HAS THE POTENTIAL TO RULE OUT MORAL COMBAT AS A POSSIBILITY

Our reading of the literature on moral rights in contemporary philosophy is that the analysis of the logic of such rights is dominated by the work of the legal theorist, Wesley Hohfeld.⁴⁴ Yet *the* central insight that made Hohfeld's analysis so influential was an insight based on the view that moral combat is not only possible but is sufficiently common that it must be accommodated within any logic of rights. Hohfeld's central insight was to construe active rights as mere Hohfeldian privileges, the correlative of which were not Kant's duties of non-interference but only the absence of passive rights on the part of others that the right holder not do what he has an active right to do. This insight of Hohfeld was motivated by the thought that often one could have an active right to do an action that others equally had an active right to prevent. Thus was born the weak analysis of an active right as a mere Hohfeldian privilege.

The Hohfeldian system is well worked out and is indeed, elegant in its systematicity. If one interprets the above seven situations of actual combat as we do, and thus has no need to make room for the possibility of moral combat, can one develop an alternative logic

⁴⁴ See *e. g.*, Matthew Kramer, NE Simmonds and Hillel Steiner, *A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries* (Oxford 2000); Carl Wellman, *A Theory of Rights* (Rowman and Allanheld 1995); Carl Wellman, *Real Rights* (Oxford 1995); Carl Wellman, *An Approach to Rights* (Kluwer 1997); LW Sumner, *The Moral Foundation of Rights* (Clarendon Press 1987); Judith Jarvis Thomson, *The Realm of Rights*, *supra* note 18; see generally Leif Wenar, "Rights" in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2015 Edn) URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/rights/>>.

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

that can rival Hohfeld's in its systematicity? What we seek to do in this, the second half of this paper, is to develop such an alternative logic.

In *Moral Combat* one of us (Hurd) sought to rule out moral combat by arguing that morality contains what Hurd dubbed, "the correspondence thesis". Hurd:

The correspondence thesis asserts a moral claim about the justification of codependent actions. It holds that the justifiability of an action determines the justifiability of permitting or preventing that action... The correspondence thesis rests on the intuition that, since an action cannot be simultaneously right and wrong, it cannot be the case that one actor may be justified in performing an act while another may be simultaneously justified in preventing that act.⁴⁵

The thesis is a metaphysical thesis about right actions. It is not an epistemological thesis about the justifiability of a rational agent believing some action to be right. "Justifiability" as used in the quote from Hurd above is thus not a matter of the reasonableness of an actor's beliefs about the rightness of his actions. Justifiability as here used refers to the rightness of actions itself. (This clarification is needed to forestall any epistemic interpretation of the correspondence thesis; for conflict between what it is reasonable to believe for different people in different epistemic situations is far too common to be ruled out).

The linch-pin of the correspondence thesis is the idea of *codependent actions*. Codependent actions are casually described by Hurd in various ways in her book: they are actions that thwart other actions,⁴⁶ actions that intervene to prevent other actions,⁴⁷ actions that are contradictory,⁴⁸ acts that punish other actions,⁴⁹ actions that morally condemn as wrong other actions,⁵⁰ and actions that permit

⁴⁵ Hurd, *Moral Combat*, *supra* note 2 at 3-4.

⁴⁶ *Ibid* at 3.

⁴⁷ *Ibid* at 4.

⁴⁸ *Ibid* at 7.

⁴⁹ *Ibid* at 11.

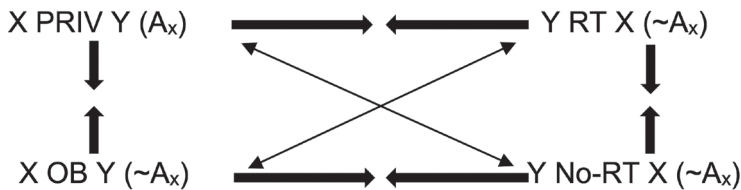
⁵⁰ *Ibid* at 304.

MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

other actions.⁵¹ For the present discussion, focus just on action/prevention pairs; stipulate that two actions A, B are codependent if and only if B *prevents* A from being done, or A prevents B from being done, or both.⁵²

Co-dependency so restricted allows us to formulate the central claims for a logic of rights that is alternative to Hohfelds and that rules out moral combat. The standard analysis of active rights that began with Hohfeld makes two claims. First, it identifies active rights as permissions, as permissions are defined in standard deontic logic; this means that the “opposite” (Hohfeld’s term) of a permission to do A is the presence of a duty *not* to do A. Second, in addition to relations of opposition, rights have relations of correlativity. For Hohfeld, the correlative of X having a right as against Y to do A is the absence of a right in Y that X not do A.

These relations of opposition and correlation are neatly summarized in a “Hohfeld box”.⁵³ Using the Hohfeldian terminology, in which active rights are called “privileges” and passive rights are called “claim-rights” (or even more simply, “rights”) the box is:



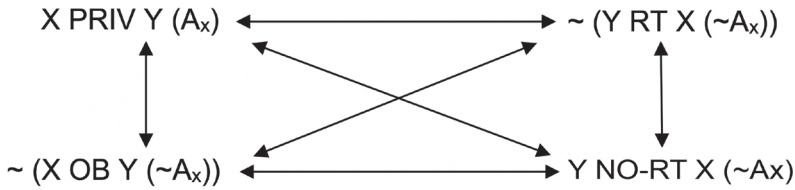
One can eliminate the relations of contradiction (Hohfelds relations of opposition) by negating the upper right and lower left corners of the box. The Hohfeld box then looks like:

⁵¹ Ibid at 3.

⁵² Hurd regards the classification of some of these actions as being co-dependent (particularly 1.d, punishing) as not being part of anything properly regarded as a “logic of rights”, because such classifications are too dependent on contestable moral theories. See Ibid at 11, n. 10, and 301-307.

⁵³ We do a step by step derivation of these boxes for Hohfeld in Heidi Hurd and Michael Moore, “The Hohfeldian Analysis of Rights”, *supra* note 3.

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF



The analysis of rights which we defend can also be represented in this box-like fashion. We retain the Hohfeldian identification of active rights with permissions as permissions are defined in standard deontic logic. But we merge into our usage of “permission” what Hohfeldians reserve to claim-rights, namely, the correlative that others have a duty not to prevent what one is permitted to do. Hurd:

I am taking permissions to be distinct from what Wesley Hohfeld called “privileges” or “liberties”. Hohfeld maintained that it is important to keep “the conception of a right (or claim) and the conception of a privilege distinct”... I am concerned with the more common understanding of permissions as rights. Under this conception, permissions count as a combination of both Hohfeldian claim rights and Hohfeldian privileges.⁵⁴

In this gluing back together of what Hohfeldians would put asunder in the analysis of rights, Hurd is in the good company of Kant,⁵⁵ Hillel Steiner,⁵⁶ John Kleinig,⁵⁷ and many others.

If we were to substitute Hurd’s “protected permissions” operator (“PE”)⁵⁸ for Hohfeld’s “privilege” operator, the box of correlative and opposite implications we did before for the analysis of active

⁵⁴ Hurd, *Moral Combat*, *supra* note 2, at 280 n. 7.

⁵⁵ Kant, *The Metaphysics of Morals*, *supra* note 17, at 25-26.

⁵⁶ Steiner, “Working Rights” in *A Debate Over Rights*, *supra* note 47.

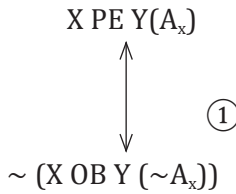
⁵⁷ John Kleinig, “Human Rights, Legal Rights, and Social Change” in Eugene Kamenka (ed.), *Human Rights* (Edward Arlond 1978).

⁵⁸ “Protected” is the opposite of “naked” introduced earlier, viz., a permission is protected if there is a correlative duty on others not to interfere with the doing of the permitted action. Hurd’s analysis of active rights is to identify them with protected permissions, not with Hohfeldian privileges (“unprotected permissions”), naked liberties, or even just with protected options (or “liberties”). (For an analysis of active rights identifying them with protected options, see R.E. Robinson, S.C. Coval, and J.C. Smith, “The Logic of Rights” (1983) 33 U. Toronto L.J. 267.

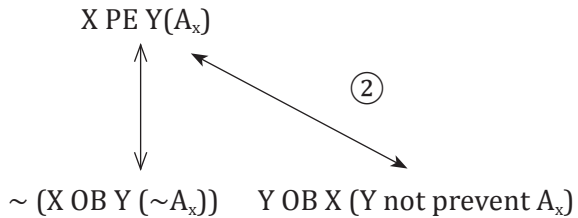
MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

rights would be built in the following steps. Suppose X has a right as against Y that X speak here and now (“A_x”). Conceptualizing rights to do things —active rights— as protected permissions yields:

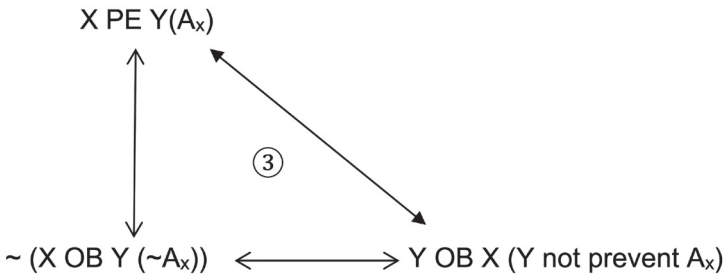
- a. X PE Y (A_x)
- b. The “opposite” (*i. e.*, contradictory) of that would be (by standard deontic logic): X OB Y (~A_x)
- c. Negating that opposite yields an equivalence relation (①):



- d. Hurd’s version of the correlativity thesis adds another equivalence (②):



- e. These two equivalences yield a third (③):



MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

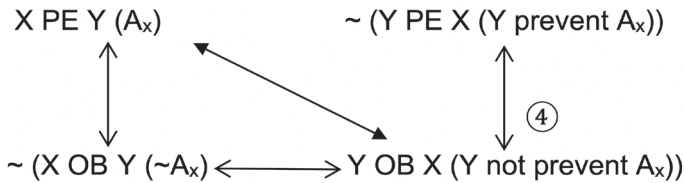
f. The correlative itself has an opposite:

$$\sim (Y \text{ OB } X (Y \text{ not prevent } A_x))$$

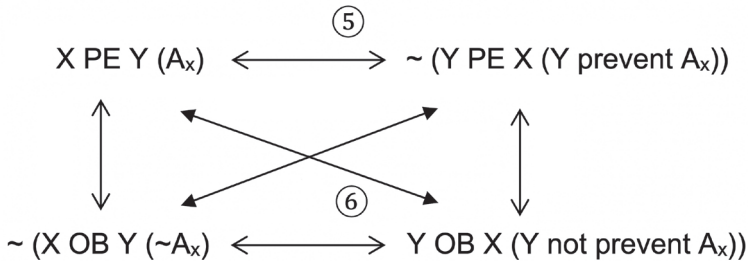
g. Because of standard deontic logic's square of opposition, this is equivalent to:

$$\sim \sim (Y \text{ PE } X (Y \text{ prevent } A_x), \text{ or, by double negation, } Y \text{ PE } X (Y \text{ prevent } A_x))$$

h. Negating this yields a fourth equivalence (④)



i. Which yields the fifth (⑤) and sixth equivalence (⑥) to complete the box:



It remains to be shown formally how Hurd's system does not countenance the possibility of moral combat, as does Hohfeld's. Recall that there are three kinds of moral combat, strong, weak, and mixed. Let us consider each separately, starting with weak moral combat.

Weak moral combat exists when one party, X, has a permission to do something ("A") and yet another party, Y, has a permission to prevent X from doing A. Relationship ⑤ above—the relationship between the dominant position and the opposite of the correlative—by its terms rules out any such moral combat when permissions are taken as protected permissions. For ⑤ holds that if X is permitted

MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

as against Y to A, then it is not the case that Y is permitted as against X that Y prevent X from doing A.

Next consider strong moral combat. A situation of strong moral combat would exist when X was obligated to do some action A and Y was obligated to prevent X from doing A. Our earlier seeming example of strong moral combat was that of two mothers each being obligated to place their own child on a plank that can only support one and equally obligated to prevent the other from doing likewise.

Again, let X be the first mother. X is obligated vis-à-vis Y that X place X's child on the plank ("Ax"). Let Y be the second mother. If Y is obligated to prevent X from placing X's child on the plank so that she (Y) can place her own child on the plank ("Y prevent Ax"), this would instantiate the requirements of strong moral combat:

$X \text{ OB } Y (A_x)$, and $Y \text{ OB } X (Y \text{ prevent } A_x)$

Yet Hurd's logic rules out this as a moral possibility. The formal proof is:

1. $X \text{ OB } Y (A_x)$ (Premise)
2. If $X \text{ OB } Y (A_x)$, then $X \text{ PE } Y (A_x)$ (standard deontic logic)
3. $X \text{ PE } Y (A_x)$ (1, 2, M.P.)
4. If $X \text{ PE } Y (A_x)$ then $Y \text{ OB } X (Y \text{ not prevent } A_x)$ (Hurd's correlative relation ② for protected permissions)
5. $Y \text{ OB } X (Y \text{ not prevent } A_x)$ (3, 4, M.P.)
6. $\sim[Y \text{ OB } X (Y \text{ not prevent } A_x) \text{ and } Y \text{ OB } X (Y \text{ prevent } A_x)]$ (standard deontic logic, no conflict of duties)
7. $\sim Y \text{ OB } X (Y \text{ not prevent } A_x) \text{ or } \sim Y \text{ OB } X (Y \text{ prevent } A_x)$ (6, De Morgan's Laws)
8. $\sim Y \text{ OB } X (Y \text{ prevent } A_x)$ (5, 7, disjunctive syll. plus double negation)
9. If $X \text{ OB } Y (A_x)$, then $\sim Y \text{ OB } X (Y \text{ prevent } A_x)$ (1-9, natural deduction)

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

Lastly, consider situations of mixed moral combat, situations, where either: (1) one party is obligated to A and the other is permitted to prevent the first party from A-ing; or (2) where one party is permitted to A and the other is obligated to prevent the first party from A-ing. Take the second of these (for ease of illustration in light of what was done with strong moral combat). When X is permitted as against Y to do action A, then steps 3-8 in the deduction done for strong moral combat can be repeated here, resulting in the conclusion:

8. $\sim Y \text{ OB } X$ (Y prevent A_x)

Steps 3–8 then (by natural deduction) yields a new conclusion:

If $X \text{ PE } Y$ (A_x), then $\sim Y \text{ OB } X$ (Y prevent A_x)

Which rules out case (2) of mixed moral combat.

Hohfeld, by contrast, permits moral combat and, indeed, celebrates its possibility. Hohfeld's much touted distinctions between claim-rights and privileges, and the restrictions of commonly described rights to do things to mere privileges, were designed precisely to allow for situations of moral combat, both weak and strong. Yet despite the enormous comparative advantage to Hurd's logic of co-dependent actions, there are several worries one might have about the system.

One worry about the systematicity of a scheme built on there being "co-dependent actions" stems from the relations of content Hurd posits to exist between the contents of her correlative rights and duties. The correlative she posits is: if $X \text{ RT } Y$ (X do A), then $Y \text{ OB } X$ (Y not prevent (X do A)). It is instructive to compare Hurd's content-relation between action/prevention-of-action pairs, with the content relations in Hohfeld's two correlativity claims. Between the contents of claim-rights and correlative duties, the subject of Hohfeld's correlativity thesis for passive rights, Hohfeldians proudly point out that their common content is "one and the same action".⁵⁹ If X has a right that Y not go on X's land (a passive right),

⁵⁹ Wellman, *Real Rights*, *supra* note 47, at 186.

MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

then Y has a correlative duty that Y not go on X's land. Such identity of content is not to be expected between the contents of privileges and their correlativity-related absence of rights, the subject of Hohfeld's correlativity thesis for active rights. But Hohfeldians can at least claim for privileges that the contents of the correlatives are "logically related":⁶⁰ a privilege of X as against Y that X do A, is correlated with an absence of a claim right by Y as against X that X *not* do A, which correlative itself requires an absence of a duty by X to Y that X *not* do A. So long as "not" in such content shifts (across correlatives and opposites) denotes the logical connective of negation, this too, it is said, comports with the requirements of the Hohfeldian scheme being one of "logic".

Yet are the Hurdian content connections any less systematic and "logical?" In the Hurdian logic the correlative of X's permission (that X do A) is a duty on the part of Y (that Y not prevent X do A). The "X do A" part of the content seems to be identical as those contents are phrased; yet this is an illusion. Preventions are inherently negative: to prevent something is to cause its non-existence.⁶¹ So really the Hurdian correlative of a permission of X as against Y for X to do A is a duty on Y not to cause it to be the case that X does not do A. Not identity, but still the logical relation of negation —except for the "cause it to be the case" bit, a bit that has no analogue in the content of X's correlative permission.

Before concluding that this is a big difference in the logical character of the content relations of a Hurdian as opposed to a Hohfeld-

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ This isn't strictly true, since absences cannot be effects any more than they can be causes; but the details are here unimportant and needlessly complicating of the discussion. For the more complete truth about preventions, see Michael Moore, *Causation and Responsibility*, *supra* note 13, at 452. For those who can't stand the suspense: an absence prevented counterfactually depends on the act of prevention; that act does not cause that absence because absences cannot be caused; yet the counterfactual dependence just referenced supervenes on a genuine causal relationship between the preventing act and some existing state of affairs *s*, where *s* renders impossible the occurrence of the state of affairs prevented. Phil Dowe calls this combination of relations, "quasi-causation". Phil Dowe, "A Counterfactual Theory of Prevention and Causation by Omission" (2001) 79 *Australasian J. Phil.* 216.

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

ian logic, consider more carefully the nature of the content relations between an obligation (or a privilege) to do A and an obligation to omit to do A.⁶² Action language such as, “X did A” (on what is now a pretty standard analysis, “the causal theory of action”⁶³), can be paraphrased into, “X caused state of affairs a to exist” (where “a” refers to a token of the type of action described as “A”), and, on versions of the causal theory of action such as Moore’s, that in turn can be paraphrased into, “X’s willing caused a to exist”.⁶⁴ These paraphrases capture the crucial fact about actions, which is that they are the bringing about of some state of affairs by a person. Now contrast omissions. Although generically these are simply absent actions (or “not-doings”),⁶⁵ the subclass of omissions for which we can be held responsible — *i. e.*, the omissions about which we have obligations— these too, like actions, require involvement of the agency of the person who omits. In our view, there is no possibility of there being culpable omissions that are merely inadvertent rather than willed;⁶⁶ such agential involvement thus requires a willing of an absence by the ommitter. Thus, “X omits to do A”, can be paraphrased as, “X’s willing caused an absence of state of affairs A”.⁶⁷

⁶² Helpful to the discussion that follow is Jari Talia, “On the Logic of Omissions” (1985) 65 *Synthese* 235.

⁶³ See generally Aguilar and Buckaroff (eds), *Causing Human Actions: New Perspectives on the Causal Theory of Action* (Bradford 2010).

⁶⁴ Michael Moore, *Act and Crime: The Implications of the Philosophy of Action for The Criminal Law* (2nd edn, Oxford 2010); Michael Moore, “Renewed Questions About the Causal Theory of Action”, in *Causing Human Actions*, *supra* note 63.

⁶⁵ Moore, *Act and Crime*, *supra* note 64, at 22-34; Michael Moore, *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law* (Oxford 1997) 262.

⁶⁶ Defended at length in Heidi Hurd and Michael Moore, “The Culpability of Negligence” in M Kramer *et al* (eds.), *Philosophical Foundations of the Criminal Law* (Oxford 2011), and at even greater length in Michael Moore and Heidi Hurd, “Punishing the Stupid, Clumsy, Selfish and Weak: the Culpability of Negligence” (2011) 5 *Crim. L and Philos.* 96. The need for omissions to be willed to be the subject of obligation is defended more specifically in Michael Moore, “Legal Moralism Revisited” (2017) 54 *San Diego L Rev.* 441.

⁶⁷ Again, with the caveat that this is not really a causing because absences can no more be causes than they can be effects. See Moore, *Caustion and Responsibility supra* note 13, at 444-451.

MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

Now one can see the content relations presupposed by Hurd in its true light: there is indeed a shift from the content of a permission that X do A to an obligation that Y not prevent X do A, namely, a shift to, “Y not cause X not to do A”. But there is also a shift for Hohfeldians from the content of a privilege that X do A, first, to the correlative absence of a right for Y that X not do A, and second, to the negated opposite, which is, the absence of a duty by X that X prevent himself from doing A, the content of which in turn is just, “X not cause X not to do A”. The Hurdian shift in content requires a shift in agents whereas the Hohfeldian shift does not; but that is it. The moment that agential involvement is made explicit in the deontic logic of actions and omissions, the comparative shifts in content between the two schemes can be seen in this minimally differing way.⁶⁸

Another worry about a logic of co-dependent actions stems from the seeming vagueness/exception ridden nature of the notion of a prevention. Even when co-dependency is limited to preventions rather than some broader notion, such as Kant’s interference, it is still the case that some preventions are not prohibited even as the action prevented is one the actor had a right to do. For example, although X may have a right to speak on a particular occasion, others may be under no duty not to prevent his speaking if they do so in certain ways rather than others —such as not loaning the speaker the automobile he needs to get to where he is to speak, etc. This is supposed to show that preventions *as such* cannot be the content of a duty correlative to the right of another to do the action prevented. Yet in these respects “prevention” differs little if at all from other actions that are accurately described nonetheless as being prohibited by morality even though there are many exceptions where doing such actions is permissible. Killing, for example. We each are generally under a duty not to kill, and yet we may kill to defend ourselves, our family members, or others, as we may kill in fighting a just war, in exacting capital punishment, in law enforcement, etc. Few act-

⁶⁸ See the extensive discussion of various schemes to incorporate agency operators (such as “X brings it about that...”) into deontic logic, in Paul McNamara, “Deontic Logic” in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2019 Edn). URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/logic-deontic/>>, particularly section 4.7, “Agency in Deontic Contexts”.

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

types are exceptionlessly prohibited by morality, and prevention is no exception to that truth.

This reminder is the grain of truth we see in Herbert Hart’s well-known view that denies that there is a general duty not to prevent any action that another has a right to do while admitting that there is a “perimeter” of peripheral obligations that make it look like—but only look like—each active right has a correlative duty of non-prevention on the part of others.⁶⁹ What Hart saw was how many moral norms go into forbidding or permitting the act-types that on occasion can constitute a *prevention* of some action some actor has a right to do. What Hart didn’t see is how such norms can be seen as fleshing out what are exceptions to a general duty of non-prevention (of rightful action) and not describing piecemeal substitutes that taken together add up to such a general duty. Such norms give content to correlative duties of non-preventions just as they do to correlative duties not to kill.

A third worry for the alternative logic we have here developed stems from its implications for the two-level analysis we did earlier with respect to the so-called “right to do wrong”. Recall that to avoid contradiction the standard interpretation of such rights was that although it was wrong for X to do A, it was more wrong for people to prevent X doing A.

Yet this relatively standard resolution of this conundrum raises a subtle problem for the Hurd logic. Recall that relation ③ in the four-fold Hurd box was:

$$\sim(X \text{ OB } Y (\sim A_x)) \longleftrightarrow Y \text{ OB } X (Y \text{ not prevent } A_x)$$

This is equivalent to:

$$X \text{ OB } Y (\sim A_x) \longleftrightarrow \sim(Y \text{ OB } X (Y \text{ not prevent } A_x))$$

If abortion is wrong, then the mother, X, is obligated not to do it; yet on the standard solution to the two-level problem above, it is the case that others, Y, are obligated not to prevent her from having

⁶⁹ H. L. A. Hart, “Legal Rights”, *supra* note 17, at 172.

MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

an abortion. This contradicts relation ③, the equivalence relation between the negated opposite and the correlative of the Hurd box.

This way of solving the two-level problem about issues like abortion is thus seemingly ruled out by Hurd's deontic logic. Yet the two level argument solution above sounds right; it is certainly better than the flatly contradictory "right to do wrong". Yet the argument could be formulated differently so as not to violate Hurd's logic. Indeed, this is one of the places that Hurdians and Hohfeldians can share the same response, because both can repair to the agent-relative and victim-relative nature of moral obligation that Hohfeld so distinctively defended. The two level solution to the abortion example should be represented like this:

First level: $X \text{ OB } Y (\sim A_x)$

(The mother, X, is obligated to the fetus, Y, not to abort it)

Second level: $Z \text{ OB } X$ (not prevent A_x)

(Z (i. e., all of us) are obligated to the mother, X, not to prevent X from aborting Y)

These two levels together yield both:

(1) $\sim X \text{ PE } Y (A_x)$

(X is not permitted as against the fetus to abort)

and (from the first correlativity relation in the Hurd box)

(2) $X \text{ PE } Z (A_x)$

(X is permitted as against third parties to abort)

Yet these two statements of permission only *look* contradictory if one ignores the different persons with respect to whom they are held.⁷⁰

⁷⁰ The situation contemplated for the mother is not an instance of weak moral combat because the obligation and the permission pair are both held by one and the same person, X, and not by two different people. Nor is this a situation of conflict of obligations. True enough, X's permission as against Z to abort by standard deontic logic is equivalent to $\sim X \text{ OB } Z (\sim A_x)$; and yet $X \text{ OB } Y (\sim A_x)$. This is still not a conflict of duties, nor is it even awkward because of the priority between the two duties: X's obligation to Y trumps her absence of obligation to Z so that what X overall is obligated to do is not abort the fetus. (An absence of obligation to others coupled with

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

This response answers the other examples (of obligations not to prevent actions the actor is obligated not to do) proposed by those sympathetic to the Hohfeldian scheme. David Lyons imagines “Alvin” making a speech he is wrong to make (a false and defamatory speech, perhaps); yet Lyons hypothesizes that it would be wrong to prevent Alvin from speaking (presumably on some “no prior restraints” view of the matter).⁷¹ Again, however, we have to ask Hohfeld’s question of, “wrong *to whom?*” Seemingly one should answer in Alvin’s case, “wrong to the person defamed by the speech.” Yet the one(s) who would wrong Alvin by preventing him from speaking is not that person but are third parties, *i. e.*, everyone else —again, Alvin can be permitted to speak (as against all of the rest of humanity) while at the same time being obligated (as against his victim) not to so speak, without there being any hint of a contradiction.

The only place this analysis wouldn’t work would be where the victim (*e. g.*, Alvin’s victim) himself has an obligation not to prevent Alvin from defaming him. Imposing such an obligation on the fetus in the abortion example of course makes no sense; but does it make much more sense to impose it on Alvin’s victim? Why is that victim obligated not to defend himself against wrongful defamation by preventing it? After all, he can defend himself against wrongful violence by preventing it; why not against defamation or other wrongful speech too?

IV. CONCLUSION

One way to view the relationship between disagreements in belief and disagreements in action is along a motivational dimension. One’s motives to resolve cognitive disagreements surely includes peaceful political accommodation but also includes an epistemic dimension: resolving cognitive disagreements allows us to achieve co-

an obligation to some one particular person is precisely the situation envisioned by the Hohfeldian individualization of duties by persons, and is thus untroublesome).

⁷¹ David Lyons, “The Correlativity of Rights and Duties” (1970) 4 *Nous* 43, 52-53. Matt Kramer presents a more elaborate example of the same kind at 15-17 of his “Rights Without Trimmings”, *supra* note 3.

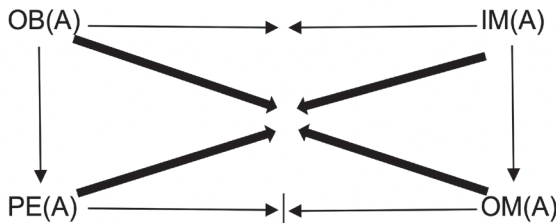
MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

lectively what we each have the capacity to achieve individually, viz, to know the truth about what morality requires of us.

If what morality required of us was that what some of us are obligated to do, others of us were obligated to undo, it would undermine both the political and the epistemic motives to resolve cognitive disagreements. As to the political dimension, peace would not be forthcoming when cognitive disagreements are resolved because the moral truths so agreed upon would require or permit considerable political strife despite there being cognitive agreement. With respect to the epistemic dimension, one would also be demotivated to learn the truth. This latter demotivating effect of moral combat would be the collective analogue of the demotivating effect conflict of obligations would have on each individual's motivation to learn the truth. In both cases, our (individual and collective) search for the truth requires a truth worth finding; that there can be no moral success for half of us in situations of moral combat would be a bitter, demotivating truth indeed.

V. APPENDIX; BRIEF INTRODUCTION TO DEONTIC LOGIC

Deontic logic is usually traced to a version of Aristotle's logic, which was generally oriented around a "square of opposition". With deontic operators (as opposed to the more usual quantifiers or modal operators), the square of opposition is:

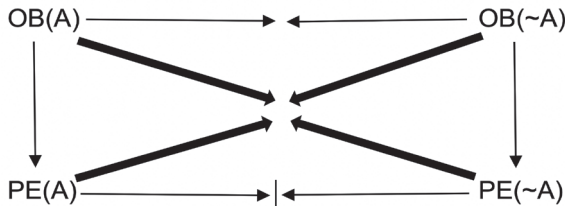


In English: if some action A is obligatory (or "required") ("OB") to do, then it is permissible (PE) to do it; if A is impermissible (alternatively, forbidden or prohibited) ("IM"), then A is "omissible" ("OM"), *i. e.*, it is permissible to omit to do it (one-way implication is repre-

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

sented by $\longrightarrow \rightarrow$). In addition, if A is obligatory, then it is not impermissible, and vice-versa; yet an action may be neither obligatory nor prohibited, so those are contraries (represented by $\longrightarrow \rightarrow \leftarrow \longleftarrow$). If A is obligatory, then it is not omissible, and vice-versa; and if A is impermissible, then it is not permissible, and vice-versa; these four are thus contradictories (represented by $\longrightarrow \leftarrow$). Finally, A must be either permissible or omissible, or both (omissible and permissible are sub-contraries of one another, represented by $\longrightarrow \rightarrow | \leftarrow \longleftarrow$).

One of us has elsewhere urged that one should simplify this square using the theorems of standard deontic logic.⁷² Let letter “A” represent the proposition that the relevant actor does some action a; then “~A” can represent the proposition that the relevant actor did not do that action, that is, that he *omitted* to do it. This allows elimination of two of Aristototele’s four deontic operators to just two, the obligatory and the permissible. Thusly:



This allows one to express the same relationships as before, but in more familiar English. *e. g.*: “if one is obligated not to do something, then he is not permitted to do that thing”; and, “if one is obligated to do something, he is not permitted not to do that thing”.⁷³

Notice that the permissible, as thus far stated, only exists for actions that are the subject of an obligation, either positive or negative. Yet many actions would ordinarily be called permissible precisely because they were free of any obligation, either to do them

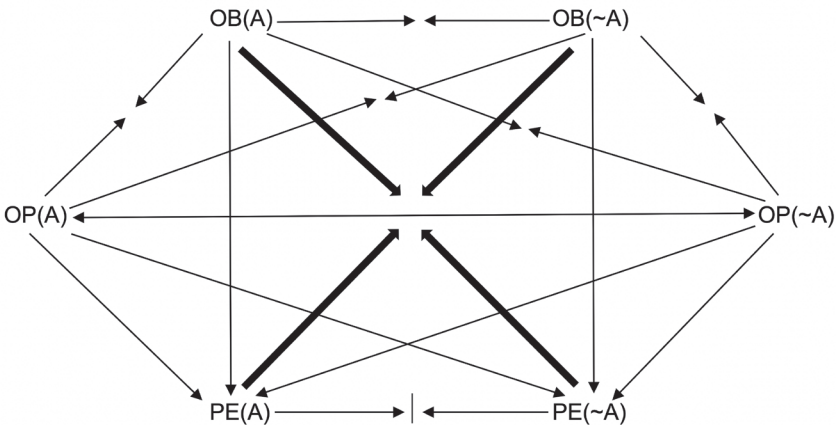
⁷² Michael Moore, “Liberty and Supererogation” (1998) 6 Annual Review of Law and Ethics 111.

⁷³ In Hurd and Moore, “Replying to Halpin and Kramer”, *supra* note 3, we add relations of correlativity to this square of opposition, turning it into a three dimensional figure which we call (with apologies to Aristotle) a “Cube of Opposition”.

MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

or to omit to do them. This is standardly accommodated by adding a third (or fifth, depending on how one is counting) deontic operator, the “optional” (“OP”). This transforms the square into a hexagon. Now the permissible includes both what is obligatory and that which is optional. The optional itself is free of obligation one way or the other; this means that if it is optional to do an action, it is also optional not to do it, and viceversa.⁷⁴

STANDARD DEONTIC HEXAGON⁷⁵



This chart may look more daunting than in fact it is. Start at the top, with Kant’s insight about a conflict of duties being “inconceiv-

⁷⁴ Whether the optional should be considered to be what J.O. Urmson dubbed, “the indifferent”, is a matter of considerable discussion in deontic logic. See JO Urmson, “Saints and Heroes” in AI Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy* (University of Washington 1958). One sees the sense of thinking so initially: the optional is what is free of obligation, so if morality consists only of obligations, morality must be indifferent to actions that are optional. If, however, morality contains other categories in addition to the obligatory —such as the supererogatory— then morality is not indifferent to all actions that are optional. See Heidi Hurd, “Duties Beyond the Call of Duty” (1998) 6 *Annual Review of Law and Ethics* 3; Moore, “Liberty and Supererogation”, *supra* note 72.

⁷⁵ This version of the standard deontic hexagon is from Moore, “Liberty and Supererogation”, *supra* note 72. For a tech-ed up version, adding the aretaic categories of the supererogatory, the suberogatory, the quasi-erogatory, and the indifferent, see *ibid.*

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

able". In standard deontic logic, one cannot both be obligated to do an action and obligated not to do that same action; thus, $OB(A)$ is the contrary of $OB(\sim A)$ (these are contraries, not contradictories, because there are many actions that are optional, *i. e.*, one is neither obligated to do them nor obligated not to do them). Next, $OP(A)$ is the contradictory of the disjunction of either kind of obligation, and so is $OP(\sim A)$; an action is optional when one is entirely free of obligation to either do it or not do it. These facts are represented by the symbolized contrary relations depicted on the upper part of the hexagon; between $OP(A) — OB(A)$, $OP(A) — OB(\sim A)$, $OP(\sim A) — OB(A)$, and $OP(\sim A) — OB(\sim A)$. Likewise, if being optional is to be free of any obligation, then an action is optional if and only if the absence of that action is also optional; thus the biconditional (equivalence) relation depicted between $OP(A)$ and $OP(\sim A)$.

Focus now on the bottom part of the hexagon. Basic even to the most minimal deontic logic is that one is not permitted to do what one is obligated not to do, nor is one permitted not to do something one is obligated to do. Thus, the criss-crossing relations of contradiction (which gave Aristotle's square of *opposition* its name) between $OB(A)$ and $PE(\sim A)$, and between $OB(\sim A)$ and $PE(A)$.

Next, if one is obligated to do some action, then one is permitted to do that action; and likewise, if one is obligated not to do some action, one is permitted not to do that action. Thus, the two vertical lines of one-way implication from $OB(A)$ to $PE(A)$ and from $OB(\sim A)$ to $PE(\sim A)$. But the converse is not true: if an action is permitted, it need not be obligatory to do it. Rather, an action can also be permitted in the sense that it is optional. Thus, there is only a one-way implication running from $OB(A)$ to $PE(A)$, and from $OB(\sim A)$ to $PE(\sim A)$. Also, because $OP(A)$ is equivalent to $OP(\sim A)$, one will necessarily be permitted to do some action if not doing that action is optional, permitted not to do something if doing that action is optional. Thus, the one-way implication depicted running from $OP(A)$ to $PE(\sim A)$ and from $OP(\sim A)$ to $PE(A)$.

Finally, the permission to do an action, and the permission not to do some action, cannot both fail to exist for any given action. That is because one of all act/omission pairs are either obligatory or they are optional; since what is permitted necessarily follows from what

MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

is obligatory and from what is optional, one or other (or both) of these permissions must be true of any given action or omission. Put another way, because no act/omission pair can have both of its constituents be obligatory, one of such a pair must be permissible. Thus a PE(A) is depicted as the sub-contrary of PE(~A), *i. e.*, both PE(A) and PE(~A) can be true but both cannot be false.

VI. REFERENCES

- Aguilar, J.H. and Buckaroff, A.A. (eds.), *Causing Human Actions: New Perspectives on the Causal Theory of Action* (Bradford 2010).
- Alexander, Larry and Moore, Michael S., "Deontological Ethics" in Edward Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edn). URL = <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/ethics-deontological/>.
- Cardozo, Benjamin, *Law and Literature and Other Essays* (Fred B Rothman & Co 1986).
- Cook, Walter Wheeler, "Hohfeld's Contributions to the Science of Law" (1919) 28 *Yale Law Journal* 721.
- Corbin, Arthur, "Legal Analysis and Terminology" (1919) 29 *Yale Law Journal* 163.
- Dowe, Phil, "A Counterfactual Theory of Prevention and Causation by Omission" (2001) 79 *Australasian Journal of Philosophy* 216.
- Hart, H.L.A., "Legal Rights", *Essays on Bentham* (Oxford 1982).
- Hohfeld, Wesley, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning" (1913) 23 *Yale Law Journal* 16.
- Hurd, Heidi, "Duties Beyond the Call of Duty" (1998) 6 *Annual Review of Law and Ethics* 3.
- Hurd, Heidi, "The Moral Magic of Consent" (1996) 2 *Legal Theory* 121.
- Hurd, Heidi, *Moral Combat* (Cambridge 1999).

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

- Hurd, Heidi, "What in the World is Wrong?" (1994) 5 *Journal of Contemporary Legal Issues* 167.
- Hurd, Heidi and Moore, Michael, "Punishing the Stupid, Clumsy, Selfish and Weak: The Culpability of Negligence" (2001) 5 *Criminal Law and Philosophy* 96.
- Hurd, Heidi and Moore, Michael, "The Hohfeldian Analysis of Rights" (2018) 63 *American Journal of Jurisprudence* 295.
- Hurd, Heidi and Moore, Michael, "Replying to Halpin and Kramer: Agreements, Disagreements, and No-Agreements" (2019) 64 *American Journal of Jurisprudence* 259.
- Kant, Immanuel, *The Metaphysics of Morals* (Mary Gregor trans, Cambridge 1996).
- Kleinig, John, "Human Rights, Legal Rights, and Social Change" in Eugene Kamenka (ed.), *Human Rights* (Edward Arlond 1978).
- Kramer, Matthew, "Rights Without Trimmings" in M Kramer, N Simmonds, and H Steiner, *A Debate Over Rights* (Oxford 2000).
- Kramer, Matthew, *Where Law and Morality Meet* (Oxford 2004).
- Kramer, Matthew, *Torture and Moral Integrity* (Oxford 2014).
- Lyons, David, "The Correlativity of Rights and Duties" (1970) 4 *Nous* 43.
- Mackie, J.L., *Ethics: Inventing the Right and Wrong* (Penguin Books 1773).
- McNamara, Paul, "Deontic Logic" in Edward Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2019 Edn). URL - <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/logic-deontic/>.
- Melden, A.I. (ed.), *Essays in Moral Philosophy* (University of Washington 1958).
- Moore, Michael, *Act and Crime: The Implications of the Philosophy of Action for the Criminal Law* (2nd edn, Oxford 2010).
- Moore, Michael, *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals and Metaphysics* (Oxford 2009).

MICHAEL S. MOORE / HEIDI M. HURD

- Moore, Michael, "Liberty and the Constitution" (2015) 21 *Legal Theory* 156.
- Moore, Michael, "Liberty and Supererogation" (1998) 6 *Annual Review of Law and Ethics* 111.
- Moore, Michael, "Legal Moralism Revisited" (2017) 54 *San Diego Law Review* 441.
- Moore, Michael, "Patrolling the Borders of Consequentialist Justification" (2008) 27 *Law and Philosophy* 35.
- Moore, Michael, *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law* (Oxford 1997).
- Moore, Michael, "Renewed Questions About the Causal Theory of Action" in *Causing Human Actions*.
- Moore, Michael, "Responses and Appreciations" in K.K. Ferzan and S.J. Morse (eds.), *Legal Moral and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael Moore* (Oxford 2016).
- Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia* (Basic Books 1974).
- Raz, Joseph, "Permissions and Supererogation" (1975) 12 *American Philosophical Quarterly* 161.
- Robinson, R.E., Coval, S.C., and Smith, J.C., "The Logic of Rights" (1983) 33 *University of Toronto Law Journal* 267.
- Spedding, J., Ellis, R.L., Heath, D.D. (eds.), *The Works of Francis Bacon* (Cambridge 1859).
- Steiner, "Working Rights" in *A Debate Over Rights*.
- Sumner, L.W., *The Moral Foundation of Rights* (Clarendon Press 1987).
- Talia, Jari, "On the Logic of Omissions" (1985) 65 *Synthese* 235.
- Thomson, Judith Jarvis, *The Realm of Rights* (Harvard 1999).
- Von Wright, G.H., *Norm and Action* (Routledge 1963).
- Wellman, Carl, *A Theory of Rights* (Rowman and Allanheld 1995).
- Wellman, Carl, *An Approach to Rights* (Kluwer 1997).
- Wellman, Carl, *Real Rights* (Oxford 1995).

MORAL COMBAT: DISAGREEMENT IN ACTION, NOT BELIEF

Wenar, Leif, "Rights" in Edward Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2015 Edn) URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/rights/>>.

Williams, Bernard, "A Critique of Utilitarianism" in JJC Smart and B Williams (eds.), *Utilitarianism, For and Against* (Cambridge 1973).

IS THE JUDICIAL ROLE JUST A DESCRIPTIVE SOCIAL FACT?*

¿ES EL PAPEL JUDICIAL SÓLO UN HECHO SOCIAL DESCRIPTIVO?

Vinicius FAGGION**

Resumen:

El libro *Moral Combat: The Dilemma of Legal Perspectivalism*, de Heidi Hurd, intenta determinar el ámbito de las obligaciones morales en la toma de decisiones judiciales, y llega a una conclusión escéptica sobre moralidades relacionadas con papeles. Continuaré esta discusión relacionando las tesis de Hurd con tres teorías conocidas sobre obligaciones de papeles. En seguida, argumentaré qué papeles profesionales en sí mismos no pueden generar obligaciones morales. Y, finalmente, explicaré cómo otra teoría puede explicar mejor la relación entre papeles judiciales y obligaciones morales de una manera no constitutiva.

Palabras clave:

Obligaciones de papeles; dilemas morales; razones prácticas; decisiones judiciales.

Abstract:

Heidi Hurd's Moral Combat: The Dilemma of Legal Perspectivalism addresses the scope of moral obligations on judicial decision-making and reaches a skeptical conclusion regarding role-relative moralities. I carry forward the discussion putting it in contact with three known theories of role obligations. Then I proceed to argue that professional roles cannot generate moral obli-

* Artículo recibido el 20 de julio de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de septiembre de 2019.

** Law Faculty, Federal University of Minas Gerais, Belo Horizonte, Brazil. Contact: vsfaggion@ufmg.br y vsfaggion@gmail.com.

VINICIUS FAGGION

gations on their own. And finally, I will explain how another theory can better explain the relationship between the judicial role and moral obligations in a non-constitutive fashion.

Keywords:

Role Obligations; Moral Dilemmas; Practical Reasons; Judicial Decision-Making.

IS THE JUDICIAL ROLE JUST A DESCRIPTIVE SOCIAL FACT?

SUMMARY: I. *Roles and Moral Reasons*. II. *Three Divergent Sides*. III. *The Problems of the Generative Approaches*. IV. *The Social Fact Outlook of Roles*. V. *Acknowledgments*. VI. *References*.

I. ROLES AND MORAL REASONS

In this essay, I suggest that voluntary roles in general and the judicial role, in particular, cannot create or change moral obligations.¹ This claim entails that these types of roles might be just descriptive social facts. I address the topic in two main steps:

First, I will try to aid the apparently counter-intuitive idea that everyday professional roles cannot alter moral reasons for action. I will pay special attention to the judicial role. The arguments will show that role-relative morality is misconceived and maybe does not exist at all.² More specifically, the argument will show that the idea that there are various moral standards for various kinds of professionals is inaccurate. This has some interesting implications. For example, if, as it were, role-relative morality is a myth, the following two propositions cannot both be true: (i) a citizen S is morally permitted to break a law L in a context C; (ii) a judge is morally permitted to punish S in C for breaking L. Hence, judicial ethical conduct cannot ascertain as morally correct verdicts that are contrary

¹ There are roles that presumably impose obligations independent of our will, like familial roles and there are roles whose obligations can only be acquired from our choices. Therefore, we can argue that we are born with a filial role obligation, but we cannot assert that one was already born with a judicial obligation, because an agent can only acquire judicial obligations by choosing to become a judge. I will restrict my analysis only through role obligations of the voluntary kind. After all the judicial role seems to be a trivial instance of it. For an articulated discussion of types of roles and some concerns about grounding obligations in contractual and noncontractual roles, see Michael O. Hardimon, "Role Obligations" (1994) 91 *The Journal of Philosophy* 333.

² Heidi M Hurd, "Justifiably Punishing the Justified" (1992) 90 *Michigan Law Review* 2203, 2225; Heidi Hurd, *Moral Combat: The Dilemma of Legal Perspectivalism* (1st edition, Cambridge University Press 1999) 298.

VINICIUS FAGGION

to reasons justified by ordinary morality, or to state differently, by our critical morality.

Second, I will lay out three accounts of role obligations and show why one of them seems more plausible than the others.

II. THREE DIVERGENT SIDES

The debate around the possibility of roles operating as sources of moral obligations is currently split into three accounts: *the Strong Role-generation Thesis*; *the Weak Role-generation Thesis*; and *the No-role-generation Thesis*.³

The first and second ones assert that professional roles can create or change moral obligations. They are, as it were, “generative approaches”.⁴ The last one holds that roles cannot constitute moral obligations. Roles are at best repositories of moral obligations.

In what follows, I further develop these accounts and clarify what they entail.

1. *The Strong Role-Generation Thesis*

The strong and the weak thesis hold two claims:

(1) Roles instantiate moral duties tailored by specific functions that some professionals are expected to perform;⁵

³ This designation was inspired by two terminologies employed by Alan H Goldman, *Moral Foundations of Professional Ethics* (1st Edition, Rowman & Littlefield Publishers 1990); and Sareh Pouryousefi, “A Normative Model of Professionalization: Implications for Business Ethics” (Doctorate Thesis, University of Toronto 2013).

⁴ “Roles characteristically claim to generate moral prescriptions that vary from professional role to role...”. Arthur Isak Applbaum, *Ethics for Adversaries* (1st edition, Princeton University Press 2000) 10.

⁵ A very popular reference of this idea was articulated by Hardimon (n 1) 334: “a *«role obligation»* is a *moral requirement*, which attaches to an institutional role, whose content is fixed by the function of the role, and *whose normative force flows from the role*” (emphasis added). Hardimon’s definition can be used by strong and weak role-generation theorists to defend their point, although I believe that Hardimon’s role

IS THE JUDICIAL ROLE JUST A DESCRIPTIVE SOCIAL FACT?

(2) Role obligations take precedence for role-occupiers over other moral reasons in cases of conflict.

The difference between the strong and the weak thesis is on *how* the moral obligations that roles instantiate should prevail on our practical reasoning.

With regards to (1), although roles may ground moral obligations, this implication might not be so easily championed. We need to start from a less contentious assertion that roles generate occupational standards of their own.

Thus, for example, physicians typically are the only ones charged with prescribing medicines to human patients and only teachers are expected to grade students fairly.⁶ A similar point can be made about the judicial role. Except for cases decided by a jury,⁷ judges, singly or collegially, typically occupy the sole function responsible to reach legal verdicts. Hence, role-occupations *can*, but need not, generate moral obligations. What happens is that we usually talk about the duties or obligations of a role, and our usage can either *instil*, or *hold a claim* that they are also moral.⁸ Moreover, when we talk about role obligations, we can easily jumble or slip too quickly from indications to vindications. I will not propose that we just stop talking about “duties” or “obligations”, but we need to better qualify the terms.⁹

At this level of inquiry, I think John Simmons’ idea of *positional duties* will do the trick: they are “tasks or performances which are

theory in its entirety would be more in line with the weak version. Later, when I examine the plausibility of these two theories, I hope to clarify this point better.

⁶ David Luban, “Professional Ethics”, *A Companion to Applied Ethics* (1st edition, Wiley-Blackwell 2007) 585.

⁷ But even here judges typically have the function to seal the decision made by the jury and have, in particular circumstances, the exceptional power to overturn a guilty verdict, *e. g.*, in cases of insufficient evidence being presented at trial by the prosecution.

⁸ For an elucidation on how the notions of duty or obligation do not necessarily imply a commitment about how we ought to act morally, see H. L. A. Hart, “Positivism and Separation of Law and Morals” (1958) 71 *Harvard Law Review* 613; H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (2nd edition, Oxford University Press 1997) 203.

⁹ I use “*duty*” and “*obligation*” interchangeably throughout the essay.

VINICIUS FAGGION

intimately connected with some particular office, station, or role which an individual can fill”.¹⁰ Note that this definition suspends judgment towards the moral character of the occupational standard. For now on, “role obligation” will represent a positional duty. After all, this idea still carries a presumption about what the role-player ought to do morally. Besides, the possibility of role obligations being moral is precisely what is at stake here.

As for the second claim, if (1) is correct, then (2) may reveal a conflict between role obligations or between a role obligation and general moral obligations.¹¹ I will put the former conflict aside and focus on the latter. Sometimes someone who occupies a role seems to lack permission to perform an action only because she occupies that role. However, is that impression justified? This type of question represents the crux of the debate faced by professional ethics, and various ethical dilemmas spring from practice.

The ethical dilemmas around the lawyer’s role are the most notorious.¹² However, the judicial dilemma is the one that interests us.¹³ Hurd formulated a case that puts to the test the role-relative morality of judges. Here is the case: Mrs. Smith, a wife frequently beaten by her husband, justifiably believes that the killing of her violent husband is the only way to save herself and her children from keeping on living a miserable life. She ends up killing the husband and, as a result, the state charges her with homicide. We have strong reason to believe that her act was morally justified, even acknowledging that the offense is an inexcusable case of self-defense.¹⁴ If this is

¹⁰ John A. Simmons, *Moral Principles and Political Obligations* (Princeton University Press 1981) 12.

¹¹ Albeit implicitly stated, the conflict is being analyzed at an interpersonal level.

¹² For a recent take on the lawyer’s role, see Tim Dare, *The Counsel of Rogues?: A Defence of the Standard Conception of the Lawyer’s Role* (1a. ed., Routledge 2016); and Michael Huemer, “Devil’s Advocates: On the Ethics of Unjust Legal Advocacy” in Emily Crookston, David Killoren and Jonathan Trerise (eds.), *Ethics in Politics: the Rights and Obligations of Individual Political Agents* (Routledge, Taylor & Francis Group 2017).

¹³ It is also easy to imagine the emergence of ethical dilemmas in the roles of physicians, psychiatrists, and businesspersons.

¹⁴ Heidi Hurd, *Moral Combat* (n 2) 10–11.

IS THE JUDICIAL ROLE JUST A DESCRIPTIVE SOCIAL FACT?

the case, what should the judge responsible for the judgment do? It appears the judge has a professional role obligation, which requires him to apply the law and condemn Smith for the felony, even if the judge believes that the wife did the right thing.¹⁵

The example calls into question a truism about the judicial function, namely that judges have, all-things-considered, a moral obligation to apply the institutional rules of their respective legal systems.¹⁶

When facing professional dilemmas, the strong thesis states that role-agents are morally obliged by the norms that constitute their occupation. Professional codes of conduct create a new moral environment and the agent's ethical conduct is judged within their domain.¹⁷ Despite not needing to do so, supporters of the theory also seem comfortable to endorse some kind of moral relativism, namely

¹⁵ Another example that appears to fit the bill was made by Alan H Goldman, *Practical Rules: When We Need Them and When We Don't* (1st edition, Cambridge University Press 2001) 43: a poor old widow did not have sufficient income to pay the rent for the only dwelling place of hers. Her financial downfall was caused by no fault of her own and now she is being sued by a millionaire real estate company claiming the eviction of the house. Assuming that the widow had done nothing wrong to deserve the eviction, besides the violation of a contractual legal right, it appears that a judge can have a moral obligation to violate the civil law and correct the unjustified outcome. For a batch of other morally suboptimal cases, see Jeffrey Brand-Ballard, *Limits of Legality: The Ethics of Lawless Judging* (1st edition, Oxford University Press 2010) 74–91.

¹⁶ “One intuitive way to justify the above model of judicial reasoning is to claim that judges have a moral obligation to apply the law: what I will call an obligation of fidelity. A moral obligation of fidelity would, in effect, preempt the introduction into judicial reasoning considerations heterogeneous to the content of the law and its impartial application. If judges generally have a powerful moral reason to be in fidelity, then they can normally ignore moral concerns that are not legally recognized, since their obligation would usually outweigh or otherwise invalidate competing considerations”. Anthony R Reeves, “Do Judges Have an Obligation to Enforce the Law?: Moral Responsibility and Judicial-Reasoning” (2010) 29 *Law and Philosophy* 159, 160.

¹⁷ Another way to express this argument was made in the so-called *Separatist Thesis*: “the separatist thus upholds a removal of his own specific professional-role morality from all or many other moral requirements of rights or other values; he denies that the latter may counterbalance or outweigh the former”. Alan Gewirth, “Professional Ethics: The Separatist Thesis” (1986) 96 *Ethics* 282, 284.

VINICIUS FAGGION

a relativism according to which some moral rights, obligations, or permissions are relative to roles.¹⁸

Thus, the strong thesis splits our moral reasoning between role-relative reasons and general reasons that, arguably, applies to everyone. However, if this is true, then morality appears to be either a vivid domain of moral strife or a domain of uncertain moral solutions. Professional morality will justify role-occupants to thwart certain interests or outcomes that are permitted by ordinary morality.

2. *The Weak Role-Generation Thesis*

The weak role-generation thesis, also known as the *recourse role view*, stands as a middle ground between the other two theories. It was developed by Mortimer and Sanford Kadish and further endorsed by Gerald Postema. According to them, a stringent set of occupational standards do not constitute moral requirements.¹⁹

They assert that voluntary roles were created for a purpose and this purpose is the source of moral obligations related to some role. The *recourse role* theorists (*“role recursists”*, for brevity) also deny that professional ethics constitute an insulated normative domain that conflicts with ordinary moral reasoning. Because the ends of the role are the source of moral obligations, the role itself appears to be justified in terms of objective or general moral purposes. Then, if a role’s ends are morally justified, every professional decision made with those ends in mind will reflect a role obligation.

¹⁸ Alan Goldman appears to be an endorser of this type of theory. However, he asserts that not all roles should be seen as strongly differentiated, although he explicitly claims that the judicial role is a clear-cut example. See Goldman, *The Moral Foundations of Professional Ethics* (n 3) ch 1-2.

¹⁹ “[I]n a recourse role, one’s duties and responsibilities are not fixed, but may expand or contract depending on the institutional objectives the role is designed to serve. The recourse role requires the agent not only to act according to what he perceives to be the explicit duties of the role in a narrow sense, but also to carry out those duties in keeping with the functional objectives of the role”. Gerald J Postema, “Moral Responsibility in Professional Ethics”, *Profits and Professions* (Humana Press 1983) 37, 53-54.

IS THE JUDICIAL ROLE JUST A DESCRIPTIVE SOCIAL FACT?

The Kadish brothers suggest that when with facing ethical dilemmas, which defies the usual boundaries of their occupation, legal officials can, still acting *qua* officials, access a wider evaluative standpoint to take a decision that will do justice to the ends of the role.²⁰ For example, “judges who nullify the law are not acting lawlessly because the role itself permits this kind of incorporation of ordinary morality”.²¹

This account is still a generative approach because the “ends-of-role heuristic” settles the scope of reasons that the role-player can access to take a professional decision. It is said figuratively that the role grants permission for the agent to think from an all-things-considered evaluative domain.²² Thus, the *recoursist* seems to insist on a curious attachment to the idea that roles themselves provide moral guidance, or that a role can be a *sui generis* source of moral normativity.

3. The No-Role-Generation Thesis

In contrast, the last thesis, also named the *nexus view*, claims that roles are not *sources* of moral obligations; they are at best *repositories* of moral considerations. According to this thesis, there is only one evaluative domain, which can ascribe moral duties to a particular role. Role obligations, as per this view, represent complex instances of general morality; “role morality is not opposed to ordinary morality, but one manifestation of it”.²³ Ultimately, it will be a moral assessment of all available reasons and factual circumstances

²⁰ “In virtue of the nature of the office and its place in the legal system, an official may sometimes be justified, as the official he is, in taking upon himself the decision to depart from some rule of competence and hence from some incurred obligation”. Mortimer Kadish and Sanford Kadish, “On Justified Rule Departures by Officials” [1971] California Law Review 905, 906.

²¹ W. Wendel, “Three Concepts of Roles” [2011] Cornell Law Faculty Publications 547, 552.

²² Pouryousefi (n 3) 214.

²³ Judith Andre, “Role Morality as a Complex Instance of Ordinary Morality” (1991) 28 American Philosophical Quarterly 73, 75.

VINICIUS FAGGION

that will determine what the role-occupier ought to do, all-things-considered.

The general idea is that roles provide epistemic reasons to believe that the assigned-conduct ought to be fulfilled, instead of a practical moral reason to do what the role seems to impose.²⁴ For the *nexus view*, roles might designate another relation, which can be *to specify, to aim at, or trigger* moral obligations (whose existences are independent of the role).²⁵ In other words, as suggested before, roles seem to indicate, rather than vindicate moral obligations. Moreover, because roles can express one of those ideas, the justification of the obligations inscribed in a role is made transparent to moral analysis and is external to the role itself.²⁶

III. THE PROBLEMS OF THE GENERATIVE APPROACHES

Here I claim that, despite having some intuitive pull, generative approaches must be rejected. Consider the following scenario:

While bathing on Lake Beach, Lucky is caught up by the tide. He panics and, for that reason, is unable to swim back to the coast. Unless rescued, Lucky will drown. Emerson is the coast guard of Lake Beach, hired precisely to rescue swimmers in peril. Seeing that Lucky is about to drown, Emerson does what he was hired to do: saving swimmers in peril. Lucky is thus saved. Of course, Emerson does not just do what he was hired for. He also, intuitively, does what he was morally required to do in that situation. Can we say then that

²⁴ For a contrast between reasons for belief and reasons for action, see Hurd, *Moral Combat* (n 2) 153-83, where she suggests that theoretical authority, a type of epistemic authority, represents the correct account of the reason-giving force of law. She argues that theoretical authorities provide evidential reasons to believe in antecedently existing reasons for action generated by existing moral facts. If we extend this rationale to comprise voluntary roles, we can claim that roles of this kind might specify, aim at, or trigger moral reasons.

²⁵ For an insightful investigation into the nature of epistemic or reason-giving in the triggering sense, see David Enoch, "Reason-Giving and the Law", *Oxford Studies in the Philosophy of Law 1* (2011), 1-38.

²⁶ W Bradley Wendel, "Legal Ethics as Political Moralism or the Morality of Politics" (2008) 93 *Cornell Law Review* 1413, 1423.

IS THE JUDICIAL ROLE JUST A DESCRIPTIVE SOCIAL FACT?

Emerson's role *qua* coast guard was the source of the moral obligation to save bathers in peril?

Consider the overly distracted Lucky once more. He is drowning, again, but this time Emerson was not there to save him, Palmer was. But here is the catch: Palmer is not a coast guard; he is a triathlete. He ruminates about the situation and concludes that despite being the only person around he is not obligated to rescue Lucky. Not long after, the unlucky man drowns and passes away. Can Palmer use the fact that he was not hired to save swimmers as an excuse? It does not seem so. Being, in that circumstance, the only person capable to save Lucky, it follows that Palmer was indeed morally obliged to save Lucky. However, if Palmer had the same kind of moral obligation as Emerson, we can conjecture that the professional role of a lifesaver cannot create or alter the moral obligation to rescue drowning bathers. This obligation existed all along. It is a general obligation that we all have in some circumstances: to help those in distress if there is no significant risk to harming oneself in the process.²⁷

If I am correct, we cannot argue that the coast guard role adds something to Emerson's moral obligations. Maybe we can say that the role of a coast guard adds more *salience* or *responsibility* to an already existing moral obligation. Then, to be a coast guard entails rescuing persons (when it is feasible) without a slight shadow of a doubt. We can also infer that, if the role does not alter one's moral obligations, in being a coast guard the professional acquires new conditions of action; after all, Emerson is hired to preserve safety conditions for bathers. Then, it is imperative that Emerson

²⁷ Someone could argue that if Palmer saved Lucky, his heroism was a supererogatory action and from there insist that the role of a coast guard alters supererogatory reasons into obligatory reasons. But that is weird. If we reason in this way, we will undermine one firmly held conviction about the morality of rescues and be forced to forgive Palmer for his lack of wisdom and moral sensibility. After all, Palmer was an exceptional swimmer so it is perfectly reasonable to expect that he could save lives adrift. This is so because there is a principled reason for rescue already mentioned: the duty to save people in distress if there is no significant risk of harming oneself. Thus, the "this is not my job" excuse seems coarse and morally unjustified.

VINICIUS FAGGION

remains watchful in his working hours, a positional duty that we clearly cannot demand from swimmers like Palmer.

Enough of Baywatch cases. Let us see if these cases tell us anything significant to the discussion about the judicial role. Right from the get-go, we can pinpoint one dissimilarity:

A triathlete can just jump into the water and save a drowning swimmer. But it is not the case that even the wisest of the moral reasoners can simply sit on the bench and issue a legal decision. Roles like those of the surgeon, lawyer, or judge have confined conditions of occupation. Typically, only experienced and licensed jurists can become judges through a public exam or government nomination. But these formal conditions do not tell us much about the need to perform moral obligations that come to be attached to these roles, they only tell what agent, as a matter of fact, can act as a professional. For that reason, I think we can use a similar rationale from the Baywatch examples to the judicial role, with the caveat that typically only a person invested as a judge can perform the functions of the role and use moral reasoning in adjudication.

My suggestion is that, just like the Baywatch case, there are pressing moral obligations that take part on adjudication, and those obligations exist despite the existence of the judicial role, or even the existence of a legal system. Hence, it is possible that some moral obligations that every person should carry out, being part of a role or not, will appear to be in conflict with the typical understanding we have of professional ethics (as the case of the said moral obligation to apply the law ascribed to judges). Thus, when confronted with a morally suboptimal case, the judge can have a moral obligation to absolve justified offenders, just as a good swimmer can rescue drowning bathers.

I think this gives us an overall reason to dispute the plausibility of the generative approaches. Let us discuss, now, particular objections against the strong and the weak thesis, with the judicial dilemma in mind.

As shown, the strong thesis claims that there are roles with their respective moral obligations, and these should be only evaluated from rules or conventions within the professional realm. I also said that some strong role theorists endorse a version of moral relativ-

IS THE JUDICIAL ROLE JUST A DESCRIPTIVE SOCIAL FACT?

ism.²⁸ In virtue of having these commitments, they simply bite the bullet and embrace the judicial dilemma: they see no problem with the opposed conflicts of rights and interests of innocent defendants and the judicial duty to apply the legal system's standards. If the professional tenets of the judicial role lead to this conclusion, so be it.

However, this is too bitter a bullet to bite. If we embrace the dilemma we would be forced to hold that a judge could be morally excused by his professional role to sentence innocent persons because he is so required *qua* judge. The famous example of the abolitionist judge Joseph Story illustrates this point. He was an opponent of slavery, but nevertheless felt bound by his role as a judge to enforce the current legal standard at the time, the Fugitive Slave Act, which required the restitution of escaped slaves to their masters. In a letter to a friend, he wrote:

I shall never hesitate to do my duty as a Judge, under the Constitution and laws of the United States, be the consequences what they may. That Constitution I have sworn to support, and I cannot forget or repudiate my solemn obligations at pleasure. You know full well that I have ever been opposed to slavery. But I take my standard of duty as a Judge from the Constitution...²⁹

²⁸ Goldman (n 3) 10, for example, grounds the strong theory in a relativism of moral values and suggests that there are systems of values that cannot be evaluated in an objective or value-neutral way. Because of that, it is possible to conceive the emergence of differentiated professional domains with particular ways of acting morally. He states "that there may be two or more self-consistent but mutually incompatible sets of values, such that any preference for one set over the others would presuppose values contained in the first but not in the others. In this situation there could be no value-neutral reason for preferring one of these systems over the others. We could not say that one of them as a whole was more rational or morally superior in some objective sense, since the notion of rationality or moral superiority to which we appealed would beg the question in favor of the one system and against the others. And yet what counted as moral reasons in relation to one of these value systems would not in others; actions judged right from the viewpoint of one such system might be judged wrong from others". Nevertheless, he still finds possible to explain institutional obligations under general principles and to ensure that professionals cannot appeal to ordinary moral considerations when acting *qua* professionals.

²⁹ Joseph Story, *Life and Letters of Joseph Story: Associate Justice of the Supreme Court of the United States, and Dane Professor of Law at Harvard University* (The Lawbook Exchange, Ltd 2001) 431.

VINICIUS FAGGION

Thus, the problem with this account is that the strong thesis appears to create an unbridgeable gap between the putative moral obligations of the role and ordinary moral reasons or critical moral thinking. Joseph Story's confessions show how the idea that judges have a moral obligation to be faithful and to apply the legal systems' standards compels him to condemn justified offenders to a hideous fate. Because he thought he had a role obligation to obey the law he reached a resolution that it was not his responsibility as a professional to reach the correct moral verdict.³⁰

The strong theorist can deny this inference, but I think the denial will undermine the idea that there are insulated realms of moral valuation, the realm of professional morality, and the realm of ordinary morality. If we reject that judges have a special obligation of fidelity, because the law is unjust, we are using general and critical moral judgments to argue that judges cannot have moral obligations in these circumstances. However, how can we now maintain the idea that role obligations are justified without an appeal from ordinary morality? The strong thesis is just too strong. It can turn even wicked professional obligations into moral ones. And if we try to soften the undesired consequences, the thesis becomes incoherent.

Now we can see if the weak thesis can escape the objection above.

Because the *recourist* uses ordinary morality that captures the role's ends to discover the moral obligations of the professional, he can argue that high fidelity to the legal systems' standards is an in-

³⁰ Richard Wasserstrom, "Roles and Role Morality", in Luban (ed.), *The Good Lawyer* (Rowman & Littlefield Publishers, Incorporated, 1983) 28, captures the gist of the matter: "the problem, it seems to me, is that behaviour that is potentially criticizable on moral grounds is blocked from such criticism by an appeal to the existence of the actor's role which it is claimed, makes a moral difference. The appeal to the existence of the role seems to distort, limit, or make irrelevant what might be otherwise morally relevant, if not decisive, reasons for acting or abstaining for acting". This objection has more repercussions that I cannot afford to give its proper treatment here, because it depends on in-depth analysis on questions about the importance of personal convictions and the autonomy of the individual on professional decision-making environments. To additional criticisms about this issue of professional detachment, see Postema (n 19) 73-81 and Applbaum (n 4) 15-42.

IS THE JUDICIAL ROLE JUST A DESCRIPTIVE SOCIAL FACT?

correct picture of judicial obligations. Therefore, the role of the judge has to exist because of a good purpose. So, when confronted by an evil regime or a morally suboptimal legal standard, the judge is not obligated to follow unjust directives. Thus, acting within the role, a judge has the discretion to disobey some decision rules. The *recourist's* way out can be expressed by a condition introduced by Hardimon, the *reflective acceptability*:

To say that a social role is reflectively acceptable is to say that one would accept it upon reflection. Determining whether a given social role is reflectively acceptable involves stepping back from that role in thought and asking whether it is a role people ought to occupy and play. Determining that a given social role is reflectively acceptable involves judging that it is (in some sense) meaningful, rational, or good.³¹

This condition is on par with the recourse view. A normative reflection about the purpose of the role is a way to inquire about its ends. However, the way I see it, the conditional falls flat to explain how roles generate moral obligations. If to recognize the ethical obligations of a role we need to step outside the usual way we perceive its obligations, how the *recourist* can plausibly claim that the moral force of those obligations flows from the role itself? When querying if the role obligations of judges are really moral, we are using an external moral point of view. In other words, we are using critical morality in order to identify the moral obligations attached to a role. But if the *recourist* asks us to do that, he is undermining his theory because,

If what a role really requires, rather than what it merely appears to require, depends on how it can best serve some independent value, then the normative force of the role would seem to derive from that value. Apparently, according to Hardimon, conventional understandings of the role that cannot be construed as serving the relevant value are not genuine elements of the role and do not give rise to role obligations. The independent value, then, is doing all the work in establishing obligatory force, not the social recognition of the role.³²

³¹ Hardimon (n 1) 384.

³² Reeves (n 16) 175.

VINICIUS FAGGION

Thus, this middle-of-the-road strategy, sensitive towards ordinary morality, makes the weak theory incoherent because the *recourist* argues for two incompatible claims: that roles constitute moral obligations; and that the instantiation of these obligations is made from an independent value, detachable from the role.

Another problem is that the recourse role account is too under-specified to solve professional dilemmas. Reflection upon the depths of the judicial role could reveal that its ends frankly entails a commitment to the legal system's values, such as the rule of law; so absolving a justified offender will weaken those values, and judges need to preserve them. Alternatively (and probably what the recourse role theorists aspire) judges could disregard some legal standards on morally suboptimal cases because too much fidelity may produce injustice. So ultimately, the weak thesis collapses into a strong or a no-role-generation thesis.

IV. THE SOCIAL FACT OUTLOOK OF ROLES

Now I dedicate the final section to clarify the *nexus view*, the theory that I think offers the best explanation of professional roles. I also seek to lay down some of its theoretical and practical advantages.

First, let us recap that for this view, voluntary roles cannot form a moral domain on their own, and this fact implies that moral evaluation is somewhat external to the practice of a role. Thus, it appears that roles do not need to have any necessary moral content. Professional roles are simply what they are, and not what they ought to be.³³ If this is so, then to identify a role will not be so different from the way legal positivists understands law: as a descriptive social fact. For instance, Hart argued that law exists from a social rule at least accepted by the officials charged with the responsibility to administer it.³⁴ So the legal positivist does not need to engage in moral evaluation to recognize law either as coercive or as bind-

³³ Applbaum (n 4) 10.

³⁴ Hart (n 8).

IS THE JUDICIAL ROLE JUST A DESCRIPTIVE SOCIAL FACT?

ing.³⁵ Similarly, “the existence and content of no rule of a role depends on its meeting an evaluative standard; rather, the rules of a social role just are those standards that are as a matter of social practice convergently treated as its rules”.³⁶ Thus, convergent patterns of behavior impute to one assigned-role a set of positional duties or role obligations, which the role-player shall follow.

Not surprisingly, Applbaum made the analogy and called his theory practice positivism. Because social practices are acknowledged by what they are and not for what they ought to be, the positional duties of a role can be subjected to moral criticism and, hopefully, correctly ascertained. Applbaum’s theory is on the same page with what has been suggested throughout the essay: that a role cannot generate and impinge one set of moral obligations that differ and interfere with justified reasons for action.

I believe this way of conceptualizing voluntary and professional roles has important advantages in contrast to the available alternatives.

The first one has to do with its clarity. The *nexus view* allows us to see clearly what professional roles entail before subjecting them to moral criticism. In addition, the theory shows its simplicity, for there is only one moral domain to scrutinize the actions of persons in general and of role-players in particular.

Here a weak role theorist could retort, “Well, our theory equally endorses evaluation from ordinary morality; professional actions just need to reflect the role’s ends”. The rejoinder is tenable, but then I can devise another layer of simplicity in favor of the *nexus view*, related to its coherence. Because *role recursists* still insist on the constitutive role of the role, their theory loses its grip, because they face problems to explain why perverted roles cannot generate moral obligations. Consequently, they now need additional argu-

³⁵ For a complete analysis on the possibilities of evaluating the law and on how legal positivists do not engage in substantive moral analysis to conceptualize law, see Julie Dickson, *Evaluation and Legal Theory* (Hart Pub 2001).

³⁶ Stefan Sciaraffa, “Two Perspectives on the Requirements of a Practice” in Maksymilian Del Mar (ed.), *New Waves in Philosophy of Law* (1st edition, Palgrave MacMillan UK 2011) 215.

VINICIUS FAGGION

ments to elucidate role obligations as moral.³⁷ But, as we saw, arguments like the reflective acceptability turn this generative theory internally incoherent. Hence, by insisting on the now disputed constitutive aspect of roles, the weak theorist accepts a dubious stake to reach the same goal achieved by the *nexus view*, namely to evaluate role obligations through ordinary morality.

Finally, the *nexus view* shows the meta-theoretical virtue of comprehensiveness, because its claims make an all-encompassing understanding of the character of voluntary role obligations. It explains that roles can add more salience and responsibilities to the role-player's obligations, even if these roles are good or bad ones. If positional duties reflect a moral requirement, then the role specifies, aim at, or trigger this obligation for the agent. Now, if a positional duty is morally unjustified, the role can still add saliency, but from a different nature. Maybe the agent obeys his role obligations for prudential, self-interest reasons, or reasons of conformity, but these reasons do not bind the agent morally, because they are incapable to trigger moral obligations.

By consequence of these advantages, the No-role-generation Thesis can be a fruitful rationale to solve professional dilemmas properly, such as the judicial one. The theory diminishes an impression regarding morality (one arguably caused by our strong role-relative attitudes): the tendency to state its conflicting character, as a domain that turns agents into moral gladiators in an arena of disagreement "in which one's moral success would depend on another's moral failure".³⁸ When we effectively have only one evaluative domain to analyze the correctness of role obligations, our chances to reach better and less contentious decisions (or verdicts), appears to be facilitated.

Lastly, I would like to conclude with a suggestion that follows from the reasoning built up until here. It seems that the arguments addressed in the essay led me to endorse a normative "external-

³⁷ *Role recursists* face difficulties to dispel their "generative aspect" in vile roles like the mercenary or the mafia member. They even seem to be forced to deny that a formalist judge in a perverse legal system is really a judge at all.

³⁸ Hurd, *Moral Combat* (n 2) 10.

IS THE JUDICIAL ROLE JUST A DESCRIPTIVE SOCIAL FACT?

ist” strategy of role-evaluation.³⁹ After all, we saw that probably we need to evaluate the moral obligatoriness of professional directives from a point of view that “appeals to standards beyond the particularities of institutionally specified role obligations”.⁴⁰ If this is correct, then perhaps every responsible moral agent needs to distance itself as much as possible from the strictures of a role to reflect critically if its duties imposed are really justified. As Applbaum once said, “judgments about the legitimate authority of a role can and must always be made from a standpoint outside the role, within one’s own shoes”.⁴¹ This moral posture appears to be a natural consequence for theorists that think that role-relative morality is a kind of a myth.

V. ACKNOWLEDGMENTS

I am indebted to Lucas Miotto for the careful comments in an earlier version of this article and to Thomas Bustamante for the revision. I would like to thank André Coelho, Heidi Hurd, Michael Moore, Ronaldo Macedo, Saulo Mattos, and Thomas Bustamante, all participants of the Colloquium “Legal Obligations and Perspectivalism: Celebrating the 20th Anniversary of the Publication of Heidi Hurd’s book «Moral Combat»”, held at the Federal University of Minas Gerais in December 2018. I also acknowledge the financial support given by CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior).

VI. REFERENCES

Andre J., “Role Morality as a Complex Instance of Ordinary Morality” (1991) 28 *American Philosophical Quarterly* 73.

³⁹ An “internalist” strategy will sustain that role obligations cannot be assessed by standards outside the practice of the role.

⁴⁰ Sean Cordell, “Virtuous Persons and Social Roles” (2011) 42 *Journal of Social Philosophy* 254, 261.

⁴¹ Applbaum (n 4) 259.

VINICIUS FAGGION

- Applbaum AI., *Ethics for Adversaries* (Princeton University Press 2000).
- Brand-Ballard J., *Limits of Legality: The Ethics of Lawless Judging* (1 edition, Oxford University Press 2010).
- Cordell S., "Virtuous Persons and Social Roles" 42 *Journal of Social Philosophy* 254.
- Dare T., *The Counsel of Rogues?: A Defence of the Standard Conception of the Lawyer's Role* (1 edition, Routledge 2016).
- Dickson J., *Evaluation and Legal Theory* (Hart Publishing 2001).
- Enoch D., "Reason-Giving and the Law", *Oxford Studies in the Philosophy of Law 1* (Social Science Research Network 2011), available in: <<https://papers.ssrn.com/abstract=2607030>> accessed 27 October 2018.
- Gewirth A., "Professional Ethics: The Separatist Thesis" (1986) 96 *Ethics* 282.
- Goldman A.H., *Moral Foundations of Professional Ethics* (1st U.S. Edition edition, Rowman & Littlefield Publishers 1990).
- Goldman A.H., *Practical Rules: When We Need Them and When We Don't* (first edition edition, Cambridge University Press 2001).
- Hardimon M.O., "Role Obligations" (1994) 91 *The Journal of Philosophy* 333.
- Hart H.L.A., *Law, Liberty, and Morality* (Stanford University Press 1963).
- Hart H.L.A., "Positivism and Separation of Law and Morals" (1958) 71 *Harvard Law Review*.
- Hart H.L.A., *The Concept of Law* (Penelope Bulloch and Joseph Raz eds, 2nd edition, Oxford University Press 1997).
- Huemer M., "Devil's Advocates: On the Ethics of Unjust Legal Advocacy", *Ethics in Politics: The Rights and Obligations of Individual Political Agents* (Routledge 2017), available in: <<https://www.routledge.com/Ethics-in-Politics-The-Rights-and-Obligations-of-Individual-Political/Crookston-Killoren-Trerise/p/book/9781138858039>> accessed 20 May 2018.

IS THE JUDICIAL ROLE JUST A DESCRIPTIVE SOCIAL FACT?

- Hurd H. M., *Moral Combat: The Dilemma of Legal Perspectivalism* (Cambridge University Press 1999).
- Hurd H. M., “Justifiably Punishing the Justified” (1992) 90 Michigan Law Review 2203.
- Kadish M. and Kadish S., “On Justified Rule Departures by Officials” [1971] California Law Review 905.
- Luban D. (ed.), *The Good Lawyer: Lawyers “Roles and Lawyers” Ethics* (Rowman & Allanheld 1983).
- Luban D. (ed.), “Professional Ethics”, *A Companion to Applied Ethics* (Wiley-Blackwell 2007), available in: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/9780470996621.ch43>> accessed 27 October 2018.
- Postema G. J., “Moral Responsibility in Professional Ethics”, *Profits and Professions* (Humana Press 1983) available in: <https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-4612-5625-0_4> accessed 15 May 2018.
- Pouryousefi S., “A Normative Model of Professionalization: Implications for Business Ethics” (Doctorate Thesis, University of Toronto 2013), <https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/70133/3/Pouryousefi_Sareh_201311_PhD_thesis.pdf>.
- Reeves A. R., “Do Judges Have an Obligation to Enforce the Law?: Moral Responsibility and Judicial-Reasoning” (2010) 29 Law and Philosophy 159.
- Sciaraffa S., “Two Perspectives on the Requirements of a Practice” in Maksymilian Del Mar (ed.), *New Waves in Philosophy of Law* (Palgrave Macmillan UK 2011) available in: <https://doi.org/10.1057/9780230316645_10> accessed 16 September 2018.
- Simmons A., *Moral Principles and Political Obligations* (Princeton University Press 1981).
- Story J., *Life and Letters of Joseph Story: Associate Justice of the Supreme Court of the United States, and Dane Professor of Law at Harvard University* (The Lawbook Exchange, Ltd 2001).

VINICIUS FAGGION

- Wasserstrom R., “Roles and Morality” in David Luban (ed.), *The Good Lawyer: Lawyers’ Roles and Lawyers’ Ethics* (Rowman & Allanheld 1983).
- Wendel W., “Three Concepts of Roles” [2011] Cornell Law Faculty Publications available in: <<https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/580>>.
- Wendel W. B., “Legal Ethics as ‘Political Moralism’ or the Morality of Politics” (September 2008) 1431.

IS BERNARD WILLIAMS' DISTANCE RELATIVISM REALLY DEFEATED BY HEIDI HURD'S ATTACK ON PERSPECTIVALISM?*

*¿ES EL RELATIVISMO DE LA DISTANCIA DE BERNARD WILLIAMS
REALMENTE DERROTADO POR EL ATAQUE DE HEIDI HURD
AL PERSPECTIVALISMO?*

Ronaldo PORTO MACEDO JUNIOR**

Resumen:

El punto abordado en este comentario es sólo uno de los muchos temas posibles que podrían ser discutidos. Sin embargo, creo que es un punto serio que concierne a una de las premisas clave del argumento general de Hurd. Mi objetivo es discutir la refutación que hace Hurd a la defensa de Bernard Williams del llamado relativismo de la valoración o relativismo de la distancia. Aunque este tema ocupa sólo cinco páginas en todo el libro, creo que es central para la argumentación general contra el relativismo moral, que es un pilar fundamental de la tesis principal del texto. En primer lugar, presentaré el tema central de la obra y cómo está estructurada. Luego mostraré cómo la refutación del relativismo moral es un punto clave para la tesis principal del libro. Más adelante presentaré el argumento de Williams, y sus llamados defectos principales, según Hurd. Finalmente, examinaré el ataque de Hurd al relativismo de valoración y el fracaso de Hurd en refutar las afirmaciones de Williams.

Palabras clave:

Relativismo moral; relativismo de distancia; combate moral; juicios éticos; moralidad.

* Artículo recibido el 20 de julio de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de septiembre de 2019.

** Professor of Philosophy of Law at University of Sao Paulo and FGV - Direito - Sao Paulo, ronaldomacedo50@gmail.com.

RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR

Abstract:

The point addressed in this comment is just one among the many possible subjects that could be discussed. However, I believe it is a serious point concerning one of the key premises of Hurd's general argument. My aim is to discuss Hurd's refutation of Bernard Williams defense of the so-called appraisal relativism or relativism of distance. Even though this topic occupies only five pages in the whole book, I think it is central for the general argument against moral relativism which is a core pillar of the main thesis of the book. I will first present the central theme of the book and how it is structured. I will then show how the refutation of moral relativism is a key point for the major thesis of the book. Further I will present Williams argument, according to Hurd and its so-called major flaws. Finally, I will scrutinize Hurd's attack on appraisal relativism and Hurd's failure to refute Williams claims.

Keywords

Moral Relativism; Relativism of Distance; Moral Combat; Ethical Judgements; Morality.

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *Williams's Argument According to Heidi Hurd*. III. *Williams's Account on Appraisal Relativism or Relativism of Distance*. IV. *Conclusion*. V. *References*.

I. INTRODUCTION

Professor Heidi Hurd's *Moral Combat*¹ is definitely a great book. It is great on its ambitions, clarity and philosophical outcomes. The philosophical breadth of the analysis and the broad and comprehensive agenda of related themes in Moral, Political Philosophy and legal theory that professor Hurd addresses in this inspired book makes it a fantastic opportunity and useful tool both for philosophical education and for the analysis of one of the most urgent and pressing dilemmas of lawyers and legal philosophers.

Moral Combat is an example of how philosophy book should be written, especially those that carry the ambition to start a genuine conversation with legal philosophers and jurists, for its careful effort to be clear and friendly to the reader's effort to follow the arguments. Hurd saves the reader's energy to follow and understand her major and novel arguments, instead of imposing unnecessary hurdle on them in trying to find the thrust (a central thread) of the argument all the time. Hurd is always offering some help to readers in order to avoid them to be lost in the amazon forest of philosophical arguments.

The point I would like to address in this comment is just one among the many possible subjects that could be discussed. It is certainly not the most obviously connected with the legal practice problems. However, I believe it is a serious point concerning one of the key premises of Hurd's general argument. My aim is to discuss Hurd's refutation of Bernard Williams defense of the so-called *appraisal relativism* or *relativism of distance*. Even though this topic occupies only five pages in the whole book (from page 49 to page 54), I

¹ Heidi Hurd, *Moral Combat: The Dilemma of Legal Perspectivalism* (Cambridge 1999).

RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR

think it is central for the general argument against moral relativism which is a core pillar of the main thesis of the book. In order to understand the relevance of this point, I will first present the central theme of the book and how it is structured. I will then show how the refutation of moral relativism is a key point for the major thesis of the book. Further I will present Williams' argument, according to Hurd and its so-called major flaws. Finally, I will scrutinize Hurd's attack on Williams appraisal relativism and the strength of her arguments against it.

Hurd's homage to clarity starts from the very beginning of the book, in which she summarizes its ambitions and goals. According to Hurd, morality traditionally has been concerned with the consistency between what we must morally do and what we can do. This tension is explicit when we are commanded to act in a way that we supposedly should be barred to do. The classic example is expressed in the view that we may be both categorically obligated not to kill and categorically obligated to kill in self-defense.

It is noticeable that Heidi uses the word *morality* instead of the morals. Such concept is at the center of Bernard Williams criticisms in many of his books². As she points out:

My worry in this book is not that morality may issue contradictory injunctions or confront us with intrapersonal conflicts. *My worry is that morality may require interpersonal combat*. It may make one person's moral success turn on another's moral failure. Persons may be morally obligated to prevent others from satisfying their moral obligations and morally compelled to punish others for doing precisely what they should have done.³

Thus, the concern that morality may be gladiatorial derives from the very common presupposition that "those who take on certain

² Bernard Williams, *Ethics and the limits of philosophy* (Harvard University Press 1985) and Bernard Williams, *Morality: An Introduction to Ethics* (Cambridge 1993).

³ Hurd, *Moral Combat*, *supra* note 1, Preface, page XI. For example, personal roles, such as the role of a parent or a spouse, are often defined in terms of special obligations that are owed to those who are near and dear. And it is commonly believed that professional roles give rise to similarly unique obligations.

IS BERNARD WILLIAMS' DISTANCE RELATIVISM...

roles within our society simultaneously take on unique obligations - obligations that do not burden those outside such roles".⁴

This situation leads to the unavoidable conclusion that if the role of la judge is defined by a special obligation to protect the rule of law, as is commonly supposed, and if the role of a legal system designer is defined by a unique obligation to preserve democracy and the separation of powers, then we must believe that morality is perspectival. In this case, "moral obligations vary from one role to another, so we must check which hat we are wearing to discover the duties that bind us".⁵

This conclusion is connected to a jurisprudential dilemma, since on one hand, a role-relative commitment to the rule of law may compel judges to punish citizens who (free of judicial constraints) justifiably violate the law. On the other hand, "a role-relative duty to preserve democracy and the separation of powers may compel system designers to criticize, discipline, or impeach judges who act justifiably in acquitting citizens who violate the law without a legal justification or excuse".⁶ The dilemma is unavoidable since if our institutional values are role-relative, as Hurd puts it, then our most fundamental jurisprudential commitments are in conflict.

The answers to this challenge can be found in two alternatives. Either we must countenance the punishment of the justified or we must abandon the common presumption that legal officials are uniquely bound to follow the law out of deference to the rule of law and democracy. None of them is fully satisfactory since the first one admits that actors are forced to confront others in a moral combat, and the second jeopardizes jurisprudential commitments to rule of law and separation of powers.

Hurd deals with this challenge tracing the dilemma of legal perspectivalism to three theses. First, the content of law does not perfectly mirror the content of morality; second, the content of morality is not relative to the beliefs of individuals and communities; and third, the law does not compel our obedience. She

⁴ Ibid at XI.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR

argues that, if any of these theses is false, then the dilemma dissipates: Either there are no instances of justified disobedience or it is morally unproblematic to punish such disobedience.

Hurd characterizes the dilemma of legal perspectivalism saying that it is generated by the apparent incompatibility of three principles. The first is the *principle of weak retributivism*, which holds that individuals who are morally justified in their actions ought not to be blamed or punished for those actions. The second is *the principle of the rule of law*. It requires law to conform to a set of formal values, such as generality and coherence, as a means of protecting substantive moral values like liberty and equality. The third is the *principle of democracy* and the separation of powers, which “vindicates the right of majorities to be self-governing by assigning policy-making powers to a democratic legislature and restricting the executive and judiciary to the secondary tasks of policy implementation and application”.⁷ If they are genuinely incompatible, one or more of them must be abandoned in order to keep our faith in these basic features of the legal system.

After presenting the challenge, Hurd moves towards testing the alternatives that could avoid the dilemma. The first alternative she explores is the perspectivalism⁸. This preliminary point leads her to another stage in which she focuses on moral relativism and Bernard Williams’ version of it.

Before tackling it, though, the argument stresses that the dilemma of legal perspectivalism would not arise if one of three things were

⁷ Ibid at 1.

⁸ Hurd quotes Rex Zedalis, who describes the perspectivalist thesis as follows: “Decisions taken in full exercise of personal responsibility and individual accountability can lead to varying assessments regarding whether the values they promote order society’s affairs so as to advance the human condition. Higher authority may view the situation entirely differently from nonlegislative decision-makers involved in the initial assessment of the appropriateness of a specific actor’s behavior”. Hurd, *Moral Combat*, *supra* note 1 at note 17, at 15-16 (quoting Rex Zedalis, “On First Considering Whether Law Binds” (1993) 68 *Indiana Law Journal* 208). As she continues: “If institutional roles create new reasons for action (or eliminate otherwise valid reasons for action), the correspondence thesis is false and morality may compel the punishment of the justified”. Hurd, *Moral Combat*, *supra* note 1, 15-16.

true. First, if the *content of the law perfectly mirrored the content of morality*, “so that citizens and officials were never called upon by law to do anything contrary to the balance of moral reasons for action, then citizens and officials would never be justified in violating the law”.⁹ The dilemma of legal perspectivalism is a real dilemma only if law and morality are noncongruent. Second, if *metaethical relativism were true, the correspondence thesis would be trivially false*. “The truth of moral propositions would be relative to the beliefs of individuals (in the case of metaethical subjectivism) or to the beliefs of communities (in the case of metaethical conventionalism)”.¹⁰ The puzzle generated by the incompatibility of our institutional commitments is therefore significant only if metaethical relativism is false. Finally, *if the law provided reasons for unconditional obedience, then even if it did not perfectly mirror morality, it would nevertheless preclude justified disobedience by citizens*.

I want to focus only on the second argument. According to it, the first presupposition of the dilemma of legal perspectivalism is that moral relativism is an indefensible account of the nature of morals. (Were it otherwise, the correspondence thesis would be false, and the dilemma that structures the book would be illusory).

This is so since the correspondence thesis asserts that the justifiability of an action determines the justifiability of permitting or preventing that action. This thesis rests on the assumptions that: 1. the reasons for action that determine the morality of conduct are objective, in the sense that their right-making characteristics are universal. (If it is right for an actor to do an act, it must be right for all others that she do it) and, 2. that, “where other persons face a choice between alternative actions that will or will not thwart the actor’s course of conduct, the rightness of the actor’s conduct entails the wrongness of any actions that will thwart it”.¹¹ Assuming this, she states that if relativism is right, then the first claim upon which the defense of the correspondence thesis rests must be false, and the dilemma of legal perspectivalism must be without bite.

⁹ Ibid 16.

¹⁰ Ibid 27.

¹¹ Ibid 16.

RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR

It is important the stress two features of Hurd's argument. The first one is linked to the idea that *morality* is objective because it is *universal*. The second one is the exclusiveness involved in the *decision* about what is right or wrong. And here comes her critique to Williams. The correspondence thesis is one of the axis of what Bernard Williams characterizes as the system of *Morality*, a very specific and historically determined way of thinking about ethical judgement. That basically depends on the kind of relativism we have in mind. The puzzle concerning the moral combat above is thus a genuine dilemma only if moral relativism is false. This is why Hurd engages in the project to show that moral relativism is false.

Hurd's argument against moral relativism is general. However, I will only address Williams' account, which I believe is the most challenging to Hurd's major argument.

II. WILLIAMS'S ARGUMENT ACCORDING TO HEIDI HURD

Bernard Williams has bred a strand of relativism that he calls both "appraisal relativism" and "the relativism of distance". It is important to notice that, unlike traditional relativism, which evaluates the morality of actions relative to some set of moral conventions, Williams's appraisal relativism evaluates appraisals of moral conventions.

According to Hurd, it is thus a third-order thesis about the second-order practice of appraising moral agreements. According to Williams, the second-order practice of evaluating some set of conventions is relative to various conditions, such as the nature of one's own moral code and one's own concerns or preferences.

Appraisals of moral conventions can occur, Williams argues, only if two conditions are met: I. there are two or more self-contained systems of belief (S1 and S2); and II. these systems of belief are exclusive. In what Williams deems the most straightforward case, S1 and S2 have conflicting consequences: When asked some yes/no question, persons holding S1 will answer "yes" while persons holding S2 will say "no". For example, two groups would be said to hold conflicting

systems of beliefs if in answer to the question “Is abortion moral?” one group says “yes” while the other says “no”.¹²

When the exclusivity of two self-contained systems results in what Williams calls “*real confrontation*”, there is “a group at that time for whom each of S1 and S2 is a real option; this includes, but is not confined to, the case of a group which already holds S1 or S2, for whom the question is whether to go over to the other S”.

Contrasted with real confrontation there is *notional confrontation*, which “resembles real confrontation in that there are persons who are aware of S1 and S2, and aware of their differences” but differs from real confrontation “in that at least one of S1 and S2 do not present a real option to them”.¹³

For a system of beliefs, S2, to be a “real option” for some group holding S1, two conditions must be met. 1. First, it must be possible for members of the group to assent to S2 —to fully accept it or live within it— while still retaining “their hold on reality”. 2. Second, it must be possible for the group to rationally justify adopting or going over to S2.¹⁴

According to Williams’ pragmatic interpretation of the doctrine “relativism with regard to a given type of S, is the view that for one whose S stands in purely notional confrontation with such an S, questions of appraisal do not genuinely arise”. The only legitimate appraisals are appraisals of real options. To stand in merely notional confrontation is to lack the relation to our concerns which alone gives any point or substance to appraisal...”.¹⁵ As Williams concludes, only real options can be judged, because “the more remote a given S is from being a real option for us, the less substantial seems the question of whether it is ‘true,’ ‘right,’ etc.”.¹⁶

¹² Bernard Williams, “The Truth in Relativism” (1974) 75 Proceedings of the Aristotelian Society 215-228, republished in *Moral Luck: Philosophical Papers 1973-1980* (Cambridge 1982) 180.

¹³ Williams, “The Truth in Relativism” at 180.

¹⁴ Ibid 181.

¹⁵ Ibid 183.

¹⁶ Ibid.

RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR

Williams claims to avoid the regress and *reductio* that semantic and presuppositional relativism invite, because he explicitly eschews any attempt to relativize the vocabulary of appraisal so as to declare options merely “true for us” or “true for them”. *As he says*, “we must have a form of thought not relativized to our own existing S for thinking about other Ss which may be of concern to us, and to express those concerns...”¹⁷

Hurd, however, points three major problems in Williams account. I. Williams’ conception of what constitutes a real option that is eligible for appraisal is flawed; II. Williams’s incapacity to explain how could there ever be two conflicting systems leading to opposite consequences that are equally real options for some group and; III. by limiting ethical judgments to real options, he limits the scope of our evaluations of other ethical systems to those systems we could adopt. That’s what the article will address in following pages.

1. *Williams’ Conception of what Constitutes a Real Option that is Eligible for Appraisal is Flawed*

The first problem derives from his conception of what constitutes a *real option* that is eligible for appraisal. For a system of beliefs, S₂, implying consequences opposite from those of S₁ to be a real option for persons holding S₁, it must be the case that persons holding S₁ can “go over” to S₂ without losing their “hold on reality”.

The point here is the ambiguity concerning the concept of *reality*. Since, “if reality is relative to one’s system of beliefs, then “going over” to a system of beliefs that implies consequences opposite to one’s own must surely be the very definition of “losing one’s hold on reality”.¹⁸ If, on the other hand, reality is objective, then “one of two sets of conflicting beliefs must not be a real option for anyone, because, if both were real options, this would entail that beliefs could be simultaneously true and false, right and wrong, and acceptable and unacceptable”.¹⁹

¹⁷ Hurd, *Moral Combat*, *supra* note 1 at 44.

¹⁸ *Ibid* 50.

¹⁹ *Ibid*.

IS BERNARD WILLIAMS' DISTANCE RELATIVISM...

For this reason, she concludes that Williams must have in mind a notion of reality that reflects psychological rather than metaphysical commitments. In other words, a real option must represent a system of beliefs which is sufficiently close to our own that a conversion to it does not jeopardize our ability to conduct ourselves normally. However, Hurd points out that there is a difficulty here. How would we find a system of beliefs that is “close enough” to allow for nondisruptive conversion and yet so different that it renders answers to moral questions that are completely contradictory to our own?

Furthermore, the very concept of relational would be also problematic in Williams' view. If rationality is relative to a system of beliefs, then how could conversion to a system implying consequences opposite to those implied by one's own beliefs be rational? Alternatively, “if rationality, on one hand, is something *objective*, then, this implies that there are right answers to moral questions such that one of two groups giving conflicting answers to a moral question must be wrong”.²⁰ It is important to notice the concept of objectivity that lies behind this Hurd's statement. On the other hand, “if Williams rejects this latter construction, and thereby rejects the notion that there exists some means of evaluating the rationality of ends, then he commits himself to the position that only internal criticism of a system of beliefs is possible”.²¹

But here comes the argument's flaw. Since “if this is the case, then we could not appraise a system of beliefs as superior to our own (except to the extent that we may consider it more consistent than our own) and could not, on that basis, demonstrate that converting to it is rational”.²² As a conclusion, for Hurd, Williams has no clear idea of what it would mean for a conflicting system of beliefs to be a real option.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid 51.

²² Ibid.

RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR

2. Williams' Incapacity to Explain how Two Conflicting Systems Could there ever Be Leading to Opposite Consequences that Are Equally Real Options for Some Group

The second problem that Williams' theory engenders, according to Hurd, results from his refusal to relativize the semantics of moral discourse. However, "if the language of appraisal is not relative to a system of beliefs (such that a practice can be "right" under one system and "wrong" under another), how could there ever be two conflicting systems leading to opposite consequences that are equally real options for some group?²³ Furthermore, how could the word "right" mean the same thing when applied to conflicting practices?

If under S1 all answer "no" to the question "Is abortion moral?", they are committed to thinking that abortion is immoral. And if under S2 all answer "yes" to the question "Is abortion moral?", they are all committed to thinking that abortion is moral.

Hurd correctly acknowledges that Williams would answer to her charge by invoking his conception of ethical truth, which equates ethical truth with that determinate set of ethical conclusions that "a range of investigators could rationally, reasonably, and unconstrainedly come to converge on...".²⁴

He insists that convergence on moral truth will require the abilities that are employed "in finding our way around in a social world, and this, crucially, means in some social world or other, since it is certain both that human beings cannot live without a culture and that there are many different cultures in which they can live, differing in their local concepts". Ethical beliefs are thus true, in Williams' view, only "in the oblique sense that they are the beliefs that would help us to find our way around in a social world...".²⁵

For Williams, the reflection is important for the ethical attitude. However it is not the only dimension of it, which involves affections, sentiments and the also the reflection on them. Here again Hurd points to two new problems. The first one concerns the fact that

²³ Ibid.

²⁴ Ibid 51.

²⁵ Ibid.

“any set of beliefs that rational, reasonable, and unconstrained investigators would fail to converge on as demonstrative of the best means of getting around in a particular society would not be, for those investigators, a real option”.²⁶

Here, two new flawed options are open to Williams: “If Williams were to allow external investigators to evaluate or appraise a set of beliefs to determine its “truth” or “falsity” when that set of beliefs is not for them a real option, he would have to abandon his central claim that appraisals are inappropriate where ethical views are in notional confrontation”.²⁷ However, “if ‘false’ beliefs are, necessarily, not real options, and are thereby insulated from evaluation, how are they to be judged false?”.

It is important to notice that the insulation of the different set of practices and beliefs is not absolute. The standards function as Wittgenstein’s famous thread metaphor: a tread made of many different fibers, intertwined, and setting patterns of family resemblances among them.²⁸

The second problem is that Williams cannot make the argument that two individuals who employ the same evaluative term in contradictory ways may both be right if, in so doing, they reflect the best available method for living with others in their particular societies.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ L Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, 4th Edn (Wiley-Blackwell 2009) paragraph 67. “I can think of no better expression to characterize these similarities than “family resemblances”; for the various resemblances between members of a family: build, features, colour of eyes, gait, temperament, etc. etc. overlap and criss-cross in the same way. —And I shall say: ‘games’ form a family. And for instance the kinds of number form a family in the same way. Why do we call something a “number”? Well, perhaps because it has a —direct— relationship with several things that have hitherto been called number; and this can be said to give it an indirect relationship to other things we call the same name. And we extend our concept of number as in spinning a thread we twist fibre on fibre. And the strength of the thread does not reside in the fact that someone fibre runs through its whole length, but in the overlapping of many fibres. But if someone wished to say: “There is something common to all these constructions —namely the disjunction of all their common properties”— I should reply: Now you are only playing with words. One might as well say: “Something runs through the whole thread —namely the continuous overlapping of those fibres”.

RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR

However, according to Williams these problems would only make sense if understood internally in a system that he technically describes as *morality*.²⁹ For him, there surely are cases where we find ourselves under ethical demands which conflict. These conflicts are not always eliminable in the way that the morality system requires them always to be —by arguments leading to the conclusion that one of the oughts was only *prima facie* eliminable from our moral accounting.

However, he argues, “it is surely falsifying of moral thought to represent its logic as demanding that in a conflict... one of the conflicting oughts must be totally rejected on the grounds that it did not actually apply”.³⁰

²⁹ Williams describes it in *Morality*, *supra* note 2, and also in *Ethics and the limits of philosophy*, *supra* note 2 (ELP) The major features are the following: First, the morality system is essentially practical: my moral obligations are always things that I can do, so that “if my deliberation issues in something that I cannot do, then I must deliberate again” (ELP: 175). This implies, second, that moral obligations cannot (really) conflict (ELP: 176). Third, the system includes a pressure towards generalization which Williams calls “the *obligation out-obligation in principle*”: this is the view that every particular moral obligation needs the logical backing of a general moral obligation, of which it is to be explained as an instance. Fourth, “moral obligation is inescapable” (ELP: 177): “the fact that a given agent would prefer not to be in [the morality] system will not excuse him”, because moral considerations are, in some sense like the senses sharpened up by Kant and by Hare, *overriding* considerations. In any deliberative contest between a moral obligation and some other consideration, the moral obligation will always win out, according to the morality system. The only thing that *can* trump an obligation is another obligation (ELP: 180); this is a fifth thesis of the morality system, and it creates pressure towards a *sixth*, that as many as possible of the considerations that we find practically important should be represented as moral obligations, and that considerations that cannot take the form of obligations cannot really be important after all (ELP: 179). Seventh, there is a view about the impossibility of “moral luck” that we might call, as Williams calls it, the “purity of morality” (ELP: 195–6): “morality makes people think that, without its very special obligation, there is only inclination; without its utter voluntariness, there is only force; without its ultimately pure justice, there is no justice”; whereas “in truth”, Williams insists, “almost all worthwhile human life lies between the extremes that morality puts before us” (ELP: 194). Eighth, “blame is the characteristic reaction of the morality system” to a failure to meet one of its obligations (ELP: 177); and “blame of anyone is directed to the voluntary” (ELP: 178). Ninth, and finally, the morality system is impersonal.

³⁰ Bernard Williams, *Problems of the Self* (Cambridge 1973) 183 and 184.

3. *Williams Limits the Scope of Our Evaluations of Other Ethical Systems to Those Systems We Could Adopt by Limiting Ethical Judgments to Real Options*

Hurd sees a final and most damaging flaw in Williams' view, that is linked to the fact that by limiting ethical judgments to real options, he limits the scope of our evaluations of other ethical systems to those systems we could adopt. This is far from being a minor defect, since it is precisely over those systems that do not pose a real option for us that we most feel the need for criticism.

In so doing, she concludes that Williams' theory effectively bars our evaluation of practices when they become so different from our own that we could not adopt them. Besides, "His theory thus allows us to appraise only what we already generally approve. We are estopped, on this theory, from condemning those practices which we consider morally outrageous precisely because we consider them morally outrageous. It thus appears that Williams' pragmatic theory is both conceptually and morally indefensible".³¹

Is Heidi Hurd right in her three criticisms? This is what the article will address in following pages.

III. WILLIAMS' ACCOUNT ON APPRAISAL RELATIVISM OR RELATIVISM OF DISTANCE

In order to clarify some of the major problems in Hurd's criticism it is important to recapitulate the basic intentions of Williams's philosophical project and ambitions. The major arguments for refuting Hurd's criticisms can be found in two articles³² and his most important book *Ethics and the limits of philosophy*.³³

In *The Need to Be Sceptical*,³⁴ Williams points out to the fact that the system of morality contained a severe limitation for a sound un-

³¹ Hurd, *Moral Combat*, *supra* note 1, 52.

³² Bernard Williams, "The Need to Be Sceptical" in *Essays and Reviews: 1959-2002* (Princeton 2016) 311-318 and Williams, "The Truth in Relativism", *supra* note 12.

³³ Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, *supra* note 2.

³⁴ Bernard Williams, "The Need to Be Sceptical", in *Essays and Reviews: 1959-2002* (Princeton 2016) 311-318.

RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR

derstanding of the current language of morals. This kind of moral philosophy was fully developed in theories that assume some variant of *impartial observer* (Adam Smith) or a detached conception of rationality such as that found in Kantian or Benthamite traditions.

Once philosophy has acknowledged that our beliefs play an important role in our moral reflection, a new philosophical challenge has to be faced. As Williams puts it:

“Our”, this powerful little word, applied to our ethical beliefs, gives philosophy many of its problems. Who, relevantly, are “we”? Members of this society or community? Representatives of all humanity? Just some sentient creatures among others, whose concerns should be directed to all of them? Utilitarianism assumes the last answer.³⁵

The Scylla and Charybdis of moral philosophy lies in the tension between, on one hand, a view of moral thinking detached from emotions, which tries to ground a universal kind of argument about what is right or wrong (*The Immitatio Christi* ambition found in *Morality*),³⁶ and, on the other hand, a kind of view that takes the community, the particular social space to which one belongs, as the centre of one’s ethical experience.

For Williams there is a way out to this contrast between two views that is at the center of his criticisms of views such as Hurd’s (Of course, she knows it, but she does not accept it. At least not in the way she interprets Williams). Williams’ view is heavily influenced by the later work of Wittgenstein. As he explains:

Unlike some other critics of ethical theory, this view arrives at its opposition to it not in the first instance by reflection on ethical or social issues, but from considerations about *meaning*. This is one kind of moral philosophy that has continued to put at the front of its interests, as linguistic analysis did, questions about the meaning of ethical expressions and the ways in which we understand them, but its conclusions are the opposite of those typical of linguistic analysis. ...*It rejects any sharp distinction between fact and value*, and also any view which

³⁵ Ibid 313.

³⁶ Bernard Williams, “The Human Prejudice” in B Williams, *Philosophy as a Humanistic Discipline* (Princeton 2006) 135-52.

IS BERNARD WILLIAMS' DISTANCE RELATIVISM...

claims that values are merely attached to, read into, or projected on to a world that is in itself the inert subject of scientific inquiry... *The attack on the empiricist view takes from Wittgenstein a basic idea that all our understanding of language is a matter of children picking up practices, being inducted into a "form of life"; nowhere is it a matter of applying abstractly formulated rules. ...The use of ethical language, equally, depends on a shared form of life and the practices of a community within which we pick up the terms of our ethical experience.*³⁷

This conception shows the philosophical need to explain how the "we" functions.

The difficulty is to know, in the ethical case, who "we" are, whose practices and form of life are in question. When Wittgenstein spoke of mathematics resting, in the end, not on any absolute foundations, but only on how "we" go on, the "we" would seem naturally to embrace all those who share an understanding of mathematics. But "thick" ethical concepts are not typically shared by everyone; and the concepts belonging to other cultures that we (that is to say, we here) may come to understand, we by no means necessarily share with them.³⁸

Here the contrast between the classical universalism (Kantian or Hurdian version) and the classical relativism (conventionalist) is what is at stake and the possibility of overcoming them is what Williams is looking for. He continues: "If the 'we' to which the Wittgensteinian account speaks includes all humanity, then it still needs to explain how it is that some of us structure our ethical life with concepts that are unknown, strange or even repellent to others". He makes a clear claim against both universalism and the correspondent conception of moral objectivity. Besides

If, on the other hand, the "we" that is relevant is that of a real community, a set of people whose ethical language and practices have a genuine social identity, then this philosophy still has to tell us how we can pick up and understand the ethical concepts of others (as to some extent we clearly can) and yet reject those concepts. Equally it has to tell us how we can come to embrace new ethical concepts.³⁹

³⁷ Williams, *Essays and Reviews: 1959-2002*, *supra* note 34, 314 (emphasis mine).

³⁸ *Ibid* 314.

³⁹ *Ibid* 315.

RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR

Here his claim targets the conventionalist relativism.

This is the stage in which moral relativism is located. It must face the challenge the of how moral relativism, if philosophically consistent, can avoid the moral combat as posed by Heidi Hurd.

According to Williams relativism can be a consequence of some kind of disagreement. "If we reflect on disagreements of a certain kind and come to the conclusion that they cannot be objectively settled, we may react by adopting some form of relativism".⁴⁰ It is clear that relativism is not peculiar to ethics, since it can also be found in many areas of philosophy of science. Thus, "Its aim is to take views, outlooks, or beliefs that apparently conflict and treat them in such a way that they do not conflict: each of them turns out to be acceptable in its own place. The problem is to find a way of doing this, in particular by finding for each belief or outlook something that will be its own place".⁴¹

Besides, relativism has an aim. It is not a mere descriptive tool. "The aim of relativism is to explain away a conflict, and this involves two tasks. It has to say why there is no conflict and also why it looked as if there were one (the disguise)".⁴² Williams criticizes common versions of relativism for being implausible. For example: *Strict relational relativism* performs the first task very crisply, by finding in the two statements a logical form that makes them straightforwardly compatible, so that there is no problem in accepting both.

A more fruitful kind of relativism is *Relational relativism* which introduces a clearly compatible structure and then has to say what disguised it. In this approach, "we should ask what happens if we start by conceding that two beliefs or outlooks do indeed conflict and are genuinely exclusive. The problem will then be to find a sense in which each may still be acceptable in its place".⁴³

For Williams, one idea that requires us to think in a broader way about relativism is *incommensurability*. Different scientific theories will not straightforwardly contradict one another. However, they do

⁴⁰ Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, *supra* note 2, 136.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid* 157.

exclude one another. You cannot work within both of them. "This account of rival scientific theories makes them sound like two cultures or *forms of life*".⁴⁴

However, this situation leads to an important question about the relationship among different cultures to be answered. How is relativism possible if two cultures, or outlooks, or ways of life exclude one another? Not instantly, he would reply, since "someone who has certain dispositions and expectations as a member of one culture will often be unwilling, when confronted with an alternative way of life, to do what is done in the other culture".⁴⁵ Again it is relevant to remember that for Williams the relationships among these cultures and outlooks are very much like Wittgenstein's tread metaphor previously mentioned.

For this reason, "the dispositions and reactions that are exercised within one culture are not merely diverted or shown to be inappropriate by the fact that its members are presented with the behavior of another culture".⁴⁶ It is artificial to treat these matters as if they always involved two clearly self-contained cultures. The relationships among cultures, subcultures, fragments of cultures, constantly meet one another and exchange and modify practices and attitudes. Social practices could never come forward with a certificate saying that they belonged to a genuinely different culture, so that they were guaranteed immunity to alien judgments and reactions".⁴⁷

Thus, *instant relativism* is excluded. For similar reasons, *strict relational relativism* in ethics is excluded altogether since is implausible to suppose that ethical conceptions of right and wrong have a logically inherent relativity to a given society.⁴⁸ Neverthe-

⁴⁴ Ibid 158.

⁴⁵ Ibid, Williams gives the following example to point his claim. "Thus, members of a culture that does not admit human sacrifice encounter members of another that does. They conceptualize differently the ritual killings, but this does not mean that the first group, if horrified, are laboring under an anthropological misunderstanding. It is, as they might put it, a deliberate killing of a captive, which is enough for their ethically hostile sentiments to extend to it. (It does not follow that they have to blame anyone: that is another question)".

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR

less, this does not yet make all kinds of relativism implausible. The role played by reflection is a central feature to understand how relativism can be plausible. For Williams, the fact that people can and must react when they are confronted with another culture and do so by *applying their existing notions* —also by *reflecting on them*— seems to show that the ethical thought of a given culture can always stretch beyond its boundaries. It is important that this is a point about the content or aspirations of ethical thought, not about its objectivity.⁴⁹

This an important point about Hurd’s reading of Williams. *Objectivity is not a requirement for moral thought (in general)*, even though it might be considered a central feature for the *system of morality*. However, even if objectivity does not imply a relativistic attitude, it is not irrelevant or unresponsive to it. In conclusion, for Williams it is a serious mistake to think that believing in a relativistic view requires you to be equally well disposed to everyone else’s ethical beliefs.⁵⁰

In considering other alternatives to make sense of relativism, Williams acknowledges that if its possibility is evaluated by merely conceptual reasons, then it becomes impossible. However, we should rather ask how much room we can coherently find for such a thought.

The traditional approach TO this issue ASSUMES that there is one basic distinction, between the outlook of one group and the outlook of all others. According to it, “the relativist thinks that the judgments of one group apply just to that group, and the other party thinks that any group’s judgments must apply to everybody”.⁵¹ However, they are both wrong.

The point in Williams’ relativism is that we must not simply draw a line between ourselves and others. We should rather, in a Wittgensteinian way, recognize that others are at varying distances from us. In other words, “we must also see that our reactions and relations to other groups are themselves part of our ethical life, and we should understand these reactions more realistically in

⁴⁹ Ibid 159.

⁵⁰ Ibid 160.

⁵¹ Ibid.

terms of the practices and sentiments that help to shape our life”.⁵² For this reason, some disagreements and divergences matter more than others and “above all, it matters whether the contrast of our outlook with another is one that makes a difference, whether a question has to be resolved about what life is going to be lived by one group or the other”.⁵³

Wittgenstein’s tread metaphor is at play once again. These different relationships among these practices should to be analyzed as *family resemblances* rather than a rigid divide. This is why he introduces the distinction between *real* and *notional confrontations* already mentioned.⁵⁴

For Williams, “the idea of a ‘real option’ is largely, but not entirely, a social notion. An outlook is a real option for a group either if it already is their outlook or if they could go over to it; and they could go over to it if they could live inside it in their actual historical circumstances and retain their hold on reality, not engage in extensive self-deception, and so on”. Thus, a “relativist view of a given type of outlook can be understood as saying that for such outlooks it is only in real confrontations that the language of appraisal —good, bad, right, wrong, and so on— can be applied to them. In notional confrontations, this kind of appraisal is seen as inappropriate, and no judgments are made. When relativism is rejected for a given area, this does not mean that there are no notional confrontations.”⁵⁵

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid. “A real confrontation between two divergent outlooks occurs at a given time if there is a group of people for whom each of the outlooks is a real option. A notional confrontation, by contrast, occurs when some people know about two divergent outlooks, but at least one of those outlooks does not present a real option”.

⁵⁵ Ibid 162: “The confrontation between phlogiston theory and any contemporary theory of combustion is without doubt notional, and phlogiston theory is not now a real option; but on the non-relativist view of such theories there is something to be said in appraisal of phlogiston theory, that it is false. It is not merely that to try to live the life of a convinced phlogiston theorist in contemporary academia is as incoherent an enterprise as trying to live the life of a Teutonic Knight in 1930’s Nuremberg. Phlogiston theory is not a real option because it cannot be squared with a lot that we know to be true”.

RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR

Williams calls this kind of relativism the *relativism of distance*.⁵⁶ There is room for it in a *reflective ethical outlook*. This kind of relativism is connected to ethical outlooks rather than particular practices, and it is to large-scale systems or bodies of beliefs and attitudes that it has to be applied. The relativistic suspension of ethical judgment attached to this kind of relativism requires conceiving the society in question as a whole.

Furthermore, “there are some ethical concepts that we can apply to people and their actions —virtue and vice concepts, for instance— even when the outlook of the society in which they lived is not in real confrontation with ours. This involves taking the people in abstraction from the social practices in which they lived, and so, often, we do not see them realistically”.⁵⁷ Williams calls our attention to the fact that thoughts about the past and the future raise different problems because we are caused by the one and cause the other. Moreover, the past and our understanding of it are specially related to the *reflectiveness* that starts off these problems.

Williams notices that the growth of reflective consciousness has not been always positive. The phenomenon of self-consciousness, together with the institutions and processes that support it, constitute one reason why past forms of life are not a real option for the present.⁵⁸

How does reflection relate to our contemporary sense of justice? As he puts it: “Were the past societies unjust? In being less reflective and self-conscious than modern society, what was it that these societies did not know? Williams states that it is tempting to say that they did not know of alternatives to their social arrangements and thought that their social order was necessary. This is so because we see our view of our society and ourselves as more naturalistic than their view of themselves.”⁵⁹

⁵⁶ Ibid: “The distance that makes confrontation notional, and makes this relativism possible, can lie in various directions. Sometimes it is a matter of what is elsewhere, and the relativism is applied to the exotic. It is naturally applied to the more distant past”.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid 164.

⁵⁹ Ibid 165: “This naturalistic conception of society, expressed by Hobbes and Spinoza at the beginning of the modern world, represents one of the ways in which

IS BERNARD WILLIAMS' DISTANCE RELATIVISM...

This idea plays an important role on our ideas of justice since “the legitimations of hierarchy offered in past societies, and the ways in which we now see them, are relevant to what we say about the justice or injustice of those societies”. *This is important for the relativism of distance*. “Just” and “unjust” are central terms that can be applied to societies as a whole, and in principle, at least, they can be applied to societies concretely and realistically conceived.⁶⁰ In this sense, one can defend a relativistic view of justice.⁶¹

Williams summarizes his ideas in the following way:

It may be that considerations of justice are a central element of ethical thought that transcends the relativism of distance. Perhaps this, too, comes from a feature of the modern world. We have various conceptions of social justice, with different political consequences; each has comprehensible roots in the past and in our sentiments. Since we know that we do not accept their past legitimations, but otherwise are not sure how to read them, we are disposed to see past conceptions of justice as embodiments of ideas that still have a claim on modern people. To this extent, we see them as in real confrontation with each other and with modern ideas.⁶²

For this reason, Hurd's argument for the impossibility of deriving real options from conflicting views is not convincing.

Finally, it is important to settle the role of reflection itself and its relations to ethical knowledge. Williams says that, in a way, reflection might destroy knowledge, because thick ethical concepts that were used in a less reflective state might be driven from use by reflection, while the more abstract and general ethical thoughts that

the world has become *entzaubert*, in Max Weber's famous phrase: the magic has gone from it".

⁶⁰ Ibid: “Moreover, an assessment in terms of justice can, more obviously than others, be conducted without involving the unhelpful question of whether anyone was to blame. The combination of these features makes social justice a special case in relation to relativism. Justice and injustice are certainly ethical notions and arguably can be applied to past societies as a whole, even when we understand a good deal about them”.

⁶¹ Ibid 166.

⁶² Ibid 167.

RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR

would probably take their place would not satisfy the conditions of propositional knowledge.

However, this does not imply that particular beliefs that once were true now cease to be true. On the contrary, what it means is that these people once had beliefs of a certain kind, which were in many cases pieces of knowledge. However, “because after reflection they can no longer use concepts essential to those beliefs, they can no longer form beliefs of that kind”.⁶³ This means that a certain kind of knowledge with regard to particular situations, which used to guide them round their social world and helped to form it, is no longer available to them. In this sense, knowledge is destroyed because a potentiality for a certain kind of knowledge has been destroyed.

Finally, for Williams “ethical knowledge, though there is such a thing, is not necessarily the best ethical state”.⁶⁴ It is necessary to remember that, “in the process of losing ethical knowledge, we may gain knowledge of other kinds, about human nature, history, what the world is actually like. In other words, we can gain knowledge about, or around, the ethical”.⁶⁵

Moreover, this is not merely another name for the knowledge we shall have lost. Above all, it is not related in the same way to conviction. One reason why conservatives and traditionalists attack reflection is that they fear the uncertainty that seems to follow from it, the situation in which the best lack all conviction. The result they fear is something to be feared, and they are right to detest a certain liberal posture that makes a virtue out of uncertainty itself and, in place of conviction, enjoys the satisfactions —the equally intellectualist satisfactions— of a refined indecision. But those traditionalists and those liberals share the error of thinking that what conviction in ethical life has to be is knowledge, that it must be a mode of certainty.

Williams asks what conviction is if it is not to identified with knowledge or certainty. For him, there are those who reject the account of it as certainty but replace this account with another that

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid 168.

⁶⁵ Ibid.

IS BERNARD WILLIAMS' DISTANCE RELATIVISM...

is no more sound and rather less plausible. They believe that besides the intellect there can only be the will. Thus, they think that the source of ethical conviction must be a decision, to adopt certain moral principles or to live in one way rather than another. However, this cannot be right “because ethical conviction, like any other form of being convinced, must have some aspect of passivity to it, must in some sense come to you. Some decisions can seem like that, but this is because they are particularly compelling decisions”.⁶⁶ Besides, “you could not have an ethical conviction and be conscious that it was the product of a decision, unless that decision itself appeared inescapable. But then this is what would need to be explained”.⁶⁷

However, for him, neither the decision model nor the certainty model looks very helpful in face of actual lack of ethical conviction. Some people argue in favor of the certainty model by saying that we need ethical conviction and that only knowledge can bring it. This position is also flawed since it ignores the obvious fact that no amount of faith in cognitive certainty will actually bring about ethical conviction if we cannot agree on what we are supposed to be certain about.⁶⁸

As a conclusion we need a third conception based on *confidence*. It is basically a social phenomenon because it is a social and psychological question what kinds of institutions, upbringing, and public discourse help to foster it. *Ethical confidence* is a question of social explanation. However, this does not mean that it has nothing to do with rational argument. Social states can be affected by rational argument. In this sense, “confidence is both a social state and related to discussion, theorizing, and reflection; correspondingly, these activities are themselves forms of practice, which take up social space, just as in the individual they take up psychological space”.⁶⁹

For Williams, we are led to forget that fact by a series of intellectualist conceptions such as Hurd's. We forget that “our fundamental aim must be to arrive at the answers to ethical questions; that the

⁶⁶ Ibid 169.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid 170.

⁶⁹ Ibid 171.

RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR

way to do this must be to pay as much attention as possible to reasons bearing on those questions; and that the demands of practice limiting those activities are simply that, a practical limitation".⁷⁰ The truth, for Williams, is that the basic question is how to live and what to do and ethical considerations are relevant to this.

IV. CONCLUSION

Hurd's book is probably correct if we accept *morality* in the way she does. However, should not she argue against the kind of arguments made by Williams about the limits of philosophy in ethical thought and, more precisely, the philosophical mistake of taking *morality* (this specific moral system) as the unique standard of moral attitude?

In assuming *morality*, Hurd rejects a kind of relativism which is not the one really defended by Williams, but rather a kind of relativism that is precisely the one targeted by him. In other words, she transforms Williams's relativism (relativism of distance) into a kind of relativism that was usually argued internally (and unsuccessfully) to morality, a system of thought which carries lots of assumptions he was trying to criticize.

The *relativism of distance* does not produce, as a result, a situation of absolute passivity (although acknowledges some kind of non-objectivity). This is because reflection is but one dimension of the ethical attitude. If Williams is right, under his terms, his argument would not be so devastating to Hurd's central argument. Since the relativism of distance does not implies the kind of relativism that she was fighting. Besides, in this fight, Williams could even be considered a partial ally.

In my view, Williams' argument implies the abandonment of the correspondence thesis as it is conceived and conceptualized by modern *morality*. However, its abandonment does not imply that appraisal relativism has nothing to say or affect to moral dilemmas and ethical attitudes.

⁷⁰ Ibid.

IS BERNARD WILLIAMS' DISTANCE RELATIVISM...

V. REFERENCES

- Hurd Heidi, *Moral Combat: The Dilemma of Legal Perspectivalism* (Cambridge 1999).
- Williams Bernard, *Ethics and the limits of philosophy* (Harvard University Press 1985).
- Williams Bernard, *Morality: An Introduction to Ethics* (Cambridge 1993).
- Williams Bernard, "The Truth in Relativism" (1974) 75 Proceedings of the Aristotelian Society 215-228, republished *Moral Luck: Philosophical Papers 1973-1980* (Cambridge 1982).
- Williams Bernard, *Problems of the Self* (Cambridge 1973).
- Williams Bernard, "The Need to Be Sceptical", *Essays and Reviews: 1959-2002* (Princeton 2016). Williams, "The Truth in Relativism".
- Williams Bernard, "The Human Prejudice" in Williams Bernard, *Philosophy as a Humanistic Discipline* (Princeton 2006).

A WITTGENSTEINIAN-BASED MORAL REALISM: DEFLATING HURD'S MORAL COMBAT ANTINOMY*

*UN REALISMO MORAL BASADO EN WITTGENSTEIN:
REDUCIENDO LA ANTINOMIA DEL COMBATE
MORAL DE HURD*

Saulo M. M. de MATOS**

Resumen:

El *Combate Moral* de Heidi Hurd puede entenderse como un intento de proporcionar una justificación moral a la autoridad política en contraste con las diversas teorías contemporáneas, que se limitan a desarrollar una concepción de la legitimidad política. Para ello, la autora explora el dilema del perspectivismo jurídico. El dilema moral está constituido por la antinomia de dos propuestas, cada una de las cuales está vinculada con una teoría sobre la justificación del uso del poder coercitivo por parte del Estado: el retributivismo débil, que sostiene que el Estado no debería normalmente castigar a las personas (inocentes) que infringen leyes injustas, y los valores sistemáticos, que sostienen que el Estado debería normalmente castigar a las personas que han infringido leyes injustas debido a la prevalencia de valores sistemáticos, como la democracia mayoritaria y el Estado de derecho. Hurd

* Artículo recibido el 20 de julio de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de septiembre de 2019.

** Professor of Jurisprudence and Philosophy of Law at Federal University of Pará. Faculty of Law. Rodovia Augusto Corrêa, n. 01. 66075-110. Belém, Pará (Brazil). Email: saulodematos@ufpa.br.

First, I would like to thank Thomas Bustamante for organizing the workshop on Hurd's Moral Combat, and for many suggestions on my arguments and text. I would like to thank all participants of the workshop for comments and discussions, especially Heidi Hurd. This study is part of my project "Human Dignity without metaphysics", financed by the Brazilian Council for Scientific and Technological Development (CNPq) through the program "Universal 2018". I also thank Heitor Guimarães for correcting the text.

Problema. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 14, enero-diciembre de 2020, pp. 107-124 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)*.

SAULO M. M. DE MATOS

defiende la primacía del retributivismo débil. La tesis de este estudio es que la antinomia de Hurd depende de una concepción específica sobre la moral, que sostiene que su contenido está perfectamente determinado. La hipótesis es que, una vez aceptada esta visión de una moralidad subdeterminada y dependiente en una visión holística sobre las prácticas sociales y las formas de vida, se suele responder a la antinomia propuesta considerando los valores subyacentes al funcionamiento social de las instituciones.

Palabras clave:

Hurd; combate moral; Dworkin; Wittgenstein; realismo moral.

Abstract:

Moral Combat by Heidi Hurd can be understood as an attempt to provide a moral justification for political authority in contrast to the various contemporary theories that are restricted to developing a conception of political legitimacy. For this, the author explores the dilemma of legal perspectivism. Such a moral dilemma is constituted by the antinomy of two proposals, each of which is linked to a theory about the justification of the use of coercive power by the State: weak retributivism, which holds that the State should not normally punish (innocent) people that break unjust laws; and systematic values, which holds that the State should normally punish people who have broken unjust laws because of the prevalence of systematic values, such as, for example, majoritarian democracy and the rule of law. Hurd defends the primacy of weak retributivism. The thesis of this study is that Hurd's antinomy is dependent on a specific conception about morality, which maintains that its content is perfectly determined. The hypothesis is that, once this view of an underdetermined and dependent morality is accepted on a holistic view on social practices and forms of life, the proposed antinomy is usually answered by considering the values underlying the social functioning of institutions.

Keywords:

Hurd; Moral Combat; Dworkin; Wittgenstein; Moral Realism.

A WITTGENSTEINIAN-BASED MORAL REALISM: DEFLATING...

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *Law's Function*. III. *Moral Realism and Interpretativism*. IV. *Final Remarks*. V. *References*.

I. INTRODUCTION

Political institutions are constituted by the practice of giving and executing laws in a broad sense. They always raise the claim of having authority to give and execute such laws. The main challenge or principal question of political philosophy, of which the philosophy of law appears to be a branch, consists of justifying political authority and the binding force of their laws. Nonetheless, responses to this question seem to follow two paradigms: i) a moral theory of political authority, which seeks to substantiate whether and why political institutions have the power to give binding commands, and ii) a political theory of the legitimacy of political authority, whose core is whether and why political institutions have the right to coerce citizens into their territorial domains.¹ Most contemporary political theories follow the model of a political theory of the legitimacy of political authority, as, for example, those of Joseph Raz, Ronald Dworkin, and John Rawls.

Heidi Hurd's *Moral Combat*² can be regarded as an attempt to offer a moral justification for political authority in contrast to the dominant approach of political legitimacy in contemporary political philosophy. In order to understand the relation between political authority and moral obligation, Hurd explores the dilemma of legal perspectivalism, which arises when a citizen is morally justified in violating the law. The moral dilemma explained in the book is constituted by the antinomy between the following two propositions, which are each linked to a theory about the justification of the use of coercive power by the State:

Weak Retributivism: The state should not normally punish (innocent) people who have broken unjust laws.

¹ Mark C. Murphy, "MacIntyre's Political Philosophy" in Mark C. Murphy (ed.), *Alasdair MacIntyre* (Cambridge University Press 2003) 153.

² Heidi M Hurd, *Moral Combat* (Cambridge University Press 2008).

SAULO M. M. DE MATOS

Systematic values: The State should normally punish (innocent) people who have broken unjust laws because of the prevalence of systematic values, such as, for example, majoritarian democracy and rule of law.³

In this context, the title of the book (“Moral Combat”) refers to the solution that comprises the primacy of the theory of the *systematic values* in detriment of the weak retributivism. That is to say, the citizens of contemporary societies begin to live in the midst of a moral combat, as long as, for example, a judge can have an all things considered obligation to punish someone who, in the same conditions, has the all things considered obligation to break an (unfair) law. The paradox of legal perspectivalism arises in virtue of the fact that in the current case a judge is obligated to punish a citizen who has justifiable disobeyed the law.

Hurd rejects the solution of *systematic values*. Her solution to the proposed moral dilemma is to defend the primacy of *weak retributivism*. That is, the State should not punish people who have violated unjust laws of a particular political community. On Hurd’s view, our legal values are in fact moral ones. They serve as reasons for action for citizens as well as for officials. That is to say, in some abstract level of thought, a judge is not obligated to punish a citizen with justified reasons to disobey the law. Since “our rule of law values are moral ones, they serve as reasons for action for citizens as well as for officials.”⁴

As a consequence, *all things considered*, if A has the faculty of φ B has no right to prevent φ , being φ the execution or not of a specific action. Such an idea depends on what Hurd calls the *correspondence thesis: the justifiability of an action makes wrong the punishment of that action* (Hurd 2008, 253). The correspondence thesis is roughly an instance of Aristotle’s functionalist argument for law:⁵

³ Thaddeus Metz, “Book Review: Moral Combat” (2001) 110 The Philosophical Review 434.

⁴ Hurd, *supra* note 2, 314 and 315.

⁵ Mark C. Murphy, *Natural Law in Jurisprudence and Politics* (Cambridge University Press 2006) and Saulo M. M. de Matos, “Aristotle’s Functionalism and the Rise of Nominalism in Law and Politics: law, emotion and language” in Nuno M. M.

A WITTGENSTEINIAN-BASED MORAL REALISM: DEFLATING...

Function Argument

P1. It is the office of Xs to φ .

P2. Only things that are Y are constitutionally able to φ .

C1. Nothing is an X unless it is Y.

In this sense, the morality of preventing one from performing a particular action exists in function of the morality of one's action. *Exempli gratia*, criminal law is the only appropriate way to prevent the exercise of a certain morally wrong action. Hurd's thesis is a moral justification of political authority, inasmuch as the claim to exercise coercive power against a citizen is justified solely on the basis of the moral fact of the content of the action; or action per se and not of conditions of political legitimacy for such exercise.

One of the major counterpoints in Hurd's book is its sociological deficit. There is no argument based on sociological data about the actual impact of the punishment of an innocent for preservation of the systematic value of laws, *vice versa*. The work, in this sense, is permeated with statements that lack of proof based on social sciences, as for example: "Hence, a refusal to punish those who are justified will not unduly jeopardized our systematic values, because those who violate the law do so justifiably only if their acquittal will not unduly jeopardize the protection of our systematic values".⁶

However, it is noticeable that the tolerance of a system in relation to the violations of its rules and values depends on historical and sociological aspects regarding the degree of acceptability of the commands of the political authority, its goals etc. In diverse historical moments, especially in cases involving amnesty laws and transitional justice negotiations, the punishment of someone—or at least the acknowledgment of their guilt—occurred due to the peace-building necessity.

Another problem is the absence of a more detailed explanation of *legal or constitutional perspectivism*. This article is dedicated to fill in this gap, seeking to identify what are the metaphysical and epis-

S Coelho and Liesbeth Huppel-Cluysenaer (eds), *Aristotle on Emotion in Law and Politics* (Springer 2018).

⁶ Hurd, *supra* note 2, 315.

SAULO M. M. DE MATOS

temological assumptions of this conception of political morality. The hypothesis is that moral realism, presupposed by Hurd's work, is compatible with a view of morality as a set of underdetermined convictions and propositions, which depend on institutional practices for their correct identification. Therefore, at least in some cases, the presupposed moral dilemmas must be decided in favor of *systematic values*. This is not because of its primacy over the principle according to which we should only punish those who have committed unjust actions, but rather for epistemic reasons concerning the degree of uncertainty about the content of moral facts. In this sense, it is not about a challenge to Hurd's theory, but rather an alternative to her view of the moral justification of political authority.

The argument will be developed in two parts, in which the following two hypotheses are assessed: (a) Law as a social practice has the important function of generating cooperation schemes so that the citizens can fulfill their moral obligations; and (b) the identification of the content of the moral obligations to be fulfilled depends on an argumentative practice, under holistic criteria and based on shared forms of life.

II. LAW'S FUNCTION

On Hurd's view, if we are interested in political authority, the obedience to law must focus on law's effect on people who, but for the law, would have done something other than what the law commands. As stated earlier, Hurd does not consider sociological and psychological bases of moral discussion, as *e. g.* the possibility of state coercion being indirectly employed to give prudential reasons for law enforcement, *i. e.*, the idea that people comply with laws for the simple fear of sanction, as appears to be the case in the United States of America.⁷ There are no doubts that such a consideration could alter the results of the debate about the prevalence of *systema-*

⁷ "If those who take the very fact of law as a reason for action... are few and far between, then coercion resurfaces as the likely most significant source of law's widespread effectiveness". Frederick F. Schauer, *The Force of Law* (Harvard University Press 2015) 52.

A WITTGENSTEINIAN-BASED MORAL REALISM: DEFLATING...

tic values thesis, based on the ethical doctrine of consequentialism, as already pointed out by Metz.⁸

On the contrary, two possibilities are discussed about the relationship between state punishment and law, which presuppose that in some way the idea that punishment will only be used in function of a moral fact, or the correction of the action itself (*weak retributivism*) or the social foundations of a given legal system (*Systematic values*). In the first case, law as a social practice is subordinated to the morality of the action per se, while in the second case the morality of the action is subordinated to the ethics of law. In both cases, however, coercion is justified when it contributes to comply with moral obligations. The significance of this way of considering the relation between punishment and law is that there is an important way for law to affect behavior with reference to morality.

According to Hurd, legal reasons cannot change the moral profile of a political community (*i. e.* the set of moral obligations, powers, claims, liberties, immunities)⁹ and, as a consequence, moral reasoning or rationality is theoretical, in the sense that it is a kind of practice of discovering or shedding light on moral facts. “Theoretically authoritative utterances give us reasons to believe with antecedence of existing reasons for action generated by pre-existent moral facts, and are thus entirely content-dependent”.¹⁰ In this sense, legal methods for identifying the content of the law are, in fact, heuristic tools for identifying pre-existing moral obligations. “The point is that, like all heuristics, the only test of the value of interpretative restraints is their ability to generate insight”.¹¹

Another way of seeing the relation between morality and legal institutional coercion consists in this: legal reasons are regarded as a possible way to change the moral profile, and, consequently, moral reasoning or rationality should be regarded as practical, since it is understood as a practice of developing or constructing moral facts:

⁸ Metz, *supra* note 3.

⁹ Mark Greenberg, “How to Explain Things with Force” (2016) 129 Harvard Law Review 1932.

¹⁰ Hurd, *supra* note 2, 154.

¹¹ *Ibid* 162.

SAULO M. M. DE MATOS

Ordinary people sometimes express the idea that some acts are wrong in themselves by referring to moral facts. Trouble arrives, however, when philosophers make a meal of these innocent references by supposing them to make a further claim that adds something to the initial moral claim: something metaphysical about moral particles or properties —we might call these “morons”. They therefore announce what I believe to be entirely bogus philosophical projects. They say that moral philosophy must aim to “reconcile” the moral and the natural worlds. Or to align the “practical” perspective we take when living our lives with the “theoretical” perspective from which we study ourselves as part of nature. Or to show how we can be “in touch” with the chimeras or, if we cannot, what reason we could have to think our moral opinions sound rather than mere accidents. These bogus questions and projects threaten puzzlement on all sides. Self-described “realists” try to make good on the projects, sometimes by claiming mysterious interaction between morons and ourselves...¹²

On the other hand, if I am right that there are no nonevaluative, second order, meta-ethical truths about value, then we cannot believe either that value judgments are true when they match special moral entities or that they cannot be true because there are no special entities for them to match. Value judgments are true, when they are true, not in virtue of any matching but in view of the substantive case that can be made for them. The moral realm is the realm of argument, not brute, raw fact...¹³

Dworkin’s main concern in refuting the idea that moral discourse can properly be represented as a debate about the correspondence between moral judgments and moral facts seems to be to dismiss the notion that theoretical rationality can be the basis of this discourse. This is because the theoretical rationality is based on the idea of evidence or discovery, which is not available in the field of moral and legal discourse, based on a process of justification.

There are different ways to present this divergence between Hurd and Dworkin on legal reasoning as theoretical or practical rational-

¹² Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Belknap Press of Harvard University Press 2011) 9.

¹³ *Ibid* 11.

ity. I am interested in pointing out how it is possible to combine, in a metaphysical and epistemological level, moral realism—in the sense claimed bellow—and interpretativism,¹⁴ that is to say, a discourse on moral facts on the basis of values and argumentative practice for constructing moral facts. If one accepts the non-positivist approach to political authority, I believe the latter is the best model and method for combining values and standards of behavior, since it gives no place for brute insights on moral facts.

The model of the facts goes back to a specific tradition of analytic philosophy. F. H. Bradley, in his work *Appearance and Reality* (1893), already defended the thesis that facts form the immediate unity of our knowledge of appearances.¹⁵ Similarly, Bertrand Russell, in several texts such as *Theory of Knowledge, Our Knowledge of the External World as a Field for Scientific Method in Philosophy and Philosophy of Logical Atomism*, stated that the word contains facts and that there are also beliefs, which have reference to facts. The meaning of judgments, for Russell, is not determined by the value of truth, as it is in Frege, but by facts. Finally, Wittgenstein in his *Tractatus logico-philosophicus* reaffirms this tradition to announce that “1.1. The world is the set of facts, and not of things”.¹⁶

Elizabeth Anscombe, in her masterpiece *Modern Moral Philosophy*, was perhaps the one who most contributed to the construction of a language of moral facts in the field of practical philosophy. It proposes a relationship between our normative language—based on deontic categories of the “allowed” and “forbidden”—and facts. In the background, there is a debate about which final elements are decisive for the constitution of moral or normative facts. A moral or normative fact consists in the existence or content of a given normative system. Therefore, it is a moral or normative fact that there is a

¹⁴ Nicos Stavropoulos, “Legal Interpretivism”. Organizado por Edward N. Zalta. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring edn 2014). Available in: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist/>> Accessed 10 August 2019.

¹⁵ Dietmar von der Pfordten, “Moralische Tatsachen?” in Dietmar von der Pfordten (ed.), *Moralischer Realismus?: zur kohärentistischen Metaethik Julian Nida-Rümelins* (Mentis 2015) 136 and 137.

¹⁶ Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus* (Suhrkamp 2016).

SAULO M. M. DE MATOS

normative system in Brazil, just as it is a moral or normative fact that we are obliged to give aid to those in need.

In the wake of a series of mental experiments, Anscombe¹⁷ examines our normative or moral language through a seemingly self-evident everyday fact. Imagine that I tell the baker that “Truth consists either in relationships between ideas, as, for example, $4 + 4 = 8$, or in a matter of facts, such as, for example, that I ordered potatoes, you gave me the potatoes and you sent me an account. That is, the truth does not apply to propositions such as «I owe you a certain amount»”. Considering that the world consists of a set of states of thing or facts, the great difficulty in the field of normative language is how to justify the passage from a set of crude facts such as “I ordered potatoes” or “You gave me the potatoes” to a fact of the type “I owe you a certain amount”. In other words: How can we trace a true relationship between a gross fact (my order or the delivery of my order) and a normative fact (obligation)? On a very crude and general view, Anscombe¹⁸ states that the connection between brute facts and normative facts depends on values, purposes or function.

In my opinion, the main divergence between Hurd and Dworkin’s proposal for the relationship between morality and law consists in the degree of determinability presupposed by the content of moral obligations in both cases. For Hurd, the moral dilemma arises because of an antinomy between a *clear moral obligation* and the *legal obligations* derived from the Legal Order. In that sense, there seems to be no room for serious doubts about the practical necessity of a particular act from the perspective of morality, such as, for instance, in the case of a rape or murder. In these cases, there is no dispute about the fact that the legal order cannot allow the performance of such acts without turning itself against morality.

Dworkin’s tradition follows a divergent line of reasoning, for it assumes in the first place that morality is undetermined, that is, that it has a set of general principles or values, which should guide the conduct of all, but which, at the same time, are difficult to identify and apply in the face of day-to-day dilemmas. Thus, even if there is a

¹⁷ G. E. M. Anscombe, “Modern Moral Philosophy” (1958) 33 *Philosophy* 1, 4.

¹⁸ *Ibid.*

A WITTGENSTEINIAN-BASED MORAL REALISM: DEFLATING...

moral obligation, for example, to assist the needy, to not cause harm to others or to respect physical integrity, the contours of such obligations are in most cases uncertain, especially in complex societies like ours. Even in cases where morality points to a morally appropriate action to be performed, the identification of such action depends on a series of assumptions concerning the cognitive capacity of the agents, which can call into question the practical relevance of a moral dilemma, such as the one proposed by Hurd.¹⁹

Secondly, institutional practices, such as the language of rights, have the function of providing arrangements or schemes for cooperation among citizens with the aim of achieving such moral values. For example, there is a moral obligation to help the needy, but at the same time there are considerable doubts about what is the best mechanism to offer such help in politicized communities such as Brazil or the United States. Tax law, for example, offers a scheme of cooperation for the realization of this moral obligation, establishing how much each participant should contribute to building a solidarity scheme through social security. Even if such a scheme ends up being unfair, there is a moral obligation from all citizens to comply with tax laws, since without them the moral situation of society is worse, for it lacks a cooperation scheme.

Schemes generated by participation in democratic processes, although they may often culminate in obligations falling short of the obligations of morality, should nevertheless have primacy, according to this reasoning, in the way that they were generated by agreements between participants in practice, or as a promise. The idea

¹⁹ “Given the problem of uncertainty, law can make a practical difference by informing us of the existing moral reasons, as opposed to changing them. In many situations, people are unsure of which solution is supported by the existing reasons. For example, people may be unsure which kinds of landscaping are best for conserving water. By codifying permissible kinds of landscaping, the law may not be changing the existing reasons —the landscaping that is specified to be permissible may already have been supported by the relevant reasons. But the law may affect behavior by eliminating uncertainty. Of course, in many real cases, the law may simultaneously change reasons and inform people of already existing reasons, and it may be a difficult question to what extent the law is doing each. In the text, I focus for the most part on generating moral reasons”. Greenberg, *supra* note 9.

SAULO M. M. DE MATOS

that democratic processes can change the moral profile of what is demanded in a society can be considered a strong reason for a person to comply with the laws of the political community, insofar as the mere existence of such institutional arrangements already puts such a community in better moral situation than that offered by the uncertain or underdetermined normative content of morality.

III. MORAL REALISM AND INTERPRETATIVISM

In this context, I think that Dworkin follows the following assumptions to defend his combination between moral facts talk (*moral realism*) and practical reasoning (*interpretativism*). These assumptions are inspired by an interpretation of Dworkin's theory of value based on a view of Wittgenstein's latest writings.²⁰ I will call this a Wittgensteinian-based moral realism in the sense defended by Julian Nida-Rümelin in his more recent works.²¹ We can see that Dworkin's argument is based on a skepticism, on the epistemological plan, regarding the cognition of these most basic moral facts through heuristic methods of legal reasoning.

A conceptual warning, however, is necessary. Dworkin,²² in fact, uses the terms "realism" and "anti-realism" in a way that is different from the one employed in the context of this study. For Dworkin, the debate between realism and antirealism consists in the metaphysical question about the correspondence between moral judgments and natural facts, in the wake of what is termed a naturalist thesis in the meta-ethical scope. On the contrary, in the sense used here, moral realism is an antonym of moral constructivism, that is, it con-

²⁰ See Ronaldo Porto Macedo Júnior, *Do xadrez à cortesia* (Saraiva 2013).

²¹ According to Nida-Rümelin, we can include under the category of Wittgensteinian moral realism" authors such as Thomas Scanlon, Thomas Nagel and Charles Larmore", as well as, possibly, Ronald Dworkin". Julian Nida-Rümelin, "Moralische Tatsachen: Plädoyer für einen ontologische agnostischen, nicht-naturalistischen ethischen Realismus aus epistemischer (kohärentistischer) Perspektive", in Dietmar von der Pfordten (ed.), *Moralischer Realismus?: zur kohärentistischen Metaethik Julian Nida-Rümelins* (Mentis 2015) 53.

²² Dworkin, *supra* note 12, 9.

A WITTGENSTEINIAN-BASED MORAL REALISM: DEFLATING...

sists in the thesis that argumentation in the field of practical philosophy presupposes a theory of values to be true. In Dworkin's words:

Rawls plainly had in mind, however, not a sociological but an interpretive search for overlapping consensus. He hoped to identify conceptions and ideals that provide the best account and justification of the liberal traditions of law and political practice. That is an important and, in my view, feasible project. But it cannot be a morally neutral project, because any interpretation of a political tradition must choose among very different conceptions of what that tradition embodies —what qualities or properties it takes “free and equal” citizens to have, for instance— that all fit the raw data of history and practice.²³

The following sentences, which express my conclusions, provide the basis for an alternative to the account of morality offered by Hurd.

(1) The world and the reality exist independently of our representations. It may be said that certain elements of our reality exist independently of the convictions of those who participate in social practices at any given moment. Nonetheless, this simply means that social practices exist independently of individuals. Even if social practices and underlying values exist independently from those particular subjects that express them, they do not exist independently from the own idea of humanity. This reasoning provides, in my view, the basis for a realist thesis on a metaphysical dimension, *i. e.* that values have an independent existence in our social reality.²⁴

(2) Moral convictions are true if they correspond to moral facts, to which they refer. If we consider our moral convictions as patterns of behavior, this means that such standards are justified with reference to more basic moral facts. This thesis corresponds to a realistic thesis on an epistemological dimension.

(3) Moral realism does not necessarily presuppose a theory of correspondence or a naturalistic interpretation of moral facts. Therefore, it does not depend on a strong natural or social ontology. The metaphysical assumption that moral facts exist in the form

²³ Ibid 66.

²⁴ I must now summarize what might seem philosophically the most radical view I defend: the metaphysical independence of value”. Ibid 9.

SAULO M. M. DE MATOS

of values and the epistemic assumption that moral judgments depend on a reference to such values does not necessarily imply the assumption that such moral facts can be equated with natural facts or that the form of relationship between moral judgments and values is the same relative to descriptive or theoretical judgments and natural or descriptive facts.

(4) Moral realism, in this context, is agnostic about the epistemological point of view, insofar as it admits various forms of cognition of true moral convictions and, therefore, of moral facts. In other words, the existence of values and its relevance in the practical argumentation does not impose the adoption of naturalism or descriptivism in the field of moral philosophy.

(5) Moral realism can be developed without an ontological basis and with an optimistic epistemological perspective. Here comes one presumption linked to a Wittgensteinian comprehension and closer to Dworkin's interpretativism.²⁵ Epistemological optimism understands the idea that it is possible to achieve truth from the exchange of reasons in the midst of a social practice. With regards to the absence of an ontological foundation or immanentism, moral realism maintains that there is no immediate access to reality through sensory organs or brute insights.²⁶

Moreover, Wittgensteinian-based moral realism maintains a coherentist theory of truth, insofar as no moral conviction can be excluded *a priori*, and the justification of moral convictions can only be realized in a network of other convictions. In this way, the objectivity of every moral judgment depends on its justification in the midst of a network of other moral judgments. This arises against a deduction of moral judgments from *a priori* principles, and also against an abstract test for concrete moral judgments.²⁷

²⁵ Macedo Júnior, *supra* note 20.

²⁶ *Ibid* 9. In the field of Dworkin's work this premise comprehends to what he calls of realism.

²⁷ "A true interpretative claim is true because the reasons for accepting it are better than the reasons for accepting any rival interpretative claim. That is why, when we reconstruct the reasoning of a great critic, we must speak of a web rather than a chain of value". *Ibid* 154; "The active holism of interpretation means, on the contrary, that there is no firm ground at all, that even when our interpretative con-

A WITTGENSTEINIAN-BASED MORAL REALISM: DEFLATING...

(6) To avoid, however, the possible relativism derived from coherentism, the Wittgensteinian-based moral realism adds that moral justifications have an unfounded end, *i. e.* a place from which you can no longer question. In other words, it assumes a final place in which participants share almost indubitable convictions. These beliefs, which form our form of life, can, however, be considered false throughout the practice of understanding morality on the basis of argumentation.

This is an important argument, which presupposes that social practices have certain insurmountable assumptions about which there can be no serious rational disagreement. An individual who does not share this set of beliefs, which embodies our shared way of life, has a limiting case of rationality. There are countless images of this idea. Wittgenstein,²⁸ for example, creates the figure of a king who believes that the history of mankind begins at the time of his birth. Bernard Williams²⁹ associates this idea with psychopathy, when he speaks of the amoral subject, and Robert Alexy³⁰ talks about an existential limit, close to this idea of a form of life, to the objectivity of human rights.

(7) Form of life in the sense of unjustified end is filled by a robust realism of shared convictions, which cannot be relativized by philosophical theories. Scientific and philosophical theories find their ultimate foundation in this shared way of life, and not in some kind of correspondence to brute facts. In my view, the great difficulty in understanding this moral realism from the concept of the form of life as an unjustified end of moral facts consists precisely in the difficulty of justifying the idea of sharing form of life or, in other words, “we” or “ours”, as Elizabeth Anscombe precisely pointed out in her previously mentioned study.³¹ There is, therefore, a kind of initial appeal to intuition as a possibility for the practice of morality.

clusions seem inescapable, when we think there really is nothing else to think, we are still stalked by the ineffability of that conviction”. Ibid 155.

²⁸ Ludwig Wittgenstein, *Da certeza* (Edições 70 2012).

²⁹ Bernard Williams, *Morality: An Introduction to Ethics* (Cambridge University Press 2015).

³⁰ Robert Alexy, “Law, Morality, and the Existence of Human Rights” (2012) 25 *Ratio Juris* 2.

³¹ Anscombe, *supra* note 17.

SAULO M. M. DE MATOS

I believe it is not impossible to make Hurd's robust moral realism compatible with the above principles of metaphysics and moral epistemology. Nevertheless, this way to see moral facts as relatively necessary, or dependent from sharing a form of life, is an interesting solution for seeing moral facts with necessary reference to values that are always in question within an argumentative practice.

IV. FINAL REMARKS

My paper tried to shed light in one important aspect of Hurd's Moral Combat, that is to say, her defense of moral justification for political authority, and the role of the law as a theoretical or epistemic reasoning. Its antinomy between a *weak retributivism*, which insists that a judge should not punish people who violated the law under moral justification, and a *systematic value*, which states that the judge should punish people who have violated the unfair law because of the protection of values belonging to institutional morality, presupposes a certain view of morality, which apparently assumes a robust moral realism, according to which moral facts are determined and knowable.

I have tried to present an alternative view of this conception of morality in order to defend the hypothesis that the content of morality is underdetermined and that the task of law consists above all in offering institutionally schemes of cooperation so that moral values can be followed and determined in the context of social practices. Hurd and Dworkin agree with this view of the function of law and therefore understand that the use of coercion by the state depends on a moral justification and not merely on formal criteria of legitimacy. However, the divergence arises as to what a moral justification for the two theories means.

Dworkin's conception of morality was called as *Wittgensteinian-based moral realism*. This position comprises seven metaphysical and epistemological theses about moral justification. I understand that this way of looking at morality can influence the way in which the antinomy, as proposed by Hurd, is solved, insofar as the criteria for the moral legitimacy of a magistrate's decision under such a per-

A WITTGENSTEINIAN-BASED MORAL REALISM: DEFLATING...

spective depends on a theory of values, which in turn depends on social practices and a shared way of life.

V. REFERENCES

- Alexy Robert, "Law, Morality, and the Existence of Human Rights" (2012) 25 *Ratio Juris*.
- Anscombe G. E. M., "Modern Moral Philosophy (1958)" 33 *Philosophy*.
- Dietmar von der Pfordten, "Moralische Tatsachen?" in Dietmar von der Pfordten (ed.), *Moralischer Realismus?: zur kohärentistischen Metaethik Julian Nida-Rümelins* (Mentis 2015).
- Dworkin Ronald, *Justice for Hedgehogs* (Belknap Press of Harvard University Press 2011).
- Greenberg Mark, "How to Explain Things with Force" (2016) 129 *Harvard Law Review* 1932.
- Hurd Heidi M., *Moral Combat* (Cambridge University Press 2008).
- Matos Saulo de M. M., "Aristotle's Functionalism and the Rise of Nominalism in Law and Politics: law, emotion and language" in Nuno M. M. S Coelho and Liesbeth Huppel-Cluysenaer (eds.), *Aristotle on Emotion in Law and Politics* (Springer 2018).
- Metz Thaddeus, "Book Review: Moral Combat" (2001) 110 *The Philosophical Review* 434.
- Murphy Mark C., "MacIntyre's Political Philosophy" in Mark C. Murphy (ed.), *Alasdair MacIntyre* (Cambridge University Press 2003).
- Murphy Mark C., *Natural Law in Jurisprudence and Politics* (Cambridge University Press 2006).
- Schauer Frederick F., *The Force of Law* (Harvard University Press 2015) 52.
- Stavropoulos Nicos, "Legal Interpretivism". Organizado por Edward N. Zalta. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. (Spring edn 2014), available in: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist/>> Accessed 10 August 2019.

SAULO M. M. DE MATOS

Williams Bernard, *Morality: An Introduction to Ethics* (Cambridge University Press 2015).

Wittgenstein Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus* (Suhrkamp 2016).

Wittgenstein Ludwig, *Da certeza* (Edições 70, 2012).

INCOMMENSURABILITY, SOCIAL PRACTICES AND MORAL DILEMMAS: A REJOINER TO HEIDI HURD'S ANTI-PERSPECTIVALISM*

INCONMESURABILIDAD, PRÁCTICAS SOCIALES Y DILEMAS MORALES: UNA RÉPLICA AL ANTI-PERSPECTIVALISMO DE HEIDI HURD

Thomas BUSTAMANTE**
Thiago LOPES DECAT***

Resumen:

El documento critica el rechazo de Hurd al perspectivalismo relacionado con los roles sobre los deberes morales. La noción de incommensurabilidad de valores de Raz se utiliza para desafiar la tesis de la correspondencia, según la cual la justificación de una acción determina la justificación de permitir o impedir esta acción. En contra de la reconstrucción hohfeldiana de Hurd de elecciones incommensurables como “libertades” que “carecen de cualquier tipo de valor moral”, el argumento destaca el significado moral del hecho de que la elección entre opciones incommensurables sigue siendo acción por una razón. La incommensurabilidad se explica, pues, como consecuencia de la dependencia social de los valores con respecto a las prácticas sociales y del papel constitutivo de las convenciones en la configuración de las relaciones sociales, los proyectos personales, los objetivos y las responsabilidades que los definen. Se argumenta que la gravedad del problema del perspec-

* Artículo recibido el 20 de julio de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de septiembre de 2019.

** Professor of Law, Federal University of Minas Gerais. Research Fellow of the National Council for Scientific and Technological Development, CNPq, Brazil. Avenida João Pinheiro, 100, 9o. andar, Belo Horizonte, MG, Brasil. CEP 30.130.180. Telephone: Tel: +55 (31) 3409-8640 E-mail: tbustamante@ufmg.br.

*** Professor of Law, Federal University of Minas Gerais. E-mail: thiagodecat@ufmg.br. Avenida João Pinheiro, 100, 9o. andar, Belo Horizonte, MG, Brasil. CEP 30.130.180. Telephone: Tel: +55 (31) 3409-8640

Problema. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 14, enero-diciembre de 2020, pp. 125-146 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)*.

THOMAS BUSTAMANTE / THIAGO LOPES DECAT

tivalismo para Hurd se debe a su estrecha concepción de la moral y que es superior una concepción más amplia que integre las obligaciones hacia los demás con los requisitos de la integridad personal. Los objetivos, relaciones y proyectos del agente participan en el razonamiento moral, ya que la incomensurabilidad de valores que posibilitan es necesaria para el pluralismo de valores y la autonomía personal. El argumento concluye sugiriendo que una concepción no positivista e interpretativista de la práctica jurídica, aunque reconozca el combate moral residual, reduciría su ocurrencia y relevancia.

Palabras clave:

Incomensurabilidad; prácticas sociales; perspectivalismo; valor; dilema moral.

Abstract

The paper criticizes Hurd's rejection of role-related perspectivalism about moral duties. Raz's notion of value incommensurability is used to defy the correspondence thesis according to which the justifiability of an action determines the justifiability of allowing or preventing this action. Against Hurd's Hohfeldian reconstruction of incommensurable choices as "liberties" that "lack moral value of any sort", the argument highlights the moral significance of the fact that the choice among incommensurable options is still action for a reason. Incommensurability is explained, then, as a consequence of the social dependence of values on social practices and of the constitutive role of conventions in shaping social relations, personal projects, goals and the responsibilities that define them. It is argued that the severity of the problem of perspectivalism for Hurd is due to her narrow conception morality and that a wider conception that integrates obligations towards others with the requirements of personal integrity is superior. The agent's goals, relationships and projects take part in moral reasoning since the value incommensurability they make possible is required for value pluralism and personal autonomy. The argument concludes suggesting that a non-positivist, interpretivist conception of legal practice, although acknowledging residual moral combat, would reduce its occurrence and relevance.

Keywords:

Incommensurability; Social Practices; Perspectivalism; Value; Moral Dilemma

INCOMMENSURABILITY, SOCIAL PRACTICES AND MORAL...

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *Incommensurability and the Correspondence Thesis*. III. *Narrow Morality and Personal Integrity*. IV. *Value Pluralism and the Possibility of Moral Conflict*. V. *Overcoming Legal Positivism*. VI. *References*.

I. INTRODUCTION

Heidi Hurd's *Moral Combat* provides a substantial contribution to contemporary moral philosophy by offering a tentative solution to what she describes as a "baffling dilemma" in contemporary political theory. Such dilemma arises from the combination of three principles deeply embedded in legal practices and jurisprudential accounts of law and morality: the principles of *weak retributivism*, which "holds that individuals who are morally justified in their actions ought not to be blamed or punished for those actions"; the *rule of law*, which "requires law to conform to a set of formal values, such as generality and coherence, as a means of protecting substantive moral values like liberty and equality"; and *democracy and the separations of powers*, which "vindicates the right of majorities to be self-governing by assigning policy-making powers to a democratic legislature and restricting the executive and judiciary to the secondary task of policy implementation and application".¹

The moral dilemma addressed in the book results from the incompatibility between the *correspondence thesis*, which Hurd regards as deriving from the principle of weak retributivism, and the belief in role-relative reasons for actions attached to the practice of legal officials. While the *correspondence thesis* holds that "the justifiability of an action determines the justifiability of permitting or preventing that action" (in such a way that "it cannot be the case that one actor may be justified in performing an act while another may be simultaneously justified in preventing that act"),² the argument from

¹ H. Hurd, *Moral Combat* (Cambridge 1999) 1.

² *Ibid* 3.

THOMAS BUSTAMANTE / THIAGO LOPES DECAT

moral perspectivalism asserts the existence of *role-relative* reasons for action attached to institutional roles and specifically addressed to legal officials:

The recognition of role-relative reasons for action puts the principle of weak retributivism in jeopardy, because it entails the indefensibility of the correspondence thesis. If morality requires conduct in accordance with the balance of reasons for action, and if that balance differs between the citizen, judge, and the institutional designer, then it appears that there may be instances in which the punishment of the justified is itself justified.³

If perspectivalism is correct, then morality can be contradictory and gladiatorial, inasmuch as it might imply that a person only can fulfill her moral obligations by preventing other persons to comply with theirs. On Hurd's view, the only way out of the dilemma of perspectivalism is to give up the idea of role-relative moral reasons. When considering whether or not a disobeying person deserves to be punished, it is sufficient to establish that this person is justified, and no role-relative considerations should interfere on this moral judgment. If Jane is justified in killing John to prevent him from inflicting harm on herself or another person, then Judge Smith is thereby obliged to acquit Jane no matter what the law says on the issue at stake. If systemic values such as the rule of law, democracy and separation of powers can serve as reasons for action (either to punish or to acquit Jane), it is only because these systemic values are also moral values to be weighed in the same balance of reasons as any other relevant moral consideration.

Our purpose in this article is to explore an objection to this conclusion that Hurd anticipates in the book. According to the objection, the correspondence thesis can be challenged if we are able to show that two valuable actions are of incommensurable value under certain circumstances. The present article offers an argument in support of this objection. We argue that Hurd's retort to the argument from incommensurability fails to provide a convincing ground

³ Ibid 14 and 15.

INCOMMENSURABILITY, SOCIAL PRACTICES AND MORAL...

for rejecting the existence of role-relative reasons for action. Let us turn to the objection in the following section.

II. INCOMMENSURABILITY AND THE CORRESPONDENCE THESIS

Hurd's solution to the dilemma of perspectivalism is to deny the existence of role-relative moral reasons. "If our systemic values are right-making, then they are right-making for all actors".⁴ It must not be the case that Jane is justified in killing John while Judge Smith is justified in punishing Jane: "a refusal to punish those who are justified will not unduly jeopardize our systemic values, because those who violate the law do so justifiably only if their acquittal will not unduly jeopardize the protection of our systemic values".⁵

This solution can be challenged, however, if one can prove that the correspondence thesis is false. Perhaps this is the case for those who believe in the incommensurability of values: "if two apparently codependent actions are of incommensurable value, then it cannot be said that the morality of one corresponds with (or in any other way relates to) the morality of the other".⁶

Incommensurability, as Raz explains, is a failure of transitivity. Two values are incommensurable if it is the case that "it is neither true that one is better than the other nor true that they are of equal value".⁷ Under incommensurable options, reason itself appears to be indeterminate. "Reason provides no better case for one alternative than the other..." and we become "free to choose which course to follow".⁸

Raz warns, however, that this sense of freedom can be misleading because the point is not that one course of action is "as good as the other..."; rather, the point is that they are not comparable: "it marks the inability of reason to guide our action, not the insignificance of our choice".⁹

⁴ Ibid 315.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid 31.

⁷ J. Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford 1986) 322.

⁸ Ibid 333 and 334.

⁹ Ibid 334.

THOMAS BUSTAMANTE / THIAGO LOPES DECAT

According to Hurd, those who believe in the incommensurability of values might deploy two arguments to defy the correspondence thesis. First, they might claim that the incommensurability of value leads to moral relativism, and, second, they might regard incommensurability as an argument for skepticism about the correspondence thesis.¹⁰ While the first argument is easily dismissed because “nothing in the claim that two values are incomparable suggests that their value is relative to anything...”,¹¹ the second argument poses a more serious challenge.

In its stronger form, the objection claims that incommensurability implies that a person may have a *liberty* to engage in a certain action. The word “liberty” is used here in the sense of WN Hohfeld, who distinguishes liberties and permissions as two different kinds of freedom in a wide sense. One has a *permission* if one has a right to act in a certain way, in such a way that “(i) others have no right that one do not do the act, and (ii) others have a duty not to interfere with one’s doing of the act”.¹² One has a *liberty* if one has merely a privilege to do an act. “When one has a privilege to do an act, others have no right that one do not do the act, but others also have no duty not to interfere with that act”.¹³ Hence, if incommensurability implies a Hohfeldian privilege, the correspondence thesis fails because a person might have a liberty to pursue certain value without a correlative duty of other persons to not prevent the former to succeed in such pursuit. As Hurd formulates the objection,

...if one has a Hohfeldian privilege to do an act, then others have no right that one do not do the act. But others may still have a right to interfere with one’s act, and in such cases one has no right that they do not intervene. The correspondence thesis appears to be at risk, because the liberty that licenses one to act does not imply an absence of liberty on the part of another person to prevent one’s act.¹⁴

¹⁰ Hurd (n. 1) 32.

¹¹ Ibid 31.

¹² WN Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions* (WW Cook ed, Yale Univ. Press 1919) 36-39. See Hurd (n. 1) 32.

¹³ Hurd (n. 1) 32.

¹⁴ Ibid 33.

INCOMMENSURABILITY, SOCIAL PRACTICES AND MORAL...

In other words, if incommensurability entails liberties —instead of permissions— morality (or at least some moral norms) can drive us into a moral combat, in which a judge can be morally justified to punish a person who justifiably disobeyed the law, and therefore acted exactly as morality required her to act in the relevant case.

Hurd is not convinced by this argument, however, because she believes that the options generated by Hohfeld's privileges "lack moral value of any sort". Hohfeldian liberties, on Hurd's interpretation, "define areas of amoral action", in which actors "are not bound by any maxims of action" and remain "unconstrained and unprotected by morality".¹⁵ In other words, Hurd believes that the argument from skepticism about the correspondence thesis fails because the scope of the liberty to choose from incomparable actions is beyond morality: "that their actions may conflict is thus of no normative significance", for "they are the actions of those in a moral state of nature".¹⁶ Given that the correspondence thesis is only a thesis about the *conditions of moral action*, it is not undermined by the argument from incommensurability, understood as implying Hohfeldian liberties.¹⁷

Nonetheless, we are convinced that Hurd's rejoinder to the argument from incommensurable Hohfeldian liberties is based on a category mistake about the character of the incommensurable alternatives one might have. As Raz explains in an important footnote, the indeterminacy of reasons to choose between incommensurable values does not imply that this choice is amoral, but only that the reasons one may have to opt for a course of action are neither better nor worse or equal to the reasons for the alternative choice. "To be precise there are reasons for (and against) each of the incommensurate options, and these may be enough to determine their ranking as against other options".¹⁸ When Raz argues that moral values can be incommensurable, he does not remit us to an amoral choice. Each of the choices of a morally responsive person plays a constitutive part in the authorship of her life. These choices are morally sig-

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Raz (n. 7) 334. See note 1.

THOMAS BUSTAMANTE / THIAGO LOPES DECAT

nificant because they are “responsive to reasons”, as each of us sees them.¹⁹ The reason why incommensurability is morally significant is precisely that it shows that moral considerations are not always measured by a single balance of reasons. When a person opts for one out of two incommensurable values, Raz assumes that she is still acting for a reason, although this reason is incomparable with other reasons that the same person might possess to choose a different course of action. “People endorse their pursuits, relationships, and all they care about for reasons. That is, ...they have them because of their belief in their value”.²⁰ If the choice between these reasons is indeterminate, it is only because these [moral] reasons are also indeterminate in the following sense: “but for the fact that the project, pursuit or relationship is one the person concerned is already engaged in, if he is, the reasons for him to be engaged in it are incommensurate with reasons for him to engage in some other projects, pursuits or relationships, which are incompatible with those he has”.²¹

One reason why a person is morally entitled to opt among valuable yet incommensurate goals or pursuits is the dependence of value on social forms. On Raz’s account, we should avoid the “misleading picture of there being something, enigmatically, «known as value», the quantity of which is increased by people having rewarding friendships, enriching occupations, etc.”.²² Although it is true that some values and comprehensive goals are comparable to other values and goals, it is equally the case that other valuable options depend on social forms, and part of the social conventions which constitute these social forms entail the incommensurability of such options. In other words,

...just as the existence of valuable options depends on social forms so, up to a point, their comparative merits depend on social conventions. In practical thought..., sometimes truth depends on belief. While a person’s beliefs that his goal is valuable does not make it so, the social conven-

¹⁹ J. Raz, *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action* (Oxford 1999) 19.

²⁰ Raz, *The Morality of Freedom* (n. 7) 340.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid* 344.

INCOMMENSURABILITY, SOCIAL PRACTICES AND MORAL...

tions regarding the relative value of options do in part determine their value. Social conventions are contingent and finite. They are exhaustible and are bound to leave plenty of room for incommensurability.²³

When it comes to the foundation of values, Raz believes that most values are dependent on social practices in one of the two following ways: (1) some values are specially dependent on social practices, in the sense that they “exist only if there are social practices sustaining them”, and (2) most other values (those which are not specially determined by social practices) are dependent on social practices in a larger sense, “through their dependence on values” that are specially dependent on social practices in the sense of (1).²⁴

In certain social relationships like friendship, parenthood or marriage, social conventions underlying and making up such relationships imply that they are incommensurable with other values: “The very relationship between spouses depends... on the existence of social conventions. These conventions are constitutive of the relationship. They determine its typical contours. They do this partly by assigning a symbolic meaning to certain modes of behavior”.²⁵ When it comes to marriage, for instance, it is constitutive of the relationship between spouses that their union is not exchangeable for money or other valuable goods. One might think it is admissible, for Raz, to leave one’s spouse for a month in order to do a job abroad and get some money. Yet it is not acceptable, for the same person and for most people who value marriage as a form of life, “to leave the spouse for the same month [only] for an offer of money, even a significantly larger sum of money”.²⁶ The reason many people might accept the former but not the latter is that part of the symbolic meaning of marriage is, in Raz’s example, that “the very judgment of companionship is incommensurable with money”.²⁷

Furthermore, the relationship between friends, or between a parent and a child, or between spouses, and so on, involves a capac-

²³ Ibid.

²⁴ J. Raz, *The Practice of Value* (Oxford 2003) 19.

²⁵ Raz, *The Morality of Freedom* (n. 7) 350.

²⁶ Ibid 349.

²⁷ Ibid 350.

THOMAS BUSTAMANTE / THIAGO LOPES DECAT

ity to have “interest in other people, empathy with them, and other psychological attributes”.²⁸ Some of the central features of such relationships are that they are relationships which “carry distinct obligations” and that the participants of such relationships “are capable of having such relations”.²⁹ Even though not all persons are either capable or willing to assume such relations, inasmuch as they might pursue some other comprehensive goals, it is a constitutive part of the value of such relationships that they are incommensurable with other goals. That is to say:

Certain judgments about the non-comparability of certain options and certain attitudes to the exchangeability of options are constitutive of relations with friends, spouses, parents, etc. Only those who hold the view that friendship is neither better nor worse than money, but simply not comparable to money or other commodities are *capable* of having friends. Similarly, only those who would not even consider exchanges of money for friendship are capable of having friends. This is a reasoned attitude. It is based on the recognition that it constitutes a condition for a capacity for friendship.³⁰

We think that the paragraphs above suffice to show that Hurd is probably incorrect to think that whenever we are at liberty to make a choice between incommensurable comprehensive goals (such as, for instance, forming special relationships) we are required to make morally insignificant options. Although some moral goals are incommensurable, a moral system which is consistent with value pluralism —*i. e.* with the existence of “various forms and styles of life which exemplify different virtues and which are incompatible”, in the sense that they “cannot be normally exemplified in the same life—³¹ assigns to the choice among incommensurable options a *moral significance* because a person’s resolution to commit with one of these options creates for such person “new [moral] reasons which she did

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid 352.

³¹ Ibid 395.

INCOMMENSURABILITY, SOCIAL PRACTICES AND MORAL...

not have before”.³² The choice among incommensurable comprehensive goals is neither amoral nor normatively irrelevant. On the contrary, “the fact that goals are integrated with central aspects of our lives, that they represent what matters to us in life, makes them constitutive of our well-being”.³³ The moral significance of making these options is analogous to the moral significance of promises for the promisor. As Raz explains, promises are morally important not only because they can create rights for the promisee, but also because of the promisor’s *right to promise*, which is “based on the promisor’s interest to be able to forge special bonds with other people”.³⁴ Just like the right to promise, the right to choose among a range of options of comprehensive goals is part of this person’s *freedom* to construct her own moral world and, as a consequence, is not devoid of moral significance. In the following section, we will dig deeper into some of the implications of the conclusions above.

III. NARROW MORALITY AND PERSONAL INTEGRITY

At the root of Hurd’s suspicion about role-relative reasons lies the belief that neither on a consequentialist nor on a deontological conception of morality may individuals have a preference for their own personal goals over those of another person. Neither status-based relationships nor contractual roles can create special reasons for preferring one’s own welfare or “the welfare of those who are close to them to the welfare of strangers”.³⁵ Given that a deontological morality “proceeds from what Thomas Nagel has called the ‘impersonal standpoint,’ it cannot contain a selfish tipping principle that allows persons to prefer their own innocent lives to the innocent lives of others”.³⁶ By

³² Ibid at 386.

³³ Raz, *Engaging Reasons* (n. 19) 64.

³⁴ Raz, *The Morality of Freedom* (n. 7) 173. See also J. Raz, “Promises and Obligations” in PMS Hacker and J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society – Essays in Honor of HLA Hart* (Oxford 1977) 210.

³⁵ Hurd (n. 1) 284.

³⁶ Ibid 278. On Nagel’s impersonal standpoint, see T Nagel, *Equality and Partiality* (Oxford 1991) 4.

THOMAS BUSTAMANTE / THIAGO LOPES DECAT

the same token, Hurd's claim that it is possible to reconcile the correspondence thesis with a consequentialist morality entails that the right-making consequences must be universal, in the sense that "if it is right for one to do an act, it must be right for all others that one do it".³⁷

There are two assumptions underlying this view, and we believe that neither should be comprised in a reasonable moral philosophy. First, it assumes that our moral theory must be confined to a "narrow morality" in the sense of Raz. Second, it presupposes a separateness of persons and a moral theory that fails to assign a proper value to personal integrity. Let us turn to these two shortcomings of Hurd's conception of moral correctness, which, again, are analyzed with the help of distinctions drawn on Raz's writings on political morality.

According to Raz, *morality in the narrow sense* "is meant to include only all those principles which restrict the individual's pursuit of his personal goals and his advancement of his self-interest".³⁸ Such conception of morality is indifferent to the agent's ethical choices about values and personal goals. A narrow morality "is not "the art of life", *i. e.* the precepts instructing people how to live and what makes for a successful, meaningful and worthwhile life".³⁹

Raz is convinced, however, that there is a fundamental objection to the very notion of "narrow morality" presented above:

The objection is to the notion that there is such a division at the fundamental level, that one can divide one's principles of action into those concerned with one's own personal goals and those concerned with others, in such a way that the principles are independent of each other.⁴⁰

It is a mistake, for Raz, to assume either that one can identify our rights while ignoring what values make our own life good and

³⁷ Hurd (n. 1) 4.

³⁸ Raz (n. 7) 213.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.* 214.

INCOMMENSURABILITY, SOCIAL PRACTICES AND MORAL...

meaningful, or that one can understand what makes a life valuable without considering our duties to other persons.⁴¹ It seems more attractive, therefore, to seek for a broader conception of morality, which assigns intrinsic value to some collective goods that lie at the foundation “both of personal goals and of obligations to others”.⁴² If this is correct, “the confrontational view of morality which pitches a person’s own interests and goals as not only occasionally in conflict with his obligations to others but as deriving from independent and fundamentally different sources is essentially an individualistic conception”.⁴³ One must avoid, therefore, both a consequentialist and a deontological morality that are entirely indifferent to one’s personal goals, such as a morality that does not allow you to save your own child before saving the life of a complete stranger.

A broader and more attractive conception of morality should include, in addition to universalistic principles of right-making, a special place for the value of personal integrity. When considering this value, Raz makes reference to Bernard Williams’ critique against utilitarianism, which we think deserves a literal quote:

The point is not, as utilitarians may hasten to add, that if the project or attitude is that central to his life then to abandon it would be very disagreeable to him and a great loss of utility will be involved... [O]nce he is prepared to look at it like that, the argument in any serious case is over anyway. *The point is that he is identified with his actions as flowing from projects and attitudes his life is about...* It is absurd to demand of such a man, when the sums come in from the utility network... that he should just step aside from his own project and decision and acknowledge the decision which utilitarian calculation requires. It is to alienate him in a real sense from his actions and the source of his actions in his own convictions. It is to make him into a channel between the input of everyone’s projects, including his own, and an output of optimific decision; but this is to neglect the extent to which his actions and his decisions have to be seen as the actions and decisions which

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid 216.

⁴³ Ibid.

THOMAS BUSTAMANTE / THIAGO LOPES DECAT

flow from the projects and attitudes with which he is most closely identified. It is thus in the most literal sense an attack on his integrity.⁴⁴

The point of this long quotation is to provide an argument against the assumption of “agent-neutrality” in the assessment of moral consequences (which is assumed by most consequentialist moral theories, including Hurd’s version of consequentialism). But the same argument applies also to the definition of the universal principles that should be assumed by a purely impersonal deontological theory.

In opposition to this picture, Raz joins Williams and Nagel in their defense of an *agent-relative* conception of political morality. A more promising moral theory, for him, should provide a “perspective of the relationship between one’s own projects and the moral requirements which arise independently of them”.⁴⁵ Although this theory, if obtainable, may on occasion require a great deal of self-sacrifice, even in these cases it must do so “because of considerations which chime in with one’s integrity”.⁴⁶ Consequentialism, for Raz, “is wrong not because it is rigoristic, but because it misperceives the relationship between morality and integrity”,⁴⁷ and so is any deontological theory—we add—that misunderstands such relation in a similar way.

IV. VALUE PLURALISM AND THE POSSIBILITY OF MORAL CONFLICT

The correspondence thesis, which lies at the core of Hurd’s argument in the book, places a significant constraint on the possible content of morality. If the correspondence thesis is true, then morality must be such that it does not allow for the possibility of genuine moral conflicts about the punishment of a justified person. Hurd seems to deny, indeed, both the existence of agent-relative reasons for ac-

⁴⁴ J.J.C. Smart and B. Williams, *Utilitarianism: For and Against* (Cambridge 1973) 116 and 117, *apud* Raz (n 7) 284 and 285.

⁴⁵ Raz (n. 7) 286.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

tion and the possibility of genuine moral conflicts. Is the correspondence thesis compatible with value-pluralism? In this section we argue that it is not, and that this provides a reason against the general plausibility of such thesis.

Our argument is, again, based on Raz's account of freedom and political morality. According to Raz, moral pluralism is based on two distinct but interrelated claims. First, there must be a "plurality of incompatible but mutually acceptable forms of life". Second, these incompatible forms of life "display distinct virtues, each capable of being pursued for its own sake".⁴⁸

In our understanding of Raz's conception of freedom, value pluralism is not only a fact which must be acknowledged by an external observer or a political theorist. More than that, it is a direct implication of some political values that we consider particularly important in a sound political community. If, for instance, the value of *personal autonomy* is considered morally justified, then our personal well-being is, to a considerable extent, dependent on our ability to be the authors of our own lives. "The ideal of personal autonomy is the vision of people controlling, to some degree, their own destiny, fashioning it through successive decisions throughout their lives".⁴⁹ But the value of personal autonomy only becomes attractive under certain circumstances, which must be protected in case we are convinced that it is a morally important principle. According to Raz, these circumstances might be referred to as the "conditions of autonomy", which are complex and "consist in three distinct components: appropriate mental abilities, an adequate range of options and [moral] independence".⁵⁰ Given the second condition (an adequate range of options), autonomy necessarily requires value pluralism, *i. e.* a range of incomparable yet valuable goals, options and personal projects. Autonomy is not taken seriously unless there are a wide variety of options, which might turn out to be incompatible and competitive with each other.

⁴⁸ Ibid 396.

⁴⁹ Ibid 369.

⁵⁰ Ibid 372.

THOMAS BUSTAMANTE / THIAGO LOPES DECAT

One of the consequences of personal autonomy and the variety of options required for a complete account of freedom is, according to Raz, the possibility of *competitive pluralism*. When competitive pluralism arises, there are not only “distinct and incompatible moral virtues”, but also “virtues which tend, given human nature, to encourage intolerance of other virtues”.⁵¹ In other words,

Competitive pluralism admits the value of virtues possession of which normally leads to a tendency not to suffer certain limitations in other people which are themselves inevitable if those people possess certain other, equally valid, virtues... This view presupposes a certain conception of moral conflict. It regards some conflicts as *real conflicts* between independent moral considerations, rather than as merely conflicting partial judgments which simply give way without trace to an all-things-considered judgment.⁵²

As one can see, Raz’s conception of autonomy and value pluralism is not unaware of the fact that morality itself can trigger moral conflicts that should be resolved by moral reasoners and political institutions. The protection of minorities against intolerance, for instance, becomes particularly relevant under conditions of competitive pluralism, and requires that some of the emotional responses to our values be curbed in order to preserve the range of options and the plurality of values which is necessary for an autonomous pursuit of a person’s values.

Although competitive pluralism is not to be celebrated and promoted without a note of caution—inasmuch as it may on occasion lead to emotional reactions and intolerance that must be curbed—it seems to be a feature of communities and social forms that promote the value of autonomy and an adequate range of choices for a person’s creation of her own moral world.

It is probable, thus, that Hurd’s intuition against moral combat is at odds with the conditions of autonomy and with the competitive pluralism that is likely to arise in a liberal form of life. Hurd’s

⁵¹ Ibid 404.

⁵² Ibid.

INCOMMENSURABILITY, SOCIAL PRACTICES AND MORAL...

correspondence thesis seems to lose sight of an important aspect of morality itself, which has to do with the incommensurability of virtues and with the factual impossibility of complete realization of all virtues in a single life. The very pluralism that makes autonomy an interesting political value may, on occasion, lead to real conflicts in our moral world.

Consider the case of two people who assign different values to some of the basic forms of good that build up our current moral world. On John Finnis' account of rights, for instance, knowledge and religion are both "basic goods" which are "worthy of life-shaping devotion".⁵³ Suppose Mary is a biology researcher who dedicates her life to the pursuit of scientific knowledge and Jane is a religious devotee who cherishes her faith about the origin of the universe and the theological foundations of our moral goods. Are their forms of life comparable in any relevant sense? Can either of them be better or equal to its competitor in a single life? Although the answer is probably that some sort of incommensurability is inevitable, these choices are both within the range of moral options available in a community concerned with personal autonomy, although they may occasionally come to conflict. Consider, for instance, a case decided a few years ago by the Brazilian Federal Supreme Court, about the permission of scientific research with human embryos. It is a constitutive part of Mary's moral world that this kind of research is permitted and that the use of embryos to discover the cure for new diseases morally valuable. By the same token, it may as well be the case that under a certain religion it is constitutive of human respect for God and for the potentiality of human life (which is conceived of as God's creation) that certain scientific experiments with human embryos are prohibited. Is not this a real moral conflict? Should not we accept that, under certain cases, morality commits us to incommensurable yet valuable pursuits that might turn us into moral competitors? If the answer is "yes", so that moral conflicts are indeed possible, then Hurd's denial of moral combat is but a misrepresentation of the reality of our moral arguments.

⁵³ J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (2a edn, Oxford 2011) 64.

THOMAS BUSTAMANTE / THIAGO LOPES DECAT

V. OVERCOMING LEGAL POSITIVISM

If the argument of the previous sections is sound, then social forms, status and relationships play a constitutive part in the making of our moral world. Moral values are socially dependent and the social forms to which we appeal in order to understand moral and political values may on occasion create role obligations that are relative to certain agents. Given that some of these role-obligations are incommensurable while simultaneously valid, the correspondence thesis is flawed and moral combat might as well be possible in the adjudication of hard cases. Perspectivalism is true, and judges, lawyers and citizens should prepare themselves for moral combat. How bad is this conclusion?

As Hurd explains in the opening chapter of the book, one of the sources of the dilemma of perspectivalism is the fact that the content of the law is not “perfectly mirrored” in the content of morality, *i. e.* that legal and moral norms are not coextensive. The dilemma of perspectivalism, therefore, “is a real dilemma only if law and morality are noncongruent”.⁵⁴ We think this poses a real problem if one assumes, as Hurd does throughout the book, a “fairly simplistic positivism” that understands as law “whatever a society’s rule of recognition declares it to be (which, in our society, is whatever legal institutions —legislatures, courts, and constitutional conventions—formally announce)”.⁵⁵ Although Hurd does not acknowledge it expressly, we believe her book implicitly takes for granted some form of exclusive legal positivism, and that this implicit assumption leads her to overstate the importance and impact of moral combat. The possibility of moral combat becomes a worry only if one accepts a strong version of the social sources thesis, which claims that “all law is source-based” and that “its existence and content can be identified by reference to social facts alone, without resort to any evaluative argument”.⁵⁶ If this is the case, then moral conflicts become

⁵⁴ Hurd (n. 1) 16.

⁵⁵ *Ibid* (317).

⁵⁶ J. Raz, “Authority, Law and Morality”, reprinted in *Ethics in the Public Domain* (Oxford 1994) 210 and 211.

INCOMMENSURABILITY, SOCIAL PRACTICES AND MORAL...

recurrent, given that legal reasoning is not restricted to institutionalized considerations, and whenever the rules identified with the application of a non-evaluative rule of recognition conflicts with a moral principle one will be faced with a choice between following the law and complying with our moral obligation to do justice in the case at hand.

One way to avoid the problems of moral combat in the adjudication of legal disputes is, therefore, to look for an alternative conception of law. Although we used Raz's insightful account of moral incommensurability to reply to Hurd's book, we learn from Hurd's formulation of the dilemma of moral combat that Raz's conception of law might also be problematic. Exclusive positivism is, in the end, part of the problem that Hurd intended to solve in the book. As Ronald Dworkin persuasively criticizes, this kind of definition of law is guilty of a "heroic artificiality" and "contradicts common sense", inasmuch as no real-world lawyer interprets law as made exclusively of non-evaluative considerations in the sense of exclusive positivism's conception of law.⁵⁷ As Gerald Postema argued in an insightful critique of Razian legal positivism, a proper account of legality should understand legal reasoning and legal practice as "continuous with and inseparable from moral reasoning".⁵⁸

If the content of the law is dependent upon a constructive interpretation in the sense of Ronald Dworkin, who argues that law should be seen "not as separate from but as a department of morality..., as part of morality more generally understood but distinguished, with its own substance, because applicable to distinct institutional structures",⁵⁹ then the worry of incongruence between law and morality almost disappears. If, as Dworkin suggests in *Justice for Hedgehogs*, we place the doctrinal concept of law in a "tree structure" as a "branch, a subdivision, of political morality",⁶⁰ instead of assuming that law and morality are "different systems of norms and

⁵⁷ R. Dworkin, *Justice in Robes* (Belknap 2006) 209.

⁵⁸ G Postema, "Law's Autonomy and Public Practical Reason" in RP George (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* (Oxford 1996) 103 and 104.

⁵⁹ Dworkin (n. 57) 34 and 35.

⁶⁰ R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Belknap Press 2011) 405.

THOMAS BUSTAMANTE / THIAGO LOPES DECAT

that the crucial question is how they interact”,⁶¹ then the conflicts between law and morality will be confined to a set of marginal cases. As a general matter, Dworkin treats the “doctrinal” concept of law—the concept we employ when we raise or respond to arguments about what obligations we have given the fact that some institution has acted to establish a law— as “a part of political morality”.⁶² He rejects, therefore, the “plain-fact view”, which assumes that “the law is only a matter of what legal institutions, like legislatures and city councils and courts, have decided in the past”.⁶³ To understand the content of the law it is not enough to acknowledge that a given legislative event took place and to determine the meaning of the words of the authoritative enactments that stem from this legislative event, given that the content of our legal obligation is the *moral obligation* that results from the action of these institutions. The set of moral obligations that we have *in virtue of* the action of our political institutions is what we call the “law”.

As we can see, if we adopt Dworkinian interpretivism and depart from the “casual” or untheorized version of legal positivism that Hurd assumed without argument in the book, we no longer need to interpret the rule of law as demanding that judges punish morally justified offenders. We cannot say that one is an offender unless one acts in a *morally* unjustified way. Even though this solution does not entirely exclude the possibility of moral conflicts, it makes them a rare and much less distressing phenomenon, which is confined to the particular cases in which it is not possible to determine the correct moral answer about what to do given the existence of past institutional acts.

For as long as we lack a decisive argument to rule out the possibility of internal skepticism about certain moral matters, we have to admit at least the possibility of there being certain cases where morality lacks a consistent solution to a practical problem. The point is not that internal skepticism is accepted by default but that there may be something in morality or some *positive* argument about an

⁶¹ Ibid 402.

⁶² Ibid 405.

⁶³ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Belknap Press 1986) 7.

INCOMMENSURABILITY, SOCIAL PRACTICES AND MORAL...

important feature of morality which renders moral conflict an actual possibility.⁶⁴ In such occasions of hard *moral* cases, our initial assumption that there is a correct moral answer within our reach will fail, and we will not be able to achieve an entirely satisfactory moral judgment. But the possibility of failure is neither a reason to give up the belief in the objectivity of morality nor to withdraw from the intellectual attitude of struggling to make the best moral case for the decision we must make.

The proper way to avoid moral conflicts in adjudication is not to ignore the impact that roles and social practices may have on values and moral obligations, but rather to construct a conception of law which does not depict adjudication and legal practice as morally incoherent. An interpretive conception of law, which attributes a legal status only to propositions that have been interpreted in the best moral sense available in the case at hand, will lead to less moral conflict and less moral combat. Dworkin's account of law seems to be very successful in this task. Even if we admit that moral conflict—including moral conflict in adjudication—is indeed a possibility, we can understand the law in a way that avoids most conflicts between law and morality. If we understand law as an interpretive concept in the sense of Dworkin, it may well be the case that moral combat in adjudication becomes so exceptional that it need not be considered a major threat to the rationality and the legitimacy of adjudication.

VI. REFERENCES

Dworkin R., *Justice in Robes* (Belknap 2006) 209.

Dworkin Ronald, *Justice for Hedgehogs* (Belknap Press 2011) 405.

Dworkin Ronald, *Law's Empire* (Belknap Press 1986) 7.

Finnis J., *Natural Law and Natural Rights* (2nd edn, Oxford 2011) 64.

⁶⁴ We are relying here on Dworkin's distinction between external and internal skepticism: while the former "claims to argue from entirely nonmoral assumptions", the latter "is internal to morality because it does not". See Dworkin (n. 60) 26.

THOMAS BUSTAMANTE / THIAGO LOPES DECAT

- Hohfeld WN., *Fundamental Legal Conceptions* (WW Cook ed., Yale Univ. Press 1919) 36-39.
- Hurd H., *Moral Combat* (Cambridge 1999).
- Postema G., "Law's Autonomy and Public Practical Reason" in RP George (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* (Oxford 1996) 103-04.
- Raz J., "Authority, Law and Morality", reprinted in *Ethics in the Public Domain* (Oxford 1994) 210-11.
- Raz J., *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action* (Oxford 1999) 19.
- Raz J., *The Morality of Freedom* (Oxford 1986) 322.
- Raz J., *The Practice of Value* (Oxford 2003) 19.
- Smart J. J. C. and B Williams, *Utilitarianism: For and Against* (Cambridge 1973) 116-17.

Acknowledgment

The research that led to the publication of this paper was funded by The Brazilian National Council for Scientific and Technological Development (CNPq), Grants # 305645/2017-0 and # 423696/2018-1.

FRIENDLY COMBAT OVER *MORAL COMBAT*: A REPLY TO MY CRITICS*

UN COMBATE AMISTOSO SOBRE COMBATE MORAL: RESPUESTA A MIS CRÍTICOS

Heidi M. HURD**

Resumen:

En esta pieza respondo a los críticos que sostienen que el combate moral no sólo es posible, sino ubicuo. En opinión de algunos, la moralidad está relacionada con los roles, y por lo tanto el paquete único de razones para la acción que posee alguien dentro de un rol determinado puede dictar un curso de conducta que frustre las acciones requeridas de otros que no comparten ese rol. Otros críticos defienden, en cambio, el relativismo moral meta ético, del que se deduce que dos personas que provienen de culturas distintas pueden tener razón (en relación con sus “formas de vida” separadas) al frustrar las acciones del otro. Una tercera línea de ataque es la de los críticos que creen que ciertos valores morales de primer orden son inconmensurables, y que, por lo tanto, sostienen que dos personas pueden ser inocentes al perseguir objetivos inconmensurables, pero mutuamente incompatibles a expensas del otro. Como sostengo, estas tres estrategias no logran reivindicar la afir-

* Artículo recibido el 20 de julio de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de septiembre de 2019.

** Ross and Helen Workman Chair in Law, Professor of Philosophy, and Co-Director of the Illinois Program in Law and Philosophy, University of Illinois, 504 E. Pennsylvania Avenue, Champaign, IL, 61820; hhurd@illinois.edu. I am very grateful to my colleagues in the Brazilian academy whose contributions to this collection probed the durability of my work on the topic of moral combat. I am particularly indebted to Thomas Bustamante for generously hosting a gathering at the Federal University of Minas Gerais in honor of the twentieth anniversary of my book, *Moral Combat*, which allowed for lively discussion of the challenges pressed by the contributors to this collection. It was by virtue of his energy and ambition that I am honored by the publication of their insightful critiques, and by the ability to respond to them in this short Reply.

Problema. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 14, enero-diciembre de 2020, pp. 147-172
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)*.

HEIDI M. HURD

mación de que nuestra mejor teoría de la moralidad tolera los encuentros de gladiadores en los que el éxito moral de una persona requiere el fracaso moral de otra.

Palabras clave:

Combate moral; razones relacionadas con el rol; relativismo; perspectivalismo; tesis de la correspondencia; incommensurabilidad.

Abstract:

In this piece, I respond to critics who maintain that moral combat is not only possible, but ubiquitous. In the view of some, morality is role-relative, and thus the unique package of reasons for action possessed by someone within a given role may dictate a course of conduct that thwarts the actions required of others who do not share that role. Other critics instead defend meta-ethical moral relativism, from which it follows that two people who hail from distinct cultures may both be right (relative to their separate “forms of life”) in thwarting the actions of the other. A third line of attack is mounted by critics who believe that certain first-order moral values are incommensurable and who thus argue that two people may both be blameless in pursuing incommensurably valuable but mutually incompatible goals at each other’s expense. As I argue, all three of these strategies fail to vindicate the claim that our best theory of morality tolerates gladiatorial encounters in which one person’s moral success necessitates another’s moral failure.

Keywords:

Moral Combat; Role-Relative Reasons; Relativism; Perspectivalism; Correspondence Thesis; Incommensurability.

FRIENDLY COMBAT OVER MORAL COMBAT: A REPLY...

It is both gratifying and humbling to be invited to respond to the provocative challenges to my past work that have been posed in this volume by scholars of distinction and stature whose own work merits similar compliments. While those outside the academy are understandably baffled by the notion that criticism can be a form of flattery, those of us who labor in the fields of ideas well appreciate that intellectual disagreement is the fuel that powers the tractors of truth, and that when others invest time and energy in critiquing one's work, it is proof that that work has been useful, if only because it has inspired them and others to do better. I am thus honored by the willingness of Vinicius Faggion, Ronaldo Macedo, Saulo Matos, Thomas Bustamante and Thiago Decat to inquire into the staying power of my twenty-year old work on moral combat,¹ and I am delighted by the ways in which their vigorous critiques reveal previously undiscovered puzzles and paradoxes that provide invaluable fodder for future work.

My own current thinking about moral combat is explored in this volume in a new article co-authored with Michael Moore.² Inasmuch as that piece re-articulates and freshly motivates my view that our best moral theory would not give actors either rights or duties to perform actions that are mutually thwarting, I shall not dedicate any time here to reminding readers of that view. Instead, I shall devote this short contribution to responding to some of the main theses within the critiques that my intellectual comrades have offered in this symposium. Each of their contributions is rich in arguments and implications, and I will undoubtedly fail to do justice to many of their important insights and challenges. But I shall try to identify and engage their most significant themes so as to make vivid the important counter-positions that they stake out counter-positions that will undoubtedly prove tempting to others who are vexed by the relationships between the rights, duties, and permissions that determine the scope and limits of our morally relevant choices.

¹ Heidi M. Hurd, *Moral Combat* (Cambridge University Press 1999).

² Michael S. Moore and Heidi M. Hurd, "Moral Combat: Disagreement in Action, Not Belief" in this volume, pp. 7-55.

HEIDI M. HURD

Let me begin by recognizing the happy coincidence of Vinicius Faggion's views with my own. In his thoughtful contribution, Faggion joins me in rejecting the view that morality is role-relative.³ In his words, roles are not morally "generative"; that is, they do not usher in rights, duties, or permissions that are unique to those who occupy them. As a result, the reasons for action that bear on the rightness of the decisions made by actors who occupy different roles cannot simultaneously make actions that prevent or thwart one another right. In other words, one cannot ground the possibility of moral combat in the role-relativity of reasons for action.

Faggion usefully distinguishes two versions of the generative thesis before advancing reasons to reject them both. On the "strong" view, a role is defined by unique rights, duties, and permissions that exhaust the criteria for right action within that role. Roles are, on this view, fully "insulated realms of moral valuation".⁴ Thus, rights, duties, and permissions that would apply to the actor outside of a role play no part in determining the rightness of her actions within a role. There may, of course, be numerous substantive duplications between an actor's role-relative duties and those that apply outside of that role, but in the event of a conflict between an all-things-considered judgment about an actor's role-relative reasons for action and an all-things-considered judgment about the actor's non-role-relative reasons for action, the actor is bound to act in accordance with the dictates of her role. Thus, if the role of a judge demands the exceptionless application of the plain meaning of the law (when such a plain meaning is present), it is impermissible for a judge to issue a judgment that flies in the face of the law's plain demands. In a jurisdiction that conditions self-defense on the immanency of peril, a judge would violate not only the law but morality itself if the judge acquitted an abused wife who killed her husband in his sleep for fear that when he awoke to make her peril immanent, she would be unable to muster the force necessary to defend herself.

³ Vinicius de Souza Faggion, "Is the Judicial Role Just a Descriptive Social Fact?", this volume, nota 3: pp. 57-78.

⁴ Faggion, p. 70.

FRIENDLY COMBAT OVER MORAL COMBAT: A REPLY...

In contrast to the strong view, Faggion articulates a weaker view that softens the degree to which actors within roles are precluded from accessing the reasons for action that would otherwise determine the rightness of their decisions. On this view, those who occupy roles are entitled to reach to reasons for action that cohere with the “ends” that justify their roles to begin with. Thus, for example, if the end that justifies having judges as means is the achievement of individualized justice, and if such an end can be achieved only by acquitting battered wives whose preemptive killings were reasonably believed to be necessary for self-preservation, then “judges who nullify the law are not acting lawlessly because the role itself permits this kind of incorporation of ordinary morality”.⁵ As this example makes clear, this weaker view permits “outside” moral considerations to enter into the reasoning of those within given roles when the rationale for those roles permits such outside appeals. Or, as Faggion puts it, “the role grants permission for the agent to think from an all-things-considered valuative domain”.⁶ Just as some believe that laws should be interpreted so as to conform to their spirit rather than their letter whenever the two conflict, so on this view, roles should be executed in accordance with their spirit. As such, those who occupy such roles may, from time to time, offend against role-relative expectations when so doing allows them to honor the rationales for their having such roles to begin with.

Let me take Faggion’s thoughtful complaints with these two “generative” theories in reverse order, because I find his critique of the weak view of role-relative constraints to be fully convincing, and thus easily endorsed. In Faggion’s view, there are two reasons to think that the weak view is internally contradictory, or in some similar manner self-defeating. Drawing inspiration from the critique advanced by Anthony Reeves,⁷ Faggion first argues that in order to specify the domain of a role—in order to determine the highest

⁵ Faggion, p. 65 (quoting W. Wendel, “Three Concepts of Roles” 552 Cornell Law Faculty Publications (2011)).

⁶ Faggion, p. 65.

⁷ Anthony R. Reeves, “Do Judges Have an Obligation to Enforce the Law?: Moral Responsibility and Judicial-Reasoning” (2010) 29 Law and Philosophy 159-87.

HEIDI M. HURD

and best goal it serves— we must invoke “an all-things-considered moral point of view”. When conventional understandings of the role conflict with the value that is assigned to that role through such an holistic exercise in moral reasoning, they are not deemed to be genuine aspects of the role, and as such, the occupant of the role is free to reach a judgment that appears (but only *appears*) to reach beyond the role. But if this is the case, the role itself is doing no work to generate reasons for action; all the work is being done by the value that is served by the role—a value that is not, itself, role-relative.

By way of a second route to the same judgment about the indefensibility of the weak theory of role-relative morality, Faggion appears to adopt an argument that is reminiscent of the famous arguments leveled at two-tiered theories that assign to systems goals distinctly at odds with the goals assigned to the individuals who are charged with their operation. Recall, for example, John Rawls’ argument that a system of criminal justice must be justified on utilitarian grounds, but adjudicators within that system should be thought bound to honor the retributivist’s goal of according punishment if, but only if, it is deserved.⁸ As David Lyons argued in his chestnut rebuttal, there can be no principled means of walling off the rationale for a system from the rationale for its case-by-case administration.⁹ If the reason to have a system of punishment is to advance utility summed across all, then what would justify a judge in refusing to administer a punishment (or grant an acquittal) that would plainly do just that (all utilities considered), even if it would be at odds with the defendant’s just deserts? Similarly, as Faggion asks, what could justify a judge in confining herself to the role-relative reasons for a decision that are dictated by the value that is generally served by her so doing, when those reasons dictate a result that, in the case before the judge, violates that value?

I find both of these accounts of why the weak theory is unsustainable to be convincing. As I would put the problem, “there is no there

⁸ John Rawls, “Two Concepts of Rules” (1955) 64 *The Philosophical Review* 3-32.

⁹ David Lyons, *Forms and Limits of Utilitarianism* (Oxford 1965). See also Larry Alexander, “Pursuing the Good—Indirectly” (1985) 95 *Ethics* 315-332 (for a similarly powerful take-down of the defensibility of rule-utilitarianism).

FRIENDLY COMBAT OVER MORAL COMBAT: A REPLY...

there” for such a theory. If every time that the judicial role dictates a result that is at odds with morality a judge is entitled —by the judicial role itself— to substitute the demands of morality for the apparently immoral demands of the law, then the judicial role never pinches at all, for it plainly does not compel action in accordance with a set of reasons that apply only to those within the role. This does not mean that the judicial role is simply a “descriptive social fact” as Faggion concludes. On the contrary, this makes the judicial role a morally-weighty one, for all of morality then necessarily informs, and dictates the legitimacy of, judicial decisions. The judicial role cannot exclude some considerations as irrelevant while adding morally-artificial weight to others.

Let me now turn to Faggion’s criticism of the strong view. As a careful reading reveals, Faggion’s principal argumentative strategy is to reject the moral relativism that he assigns to those who embrace that view —which is, as he puts it, a bullet too bitter to bite.¹⁰ While I have no truck with moral relativists,¹¹ my fear is that Faggion converts those who hold the strong view into straw men by equating their version of role-relative morality with moral relativism. It is true, but only trivially so, that those who subscribe to moral relativism can make sense of why those in different roles might have different reasons for action. And it is true, but only trivially so, that this explanation vindicates the possibility of moral combat. If actions are made right by the beliefs of those who perform them (as subjectivists maintain), or if actions are made right by the shared beliefs (*i. e.*, conventions) of communities (as conventionalists maintain), then it is unsurprising that one actor might be right in performing an action that prevents the right action of another and vice versa, for it is unsurprising that these actors may hold conflicting beliefs or be members of distinctly different communities whose conventions conflict. The possibility of moral combat inexorably follows from moral relativism, so if those who hold the strong view concerning the role-relativity of morality do so because they are moral relativists, then

¹⁰ See Faggion, p. 69.

¹¹ Heidi M. Hurd, “Relativistic Jurisprudence: Skepticism Founded on Confusion” (1988) 61 Southern California Law Review 501-593.

HEIDI M. HURD

it is true, but tautological, that they may think of moral combat as ubiquitous.

The strong view of role-relative morality that Faggion identifies becomes much more interesting, and much more formidable, if it does not trade on meta-ethical moral relativism. If, instead, we make the strong view the strongest it can be by giving it realist underpinnings, then the position constitutes a view of morality that nontrivially implies the possibility —indeed, the probability— of moral combat. On this view, roles reflect packages of moral reasons for action that are exhaustive of the reasons for action possessed by those within such roles, because morality (conceived of as a source of truths that are belief-and-convention-independent) is simply constituted by such autonomous packages. One actor's role-relative package of reasons might dictate action *A*, while another actor's role-relative package of reasons might dictate action *B*, where actions *A* and *B* each prevent or thwart the successful completion of the other. As such, each actor's moral success will turn on the other's moral failure, so in such a circumstance actors are locked in moral combat, for the one cannot do right without the other doing wrong.

This is the thesis about which I took myself to be providing a book-length critique in *Moral Combat*, and it is the thesis that Michael Moore and I further pursue in our contribution to this symposium when demonstrating both that Wesley Hohfeld's famous deontic logic permits moral combat, and that this is so much the worse for his iconic system. We are glad to claim Faggion as an ally, but it is crucial to recognize that more is needed to defeat the strong view about role-relative morality than a convincing critique of moral relativism.

I am, however, happy for the muscle that Faggion's critique of relativism brings to the fight that Ronaldo Porto Macedo Jr. and Saulo M.M. Matos pick with my work – a fight that makes the defensibility or indefensibility of moral relativism the trophy. While substantially different in their very interesting and thoughtful details, Macedo's and Matos's contributions press the view that I am not entitled to the particular brand of moral realism that implicitly un-

FRIENDLY COMBAT OVER MORAL COMBAT: A REPLY...

dergirds the problem of moral combat to which my work is devoted. In their view, there are meta-ethical theories that locate themselves between sophomorically simple versions of moral relativism and robust versions of moral realism that are not only defensible, but attractive. And therefore, the problem of moral combat is not a problem of significant moral interest. Moral combat may remain—indeed, it may be ubiquitous—because people who enjoy different “forms of life” may find themselves in circumstances in which the moral tenets of their separate social practices conflict so as to demand that one perform an action that is the undoing of another’s. But this follows somewhat trivially from the fact that, as Macedo insists, people may hail from diverse cultures that each demand actions inconsistent with those demanded by all others. While the precepts of those different cultures “do not straightforwardly contradict one another ...they do exclude one another”.¹² They reflect Wittgensteinian “forms of life” that despite shared “family resemblances”, comprise social practices that help their members “find [their] way around” in “many different cultures in which they can live, differing in their local concepts”.¹³ Quoting Bernard Williams, Macedo writes: “The use of ethical language... depends on a shared form of life and the practices of a community within which we pick up the terms of our ethical experience”.¹⁴ As such, it should not be surprising if morality makes an action in one such community right that would be wrong if done in another. And it should not be surprising that an actor who is obligated by the social practices of her community may be obligated do an act that prevents or thwarts the action of another who is obligated by the quite different social practices of his community.

While Matos agrees that moral facts are dependent on “sharing a form of life” and are a function of participating with others in a dis-

¹² Ronaldo Porto Macedo Jr., “Is Bernard Williams’ Distance Relativism Really Defeated by Heidi Hurd’s Attack on Perspectivalism?”, this volume, pp. 96-97.

¹³ Macedo, p. 90.

¹⁴ Macedo, p. 95 (quoting Bernard Williams, “The Need to Be Skeptical” in *Essays and Reviews: 1959-2002* (Princeton: Princeton University Press 2016), p. 314.

HEIDI M. HURD

inctive “argumentative practice”,¹⁵ his path to the same conclusion about morality’s tolerance of moral combat follows a different route. In his view, moral tenets lean on social practices that are not themselves fully specified. As such, our moral obligations are “underdetermined”, and thus, “the task of law consists above all in offering institutional schemes of cooperation so that moral values can be followed and determined in the context of social practices”.¹⁶ The law, on this approach, never departs from morality, for the law is constitutive of what persons must do within a social system in which law is the recognized source of salient solutions to coordination problems that all must overcome for their own sakes and others’. On Matos’s view, within a community that shares “a form of life” that is coordinated by laws, no one is ever justified in breaking the law, so the prospect of moral combat between citizens who are right to break the law and judges who are right to enforce it against them never arises. Of course, inasmuch as there are multiple “forms of life”, each of which can have significantly different strategies for resolving coordination problems, there is ample room for moral combat between those who meet in the moral equivalent of the demilitarized zone between their two social worlds. But this is practically a tautological consequence of construing morality as function of shared social practices and legal institutions in a world in which there are multiple versions of such “forms of life”.

Macedo and Matos both agree that a Wittgensteinian approach to ethics preserves a kind of objectivity about ethics, because the truth-value of moral propositions is not thought to be relative to shared social practices on such a view. Rather, moral tenets are thought to be intimately responsive to social practices, and ultimately partially constitutive of those practices. Ethical propositions thus share the same (sociological) objectivity of the cultures from which they arise and to which they lend constitutive support. In Macedo’s and Matos’s view, the truth of moral propositions is not itself relative to the beliefs of individuals or the conventions of a community. But inas-

¹⁵ Saulo M.M. de Matos, “A Wittgensteinian-Based Moral Realism: Deflating Hurd’s Moral Combat Antimony”, this volume, pp. 121-122.

¹⁶ Matos, p. 122.

FRIENDLY COMBAT OVER MORAL COMBAT: A REPLY...

much as the point of moral propositions (and legal ones that specify them further) is to guide action within distinct social environments, the content of moral propositions may vary considerably between significantly different social environments —so much so that it would be unsurprising if they proved contradictory when subjected to pair-wise comparisons, or did not at least imply that those within such distinct social environments would face moral combat were they ever to breach their cultural barriers.

Macedo and Matos are not wrong to believe that I subscribe to metaethical moral realism —that is, to the dual-pronged ontological thesis that moral truths exist and are conceptually, if not substantively, independent of any individual’s or group’s beliefs about them. But I do not take my book-length treatment of the possibility and implications of moral combat to depend on a defense of robust metaethical moral realism, and this is why I did not provide one. Instead, I take moral combat to follow from any view that takes the truth of moral propositions (of a first-order, second-order, or even third-order stripe) to be relative to the beliefs that individuals or groups may hold. It is this form of relativism that makes it trivially possible, on conceptual grounds, for two people (perhaps of two different cultures) to be morally successful only if they prevent or thwart the actions of one another. If Macedo and Matos succeed in finding in the later work of Wittgenstein, or in some better reading of Bernard Williams, some “there there” between traditional versions of relativism and robust forms of realism, perhaps they will be able to articulate a view of morality that is both objective and that makes it objectively true —but not tautologically so— that morality may demand actions of us that entail moral combat.

This is not the place to repeat or try to improve upon the detailed arguments I have made in *Moral Combat* and elsewhere that cast shade on the likely success of this search for metaethical middle ground. Instead, let me make a set of peace offerings to Macedo and Matos; that is, let me make a significant set of concessions to their thoughtfully-crafted contributions that are designed to close the ground between us. As they will recognize, these concessions do not add up to an admission of defeat; on the contrary, they are designed

HEIDI M. HURD

to demonstrate how realism is fully consistent with a number of the considerations that motivate them to seek an alternative that feints in the direction of relativism. Still, there is much in what both of them say that merits agreement, and to the extent that my previous work did not make this clear, Macedo and Matos are to be thanked for allowing me to demonstrate the compatibility of my realism with tenets of their particular anti-realist theories.

First, there is no question that the conventions that characterize cultures and guide our social interactions merit epistemic deference. Just as two heads are better than one when it comes to figuring out a problem, so the lessons that have been learned over long time-spans by groups of people facing shared challenges are likely to be helpful heuristics when assessing what is required of them as a matter of morality. While, in my view, individuals, groups, and entire societies can be wrong about the content of morality—wrong about the precepts that define right action and the rules to which they therefore ought to adhere—any good realist can harbor the optimism and hazard the guess that, over time, truth will cause belief (just as it does in science), and therefore, the “forms of life” that evolve to define distinct cultures within distinct environments are appropriately thought to be evidential of what morality requires of their members in those circumstances.

To admit this, of course, goes no distance toward admitting that the variation between social and cultural “forms of life” vindicates the existence of actual moral combat; it simply makes sense of why moral combat *appears* possible. As I make clear in my book, the correspondence thesis—which holds that the justification of one person’s action determines the justifiability of permitting or preventing that act—is patently false if construed as an epistemic theory about the conditions of culpability. Two individuals can each justifiably believe that they are entitled to thwart the actions of the other, because they can each possess different information concerning what they are entitled to do; and this is very likely to be the case when they hail from cultures or social settings characterized by norms and rules alien to one another, so as to reach to radically different heuristics as evidence of how they ought to interact.

FRIENDLY COMBAT OVER MORAL COMBAT: A REPLY...

Second, not only will cultural conventions and social rules invite justified epistemic deference in ways that may pit agents against one another in *apparent* moral combat, but cultural conventions and social practices can also be context-sensitive applications of more general moral maxims so as to be not just epistemically justified, but objectively true propositions about right action. In a world in which there are no palliative measures by which to deal with the acute pain of loved ones, the maxim that we owe special duties of care to those who are near and dear may properly translate into a license to aid in their suicide, or even engage in active euthanasia. In a world in which acute pain can be managed with the help of modern pharmaceuticals and palliative practices, anyone who would rush to euthanize a loved one would be a moral monster, not a moral hero. The point: a general moral maxim that is equally true in two very different cultures may justify radically different, and even diametrically opposed practices. This is not an embarrassment to moral realism. It is simply the recognition that moral maxims are context-sensitive. If what is possible in one world is not possible in another, then inasmuch as ought implies can, what one may be morally obligated to do in one world may be quite different than what one is morally obligated to do in the other.

Once again, the fact that any sensible moral realist must recognize the context-sensitivity of moral maxims goes no distance toward conceding that moral combat is conceptually baked into our best moral theory or is an inherent feature of our daily lives. That our shared social circumstances embody solutions to moral problems that are a product of the constraints of our past and present circumstances does not suggest that two people, in a given context, would be right to thwart one another's actions. Were I to find myself in a world in which the only escape from acute pain is death, I would not be entitled to thwart another's effort to deliver that relief to a loved one who sought it; and were she to find herself in my world in which pain can be dulled through drugs, she would not be entitled to thwart my palliative care through measures that would bring relief only by bringing death. That morality is context-sensitive and thus realized within different contexts in ways that may *appear* contra-

HEIDI M. HURD

dictory or conflicted, does not mean that in a given context it permits moral combat.

Third, Matos is absolutely right in insisting that “democratic processes can change the moral profile of what is demanded in a society” and this “can be considered a strong reason for a person to comply with the laws of the political community, insofar as the mere existence of such institutional arrangements already puts such a community in a better moral situation than that offered by the uncertain or underdetermined normative content of morality”.¹⁷ While Matos explicitly argues for only one sense in which this claim is true (as a way of defeating my view that it is sometimes morally permissible, and even obligatory, to break the law), I want to tease out four distinct ways in which social and legal practices can indeed be right-making.

First, as Matos maintains, “institutional practices... have the function of providing arrangements or schemes for cooperation among citizens”.¹⁸ Coordination problems arise when members of a group share an interest in coordinating their conduct but lack a salient means of choosing from a set of equally possible and equally morally eligible options a single course of conduct that will unite their efforts. As John Finnis points out, coordination problems arise not only when coordination is advantageous, but also when it is obligatory. For example, inasmuch as we are obligated not to harm others, we are obligated to seek means of coordinating our fast-moving travel to avoid accidental collisions. There is no *ex ante* right answer as to how such coordination ought to be achieved, and thus any solution that emerges as salient has right-making properties. Once we can reasonably predict that others will conform their behavior to a solution that is emerging as salient, morality requires us to follow suit so that we can secure for ourselves and others the benefits that flow from coordination. Thus when social norms, practices, and conventions function as salient solutions to coordination problems, they make actions right that would have been wrong had contrary salient solutions emerged, and that were neither right nor wrong

¹⁷ Matos, p. 118.

¹⁸ Matos, p. 117.

FRIENDLY COMBAT OVER MORAL COMBAT: A REPLY...

prior to the emergence of any such solutions. The same is true, as Matos argues, with regard to laws that derive their value from their ability to provide salient solutions to coordination problems. Even if laws do not encapsulate the solutions that we wish had emerged when a solution was sought, the fact that they are “second best” in a world in which “first best” is no longer feasible gives ample moral ground to abide by their terms.¹⁹

To admit this again gives no ground to those who take morality to be perspectival in some deeper sense. There are lots of “moral ties” in life —lots of instances in which morality is under-determinative because two or more means of coordination are equally welfare-enhancing, or because two or more means of coordination are consistent with the duties, rights and permissions that individuals possess. The point is that once one can predict that others will settle the indeterminacy in favor of a given coordination solution, that solution becomes morally weighted by the goods that follow from achieving coordination and by the independently significant value of honoring others’ expectation and reliance interests. There remains no prospect of moral combat, for each person’s moral success turns on being collaborative with others, not combative. When people meet in the interstices of two systems that embody conflicting means of resolving coordination problems, they may be without a means of coordination, for they can predict that neither of the two solutions salient in their systems are salient in their overlapping penumbras. But this would not entail that they face moral combat. On the contrary, because their moral success turns on avoiding conflict, they will act rightly only if they reason iteratively to a win-win solution that is salient for both.

The second sense in which social practices, rules, conventions, and laws can be genuinely right-making is that they can helpfully convert “imperfect duties” into “perfect” ones in ways that reduce both the ontological and epistemic indeterminacy of what morality requires of us. “Imperfect duties”, like the duty of charity, per-

¹⁹ “Even if ...a [tax] scheme ends up not being fair, there is a moral obligation from all citizens to comply with tax laws, since without them the moral situation of society is worse, given the lack of a cooperation scheme”. Matos, p. 117.

HEIDI M. HURD

mit substantial discretion concerning the terms of their fulfillment. To satisfy one's duty of charity, one need not give away all one has, and one need not give to all in need. As Matos observes, "there is a moral obligation to help the needy, but at the same time there are considerable doubts about what is the best mechanism to offer such help".²⁰ If tax law takes from each of us what we imperfectly owe to others as charity, and if it ensures that it reaches those in greatest need, then the availability of a tax system may convert my imperfect duty of charity into an annual perfect duty to pay taxes if the government then redistributes my dollars to unknown and unknowable citizens whose need for it grounds my duty to give a portion of my wealth away to begin with.

Yet again, it is clear that this concession does not lend support to the conclusion that morality might make room for the possibility of moral combat—that it might allow two people to be equally right in their beliefs that what they must do comes at a cost to the other's moral success. Precisely because imperfect duties are discretionary in their demands concerning when, where, and toward whom they are owed, they cannot require of one person an action that entails that another's morally required action must be prevented. Indeed, one might think that the virtue of recognizing that many moral duties are imperfect, rather than perfect, is that one can breathe easier about the unhappy prospect of finding oneself at risk of moral combat, for one would not be entitled to fulfill an imperfect duty in a given time and place if it confounded another's ability to satisfy a perfect duty, or even an imperfect one that could not otherwise be fulfilled. And if legal institutions such as tax law (and, as I argue elsewhere, bankruptcy law²¹) are able to convert imperfect duties into perfect ones, then so much the better for them. Inasmuch as I do not take laws to trump moral judgments in instances of conflict, and inasmuch as Matos has not given any rea-

²⁰ Matos, p. 117.

²¹ Heidi M. Hurd, "The Virtue of Consumer Bankruptcy" in R Brubaker, RM Lawless, CJ Tabb (eds.), *A Debtor World: Interdisciplinary Perspectives on Debt* (Oxford 2012) 317-344; Heidi M. Hurd and Ralph Brubaker, *The Virtue of Bankruptcy* (Oxford, forthcoming).

FRIENDLY COMBAT OVER MORAL COMBAT: A REPLY...

son to think otherwise (since his arguments are designed, instead, to suggest that there are never such conflicts), I am not worried that the perfect duties that are generated will ever make justified the punishment of those who justifiably violate them.

The third sense in which Matos is right to emphasize the right-making capacity of democracy follows from recognizing the plausibility of thinking that individuals can have agent-relative reasons for action that can make right for them actions that would not be right for others who lack those reasons. To recognize such agent-relative reasons for action is not, however, to say that morality is perspectival or that roles analogously give distinct reasons for action. Let me explain. As Thomas Nagel famously argued, if one wants to climb a mountain —if one takes it to be one of the projects that defines how one's life should go— one has a reason to climb the mountain. It is, of course, a defeasible reason; it can be outweighed by many other reasons that speak in favor of giving one's spare time over to other projects or to the satisfaction of obligations owed to others. But absent other overriding reasons, it may be sufficient to make the climbing of that mountain the right thing to do. Someone else who does not share this ambition, on the other hand, lacks a reason to climb the mountain. Her own projects, in turn, will give her agent-relative reasons to do alternative things with her spare time that may, by themselves, make her pursuit of any one of those projects the right thing to do at any given time.

If individuals plausibly have agent-relative reasons to pursue their own projects in the absence of other overriding personal duties, then it is a small step to the conclusion that groups of individuals can plausibly have shared agent-relative reasons to give themselves laws that constrain their individual liberties in ways that will achieve collective goods. Once institutionalized, these laws may retain their right-making power if the collective goods they guarantee do not infringe the rights of others, even if those laws do not turn out to be the laws that the citizenry would pass again if they could rewrite history. We take it to be moral to live by democratically-committed mistakes of the past because the collective arrangements those decisions made possible continue to bear fruit, and because

HEIDI M. HURD

reversing those laws would be more costly than beneficial, given the rule of law values that would be unsettled by radical revisions that would thwart reliance interests, chill liberty, and perpetrate inequalities. And thus, democratically-enacted laws can indeed be all citizens need in order to determine how they ought to act, not because those laws possess practical authority, but because compliance with them will constitute the best a citizen can do, as a moral matter, given the moral weight to be assigned to the law's original democratic pedigree and to the values that are served by continuing to honor the law's demands even after it has proven to be a second-best strategy in world in which a first-best strategy is no longer possible.

This concession and those that came before go a long way toward granting Matos and Macedo their central claim that laws and the social practices they embody and make determinate can make right actions that would otherwise be wrong, or permit the moral evaluation of actions that would otherwise be amoral. But as I have argued, none of these concessions admit that what is moral is relative to people's beliefs about whether it is moral, for I take all of these concessions to be true whether people believe them or not. And none of these concessions suggest that legal obligations and moral obligations can never conflict (even if some legal obligations do perfectly embody some moral obligations because they solve coordination solutions or convert imperfect to perfect obligations). And therefore none of these concessions eliminate the possibility that citizens might be right to violate laws while judges might be right to punish them for so doing; or that system designers might be right to punish judges for justifiably exonerating citizens who are themselves justifiably civilly disobedient. Finally, none of these concessions amount to cornerstones of the philosophical monument to Wittgenstein that Macedo and Matos take themselves to be erecting. They are, instead, fully compatible with a robust form of moral realism that rejects the notion that morality is simply a helpful construct for people who are in need of navigational heuristics that will rescue them from disapprobation and guard them against unpleasant sanctions as they engage with others in complex social

FRIENDLY COMBAT OVER MORAL COMBAT: A REPLY...

practices that are constitutive of their distinct cultures and societies. And thus, none of these concessions make the possibility of moral combat either impossible or trivially common as to make my past concerns about its scope and implications misguided.

Yet a powerful rejoinder remains that, if true, threatens to force such a surrender. If, morality assigns incommensurable values to a variety of goods, as Thomas Bustamante and Thiago Decat argue in their challenging contribution,²² then this seemingly makes moral combat at least logically possible, because it gives rise to the prospect that two agents might blamelessly thwart one another when pursuing mutually inconsistent projects of incommensurable value. Autonomy is valuable, according to Bustamante and Decat, because it enables one to choose which options among many to pursue when all are incommensurably valuable—when none can be thought more or less valuable than others and when none can be thought to be of equal valuable, precisely because they resist comparison. Autonomy allows for genuine self-authorship, because what makes the choice between two incommensurable goods right is that one chooses it for oneself. As Joseph Raz puts their point, “since it follows that there is no reason to shun one of the alternatives in favor of the other, we are in a sense free to choose which course to follow”.²³

Yet, as Bustamante and Decat appreciate, inasmuch as two people might choose incommensurably valued goods that cannot be mutually realized in practice, they might find themselves in moral combat—that is, in a circumstance in which one cannot succeed in realizing an autonomously chosen good unless the other fails to do the same. To take their example, Mary might choose to pursue knowledge of the natural world, while Jane might choose to pursue a life of religious devotion. When Mary’s chosen path motivates research on human embryos she may collide with Jane’s chosen path to protect Godly creations that have been invested with life potential.²⁴ “Is this

²² Thomas Bustamante and Thiago Lopes Decat, “Incommensurability, Social Practices and Moral Dilemmas: A Rejoinder to Heidi Hurd’s Anti-Perspectivalism”, this volume, pp. 125-146.

²³ Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford 1986) 325 and 326.

²⁴ Bustamante and Decat, p. 141.

HEIDI M. HURD

not real moral combat?”, they ask. “Should not we accept that, under certain cases, morality commits us to incommensurable yet valuable pursuits that might turn us into moral competitors? If the answer is “yes”, ...then Hurd’s denial of moral combat is but a misrepresentation of the reality of our moral arguments”.²⁵

I take there to be three rejoinders that are independently sufficient to take the wind out of this challenge, even as I admire the forceful defense of it that Bustamante and Decat provide. First, Bustamante and Decat do not provide any defense of the claim that there are, in fact, incommensurable goods; and in my view there is no defense to give. Citing proponents of the incommensurability thesis who themselves provide extensive characterizations of the phenomenon without, in fact, advancing arguments for why we should believe it exists,²⁶ Bustamante and Decat content themselves with anecdotal examples of purported incommensurability, like the one about Mary and Jane, rather than offering persuasive arguments to think that our best moral theory would bar us from making reasoned choices between things of value because those things cannot be compared. In my view, the claim that fundamental values are incommensurable is highly implausible. It is belied by daily practice and it is embarrassed by the fact that it permits moral dilemmas and invites moral combat.

After all, we regularly make reasoned choices between things of value. We take those choices to be hard precisely because we think of them as having right answers, and we take our task to be that of determining what those answers are. We are, of course, so epistemically handicapped when it comes to making long-range, life-altering decisions that trade on mutually incompatible values that we settle for identifying options that are “better” or “worse”, rather than right or wrong. But we do not consider ourselves to be free to flip coins—which is precisely what we would be licensed to do if our choices were right, whatever we chose. Whether to go to college or join the military; whether to become a nurse or an environmental activist; whether to pursue the life of a scholar or a dancer; whether

²⁵ Bustamante and Decat, p. 141.

²⁶ See, e. g., Raz, *Morality of Freedom*, 325-335.

FRIENDLY COMBAT OVER MORAL COMBAT: A REPLY...

to fight wildfires or to study music; whether to stay close to home or allow career opportunities to take us far away from family; all of these choices may be ours alone to make because we have the most information about their ramifications, and because our preferences themselves provide agent-relative reasons to weight some options more heavily than others. But we agonize about such choices precisely because we take such options to have merits that are susceptible to discovery and reasoned comparison; we do not take our unreasoned preferences to be dispositive of what we ought to do because they alone make right our choices. Were these choices between goods of incommensurable value, there would be no reason for them to be hard choices, for we could have no fear of condemnation. No one could judge us poorly for “wasting our talents”, or “being overly romantic”, or “selling ourselves short”, or “trying to play the hero”, or “disappointing our parents”, or “being short-sighted”.

Bustamante and Decat consider the example in which Mary and Jane pursue lives of knowledge and religious faith, respectively, to vindicate the notion that there are incommensurable values that might, in practice, demand moral combat. But few will consider Mary’s and Jane’s choices immune from moral judgment —particularly because they concern matters of value to *others*, and not just to themselves. Mary seeks the good of those whose lives can be saved or made better by the knowledge gained from embryo research. Jane seeks the protection of embryos either for their own sakes or God’s. Surely when people seek to speak for others, rather than themselves, they do not get to immunize their judgments by insisting that they possess a weight that cannot be assessed. In my view, this example is a particularly good example of a dispute that is not immune to reasoned resolution, precisely because their choices do not alone matter to the question of whether they have made the right choices. As such, it seems to me a particularly unlikely example of true moral combat, even as, of course, the epistemic constraints on each actor might make both *think* that their choice is on moral par with that of the other.²⁷

²⁷ As I make clear in my book, there are lots of instances in which people may be epistemically justified in believing that their moral success requires another’s moral failure. But the correspondence thesis is not an epistemic one; it is not a

HEIDI M. HURD

The second rejoinder that, in my view, ought to quell the notion that moral combat can be predicated on moral incommensurability follows from examining two possible interpretations of the nature of the “freedom” that Bustamante and Decat accord to actors who each choose to pursue a value incommensurable with that of the other. On the first interpretation, each has a true *permission* to act (or as Michael Moore and I call it, a “protected permission”),²⁸ even if so doing will thwart the action of the other. On the second interpretation, both simply possess Hohfeldian *liberties* to pursue goods of incommensurable value. Inasmuch as the mutual exercise of liberties can be mutually incompatible, each can be foiled by the other without having any moral complaint.

Only the second interpretation can make sense of how two persons might be blameless in thwarting one another’s actions, for the first interpretation rests on a fundamental confusion. To have a true (protected) *permission* to do an act is to be in a position in which (1) others have no right that one not do the act; and (2) others have a duty not to interfere with one’s doing of the act.²⁹ Put colloquially, to have a true (protected) permission is to have a right to do an act. Inasmuch as rights give rise to duties of noninterference on the part of others, then two actors cannot simultaneously be permitted to act in ways that confound the other’s efforts. For this would mean that one could have a right to do what another has a right that one not do.

On the second interpretation, however, two actors, each in pursuit of values of incommensurable weight, may indeed find themselves in circumstances in which each blamelessly thwarts the actions of the other. This is because when one only has a Hohfeldian *liberty* to do an act, others have no right that one not do the act; but they may still have a right to interfere with one’s act, and in such

thesis about the relationship between two actors’ justified beliefs. Rather, it is a thesis about justified actions.

²⁸ Moore and Hurd, *Moral Combat: Disagreement in Action Not Belief*, p. 24 [Draft p. 17, first paragraph in sec. B.4.].

²⁹ Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, ed. W.W. Cook (Yale University Press 1919) 36-39.

FRIENDLY COMBAT OVER MORAL COMBAT: A REPLY...

a case, one has no right that they not interfere. Why does this not constitute a confession that moral combat is possible, at least if the incommensurability of values is plausible? The answer is because when only Hohfeldian liberties are at stake, actors are genuinely in a moral state of nature; they do no wrong, but they also do no right, in acting as they do, even at the expense of others. Their actions are amoral. It is therefore a matter of moral indifference if one thwarts another or is thwarted by another. Inasmuch as my arguments for the correspondence thesis are arguments about the conditions of moral action, it is neither troubling, nor surprising, that they are inapplicable to amoral actions.

Bustamante and Decat reply by insisting that if each is employing a Hohfeldian liberty to pursue a good possessed of value incommensurable to that of any other, then surely it is a mistake to describe their struggles as a matter of moral indifference. “The choice among incommensurable comprehensive goals is neither amoral nor normatively irrelevant. On the contrary, “the fact that goals are integrated with central aspects of our lives, that they represent what matters to us in life, makes them constitutive of our well-being”.³⁰

If incommensurable values exist, I am happy to concede that they are moral values (“That which we call a rose by any other name would smell as sweet”).³¹ But this does not make an actor’s choice among them morally significant. Precisely because actors are “free” to choose —precisely because it follows from their incommensurability that no value is more weighty than any other, and thus that no choice is either better or worse than any other— morality is indifferent to the choice between them; that choice is itself amoral. And if that amoral choice, by virtue of being amoral, is protected only by a liberty, then while no one else has a right that the choice not be made, no one else has an obligation to respect that choice by refraining from interfering with its execution. Conflicts may abound; but they are not moral conflicts, and they are thus certainly not examples of moral combat. Moral combat arises when two actors each

³⁰ Bustamante and Decat, p. 135.

³¹ William Shakespeare, “Romeo and Juliet” in *The Norton Shakespeare*, ed. Stephen Greenblatt (W.W. Norton & Company Inc. 1997).

HEIDI M. HURD

have moral rights, or even categorical moral duties, to act in ways that will thwart one another. One cannot find moral combat in conflicts between actors at liberty to pursue incommensurable values, precisely because morality does not (cannot) speak to their choices, and therefore, does not (cannot) protect them with robust rights that would turn these actors into moral gladiators in circumstances in which the success of one came at the expense of the other.

This brings me to the third and final rejoinder to Bustamante's and Decat's important critique, which is that their critique effectively uses the concept of "incommensurable value" to achieve the same thing that relativists achieve with the notion of "relative value". The upshot of declaring values incommensurable is to make choices about them immune from moral criticism in the same way that a relativist makes choices immune from criticism by insisting that their rightness is a function of the actor believing them to be right. On Bustamante's and Decat's view, the incommensurability of their choices effectively makes two actors equally right in pursuing goals that are mutually incompatible. But then, in a manner that is structurally identical to the relativist's view, what is right for actor A in circumstance C may be wrong for actor B in precisely the same circumstance, for the only thing that makes actions right or wrong are actors' choices to perform them. Bustamante and Decat buy on the cheap what relativists purchase with far more expensive meta-ethics. But in my view, both get what they pay for: an implausible moral theory that perversely celebrates possibilities of moral conflict, moral combat, and even moral contradiction.

Now let me close by stepping away from the specifics of the engaging controversies generated by the extraordinarily thoughtful contributions to this volume. My responses to my valued colleagues barely scratch the surface of their complex, deeply penetrating analyses, and they would be right to think that I left without discussion many lines of inquiry that are worth considerable discussion. It is testament to their philosophical acuity and creativity that a complete response to each of their many insightful comments would require another book. I thank them for finding the anniversary of my work on moral combat a fitting occasion upon which to throw down

FRIENDLY COMBAT OVER MORAL COMBAT: A REPLY...

vigorous challenges to take up where I left off twenty years ago. I am surely energized do so, if only to continue the lively and important conversations that have been initiated by this volume. But I will be more gratified, still, if the efforts of my thoughtful critics ignite interest and ambition in the next generation of scholars to take up the important questions that animate this collection.

REFERENCES

- Bustamante Thomas and Thiago Lopes Decat, “Incommensurability, Social Practices and Moral Dilemmas: A Rejoinder to Heidi Hurd’s Anti-Perspectivalism”.
- Hohfeld Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions*, ed. W. W. Cook (Yale University Press 1919).
- Hurd Heidi M., *Moral Combat* (Cambridge University Press 1999).
- Hurd Heidi M., “Relativistic Jurisprudence: Skepticism Founded on Confusion” (1988) 61 *Southern California Law Review*.
- Hurd Heidi M., “The Virtue of Consumer Bankruptcy” in R Brubaker, RM Lawless, CJ Tabb (eds.), *A Debtor World: Interdisciplinary Perspectives on Debt* (Oxford 2012) 317-44.
- Hurd Heidi M. and Ralph Brubaker, *The Virtue of Bankruptcy* (Oxford forthcoming).
- Lyons David, *Forms and Limits of Utilitarianism* (Oxford 1965). Alexander, Larry, “Pursuing the Good Indirectly” 95 (1985) *Ethics*.
- Matos Saulo M.M. de, “A Wittgensteinian-Based Moral Realism: Deflating Hurd’s Moral Combat Antimony”.
- Moore Michael S. and Heidi M. Hurd, “Moral Combat: Disagreement in Action, Not Belief”.
- Porto Macedo Jr. Ronaldo, “Is Bernard Williams’ Distance Relativism Really Defeated by Heidi Hurd’s Attack on Perspectivalism?”.
- Rawls John, “Two Concepts of Rules” (1955) 64 *The Philosophical Review*.

HEIDI M. HURD

Raz Joseph, *The Morality of Freedom* (Oxford 1986).

Reeves Anthony R., "Do Judges Have an Obligation to Enforce the Law?: Moral Responsibility and Judicial-Reasoning" (2010) 29 *Law and Philosophy*.

Shakespeare William, "Romeo and Juliet" in *The Norton Shakespeare*, ed. Stephen Greenblatt (W.W. Norton & Company Inc. 1997).

Souza Faggion Vinicius de, "Is the Judicial Role Just a Descriptive Social Fact?"

ARTÍCULOS

ARTICLES

LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS*

THE INTERPRETATION OF LEGAL TEXTS

Jorge ADAME GODDARD**

Resumen:

Es una exposición sintética del método hermenéutico aplicado especialmente a los textos jurídicos. Distingue la interpretación de textos jurídicos no imperativos, cuyo método interpretativo es el que corresponde a otros textos, dividido en tres partes: la crítica externa, la crítica interna y la crítica de autoridad, de la interpretación de textos imperativos, para los cuales puede bastar la interpretación declarativa común a otros textos, pero en muchos casos requieren de una interpretación normativa, o interpretación jurídica propiamente dicha, que puede ser la interpretación extensiva de una norma, la interpretación restrictiva, y la interpretación creativa o de integración de una norma nueva.

Palabras clave:

Interpretación jurídica; hermenéutica jurídica; interpretación de la ley.

Abstract:

It is a synthetic exposition of the hermeneutic method applied especially to legal texts. It distinguishes the interpretation of non-mandatory legal texts, the interpretative method of which corresponds to other texts, divided into three parts: external criticism, internal criticism and criticism of authority; and the interpretation of imperative texts, for which the declarative interpretation common to other texts may suffice, but in many cases require a normative in-

* Artículo recibido el 31 de julio de 2018 y aceptado para su publicación el 9 de agosto de 2019.

** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, adame@unam.mx.

JORGE ADAME GODDARD

terpretation, or legal interpretation per se, which may be the interpretation the broad interpretation of a rule, restrictive interpretation, and the creative or integration interpretation of a new rule.

Keywords:

Legal Interpretation; Legal Hermeneutics; Statutory Interpretation.

LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La hermenéutica en general*. III. *La interpretación o hermenéutica de textos jurídicos*. IV. *La interpretación de textos imperativos*. V. *Conclusión general*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Titulo este trabajo “La interpretación de textos jurídicos”, porque pretendo referirme, si bien de manera sintética y breve, a la interpretación de todo tipo de textos jurídicos, incluidos los libros de doctrina, y también los textos de carácter general imperativo o “normas”, como leyes, reglamentos, tratados internacionales, y los textos imperativos destinados a personas determinadas, como decretos o sentencias, y otros más de carácter imperativo, pero que no son emanados del poder público, sino de personas particulares, como son los contratos y los testamentos. Todos tienen en común el ser “textos”, es decir, documentos compuestos de palabras, que pueden estar contenidos en papeles o en formatos electrónicos, y que deben ser leídos e interpretados.

Me parece que la operación intelectual de interpretar un texto debe ser claramente diferenciada de otro acto intelectual, que es el juicio acerca de si un determinado acto queda comprendido en lo previsto por algún texto jurídico, y, en consecuencia, debe regularse por lo que afirma o prescribe dicho texto. La labor de interpretar un texto, que es propiamente la hermenéutica, tiende a la comprensión de su significado. En cambio, la labor de juzgar un caso tiende a determinar la conducta justa que debe seguirse en ese caso. La primera es la labor del intérprete; la segunda, la del juez. Es cierto que el juez, antes de tomar su decisión sobre un caso, debe tener en cuenta lo que dicen los textos jurídicos aplicables al caso, y debe haberlos entendido o interpretado, y sólo después de haberlos interpretado es que juzga. Esta relación entre la operación de interpretar y la de juzgar ha hecho que algunos autores consideren que el juicio de los casos es una labor de interpretación jurídica. Mi opinión es que interpretar y juzgar son dos operaciones intelectuales distintas,

JORGE ADAME GODDARD

cada una con un método y objetivos propios, por lo que deben mantenerse separadas. En consecuencia, en este trabajo no me refiero a la interpretación en el sentido de juicio. Mi objetivo es sólo señalar cómo se hace la comprensión del sentido y significado de los textos jurídicos.

Comienzo con la exposición de lo que es, en general, el método de interpretación de textos, es decir, la hermenéutica declarativa o reconocitiva, que se aplica para concluir o declarar lo que un texto dice, y que también se aplica para la interpretación de todo tipo de textos jurídicos. Pero hay una hermenéutica especial, llamada hermenéutica normativa o pragmática, que se refiere a la interpretación de textos que contienen directrices o normas que deben aplicarse en un caso determinado. A diferencia de la hermenéutica meramente declarativa o reconocitiva, que concluye su labor diciendo lo que un texto dice, y si resulta que el texto es confuso o ambiguo, concluye precisamente afirmando eso, que el texto es defectuoso; la hermenéutica normativa, si llega a la conclusión de que el texto aplicable a un caso concreto es confuso o ambiguo, tiene que hacer una operación más, por la cual precisa cuál es el significado que debe atribuirse a ese texto defectuoso, a fin de aplicarlo al caso concreto; esa operación mental de atribuir un significado preciso a un texto oscuro, lo que implica extender, restringir o crear una norma, es lo que suele llamarse “interpretación jurídica”. Por eso, después de explicar el método de la hermenéutica reconocitiva, expongo, en la segunda parte de este trabajo, el método de la interpretación propiamente jurídica.

II. LA HERMENÉUTICA EN GENERAL

La hermenéutica es el método de interpretación de textos escritos¹ en los que un autor, casi siempre personal e identificado, transmite un mensaje por medio de un lenguaje. Por lo general, los textos son obra de algún autor conocido, pero hay también los que son obra de

¹ Por abreviación me referiré sólo a textos escritos, que son la mayoría de los que se ocupa la hermenéutica, pero cabe considerar mensajes transmitidos por otros medios, como la tradición verbal o las señas.

LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS

un autor de nombre desconocido (autor anónimo), o de uno falsamente identificado (autor apócrifo). Hay textos que se consideran emanados de una colectividad, como las leyes, que provienen de las asambleas legislativas, pero en realidad el texto de la iniciativa de ley suele provenir de algún autor particular, que luego es parcialmente modificado y aprobado por la asamblea.²

1. *La noción de hermenéutica*

La hermenéutica es el método de interpretación de textos, considerados éstos como la obra personal de un autor. Es el método que sirve para que el lector de un texto entienda, con la mayor amplitud y objetividad posibles, el mensaje del autor.

El proceso de interpretación del texto es una especie de diálogo entre el autor y el lector o intérprete, y es semejante al conocimiento que se adquiere de una persona, por medio de sus palabras, en la vida cotidiana. Cuando dos personas se hablan y se comunican entre sí, cada una conoce algo acerca de la otra; no se puede afirmar que con un encuentro o muchos encuentros las personas lleguen a conocerse totalmente una a la otra, pero está demostrado por la experiencia propia que cada una obtiene algún conocimiento de la otra, no sólo su nombre, sino también sus ideas, aficiones, emociones, ocupaciones, relaciones, posesiones, etcétera; pero también llega a conocer lo que ella conoce y le comunica verbalmente, de modo que del diálogo resulta que ambas personas comparten sus conocimientos y cada una aprende de la otra. De manera semejante, el lector de un texto llega a conocer lo que el autor dice y, en cierta medida, la misma persona del autor.

Dado que la interpretación de un texto es un diálogo entre dos personas, se han llegado a distinguir varias posiciones respecto de lo que puede ser la interpretación. Algunos afirman que el texto tiene un solo significado, el que pretendió su autor, de modo que el intérprete tiene que descubrir ese significado único (univocismo).

² Por eso es frecuente que algunas leyes se designen por el nombre del autor de la iniciativa, como la “ley Juárez”, el “Código Napoleón” o la “ley Calles”.

JORGE ADAME GODDARD

Otros proponen que el intérprete atribuye al texto el significado que le parezca más adecuado, de suerte que el texto puede tener tantos significados como intérpretes (multivocismo). Entre ambos extremos, hay una posición intermedia que reconoce la objetividad del texto y la subjetividad del intérprete.³

La comprensión del sentido del texto es posible gracias a la analogía entre lo dicho en el texto y la experiencia y conocimientos del intérprete. El intérprete entenderá el texto de acuerdo con sus propias categorías, preferencias e intereses. Esto no significa que el texto no pueda ser objetivamente interpretado o entendido. Sólo muestra el hecho de que el intérprete tiene que entenderlo conforme a sus propias categorías. Por eso, la interpretación de un texto de contenido filosófico la hará bien alguien con preparación filosófica, o la de un texto jurídico, un jurista; pero cualquiera puede interpretar el texto, aunque el resultado sea distinto. La formación cultural e intelectual del intérprete, así como su capacidad de subordinar sus intereses y preferencias a la objetividad del texto para comprender lo que efectivamente dice, actitud que puede llamarse “empatía”, son condiciones necesarias para una adecuada interpretación.

El texto es un objeto que existe independientemente del lector; es un documento que contiene palabras escritas que provienen de un autor. Esa es una realidad que el intérprete debe tener en cuenta. Lo que el intérprete va a interpretar o a entender es algo que existe independientemente de su persona, es algo objetivo que, como todo lo real, puede ser conocido y entendido objetivamente como cualquier otra cosa, aunque con limitaciones y errores, como en cualquier otro conocimiento.

Los textos están compuestos por palabras.⁴ La palabra (*logos, verbum*) es un conjunto que comprende varios elementos: el signo o significante, que es el elemento material, que consiste en el sonido perceptible por el oído o las letras visibles que captan los ojos, pero también, y principalmente, el significado, o aquello que las palabras

³ Expresamente asume esta posición intermedia Beuchot, M., *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1997.

⁴ Puede decirse que una pintura o una escultura son textos que transmiten un mensaje y no tienen palabras, pero su mensaje sólo se explica por medio de palabras, y en relación con otros textos escritos.

LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS

dicen, que es un elemento inmaterial o intelectual. Además, las palabras hacen referencia a un objeto, que puede ser un objeto material, por ejemplo, una casa, o uno intelectual, como el concepto abstracto de propiedad. En toda palabra cabe distinguir esos tres elementos: signifiicante, significado y referencia.⁵

La interpretación o hermenéutica es el método que permite entender el significado de las palabras y el objeto al que se refiere el autor del texto. Cabe preguntar cómo es posible conocer el significado de unas palabras ajenas. La respuesta es sencilla, es por medio de la analogía con la propia experiencia.⁶ Lo que otro me dice tiene semejanza con lo que yo sé y he experimentado, y gracias a eso puedo comprender lo que me dice. La semejanza entre lo recibido ajeno y lo propio experimentado podrá ser más o menos amplia, y será más o menos fácil la comprensión, pero siempre hay una semejanza fundada en la igual naturaleza de todos los seres humanos.

La objetividad de la interpretación radica en conocer realmente lo que el autor del documento dice. La primera prueba de que una interpretación es objetiva es confrontar lo entendido con las palabras del texto. Es un abuso afirmar que los textos se interpretan como cada uno quiere, sin ninguna limitación. Esto implicaría negar que existe la comunicación entre los seres humanos, lo cual es absurdo.

Como bien dice Marrou, el proceso de interpretación de un texto va de la lectura del texto a la formación de una hipótesis acerca de lo que el texto dice, y luego a la verificación de la hipótesis por su ajuste con las palabras del texto; esto es, con su significado literal o gramatical. Cuando el sentido literal no es claro, tiene que hacerse

⁵ Esta distinción ya está establecida en Aristóteles, *De Interp.*, 1 a 4, y también en *Poética*, 20, donde distingue la letra y la sílaba, que son sonidos sin significado, al igual que las conjunciones y articulaciones; en cambio, los nombres son sonidos con significado, al igual que los verbos, que, además de sonido y significado, tienen tiempo.

⁶ Maurice Beuchot ha desarrollado una teoría hermenéutica muy comprensiva, que denomina “hermenéutica analógica e icónica”, de la cual publicó una síntesis: *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1997.

JORGE ADAME GODDARD

una interpretación de su sentido acudiendo a otras operaciones intelectuales (interpretación sistemática, teleológica o histórica) de las que se hablará posteriormente. En todo caso, la verificación de la hipótesis de lo entendido se hace con referencia a las palabras del texto.

Por otra parte, los textos pueden analizarse desde un punto de vista sociológico, es decir, como resultados formados bajo el influjo de determinados fenómenos de comportamiento colectivo. Se podría decir, por citar un ejemplo conocido, que las famosas novelas de caballería de finales de la Edad Media son el resultado de nuevas condiciones socioeconómicas y culturales, que han ido mermando la cultura tradicional y el viejo ideal del caballero cristiano, que dichas novelas pretenden rescatar o ironizar. Es especialmente interesante el análisis sociológico respecto de los textos legales, que, evidentemente, son respuestas a circunstancias económicas, sociales y políticas; por ejemplo, la ley mexicana para fomentar el desarrollo de la industria maquiladora se da en el contexto de la aprobación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que facilita las exportaciones hacia el país del norte, y por lo tanto hace conveniente la instalación de tales empresas en los territorios mexicanos cercanos a la frontera.

Ese análisis sociológico de los textos, o “discursos”, como prefieren llamarlos los cultores de esas ciencias, ofrece resultados útiles para la interpretación de los textos, en tanto que muestran las condiciones económicas, sociológicas o políticas en las que se produce el texto, pero dichas condiciones no son las que produce el texto, sino sólo las circunstancias existentes en el momento en que el autor produce el texto. El texto es siempre una obra personal; por lo tanto, consciente y libremente ejecutada, salvo casos excepcionales.⁷

Para evitar equívocos, conviene señalar que la palabra “interpretación” se aplica impropriamente respecto de otras realidades que no son propiamente textos. Por ejemplo, se dice que se “interpretan” los resultados estadísticos de una encuesta de opinión, para

⁷ Es el caso de textos escritos bajo una fuerte coacción externa, como una amenaza de muerte o de tortura, por la que se redacta una confesión de culpabilidad o un testimonio incriminatorio. Aun así, estos textos son obras personales, y no productos de las condiciones externas.

LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS

decir que se forma una teoría para explicar las posibles relaciones entre los diferentes resultados estadísticos; o se pregunta ¿cómo “interpretar” (es decir, explicar) ciertos acontecimientos naturales; por ejemplo, la simultaneidad de terremotos en determinadas zonas de la Tierra, o cómo “interpretar” (es decir, prever) el futuro a partir de ciertas realidades presentes? En el ámbito jurídico, como se mencionó arriba, a veces se confunde la interpretación de textos jurídicos con el juicio de casos concretos fundado en la interpretación de los textos aplicables. No son estas “interpretaciones” el objeto propio de la hermenéutica, que se refiere solamente a la interpretación o comprensión de los textos.

2. Tipos de hermenéutica o de interpretación

Emilio Betti⁸ propone que pueden distinguirse, en general, tres diferentes tipos de interpretación, de acuerdo con el fin que cada uno sigue.

La *interpretación meramente recognoscitiva*, que tiende a reconocer o a repensar y a entender el contenido del texto. Tal es el caso de la interpretación filológica, que se ocupa de todo tipo de textos literarios, y de la interpretación histórica, que se ocupa de los testimonios antiguos sobre la vida humana; en ella conviene distinguir los textos que se refieren a la vida en general de una comunidad, un grupo humano, o una sola persona (como los textos biográficos), de los que se refieren a un determinado aspecto de la vida social, como el arte, la economía, el derecho y otros más, que son textos de carácter técnico, cuya interpretación requiere una formación especializada.

Esta es la interpretación que también corresponde a los textos jurídicos que no son de carácter imperativo, esto es, los textos (libros, artículos, etcétera) que conforman la llamada “doctrina jurídica”.

La *interpretación reproductiva*. Que tiende a reproducir el contenido del texto en otra lengua, como es la labor de traducción, o en

⁸ Betti, E. y D’Ascanio G., voz “Interpretación”, en *Gran enciclopedia Rialp*, t. XII, 6a. ed., Madrid, 1989, pp. 857-859, que sintetiza la opinión de Betti en *Teoria generale della interpretazione*, Milán, 1955.

JORGE ADAME GODDARD

una obra escénica (interpretación dramática) o en la ejecución de una obra musical (interpretación musical).

La *interpretación normativa*, ésta es la que tiende a entender el contenido de un mensaje que contiene reglas de comportamiento o normas, como es el caso de la interpretación jurídica, o la interpretación de textos sagrados, como la interpretación bíblica. El jurista romano Celso (D 1,3,17) da una descripción muy clara de lo que es la interpretación de las leyes, al afirmar que entender las leyes no es conocer sus palabras, sino su fuerza y poder, es decir, en qué casos se aplican y qué es lo que ordenan.

Los textos jurídicos pueden ser objeto de interpretación reconocitiva, cuando son textos doctrinales, o de interpretación normativa, cuando son textos imperativos.

III. LA INTERPRETACIÓN O HERMENÉUTICA DE TEXTOS JURÍDICOS

Los textos jurídicos doctrinales se interpretan de la misma manera que el común de los textos y con el mismo objetivo, el de descubrir su significado; es decir, conocer lo que dicen los textos.⁹

La interpretación o hermenéutica se realiza en dos etapas: la crítica externa y la crítica interna. En la primera se analiza el texto en sus aspectos externos; en la segunda, el contenido del texto. Hay otra operación, que consiste en el juicio acerca de la veracidad del texto; es decir, si su significado realmente ayuda a entender mejor el objeto al que hace referencia. Esta es la crítica de credibilidad o de autoridad, que responde a la pregunta sobre qué tan creíble o confiable es lo que el autor afirma respecto de las cosas a que se refiere; por ejemplo, que tan creíble es el jurista Gayo, que vivió en el siglo tercero después de Cristo, respecto de las afirmaciones que hace acerca del derecho romano de la época arcaica. El juicio de autoridad conviene separarlo del método hermenéutico, que tiende sólo a la comprensión del texto.

⁹ El significado se entendió por los estoicos griegos como “lo que puede decirse o decirse”, lo cual se expresó en latín con el adjetivo verbal *dicendum*, “lo dicho”. Séneca dice que unos lo llaman “lo hablado”, otros “lo enunciado” (*enuntiatum*), y otros “lo dicho” (*dictum*). Véase Guzmán Brito, p. 51, n. 155.

LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS

1. *La crítica externa*

Es el juicio sobre el texto mismo, en cuanto es un objeto independiente, que tiene una existencia propia. Comprende el juicio sobre diversos aspectos del documento.

- a. *La crítica de autenticidad*, que es el juicio acerca de si el documento que se quiere interpretar es un documento original, una copia fiel o autorizada o una copia dudosa. Esta fase incluye, en los textos manuscritos antiguos, todo el trabajo de reconstrucción y edición crítica, mediante la colación de varios manuscritos de la misma obra, como es el caso del Digesto de Justiniano. Las ediciones críticas de textos manuscritos suelen contener un aparato crítico, en el que proporcionan al lector las diversas variantes existentes para la lectura de textos dudosos.
- b. *La crítica de origen*, que es la que establece quién es el autor del texto, cuándo lo compuso, dónde y en qué forma y, finalmente, cómo ha llegado hasta el día de hoy, es decir, su transmisión textual; prosigue con el análisis filológico, por el que se reconoce el texto como obra de un autor, que tiene ciertas características o tendencias, y se relaciona el texto con un determinado contexto cultural, social y literario.
- c. *La crítica del texto mismo*; esto es, el juicio sobre si es una obra literaria, o el texto de una ley o de una sentencia, o un testimonio histórico, un discurso pronunciado y puesto por escrito, una mera cronología de acontecimientos, una obra filosófica, jurídica o científica, etcétera. Esto es especialmente importante en obras que comprenden muchos géneros literarios, como la *Biblia*, que contiene libros históricos, otros poéticos, proféticos o apocalípticos, y cada uno de ellos debe entenderse de acuerdo con su propio género; o el Digesto de Justiniano, que contiene fragmentos de libros jurídicos, pero de diferente naturaleza, algunos son casuísticos, otros isagógicos (destinados a la enseñanza), otros son comentarios de textos imperativos, y cada uno debe interpretarse según su

JORGE ADAME GODDARD

género. Entre los textos jurídicos, debe distinguirse si se trata de leyes, reglamentos, u otros textos de carácter imperativo público, como sentencias, decretos, tratados internacionales; o se trata de testamentos, contratos o de libros de doctrina jurídica.

Todos los aspectos de la crítica externa son especialmente importantes en la interpretación de obras antiguas, especialmente si provienen de manuscritos antiguos, entre los cuales hay versiones diferentes, del mismo texto, como el *Corpus Iuris Civilis*, los libros de filosofía griega antigua, o la *Biblia*. Es menor el problema con textos impresos, que suelen ser más estables, pero a veces es necesario confrontar las distintas ediciones porque tienen variantes, por ejemplo, la obra de Tomás de Mercado, llamada *Tractos y contratos*,¹⁰ de la cual hay dos versiones impresas, y una omite dos capítulos que estaban en la versión impresa original.

La crítica externa se hace muy importante hoy, cuando muchos textos jurídicos, incluso leyes y sentencias imperativas, se publican electrónicamente, lo cual hace que puedan ser fácilmente alterados y fácilmente reproducidos.

2. La crítica interna

Es el juicio acerca del significado del texto, esto es, acerca de lo que dice.

Desde la retórica y la dialéctica estoica se distinguieron dos formas posibles para interpretar el significado de un texto; la interpretación conforme a lo declarado por las palabras, que suele llamarse

¹⁰ Tomás de Mercado, *Suma de tratos y contratos*, edición de Restituto Sierra Bravo, con base en la edición de Hernando Díaz Impresor de Libros, Sevilla, 1571; Editora Nacional, Madrid, 1975. Esta edición tiene la desventaja de que no publica el libro tercero, relativo a las ventas de trigo, ni el libro sexto, sobre la restitución, y tiene algunas discrepancias, en la numeración de los capítulos, con la edición de 1571. Hay otra edición, hecha por Nicolás Sánchez-Albornoz, impreso en la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, Madrid, 1977, que transmite todos los capítulos de la edición de 1571, y las notas que Mercado puso en los márgenes.

LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS

interpretación gramatical o literal, y la interpretación de acuerdo con la intención (el pensamiento o la voluntad) del autor.

En muchos casos, cuando se trata de un texto bien redactado o sencillo, la interpretación gramatical suele ser suficiente. Pero cuando el texto contiene errores de expresión o es un texto técnico o complejo, la interpretación gramatical, que siempre es necesaria y el primer paso para entender el significado del texto, no es suficiente, y entonces debe acudirse a la interpretación según la intención (mente o voluntad) del autor. En ese caso, para poder afirmar con fundamento que un texto dice algo diferente de lo que expresan sus palabras, es necesario justificarlo, mediante el señalamiento de la insuficiencia de la interpretación gramatical.

A. La interpretación gramatical

El texto contiene palabras que deben ser analizadas según su propio significado. El punto de partida de este análisis es que las palabras y frases tienen un significado propio en el ámbito de una determinada comunidad lingüística, al cual se acomoda el autor del texto. Es cierto que una persona puede atribuir nombres a ciertas cosas y cambiar los nombres a su antojo; por ejemplo, puede poner y cambiar los nombres de sus perros, o de su casa, y otras cosas por el estilo; pero si quiere comunicarse en la comunidad lingüística a la que pertenece, tiene que usar las palabras de acuerdo con el significado que ordinariamente tienen y se acepta en ella, y si quisiera agregarles un matiz nuevo, tendría que explicarlo utilizando palabras con los significados aceptados por la misma comunidad.¹¹ La objetivi-

¹¹ Actualmente muchas leyes inician con una lista de definiciones de palabras, en las que se indica el sentido que tienen esas palabras en el texto de la misma ley; son definiciones nominales; es decir, de las palabras, y no de las cosas mismas a las que se refieren, y tienen un uso limitado a su propio contexto. Esto no quiere decir que el legislador tiene poder sobre el lenguaje ni que pueda atribuir el significado que quiera a las palabras que se usan comúnmente; su poder se reduce a describir una hipótesis (hipótesis normativa) y atribuirle una consecuencia (orden imperativa), y muchas veces, para precisar la hipótesis indica el sentido o definición que da a ciertas palabras; pero todo el texto de la ley está sujeto al significado común de las palabras y a las reglas del idioma.

JORGE ADAME GODDARD

dad del lenguaje, si bien es una objetividad resultado del consenso social, sujeto al cambio histórico, es el presupuesto necesario para la comunicación verbal entre personas y para la hermenéutica de textos.

La interpretación gramatical comprende, en primer lugar, el análisis de las palabras o análisis semántico, para saber cuál es su significado. Este análisis puede comprender la búsqueda de la etimología de la palabra, gracias a la cual se puede considerar cuál era el significado original de la misma; pero también es necesario considerar el significado que tienen las palabras en el uso común al momento de redactarse el documento, pues es bien sabido que los significados de las palabras evolucionan históricamente. También debe considerarse si se trata de palabras que tienen un uso técnico o propio en una determinada ciencia, de modo que su significado es el propio de esa ciencia, aun cuando pueda tener un significado no técnico; por ejemplo, la palabra acción, que tiene un significado técnico jurídico preciso, y también un significado común más amplio. Siguiendo esos criterios, en las directrices de la interpretación jurídica se suele decir que las palabras de las leyes se interpretan conforme al significado que tienen en el uso común o conforme a su significado técnico.

En el análisis semántico deben considerarse las diversas anomalías que pueden darse; esto es, el que una palabra tenga varios significados (polisemia), o el que diversas palabras tengan el mismo significado (sinonimia), o que una palabra de un género designe también otro, como la palabra “hombre” que puede significar mujer, o que una palabra en singular tenga significado plural, como cuando se dice “todo animal” con significado de todos los animales; o anomalías de tiempo verbal, como cuando se utiliza el tiempo presente para indicar tiempo futuro, y otras similares.

El análisis gramatical comprende, en segundo lugar, la consideración de la sintaxis, es decir, del orden y función de las palabras en el texto, gracias a lo cual se pueden superar muchas oscuridades aparentes; por ejemplo, identificando adecuadamente cuál es la función (sujeto, verbo o complemento) que cada palabra desempeña en la oración.

LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS

La interpretación gramatical es el punto de partida de la hermenéutica. Si el mensaje está bien expresado en las palabras del texto, o se trata de un texto con un mensaje sencillo, ella será suficiente.

B. La interpretación conforme a la intención

Como el texto es la obra personal de un autor, esta interpretación tiende a conocer cuál fue la intención del autor al hacerlo; esto es, cuál fue su pensamiento (nociones o conceptos, juicios, relaciones, objeciones, argumentos), su voluntad o querer y sus emociones, pasiones o sentimientos.

Para poder descubrir cuál fue la intención del autor respecto de un determinado texto sujeto a interpretación, hay varios caminos: *a)* la interpretación teleológica, *b)* la interpretación sistemática, *c)* la interpretación histórica y *d)* el análisis dialéctico.

- a. *Interpretación teleológica.* Dado que todo texto es obra de algún autor personal, su redacción es un acto humano, que, como todos los actos humanos, está ordenado a un fin determinado.¹² La interpretación teleológica lleva a entender lo que dice el texto, de acuerdo con la finalidad que se propuso su autor. Puede ser que el mismo autor declara cuál es su finalidad al escribir, o que ésta se conozca por otras fuentes que hacen referencia al autor, o que pueda inferirse del mismo texto, por ejemplo, si es un texto destinado a la enseñanza o a la exposición de una doctrina filosófica o jurídica; o puede conocerse la finalidad a partir de las circunstancias espacio-temporales en las que se compuso; por ejemplo, las famosas *Cartas de relación* de Hernán Cortés, que las escribe para informar al rey de España acerca de la empresa de conquista y colonización que está llevando a cabo, y, a la vez, justificar que esa empresa debe seguir siendo apoyada por

¹² Por eso se dice que, en el ámbito de las ciencias prácticas que se refieren al hacer u obrar humano, el principio de finalidad, esto es, toda acción de un sujeto racional se ordena a un fin, tiene la misma importancia que el principio de no contradicción (o de identidad del ser) tiene en las ciencias teóricas.

JORGE ADAME GODDARD

el rey. Cuando se trata de un texto atribuido a un autor colectivo, como la ley aprobada por una asamblea legislativa, se supone que el “legislador” es un autor personal que tiene una finalidad propia, que, en general, es la promoción de lo que sea benéfico para la comunidad y la represión de lo que resulta nocivo.

Me parece que la interpretación teleológica es el modo más seguro de conocer qué es lo que dice un texto, especialmente cuando su expresión verbal no fue clara o es compleja o extensa.

- b. *Interpretación sistemática.* Parte del supuesto de la coherencia mental del autor de un texto, y propone que el texto debe interpretarse como un todo. El supuesto de la coherencia puede no darse en todos los autores, o no darse en un mismo texto, cuando ha sido compuesto en diversos momentos, que pueden corresponder a diversos estados de conciencia del autor, o cuando se trata de textos antológicos que reúnen varias obras de un mismo autor, pero escritas en diferentes momentos. En la mayoría de los textos es razonable suponer su coherencia e interpretarlos sistemáticamente.

Hay textos que se supone que siempre son coherentes, como la *Biblia*, porque se tiene como inspirado por una sola inteligencia, la divina, que no puede equivocarse ni pretende engañar, por lo que una de las reglas principales de los exégetas de la *Biblia*, aunque se trata de una colección de libros escritos por diversos autores humanos, es que debe interpretarse como una unidad coherente y sin contradicciones.¹³ También los textos jurídicos imperativos, como los códigos o Constituciones políticas, se supone que, a pesar de los cambios de redacción y la multiplicidad de autores, constituyen un orden sistemático, que teóricamente no deja nada sin cubrir, por lo que deben interpretarse sistemáticamente.

- c. *Interpretación histórica.* La historia de la redacción de un texto puede ayudar a descubrir lo que el autor quiso decir, ya que pone de manifiesto las condiciones, más o menos apremian-

¹³ Casciaro, J. M., “Interpretación bíblica”, *Gran enciclopedia Rialp*, Madrid, Rialp, 1989, t. XII, pp. 859 y 860.

LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS

tes que existieron cuando el autor escribió el texto, así como la finalidad que pudo tener al hacerlo.

Comprende también la determinación y el análisis de las fuentes de donde proviene, o pudo provenir, lo cual permite juzgar acerca de la fidelidad del autor a sus fuentes o de las innovaciones que introduce. Por ejemplo, se puede cotejar el texto original de la Constitución mexicana de 1917 con el texto de la Constitución mexicana de 1857 para precisar sus diferencias y similitudes, y con este cotejo se puede entender mejor el contenido de la Constitución más reciente.

Es especialmente interesante la historia de las variantes de redacción que va teniendo un texto, sea que las introduzca el autor original, como puede suceder en las segundas o terceras ediciones corregidas por el autor, sea que provengan de autores diferentes, como un discípulo que corrige el texto de su maestro fallecido. También la historia de las variantes que se introducen subrepticamente, como las interpolaciones, por las que se modifica el texto original con el fin de que diga otra cosa, como las famosas interpolaciones que hicieron los compiladores de Justiniano en los textos de los juristas clásicos. Respecto de los textos legislativos, es interesante analizar la historia de sus reformas, con las cuales se va modificando su sentido original. En estos casos de variantes introducidas en el texto es preciso distinguir el sentido original que tenía el texto, correspondiente a la mente del autor, y el nuevo sentido que le otorga la modificación, y que corresponde a la mente de quien la introduce.

- d. *El análisis dialéctico.* Consiste en hacer las operaciones intelectuales que, desde los tiempos de la dialéctica estoica, suelen hacer los intérpretes respecto de un texto, especialmente de uno que sea extenso, que son la partición, la división y la definición.¹⁴

La partición es la separación e individuación de las diferentes partes de un texto; puede ser la partición material de un

¹⁴ Sobre estas operaciones, véase Guzmán Brito, A., *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, Santiago, Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, 2000, pp. 106-114.

JORGE ADAME GODDARD

texto en capítulos, y éstos en epígrafes, o la partición de un párrafo en sus diferentes frases, todo lo cual facilita el análisis de su contenido; o la partición ideal de la materia a que se refiere el texto, como en los códigos civiles, la distinción de cuatro partes del derecho civil: personas, cosas, sucesiones y obligaciones.

La división del contenido de un texto en géneros y especies; por ejemplo, respecto de un texto jurídico que trata la materia de las obligaciones, para su mejor entendimiento, conviene distinguir los diferentes géneros de obligaciones; esto es, las que son resultado de un convenio, u obligaciones convencionales, y las que son impuestas por el ordenamiento jurídico; luego podrá distinguirse de las obligaciones convencionales, aquellas que sólo obligan a una persona, de las que obligan recíprocamente a dos o más personas, y entre las obligaciones que obligan recíprocamente a dos personas, individualizar los contratos de sociedad, compraventa, arrendamiento, etcétera. Esta división y clasificación de los géneros y especies puede complementarse con diferentes subdivisiones o subclasificaciones que distingan las especies y los individuos. También puede ser útil la contraposición de géneros y especies, desde un determinado punto de vista, como la distinción entre contratos gratuitos y no gratuitos (onerosos).

La utilidad de esta operación para el intérprete es también la de poder fijar su atención y análisis en porciones determinadas del texto, racionalmente separadas, en vez de intentar una comprensión global, que en textos extensos y complejos resulta imposible.

Finalmente, la definición; esto es, la descripción breve y completa de lo que una palabra significa o de lo que una cosa es. Cuando se hace la descripción del significado de una palabra, se da una definición nominal; estas son las definiciones que suelen contener ahora las leyes en algunos de sus primeros artículos, que son descripciones del significado que tienen ciertas palabras en el texto de una ley determinada. Por otra parte, cuando se describe de manera breve lo que una cosa es, se da una definición real, que describe el propio modo de ser o

LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS

esencia de una cosa, mediante la indicación del género al que pertenece y de su diferencia específica; esto es, lo que la distingue de las demás cosas del mismo género.¹⁵ En el análisis de un texto, conviene darse cuenta de las definiciones nominales y reales que usa el autor, quizá expresamente, quizá sólo implícitamente, y tenerlas en cuenta en las porciones del texto que se pretende interpretar. Al considerar las definiciones nominales, debe tenerse en cuenta que el autor puede dar a una misma palabra diversas definiciones, lo cual permite detectar los diversos significados que tiene la misma palabra en el texto.

3. *La crítica de credibilidad o de autoridad*

La interpretación hermenéutica no juzga acerca de la veracidad y sabiduría de lo dicho en el texto; simplemente concluye afirmando lo que el texto dice; esto es, su significado. Pero la comprensión más completa del texto implica otro juicio acerca del valor de su contenido, que puede hacerse desde muy diversas perspectivas, dependiendo del tipo de documento y de los intereses del intérprete.

El documento transmite palabras de un autor, que hacen referencia a un objeto real, que puede ser una cosa, un acontecimiento de la naturaleza, un acto humano, o bien a un objeto mental, como números o cantidades, conceptos, conjuntos de conocimientos o doctrinas, entre otros. La cuestión de credibilidad o autoridad puede plantearse así: ¿qué tan creíble o veraz es el documento (o, mejor dicho, el autor del documento), o qué tanta autoridad merece, respecto de las afirmaciones que hace?

Es una cuestión muy compleja que debe resolverse considerando cada documento en particular, su naturaleza y contenido y la perspectiva singular con la que pretenda valorarse.

Desde un punto de vista histórico, un documento puede considerarse como expresión del pensamiento de un autor antiguo; por

¹⁵ La distinción entre definición real y definición nominal la difundió la filosofía escolástica, pero parte de Aristóteles. Véase Guzmán Brito, A., *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, Santiago, Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, 2000, p. 106.

JORGE ADAME GODDARD

ejemplo, el libro las Instituciones de Gayo, que son expresión de la doctrina jurídica de este jurista, del cual poco se sabe. Desde esta perspectiva, el documento mismo, las Instituciones de Gayo, son el objeto que se quiere conocer, de modo que el texto, una vez críticamente establecido, es plenamente confiable. Después de entender el significado, lo que Gayo dice, se podrá confrontar el texto gayano con otros libros de los juristas romanos, previos y posteriores, y de ese modo determinar las características propias del libro, sus semejanzas y diferencias con los otros, así como su valor para la ciencia jurídica.

Puede ser que alguien se acerca al texto de Gayo, no para conocer el pensamiento de este autor, sino para conocer lo que afirma acerca del contenido de la Ley de las XII Tablas. Desde esta perspectiva, el libro de Gayo ya no es el objeto que pretende estudiarse, sino más bien es una fuente o medio para conocer otro objeto, esto es, el contenido de la ley decenviral. El grado de credibilidad que tiene como fuente de ese conocimiento es bajo, si se considera que es un libro escrito posiblemente en la segunda mitad del siglo segundo después de Cristo, mientras que la ley objeto de estudio es, aproximadamente, del 450 antes de Cristo, de modo que Gayo transmite noticias de un texto que fue escrito unos seiscientos años antes de que él escribiera el suyo; su testimonio puede considerarse poco fiable, porque no indica las fuentes de donde toma esas noticias, y no pudo conocer directamente el texto de esa ley; sin embargo, nos da noticias únicas sobre el procedimiento de las acciones que dicha ley contenía, y es el único testimonio que se tiene al respecto, por lo que suele tomarse como válido.

El mismo libro da información sobre las opiniones de otros juristas sobre problemas concretos, de modo que es también una fuente para el conocimiento del pensamiento de esos otros juristas, cuyas opiniones se pueden también conocer por otras fuentes, por lo que debe confrontarse lo que Gayo afirma al respecto con lo que dicen las otras fuentes, para así determinar su autoridad en este punto.

Asimismo, ese libro puede considerarse como un ejemplar representativo de una tendencia a escribir libros jurídicos no casuísticos, como era la tradición clásica, sino destinados a la enseñanza o isa-

LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS

gógicos. Bajo esta perspectiva, el libro mismo de Gayo es un testimonio confiable, que debe analizarse en comparación con otros libros semejantes, como las Instituciones de Modestino o las de Florentino, para detectar sus semejanzas y diferencias y corroborar o desechar la hipótesis de que el libro de Gayo es representativo de un tipo de literatura jurídica. Como se ve, el mismo documento, el libro las Instituciones de Gayo, puede prestar ayuda a diferentes conocimientos y con distinto valor o autoridad.

Es más problemática la atribución de valor a las afirmaciones que hace un documento acerca de hechos de la naturaleza o de los actos humanos acaecidos en el pasado, que es a lo que se suele llamar los “hechos históricos”. La cuestión es simplemente si esos hechos o actos sucedieron o no, que es la cuestión más radical, o si sucedieron del modo como lo afirma el documento, que es algo que puede dar lugar a muchas más respuestas. Por principio, los hechos y actos del pasado ya no existen, y no pueden repetirse,¹⁶ de modo que el documento nunca podrá dar una certeza absoluta acerca de su existencia; sólo nos proporciona un testimonio, cuyo valor es necesario medir, con espíritu crítico, ciertamente, pero también con empatía hacia el contenido del documento. Lógicamente, deberá confrontarse el testimonio del documento con lo que afirman otras fuentes documentales.¹⁷ Después de hacer el cotejo de las diversas fuentes documentales pertinentes, y ver la congruencia o incongruencia de sus palabras, se puede concluir acerca de la posible existencia de los actos y hechos referidos o de la manera en que sucedieron. La conclusión tiene el valor de un conocimiento probable o razonable, incluso puede ser el de un conocimiento del que no es razonable dudar, pero en todo caso, no es un conocimiento apodíctico (derivado por deducción de premisas ciertas) ni un conocimiento que pueda ser verificado sensiblemente

¹⁶ Por eso es del todo impropio afirmar que la historia debe proceder con métodos empíricos, que suponen el conocimiento directo y la posibilidad de repetir los hechos, como los experimentos de laboratorio.

¹⁷ Podría pensarse que, respecto de hechos de la naturaleza, como eclipses, terremotos o inundaciones, podría acudir a otro tipo de fuentes, como las observaciones astronómicas, pero éstas también se transmiten por medio de documentos, o sea que terminan siendo fuentes documentales.

JORGE ADAME GODDARD

por observación o por experimentación. Es un conocimiento fundado en la autoridad que se reconoce al autor del documento o, en otras palabras, fundado en la confianza o fe que merece el autor del documento.

Cuando un documento histórico afirma algo acerca de un acto o acontecimiento, y no existe otro texto u otra fuente que se refiera a lo mismo, de modo que no se puede corroborar, desmentir o modificar lo que el primero dice, el historiador, que debe mantenerse en los límites de la ciencia histórica, debe simplemente manifestar la insuficiencia de las fuentes, y callar, es decir no tratar de “completar” la información que transmite la fuente con su propia imaginación.¹⁸

También puede considerarse el valor del documento desde la perspectiva propia de la disciplina o ciencia a la que se refiere. Por ejemplo, un texto de filosofía, de botánica o de derecho debe juzgarse desde la perspectiva de la ciencia correspondiente, y, con fundamento en las conclusiones y opiniones comunes de cada ciencia, atribuir el valor que merece el documento, ya no como documento histórico, sino como portador de conocimientos específicos sobre esa ciencia. En este aspecto, es más frecuente que los libros antiguos de las disciplinas humanísticas, como historia, filosofía, derecho, letras, sigan teniendo una autoridad actual, que los libros de las ciencias naturales, que por lo general se consideran obsoletos al paso de cien años o menos.

4. *Los frutos de la hermenéutica recognoscitiva*

Toda la labor hermenéutica tiende a la comprensión objetiva del mensaje de un autor contenido en un texto. Esta labor da lugar a dos resultados, que son la comprensión del texto y la comunicación o explicación de lo comprendido a otros, que es lo que se llama exégesis.

¹⁸ Es la “ciencia del silencio” o *ars nesciendi*, que es la primera manifestación de la objetividad del historiador: reconocer que no se puede saber más mientras no haya nuevas fuentes. Véase D’Ors, A., “Objetividad y verdad en historia”, en *Parerga Histórica*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1997, p. 29.

LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS

A. *Comprensión y explicación o exégesis*

La comprensión, por parte del intérprete, del significado de un texto es el primer fruto de la hermenéutica. La comprensión no modifica el texto, pero sí modifica al intérprete, en el sentido de que su inteligencia conoce lo que el texto afirma, o mejor, lo que el autor afirma, con más o menos profundidad y más o menos objetividad. Puede ser que el intérprete acepte el mensaje, o lo acepte y lo rechace en parte, o que lo rechace del todo. En cualquier caso, el mensaje recibido afectó al intérprete, y suele quedar en su memoria durante cierto tiempo o permanentemente, según le haya impresionado y lo haya juzgado.

Lo más frecuente es que el intérprete no se quede con el mensaje como algo exclusivo y propio, sino que lo explique y lo comunique a otros, para que ellos puedan también entenderlo. Esta labor de explicación a otros del mensaje del texto es lo que, en mi opinión, mejor corresponde a la exégesis. La palabra “exégesis” viene de la palabra griega *exegesis*, que significa explicación, interpretación, y deriva del verbo *exegeomai*, dirigir: sacar fuera.¹⁹ De acuerdo con lo anterior, la exégesis es la exposición y explicación a otros del significado de un texto, conocido por el método hermenéutico.

Esos dos actos intelectuales (la comprensión y la exégesis) se completan y perfeccionan recíprocamente: la explicación perfecciona la comprensión, y la mejor comprensión perfecciona la explicación.

B. *Resultados escritos*

La exégesis de un texto se puede hacer verbalmente, como en las lecciones universitarias, pero suele hacerse por escrito, y da lugar a varios tipos de obras.

La obra escrita más elemental es la “nota”, es decir, una breve explicación de una palabra o una frase que se añade a un texto, como

¹⁹ Casciaro, J. M., s.v. “Interpretación”, *Gran enciclopedia Rialp*, Madrid, 1979, t. IX. Pero hay algunos que consideran que exégesis y hermenéutica son palabras sinónimas.

JORGE ADAME GODDARD

las glosas que hacían los juristas medievales al Digesto, o las obras o leyes anotadas que se publican actualmente.

Otra, es el comentario temático, que consiste en la edición del texto por párrafos, seguido cada párrafo de un comentario o exégesis, que puede ser desde una simple paráfrasis, es decir, la explicación en otras palabras del significado aparente del texto, o la explicación de un texto cuya expresión verbal es confusa u oscura, o la explicación o crítica mediante las referencias a otros lugares del mismo texto, o de textos semejantes. De este tipo son las ediciones de leyes comentadas, en las que se añade un comentario después de cada artículo.

La explicación o exégesis puede consistir en un comentario, que no incluye la publicación del texto comentado. Este comentario puede seguir el orden y división del texto comentado, de suerte que el primer capítulo del comentario corresponde al primero del texto comentado, y así sucesivamente, o puede seguir un orden independiente, pero todo su contenido se refiere al texto comentado. En la escuela jurídica francesa, llamada “escuela de la exégesis”, porque entendían que todo su trabajo era la exégesis o explicación del Código Civil francés de 1804 (o “Código Napoleón”), decían que había dos tipos de obras, según que siguieran o no el orden del Código Civil: llamaban “comentario” a la que lo seguía, y “tratado” a la que se conformaba con un orden independiente.²⁰

A partir de la hermenéutica de diversas fuentes, se puede componer un libro independiente, como un libro de historia, que conjunta, por medio de la reflexión personal, la comprensión y exégesis de muchos documentos en una nueva narración. O también, a partir de la hermenéutica de diversas fuentes jurídicas; por ejemplo, los capítulos relativos a la posesión que tienen diversos códigos civiles de distintos países, algún autor puede componer, reflexivamente, una obra monográfica que trate de la posesión. De manera semejante, por medio de la interpretación de fuentes diversas se pueden componer monografías de temas filosóficos o filológicos. Las tesis doctorales son obras de este tipo.

²⁰ Bonnacase, J., *La escuela de la exégesis en derecho civil*, trad. de J. M. Cajica jr., Editorial José M. Cajica, Puebla, 1944, pp. 191-195.

LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS

Asimismo, a partir de la interpretación y exégesis de obras generales sobre una materia puede componerse una obra general que exponga el conjunto de esa materia en sus líneas más generales, a fin de servir a la enseñanza universitaria, como son los libros denominados “manuales” o “libros de texto”.²¹

Un producto más acabado es el tratado; esto es, una obra general, en la que se presente de modo sistemático, y con pretensiones de totalidad, todo el contenido de una ciencia humanística determinada; por ejemplo, un tratado de derecho romano, que se nutre de la comprensión y exégesis de las fuentes principales de esa materia, así como de la bibliografía que se ha producido hasta ese momento.

En la composición de los libros suelen resultar muy útiles las operaciones dialécticas, que también se usan como medios para mejor entender el sentido de los textos, como son la partición de la materia, la distinción y clasificación por géneros y especies y por especies e individuos, y la definición de las cosas (definición real o conceptual) y de las palabras (definición nominal).

IV. LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS IMPERATIVOS

La interpretación de estos textos consiste, en primer lugar, en declarar el significado que tienen, como se hace respecto de cualquier otro texto.

Todos los textos imperativos tienen una estructura común, en la cual se describe un determinado supuesto, hipótesis o caso, y la conducta que debe practicarse. Es lo que se expresa con la conocida fórmula que dice “si es *a*, entonces debe ser *b*”. Por consiguiente, la interpretación de textos imperativos lleva a precisar cuál es el supuesto o caso previsto y cuál el acto o conducta imperada.

Puede suceder que se proponga un caso que está expresamente previsto en el texto, y entonces no habría duda de que una vez comprendido su significado debe practicarse la conducta prescrita.

²¹ Sobre las diversas publicaciones científicas, véase D’Ors, A., “Las publicaciones científicas”, en *Sistema de las ciencias II*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1970, pp. 77 y ss.

JORGE ADAME GODDARD

Pero puede ser que el caso no se ajuste completamente a lo previsto por la norma, y entonces debe interpretarse si el caso queda comprendido en ella o no. Esta modalidad de interpretación, la de si un caso queda o no comprendido por lo prescrito en el texto, es la interpretación propiamente jurídica. Ésta, como dice el jurista romano Celso,²² no consiste en conocer las palabras de las leyes, sino en comprender su fin y efectos; esto es, debe determinar su alcance: a qué hipótesis se refiere, y su imperio o potestad; es decir, cuál es el acto que imperan.

Otra posibilidad es que un texto imperativo no contemple expresamente un caso que debería haber previsto, y que no puede cubrirse mediante la interpretación jurídica ordinaria, y entonces parece necesario que el intérprete produzca una nueva norma para regir dicho caso. Esta es la interpretación creativa, que también se llama “integración de la ley”.

Una diferencia de la interpretación jurídica (que es un tipo de hermenéutica normativa o pragmática) respecto de la interpretación meramente reconocitiva, es que la primera tiende, en caso de que el texto sea oscuro o ambiguo, a atribuirle un significado, es decir, a resolver la deficiencia del texto, para así poder juzgar lo que debe hacerse en un caso concreto. En cambio, la interpretación meramente reproductiva concluye señalando la oscuridad o deficiencia del texto.

Antes de analizar los diversos tipos de interpretación jurídica, deben distinguirse varios tipos de textos imperativos, pues cada uno tiene sus reglas especiales de interpretación.

1. *Clases de textos imperativos*

Los textos imperativos más comunes son las leyes; es decir, órdenes provenientes del Poder Legislativo. Pero deben distinguirse según su categoría o rango: Constitución, leyes federales, leyes locales, reglamentos y otros actos imperativos públicos, como circulares, normas oficiales o decretos.

²² Celso, citado en D 1,3,17.

LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS

Hay otros textos imperativos que no provienen del poder público, sino de la potestad que tienen las personas particulares respecto de sus cosas o sus actos.²³ Tales son el testamento y los contratos.

El testamento es la declaración imperativa que hace una persona respecto del destino que tendrán sus bienes cuando ella muera. La interpretación tiende a descubrir cuál es la voluntad del autor, y si ésta no puede conocerse claramente, se tiende a construir cuál sería su voluntad.²⁴

Son ligeramente diferentes los textos que contienen contratos convenidos por dos o más partes. Son también textos imperativos, aunque su imperatividad se reduce a las partes contratantes. Estos documentos, ordinariamente los prepara (a veces, los impone) una de las partes, y la otra u otras proponen modificaciones, y, finalmente, todo el acuerdo se condensa en un escrito, que puede ser de pocas o muchas páginas, que contiene lo que las partes han convenido. Se interpretan, en principio, de la misma manera que todos los demás textos, pues se trata de conocer la intención de los autores, pero son textos que no son de un autor único, pues siempre requieren que, al menos, dos personas lo hayan convenido. Por eso hay reglas especiales²⁵ para la interpretación en caso de oscuridad o confusión, que tienden a entenderlo de acuerdo con lo que ambas partes efectivamente quisieron, y a lograr que el contrato surta efectos, salvo casos excepcionales.

Los tratados internacionales son semejantes a los contratos, en tanto que son convenios hechos por dos o más Estados, pero se distinguen de los contratos, primero, porque las partes son Estados, no personas privadas, y porque el cumplimiento de los tratados no puede exigirse judicialmente con tanta eficacia como el de los con-

²³ No son leyes públicas, que contienen una orden que todos los ciudadanos deben cumplir; pero pueden considerarse leyes privadas, por las que una persona impone obligaciones y derechos a sí misma y a algunas otras personas.

²⁴ Artículo 1302 del Código Civil Federal mexicano. Semejantes al testamento, son otras declaraciones por las que una persona asume formalmente alguna responsabilidad, como la declaración de responder por la custodia de una cosa depositada, o la declaración escrita de pagar una determinada cantidad de dinero en fecha cierta (es decir, un título de crédito), que se interpretan de manera semejante, reconstruyendo la voluntad del autor.

²⁵ Código Civil Federal mexicano, artículos 1851-1857.

JORGE ADAME GODDARD

tratos. Los tratados se asumen como textos imperativos, que obligan a los Estados a cumplirlos. Su interpretación se hace, principalmente, de acuerdo con la finalidad del tratado y luego conforme a reglas especiales.²⁶

Las sentencias de los tribunales son textos de doble naturaleza. La orden que contiene la sentencia, que suele ser breve, es un texto imperativo; pero todo el razonamiento que hicieron los jueces para llegar a esa conclusión (llamado en México “los considerandos”) es un texto de carácter científico o doctrinal. Muchas veces, en ese razonamiento se incluye la interpretación del alcance de una ley aplicable al caso; esta interpretación puede ser simplemente una opinión del tribunal o, en caso de tribunales superiores, una interpretación que se impone como forzosa a los tribunales inferiores. En tal caso, esa interpretación es ya un texto imperativo, que, en términos generales, diría: “si se presenta un caso como este, la ley debe interpretarse en este sentido”. En algunos sistemas judiciales, la orden que contiene la sentencia se considera que debe repetirse en cualquier otro caso semejante, como lo dice el principio *stare decisis* o estar a lo decidido previamente.

En lo sucesivo me referiré solamente a la interpretación de las leyes.

2. La interpretación declarativa de la ley

En principio, la interpretación de la ley es igual a la de cualquier otro texto, y tiende a entender el significado de la ley; esto es, lo que la ley dice y prescribe, y se hace con el método común de la hermenéutica, es decir, la crítica externa (de autenticidad, de origen, de tipo de documento), la crítica interna (interpretación gramatical y de sentido) y la crítica de autoridad.

A. La crítica externa

En cuanto es crítica de autenticidad, el intérprete debe asegurarse de contar con un texto fiel, que refleje auténticamente el con-

²⁶ Convención sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 1969) artículos 31-33.

LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS

tenido de la ley. Esto se suele asegurar hoy gracias a las ediciones oficiales de leyes, en las que consta su texto auténtico. Las ediciones oficiales solían hacerse por medio de publicaciones impresas, como, en México, el *Diario Oficial de la Federación*, o por los periódicos oficiales de cada localidad. La crítica de autenticidad se reduce así a cotejar el texto que se va a trabajar con el texto oficial. Pero debe tenerse en cuenta que los periódicos oficiales también publican correcciones de errores (“fe de erratas”) en el texto impreso, que deben considerarse para asegurar la fidelidad del texto. Además, las leyes son textos muy variables, que se están reformando constantemente, por lo que, para asegurarse de la fidelidad del texto, es necesario corroborar si la edición que se tiene a la mano contiene todas las reformas publicadas. Puede suceder que alguien quiera conocer el texto de una ley para resolver un caso que se produjo cinco o diez años atrás, y entonces el texto auténtico de la ley no es el que exista en el momento actual, sino el texto que existía cuando se produjo el caso. El jurista debe estar atento a todos esos detalles. Actualmente, las ediciones oficiales de leyes se están haciendo por medios digitales en sitios web o páginas electrónicas oficiales. Para mayor seguridad, conviene seguir haciendo textos oficiales impresos de las leyes, pues los textos oficiales en las páginas electrónicas pueden ser alterados con más facilidad.

Conocer el autor de una ley y el tiempo de su publicación (crítica de origen) puede ser importante, sobre todo para hacer la interpretación conforme al sentido de la ley, en caso de que su sentido literal no sea claro, y para juzgar en qué momento es vigente. La ley puede ser aprobada por una asamblea legislativa, y puede ser interesante conocerla en particular, es decir, saber la fecha en que aprobó la ley, con qué votación la aprobó, cómo estaba integrada la asamblea, etcétera. Hay casos en que se puede conocer quién fue el autor de la iniciativa de ley. Es más fácil conocer al autor cuando se trata de decretos o reglamentos que expiden el Poder Ejecutivo.

Respecto de los textos imperativos, que he denominado “leyes” en sentido amplio, debe distinguirse si son verdaderas leyes aprobadas por las cámaras legislativas, o si son decretos, reglamentos u otro tipo de textos imperativos (normas oficiales, circulares, tratados in-

JORGE ADAME GODDARD

ternacionales y otros semejantes); es decir, hacer la crítica respecto de la naturaleza del documento.

B. *La crítica interna*

Se hace, en primer lugar, la interpretación gramatical del vocabulario y de la construcción. Respecto del vocabulario de las leyes, se considera que las palabras se entienden conforme a su significado común, es decir, el significado que tenían las palabras en el momento en que se publicó la ley, y si son palabras técnicas, conforme a su significado técnico.²⁷ El análisis de la sintaxis, con la determinación de la función que tiene cada palabra en la oración, permite aclarar el significado de frases poco claras, pero también determinar la ambigüedad de frases que deben ser interpretadas de acuerdo con la “intención del legislador”.²⁸ Esta interpretación gramatical es la

²⁷ Por ejemplo, respecto de la interpretación de la Constitución, véase Carpizo, Jorge, “Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional”, *parte segunda*, en Ferrer, E., *Interpretación constitucional*, México, 2005, t. I, p. 426, quien dice: “A las palabras de la norma constitucional hay que darles el mismo significado que tienen con «sic» la vida cotidiana”; es decir, en el lenguaje de todos los días; pero cuando los conceptos sean técnicos, se les debe interpretar de acuerdo con la acepción técnico-jurídica del vocablo, teniendo muy presente que la norma debe ser interpretada en el contexto de un conjunto de otras normas constitucionales.

²⁸ Por ejemplo, el artículo 24 constitucional dice: “Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado. Esta libertad incluye el derecho de participar, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. Nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política”. El artículo comienza enunciando el “derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión”, y luego señala algunos derechos y restricciones de “esta libertad”. Gramaticalmente, el artículo afirma la existencia de un solo derecho que comprende tres libertades, y una de ellas, la religiosa, se regula con más detalle. Cabe preguntar: ¿qué derecho es, o cómo se llama ese derecho que comprende las tres libertades, o se trata, por el contrario de tres derechos distintos, el de libertad de convicciones éticas, el de libertad de conciencia y el de libertad religiosa? Para resolver es necesario acudir a la interpretación de la intención de la ley. En mi opinión, se trata de tres derechos distintos.

LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS

que prevén la Constitución mexicana y el Código Civil cuando afirman²⁹ que los jueces resolverán las controversias “conforme a la letra” de la ley.

Si la letra, esto es, la interpretación gramatical, no es suficiente, se tiene que interpretar el texto de la ley de acuerdo con la “intención del legislador”. En realidad, no hay una real “intención del legislador”; la expresión es sólo una manera de decir que se acudirá a interpretar la ley teniendo en cuenta el fin u objetivo que se pretende alcanzar con ella, es decir, se hace la interpretación teleológica.

En términos muy generales, toda ley se publica para ordenar, autorizar, prohibir o sancionar la práctica de ciertas conductas.³⁰ La orden imperativa que contienen se dirige a una cierta finalidad de interés público. Esta finalidad se expresa a veces en el mismo nombre de la ley; por ejemplo, una ley “para” fomentar las exportaciones; o en su exposición de motivos, o bien se puede inferir a partir del contenido de la ley.

Al igual que respecto de los documentos no jurídicos, la interpretación conforme a la intención del autor incluye la interpretación sistemática, histórica o dialéctica, ya analizadas anteriormente. La interpretación sistemática es especialmente importante en los textos imperativos, porque se presupone que en ellos no debe haber contradicciones, de modo que las disposiciones de una ley se interpretan relacionándolas con otras de la misma ley, o de leyes semejantes.

Respecto de las leyes relativas a los derechos humanos, la propia Constitución mexicana establece una regla de interpretación; dice el artículo primero, en su segundo párrafo, que esas normas se interpretarán de conformidad con lo previsto en la Constitución y en los tratados internacionales, lo cual es afirmar que el contexto al que debe referirse su interpretación sistemática lo forman la Constitución y los tratados, pero además prescribe que se interpretarán “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, con lo que señala que deben interpretarse según su propia finalidad, que es la protección de las personas.

²⁹ Artículo 14 constitucional, cuarto párrafo; artículo 19 del Código Civil.

³⁰ Modestino, D 1,3,7.

JORGE ADAME GODDARD

C. La crítica de autoridad

En la interpretación jurídica de las leyes, la crítica de autoridad se ordena a juzgar acerca de la vigencia de la ley; esto es, a determinar si contiene un mandato imperativo que, considerado un tiempo y un espacio determinados, así como su materia y ubicación en el orden jurídico nacional, debe ser obedecido o cumplido, o si ha perdido vigencia por cualquiera de esas razones. Determinar la vigencia temporal y espacial, en la mayoría de los casos es una operación sencilla: basta confrontar la fecha y lugar de promulgación de la ley con la fecha y el lugar donde se da el caso regido por ella. Más complicado es el juicio acerca de la vigencia de la ley en relación con su ubicación en el orden jurídico y su conformidad con leyes superiores que debe respetar, especialmente su conformidad con la Constitución, es decir, el juicio de constitucionalidad.

Puede hacerse otro juicio de autoridad, desde la perspectiva del contenido técnico de la misma ley, para valorar si es o no adecuado para lograr los fines que se propone; por ejemplo, si un reglamento de construcciones, desde el punto de vista de la ingeniería, es adecuado o no para asegurar la construcción de edificios resistentes a los terremotos, o si una ley ambiental prescribe conductas acertadas desde el punto de vista de la biología, la física o la química. Este juicio, aunque es un juicio sobre el contenido de la ley, no es propiamente un juicio jurídico. Del mismo tipo de juicio es el llamado análisis económico, en el que se discierne si lo prescrito por una ley es adecuado desde el punto de vista económico.

Y finalmente puede valorarse la ley desde la perspectiva de la congruencia de sus disposiciones con los principios generales de la justicia y del bien personal y del bien social, es decir valorarse desde el punto de vista ético.

3. La interpretación propiamente jurídica o normativa

Las leyes, normas y reglas jurídicas se establecen por razón de lo que generalmente ocurre, pero no es posible que puedan prever

LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS

todos los casos posibles a los que podrían aplicarse.³¹ De esa generalidad propia de las leyes, surge la necesidad de interpretarlas para saber si resultan o no aplicables a supuestos que no están expresamente previstos por ellas.³²

La interpretación jurídica se caracteriza porque lleva a juzgar si el contenido de un texto imperativo se refiere o no a un caso específico. No se trata sólo de entender qué es lo que dice el texto, sino de discernir si lo que dice se aplica o no. Una vez planteada la cuestión de la aplicabilidad de una ley a un caso concreto, la cuestión tiene que resolverse, y el encargado de aplicarla no puede excusarse diciendo que el texto es tan confuso o ambiguo que no puede entenderse lo que dice ni resolverse sobre su aplicación al caso,³³ tiene que interpretar la ley y resolver si se aplica o no al caso en cuestión, o, si es necesario, integrar o crear una nueva norma para resolver el caso, a partir de la misma interpretación de la ley o de los principios jurídicos generales. Esta ya no es una interpretación meramente reconocitiva, que solamente explica lo que la ley dice, sino una interpretación práctica o aplicada, que sirve para reconocer lo que la ley diría en caso de contemplar el caso en cuestión.³⁴ Al igual que en la explicación de la interpretación declarativa, me ocuparé solamente de la interpretación jurídica de la ley, que es semejante a la de los otros textos jurídicos, como testamentos, contratos o sentencias.

Respecto de las leyes, también se hace la distinción entre su significado literal o gramatical (la “letra” de la ley) y el significado de

³¹ Celso (17 *digestorum*), D 1,3,5: “Porque el derecho debe ser adaptado mejor a aquellas cosas que acaecen frecuentemente y de manera fácil, que a las que muy raras veces”. Juliano (59 *digestorum*), D 1,3,10 y 11: “Ni las leyes ni los senadoconsultos pueden escribirse de modo que comprendan todos los casos que pueden a veces acaecer, sino que basta que contengan los que ordinariamente suceden”.

³² Juliano (90 *digestorum*), D 1,3,11: “Y en consecuencia «de la generalidad de la ley», una vez establecido el derecho, se ha de determinar con más certeza mediante interpretación...”.

³³ El Código Civil Federal de México dice, artículo 18: “El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia”.

³⁴ Nótese la diferencia con la interpretación de un documento histórico, en el que el historiador, a falta de fuente, simplemente declara la insuficiencia y no tiene que tratar de decir lo que las fuentes hubieran dicho.

JORGE ADAME GODDARD

acuerdo con la intención o fin del legislador (la razón de la ley). Cuando hay contradicción entre ambos significados, se prefiere el significado conforme con la razón de la ley, ya que el lenguaje, las palabras, no son más que el medio para conocer lo prescrito por el legislador.

Cuando se trata de juzgar de la aplicación de la ley a un caso concreto, pueden darse cuatro posibilidades: *i)* que el caso esté expresamente previsto por la letra y razón de la ley, por lo que no hay duda de que ésta se aplica; *ii)* que el caso no está previsto en las palabras de la ley, pero puede afirmarse que sí corresponde a su razón, y entonces se concluye que la ley se aplica; *iii)* que el caso está contemplado por las palabras de la ley, pero contradice su razón, y se concluye que la ley no se aplica, y *iv)* que el caso no esté contemplado ni por la letra ni por la razón de la ley, y lógicamente se concluye que la ley no se aplica.

La interpretación propiamente jurídica, no hace falta en el primero ni en el cuarto caso, pues es suficiente la interpretación declarativa. Los otros dos casos (*ii* y *iii*) dan lugar a la interpretación extensiva o restrictiva de la ley.

A. Interpretación extensiva de la ley

Si el caso no corresponde a las palabras de la ley, pero sí a su razón, se puede hacer una interpretación extensiva de la ley, atendiendo a su finalidad o razón de ser, y concluir que la ley se aplica a ese caso, aunque no esté previsto por las palabras de la ley. Por ejemplo,³⁵ en el Edicto del pretor romano se ordenaba castigar a quien alterara el texto del Edicto que ya estaba expuesto en un lugar público; pero se llegó a interpretar que esa ley también castigaba a quien lo alteraba antes de haber sido expuesto. La alteración del documento antes de ser expuesto no estaba contemplada por las palabras de la ley, que se referían expresamente al Edicto expuesto (*edictum propositum*), pero dada la finalidad de la ley, evitar la falsificación, se considera que la alteración previa a la exposición queda comprendida en la razón de la ley, que se interpretaba extensivamente.

³⁵ Ulpiano (3 *digestorum*), D 2,1,7,2.

LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS

Un caso semejante es el del fraude a la ley. Sucede que alguien hace algo que no está expresamente prohibido por la ley, pero con ello hace algo que va en contra de la razón de la ley. Por ejemplo, para evitar la prohibición, impuesta por las leyes mexicanas, de que los extranjeros adquieran inmuebles en las franjas costeras, se usó que nacionales, previo acuerdo con los extranjeros interesados, adquirieran a su nombre inmuebles en esas zonas, sobre los cuales los extranjeros tendrían un poder de disposición de hecho, y de este modo se respetaba la letra de la ley, pero se iba en contra de su razón de ser, por lo que podía concluirse que la prohibición también comprendía el caso en que los extranjeros adquirieran por intermediación de algún nacional.

El razonamiento que concluye con la interpretación extensiva de una ley es un razonamiento analógico, por el que se aplica la orden imperativa dada para una determinada realidad a otra, porque ambas realidades, aunque distintas, son similares o análogas, y existe una misma razón o fin para regularlas de la misma manera.

El razonamiento analógico suele expresarse de manera abreviada,³⁶ pero si se quiere analizar en todas sus partes, se advierte que es un razonamiento complejo, que incluye un silogismo inductivo y otro deductivo.³⁷

La Constitución mexicana (artículo 14, párrafo 3) prohíbe hacer interpretación extensiva de disposiciones penales, por las que se aplicara una pena a un acto que no estuviera expresamente previsto en la ley.

³⁶ Como el razonamiento analógico suele expresarse en forma abreviada, se puede decir que es un entimema, es decir, un silogismo cuyas premisas no se expresan completamente o un silogismo abreviado.

³⁷ Aristóteles lo explicó con el siguiente ejemplo: para saber si la guerra de Atenas contra Tebas es un mal, se puede partir de la experiencia de la guerra de Atenas contra Focia que fue un mal. Como Atenas y Focia eran ciudades vecinas, se puede inferir que la guerra entre vecinos es un mal (silogismo inductivo), y, dado que Tebas es también una ciudad vecina, se concluye (silogismo deductivo) que la guerra entre Atenas y Tebas es un mal. El razonamiento se puede expresar abreviadamente de este modo: así como es un mal la guerra de Atenas contra Focia, lo es la guerra de Atenas contra Tebas. Véase Guzmán Brito, p. 264, quien reporta que Aristóteles trató de la analogía en sus primeros analíticos (*Analitica priora*, II, 24, 68b, 38 ss.), razonamiento que denominó *paradeigma* (*exemplum*).

JORGE ADAME GODDARD

El razonamiento analógico también puede servir para hacer interpretación correctiva de una ley; por ejemplo, cuando una ley no fija un plazo para la presentación de un determinado escrito, se puede interpretar que el plazo debe ser igual al previsto por otra ley; de esta manera, se corrige la omisión de una ley, haciendo aplicable lo que prevé otra para un supuesto diferente. La interpretación correctiva de una ley se hace por medio de la interpretación extensiva de otra, por lo que no puede decirse que es una interpretación diferente.

B. *Interpretación restrictiva*

La interpretación restrictiva de la ley se da cuando un caso corresponde a lo previsto por las palabras de la ley, por lo que debería quedar regida por ésta, pero como no corresponde a su razón o finalidad, se interpreta que la ley no se aplica. Por ejemplo, el artículo 775 del Código Civil Federal dice que quien hallare una cosa “perdida o abandonada” deberá entregarla a la autoridad municipal del lugar, para que ésta la restituya a su dueño; las cosas que, como se dice comúnmente, se “tiran a la basura” pueden considerarse cosas abandonadas, y tendría que aplicarse el citado artículo. Pero como la razón o finalidad del artículo es facilitar que el propietario recupere cosas en las que tiene interés en que sigan siendo suyas, y respecto de las cosas que se abandonan en depósitos de basura ya no hay ese interés, se puede interpretar que el citado artículo no se aplica a las cosas abandonadas en depósitos de basura.

4. *Integración de la ley o interpretación creativa*

Dada la necesidad de resolver los conflictos que se presenten, es común que los sistemas jurídicos dispongan que si un conflicto no puede resolverse de acuerdo con lo prescrito por las leyes, ni por su interpretación jurídica, deberá resolverse de conformidad con los principios jurídicos generales. Así lo establece, por ejemplo, el artículo 14 de la Constitución Política mexicana. En este caso, se

LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS

trata, no de interpretar una ley, sino de crear una norma que sirva al caso en cuestión, y que dicha norma sea congruente con el sistema jurídico; por eso se dice que debe ser conforme con los principios jurídicos.

Si bien cabe distinguir entre interpretación de una ley e integración o creación de una nueva ley, no cabe afirmar que la integración sea ajena a la interpretación, pues para llegar a la conclusión de que un caso no está contemplado por la ley ni se puede resolver por medio de interpretación extensiva, fue necesario hacer la interpretación de esa ley, intentar su interpretación extensiva, y concluir que no es aplicable.

La integración de la ley suele hacerse por dos caminos: por medio de la analogía o con base en los principios del derecho.

A. Integración por analogía

Por influencia de Savigny se ha separado la integración por analogía de la interpretación extensiva, como si fueran dos operaciones diferentes.³⁸ Sin embargo, el proceso de integración por analogía es semejante al de la interpretación extensiva. En ambos casos se trata de extender una norma a un supuesto de hecho que no estaba expresamente previsto por ella. La extensión de la norma, o bien la integración por analogía de una nueva norma, se hace considerando cuál es la finalidad que persigue la norma, para luego concluir que esa misma finalidad también rige en un supuesto diferente. Se hace interpretación extensiva, si el supuesto no previsto por la ley puede quedar comprendido en las palabras de ésta; se hace integración por analogía, si se trata de un supuesto que no cabe comprender en las palabras de la ley. Por ejemplo, si hay una ley para proteger las especies animales en peligro de extinción que contiene una lista de cuáles son específicamente esas especies, y posteriormente se reconociera una especie diferente que está en el mismo peligro, podría interpretarse extensivamente la ley para que se aplicara a esa nueva especie. Pero si se tratara de proteger especies vegetales en peligro

³⁸ Guzmán Brito, *op. cit.*, p. 266, n. 310.

JORGE ADAME GODDARD

de extinción, no cabría hacer una interpretación extensiva, y tendría que hacerse la integración de una nueva norma por analogía: si la razón (o finalidad) de la ley es proteger las especies animales en peligro de extinción, la misma razón justifica la protección de las especies vegetales, aunque la norma integrada deberá tener en cuenta las diferencias entre vegetales y animales.

B. Integración a partir de los principios generales

Se puede discutir cuáles son esos principios generales a partir de los cuales se hace la integración de una norma, pero sin entrar en esa discusión, y desde el punto de vista del proceso de integración de una norma, me parece importante distinguir qué tipo de relación jurídica es la que se quiere regular por medio de la integración de una norma; es decir, distinguir si se trata de relaciones de intercambio de bienes (como los contratos), o relaciones que implican una distribución de bienes o cargas (como el reparto de una herencia o de las cargas fiscales), o relaciones por las que se imponen deberes en favor de la comunidad, como el deber de los gobernantes de servir al pueblo, o el de los gobernados de respetar y obedecer las leyes.

En el caso de las relaciones de intercambio de bienes, el principio general es la equidad, consistente en la igualdad aritmética de las prestaciones que se deben una y otra parte de la relación (justicia conmutativa). En una relación conmutativa, en caso de no existir una norma directamente aplicable ni por extensión interpretativa, se procede a integrar una que responda a la igualdad o equidad en las prestaciones. Esto mismo lo expresa una regla de integración de los contratos, recogida en el artículo 1857 del Código Civil Federal mexicano, que dice que si no es posible, aplicando las reglas de interpretación, entender el significado de un contrato, debe entenderse, si se trata de un contrato gratuito (en el que no hay reciprocidad de intereses) que las cargas de la parte obligada son las menores posibles, y si se trata de un contrato oneroso, se buscará “la mayor reciprocidad de intereses”.

En el caso de las relaciones que implican distribución de bienes, el principio general es también la equidad, pero entendida como la

LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS

igualdad proporcional, de modo que cada uno reciba lo que le corresponde por razón de su mérito, contribución o necesidad (justicia distributiva). En una relación de distribución de bienes o cargas, el principio a partir del cual se integrará la norma es la igualdad proporcional; esto lo recoge la propia Constitución mexicana, cuando afirma (artículo 30-IV) que los mexicanos deben contribuir para el gasto público, es decir, pagar impuestos, de “manera proporcional y equitativa”; también el Código Civil Federal, en sus disposiciones respecto del contrato de sociedad (artículo 2728), señala que en la liquidación de las sociedades, si no hubo un pacto expreso, las utilidades y pérdidas de la sociedad se reparten proporcionalmente en relación con la aportación de cada uno de los socios.

Finalmente, en el caso de los deberes impuestos en favor de la comunidad, el principio general es el bien común, es decir, su defensa y promoción (justicia legal o general), lo cual también recoge la Constitución mexicana en su artículo 39, donde dice: “Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste”, pues el beneficio del pueblo es el bien del pueblo o bien común.

En todos los casos en que deba integrarse una norma, se procede también con un razonamiento analógico, por el cual se concluye que un determinado supuesto fáctico no previsto por la literalidad de las normas vigentes, ni por su interpretación, debe regularse por una norma semejante a otras existentes, que procure el mismo fin que procuran todas las normas, la justicia en sus aspectos de equidad (j. conmutativa y j. distributiva) y defensa y promoción del bien común (j. legal).

V. CONCLUSIÓN GENERAL

En la interpretación de textos jurídicos debe distinguirse de qué clase de texto se trata. Respecto de textos que no son normativos, como las obras de doctrina, la interpretación se realiza con los métodos ordinarios de la crítica externa, la crítica interna y la crítica de autoridad. Cuando se trata de textos normativos o imperativos, como leyes, sentencias, o también contratos o testamentos que, aunque no son actos públicos, sí generan obligaciones y derechos, su interpreta-

JORGE ADAME GODDARD

ción debe hacerse, en primer lugar, con los mismos procedimientos hermenéuticos ya señalados, y sólo cuando el texto resulta confuso o ambiguo, debe interpretarse con una metodología diferente, orientada a encontrar cuál podría ser la norma aplicable a un determinado supuesto, para lo cual se acude a los métodos de la interpretación restrictiva o extensiva de la ley, y a los métodos de la integración de una nueva norma, por medio de la analogía, o con recurso a los principios generales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BETTI, E. y D'ASCANIO, G., s.v. "Interpretación", *Gran enciclopedia Rialp*, 6a. ed., Madrid, 1989, t. XII, que sintetiza la opinión de BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Milán, 1955.
- BEUCHOT, M., *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1997.
- BONNECASE, J., *La escuela de la exégesis en derecho civil*, trad. de J. M. Cajica jr., Puebla, José M. Cajica, 1944.
- CASCIARO, J. M., "Exégesis bíblica", *Gran enciclopedia Rialp*, Madrid, Rialp, 1989, t. IX, "Hermenéutica bíblica", s.v. "Interpretación", *Gran enciclopedia Rialp*, Madrid, Rialp, 1989, t. XII.
- D'ORS, A., *Sistema de las ciencias II*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1970. *Sistema de las ciencias IV*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1977. "Derecho, política, organización, sociología: un ensayo de ubicación sistemática", en *Filosofía y derecho. Estudios en honor del profesor J. Corts Grau*, Valencia, 1977, A. *Ensayos de teoría política*, Universidad de Navarra, Pamplona, D'ORS, 1979, "Objetividad y verdad en historia", en *Parerga Histórica*, donde abunda sobre la distinción entre las humanidades y las ciencias sociales, Pamplona, Universidad de Navarra, 1997.
- GUZMÁN BRITO, A., *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, Santiago, Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, 2000.

LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS

MARROU, I., *El conocimiento histórico*, trad. de J. M. García de la Mora, Barcelona, Labor, 1968.

MERCADO, Tomás de, *Suma de tratos y contratos*, edición de Restituto Sierra Bravo, con base en la edición de Hernando Díaz Impresor de Libros, Sevilla, 1571, Madrid, Editora Nacional, 1975. Esta edición tiene la desventaja de que no publica el libro tercero, relativo a las ventas de trigo, ni el libro sexto, sobre la restitución, y tiene algunas discrepancias, en la numeración de los capítulos, con la edición de 1571. Hay otra edición, hecha por Nicolás Sánchez-Albornoz, Impreso en la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, Madrid, 1977, que transmite todos los capítulos de la edición de 1571, y las notas que Mercado puso en los márgenes.

RULE OF LAW Y CASOS RECALCITRANTES*

RULE OF LAW AND RECALCITRANT CASES

Pau LUQUE**

Resumen:

Según una sofisticada versión del llamado rule of law, las reglas del derecho deben ser generales, en el sentido de que deben regular clases de casos, no situaciones particulares. La posibilidad de prever cuáles van a ser las decisiones jurídicas depende, entre otras cosas, de este carácter general de las normas. Pero junto a la previsibilidad y certeza que aporta, el carácter general de las reglas puede tener un reverso negativo: en algunas ocasiones, cuando se aplican a algunas circunstancias particulares, lo que parecía funcionar de forma satisfactoria en la teoría o en abstracto, proporciona soluciones inadmisibles (inadmisibles con arreglo a alguna concepción de la justicia). Esos casos son conocidos como casos recalcitrantes. En este artículo propongo una manera de entender el razonamiento jurídico-práctico que mitiga ese reverso negativo de las reglas generales conservando buena parte de la certeza que aportan.

Palabras clave:

Estado de derecho; decisión jurídica; casos recalcitrantes; razonamiento jurídico.

Abstract:

According to a sophisticated version of the Rule of Law, legal rules should be general in aiming at regulating classes of cases instead of concrete situations. The possibility to foresee which legal decisions will be reached depends on

* Artículo recibido el 9 de agosto de 2019 y aceptado para su publicación el 11 de noviembre de 2019.

** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pls2001@gmail.com.

PAU LUQUE

the general character of norms. However, along with the predictability and certainty it provides, the generality of rules can have a negative reverse side: when applied to certain particular circumstances —what seemed to function satisfactorily in abstract— provides inadmissible solutions according to some conception of justice. Those cases are known as recalcitrant cases. In this article, I suggest a way of understanding the practical legal reasoning which mitigates the general rules' negative reverse side while preserving an important part of the certainty they provide.

Keywords:

Rule of Law; Legal Decision; Recalcitrant Cases; Legal Reasoning.

RULE OF LAW Y CASOS RECALCITRANTES

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Rule of law y casos recalcitrantes*. III. *Modelos de razonamiento jurídico-práctico para la toma de decisiones*. IV. *Objeciones*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

¿Es deseable que el derecho guíe el comportamiento humano, tanto el de los ciudadanos como el de los poderes públicos, mediante un sistema de reglas? Según el ideal del *rule of law* (en adelante, RoL), la respuesta a esa pregunta es positiva (Fuller, 1969: 106). El RoL, además, está comprometido con que las reglas del derecho deben ser generales, esto es, deben regular clases de casos, no situaciones particulares. Hay varias razones que justifican esta preferencia por reglas generales, pero la más relevante, a los efectos de este artículo, descansa en el hecho de la previsibilidad de las soluciones jurídicas; si sé por avanzado qué clase de acciones están prohibidas y cuáles están permitidas puedo trazar un plan de vida. La cualidad de generalidad —junto con otras, como la publicidad de las reglas y el carácter no retroactivo de las mismas— es lo que me permite saber con anticipación qué está prohibido y qué está permitido y, en consecuencia, las reglas generales me permiten, para usar una aguda expresión de Raz, ser el autor de mi propia vida.

Sin embargo, junto con ese deseo, muchos juristas hacen notar que cuando las reglas generales entran en contacto con las circunstancias de los casos particulares, en algunas ocasiones la solución normativa que arroja la regla general proporciona soluciones inaceptables. Esto ocurriría debido a que la naturaleza general de las mismas (*i. e.* el hecho de que regulan clases de casos) hace que las reglas sean sobre e infrainclusivas,¹ incluyen más casos de los que deberían incluir y no incluyen casos que sí deberían incluir.

¿Es posible armonizar ambas preocupaciones? ¿Es posible decidir sobre la base de reglas generales y al mismo tiempo decidir sobre la

¹ Schauer, F., *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, OUP, 1991, pp 31-34.

PAU LUQUE

base de las circunstancias del caso particular? Dicho de otro modo: ¿es posible conservar las virtudes que instancia el ideal del RoL atendiendo y ponderando las circunstancias de cada caso particular?

A primera vista, el ideal del RoL es incompatible, o por lo menos está en severa tensión, con la consideración caso por caso que exigiría hacer frente al carácter sobre e infrainclusivo de las reglas generales. Decidir atendiendo a las circunstancias de los casos particulares significa disminuir la previsibilidad de las decisiones judiciales.² Así que parece que o bien tenemos reglas generales pagando el precio de tener algunas soluciones inaceptables o bien decidimos en cada caso particular pagando el precio de perder previsibilidad de las soluciones. ¿Hay alguna manera de armonizar estos dos deseos? Creo que hay una manera de hacerlo que minimiza el precio que se paga en cada una de las posibilidades. Esto es lo que intentaré mostrar en este artículo.

Procederé del siguiente modo: en la primera sección, presentaré el ideal del RoL tal y como será entendido aquí. En esta misma sección desarrollaré, aunque de forma breve, el fenómeno y concepto de los casos recalcitrantes. En la segunda sección, sobre la base de tres niveles distintos del razonamiento jurídico-práctico, delinearé tres posibles modelos del razonamiento jurídico-práctico. Será en esta sección donde plantearé mi propuesta orientada a armonizar las preocupaciones anteriormente mencionadas. En la tercera sección, tomaré en consideración algunas objeciones que podrían dirigirse contra mi propuesta, e intentaré dar respuesta a ellas. Por último, concluiré.

II. *RULE OF LAW* Y CASOS RECALCITRANTES

1. *Rule of Law*

El RoL es ante todo una forma de gobierno que promete protección e instrumentos de tutela contra las potenciales o reales arbitrarie-

² Kramer, M., *Objectivity and the Rule of Law*, CUP, 2007, p. 110; McCormick, N., *Rhetoric and the Rule of Law*, OUP, 2005, p. 79; Caracciolo, R., *El derecho desde la filosofía*, Madrid, CEPC, 2009, p. 259; Raz, J., *The Authority of Law*, OUP, 1979, p. 219; Waldron, J., "Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach", 111 *Michigan Law Review* 1, 2012, pp. 18 y 32.

RULE OF LAW Y CASOS RECALCITRANTES

dades del ejercicio de poderes.³ Para evitar la arbitrariedad del poder, el ideal del RoL exige una serie de requisitos formales que las normas jurídicas —tanto si están dirigidas a los poderes públicos como si están dirigidas a los ciudadanos— deben poseer:⁴ 1) generalidad; 2) publicidad;⁵ 3) inteligibilidad y claridad; 4) relativa estabilidad; 5) prospectividad y no retroactividad; 6) coherencia entre ellas, y 7) que no prescriban algo imposible de cumplir.

El respeto a estos requisitos formales se considera normalmente como algo moralmente deseable, pero no es considerado el único criterio de evaluación moral de un ordenamiento jurídico.⁶ Pero en todo caso estas exigencias aseguran un mínimo grado de autonomía personal y de dignidad a los ciudadanos.⁷ ¿En qué sentido? Los ciudadanos, cuando las reglas cumplen esos requisitos formales, pueden entender el contenido de la regla jurídica y prever las consecuencias de cumplir y también de violar la regla; los ciudadanos pueden tomar una decisión habida cuenta de todo —*all things considered*— de forma autónoma; los ciudadanos pueden, en fin, hacer planes de vida (dentro del paisaje jurídico en el que están). Dicho de manera más sintética: los destinatarios de las normas pueden formarse expectativas razonables acerca de las consecuencias de sus propias acciones, y también pueden for-

³ Postema, G., “Il dominio del diritto”, en Pino, G. y Villa V. (eds.), *Rule of Law. L’ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 92. Caracciolo, *op. cit.*, 2009, p. 252.

No presentaré el RoL en términos de la contraposición entre “gobierno de los hombres” y “gobierno de las leyes” porque como han señalado algunos autores (Celano, 2015; Barberis, 2016: 13) esta contraposición se debilita mucho cuando uno toma en cuenta que son los hombres quienes hacen, interpretan y aplican las leyes.

⁴ Celano, B., “Rule of Law y particularismo ético”, en Luque, P. (ed.), *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 152; Kramer, *op. cit.*, 2007, cap 2. Raz, *op. cit.* 1979, pp. 215-218.

⁵ Qué significa exactamente esta exigencia, sin embargo, no está claro. Véase Celano (2013).

⁶ Pino, G., “Legalità penale e Rule of law”, en Pino, G. y Villa, V. (eds.), *Rule of law. L’ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 214.

⁷ Waldron, J., “How Law Protects Dignity”, *Cambridge Law Journal*, 71, 2a. ed., 2012, pp. 200-222.

PAU LUQUE

marse expectativas razonables acerca de cómo se comportarán los otros ciudadanos.⁸

Así pues, el RoL busca, entre otras cosas, ofrecer *certeza* o *previsibilidad*. Todas las exigencias mencionadas anteriormente contribuyen a que los ciudadanos sepan por avanzado cuál será la respuesta probable de las instituciones jurídicas a sus acciones.⁹

En este artículo querría centrarme en el primer elemento de esa lista de requisitos formales, esto es, el carácter general de las reglas jurídicas. Una de las razones por la que los partidarios del RoL en este sentido prescriben que las reglas jurídicas deben ser generales es justamente porque proporcionan certeza.¹⁰

¿Cómo funcionaría el argumento que muestra esto último?

Imaginémonos que una regla jurídica afirma que cuando ocurran las circunstancias *p*, *q* y *r*, entonces será obligatorio el acto *x*. Esto es una manera distinta de decir que en aquellas situaciones en que concurran las circunstancias *p*, *q* y *r*, el derecho regula esos casos con la consecuencia *Ox*. Yo, que soy destinatario de esa regla, puedo saber *ex ante* que si se dan las circunstancias *p*, *q* y *r*, entonces la consecuencia jurídica prevista por el derecho es *Ox*. Si consigo identificar instancias particulares de las condiciones generales *p*, *q* y *r*, entonces puedo saber que la decisión deberá ser *Ox*. Es el carácter general —así como la capacidad del destinatario de identificar instancias particulares de las condiciones generales de aplicación— lo que permite saber cuál será la consecuencia jurídica por anticipado. Si no existieran —o no fueran públicas— esas condiciones generales de aplicación, no podría saber cuándo la decisión sería *Ox* o cuándo sería *no-Ox*.

⁸ Pino, G., “Legalità penale e *Rule of law*”, en Pino, G. y Villa, V. (eds.), *Rule of law. L'ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 216.

⁹ Tamanaha, B., “A Concise Guide to the *Rule of law*”, en Palombella, G. y Walker, N., (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford, Hart, 2009, p. 7.

¹⁰ Ésta no es la única virtud del carácter general de las reglas. Por ejemplo, las reglas respetan el principio de igualdad, esto es, tratan igual casos iguales (Schauer, 1991: 135). Sin embargo, lo que pone justamente en tela de juicio la existencia de casos recalcitrantes es que en realidad las reglas generales esconden el hecho de que algunos casos que parecen iguales en realidad no lo son. Volveré más tarde sobre ello.

2. Casos recalcitrantes y Rule of Law

Así pues, el RoL nos dice que nada asegura mejor la previsibilidad de las decisiones de los jueces y otros órganos de aplicación del derecho que las reglas generales (y públicas y prospectivas). En este sentido, las reglas conforman un entorno social e institucional que nos permite calcular qué ocurrirá si hacemos tal o cual acción.¹¹

Pero ¿qué ocurre cuando esas reglas generales entran en contacto con el entorno fáctico de los casos particulares? Muchas veces, se dirá, no ocurre nada llamativo: simplemente aplicamos la regla general al caso particular, obtenemos la solución, y todo parece estar en orden. Dicho de un modo distinto, parece que las reglas generales normalmente funcionan bien: obtenemos de ellas lo que queremos.¹²

Pero imaginémonos ahora una regla que diga “prohibida la entrada de perros al restaurante”. Y supongamos ahora que una persona ciega, acompañada de un perro lazarillo, pretende entrar al restaurante. De la aplicación estricta de la regla se sigue que el perro lazarillo, y por lo tanto la persona ciega, no pueden entrar en el restaurante. Pero esta situación nos parece inaceptable. Este tipo de casos son conocidos como casos recalcitrantes. Es en estos casos donde se pone de manifiesto la denominada infra y sobreinclusión de la regla general.¹³

La única manera de hacer frente a ese rasgo infra y sobreinclusivo de las reglas generales es atendiendo a las circunstancias particulares del caso. Pero si hacer frente a los resultados injustos que flore-

¹¹ Waldron, J., “The Concept and the Rule of Law”, *Georgia Law Review*, 43, 2008, pp. 23 y 55, núm. 173.

Von Hayek trazaba incluso una analogía entre las leyes de la naturaleza y las leyes jurídicas, en el sentido de que estas últimas fijaban las características en las cuales el individuo se puede mover, Véase Von Hayek (1969).

¹² “Normalmente” denota, en este contexto, lo que ocurre la mayor parte de las veces, Celano (2012).

¹³ Schauer, F., *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, OUP, 1991, pp. 31-34.

Un ejemplo de la infrainclusión consistiría en que la regla no impediría la entrada de osos al restaurante (Rodríguez, 2012: 128).

PAU LUQUE

cen en los casos recalcitrantes exige abandonar el carácter general de las reglas, parece que el derecho renuncia a una de las virtudes principales de regirse mediante el RoL, esto es, la certeza o la previsibilidad de las consecuencias normativas de nuestras acciones.

Así, parece que nos enfrentamos a un dilema: o bien abandonamos la generalidad de las reglas, perdiendo certeza aunque ganando, por hipótesis, justicia, o bien nos mantenemos fieles al carácter general de las reglas, conservando certeza, pero perdiendo, por hipótesis, justicia.¹⁴ ¿Es posible salir indemne de este dilema? Creo que no. Sin embargo, creo que hay una manera de minimizar los costes de ambos cuernos del dilema. Pero antes de abordar esta posibilidad, o, mejor dicho, para abordar esa posibilidad, debo delinear el modelo de razonamiento jurídico-práctico que usaré para ofrecerla.

III. MODELOS DE RAZONAMIENTO JURÍDICO-PRÁCTICO PARA LA TOMA DE DECISIONES

El razonamiento jurídico-práctico está dividido en tres niveles,¹⁵ que podemos denominar: nivel MÁS profundo o de las razones, nivel medio o de las formulaciones deónticas y nivel menos profundo o de las soluciones normativas del caso particular.

El nivel más profundo está constituido por las razones, o, mejor dicho, por el balance de razones, a favor o en contra de una cierta acción. Este balance de razones justifica, o se cristaliza, en el segundo nivel: el balance de razones se transforma en una formulación deóntica, es decir, en lo que normalmente denominamos una regla (o una norma). Esta formulación deóntica tiene la forma de un condicional

¹⁴ Conviene aclarar que cuando digo que el RoL demanda certeza no quiero decir que exige que todas las decisiones sean predecibles. Entiendo que la certeza es gradual y cuando en la formulación del dilema hablo de perder o conservar certeza, me refiero a perder o conservar grados de certeza. En este sentido, el dilema se plantea para el RoL en referencia al grado máximo de certeza posible (posible en relación no con los casos recalcitrantes —porque en eso consiste justamente el dilema—, sino en relación, por ejemplo, con casos de indeterminación lingüística de ambigüedad o vaguedad).

¹⁵ Sigo aquí, con ciertas libertades, a Schauer (1991), Raz (1975) y Celano (2015).

RULE OF LAW Y CASOS RECALCITRANTES

el antecedente del cual contiene las condiciones fácticas generales cuyo acaecimiento implica una consecuencia normativa (Redondo, 2005). Esta consecuencia normativa se proyecta en el tercer nivel, en que esa consecuencia normativa resulta ser la solución para un caso particular.

Llamaré a este modelo el modelo estándar.

Este modelo estándar de razonamiento para la toma de decisiones puede ser todavía un poco más especificado. Llamaré a esta especificación *modelo de la toma de decisiones basado en reglas*. Tal especificación ha sido criticada, por lo que llamaré *modelo particularista de la toma de decisiones*.

A continuación presentaré estos dos modelos, y, tras ello, presentaré mi propia propuesta, que denominaré *modelo intermedio*, y que estará destinada a enmendar las debilidades tanto del modelo basado en reglas como del modelo particularista.

Para el modelo de la toma de decisiones basado en reglas, tomar decisiones significa aplicar la regla general al caso particular,¹⁶ es decir, este modelo afirma el carácter subsuntivo de la actividad de toma de decisiones.¹⁷ Para este modelo, el primer nivel del razonamiento es irrelevante para el momento de la toma de decisiones (aunque no, por supuesto, a la hora de justificar la regla). Es irrelevante, porque si a la hora de tomar decisiones atendemos a las razones cuya cristalización es la regla (en el sentido de la formulación deóntica), entonces la regla pasa a ser inútil, un ornamento de más, ya que lo que estaríamos haciendo al tomar una decisión en un caso particular es aplicar directamente las razones que justifican la regla, con lo cual esta última sería, en el mejor de los escenarios, redundante. Las reglas sólo sirven, según el modelo de la toma de decisiones basado en reglas, si son opacas respecto del nivel de las razones.¹⁸

¹⁶ Esta presentación podría inducir a pensar que el mencionado modelo cae en algún tipo de formalismo jurídico, lo cual, a pesar de que la conexión no es completamente infundada, es inexacto. Sobre los diversos equívocos y ambigüedades del formalismo jurídico, véase Schauer (1988).

¹⁷ Shafer-Landau, R., "Moral Rules", *Ethics* 107, Julio de 1997, pp. 586 y 587.

¹⁸ Esta presentación del modelo, como es sabido, está ligada al modelo de la autoridad jurídica como servicio de Raz (1979, 2006).

PAU LUQUE

Para el modelo particularista de toma de decisiones, en cambio, tomar decisiones no consiste en inferir la decisión a partir del caso general;¹⁹ la toma de decisiones consiste en valorar, en cada caso particular, si las razones que habitan en el primer nivel se aplican o no al caso particular (es decir, en el tercer nivel). Este modelo particularista afirma justamente aquello que el modelo basado en reglas quería evitar, a saber: que las reglas pueden resultar superfluas, que lo relevante para la toma de decisiones son las razones de primer nivel, y que éstas son las que deben ser reevaluadas para cada caso particular, porque sólo ello nos asegurará tomar la decisión más justa posible.

Obsérvese que el modelo basado en reglas es rígido respecto de todos los niveles del modelo estándar: en la toma de decisión no se puede modificar el balance de razones (porque está vetado que el decisor acuda a él) ni la formulación de la regla. Para el modelo particularista, en cambio, se puede (y se debe, si lo que se quiere es alcanzar una decisión justa) modificar el balance de razones de un caso a otro, y también la formulación deóntica, aunque ésta, en realidad, pasa a ser una expresión prácticamente vacía de contenido hasta que entra en contacto con el ambiente fáctico del caso particular.

Se trata, naturalmente, de versiones simplificadas de estos dos modelos. Pero hay propuestas muy elaboradas que están en la misma órbita de estos modelos. En general, los llamados positivistas normativos o éticos sostienen concepciones del derecho, o por lo menos de la aplicación de las normas jurídicas, en que las reglas generales son —o deberían ser, pues se trata de posiciones regulativas— el elemento clave (o incluso único).²⁰

¹⁹ Celano, B., “Rule of law y particularismo ético”, en Luque, P. (ed.), *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 156.

Dancy, J., “¿Qué es el particularismo en ética”, en Luque, P. (ed.), *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 31.

Dancy es particularmente radical en este punto, puesto que no sólo niega la posibilidad de la inferencia *deductiva* cuando se trata por lo menos del juicio moral, sino también de la inferencia *no deductiva*, Dancy (2015: 31 y 32).

²⁰ Laporta, F., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, cap. V-VI, y Campbell, T., *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Sydney, Dartmouth, Aldershot/Brookfield/Singapore, 1996.

RULE OF LAW Y CASOS RECALCITRANTES

Por su parte, el modelo particularista ha sido desarrollado ampliamente por el propio Bruno Celano. Pero en la misma familia de teorías particularistas, también podría inscribirse —con cierta flexibilidad conceptual, lo admito— la concepción de la adjudicación judicial que Cass Sunstein denominó “minimalismo judicial”. Esta teoría, a pesar de que no se apoya en el aparato teórico del particularismo, invoca el dicho “one case at a time” para defender que las decisiones judiciales (al menos las de la Suprema Corte) resuelvan únicamente los casos particulares que le lleguen y desista de formular soluciones para casos —o reglas— generales.²¹ La razón es doble: por un lado, política, porque Sunstein considera que los contenidos de las reglas generales deben ser el producto de procesos democráticos; y, por otro lado, teórica, porque la Corte no puede anticipar el alcance y las consecuencias de sus propias decisiones en el futuro, ya que presupone —y aquí es donde el minimalismo judicial revela su naturaleza particularista— que no es posible conocer de antemano y con exhaustividad las circunstancias del caso particular.

Ambos modelos, el de las reglas y el particularista, pueden ser, y de hecho han sido, refinados. Pero a los efectos de la discusión en la que quiero intervenir con este artículo, creo que es suficiente con el esbozo que he trazado aquí.

Sin embargo, creo que hay una tercera posibilidad, que denominaré “modelo intermedio”, y que se diferencia del modelo basado en reglas, porque: 1) admite que se puede modificar la formulación de las reglas, y del modelo particularista porque 2) afirma que el balance de razones no se modifica en virtud de las circunstancias particulares del caso.

Para el modelo intermedio, la mejor toma de decisiones se hace matizando el modelo de razonamiento estándar del siguiente modo: en el nivel más profundo se encuentra el balance *general* de razones a favor o en contra de una acción; este balance queda tentativamente cristalizado en una regla, cuyo antecedente fáctico puede ser

²¹ Sunstein, C., *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, HUP, 2001.

PAU LUQUE

modificado para que se conforme al balance de razones del primer nivel; y el tercer nivel está compuesto por la solución al caso particular, fruto de la subsunción del caso particular en el supuesto de hecho general previsto por la regla (y, en caso necesario, de la modificación de la regla).²²

Pongamos el famoso caso de la regla “prohibida la entrada de perros en el restaurante” y el supuesto de la persona ciega que quiere entrar con un perro lazarillo al restaurante. Analicémoslo desde el punto de vista de los tres modelos de toma de decisión e imaginémos que hay tres guardias que toman decisiones basándose en cada uno de los modelos delineados hasta el momento.

Guardia que toma su decisión apoyándose en el modelo basado en reglas. El guardia simplemente verifica que un perro quiere entrar al restaurante y aplica la solución prevista por la regla. Si hay un perro

²² Soy consciente de la existencia de lo que podrían llamarse otros modelos intermedios, en el sentido de modelos que también se sitúan entre el modelo de las reglas y el modelo particularista. Una comparación detallada de las diferencias con el modelo intermedio que yo estoy presentando aquí deberá esperar otra ocasión. En este contexto, me limitaré a señalar algunas diferencias básicamente de enfoque. Por ejemplo, podemos encontrar aquellos modelos que se inscriben en la tradición de *Normative Systems*, de Alchourrón y Bulygin, y de la lógica deóntica derrotable (Alchourrón, 1996). Con este tipo de modelos, creo que la diferencia descansa en que su motivación está en encontrar acomodo técnico al fenómeno de los casos recalcitrantes, es decir, su preocupación parece ser mapear el segundo nivel del razonamiento práctico de forma racional, mientras que mi interés principal tiene más que ver con el nivel más profundo, el nivel del balance de razones. A mí me importa poner énfasis en el carácter general del balance de razones, y no tanto —al menos no tanto como esos otros modelos intermedios alternativos— de las formulaciones deónticas.

Otro modelo, el de Dworkin (1977, 1986), se sitúa entre el modelo de las reglas y el del particularismo. Sin embargo, el modelo de Dworkin es singular, porque parece que pretende alcanzar para el derecho lo mismo que el modelo particularista —es decir, justicia—, pero no con el andamiaje conceptual particularista, sino con los principios normativos (generales) imbricados en el derecho. Por lo demás, y como se verá, qué razones son relevantes depende, en mi modelo, de un elemento fáctico típicamente positivista, como lo es la convención de los *officials*, mientras que en el modelo de Dworkin, la convención jurídica o es irrelevante o tiende a tener un papel más bien marginal cuando de lo que se trata es de encontrar la *right answer* a cada caso particular.

RULE OF LAW Y CASOS RECALCITRANTES

(no importa que sea un perro lazarillo), negará la entrada; si no, no. Y así hará en todos los casos.²³

Guardia particularista. El guardia entra a valorar si, en este caso particular, la solución aportada por la regla es conforme al balance de razones que justifica la regla. El balance de razones que justifica la regla nos dice que es deseable no molestar a los clientes del restaurante con animales, pero los perros lazarillos están adiestrados precisamente para que puedan convivir en ambientes humanos de forma discreta, es decir, para que no molesten. Así que el guardia particularista llega a la conclusión de que la aplicación de la regla tal y como está formulada a este caso particular no es consistente con el balance de razones que la justifica, y, por lo tanto, resuelve de forma incompatible con como lo haría el guardia que basa su decisión en la regla, es decir, en este caso el guardia particularista deja entrar al perro al restaurante. Pero el guardia particularista hará esta valoración para todo caso particular en el futuro, tanto si se parece a éste como si no, pues el balance de razones sólo sirve para este caso particular. O, dicho de un modo algo distinto, el balance de razones cuantifica sobre casos particulares, no sobre clases de casos. Por ello, el guardia particularista considera que aunque la regla puede modificarse para incluir el nuevo caso, no vale la pena hacerlo, porque a fin de cuentas lo que aplicamos —lo único que podemos aplicar si queremos obtener una solución justa— en el caso particular es el balance de razones.

Guardia intermedio. El guardia intermedio procede, en este caso particular concreto, como el guardia particularista: valora si la solución aportada por la regla en este caso particular es consistente con el balance de razones que justifica la regla y, por hipótesis, llega a la misma conclusión que su par particularista. Sin embargo, hay una diferencia fundamental con aquél: el balance de razones —“es deseable no molestar a los clientes con animales”— no opera sobre un caso particular, sino sobre el caso general. Dicho de otro modo, el balance de razones no vale sólo para permitir la entrada del perro lazarillo de este caso en concreto, sino para permitir en general

²³ Hasta que el legislador, si es que así ocurre, modifique la formulación deóntica de la regla.

PAU LUQUE

la entrada de perros lazarillos en restaurantes, es decir, el balance de razones opera sobre la clase de casos en que una persona ciega quiere entrar a un restaurante acompañada por un perro lazarillo. Además, el guardia intermedio reformula la regla para que ésta sea conforme al balance de razones. Esto querría decir que la regla queda reformulada del siguiente modo: “prohibida la entrada de perros salvo que estén adiestrados para guiar y convivir con personas”.

Antes de pasar a ver algunas posibles objeciones a mi modelo de toma de decisiones, que me servirán para detallar la propuesta y dejar ver cuáles son sus partes más originales, querría hacer una serie de consideraciones relacionadas con el guardia que aplica mi modelo.

(i) Parte del problema que revela la existencia de casos recalitrantes deriva del hecho de que, al dar expresión a la regla mediante la formulación deóntica, difícilmente se podrá capturar todo el alcance fáctico del balance de razones, *i. e.* el rango exhaustivo de situaciones fácticas en las que se aplica ese balance de razones. De hecho, muchas veces el legislador, al hacer el balance de razones, no piensa —probablemente no *puede* pensar— en todos los casos a los que alcanza ese balance de razones. Y esta dificultad —o, directamente, imposibilidad— se refleja, ciertamente, en la formulación deóntica.

Así, el decisor, el guardia, parece estar en una mejor posición epistémica que el deliberador o el legislador para conocer el alcance fáctico exhaustivo del balance de razones. El legislador que inicialmente hizo la ponderación de razones, como decía, no puede conocer con exactitud, y de forma exhaustiva, el conjunto de circunstancias fácticas sobre el que se aplicará ese balance de razones, y, en consecuencia, el antecedente del condicional deóntico, establecido por el propio legislador, no podrá reflejar de forma exhaustiva el conjunto de casos sobre los que opera el balance de razones. Pero de esto no se sigue que el balance de razones, cuantifique sobre casos particulares. Ciertamente, de ello tampoco se sigue que cuantifique sobre casos generales; pero el punto aquí es empezar a refutar la idea según la cual de una tesis epistémica —*i. e.* no se puede conocer el alcance fáctico exhaustivo del balance de razones, sino en el caso

RULE OF LAW Y CASOS RECALCITRANTES

particular— no se sigue, no al menos por sí sola, una tesis lógica —*i. e.* el balance de razones cuantifica sobre casos particulares— ni metafísica —*i. e.* la particularidad es una propiedad metafísica del balance de razones—. Se trata, creo, de dos discusiones independientes: por un lado, cuál es la mejor posición epistémica para identificar el alcance fáctico del balance de razones y, por otro lado, cuál es el estatus lógico o metafísico del balance de razones. Más tarde, en las objeciones, volveré sobre esto.

En todo caso, para el modelo intermedio el antecedente del condicional deóntico, en virtud de la mejor posición epistémica del decisor, resulta cada vez más refinado o más especificado,²⁴ aunque esto no significa necesariamente que el antecedente de la regla quede completamente clausurado para siempre.

(ii) El guardia intermedio no entra a valorar cada vez si la decisión arrojada por la regla general es consistente con el balance de razones que justifica la regla. El guardia intermedio sólo entra a valorar el balance de razones si se encuentra con un caso particular en el que, además de los hechos explícitamente previstos por la regla, concurren otros hechos no previstos en el antecedente de la regla. Y cuando esto ocurre, si el alcance fáctico del balance de razones se proyecta también sobre ese caso particular, que es justamente lo que tiene que descubrir el decisor, este último modifica la formulación deóntica refinando su antecedente. Y si el balance de razones no alcanza a ese caso, entonces no modifica la regla y simplemente extrae la consecuencia normativa indicada por la regla. En la medida en que el antecedente se va refinando —*i. e.* quedan regulados más conjuntos de hechos posibles—, más probabilidades hay de que el guardia no tenga que valorar la ponderación de razones y se limite únicamente a aplicar la regla. Así pues, a diferencia del guardia moldeado según el modelo basado en reglas, que *nunca* valora la ponderación de razones, y a diferencia también del guardia particularista, que *siempre* valora la ponderación de razones,²⁵ el guardia intermedio unas veces entra a valorar la

²⁴ Moreso, J. J., *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

²⁵ El guardia particularista “entra, cada vez, a valorar. Sopesa, cada una de las veces, las razones que se aplican; y, si hay una regla, decide caso por caso, sobre la base de este examen, si se debe aplicar o no” (Celano, 2015: 160 y 161).

PAU LUQUE

ponderación del caso particular —cuando concurren circunstancias no previstas en el antecedente de la regla— y otras veces no —cuando concurren sólo las circunstancias previstas en el antecedente de la regla—. ²⁶

(iii) El RoL, entonces, está efectivamente comprometido con la generalidad del razonamiento jurídico-práctico, pero no en el nivel de la formulación deóntica, sino, primariamente, en el nivel de las razones. Aunque lo anterior es un poco inexacto: no se trata de que rechace el carácter general de las reglas. Lo que ocurre es que pone el énfasis en el carácter general del balance de razones, sin excluir la posibilidad de formular las reglas mediante el cuantificador universal, pero a sabiendas de la limitación mencionada en (i). Así, el RoL debería estar comprometido con la concepción intermedia de la toma de decisiones, completando de este modo el modelo estándar de razonamiento jurídico-práctico afirmando, por un lado, que es contingente que el guardia deba evaluar cada vez si la solución normativa derivada de la regla es consistente con el balance de razones y, por otro lado, que el balance de razones es general.

IV. OBJECIONES

1. *Disminución de la previsibilidad*

Esta objeción, inspirada en las virtudes que instancia el modelo de toma de decisiones basado en reglas, se puede plantear en los siguientes términos: si el decisor —el guardia o el juez— puede alterar la solución normativa porque le está permitido controlar la consistencia entre la solución normativa y el balance de razones, entonces la previsibilidad de sus decisiones disminuye. Con el modelo intermedio, tenemos menos certeza que con el modelo basado en reglas.

²⁶ Alguien podría alegar que justamente cuando las circunstancias concurren o cuando no lo hacen es lo que está en juego. Esta es una impugnación potente. Intentaré responder a ella en la sección de objeciones.

RULE OF LAW Y CASOS RECALCITRANTES

Me parece que la manera correcta de responder a esta objeción es, para empezar, aceptándola. Sin embargo, creo que hay una consideración de orden superior que justifica esa disminución de la previsibilidad. Para intentar dar cuenta de esta consideración, desarrollaré lo que voy a denominar “la paradoja de la inestabilidad política del modelo basado en reglas”.

Imaginémonos un sistema jurídico en que a los jueces sólo les está permitido tomar decisiones sobre la base de las reglas emanadas por los órganos legislativos sin considerar nunca el balance de razones que justifica esas reglas; es decir, imaginémonos un sistema que adopte el modelo basado en reglas. En este escenario, dada la previsibilidad de las decisiones se presume que el sistema sería políticamente estable. ¿Por qué? Porque todos podrían tomar decisiones de forma autónoma, ya que todos sabrían qué está permitido y qué no. Una vez asegurada la autonomía individual, no habría razones para que los ciudadanos hicieran que el sistema fuera inestable. O así dice la teoría.

Sin embargo, como decía al presentar el dilema más arriba, en el escenario planteado en el párrafo anterior tal aumento de la previsibilidad iría en detrimento de la justicia, ya que al estarle prohibido al juez la valoración de la consistencia entre la solución normativa aportada por la regla y el balance de razones que justifica ésta, la probabilidad de que se dieran soluciones que consideramos incorrectas sería alta. ¿Cuán alta? Aquí conviene tener en mente algo que he dicho anteriormente: el legislador, al formular la regla, no tiene —probablemente no *puede* tener— en cuenta el alcance fáctico exhaustivo del balance de razones, por lo que la formulación deóntica de ese balance de razones difícilmente captará ese alcance fáctico del balance de razones de forma exhaustiva. En esta tesitura, los casos recalcitrantes aumentarán. Y un sistema sobre el cual no sólo siempre planea la sombra de los casos recalcitrantes —algo que como veremos también le ocurrirá a un sistema que adopte el modelo intermedio, y que difícilmente se puede evitar si es que queremos alcanzar un grado razonable de justicia—, sino que muy frecuentemente arroja casos recalcitrantes, no será un sistema estable, porque aunque los ciudadanos tengan garantizada la autonomía individual, no parece que esto vaya a ser lo único que les pre-

PAU LUQUE

ocupe. Hay otras consideraciones morales, además de esa noción (más bien austera) de autonomía individual, que preocupan a los ciudadanos, y alguna forma de equidad se cuenta entre ellas.²⁷ Así que resulta más bien optimista pensar que la satisfacción de la autonomía individual garantiza la estabilidad política del sistema jurídico. Si el sistema jurídico, aún asegurando la autonomía individual, no ofrece algún grado relativamente elevado de justicia sustantiva de forma sistemática, es razonable pensar que la estabilidad política de ese sistema se verá reducida. Así, parece que lo necesario, en términos generales, para la estabilidad de un sistema es una especie de equilibrio entre la satisfacción de la autonomía individual y la satisfacción de la expectativa de que el sistema aporte cierto grado de justicia sustantiva. Y el modelo intermedio parece mejor pertrechado que el modelo basado en reglas para acercarse a ese punto de equilibrio, ya que, como hemos visto, el modelo basado en reglas pone todo el énfasis en la garantía de la autonomía individual. La estabilidad del sistema, sin embargo, parece no depender únicamente de ese valor.²⁸

2. ¿Cuándo puede decirse que concurren otros hechos, además de los explícitamente mencionados en el antecedente de la regla?

Según el modelo intermedio que yo he delineado, el guardia sólo entra a valorar el balance de razones si se encuentra con un caso

²⁷ Haidt, J., *The Righteous Mind. Why Good People are Divided by Religion and Politics*, Penguin, 2011, pp. 150 ss., y Berlin, I., *The Crooked Timber of Humanity*, 3a. ed., Princeton University Press, 2013, cap I.

²⁸ No hace falta, para esta discusión, adoptar ninguna postura metanormativa específica, pues aquí no se asume ningún estatus ontológico ni tampoco el carácter veritativo-funcional de los juicios normativos, ni siquiera del balance de razones; únicamente se asume que es posible controlar racionalmente la consistencia entre un dado balance de razones y la solución arrojada por una regla formulada a través de un cuantificador universal. Quizá únicamente desde un emotivismo primitivo, con una semántica muy poco desarrollada en relación con enunciados que contienen términos no-descriptivos, se puede poner en duda la posibilidad conceptual de ese juicio de consistencia entre el balance de razones y la solución normativa que aporta la regla.

RULE OF LAW Y CASOS RECALCITRANTES

particular en el que, además de los hechos explícitamente previstos por la regla, concurren otros hechos no previstos en el antecedente de la regla.

La objeción de esta subsección viene a decir que, en realidad, aunque es lógicamente posible que los hechos explícitamente previstos por la regla aparezcan solos, la mayor parte de las veces esos hechos suelen ir acompañados de otros muchos hechos no mencionados en el antecedente. De facto, pues, el decisor siempre, o casi siempre, tendría que acudir al balance de razones para valorar cuál es la decisión en ese caso particular, con lo que no habría ninguna diferencia con el decisor particularista.

Lo que se necesita para bloquear esta objeción es poder mostrar que habrá algunos hechos *nuevos* que obligarán a acudir al balance de razones, y otros hechos *nuevos* que no dispararán la necesidad de acudir al balance de razones.

Pero la objeción proseguiría del siguiente modo: distinguir entre esos dos supuestos no es nada más que ver si el balance de razones cuantifica o no sobre ese conjunto de hechos no explícitamente mencionados por la regla. Es el alcance del balance de razones lo que convierte o no en relevantes esos hechos *nuevos*. Como consecuencia, “mi” decisor, al igual que el particularista, tendría que acudir al balance de razones en todos los casos. No habría, insistiría el autor de esta objeción, ninguna diferencia entre el guardia particularista y el guardia intermedio.²⁹

Es cierto, sin lugar a dudas, que lo dicho en el párrafo anterior es posible; esto es, se puede determinar qué hechos son relevantes en función de cuál es el alcance fáctico del balance de razones. Sin embargo, el derecho es una práctica social, y, en consecuencia, qué hechos son (por lo menos) potencialmente relevantes no depende únicamente —ni siquiera, me atrevería a decir, primordialmente— del balance de razones. El derecho, como dice Bayón, es

²⁹ Como intentaré mostrar a continuación, creo que hay una diferencia sustancial. Pero si mi argumento fallara, seguiría existiendo una diferencia lógica o metafísica entre el modelo intermedio y el modelo particularista, a saber: el balance de razones es generalista para el modelo intermedio y particularista para el modelo particularista.

PAU LUQUE

“convencional, ...consiste en un conjunto de creencias compartidas y de actitudes y expectativas interdependientes constitutivas de una práctica social”.³⁰ Ese conjunto de creencias y actitudes, denominémoslo *convención jurídica*, determina, al menos en parte, qué hechos son en general potencialmente relevantes para el derecho.³¹ Se trata de un punto complicado en la teoría del derecho,³² pero a los efectos de la respuesta a esta objeción creo que basta con reconocer la existencia de una convención jurídica, que tiene cierta fuerza normativa,³³ que prescribe, de modo general, cuándo los hechos de un caso pueden ser potencialmente relevantes en la adjudicación de un caso particular.

Así, el decisor necesitará acudir al balance de razones para hacer el juicio de consistencia cuando haya hechos *nuevos* y éstos sean considerados potencialmente relevantes por parte de la convención jurídica. Por ejemplo, imaginémos dos supuestos: 1) un señor ciego acompañado de un perro lazarillo quiere entrar en el restaurante; 2) un señor, en perfecto estado de salud, quiere entrar al restaurante acompañado de un perro que lleva un corte de pelo del símbolo de la paz. Asumamos que la regla que está en juego aquí es: “prohibida la entrada de perros en el restaurante”. La convención jurídica considera como potencialmente relevante el hecho de que el perro del señor ciego sea un perro lazarillo, y el decisor de turno, sobre la base de esa potencial relevancia, acudirá a explorar el balance de razones que justifica la regla mencionada. De modo con-

³⁰ Bayón, J. C., “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”, *Isonomía*, 13, octubre de 2000, pp. 110 y 111.

³¹ Rodríguez y Sucar consideran que la identificación del derecho (*i. e.* el contenido de significado de las formulaciones normativas) se desarrolla apelando a las reglas semánticas vigentes en la comunidad de hablantes ordinarios, pero también apelando a las convenciones interpretativas fruto de la práctica resultante entre los operadores jurídicos (Rodríguez y Sucar, 1998, citados en Bayón, 2000: 103). De un modo parecido, qué hechos pueden ser potencialmente relevantes en un caso depende, al menos en parte, de ese tipo de convenciones, sólo que aplicadas no al contenido de significado de las formulaciones normativas.

³² Aunque como dice Bayón, parece ser aceptado por todo el mundo (Bayón, 2000: 103).

³³ En el sentido hartiano de que los operadores jurídicos adoptan una actitud crítico-reflexiva hacia ella.

RULE OF LAW Y CASOS RECALCITRANTES

trario, el hecho de que un perro esté rasurado de modo tal que lleve el símbolo de la paz no es, en general, considerado potencialmente relevante por parte de la convención jurídica, y por lo tanto no se dispararía la necesidad de acudir al balance de razones.³⁴

Antes de pasar a la siguiente objeción, quisiera hacer algunas observaciones.

En primer lugar, el hecho de que la convención jurídica considere potencialmente relevantes los hechos no significa que entonces esos hechos pasen a figurar automáticamente en el antecedente de la regla; que sean potencialmente relevantes quiere decir que disparan la necesidad del decisor de explorar cuál es el alcance fáctico del balance de razones. Pero puede ocurrir que haya hechos potencialmente relevantes que disparen esa obligación, y que al final, cuando el decisor ha explorado el balance de razones, descubra que no son hechos relevantes para la solución del caso particular, y, por lo tanto, concluya que no deben figurar en el antecedente de la regla.

En segundo lugar, nótese que a veces puede existir superposición entre aquellos hechos que la convención jurídica considera potencialmente relevantes y aquellos que de hecho lo son con arreglo al balance de razones. Pero ello será contingente: algunas veces habrá superposición, otras no.³⁵ He aquí pues la diferencia entre el decisor intermedio y el particularista: el primero sólo estará obligado a acudir al balance de razones cuando haya hechos *nuevos* y éstos sean considerados potencialmente relevantes por parte de la convención jurídica, mientras que el segundo siempre está obligado a acudir al balance de razones, incluso aun cuando la convención jurídica considere que los eventuales hechos *nuevos* son irrelevantes jurídicamente hablando. Esto quiere decir que es probable que el conjunto de decisiones tomadas por el guardia intermedio con-

³⁴ Desde luego, un operador jurídico, o unos pocos, pueden impugnar lo que acabo de decir en el texto, pero me parece que estaríamos todos, o casi todos, de acuerdo en que ese operador o esos pocos operadores se estarían situando, al menos respecto de este punto, fuera de la convención jurídica.

³⁵ También será contingente *qué* hechos serán potencialmente relevantes, en el sentido de que ello puede cambiar en función de cuáles sean las personas — así como sus “ideologías” — que constituyen esa convención jurídica.

PAU LUQUE

tenga menos justicia que el del decisor particularista, pues el grado mayor de justicia posible lo tenemos cuando acudimos en todos y cada uno de los casos al balance de razones.³⁶

En tercer lugar, y a modo de extensión de lo dicho en el párrafo anterior, uno —el autor de esta objeción, por ejemplo— podría preguntarse: pero ¿por qué no ignorar lo que diga la convención jurídica y obligar al decisor a acudir siempre al balance de razones? ¿Por qué no ir por el grado más alto posible de justicia? Y la respuesta es que eso implicaría un grado bajo (potencialmente incluso muy bajo) de certeza, y el derecho, para contribuir a asegurar la autonomía individual, debe ser, en buena medida, previsible. Por lo demás, esta preferencia por un equilibrio entre certeza y justicia funciona, si es que funciona, únicamente en relación con el razonamiento jurídico-práctico; pero no estoy seguro de que funcione en cualquier ámbito práctico, singularmente en el de la moral. ¿Por qué? Por un lado, porque aun suponiendo que exista en el reino de la moral una convención acerca de qué hechos son moralmente relevantes para reconsiderar nuestro balance de razones morales, no me parece obvio que se pueda identificar esa convención sin la existencia de una autoridad normativa supraindividual, algo que no se da en el reino de la moral, pero sí existe en el derecho (los operadores jurídicos no tienen un equivalente en el dominio moral, no al menos en el dominio moral laico), y, por otro lado, en el reino de la moral, me parece que tiene prioridad la búsqueda de la justicia, mientras que en el derecho, o por lo menos en algunos ámbitos del derecho, buscamos un punto de equilibrio entre justicia y certeza o previsibilidad.³⁷

³⁶ Digo que es probable porque me parece difícil que haya siempre superposición entre lo que la convención jurídica considera como potencialmente relevante y lo que el balance de razones convierte en relevante. En este sentido, quizá sea razonable decir que los operadores jurídicos —i. e. la convención jurídica— pueden cometer errores.

³⁷ Así pues, mi tesis es en buena parte normativa: dado que preferimos que en el derecho haya un equilibrio entre certeza y justicia, el modelo que mejor parece alcanzar ese equilibrio es el del modelo intermedio. Alguien podría entonces preguntarme: ¿y por qué se debería activar la obligación de acudir al balance de razones cuando la convención jurídica así lo indique? Y mi respuesta es que, como señalaba

RULE OF LAW Y CASOS RECALCITRANTES

En cuarto lugar, no hay clausura del antecedente de la regla. No estoy ni asumiendo ni intentado mostrar que existe lo que Alchourrón y Bulygin llaman “tesis de relevancia última”, o lo que Jorge Rodríguez denomina “regla de clausura última”. Puede que en un sistema jurídico exista tal regla o no, como bien dicen Rodríguez y Sucar. De todos modos, y aquí estoy saliendo de mi zona de confort, quizá podría decirse que en mi modelo existe algo así como una tesis de clausura última respecto del balance de razones; ocurre, sin embargo, que no es posible descubrir cuál es la regla de clausura, por razones epistémicas, sino *ex post facto*. Sea como sea, en mi modelo, como he dicho ya anteriormente, no hay clausura del antecedente de la regla, elemento que, a mi juicio, siempre queda abierto, pues como decía Hart, siempre somos relativamente ignorantes respecto de los hechos futuros.³⁸

3. *El balance de razones es particularista*

Según el particularismo, “puede suceder que en otro caso *del mismo tipo* lo que aquí (*i. e.* en el caso particular actual) es una razón para hacer *A*, no sea una razón para hacer *A* o sea una razón para no hacer *A*”.³⁹ Así, para el particularista es posible identificar, en los casos particulares, ciertos hechos como razones para actuar de un determinado modo. Pero el particularista niega que esas razones se proyecten (necesariamente) hacia el futuro, hacia otros casos; las razones son particularistas, no generalistas.

Nótese que en esta presentación del particularismo se habla de razones, no de balance de razones. Sin embargo, no veo por qué deberíamos rechazar que esa misma tesis se aplique al balance de razones. Así pues, el balance de razones *BR*, por ejemplo, cuantifica

Bayón, el derecho está fundado sobre unas expectativas interdependientes constitutivas de una práctica social (Bayón, 2000: 111), por lo que tiene sentido que el criterio acerca de cuándo acudir al balance de razones esté basado, por lo menos en alguna medida, en ese conjunto de expectativas interdependientes.

³⁸ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 3a. ed., OUP, 1961, p. 128.

³⁹ Celano, B., *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 441.

PAU LUQUE

sobre el caso particular t para llevar a cabo la acción A ; pero podría ocurrir que, en el caso particular t' , aun siendo del mismo tipo que t , el balance BR indique la acción $no-A$.

Así pues, lo que sostiene el particularista es que el balance de razones se proyecta únicamente sobre casos particulares, pero no sobre casos generales. Sin embargo, no parece tener mucho sentido aceptar la idea de que el balance de razones es particularista si ello implica asumir que el dominio de las razones, y, más específicamente, el reino del razonamiento práctico, es ininteligible. ¿Por qué digo esto? La inteligibilidad de las razones, y del balance de razones, quiere decir que debe existir alguna diferencia entre dos supuestos de hecho que explique por qué el balance de razones BR indica A en un supuesto, pero $no-A$ en otro (Raz, 2000: 230). Esto parece implicar que el dominio de las razones es inteligible cuando o bien (1) un balance de razones indica la misma acción para dos (o más) casos particulares que son instancias del mismo tipo de supuesto de hecho, o bien (2) un balance de razones indica acciones distintas (e incluso contradictorias entre sí) para casos particulares cuando éstos no son instancias del mismo tipo de supuesto de hecho. Llamaremos a este requisito, siguiendo a Raz, “el requisito de la inteligibilidad de las razones”.

Creo que resulta evidente que la presentación del particularismo hecha al principio de esta subsección no puede satisfacer el requisito de inteligibilidad de las razones.⁴⁰ De hecho, parece que la inteligibilidad de las razones empuja hacia alguna forma de generalismo.⁴¹

Así, aceptar la tesis particularista significaría aceptar que la empresa del razonamiento práctico es ininteligible. Y este parece un precio demasiado alto si lo que se quiere es, precisamente, de-

⁴⁰ Estrictamente hablando, esta forma de particularismo parecería estar comprometida con la imposibilidad misma del razonamiento práctico, pues simplemente no habría nada que uniera una conclusión normativa con otras, todo sería meramente arbitrario, pues dependería del acaecimiento aleatorio de los hechos de cada caso particular (Celano, 2009: 444).

⁴¹ Raz, J., *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*, OUP, 2000, pp. 220-235.

RULE OF LAW Y CASOS RECALCITRANTES

linear el razonamiento práctico, algo que el particularista no parece, al menos a primera vista, estar dispuesto a rechazar (ya que el particularista —o por lo menos Celano— no parece dispuesto a rechazar la idea de que cuando tomamos decisiones prácticas *razonamos*). Si queremos satisfacer el requisito de la inteligibilidad, deberíamos abrazar alguna forma de generalismo, ya sea la del guardia cuyas decisiones están basadas en reglas o la del guardia intermedio.

¿Pero es esto así? ¿Abandonará la batalla así de fácil el particularista?

Creo que no. Uno puede imaginar otra forma de particularismo que base su objeción acerca de cuándo dos —o más— casos son *del mismo tipo*. El argumento funcionaría más o menos así: para que la propuesta generalista (tanto la del guardia intermedio como la del guardia de las reglas) fuera operativa sería necesario poder afirmar, por avanzado, que dos casos son *del mismo tipo*.⁴² Y esto es lo que el particularista niega que pueda obtenerse.

Dos casos son del mismo tipo si y sólo si comparten todas las propiedades relevantes. Y ¿qué afirma el particularista a este respecto?

No es posible delimitar previamente el conjunto de propiedades relevantes... Sería magnífico si tuviéramos a disposición una tesis de relevancia no sujeta a ampliaciones o revisiones (tesis de relevancia última): un listado, cerrado y exhaustivo, de las propiedades relevantes para la decisión sobre cómo comportarse —o sobre qué cosa es una razón para hacer algo— en todo caso posible.⁴³

Desafortunadamente, prosigue el particularista, ese listado no existe. Sin embargo, el particularista no descarta que no se puedan identificar las propiedades relevantes de un caso particular. Lo que descarta es que se puedan identificar *con anterioridad* al acaecimiento del caso particular, es decir, descarta una manera de concebir la idea de caso general, *i. e.* la idea del listado cerrado y exhaustivo de las propiedades relevantes. Esto, según el particula-

⁴² Celano, 2009, pp. 44 y ss.

⁴³ Celano, B., *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 443.

PAU LUQUE

rista, no significa que no se puedan hacer generalizaciones a partir de un caso:

Proyecciones o extrapolaciones de casos pasados (o actuales) hacia casos futuros (o posibles) son admisibles. Pero nada nos garantiza que den en el blanco —nada garantiza que no lleguen a reclamar inesperadamente, una revisión, a la vista de circunstancias que están fuera de lo común.⁴⁴

Reformulada de este modo, la objeción particularista, además de poder dar cuenta del requisito de inteligibilidad, parece poner el énfasis en la imposibilidad de conocer *ex ante* cuáles son las propiedades relevantes de un caso general; las propiedades relevantes de un caso general sólo pueden ser objeto de conocimiento *ex post* y, de cualquier manera, el conjunto de propiedades relevantes que componen el caso general siempre estará sujeto a ser modificado si el caso particular así lo exige.

¿Es esta una objeción para el generalismo? Creo que, efectivamente, es una objeción insalvable para la concepción del razonamiento práctico sobre la que se apoya el guardia cuyas decisiones se basan en el modelo de reglas. Pero creo que no lo es para el denominado guardia intermedio. Veamos por qué.

La objeción particularista afirma que no es posible conocer de antemano cuáles son las propiedades relevantes de un caso. Pero en mi delineación del guardia intermedio, esta posibilidad se da por descontada: el decisor siempre está en mejores condiciones epistémicas para saber cuál es el alcance fáctico del balance de razones. Nótese que la objeción particularista reformulada parece poner el énfasis en dos puntos: por un lado, afirma una suerte de tesis epistémica, según cual el conocimiento de las propiedades relevantes, y de cómo éstas condicionan la respuesta normativa, tiene naturaleza *ex post*, y, por otro lado, también afirma la imposibilidad de una tesis de relevancia última para las reglas. Pero ninguno de estos dos puntos es incompatible con la idea de que el balance de razones sea general. El primer punto es epistémico, y no afectaría al estatus (ge-

⁴⁴ *Ibidem*, p. 444.

RULE OF LAW Y CASOS RECALCITRANTES

neral o particular) de las razones, y, traducido al nivel de las razones, “sólo” nos dice que en sentido estricto no se puede saber el alcance fáctico del balance de razones sino en los casos particulares. Pero la concepción que yo presenté más arriba ya había admitido esto. Con el segundo punto sucede algo similar: se refiere a la imposibilidad de encapsular de forma exhaustiva en un condicional deóntico (*i. e.* una regla) el conjunto de propiedades relevantes de un caso general. Pero mi modelo también había admitido este extremo.

Nótese, además, que este segundo punto se refiere a la tesis de relevancia última de una regla, no de un balance de razones. Y es que el balance de razones, con arreglo a la delineación que yo he hecho de él, no contiene de forma explícita y exhaustiva su alcance fáctico, algo que no tendría sentido hacer, dado que ya hemos admitido que el decisor está en mejor posición epistémica para saber cuál es el alcance epistémico de aquél.

No querría sugerir que estos contraargumentos son concluyentes. Quizá el balance de razones es particularista, pero los argumentos particularistas hasta el momento disponibles no eliminan la posibilidad de que el balance sea generalista.

V. CONCLUSIÓN

Las conclusiones de este artículo pueden ser sintetizadas en las siguientes consideraciones:

Hay espacio lógico entre un modelo de razonamiento jurídico-práctico rígidamente basado en reglas y un modelo particularista. Este es el espacio que “mi” modelo intermedio busca explotar.

No sólo hay espacio lógico para el modelo intermedio, sino que, dada la búsqueda de un equilibrio entre justicia y certeza que parecemos exigirle al derecho, hay buenas razones normativas para abrazar el modelo intermedio que yo he delineado aquí.

El RoL no necesita desprenderse de su compromiso con la generalidad del dominio jurídico-práctico para hacer frente al desafío de los casos recalcitrantes.

PAU LUQUE

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRRÓN, Carlos, “Detachment and Defeasibility in Deontic Logic”, *Studia Logica: An International Journal for Symbolic Logic*, 1996, vol. 57, núm. 1.
- ALCHOURRRÓN, Carlos y BULYGIN, E., *Normative Systems*, Verlag, 1971.
- BARBERIS, M., “Possono governare, le leggi? Il dilemma del rule of law”, en PINO, G. y VILLA, V. (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016.
- BAYÓN, J. C., “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”, *Isonomía*, 13 de octubre de 2000.
- BERLIN, I., *The Crooked Timber of Humanity*, 3a. ed., Princeton University Press, 2013.
- CAMPBELL, T., *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot/Brookfield/Singapore/Sydney, Dartmouth, 1996.
- CARACCILO, R., *El derecho desde la filosofía*, Madrid, CEPC, 2009.
- CELANO, B., *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- CELANO, B., “True Exceptions: Defeasibility and Particularism”, en FERRER, J. y G. B. RATTI (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, OUP, 2012.
- CELANO, B., “Publicity and the Rule of Law”, in LEITER, B. y GREEN, L., (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, OUP, 2013.
- CELANO, B., “Rule of Law y particularismo ético”, en Luque, P. (ed.), *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- DANCY, J., “¿Qué es el particularismo en ética”, en Luque, P. (ed.), *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, HUP, 1977.
- DWORKIN, R., *Law's Empire*, HUP, 1986.
- FULLER, L., *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969.

RULE OF LAW Y CASOS RECALCITRANTES

- HAIDT, J., *The Righteous Mind. Why Good People are Divided by Religion and Politics*, Penguin, 2011.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 3a. ed., OUP, 1961.
- KRAMER, M., *Objectivity and the Rule of Law*, CUP, 2007.
- LAPORTA, F., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- MACCORMICK, N., *Rhetoric and the Rule of Law*, OUP, 2005.
- MORESO, J. J., *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, 2009.
- PINO, G., "Legalità penale e Rule of Law", en PINO, G. y VILLA, V. (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016.
- POSTEMA, G., "Il dominio del diritto", en PINO, G. y VILLA, V. (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016.
- RAZ, J., *The Authority of Law*, OUP, 1979.
- RAZ, J., *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*, OUP, 2000.
- RAZ, J., "The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception", *The Minnesota Law Review*, 2006.
- REDONDO, C., "Legal Reasons: Between Universalism and Particularism", *Journal of Moral Philosophy*, vol. 2, 2005.
- RODRÍGUEZ, J. L. y SUCAR, G., "Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho", *Analisi e diritto*, 1998.
- RODRÍGUEZ, J. L., "Normas y razones: un dilema la irracionalidad y la irrelevancia", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 13, núm. 1, diciembre de 2012.
- SCHAUER, F., "Formalism", *The Yale Law Journal*, vol. 97, núm. 4, 1988.
- SCHAUER, F., *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, OUP, 1991.
- SCHAUER-LANDAU, R., "Moral Rules", *Ethics* 107 (July), 1997.
- SUNSTEIN, C., *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, HUP, 2001.

PAU LUQUE

- TAMANAHAN, B., “A Concise Guide to the Rule of Law”, en PALOMBE-LLA, G. y WALKER, N. (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Hart, Oxford, 2009.
- VON HAYEK, F., *The Constitution of Liberty*, Chicago, Chicago University Press, 1969.
- WALDRON, J., “The Concept and the Rule of Law”, *Georgia Law Review*, 43, 2008.
- WALDRON, J., “Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach”, 111 *Michigan Law Review* 1, 2012.
- WALDRON, J., “How Law Protects Dignity”, *Cambridge Law Journal*, 71, 2a. ed., 2012.

UNIVERSOS ÉTICOS Y LA METARREGLA DEL DOBLE EFECTO EN EL ESTADO DE NECESIDAD*

*ETHICAL UNIVERSES AND THE META-RULE OF DOUBLE
EFFECT IN STATE OF NECESSITY*

Raúl MADRID RAMÍREZ**
Rodrigo Andrés GUERRA ESPINOSA***

Resumen:

Este artículo tiene por objeto explicar cuándo en el estado de necesidad la distinción entre un mal mayor o menor responde al universo ético consecuencialista y desde qué consideraciones no lo haría; segundo, explicar por qué es posible desde el principio del doble efecto la ponderación de la vida humana, aceptando la objetivización de sus parámetros según los efectos de una acción. Por ello, a continuación trataremos en la primera sección el concepto de mal en clave consecuencialista y, posteriormente, moral absolutista. Se trata de un análisis sobre la materia que reconoce, en la segunda sección, la importancia de la existencia de estos universos en la ponderación de males. Luego, contrastaremos nuestros razonamientos con las soluciones que, para casos semejantes, se proponen desde el doble efecto para algunas situaciones de estado de necesidad. Finalmente, en la tercera sección, entregaremos los criterios de una política criminal para distinguir y no encubrir exigencias deónticas en el estado de necesidad.

* Artículo recibido el 14 de septiembre de 2018 y aceptado para su publicación el 20 de noviembre de 2019.

** Abogado. Magíster en filosofía. Doctor en derecho (área: filosofía del derecho). Director del Instituto de Filosofía de la Pontificia Universidad Católica de Chile. rmadrid@uc.cl.

*** Abogado. Magíster en derecho. Doctor en derecho (área: fundamentos del derecho penal). Profesor del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de los Andes, Santiago-Chile. rmadrid@uc.cl.

RAÚL MADRID RAMÍREZ / RODRIGO ANDRÉS GUERRA ESPINOSA

Palabras clave:

Doble efecto; estado de necesidad; consecuencialismo; absolutismo moral; universos éticos.

Abstract:

This article aims to explain when the distinction between a greater or lesser evil responds to a consequentialist ethical universe or not under necessity defense. In addition, explain why the human life pondering is possible from the double effect principle, accepting the objectification of its parameters according to an action. Therefore, in the first section we deal with the concept of evil in a consequentialist and moral absolutist perspective. On the second section of this article, we explain the importance of these ethical universes in the evils pondering. Then, we contrast our reasoning with the solution proposed by the double effect doctrine under necessity cases. Finally, in the third section, we give a criminal policy criterion to understand the deontic demands under necessity.

Keywords:

Double Effect; State of Necessity; Consequentialism; Moral Absolutism, Ethical Universes.

UNIVERSOS ÉTICOS Y LA METARREGLA DEL DOBLE...

SUMARIO: I. *Punto de partida: universos éticos en el estado de necesidad*. II. *Concepto de “mal” en el estado de necesidad*. III. *Universos éticos y la metarregla del doble efecto*. IV. *Reflexiones finales*. V. *Bibliografía*.

I. PUNTO DE PARTIDA: UNIVERSOS ÉTICOS
EN EL ESTADO DE NECESIDAD

Es una tarea de la filosofía del derecho penal demostrar la existencia de un vínculo entre los universos éticos (es decir, las diversas concepciones generales sobre el carácter moral del acto humano) y la concepción dogmático-penal en la resolución de *situaciones trágicas* o de *conflicto vital* en el estado de necesidad.¹ Se trata, por lo tanto, de una materia previa a la interpretación de la norma que trata el tema en el derecho positivo chileno: el artículo 10, número 11, del Código Penal.² Si bien existen diferentes definiciones del estado de necesidad, el núcleo de la institución apunta a situaciones excepcionales de peligro para determinados bienes jurídicos que sólo pue-

¹ Respecto del contenido y las problemáticas que abarca el concepto de conflicto vital en el estado de necesidad, véase Miranda, Alejandro, “Consequentialism, the Action/Omission Distinction, and the Principle of Double Effect: Three Rival Criteria to Solve Vital Conflicts in Cases of Necessity”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 62, núm. 2, 2017, p. 210, *enfile:///C:/Users/profesor2/Downloads/AMM_Consequentialism%252c%20action-omission%20and%20double%20effect.pdf*. Por su parte, se utiliza el concepto de situaciones trágicas de estado de necesidad para aludir a este tipo de situaciones en materia penal en Wilenmann von Bernath, Javier, “Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad”, *InDret*, núm. 1, 2016, p. 1.

² En este contexto, la disposición del artículo 10, número 11, dispone que está exento de responsabilidad criminal: “El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1a. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar. 2a. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo. 3a. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita. 4a. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa”.

RAÚL MADRID RAMÍREZ / RODRIGO ANDRÉS GUERRA ESPINOSA

den contrarrestarse por medio de la lesión de otro bien jurídico. Se genera, en consecuencia, un conflicto entre bienes protegidos, intereses o males, porque no todos pueden coexistir en ese estado.³ Por esta razón, se requiere de un criterio axiológico que permita discernir en estos casos.

Tal circunstancia fáctica de peligro ocasiona que el agente, con el propósito de alcanzar su objetivo (evitar un riesgo actual o inminente), realice acciones que afecten otros bienes jurídicos, que pueden ser lesionados, e incluso sacrificados, para que el resto no perezca.⁴ Conocidos casos reflejan el problema, como el del capitán del barco que da la orden de arrojar al agua, toda o parte de la carga del navío para que éste no se hunda en una tempestad; el caso de quien se apodera de una cabalgadura ajena para llevar a un enfermo grave ante un médico, al no existir otro medio de transporte en una zona rural aislada; el caso de quien, huyendo de una *bestia*, cruza

³ La doctrina dominante se declina en favor de un conflicto entre males, especialmente en consideración a la regulación del artículo 10, número 7, en Fuentes, Dánae, *La ponderación de los males en el estado de necesidad*, Santiago, LegalPublishing, 2009, pp. 59-61. Posiciones a favor de un conflicto entre intereses se pueden observar en Cousiño Mac Iver, Luis, *Derecho penal chileno. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, t. II, p. 348, y entre bienes, Cury, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 7a. ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 377; Etcheberry Orthusteguy, Alfredo, *Derecho penal*, 3a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, t. I, pp. 266-268; Vargas Pinto, Tatiana, “¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante del artículo 10, núm. 11”, en Van Weezel, A. (ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago, LegalPublishing, 2013, p. 749; Novoa Monreal, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno. Parte general*, 3a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, t. I, p. 355; Náquira, Jaime, *Derecho penal. Teoría del delito I*, Santiago, Editorial McGraw-Hill, 1998, p. 256; Politoff Lifschitz, Sergio y Ortiz Quiroga, Luis, *Texto y comentario del Código Penal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, t. I, p. 140, entre otros. Por su parte, en la doctrina civil, respecto de la posibilidad de ponderar intereses o daños con el objeto de evitar un mal mayor, véase Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 138 y 139; Alessandri R., Arturo, *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, 7a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, t. I, p. 443.

⁴ En esta línea, podemos entender por *sacrificio* el menoscabo íntegro del bien jurídico en cuestión y por *lesión* una afectación parcial de éste, susceptible de subsumición en algún tipo penal.

UNIVERSOS ÉTICOS Y LA METARREGLA DEL DOBLE...

predio ajeno para *evitar un mal grave a sí mismo*.⁵ Nos ocuparemos aquí sólo de aquellos casos de estado de necesidad agresivo en los cuales pueda ponerse en juego la vida de seres humanos inocentes.⁶

Actualmente es habitual aceptar una corriente neutralista, carente de valoraciones axiológicas en el estado de necesidad.⁷ En este contexto, el principio del interés preponderante se presenta como un criterio de razonamiento “en situaciones de conflicto [donde] el Derecho debe racionalmente inclinarse por el mal menor [en] cualquier propuesta de justificación ...”.⁸ Considerando este antecedente, acciones lesivas como la destrucción de aeronaves o centros militares en estado de necesidad, necesariamente unidas a la muerte de inocentes, parecen ser indispensables. Así, nos parece adecuado preguntar por la posibilidad de un fundamento relativo a la ponderación de males en el estado de necesidad; es decir, en atención al principio del mal menor, que sea una guía razonable, y no necesariamente vinculada al utilitarismo clásico.⁹ La razón de ello es que el fundamento del mal menor únicamente se puede explicitar a través del universo ético que guía la aplicación del principio en cuestión.

⁵ La disposición del artículo 145 del CP chileno establece ciertas excepciones respecto del delito de violación de morada. El artículo establece: “*La disposición del artículo anterior no es aplicable al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún auxilio a la humanidad o a la justicia. Tampoco tiene aplicación respecto de los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas, mientras estuvieren abiertos y no se usare de violencia inmotivada*”. Énfasis añadido.

⁶ Esto porque hemos realizado un tratamiento de las generales del estado de necesidad, sobre los cuales se asienta el desarrollo del presente estudio, en Guerra Espinosa, Rodrigo, *Estado de necesidad como conflicto de intereses: una propuesta de interpretación desde la inevitabilidad*, Santiago-Chile, Ara Editores, 2017.

⁷ Guerra Espinosa, Rodrigo, “Principio de no contradicción en el estado de necesidad”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 30, núm. 2, 2017, pp. 368 y ss., disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000200016.passim>.

⁸ Molina Fernández, Fernando, *Estado de necesidad y justificación penal: ¿es lícita la tortura en situaciones extremas?*, Colombia, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, p. 125.

⁹ Guerra Espinosa, Rodrigo Andrés, “Ambivalencia en el principio del interés preponderante”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2017, núm. 49, pp. 187 y ss., disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512017000200187>.

RAÚL MADRID RAMÍREZ / RODRIGO ANDRÉS GUERRA ESPINOSA

En el caso de la dogmática chilena, aunque no existe un tratamiento expreso de la materia, se puede observar la presencia de una apelación ética en el planteamiento de diversos autores. Así, Mañalich dispone, a propósito del caso de la tabla de Carneádes, que

...la situación deóntica resultante, entonces, es que tanto A como B deben abstenerse de sujetar la tabla para así evitar causar la muerte de otro. Apelar al *argumento consecuencialista* de que sería conveniente que el respectivo ordenamiento jurídico hiciera lo posible para el salvamento de al menos uno de los dos, es incompatible con el hecho de que uno y otro son, simultáneamente y en igual medida, tanto destinatarios de la prohibición de matar a otro como beneficiarios de la protección dispensada por ésta.¹⁰

Mañalich observa en esta modalidad del caso una contraposición, que difícilmente puede ser resuelta a través de un mero argumento consecuencialista, y del cual se sigue la prohibición de matar a un inocente. Y por análoga razón, se trata de un razonamiento en un contexto determinado (la decisión de sacrificar la vida de un inocente), y cuyo sustento es contrario al consecuencialismo. En atención al artículo 10, número 11, el cual sostiene que es posible provocar un mal para evitar un mal grave en contra de nuestra persona, derechos o los de un tercero, nos parece que sería relevante considerar que este razonamiento es parte de la dogmática penal.

Es incuestionable que la distinción entre estos universos éticos tiene importancia en casos de estado de necesidad en que se encuentra en juego la integridad física de personas. El modelo kantiano y la tradición moral clásica niega la posibilidad de utilizar al ser humano como un mero instrumento. Por eso, para el consecuencialismo esta premisa es *virtualmente* absoluta dependiendo de las consecuencias de la acción en el estado de necesidad.¹¹ Sin embargo,

¹⁰ Mañalich, Juan Pablo, "Normas permisivas y deberes de tolerancia", en Mañalich, J. P. (coord.), *La antijuricidad en el derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2013, p. 282.

¹¹ McCormick, Richard, "El principio del doble efecto", trad. de A. Goñi, *Concilium* 120, 1976, p. 578; MCCORMICK, Richard, "Ambiguity in Moral Choice", en McCormick,

UNIVERSOS ÉTICOS Y LA METARREGLA DEL DOBLE...

la trascendencia de esta cuestión en torno a los universos éticos ha sido relativizada en lo que concierne a la “aceptación o la negación de las prohibiciones morales absolutas”.¹² Así, siguiendo a Finnis, sencillamente se rechazan o desaparecen incluso en la filosofía del derecho de autores como Rawls, Nagel, Dworkin, entre otros.¹³

En consonancia con esta problemática, Sánchez-Ostiz, en la dogmática penal, ha sostenido que la ponderación de principios no puede excluir la dignidad humana o las prohibiciones morales absolutas, porque la dignidad “resalta el carácter absoluto del principio”.¹⁴ Esta noción nos lleva a entender que no es posible la conversión del ser humano en un valor o precio, sino que se encuentra sobre todo esto. El hombre carece de precio no porque sea un fin en sí, sino porque es espiritual. Por ello, existe en su modelo de política criminal una *metarregla de prioridad condicionada*, donde la dignidad se encuentra por encima del radical de la libertad y la socialidad, porque le otorga la característica más propia a la esencia de la persona.¹⁵

Modelos como los de Sánchez-Ostiz han contribuido en la dogmática penal, por una parte, a apartar la atención del consecuencialismo, y a despertar el interés por una mirada antropológica del hombre. Ello se advierte también en la doctrina chilena.¹⁶ En este tiempo, a modo de ejemplo, se ha trasladado la problemática a cuestiones propias del estado de necesidad. Así, en la práctica, se ha renunciado a un esfuerzo por lograr una mayor coherencia conceptual

R. y Ramsey, P. (eds.), *Doing Evil to Achieve Good. Moral Choice in Conflicts Situations*, Chicago, Loyola University Press, 1978, pp. 38, 41 y 45.

¹² Miranda, Alejandro, *El principio del doble efecto*, Hildesheim, Georg Olms Verlag, 2014, p. 129.

¹³ Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1993, pp. 9–12.

¹⁴ Sánchez-Ostiz, Pablo, “Principios y reglas como base para un modelo argumentativo intercultural de derecho penal”, en Sánchez-Ostiz, P. (coord.), *Multiculturalismo y derecho penal*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, p. 111.

¹⁵ Sánchez-Ostiz, Pablo, *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*, Madrid, Marcial Pons, 2012b, p. 61.

¹⁶ Guerra Espinosa, Rodrigo, *Estado de necesidad como conflicto de intereses*, cit., p. 246, nota 708.

RAÚL MADRID RAMÍREZ / RODRIGO ANDRÉS GUERRA ESPINOSA

con la filosofía del derecho, dando entrada a una lógica de neutralización de estos universos o, así como beneficiando, la exclusión de un razonamiento coherente con las premisas kantianas en situaciones de estado de necesidad.

Mientras, se ha establecido en la dogmática chilena una posición que, si bien reconoce los fundamentos de la *imponderabilidad de la vida humana*, y considera que “la vida es siempre una parte esencial de la propia libertad, por lo que el sacrificio de ésta no puede ser exigido en estado de necesidad”, porque “la vida puede ser vinculada a la estructura de condición de posibilidad jurídica que tiene el mantenimiento del hombre... como condición de ejercicio de cualquier otro derecho”,¹⁷ acepta la aplicación del estado de necesidad en clave consecuencialista en comunidades de peligro con distribución unilateral de posibilidades de salvación.¹⁸

II. CONCEPTO DE “MAL” EN EL ESTADO DE NECESIDAD

El interés de los académicos hispanohablantes en la interpretación del concepto de mal en el estado de necesidad se origina en “diálogo” con la dogmática y la filosofía alemanas, como un modo de entregar seguridad en su interpretación y reducir la complejidad del término, porque no existe certeza respecto de la extensión del mismo. Es un concepto difícil de interpretar, que podría acogerse a un espacio de *tolerancia de la imprecisión*,¹⁹ en cuanto puede desembocar en una

¹⁷ Wilenmann, Javier, “Imponderabilidad de la vida humana...”, *cit.*, p. 26.

¹⁸ Se puede observar un tratamiento de estas comunidades de peligro con distribución unilateral de posibilidades de salvación en Wilenmann, Javier, “Imponderabilidad de la vida humana...”, *cit.*, pp. 27 y ss.

¹⁹ La tolerancia de la imprecisión (*tolerability of imprecision*) se traduce en no regular los efectos justificantes o exculpantes del estado de necesidad en el ordenamiento jurídico positivo. Pues bien, la dogmática debe establecer cuáles son los criterios que permiten determinar dichos efectos. Así pues, es tarea de los académicos construir sistemas comprensivos que permitan, desde sus premisas axiológicas o filosóficas, entregar una solución a la diferenciación, véase Gur-Arye, Miriam, 1992: “¿Should a Criminal Code Distinguish Between Justification and Excuse?”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. V, núm. 2, 1992, p. 230 en http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/caljp5&div=20&g_sent=1

UNIVERSOS ÉTICOS Y LA METARREGLA DEL DOBLE...

ponderación de intereses, bienes jurídicos, e incluso efectos; en este caso, en situaciones que podrían afectar a terceros que no han provocado la situación de peligro que se pretenda enfrentar.²⁰

Por mal puede entenderse la “lesividad del hecho para los bienes jurídicos”²¹ que se vean menoscabados o puestos en peligro, sin riesgo de observar en su contenido deóntico una amenaza para su comprensión, excepto en los casos en los que una razón proporcionada sea suficiente para resolver el conflicto. Se trata, pues, de un concepto que puede responder tanto a razones meramente proporcionadas, como a algún contenido deóntico que guie su interpretación.²²

Ahora bien, el artículo 10, número 11, establece expresamente que “el mal causado no sea sustancialmente superior al que se trata de evitar”. Así, la ponderación normativamente se realiza entre males y no intereses. Aceptar la equivalencia entre intereses y males, aparentemente, no supondría entrar en conflicto con la ponderación, considerando que el estado de necesidad es un conflicto de intereses. En la dogmática chilena y española no existe un mayor debate al respecto, porque diversos autores consideran que la pon-

&collection=journals#217; Greenawalt, Kent, “Distinguishing Justifications from Excuses”, *Law & Contemporary Problems*, vol. 49, núm. 3, 1986, p. 107, disponible en: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3860&context=lcp>.

²⁰ En este contexto, en la dogmática chilena se presentan resquemores con relación a la justificación de un estado de necesidad que pueda afectar los derechos de terceros que no crea la situación de peligro. Así las cosas, nuestra disposición reconoce “la posibilidad de una exculpación por estado de necesidad en una situación de peligro para bienes fundamentales de personas no estrechamente vinculadas con el autor de la respectiva acción de salvaguarda”, a diferencia de lo previsto en el Código Penal alemán, Mañalich, Juan Pablo, “El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10, número 11 del Código Penal Chileno”, en Van Weezel, A. (ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago, Legal Publishing, 2013, p. 735.

²¹ Molina Fernández, Fernando, *op. cit.*, p. 28, nota 31.

²² En este contexto, es claro que el derecho no puede proteger valores puramente éticos o explicar la aplicación de eximentes desde estos parámetros. Sin embargo, existen situaciones excepcionales en las cuales existen metarreglas que permiten resguardar la dignidad humana en situaciones de conflicto vital; esto es, relativas a la posibilidad del sacrificio de vidas humanas.

RAÚL MADRID RAMÍREZ / RODRIGO ANDRÉS GUERRA ESPINOSA

deración debe ser realizada entre males.²³ Lo que importa es saber si es un mal físico o moral.

Otros observan en la palabra *mal* un concepto amplio que contiene una multiplicidad de elementos que van más allá de los bienes jurídicos, con objeto de determinar si la conducta está o no justificada. Así, el concepto de mal nos permite una mayor amplitud, porque no sólo contemplaría el daño causado a un bien particular, sino todas las circunstancias fácticas que producen dicho menoscabo.²⁴ A pesar de la referencia legal al mal, la entidad de éste sólo puede ser determinada por medio de la ponderación de intereses. Si bien es aceptable que la ponderación debe ir más allá de una comparación de bienes, no podemos olvidar que el concepto de mal “se mide por la lesividad del hecho para los bienes jurídicos”.²⁵

Por eso, para llegar a este resultado no debemos descuidar la serie de factores que comprende el término *interés*. De ahí que, a nuestro parecer, el hecho de sostener que el interés y el mal resultan equivalentes es problemático. En efecto, si tal configuración no merece diferenciación, la lesividad del hecho desempeñaría la única función ordenadora en el análisis de una situación de necesidad. Este razonamiento nos retrotraería a una ponderación esquemática de bienes.

Interés es un concepto que tiene correlación, dogmáticamente, con todo principio, bien, colisión de valores o deberes.²⁶ Esta formulación amplia presenta críticas en la dogmática porque no entrega una respuesta precisa respecto de qué es un interés. Así pues, nos

²³ Sin embargo, Wilenmann sostiene, criticando la teoría del interés preponderante, que el fundamento de la justificación en el estado de necesidad se encuentra en el principio de solidaridad, y rechaza la posibilidad de búsqueda del mal menor ante el posible riesgo de caer en una lectura utilitarista. Se observa una crítica en torno a este modelo en Guerra Espinosa, Rodrigo Andrés, “Ambivalencia en el principio...”, *cit., passim*.

²⁴ Fuentes, Dánae, *op. cit.*, pp. 58-61.

²⁵ Molina Fernández, Fernando, *op. cit.*, p. 28, nota 31; Sánchez-Ostiz, Pablo, *Fundamentos de Política criminal...*, *cit.*, p. 250.

²⁶ Lenckner, Theodor, *Der rechtfertigende Notstand. Zur Problematik der Notstandregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1965, pp. 124 y 125; Martínez Cantón, Silvia, *La ponderación en el estado de necesidad*, León, Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, 2006, p. 255.

UNIVERSOS ÉTICOS Y LA METARREGLA DEL DOBLE...

parece que es más que un “recurso literario que permitiría una redacción mucho más brillante en el ámbito del estado de necesidad”²⁷ propio del § 34 del CP alemán, en contraste con el modelo chileno o español, que utiliza la palabra mal, porque nos recuerda “que la ponderación de intereses debe ser compleja y atender a todo lo que está en juego”.²⁸

El concepto de interés alude a un conjunto amplio de elementos positivos para la sociedad y el individuo que merecen protección en el sistema jurídico.²⁹ Elementos que se pueden sintetizar en una política criminal que retorne a los principios de legalidad, seguridad social y respeto a la dignidad humana. Así, la ponderación de estos principios permite entregar operatividad a la máxima o cúspide de todas las justificantes: el principio del interés preponderante.³⁰

Ahora bien, en el concepto de “interés” podría parecer paradigmático hablar de efectos colaterales o indirectos. El término indirecto o colateral, aparentemente, posee una unidad semántica que tiene correlación con el concepto de bien o mal. Entre el término “interés” y el concepto “efectos colaterales” pareciera existir una estructura de contraste. Pero necesitamos profundizar en la noción de efecto, con objeto de determinar si puede ser subsumido en el concepto de interés. Pues bien, partimos de la premisa de que toda acción realizada en estado de necesidad es una *actio dúplex*, porque reviste tanto una protección como una agresión a intereses de terceros.³¹ Sabido es en la filosofía y dogmática que tal acción permite aislar estos efectos.³²

²⁷ Martínez Cantón, Silvia, *op. cit.*, p. 286.

²⁸ Molina Fernández, Fernando, *op. cit.*, p. 29.

²⁹ Martínez Cantón, Silvia, *op. cit.*, p. 288.

³⁰ Molina Fernández, Fernando, *op. cit.*, p. 40.

³¹ Baldó Lavilla, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 17.

³² En este sentido, “a la *necessitudo cum adjunctione* pertenecerían, entre otros, todos los casos que caen hoy, para nosotros, bajo las categorías de estado de necesidad justificante y exculpante. Este estado de necesidad es, por eso, si lo comparamos a la *necessitudo absoluta*, un estado de necesidad con limitaciones, porque el necesitado, pese al peligro que sobre él se cierne, tiene siempre una elección. Posiblemente fue Aristóteles el primero en escribir: el afectado puede elegir entre el

RAÚL MADRID RAMÍREZ / RODRIGO ANDRÉS GUERRA ESPINOSA

La expresión *actio duplex* acepta que de una misma acción se puede derivar tanto una lesión de bienes jurídicos como una salvaguarda de ellos. De este modo, el concepto puede aplicarse a cualquier sistema jurídico que tenga que enfrentar casos de estados de necesidad. Es este último el que materializa la plataforma conceptual del estado de necesidad, y no alguna circunstancia aislada que define la elección que causa una lesión.³³ La complejidad de estas acciones va más allá de una enunciación normativa de reglas prohibitivas y permisivas, porque en estos casos se debe considerar toda la multiplicidad de factores en cuestión. En esta línea, sorteando un análisis de bienes o males, la apreciación de la situación de peligro, existencia de deberes y la existencia de efectos colaterales deben ser tenidos en consideración cuando se enfrenta la posibilidad de justificar un hecho lesivo.

Sin embargo, esta constatación “no responde a la cuestión de *por qué*. En virtud de la mencionada «preponderancia» de intereses, unos deben «prevalecer» sobre los otros —entendiéndose justificada la *actio dúplex*—”,³⁴ lo que únicamente se puede responder a través de principios axiológicos. Precisamente, en este contexto, uno de los principios axiológicos que ha desarrollado un tratamiento de los efectos colaterales es el doble efecto. Nos hemos, pues, preguntado si este principio podría ser exportado desde el segundo nivel de reglas de justificación al primero y permitir, así, un análisis objetivo que no recurra a la oscura noción de intención.³⁵ Sin embargo, esto

acto con el que evita el mal amenazado o el mal con el que se lo amenaza. El acto con el que se evita el mal que se conoce desde Aristóteles como acción «mixta» (*actio mixta*); Hruschka, Joachim, *imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial B de f, 2009, pp. 263 y 264.

³³ Molina Fernández, Fernando, *op. cit.*, p. 23.

³⁴ Baldó Lavilla, Francisco, *op. cit.*, p. 40.

³⁵ Ello, sobre todo en lo que respecta a comprender el doble efecto como una regla de aplicación general en materia jurídico-penal, véase Miranda Montecinos, Alejandro, “El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, núm. 3, 2008, *passim*, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372008000300005&script=sci_arttext. Por su parte, no debemos olvidar las críticas respecto de este punto realizadas, en la interpretación de la legítima defensa, en Bascuñán, Antonio, “La píldora del día después ante la jurisprudencia”, *Revista de Estudios Públicos*, núm. 95, 2004, p. 68, nota 43,

UNIVERSOS ÉTICOS Y LA METARREGLA DEL DOBLE...

podría desarticular, aparentemente, el dolo de las consecuencias seguras e imposibilitar imputar homicidio por el mero conocimiento.³⁶

No obstante, el fundamento del principio nos parece que, siguiendo una interpretación jurídico-objetiva de la intención,³⁷ más bien propia del concepto de conocimiento en materia jurídico-penal, podría determinar la preponderancia del efecto positivo de la acción realizada. Si se considera la voluntad indirecta en esta línea interpretativa, ésta concurre, por ejemplo, en casos como los consecutivos: cuando un sujeto para salvar la vida de la madre induce el parto como medida terapéutica, cuando la gestante se encuentre con riesgo de muerte de continuar la gravidez; o cuando un sujeto inyecta a otro pequeñas dosis de morfina para el tratamiento paliativo de una enfermedad terminal y en condiciones de que ese suministro pueda acelerar o desencadenar la muerte en el paciente.

El primero de los argumentos en favor de esta posición es la primera causal del artículo 119 del Código Sanitario (en adelante CS), y el artículo 16, inciso cuarto, de la Ley 20.584,³⁸ respectivamente,

disponible en: <https://www.cepchile.cl/la-pildora-del-dia-despues-ante-la-jurisprudencia/cep/2016-03-04/093409.html>. Sin embargo, la mayor parte de la tradición del doble efecto rechaza la aplicación del mismo en la legítima defensa.

³⁶ Punto que ha sido desarrollado con mayor énfasis en la segunda sección de este trabajo. No obstante, si bien el dolo de las consecuencias seguras o dolo indirecto tiene aceptación en la dogmática penal, debemos indicar que su reconocimiento no deja de ser controvertido en la filosofía analítica. Respecto de este conflicto entre el concepto de dolo indirecto o de las consecuencias seguras, Miranda indicó que, como defensor del principio del doble efecto, “el concepto general de dolo de las consecuencias seguras nunca [exige la ilicitud del acto] para que se configure”, dándolo por supuesto; Miranda Montecinos, Alejandro, “El principio del doble efecto y su relevancia...”, *cit.*, p. 512, nota 114. Crítica que busca evitar establecer una responsabilidad objetiva por un acto lícito que tenga como efecto colateral la muerte de inocentes.

³⁷ Miranda realiza un correctivo al principio del doble efecto en el caso de la histerectomía objetivizando la intención; véase Miranda Montecinos, Alejandro, “Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto. Réplica al profesor Rodolfo Figueroa”, *Rev. méd. Chile*, vol. 140, núm. 2, 2012, p. 263. Consideramos que esta perspectiva tendría interrelación con una mirada cognitiva del dolo ajena a un derecho penal del sentimiento.

³⁸ Artículo 16: “La persona que fuere informada de que su estado de salud es terminal, tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier

RAÚL MADRID RAMÍREZ / RODRIGO ANDRÉS GUERRA ESPINOSA

que no pueden ser eludidas por quienes no las compartan “acudiendo a la disposición general [del] estado de necesidad”.³⁹ Estas disposiciones no son capaces por sí solas de resolver el conflicto en cuestión por el grado de abstracción de la regla. Por ello, requieren de complemento a través de la *lex artis*,⁴⁰ pero también de criterio axiológico que explique por qué la vida de un inocente puede verse menoscabada. Es decir, el interés del no nacido en una situación de peligro para la vida de la madre en el embarazo o del paciente con una enfermedad terminal puede ser objeto de los efectos colaterales (negativos) de una intervención médica.⁴¹

tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida, sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario. En ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte.

Este derecho de elección no resulta aplicable cuando, como producto de la falta de esta intervención, procedimiento o tratamiento, se ponga en riesgo la salud pública, en los términos establecidos en el Código Sanitario. De esta circunstancia deberá dejarse constancia por el profesional tratante en la ficha clínica de la persona.

Para el correcto ejercicio del derecho establecido en el inciso primero, los profesionales tratantes están obligados a proporcionar información completa y comprensible.

Las personas que se encuentren en este estado tendrán derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte. En consecuencia, tienen derecho a los cuidados paliativos que les permitan hacer más soportables los efectos de la enfermedad, a la compañía de sus familiares y personas a cuyo cuidado estén y a recibir, cuando lo requieran, asistencia espiritual”. Énfasis añadido.

³⁹ Molina Fernández, Fernando, *op. cit.*, p. 52.

⁴⁰ Horvitz Lennon, María Inés y Soto Piñeiro, Miguel, “Consideraciones críticas sobre la regulación del delito de aborto en el anteproyecto de nuevo Código Penal elaborado por el foro del Ministerio de Justicia”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 9, 2007, p. 88, nota 28; Ossandón Widow, María Magdalena, “Aborto y justificación”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, núm. 2, 2012, pp. 334 y 335.

⁴¹ Perspectiva que tiene reconocimiento en el Departamento de Ética del Consejo General del Colegio Médico de Chile en lo relativo a la temática del *Aborto: Interrupción del Embarazo como Medida Terapéutica en Casos de Gestantes con Riesgo de Muerte al Continuar la Gravidéz*, de febrero de 2003, porque persiste el reconocimiento de situaciones en las que, inevitablemente, no existe otra solución que interrumpir la gestación. Así, “en estos casos, la intervención —cuya intención es obviamente preservar la vida de la madre— está orientada, al menos, por los principios de beneficencia, de no maleficencia y el respeto a la autonomía de la madre. Si se vulneran los derechos del hijo que está en el seno materno, ello ocurrirá como producto de un acto proporcionado, que lo afecta indirectamente, por cuanto no fue

UNIVERSOS ÉTICOS Y LA METARREGLA DEL DOBLE...

Está claro que, en el primer caso, la intervención no puede no tener por objeto provocar un aborto o, en el segundo, permitir la eutanasia. Pero el grado de indeterminación de estas reglas es un caso marginal que, en las justificantes de tercer nivel, requiere de fundamento.⁴² Hacerlo de otra forma supondría transgredir el principio de legalidad. Pues bien, negaríamos al legislador su competencia para “resolver los conflictos sociales de la manera que crea más adecuada”.⁴³ Nos parece que el tenor de las disposiciones chilenas enunciadas es claro. Así pues, en éstas no se permite en una intervención que tenga por finalidad provocar un aborto o dar lugar a la eutanasia.⁴⁴

Si se considera la posibilidad de terminar con la vida de un inocente sólo en atención a si es fuente de peligro, nos encontraríamos frente a una interpretación que circunscribe forzosamente a los parámetros del estado de necesidad defensivo. Una interpretación de estas características es sostenida por Bascuñán, porque —según este autor— la extensión del estado de necesidad defensivo no sólo se aplica a situaciones en las que aparentemente el no nacido es la fuente de peligro, sino también a “todo embarazo no consentido por la mujer [porque] el embrión o feto es una amenaza inocente ... para sus intereses personales [o autonomía reproductiva]”.⁴⁵

realizado con la intención primaria de dañarlo sino que procurando un mayor bien. Esta acción se denomina de doble efecto y éticamente se valida por el sentido de lo intentado y no de lo que escapa a la intención”. Énfasis añadido. Ossandón Widow, María Magdalena, “Aborto y justificación”, *cit.*, p. 335, nota 509. Por su parte, respecto de los tratamientos paliativos se ha reconocido por el Grupo de Estudio de Ética Clínica de la Universidad Católica de Chile que el uso apropiado de analgésicos, con el objeto de atenuar el dolor y no con la finalidad de acelerar la muerte, es una conducta justificada desde el doble efecto, véase Zúñiga Fajuri, Alejandra, “Derechos del paciente y eutanasia en Chile”, *Revista de Derecho*, vol. XXI, núm. 2, 2008, p. 125, disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v21n2/art05.pdf>)

⁴² Molina Fernández, Fernando, *op. cit.*, pp. 49 y 50.

⁴³ *Ibidem*, p. 52; Ossandón Widow, María Magdalena, “Aborto y justificación”, *cit.*, p. 334.

⁴⁴ Candano Perez, Mabel y Guerra Espinosa, Rodrigo, “Responsabilidad penal médica: consideraciones en la aplicación del principio del doble efecto”, *Rev.Med. Electrón*, vol. 40, núm. 4, 2018, pp. 1232-1244.

⁴⁵ Bascuñán, Antonio, *op. cit.*, p. 71.

RAÚL MADRID RAMÍREZ / RODRIGO ANDRÉS GUERRA ESPINOSA

Pero en estos casos no parece existir en realidad una “distribución justa de riesgos, en una situación en que no hay forma alguna de asignar responsabilidad”.⁴⁶ Sin embargo, ello no implica simplemente “tomar la decisión consecuencialmente más sensata para minimizar las consecuencias de la tragedia”.⁴⁷ Es por eso que debemos de aceptar una premisa moral absolutista, analizar la posibilidad de aplicar el doble efecto como una *metarregla de prioridad condicionada*. A partir de ello, el resguardo del núcleo esencial de la dignidad humana reconoce una limitante en casos de estado de necesidad.⁴⁸

En este orden de ideas, el actual artículo 119 del CS cierra la posibilidad de trasladar la problemática del aborto al estado de necesidad defensivo, porque genera un *efecto oclusivo* ante el estado de necesidad del artículo 10, número 11, o el mismo artículo 10, número 10.⁴⁹ Se trata, pues, de excluir la posibilidad de convertir al estado de necesidad en una ley general para estos casos, así como el sentido de una expresión como *riesgo vital* restringe —en la primera causal del actual artículo 119 de la Ley 21.030— toda intervención constitutiva de aborto. Esta última consideración se desconoció en un sector de la dogmática, con la antigua regulación que presentaba el artículo 119, al indicar que no es posible “enfrentar lo estipulado en el artículo 119 Código Sanitario con otras disposiciones contrapuestas, pues no existe una regulación permisiva en esta materia”,⁵⁰

⁴⁶ Wilenmann, Javier, “Imponderabilidad de la vida humana...”, *cit.*, p. 35.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ Sin embargo, no se trata de desconocer casos de laboratorio en los cuales inevitablemente podemos plantear la posibilidad de matar directamente a inocentes. Así las cosas, Nozick crea un caso de laboratorio en el cual un agente arroja a un tercero contra un sujeto que se encuentra en el fondo de un pozo. Pues bien, este se pregunta si sería posible que el sujeto —al fondo del pozo— con una pistola de rayos desintegre el cuerpo del agente que cae antes de que lo mate. Esto, en el supuesto que el tercero arrojado pueda sobrevivir con la caída sobre el sujeto que se encuentra en el fondo del pozo; véase Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, 1974, p. 34.

⁴⁹ Molina Fernández, Fernando, *op. cit.*, p. 16.

⁵⁰ Ossandón Widow, María Magdalena, “Aborto y justificación”, *cit.*, p. 335. Ello, incluso en atención a la posible causal de inexigibilidad de otra conducta en los casos de violación. Con todo, esta última causal no justifica la realización de la acción, sino más bien la exculparía.

UNIVERSOS ÉTICOS Y LA METARREGLA DEL DOBLE...

sosteniendo que “la función de dicha regulación es determinar los límites de lo que se considera riesgo permitido y, por ende, objetivamente atípico”,⁵¹ indicando que “en el marco de la actuación médica son lícitas las conductas terapéuticas que *indirectamente* pueden derivar en un aborto”.⁵²

Nos parece que sostener la posibilidad de un *aborto indirecto* en la atipicidad niega el hecho de que efectivamente se está causando *justificadamente* la muerte del no nacido por efecto colateral, y conlleva el riesgo de inducir a pensar que su vida estaría condicionada al consentimiento de la madre o la necesidad terapéutica.⁵³ Consideramos que en casos de peligro existe un conflicto de intereses, porque el consentimiento de la madre o la necesidad terapéutica sólo son factores que se deben ponderar cuando se termina con la vida del *nasciturus*, que es valiosa por sí misma para el ordenamiento jurídico-

⁵¹ Ossandón Widow, María Magdalena, “Aborto y justificación”, *cit.*, p. 336; Ossandón Widow, María Magdalena, “Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana”, en Aguirrezabal, M. y Bertelsen, S. (eds.), *El aborto. Perspectiva filosófica, jurídica y médica. Cuadernos de extensión jurídica 27*, Santiago, Universidad de los Andes, 2015, p. 160.

⁵² Ossandón Widow, María Magdalena, “Aborto y justificación”, *cit.*, p. 336. Por su parte, se observa un reconocimiento del doble efecto en la práctica médica en casos en los cuales el paciente incluso no puede prestar su consentimiento, en Silva Sánchez, Jesús María, “Los documentos de instrucciones previas de los pacientes (artículo 11.1, Ley 41/2002) en el contexto del debate sobre la (in)disponibilidad de la vida”, *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, 2003, p. 1666. Asimismo, existe reconocimiento de la aplicación de este principio en Bertelsen Simonetti, Soledad y García Palominos, Gonzalo, “La protección del derecho a la vida y el estatuto del no nacido en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Aguirrezabal, M. y Bertelsen, S. (ed.), *El aborto. Perspectiva filosófica, jurídica y médica*, Cuadernos de extensión jurídica, núm. 27, Santiago, Universidad de los Andes, 2015, p. 188. Estos últimos autores sostienen que “el actual modelo chileno... penaliza el aborto directo, pero permite el acto médico tendiente a salvar a la madre que pudiera tener como consecuencia indirecta la muerte de la criatura (Artículo 119 CS)”.

⁵³ En esta línea, “el consentimiento sólo responde al principio de ausencia de interés cuando excluye la propia lesividad del hecho, y con ello la fundamentación positiva de la prohibición (el tipo), lo que inmediatamente nos sitúa al margen del campo propio de las causas de justificación. Si su concurrencia justifica, porque sigue habiendo un bien lesionado, es un interés más a ponderar en el conflicto”; Molina Fernández, Fernando, *op. cit.*, p. 25.

co.⁵⁴ La intervención médica en una situación de peligro de muerte para la madre sólo se permite en la medida en que la acción se dirija a su salvación; su finalidad no es abortiva (artículo 119) porque la *interrupción del embarazo* busca evitar, con su consentimiento, *un peligro para su vida*. Sin embargo, para comprender esta finalidad es necesario incorporar un principio axiológico que nos explique por qué es posible realizar acciones que puedan tener como resultado la muerte eventual del *nasciturus*.

El principio del doble efecto sería ese criterio de justificación, porque exige acreditar la existencia de un peligro cierto de muerte, la inexistencia de otro medio menos lesivo para enfrentar el peligro, la realización de una acción intrínsecamente buena y, finalmente, una proporción entre el efecto intentado y el efecto colateral o preterintencional de la acción realizada.⁵⁵ Esta posición doctrinal resulta compatible con la interpretación que aquí hemos tratado de fundamentar en torno al artículo 119 del CS, porque el doble efecto no tendría que lidiar con el problema del dolo de las consecuencias seguras, sino más bien con una lectura adecuada de la norma. De lo contrario, el argumento tendría por base un criterio funcionalista que, centrado en los deberes de la profesión del médico según el estado de la ciencia, no explicaría cuál es el criterio de valoración axiológico que permite terminar con la vida del *nasciturus* como efecto conocido y tolerado.

Así pues, consideramos que es necesario formular un criterio de unificación que permita identificar dónde deben situarse, en una política criminal con retorno a los principios, los conceptos de inte-

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 24, 77 y 78.

⁵⁵ En este sentido, “la muerte prevista como efecto colateral solo será culpable cuando el agente carezca de una razón proporcionalmente grave para causarlo o impedirlo. A la inversa, si el agente cuenta con dicha razón proporcionada, la muerte prevista como efecto colateral está justificada. Esto es lo que establece el clásico principio del doble efecto, que funda la distinción entre aborto directo y aborto indirecto, y permite dar solución justa a los casos de embarazos riesgosos para la vida de la madre”; Miranda Montecinos, Alejandro, “La injusticia del aborto procurado”, en Aguirrezabal, M. y Bertelsen, S. (eds.), *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica*, Cuadernos de extensión jurídica 27, Santiago, Universidad de los Andes, 2015, p. 43.

UNIVERSOS ÉTICOS Y LA METARREGLA DEL DOBLE...

rés, mal, bien jurídico y efecto colateral. A analizar esta idea dedicaremos las páginas que siguen.

III. UNIVERSOS ÉTICOS Y LA METARREGLA DEL DOBLE EFECTO

Independientemente de cómo se hayan creado estos universos éticos, cuando existe una evolución histórico-dogmática, se da el fenómeno de su aparición en situaciones trágicas y de conflicto vital en el estado de necesidad. Es decir, que encontramos en su estudio configuraciones propias de alguna tradición filosófica, ya sea kantiana, consecuencialista, teleológica o meramente proporcionalista, a partir de las cuales se intentan justificar las diversas soluciones. Si tenemos a la vista el problema del mal, por mucho que difieran estos universos en torno a qué es el mal, existen ciertas premisas que permanecen invariables en la ponderación, que son las que hacen posible que el cálculo sea o no arbitrario, según el caso. Precisamente, dicho cálculo traerá la arbitrariedad, al punto que la identificación de estos universos se vuelva tan difusa que no sea posible determinar la premisa desde la cual parten.

De la misma forma, en los sistemas consecuencialistas no se observa la existencia de absolutos morales, porque parecieran ser parte —desde sus postulados— de una moral perfeccionista que rigidiza en exceso la ponderación de intereses. Y, de la misma manera, representan en consecuencia una fractura con el pensamiento científico. Así, el consecuencialismo se centra —principalmente— en una ponderación de bienes físicos, en contraposición a una moral absolutista. Para el primer modelo sería posible ponderar vidas humanas, y en la segunda estaría siempre prohibido. Así las cosas, en la filosofía política contemporánea se designan a estas posiciones como “dos universos éticos”.⁵⁶ En la literatura, usualmente se da la confrontación de estas dos tradiciones filosóficas en la ponderación de vidas humanas.⁵⁷

⁵⁶ Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2003, p. 253.

⁵⁷ Chiesa, Luis E., “Caso La Mignonette”, en Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo

RAÚL MADRID RAMÍREZ / RODRIGO ANDRÉS GUERRA ESPINOSA

Asimismo, en la dogmática penal chilena es posible observar este contraste entre el principio *neccesitas legem non habet* y el consecuencialismo formalista.⁵⁸ Sin embargo, el principio moral absolutista del doble efecto permitiría ponderar vidas humanas. Principio que, si bien admite la prohibición de que nunca es lícito cometer un homicidio en contra de seres humanos inocentes (occisión directa), acepta su ponderación siempre que, en la situación de estado de necesidad, la muerte sea un efecto colateral (occisión indirecta) de la acción del agente que realiza un acto lícito.

La muerte de los inocentes nunca puede ser intentada directamente, porque de lo contrario estaríamos utilizando al ser humano como un medio. Así, García Huidobro y Miranda, en atención al principio en cuestión —en relación con la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de la Ley de Seguridad Aérea—, han sostenido que, en ningún caso, en la destrucción de una aeronave secuestrada por terroristas, transformada en un misil, “se está eligiendo, ni como fin ni como medio, la muerte de los inocentes, sino simplemente el rechazo de la agresión”.⁵⁹ Pues bien, “el rechazo de la agresión se produce no *porque* los inocentes mueran sino *a pesar* de que ellos mueran. Lo que directamente se está haciendo no es, *per se*, matarlos, sino un acto distinto, aunque de hecho ellos mueran”.⁶⁰ Por ello, saber que se mata a inocentes como efecto colateral es matar. Sin embargo, dicho efecto no es constitutivo de homicidio.

Ahora bien, Hörnle no observa —en este tipo de razonamientos del doble efecto— grandes diferencias en lo que concierne a la destrucción de aviones secuestrados por terroristas, con el conse-

(coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, 2a. ed., Madrid, La Ley, 2011, pp. 99-103.

⁵⁸ Wilenmann, Javier, “El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVII, núm. 1, 2014, pp. 224-226, disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v27n1/art10.pdf>.

⁵⁹ García-Huidobro, Joaquín y Miranda Montecinos, Alejandro, “Sobre la licitud de la destrucción de una aeronave agresora que lleva pasajeros inocentes”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 20, núm. 2, 2013, p. 356.

⁶⁰ *Idem*.

UNIVERSOS ÉTICOS Y LA METARREGLA DEL DOBLE...

cuencialismo, porque llegan a los mismos resultados, “puesto que en caso de homicidio no intencional, el marco es... el... consecuencialista... sin que [el principio] añada nada nuevo”.⁶¹ Sin embargo, la autora reconoce que en el caso de algunos de sus representantes, como Kamm, Quinn, Foot, entre otros, su planteamiento no puede ser reconducido a un utilitarismo *tosco* de ponderación entre vidas humanas.⁶²

Por otra parte, otros consecuencialistas —como Singer— han sostenido que, a propósito del tratamiento paliativo de enfermedades terminales, en el principio de doble efecto “la diferencia entre no dar el tratamiento necesario para prolongar la vida y poner una inyección letal reside en la intención con que se realizan ambas acciones”.⁶³ Pues bien, para el autor, los partidarios del doble efecto, “argumentan que en tanto en cuanto el efecto directamente intencionado sea el beneficioso y no viole una *norma moral absoluta*, la acción es permisible”.⁶⁴ Por ello, “la distinción entre un efecto directamente intencionado y un efecto secundario es artificial”,⁶⁵ porque “no podemos evitar la responsabilidad dirigiendo simplemente nuestra intención hacia un efecto en lugar de otro”.⁶⁶ Pues bien, “si prevemos ambos efectos, debemos aceptar la responsabilidad de los efectos previsibles de lo que hacemos”.⁶⁷

Si bien la crítica de Singer puede tener acogida en principio en materia jurídico-penal, diferenciándose de la de Hörnle, en la denuncia directa de un encubrimiento del consecuencialismo debemos indicar que el principio sólo se aplica en situaciones excepcionales en las que el agente se ve enfrentado a la posibilidad de terminar indirectamente con la vida de inocentes. Es, en consecuencia, un prin-

⁶¹ Hörnle, Tatjana, “Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, p. 11, disponible en: http://www.indret.com/pdf/744_es.pdf.

⁶² Hörnle, Tatjana, *op. cit.*, p. 7, nota 12, y p. 8, nota 16.

⁶³ Singer, Peter, *Ética práctica*, Akal, Madrid-España, 2009, p. 212.

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ *Idem*. Énfasis añadido.

⁶⁷ *Idem*.

RAÚL MADRID RAMÍREZ / RODRIGO ANDRÉS GUERRA ESPINOSA

cipio que no tiene pretensiones generales de aplicación en materia jurídico-penal.

Ahora bien, en respuesta a estas críticas, el doble efecto reconoce que, en la atribución de responsabilidad penal, existen formas *análogas de homicidio*. Estas formas se denominan situaciones de *occisión indirecta* sin causa proporcionada que son de dos tipos:

...en primer lugar, aquellas en las que el agente realiza una acción ilícita previendo con certeza moral que de ella se seguirá la muerte de una persona (como en el caso del sujeto que, para defraudar una compañía de seguros, hace explotar el avión asegurado mientras éste se encuentra en vuelo) y, en segundo lugar, aquellas en las que el agente realiza una acción de suyo lícita pero que se ordena a un bien que no guarda proporción con la muerte que se sigue como efecto de ella (como en el caso... de la mujer embarazada que, para ganar a un concurso de belleza, se somete a una cirugía estética que con certeza o con un alto grado de probabilidad provocará la muerte del feto).⁶⁸

Desde luego, esta perspectiva no está exenta de dificultades. Éstas se generan, sobre todo, cuando se observan en una *occisión indirecta* —sin causa proporcionada— una *forma análoga de homicidio*, porque nos reconduce a una noción de dolo que parte de la realización *intencionada* del tipo. Es decir, que nos lleva a la teoría de la voluntad en materia penal. Sin embargo, ésta sostiene, en los delitos de mera actividad, en los cuales la sola realización de la conducta es constitutiva del ilícito, “la existencia de un delito doloso en caso de mero conocimiento de las circunstancias típicas”.⁶⁹ Por otra parte, en delitos de resultado —como el homicidio— cabe preguntarnos si sería válido este tipo de razonamiento: ¿acaso un magistrado negaría el dolo del sujeto que hace explotar un avión asegurado en vuelo (lleno de pasajeros) porque afirma que su intención es defraudar a la compañía de seguros y no matar a los pasajeros? La única razón de que exista una forma análoga de homicidio es considerar que la

⁶⁸ Miranda Montecinos, Alejandro, *El principio del doble efecto*, cit., pp. 373 y 374.

⁶⁹ Ragués I. Vallès, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 4, 2004, p. 15, disponible en: http://web.derecho.uchi.le.cl/cej/recej/recej4/archivos/PRUEBA%20DEL%20DOLO%20RAGUES%20_8_.pdf.

UNIVERSOS ÉTICOS Y LA METARREGLA DEL DOBLE...

muerte de los inocentes no es voluntaria, es decir, “objeto de la voluntad del agente”.⁷⁰

Pues bien, nos parece que caben fundadas dudas sobre si el sujeto obra dolosamente, al representarse los elementos objetivos requeridos por el tipo. Podría ser suficiente “obrar con conocimiento del riesgo concreto de producción del resultado”.⁷¹ De ahí que, siguiendo la diferenciación entre efecto directo e indirecto o colateral, si se contempla la muerte como una consecuencia probable de un acto prohibido, no observamos una diferencia sustancial. De esta manera, si el agente intenta disparar a A y se puede pecar que B está muy cerca de él —a un metro de distancia— conociendo el alcance del arma, puede estimar como un efecto directo de su acción el matar a B. Ello, aunque en su intento por matar a A hubiera pensado que era *poco probable* la muerte de B. Aquí, si bien el agente no desea la muerte de B y no la contempla como un *medio* o *fin*, se da un homicidio doloso, porque se representa —según su conocimiento— como probable el resultado.⁷²

Por todo lo expuesto, a partir de la *intención* no puede construirse una noción del dolo que sea válida para todo el sistema jurídico-penal.⁷³ Por consiguiente, obrar con conocimiento del riesgo de

⁷⁰ Miranda Montecinos, Alejandro, *El principio del doble efecto*, cit., p. 374.

⁷¹ Ragués I. Vallès, Ramón, *op. cit.*, p. 15.

⁷² En este contexto, debemos realizar el análisis desde los parámetros del hombre. Si bien existen diversas concepciones jurídico-penales en torno al grado de conocimiento que se requiere para estar en presencia de un comportamiento doloso, nos parece sensato “enjuiciar la situación según lo haría un *hombre medio* con sus conocimientos y con los que personalmente pudiera tener el agente”, Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 9a. ed., Barcelona, Reppertor, 2011, p. 474.

⁷³ En este contexto, una parte de la doctrina se ha esforzado recientemente en la elaboración de un concepto unitario de dolo. Es decir, una noción que considere todos los casos que deben comprenderse en la definición y que establezca una delimitación precisa respecto de la imprudencia. Esto ha dado espacio a propuestas con diversos grados de normativización que son alternativas frente a las tradicionales. Así, se sostiene que “lo específico del dolo frente a la imprudencia es, pues, que el sujeto que actúa dolosamente *conoce* el significado típico de la conducta que realiza voluntariamente y el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado”; Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 401.

RAÚL MADRID RAMÍREZ / RODRIGO ANDRÉS GUERRA ESPINOSA

matar a un inocente es un comportamiento que se reputa siempre voluntario,⁷⁴ salvo que, en la valoración del hecho conforme a la norma, estemos en presencia de una causal de justificación que permita ponderar los efectos de la acción (directo y colateral). Los problemas se plantean en precisar qué grado de proporción se requiere entre los efectos ponderados y el grado de control de los mismos.⁷⁵ De ahí que desde una perspectiva radical del doble efecto, únicamente serían punibles los daños colaterales a civiles producidos con dolo directo de primer grado en consonancia con los móviles de la acción, siendo excluidos los generados con dolo directo de segundo grado y dolo eventual.⁷⁶

En otras palabras, la intención para el doble efecto es un “criterio para distinguir entre (i) el efecto [directo] que constituye el acto mismo y (ii) sus restantes consecuencias [efecto colateral]”.⁷⁷ Por eso, aunque nos parezca que el criterio de distinción es de orden primariamente objetivo, igualmente se podrá indicar que el grado de conocimiento del agente es importante en torno a la certeza de las consecuencias de la acción. Y, por lo mismo, una manifestación de voluntad del imputado se admite como un elemento más en la selección de los medios en el proceso penal.⁷⁸ Sin embargo, ésta es

⁷⁴ Respecto de esta interpretación en la dogmática nacional en torno al inciso segundo del artículo 1o. del Código Penal chileno, véase Hernández, Héctor, “Comentario al artículo 1o. del Código Penal”, en Couso Salas, J y Hernández Basualto, H. (dirs.), *Código Penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2011, pp. 14 y 15.

⁷⁵ En este contexto, se observa este fenómeno en el modelo inglés, en atención a la importancia de la diferenciación entre querer (*will*) e intentar (*intend*), en Austin, John, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London, J. Murray, 1880, p. 206 y p. 212.

⁷⁶ Ohlin, JD, “Targeting and the Concept of Intent”, *Michigan Journal of International Law*, núm. 35, 2013, pp. 79 y ss. Asimismo, se observa un análisis crítica a esta perspectiva radical del doble efecto en Silva Sánchez, Jesús María, “Asesinatos selectivos en la «guerra punitiva» contra el terrorismo”, *InDret*, núm. 1, 2017, p. 6, nota 19.

⁷⁷ Miranda Montecinos, Alejandro, *El principio del doble efecto*, cit., p. 151.

⁷⁸ Nos parece que captar toda la complejidad de la intención es imposible. Pues bien, empíricamente el agente es un sistema autorreferencial que, en contacto consigo mismo, toma una u otra decisión. Por ello, el sistema jurídico-penal interpreta

UNIVERSOS ÉTICOS Y LA METARREGLA DEL DOBLE...

prescindible en la valoración jurídico-penal. Es decir, que se puede aplicar o rechazar la justificante con independencia de saber cuál es *exactamente* el propósito del agente.⁷⁹ Por ello, proponemos denominar la intención como el *conocimiento cierto de los efectos de la acción*.

La razón de tal denominación (*conocimiento cierto de los efectos de la acción*) radica en que es posible que una especie física se ordene a diversos fines de la voluntad. Sin embargo, en esta especie radica la preponderancia del análisis jurídico-penal. Así, a modo de ejemplo, en caso de matar a un hombre, la acción se puede dirigir a la legítima defensa, el estado de necesidad o la perpetración de un homicidio. Pues bien, la subsistencia de alguno de estos tipos depende del examen de la concurrencia de sus elementos en atención a los requerimientos del ordenamiento jurídico.

Si bien estos actos típicos son de diferente *especie moral*⁸⁰ —la legítima defensa, el estado de necesidad y el homicidio— según la naturaleza del doble efecto, porque los primeros se encuentran justificados (*acto de virtud*) y el último sancionado (*acto de vicio*), son las condiciones de cada uno de estos *tipos* lo que permite determinar la *multiplicidad de fines a los que el acto se ordena*. En esta línea, si un sujeto controla la situación y provoca la muerte de otro, está dentro de los parámetros de la *imputación fáctica*. Sin embargo, en el juicio de *valoración del hecho conforme a la norma* se examinará si concurren los presupuestos de la legítima defensa (artículo 10, número 4, del Código Penal) o el estado de necesidad (artículo 10, número 11). De lo contrario, subsiste el tipo de

estas decisiones en uno u otro sentido según la reglas del sistema jurídico-penal. En otras palabras, la realidad del agente está configurada en el sistema en atención a la operación recursiva de sus propios cálculos, y la realidad no es más que la reproducción de ésta en dichos términos; véase Luhmann, Niklas, *Sociología del riesgo*, trad. Silvia Pappé, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura, 3a. ed., México, Universidad Iberoamericana, 2006, pp. 14 y ss.

⁷⁹ En este contexto, en el sistema procesal chileno existe el derecho a guardar silencio. Pues bien, tanto la defensa como la fiscalía deberán presentar cada uno de los elementos que sustenten de mejor manera su teoría del caso.

⁸⁰ En este contexto, respecto de la distinción original entre especie moral y física del acto humano según los parámetros tomistas, véase Miranda Montecinos, Alejandro, *El principio del doble efecto*, *cit.*, pp. 132-136.

RAÚL MADRID RAMÍREZ / RODRIGO ANDRÉS GUERRA ESPINOSA

homicidio (artículo 391, número 2, del Código Penal), y, posteriormente, en una *imputación de segundo orden o jurídica* se analizará si es o no exigible ajustar al sujeto su comportamiento a la norma en conocimiento de la infracción.

Pasemos ahora a lo más difícil, que es determinar si es posible, en el caso de quien se ve enfrentado a la decisión de matar a un inocente para salvar su propia vida, la de terceros o de un mayor número de personas, excluir la posibilidad de discernir entre efectos directos e indirectos en la ecuación. Es indudable que, de los problemas teóricos que suscita el principio, el concepto de *intención* es el punto más complejo en su aplicación. Pues bien, algunos autores, como Finnis, entre otros, dan lugar —en términos jurídico-penales— a una excesiva subjetivización de la intención. De ahí que adquiriera relevancia la crítica singeriana de que el principio sólo con dirigir “nuestra intención hacia un efecto en lugar de otro” permite evadir la responsabilidad.

Expongamos, con un caso clásico de la filosofía moral, a qué nos referimos con una lectura excesivamente subjetiva de la intención, o también denominada “noción *estricta* de intención”.⁸¹ Podemos considerar un grupo de exploradores que han ingresado a una caverna. Inesperadamente, uno de los exploradores queda atrapado en la única salida de la caverna por su obesidad. Luego, el nivel del agua en el interior de la caverna comienza a subir. Nuestros exploradores deliberan cómo salir, y consideran que la única alternativa es dinamitar al compañero atrapado en la salida de la caverna.⁸²

Ciertamente, un sector dominante de la doctrina del doble efecto convendría en que dinamitar al explorador obeso sería una occisión directa, es decir, constitutiva de homicidio, con independencia de la discusión jurídica en torno a la inexigibilidad de otra conducta. En efecto, los exploradores terminarían directamente con la vida del

⁸¹ Miranda Montecinos, Alejandro, “La noción de intención y el principio del doble efecto una controversia sobre el razonamiento práctico y descripción de acciones humanas”, en Corso de Estrada, L. E. et al. (eds.), *Ley y razón práctica en el pensamiento medieval y renacentista*, Pamplona, Eunsa, 2014, p. 119.

⁸² El ejemplo de los exploradores atrapados en la caverna es de la autoría de Philippa Foot.

UNIVERSOS ÉTICOS Y LA METARREGLA DEL DOBLE...

que se encuentra en la salida de la caverna. Sin embargo, otros, como Finnis, Grisez y Boyle, retornando a la interpretación del requisito en que *el efecto malo de la acción no puede ser elegido como medio para alcanzar el efecto bueno*, considerarían que la muerte del explorador es un efecto colateral, porque el propósito de los exploradores es disolver al atrapado en partículas con objeto de liberar la salida.

Este último razonamiento da razones a la dogmática penal para afirmar que la noción del dolo de las consecuencias seguras impide la aplicación del doble efecto. En efecto, Finnis, Grisez y Boyle pretenden generar un quiebre en la identificación de la noción de medio (propia del orden moral) con la noción de causa (atingente al orden físico).⁸³ Así, consideran que la tradición del principio se centró en las relaciones de causa-efecto —reconocibles por un observador externo— antes de definir el objeto preciso de la elección del agente. Pero, ciertamente, si aceptamos esta interpretación habría que reconocer que la *intención directa* de matar al explorador atrapado en la salida de la caverna *no* concurriría. De la misma forma que sería posible afirmar en el caso de la craneotomía, cuando se aplasta el cráneo de un niño vivo —en razón de una desproporción céfalopélvica— por haber quedado atrapado en el canal de parto, que “la muerte del bebé [sería] un efecto colateral de cambiar las dimensiones de su cráneo”.⁸⁴

Ahora bien, de aceptar como correcto este planteamiento sería razonable excluir de la dogmática penal el principio del doble efecto. Sin embargo, consideramos que esta interpretación no es adecuada, porque la estrategia de argumentación racional del principio es consonante con un criterio que entrega parámetros objetivo-subjetivos en la ponderación de intereses en situaciones *trágicas* de estado de necesidad. Es decir, que limita la aplicación desmesurada del estado de necesidad defensivo ante la indeterminación semántica del con-

⁸³ Miranda Montecinos, Alejandro, “La noción de intención y el principio del doble efecto una controversia sobre el razonamiento práctico y descripción de acciones humanas”, en Corso de Estrada, L. E. *et al.* (eds.), *Ley y razón práctica en el pensamiento medieval y renacentista*, Pamplona, Eunsa, 2014, p. 117; Finnis, J. *et al.*, “«Direct» and «Indirect»: a Reply to Critics of our Action Theory”, *The Thomist*, núm. 65, 2001, pp. 19 y 20.

⁸⁴ Finnis, J. *et al.*, *op. cit.*, p. 32.

cepto peligro. Conforme con ello, nos parece que aun en atención a “la extensión del dolo en materia penal, que abarca siempre las consecuencias necesarias aunque no queridas de un acto”,⁸⁵ es aventurado afirmar que “el potencial explicativo [del principio del doble efecto] es menor”,⁸⁶ porque el dolo es un elemento que da sentido a la acción que, con independencia a las motivaciones puramente psicológicas o internas del agente, está en correlación a los presupuestos fácticos de la misma.⁸⁷ Así, el conocimiento de los efectos de una acción está vinculado con el conocimiento de las naturalezas. Pues bien, a modo de ejemplo, en el caso del explorador atrapado en la caverna, la explosión va a producir un efecto que el agente conoce como cierto, no sólo por la vía de la razón, sino también por causa de su conciencia individual, que puede proyectar y compartir las experiencias. Al conocer su propio cuerpo, puede imaginar lo que va a pasar con el otro cuando explote.

La interpretación del sentido de la acción, en atención al contexto en que tiene lugar, está supeditada a las pruebas que se presenten en el proceso penal. Así, en atención a las circunstancias concretas de la situación de peligro, la prueba presentada en el proceso y la positivización del concepto normativo de mal hacen posible indicar —con alguno de los correctivos enunciados y los parámetros dominantes en la tradición del doble efecto— que los efectos colaterales tengan espacio en este tipo de situaciones.

Nos parece que el concepto jurídico indeterminado de mal en el estado de necesidad requiere del doble efecto. Sin embargo, es necesario que su aplicación acepte el dolo como conocimiento. De este modo, el doble efecto procurará definir con precisión ciertas reglas de delimitación en la justificación. Y probablemente respecto de esta problemática esté en lo cierto, porque no deforma el estado de necesidad defensivo o agresivo a través del concepto de peligro, y es una regla especialmente pensada para casos en los que colateralmente la muerte se encuentra justificada. Es decir, que no se beneficia de la

⁸⁵ Wilenmann, Javier, “Imponderabilidad de la vida humana...”, *cit.*, p. 122, nota 38.

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ Oxman, Nicolás, “Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el derecho penal anglosajón”, *Revista Ius et Praxis*, año 19, núm. 1, 2013, p. 152, disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v19n1/art05.pdf>.

UNIVERSOS ÉTICOS Y LA METARREGLA DEL DOBLE...

“indeterminación semántica”⁸⁸ del origen del peligro —en la esfera del destinatario— para determinar si se justifica o no la acción. Un claro ejemplo, tratado en la sección anterior, se deriva en casos de aborto o eutanasia indirecta, porque no atribuye *forzosamente* responsabilidad a los involucrados como se pretende por algunos autores en el estado de necesidad defensivo.

Así las cosas, nos parece que el doble efecto no puede ser incorporado dentro del consecuencialismo,⁸⁹ porque éste requiere de dos etapas que el principio no está dispuesto a relativizar. La primera es definir qué se entiende por bueno, y la segunda consiste en determinar cómo maximizar lo bueno. De este modo, todo depende de cómo se defina lo bueno.⁹⁰ Si bien una postura consecuencialista podría considerar la importancia de la dignidad humana en una situación de peligro, dicha premisa es *virtualmente* absoluta en lo que concierne a la imposibilidad de terminar directamente con la vida de un inocente.

En síntesis, el problema que presentan ciertos razonamientos consecuencialistas no proviene de la selección del mal menor, sino de un análisis meramente técnico de las situaciones de estado de necesidad, en el cual se contemple únicamente la ponderación de bienes físicos como la propiedad, la salud, la vida, entre otros, sin considerar exigencia deóntica alguna. El consecuencialismo distingue entre bienes de orden moral y premoral, físicos u ónticos. En los bienes de orden moral encontramos la prohibición absoluta de matar *directamente* a un inocente, la justicia, la prudencia, entre otros principios. En cambio, en los bienes premorales están los bienes físicos inmediatos, como la salud, la propiedad, la integridad física, etcétera, plano en el cual se determina si la conducta se encuentra ajustada a la regla de comportamiento. El peligro de esta posición está en insertar la ponderación sólo en el campo de los bienes físicos.

⁸⁸ Wilenmann, Javier, “Imponderabilidad de la vida humana...”, *cit.*, p. 36.

⁸⁹ Sin embargo, existe una mirada proporcionalista del principio; véase Miranda Montecinos, Alejandro, *El principio del doble efecto*, *cit.*, pp. 90-97.

⁹⁰ Por ello, una posición consecuencialista se podría diferenciar del utilitarismo al adoptar premisas que difieran de la máxima bienestarista, con independencia del bienestar que implica para la mayoría o la sociedad la decisión de terminar con la vida de un menor número de inocentes en una situación de necesidad.

RAÚL MADRID RAMÍREZ / RODRIGO ANDRÉS GUERRA ESPINOSA

IV. REFLEXIONES FINALES

El análisis del estado de necesidad del artículo 10, número 11, en lo relativo a situaciones de conflicto vital, requiere reconocer la presencia de dos universos éticos. Su estudio exige realizar un examen filosófico-dogmático de delimitación en casos de estado de necesidad. Por tanto, definir las premisas de estos universos permite entregar un contexto que facilite precisar sus implicancias en la resolución de este tipo de casos. Tras este análisis filosófico-dogmático, en el sistema jurídico penal chileno se abre un espectro complejo, porque la falta de claridad se reconduce a una posición (en apariencia) axiológicamente neutra.

En la primera sección trazamos una diferencia entre las nociones de “mal” e “interés”, a partir de la cual es posible estructurar el estudio de los universos éticos presentes en el estado de necesidad. Esta perspectiva puede ayudar a formular tanto el panorama dogmático-general en torno a la materia como la propuesta de un modelo interpretativo que logre identificar sus subelementos: interés, bien jurídico o efecto colateral, entre otros.

La distinción entre mal e interés se puede advertir en el contraste entre la institución del estado de necesidad en el derecho chileno, y en el alemán —en lo que concierne a la ponderación—. El estado de necesidad chileno y alemán supone una ponderación de males que, ante la misma situación de peligro real, debe cumplir con los requisitos de proporcionalidad y subsidiariedad, requisitos que no pueden ser desvinculados en situación de *conflicto vital* de una premisa mayor: la prohibición de matar *directamente* a un inocente.

La ponderación de los efectos en el principio del doble efecto, conforme a las categorías que hemos utilizado en esta investigación, permite sostener que su aplicación es posible en situaciones de estado de necesidad. Este principio no admitiría realizar concesiones con el consecuencialismo. Asimismo, el grado de objetivización de la intención que presenta, en contraposición a los planteamientos de Finnis, Grisez y Boyle, permite enfrentar las críticas en torno al dolo de las consecuencias seguras. El principio acepta la existencia

UNIVERSOS ÉTICOS Y LA METARREGLA DEL DOBLE...

de efectos colaterales que, aunque terminen con la vida de inocentes, no implican un quiebre con el principio de la dignidad humana. La ponderación entre los efectos directos o indirectos, concernientes al principio en cuestión, no pueden ser aislados de la aplicación del principio del interés preponderante.

El doble efecto sólo comprende casos excepcionales de estado de necesidad, por lo que no es posible observar una interacción que perturbe la posibilidad de atribuir responsabilidad por un homicidio con base en el conocimiento. Por ello, el principio puede tener lugar en la interpretación del estado de necesidad, e incluso en la dogmática existe un sector que, con la formulación del artículo 10, número 11, y la antigua regulación del artículo 119 del Código Sanitario, reserva un espacio para su aplicación en casos de estado de necesidad en los cuales se vea afectada la vida de inocentes.

Por otro lado, la relación entre doble efecto y consecuencialismo, como ha sido utilizada por un sector de la doctrina, es de tal superficialidad que muchos, si bien la consideran equivalente en sus resultados al consecuencialismo, desconocen las diferencias sustanciales que pueden tener en la resolución de situaciones trágicas de estado de necesidad. El estado de necesidad es toda situación de conflicto de intereses ante una situación de peligro actual o inminente, mientras que el doble efecto es una metarregla que desconoce el dogma de la imponderabilidad de la vida humana, y acepta su ponderación en situaciones de peligro por efecto colateral. El no caer en el dogma de la imponderabilidad de la vida humana le permite ponderar los efectos involucrados. Dicho con otras palabras, los números cuentan, pero deben ser considerados en atención a la imposibilidad de terminar directamente con la vida de un tercero, y aceptar sólo por efecto colateral dicho resultado, resultado que debe tener origen en una acción lícita necesaria y proporcionada.

Finalmente, el sólo utilizar la proporcionalidad para resolver un caso de estado de necesidad implicaría dar una respuesta parcial al problema. Su complejidad requiere de la consideración de todos los factores concurrentes, representados por tres principios esenciales: el principio de legalidad, el principio de seguridad y el principio de respeto a la dignidad humana. No obstante, esta política también considera dentro de sus metarreglas un plano de de-

RAÚL MADRID RAMÍREZ / RODRIGO ANDRÉS GUERRA ESPINOSA

limitación para impedir la lesión del núcleo esencial de la dignidad humana. A partir de todo lo anterior, en consecuencia, parece razonable repensar los parámetros de aplicación del doble efecto en la dogmática penal.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI R., Arturo, *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, 7a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, t. I.
- AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London, J. Murray, 1880.
- BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa: Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, Bosch, 1994.
- BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- BASCUÑÁN, Antonio, “La píldora del día después ante la jurisprudencia”, *Revista de Estudios Públicos*, núm. 95, 2004, disponible en: <https://www.cepchile.cl/la-pildora-del-dia-despues-ante-la-jurisprudencia/cep/2016-03-04/093409.html>.
- BERTELSEN, SIMONETTI, Soledad y GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo, “La protección del derecho a la vida y el estatuto del no nacido en el sistema interamericano de derechos humanos”, en AGUIRREBAZÁBAL, M. y BERTELSEN, S. (ed.), *El aborto. Perspectiva filosófica, jurídica y médica*, Cuadernos de extensión jurídica, núm. 27, Santiago, Universidad de los Andes, 2015.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2003.
- CANDANO PÉREZ, Mabel y GUERRA ESPINOSA, Rodrigo, “Responsabilidad penal médica: consideraciones en la aplicación del principio del doble efecto”, *Rev.Med.Electrón*, vol. 40, núm. 4, 2018.

UNIVERSOS ÉTICOS Y LA METARREGLA DEL DOBLE...

- CHIESA, Luis E., “Caso La Mignonette”, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, 2a. ed., Madrid, La Ley, 2011.
- COUSIÑO MAC IVER, Luis, *Derecho penal chileno. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, t. II.
- CURY, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 7a. ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho penal*, 3a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, t. I.
- FINNIS, J. *et al.*, “«Direct» and «Indirect»: a Reply to Critics of our Action Theory”, *The Thomist*, núm. 65, 2001.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- FUENTES, Dánae, *La ponderación de los males en el estado de necesidad*, Santiago, Legal Publishing, 2009.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín y MIRANDA MONTECINOS, Alejandro, “Sobre la licitud de la destrucción de una aeronave agresora que lleva pasajeros inocentes”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 20, núm. 2, 2013.
- GREENAWALT, Kent, “Distinguishing Justifications from Excuses”, *Law & Contemporary Problems*, vol. 49, núm. 3, 1986, disponible en: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3860&context=lcp>.
- GUERRA ESPINOSA, Rodrigo Andrés, “Ambivalencia en el principio del interés preponderante”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2017, núm. 49, disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512017000200187>.
- GUERRA ESPINOSA, Rodrigo, “Principio de no contradicción en el estado de necesidad”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 30, núm. 2, 2017, disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000200016>.
- GUERRA ESPINOSA, Rodrigo, *Estado de necesidad como conflicto de intereses: una propuesta de interpretación desde la inevitabilidad*, Santiago-Chile, Ara Editores, 2017.

RAÚL MADRID RAMÍREZ / RODRIGO ANDRÉS GUERRA ESPINOSA

- GUR-ARYE, Miriam, “¿Should a Criminal Code Distinguish Between Justification and Excuse?”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. V, núm. 2, 1992, disponible en: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/caljp5&div=20&g_sent=1&collection=journals#217.
- HERNÁNDEZ, Héctor, “Comentario al artículo 1o. del Código Penal”, en COUSO SALAS, J y HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (dirs.), *Código Penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2011.
- HÖRNLE, Tatjana, “Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, disponible en: http://www.indret.com/pdf/744_es.pdf.
- HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial B de F, 2009.
- HORVITZ LENNON, María Inés y SOTO PIÑEIRO, Miguel, “Consideraciones críticas sobre la regulación del delito de aborto en el anteproyecto de nuevo código penal elaborado por el foro del Ministerio de Justicia”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 9, 2007.
- LENCKNER, Theodor, *Der rechtfertigende Notstand. Zur Problematik der Notstandregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1965.
- LUHMANN, Niklas, *Sociología del riesgo*, 3a. ed., trad. de Silvia Pappé, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura, México, Universidad Iberoamericana, 2006.
- MAÑALICH, Juan Pablo, “El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 núm. 11 del Código Penal Chileno”, en VAN WEEZEL, A. (ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago, Legal Publishing, 2013.
- MAÑALICH, Juan Pablo, “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, en MAÑALICH, J. P. (coord.), *La antijuricidad en el derecho*

UNIVERSOS ÉTICOS Y LA METARREGLA DEL DOBLE...

penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2013.

MARTÍNEZ CANTÓN, Silvia, *La ponderación en el estado de necesidad*, León, Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, 2006.

MCCORMICK, Richard, "Ambiguity in Moral Choice", en MCCORMICK, R y RAMSEY, P. (eds.), *Doing Evil to Achieve Good. Moral Choice in Conflicts Situations*, Chicago-Illinois, Loyola University Press, 1978.

MCCORMICK, Richard, "El principio del doble efecto", trad. de A. Goñi, *Concilium* 120, 1976.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 9a. ed., Barcelona, Reppertor, 2011.

MIRANDA MONTECINOS, Alejandro, "Consequentialism, the Action/Omission Distinction, and the Principle of Double Effect: Three Rival Criteria to Solve Vital Conflicts in Cases of Necessity", *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 62, núm. 2, 2017, disponible en: file:///c:/users/profesor2/downloads/amm_consequentialism%252c%20action-omission%20and%20double%20effect.pdf.

MIRANDA MONTECINOS, Alejandro, "El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, núm. 3, 2008, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372008000300005&script=sci_arttext.

MIRANDA MONTECINOS, Alejandro, "La injusticia del aborto procurado", en AGUIRREZABAL, M. y BERTELSEN, S. (eds.), *El aborto Perspectivas filosófica, jurídica y médica*, Cuadernos de extensión jurídica 27, Santiago, Universidad de los Andes, 2015.

MIRANDA MONTECINOS, Alejandro, "La noción de intención y el principio del doble efecto una controversia sobre el razonamiento práctico y descripción de acciones humanas", en CORSO DE ESTRADA, L. E. et al. (eds.), *Ley y razón práctica en el pensamiento medieval y renacentista*, Pamplona, Eunsa, 2014.

RAÚL MADRID RAMÍREZ / RODRIGO ANDRÉS GUERRA ESPINOSA

- MIRANDA MONTECINOS, Alejandro, *El principio del doble efecto*, Hildesheim, Georg Olms Verlag, 2014.
- MIRANDA MONTECINOS, Alejandro, “Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto. Réplica al profesor Rodolfo Figueroa”, *Rev. Méd. Chile*, vol. 140, núm. 2, 2012.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Estado de necesidad y justificación penal: ¿es lícita la tortura en situaciones extremas?*, Colombia, Grupo Editorial Ibáñez, 2009.
- NÁQUIRA, Jaime, *Derecho penal. Teoría del delito I*, Santiago, McGrawHill, 1998.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno. Parte general*, 3a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, t. I.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, 1974.
- OHLIN, JD, “Targeting and the Concept of Intent”, *Michigan Journal of International Law*, núm. 35, 2013.
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, “Aborto y justificación”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, núm. 2, 2012, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372012000200006&script=sci_arttext.
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, “Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana”, en AGUIRREZÁBAL, M. y BERTELSEN, S. (eds.), *El aborto. Perspectiva filosófica, jurídica y médica. Cuadernos de extensión jurídica 27*, Santiago, Universidad de los Andes, 2015.
- OXMAN, Nicolás, “Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el derecho penal anglosajón”, *Revista Ius et Praxis*, año 19, núm. 1, 2013, disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/iu setp/v19n1/art05.pdf>.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y ORTIZ QUIROGA, Luis, *Texto y comentario del Código Penal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, t. I.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 4, 2004, disponible

UNIVERSOS ÉTICOS Y LA METARREGLA DEL DOBLE...

en: http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/PRUEBA%20DEL%20DOLO%20RAGUES%20_8_.pdf.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, "Principios y reglas como base para un modelo argumentativo intercultural de derecho penal", en SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (coord.), *Multiculturalismo y derecho penal*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Asesinatos selectivos en la «guerra punitiva» contra el terrorismo", *InDret*, núm. 1, 2017.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Los documentos de instrucciones previas de los pacientes (artículo 11.1, Ley 41/2002) en el contexto del debate sobre la (in)disponibilidad de la vida", *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.

SINGER, Peter, *Ética práctica*, Akal, Madrid-España, 2009.

VARGAS PINTO, Tatiana, "¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante del artículo 10, número 11", en VAN WEEZEL, A. (ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago, LegalPublishing, 2013.

WILENMANN VON BERNATH, Javier, "Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad", *InDret*, núm. 1, 2016.

WILENMANN, Javier, "El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVII, núm. 1, 2014, disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revi-der/v27n1/art10.pdf>.

ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra, "Derechos del paciente y eutanasia en Chile", *Revista de Derecho*, vol. XXI, núm. 2, 2008, disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revi-der/v21n2/art05.pdf>.

SOBRE EL DERECHO A MENTIR. VERDAD Y POSVERDAD EN LA COMUNICACIÓN Y LA CONSTRUCCIÓN DE CIUDADANÍA*

THE RIGHT TO LIE. TRUTH AND POST-TRUTH IN COMMUNICATION AND CITIZENSHIP CONSTRUCTION

José MAÑÓN GARIBAY**

Resumen:

Por un lado, el supuesto de todo sistema moral y jurídico es que el hombre desea su bien, y que la verdad es un bien deseado por sí mismo. Por otro lado, es sabido que la *mentira política* juega un papel importante (e indispensable) en el ejercicio del poder y en la consecución del *bien común*, y que por ello muchos filósofos la han recomendado y justificado (hoy y en el pasado). Ante esta paradoja vale preguntar cómo se construye la ciudadanía (toma de decisiones y participación social) a partir de la información falsa y cómo se construyen valores ciudadanos sobre la base del derecho a mentir de los gobernantes, porque es esencial para cualquier democracia la calidad de la información y la consecuente participación social de los ciudadanos.

Primeramente, se expondrá la justificación de la mentira en tres grandes pensadores de la filosofía occidental (Platón, Maquiavelo y Weber); después, se desarrollará la interpretación marxiana al respecto, y, por último, se dilucidará la manera como hoy día afecta la mentira (y el derecho a mentir) a la comunicación y construcción de valores ciudadanos.

* Este artículo fue recibido el 18 de octubre de 2018, y aceptado para su publicación el 20 de enero de 2020.

** Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, garibay1@unam.mx.

JOSÉ MAÑÓN GARIBAY

Palabras clave:

Filosofía; ciudadanía; verdad; posverdad; democracia; derecho a la información; participación ciudadana.

Abstract:

On the one hand, the assumption of every moral and legal system is that man desires his own good and that truth is a good desired by himself. On the other hand, it is known that political lies play an important (and indispensable) role in the exercise of power and the achievement of the common good, and that for this reason many philosophers have recommended and justified them (today and in the past). Faced with this paradox, it is worth asking how citizenship (decision-making and social participation) is built on false information and how citizen values are built on the basis of the rulers' right to lie. Because the quality of information and the consequent social participation of citizens is essential to any democracy.

First, the justification of the lie will be exposed in three great thinkers of Western philosophy (Plato, Machiavelli and Weber); then, the Marxian interpretation will be developed in this respect. And finally, the way in which lies (and the right to lie) affect the communication and construction of citizen values today will be elucidated.

Keywords:

Philosophy; Citizenship; Truth; Post-Truth; Democracy; Right to Information; Citizen Participation.

SOBRE EL DERECHO A MENTIR, VERDAD Y POSVERDAD...

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El carácter de la comunicación política*. III. *La dinámica de construcción de la realidad social y la posverdad*. IV. *El valor fetiche de la comunicación política*. V. *La construcción de los valores ciudadanos a través de la comunicación política*. VI. *Conclusiones: comunicación política, posverdad y ciudadanía*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El 30 de noviembre del 2017, el portal del Instituto Nacional Electoral de México (INE) anunció que se transmitirían sesenta millones de *spots* publicitarios, difundidos entre diciembre de 2017 y el 4 junio de 2018, por 2,500 estaciones de radio y televisión (sin Internet), con el fin de divulgar los programas políticos de partidos y candidatos, así como la información electoral del mismo INE. Si a éstos se suman los veintidós millones de *spots* transmitidos durante las precampañas e inter-campañas, entonces el resultado es de 82 millones de *spots*, o sea, quinientos mil anuncios diarios.¹

Ante este bombardeo publicitario, se plantea la pregunta sobre el papel de la comunicación política en la construcción de la conciencia y valores cívicos, así como sobre la promoción de la participación ciudadana, tomando en cuenta no sólo la cantidad, sino a la vez la veracidad de los mismos. En las pasadas elecciones, todas las campañas se circunscribieron a descalificar al oponente, con dichos como: “ser un peligro para México”, “pertenecer a la mafia del poder” o “estar al servicio de los fífis”. Las *campañas negativas* utilizaron indiscriminadamente la mentira, al grado que fue necesario crear una sección periodística dedicada a verificar la información política.² Pese a esto, no hay que perder de vista que en la construcción de

¹ Plan y calendario oficial del proceso electoral federal 2017-2018. Recuperado de: <https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/93539/CGex201709-05-ap-1-anexo.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Consultado el 16 de agosto de 2018.

² *Animal Político*, periódico en línea. Recuperado de: <https://www.animalpolitico.com/tag/verificado-2018/>. Consultado el 1o. de agosto de 2018.

JOSÉ MAÑÓN GARIBAY

la realidad social no sólo juega un papel la información veraz, sino también la mendaz. Por ello, vale preguntar por la justificación e impacto de la misma.

1. ¿Cómo afecta la mentira en la opinión política de los ciudadanos?
2. ¿Afectan positiva o negativamente, *i. e.*, a favor o en contra de un candidato o partido, a favor o en contra de la participación política?

Estas dos preguntas adquieren relevancia cuando en nuestros tiempos se observa una proliferación viral de la información, así como de los medios para comunicarla. Con ello, también se ha acrecentado la preocupación por la ética y la probidad, debido a los artificios modernos para descomponer la veracidad de la información en sus distintas variantes de mentira, a saber: como manipulación y/o supresión de la información y/o exceso de la información. En esto Platón es contemporáneo nuestro al considerar, por un lado, la información verídica, y el hecho de comunicarla con objetividad, como una virtud, y, por otro lado, por haber defendido la *mentira noble* a riesgo de contradecirse con la vocación del filósofo, además de disipar la unidad y confianza de la comunidad. Platón explica que para gobernar no es suficiente la verdad pura y dura, sino también la persuasión; comunicar la verdad y convencer de ella son dos cosas distintas. De esta manera, el problema está a la vista: si la mentira es un ingrediente de la comunicación política, entonces la relación gobernante-gobernados está quebrantada de origen.

Para el siguiente análisis se utilizará preferentemente el libro del austriaco Peter Berger y el alemán Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad*,³ publicado en la segunda mitad del siglo XX. Este libro se convirtió desde su publicación en un clásico de la filosofía y de la sociología del conocimiento, porque fundó la escuela del constructivismo social con base en las ideas fenomenológicas de Alfred Schütz.

³ Berger, L. Peter y Luckmann, Thomas, *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit*, Frankfurt am Main, ediciones Fischer, 2001.

SOBRE EL DERECHO A MENTIR. VERDAD Y POSVERDAD...

El presente escrito se engancha a esta tesis y la desarrolla en relación con el papel de la comunicación política y los medios de comunicación en la construcción de la conciencia (o falsa conciencia) de la realidad social. La pregunta que guía esta investigación puede formularse así: ¿qué papel juega la comunicación política en la construcción del sistema social de valores? La finalidad no es describir en general los procesos sociales que permiten la construcción de ámbitos emergentes,⁴ sino únicamente establecer la influencia de la publicidad y medios de comunicación en la formación de la conciencia (o falsa conciencia), el sistema de valores del individuo y su respectiva participación social.

En las siguientes páginas se presentará primeramente la justificación de la mentira política en la filosofía, y subsecuentemente su elucidación marxiana como *falsa conciencia*. Después, se verá el carácter de la publicidad (política) y la dinámica por la que se aparta de las necesidades informativas hasta transfigurarse en un *valor fetiche*. Y, por último, se analizará la forma en que el *fetiche* se constituye en un factor decisivo para la construcción de la realidad social (como falsa conciencia responsable de la alienación social).

Sobre el derecho a mentir

Se ha considerado la mentira como un instrumento necesario para la actividad política y como aquella que tiene lugar entre el gobernante y el gobernado. Porque no toda mentira expresada en la arena política es una mentira política. No constituye una mentira política la de los poderes fácticos (por ejemplo, los consorcios mineros) disimulando la devastación ecológica de sus empresas. Tampoco la mentira útil, bélica o de espionaje, que oculta las verdaderas intenciones frente al enemigo para ganar la delantera. Ni mienten los políticos cuando censuran la información sobre las investigaciones judiciales que llevarán al arresto de bandas delincuenciales. Ni

⁴ Ámbitos o cualidades emergentes en un concepto usado en teoría de sistemas complejos para designar a las propiedades que surgen del funcionamiento colaborativo de los miembros de un sistema (de cualquier tipo que sea: neuronal, social, químico, etcétera).

JOSÉ MAÑÓN GARIBAY

siquiera la mentira entre políticos que tiene por fin medrar en la lucha por el poder es aquí aludida. La mentira política es aquella que pronuncia el político a los gobernados con el fin de resguardar el “bien público”.

Sin embargo, para muchos *el fin no justifica los medios*, y por eso es necesario encontrar otras razones que expliquen su empleo.⁵ Max Weber, en su libro *La política como profesión*,⁶ hace referencia al *Gran Inquisidor*⁷ de Dostoievski y al problema de justificar cualquier medio por el fin, lo que disociaría los principios de las responsabilidades éticas. Pero tampoco acepta la opinión de su colega F. W. Förster y rechaza la ingenuidad de pensar que del bien solamente se sigue el bien, e invitó por ello a dilucidar qué fines justifican qué medios y cuáles no.

A lo largo de la historia de la filosofía no ha faltado quien lo haya intentado, como Platón (427-347), Nicolás Maquiavelo (1469-1527), Max Weber (1864-1920) o Leo Strauss (1899-1973). Generalmente se olvida en este listado a Karl Marx (1818-1883) y su idea de *historia religiosa* (mentira) y *falsa conciencia* (engaño), propuestas para explicar las estrategias políticas, en las sociedades estratificadas por privilegios, y donde es necesario el control de los gobernados vía alienación y mentira.

A. Platón

La *mentira noble* se encuentra claramente enunciada en el libro III de la República (III, 414b-c). Ciertamente, se ha debatido la tra-

⁵ “*Kalvinismus wieder kannte prinzipiell die Gewalt als Mittel der Glaubensverteidigung, also den Glaubenskrieg, der im Islam von anfang an Lebenselement war*”. Weber, Max, *Politik als Beruf*, Stuttgart, ediciones Reclam, 1997, p. 72.

⁶ *Ibidem*, p. 73.

⁷ Weber hace referencia al *Gran Inquisidor* (Hermanos Karamazov) de Fiódor Dostoievski, porque allí el mismo Jesucristo es enjuiciado por la Inquisición en aras de mantener el poder religioso erigido en nombre de Jesucristo; *i. e.*, se plantea la cuestión de justificar cualquier medio por el fin (a saber: matar a Jesucristo, pese a que él legitima el poder de la Inquisición, con el fin de mantener el poder de la Inquisición).

SOBRE EL DERECHO A MENTIR. VERDAD Y POSVERDAD...

ducción de la palabra “mentira” (ψευδος), y algunos⁸ han propuesto otra distinta (como falsedad o simulación), desechando “mentira” y su carácter intencional de engañar con falsedades, lo que estaría en contra de la filosofía y su compromiso con la verdad y la virtud.

La mentira noble aparece en Platón, primeramente, para persuadir a los reyes-filósofos a tomar las riendas del gobierno; porque ¿cuál sería la razón para interesar a un filósofo en las tareas de gobierno después de haber alternado con las ideas perfectas?⁹ Ni el castigo ni la remuneración pecuniaria serían suficientes (o incluso posibles), sobre todo cuando para gobernar es requisito amarla: ¿cómo amarla después de haber visitado el *Topus Uranus*? (VI. 486a). Entonces hay que encontrar una *estratagema mentirosa* que los convenza de ser gobernantes. ¿Cuál? Aceptar que todos los hombres son *hijos de la madre tierra* y que servirla como a la madre carnal es un acto de justicia elemental que implica tratar a todos fraternalmente como iguales (cuenta a parte de que alguien peor podría hacerse cargo del gobierno).

De esta manera, la mentira noble funciona como *mito fundacional*¹⁰ que compele al filósofo a aceptar las tareas de gobernante. Sin la mentira noble no ve Platón cómo alguien desearía gobernar la Ca-

⁸ Para la traducción de *pseudos* se ha usado indistintamente *mentira* o *falsedad*. *Mentira* sería quizá el más adecuado en el contexto de la República, donde se trata de una ficción intencional con un propósito noble. Aunque, por otro lado, *falsedad* es más neutral en tanto que no implica engaño deliberado. Cfr. Arendt, Hannah, “El concepto de historia: antiguo y moderno”, en *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política*, Barcelona, Península, 1996, pp. 49-100.

⁹ En el libro VII de la República, después de narrar la contemplación de las ideas por parte de los filósofos, afirma Sócrates que se debe evitar que los *videntes* permanezcan en su contemplación, con el fin que vuelvan a la Caverna a cumplir sus tareas (VII. 519d). Con esto, Platón refiere a un concepto de justicia pertinente con las obligaciones recíprocas, en donde cualquiera (*que sea justo*) reconoce su obligación de corresponder bien con bien, y tratar a sus conciudadanos dando lo mejor de sí (I. 331d-e). Esta teoría de la justicia ya había sido expuesta en el *Critón* (50d-51). Cfr., Platón, *La República*, edición bilingüe griego-español de Antonio Gómez-Robledo, México, UNAM, 2000.

¹⁰ Según Cassirer, la necesidad de un *mito fundacional* deviene de la condición simbólica del hombre (y memoriosa; por ejemplo, en la *Teogonía* de Hesíodo, Mnemosine); cfr. Cassirer, Ernst, *Antropología filosófica*. México, FCE, 1945, pp. 47 y ss.

JOSÉ MAÑÓN GARIBAY

verna después de haber salido de ella y cómo aceptaría la igualdad de los hombres cuando hay evidencia de lo contrario. La mentira noble persuade a costa de contradecirse; porque, por un lado, se necesita que el *yo* se identifique con el *nosotros* para fundamentar la unidad social en el amor e igualdad. Para ello estaría el *mito de la madre tierra*: una sola madre de todos los hombres igualados como hermanos. Pero, por otro lado, se necesita reconocer la desigualdad entre los mismos para la división del trabajo, según un principio vocacional que indica a cada cual lo suyo. Para ello se apelaría a las diferencias resultantes de haber fundido las almas en distintos metales (III. 415a-c: oro, plata y cobre, según Hesíodo). Con esto parecería que la mentira es la única forma de resolver la contradicción evidente entre contemplación filosófica y acción política o entre igualdad fraternal y desigualdad laboral.¹¹

El otro aspecto de la mentira noble reside en el beneficio de los gobernados, como cuando se suministra un brebaje (*pharmakon*) que sabe mal, pero cura al enfermo. Entonces, la mentira tiene la misión (psicológica) de persuadir cuando el solo hecho de transmitir la verdad desnuda no basta (III. 389b-c). En el libro V de la *República*, hablando de la necesidad de la eugenesia (V. 459a-c), recomienda Platón mentir a los gobernados por su bien, y convencerlos de que sus matrimonios fueron realizados con base en el azar y no en el cálculo del beneficio social. En este segundo caso, la *mentira noble* dirigida a los gobernados agrega una asimetría entre gobernantes y gobernados, porque estos últimos no deberán mentir a los primeros, de la misma manera que los pacientes no deben mentir a sus médicos, bajo la pena de subvertir el orden (V. 389b-d).

¿Qué justifica la mentira política opuesta al espíritu de la filosofía y su compromiso con la verdad y la virtud? La respuesta se encuentra en la referencia que hace Platón a los poetas Homero y Hesíodo; porque éstos no son atacados en los libros II y III de la *República* por mentir, sino por *decir falsedades sin ningún uso moral*. Lo que éstos le adjudican a los dioses son actitudes antimorales que no reeditúan

¹¹ Este mito concluye prediciendo el fin de la ciudad cuando “los de alma de bronce” conducen la ciudad (III. 415a-c). Por tanto, no sólo explica la diferencia por especialidad de tareas, sino, además, el peligro de resistirse al llamado vocacional.

SOBRE EL DERECHO A MENTIR. VERDAD Y POSVERDAD...

en la educación virtuosa de los ciudadanos. Por ello, siempre hay que “asimilar la mentira a la verdad” lo mayormente posible, o sea, dotar a la mentira de un uso moral (II. 382b-c).

En *La República*, al comienzo del libro III, Sócrates expone ejemplos de mentiras útiles (III. 389b-c), como el ejemplo del amigo enloquecido al que no se le deben devolver las armas empeñadas porque puede con ellas cometer una locura. La conclusión no es solamente que mentir a los amigos es lícito, sino, además, que la justicia no es devolver lo que a alguien le corresponde (I. 331a-d) cuando hay otro bien superior en juego.

Sócrates y/o Platón deben explicar por qué son necesarias las fábulas y mitos en la educación de la virtud moral, ya que en principio eso representa un contrasentido: enseñar la virtud de manera poco virtuosa; mintiendo (II. 377b-c). Si las mentiras de Homero y Hesíodo son reprochables, porque no tienen uso moral (II. 371e), las de los filósofos son inaceptables, teniendo en cuenta que en el libro VI (485c) Sócrates declara la aversión por la falsedad: el filósofo debe amar la verdad, ¿cómo entonces justificar la mentira del rey-filósofo? La solución transita por la distinción entre la *verdad filosófica* y la *verdad política*: la fidelidad del filósofo es con la verdad teórica, y la permisibilidad, con la mentira política. Claro que la aversión por la mentira irá de la mano de la aversión por gobernar: ¿quién que haya estado en el mundo de las ideas quiere ocuparse de la vida pública (*res-pública*), sobre todo cuando hay que mentir? (VI. 486a).

Siguiendo este tenor, la pregunta puede ampliarse: ¿por qué alguien debería amar la ciudad, por qué promover el bien general antes que el personal? Si Platón propone que sólo se ama a la ciudad gracias al mito fundacional, entonces hay que responder por qué es necesario enseñar la virtud mintiendo.

Tres respuestas son posibles.¹² 1) Porque el filósofo debe ajustar la verdad del *Topus Uranus* a las condiciones de la Caverna; 2) porque debe persuadir de la verdad, y no son tan dañinas las *mentiras del discurso* como las *mentiras del alma* (II. 382b-c), y 3) porque pedagógicamente a los niños se les persuade con fábulas o *mentiras nobles*, con el fin de modelar su alma en la virtud desde edad temprana.

¹² Höhle, Vittorio, *Moral und Politik*, München, C. H. Beck, 1997, p. 769.

JOSÉ MAÑÓN GARIBAY

Entonces, la mentira noble que usa el rey-filósofo se justifica por el bien superior de la ciudad (sobre el bien personal), y porque es la única forma de inculcar el amor a la ciudad desde la tierna infancia, no con razones, sino persuadiendo con fábulas o mentiras.¹³

Ciertamente, la mentira noble en Platón no es una cínica estrategia de propaganda política para controlar a las masas; está destinada a los gobernantes y gobernados para acrecentar su espíritu público: es *mentira*, porque persuade a través de falsedades; pero es *noble*, ya que trata de alcanzar un fin superior e inducir un comportamiento virtuoso, dirigido al bienestar social antes que al individual.

En el caso de *la República* de Platón, la idea de hombre, sociedad y gobierno que ampara o justifica la mentira política es la de una *desigualdad natural* entre los hombres, cuya supervivencia sólo puede tener lugar dentro de un *sistema paternalista* (que considera al pueblo como menor de edad y necesitado del gobernante-preceptor), y una *sociedad orgánica*, donde el individuo sólo cuenta como una pieza al servicio del cuerpo social entero. Aquí se legitima la mentira política entendida tanto como ocultamiento de la verdad como afirmaciones intencionalmente falsas.

Haciendo a un lado el mito fundacional, para Platón el primer beneficiario de la mentira noble es el gobernado, y el gobernante sólo en segundo término. En esto difiere su continuador Nicolás Maquiavelo.

B. Nicolás Maquiavelo

En el ocaso de la Edad Media, Maquiavelo no se interesa en una justificación moral de la mentira tanto como en una descripción de las estrategias para conservar el poder. Por un lado, la mentira política es necesaria para Maquiavelo por la simpleza y estupidez del pueblo, que reclama ser engañado,¹⁴ y, por otro lado, la mentira es

¹³ En el libro II de *Las Leyes* se repite la necesidad de *persuadir*, incluso echando mano de mentiras.

¹⁴ Maquiavelo afirma que “todo arte consiste en representar el papel con propiedad y en saber disimular y fingir; porque los hombres son tan débiles y tan incautos que cuando uno se propone engañar, nunca deja de encontrar tontos que le crean”. También cita el ejemplo del papa Alejandro VI, quien se burlaba del pueblo, porque

SOBRE EL DERECHO A MENTIR. VERDAD Y POSVERDAD...

necesaria porque los hombres son malos por naturaleza, lo que los contrapone a la verdad entendida como un bien. Si todos los hombres son malos, solamente se les puede gobernar de igual a igual, o sea, respondiendo al mal con el mal.

Ya me guardaría yo bien de dar tal precepto a los príncipes si todos los hombres fuesen buenos; pero como son malos y están siempre dispuestos a quebrantar su palabra, no debe el príncipe ser exacto y celoso en el cumplimiento de la suya; él siempre encontrará fácilmente modo de disculparse por esa falta de exactitud (*El príncipe*, c. XVIII, 3, p. 117).

Esta maldad natural de todos los hombres exige, además del temor y la fuerza de un *Leviatán*, de la astucia del gobernante; o sea, de la mentira. Por eso, el gobernante no debe ser fiel a un ideal o promesa, porque esta virtud compromete su poder político.

En este caso, la justificación de la mentira política es por la conveniencia de conservar el poder, de tal manera que el salto del ser al deber no es al ámbito del deber-moral, sino al de la utilidad y oportunidad. De este modo es como afirma Maquiavelo:

... así lo que importa es allanar todas las dificultades para mantener su autoridad; y los medios, sean los que fueren, parecerán siempre honrosos y no faltará quien los alabe. Este mundo se compone de vulgo, el cual se lleva de la apariencia, y sólo atiende a éxito... (*El príncipe*, c. XVIII, 5, p. 120).

Para Maquiavelo la mentira tiene lugar dentro de una antropología pesimista (el hombre es malo), cerrada o sin esperanza de mejoría, autoritaria, excluyente de la participación política de la mayoría, déspota y elitista, centrada principalmente en el bien del gobernante, quien desea conservar el poder para mantener sus privilegios.¹⁵

pensaba que no tenía la preparación para enfrentar la verdad. *Cfr.* Maquiavelo, Nicolás, *El príncipe*, XVIII, pp. 117 y 118.

¹⁵ Strauss, Leo, *Meditación sobre Maquiavelo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964, pp. 101 y ss.

JOSÉ MAÑÓN GARIBAY

C. *Max Weber*

Max Weber no continuó desarrollando las ideas de Maquiavelo,¹⁶ pero sí las manieristas, y argumentó a favor de la separación entre ética y política. En su citada obra, *La política como profesión*, diferencia entre una ética de la responsabilidad de otra de *los evangelios o convicción*,¹⁷ lo que vacía de contenido práctico a los preceptos morales al considerarlos inadecuados en la vida pública de los gobernantes.

Dentro de los preceptos morales impracticables se encuentra la fidelidad a la verdad, porque la actividad política debe ser responsable (ética de la responsabilidad), y por ello estar en condiciones de mentir, si es conveniente. Esta propuesta de Weber, antes de calificarse de inmoral, debe entenderse en contra de Kant y el aspecto formal de los enunciados éticos como guía de la acción moral: o sea, contra el imperativo categórico o el deber por el deber. Lo que debe constituir la guía de la acción política es la reflexión sobre las consecuencias (o fines inmediatos).

Esta recomendación, si bien está en pugna con la ética evangélica o absoluta, no permite el beneficio personal contra el social, porque no permite cualquier cosa, sino sólo perseguir el bien de la comunidad atendiendo a las consecuencias de los actos antes que a los deberes. En la medida en que el espíritu pragmático guía la acción política, se permite al gobernante decisiones “inmorales”, desde el punto de vista de la ética kantiana.

Weber sigue a Hume cuando se adhiere a la opinión sobre la imposibilidad de demostrar científicamente los juicios de valor moral. Y si no hay demostraciones estrictamente racionales, lo pertinente en la acción política es el beneficio práctico. Lo que sustrae de validez universal al principio de veracidad¹⁸ y permite las mentiras políticas, tuteladas dentro de una ética distinta a la del resto de la sociedad (a saber: la responsabilidad y no la convicción). Sin embargo, no

¹⁶ Weber, Max, 1997, p. 75.

¹⁷ Weber la llama “ética de los evangelios o de los fines absolutos”, donde la alternativa es por “todo o nada”.

¹⁸ Weber, Max, 1997, p. 70.

SOBRE EL DERECHO A MENTIR. VERDAD Y POSVERDAD...

anula principios comunes a toda ética, como “todo hombre desea su bien,” o incluso “nadie debe hacer lo que no quiere que le hagan”; ya que, si bien nadie quiere que le mientan, se miente en política sólo cuando está en juego el bien común.¹⁹

Cuando Weber recomienda al político no guiarse por sus convicciones, propone hacer a un lado el imperativo categórico kantiano y ser responsable atendiendo a las consecuencias de sus decisiones y acciones. El gobernante, como profesional de la política, dispone de información exclusiva que lo compele a actuar responsablemente, sin apelar a sus convicciones, o sea al deber por el deber, al imperativo categórico. Nuevamente: Weber, conforme a Platón y contrario a Maquiavelo, propuso que la asignación de tareas y responsabilidades al gobernante lo obliga a cumplir con una moral distinta al del resto.

D. Karl Marx/Friedrich Engels: relación entre la falsa conciencia y el derecho a mentir

Cambiando el orden cronológico y la postura frente a la mentira política se encuentran Marx y Engels (especialmente en su obra *La ideología alemana*). Allí proponen que la conciencia humana solamente puede construirse de la mano de los medios de producción de vida, y cuando se disocia de ellos, entonces aparece la *falsa conciencia* o conciencia alienada.²⁰ ¿Por qué habría de disociarse la conciencia que tiene el hombre de sí respecto de los medios de producción utilizados para crear su sustento? Marx/Engels responden que con el fin de ocultar la explotación de la mayoría en beneficio de unos cuantos. Esto no se logra a través de la fuerza (o no sólo), sino de una mentira política o *explicación religiosa* de la sociedad.²¹ así como la religión propone un ser eterno y más allá de este mundo

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Marx, Karl y Engels, Friedrich, *Die deutsche Ideologie. Kritik der neuesten deutschen Philosophie in ihren Repräsentanten Feuerbach, B. Bauer und Stirner und des deutschen Sozialismus in seinen verschiedenen Propheten*, Berlín, De Gruyter Akademie Forschung (libro electrónico), t. 5.

²¹ *Idem.*

JOSÉ MAÑÓN GARIBAY

o de las condiciones concretas de vida, la mentira política que procura la alienación propone una explicación del orden social, ajena a las condiciones concretas de producción e inquebrantable o eterna. Esta visión religiosa de la sociedad es apocalíptica: si hay un cambio del orden social, sobreviene el caos. Ideas que afirman “la esencia del hombre es inalterable”, “el núcleo de la sociedad es la familia nuclear” y “la propiedad privada es un derecho natural”, son necesarias para justificar y eternizar un orden social determinado.²²

La mentira política para Marx/Engels es compleja, no se explica simplemente como ocultar intencionalmente la verdad o decir conscientemente algo opuesto a ella, sino refiere al proceso de *abstracción de las ideas*, que consiste en separarlas de las condiciones concretas de producción que les dieron vida, convertirlas así en universalmente verdaderas o ahistóricas, disponer de un *vínculo místico* entre ellas y la realidad para que ni se expliquen ni se cuestionen, y, finalmente, crear los *voceros de la verdad universal* que confirmen su validez a través de su reiteración permanente a lo largo del tiempo.²³ Todo esto trae aparejada la creación de una *cultura de clase* que uniforma los hábitos de consumo, coherente con la hegemonía de los mercados y la forma de producción. La *cultura universal de clase* establece la hegemonía de los valores y premia conforme a ellos el cine, la literatura o estipula los problemas que ameritan una solución científica. De esta forma, circunscribe el modo de entender la vida civilizada y la comunicación.

Para Marx/Engels, volver a una historia científica y a una conciencia despabilada o revolucionaria implica explicar las ideas a partir de las condiciones concretas de producción y a desenmascarar al engaño que otorga sostén y vida a una sociedad estratificada según los privilegios de una minoría.

Desde esta perspectiva, la mentira política se aproxima a la hipocresía y el autoengaño, porque condesciende con la mentira innoble a la vez que con el encubrimiento del apetito de poder. La mentira política funciona como una coartada de los cínicos respecto a sus propias ambiciones, tan propensos como la plebe a aceptar las *opi-*

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

SOBRE EL DERECHO A MENTIR. VERDAD Y POSVERDAD...

niones placenteras (en lugar de las verdades puras y duras) y a mentir, no por el peligro que representa la verdad, sino por el desprecio que sienten por los gobernados. Y como la verdad es indispensable para la libertad, la mentira política remite a una sociedad de amos y siervos.

Quienes antes y después de Marx/Engels desecharon igualmente el uso político de la mentira (después de la defensa realizada por los estoicos, en su afán de conciliar la filosofía con la mentira noble) fueron, por ejemplo, en el siglo IV, san Agustín, paladín de la verdad y enemigo acérrimo de la mentira. También debe mencionarse a Kant, quien en el siglo XVIII desechó la mentira política por representar una afrenta a la dignidad humana, al instrumentalizar y concebir al hombre como medio y no como fin. En la Inglaterra del siglo XIX, John Stuart Mill, siguiendo la tradición liberal de John Locke, David Hume, Adam Smith y David Ricardo, desdeñó la mentira y toda manipulación del comportamiento de los gobernados, y se precavió de ella reduciendo el Estado a su “mínima expresión” mediante la defensa de la libertad individual, la iniciativa privada y la participación de los ciudadanos en el poder.

Finalmente, la aceptación (justificación) o rechazo de la mentira política ofrece dos concepciones de ciudad: una autoritaria y otra democrática, una cerrada y otra abierta. En la segunda se favorece la divulgación de información veraz y la participación colectiva, así como la práctica del consenso y la organización libre y voluntaria. Por ello, los miembros de la sociedad abierta no podrán mentir en asuntos que atañen al destino de toda la comunidad, y en caso de hacerlo, dañarán el lazo de unión entre el sistema político y la vida social. Por eso —para Karl Popper—²⁴ la mentira es el instrumento del Estado totalitario para mantener, vía engaño, el “bien de la sociedad”.

Pese a esto, la mentira (como la verdad) constituye el material con el que se construye la realidad social. Y eso precisamente es lo que atañe a este escrito: dilucidar la manera en que opera esa construcción desde la información mendaz de los políticos.

²⁴ Popper, Karl, “Der Zauber Platons”, en *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, Stuttgart, UTB, 1992, vol. 1.

JOSÉ MAÑÓN GARIBAY

II. EL CARÁCTER DE LA COMUNICACIÓN POLÍTICA

No es necesario insistir en que la publicidad (en general) es actualmente juzgada de manera radical: por un lado, sus críticos la condenan por representar todos los males de la sociedad de consumo,²⁵ y, por otro, sus defensores acérrimos la proponen como la expresión artística y espiritual de nuestro tiempo.²⁶ Que la publicidad no es ninguna cosa fácil de entender lo demuestran las discusiones entre estudiosos del mercado y creadores de la publicidad cuando intentan optimar las formas de presentar un producto en el mercado.²⁷ Es aquí donde mejor se observan los desacuerdos acerca de la función y efectos que tiene y debe tener la publicidad en la construcción del sistema social de valores y participación social.

El poder de la publicidad es, por un lado, impensable sin los medios de comunicación masiva, porque gracias a ésta es aquella omnipresente en nuestras vidas. Pero a la vez, el poder de la publicidad ha rebasado al de los medios de comunicación, al grado que la publicidad controla los medios de comunicación masiva.²⁸ Basta con abrir un periódico, escuchar la radio o ver la televisión para tropezar con un sinnúmero de mensajes publicitarios. En algunas revistas, el bombardeo publicitario es tan grande que no se sabe si éstos están en función de aquéllas, o más bien, las últimas en función de los primeros. La relación publicidad/medios masivos de comunicación es tan compleja hoy día que muchos avances de la comunicación de masas son el resultado de la industria publicitaria (cuando en un principio más bien la publicidad era un subgénero de la comunicación de masas).²⁹

Esto despierta el interés por saber cómo se da la influencia de los medios de comunicación de masas sobre la publicidad, y viceversa,

²⁵ Wolfgang, Fritz Haug, 1980, p. 104.

²⁶ Toscani, Oliviero, *Die Werbung ist ein lächelndes Aas*, Mannheim, Bollmann. Véase también, Schmidt, 1995, p. 30.

²⁷ Toscani, Oliviero, capítulos I y II, 1996.

²⁸ Luhmann, Niklas, 1995, p. 243, y en especial McLuhan, Marshall, 1995, pp. 122 y ss.

²⁹ Cook, Guy, 1992, p. 53.

SOBRE EL DERECHO A MENTIR, VERDAD Y POSVERDAD...

de esta última sobre los medios de comunicación. ¿Desaparecerán los medios de comunicación en la publicidad? De otra manera: ¿se convertirá toda comunicación masiva en publicidad?³⁰

III. LA DINÁMICA DE CONSTRUCCIÓN DE LA REALIDAD SOCIAL Y LA POSVERDAD

Para los teóricos de la comunicación Wulf D. Hund y Bärbel Kirchhoff-Hund,³¹ los medios de comunicación de masas no nacen ni dependen de la invención de la imprenta, la radio, la televisión o el Internet, sino antes bien, éstos son impensables fuera de una sociedad capitalista, y, sobre todo, sin el paso del capitalismo de libre competencia a otro de monopolio de mercado. Porque lo que está en juego en la comunicación de masas —según Wulf D. Hund y Bärbel Kirchhoff-Hund— es la necesidad de conformar la *conciencia social del individuo*. ¿Cómo se logra esto? Para estos autores,³² desempeñando tres funciones:

1. Tematización
2. Sincronización
3. Observación

Con lo primero, Wulf D. Hund y Bärbel Kirchhoff-Hund opinan que a través de los medios de comunicación se impone el valor o importancia a los temas sociales; con lo segundo, la estructura del tiempo social, diferenciando lo actual de lo obsoleto y porvenir. Y con lo tercero, la participación o inserción (colectiva) en la realidad social. A partir de estos tres aspectos es como se transforma la visión personal en pública, el interés local en general, la valoración subjetiva en objetiva. Por tanto, tematización, sincronización y observación constitu-

³⁰ Baudrillard, Jean, 1978, pp. 38 y ss.

³¹ Hund, Wulf D. y Kirchhoff-Hund, Bärbel, 1980, p. 74. Ambos son representantes de la sociología materialista alemana. Wulf D. Hund es sociólogo y profesor en la universidad de Hamburgo.

³² *Idem*.

JOSÉ MAÑÓN GARIBAY

yen la “opinión pública” (*vox populi*),³³ que no es más que la realidad social común a todos los habitantes de una comunidad o la forma en que cada sociedad crea su realidad al crear sus sistemas de comunicación.³⁴

Para enfocarme al tema medular de este trabajo sobre la publicidad política, su relación con los medios de comunicación de masas y su papel en la construcción de la conciencia (o falsa conciencia) social, es necesario ver cómo adquiere su valor fetiche.

IV. EL VALOR FETICHE DE LA COMUNICACIÓN POLÍTICA

Según el profesor de la universidad libre de Berlín, Dr. Wolfgang Fritz Haug,³⁵ la publicidad es muy antigua, pero gana su carta de naturalización con la producción industrial capitalista,³⁶ porque aquí la producción en masa produce en exceso bienes de consumo: no sólo produce fuera de las necesidades sociales, sino, además, en cantidad desmesurada. Complementando las ideas de sus colegas Wulf D. Hund y Bärbel Kirchhoff-Hund, Fritz Haug propone que es precisamente esto lo que compele a diseñar campañas publicitarias que despierten el deseo de consumo. Por eso, la producción en masa sólo puede subsistir en la medida en que se produzcan, paralelamente a los bienes de consumo, los deseos por estos bienes, y esto sólo es posible con estrategias publicitarias.

³³ Luhmann, Niklas, 1998, pp. 100 y ss. Luhmann afirma lo siguiente: “Ein Medium in diesem Sinne ist die «öffentliche Meinung» - gleichviel ob die Gesamtheit der Elemente psychisch als diffus verstreutes Aufmerksamkeitspotential verstanden wird, das durch Formenbildung temporär gebunden wird; oder sozial als Beiträge zu Themen der Kommunikation, wobei die Formenbildung im Bekanntsein (oder in der Unterstellbarkeit des Bekanntseins) liegt. Davon zu unterscheiden ist die Frage, welches soziale System dieses Medium produziert oder reproduziert - die Gesellschaft selbst oder ein eigens dafür ausdifferenziertes Funktionssystem. *Nur dieses Funktionssystem soll mit dem Begriff der Massenmedien bezeichnet werden*”.

³⁴ Luhmann, Niklas, 1998, p. 1098.

³⁵ Haug, Wolfgang-Fritz, 1980, t. I, pp. 66 y ss.

³⁶ *Idem*.

Valor fetiche y posverdad

Mientras que para Fritz Haug la publicidad es inseparable de la producción en masa capitalista, para Clemens Wischermann³⁷ ciertamente ésta surge de la economía capitalista, pero alcanza una autonomía con respecto a ella. Wischermann piensa que la producción en masa precisa de un consumo masivo, y considera —como Fritz Haug— que la publicidad es una pieza importante de la economía capitalista. Sin embargo, para Wischermann existe una cierta autonomía de la publicidad con respecto de la economía, porque si bien la primera es el reflejo de un estilo y de una cultura de consumo, también constituye el sistema de los valores de una sociedad (lo que rebasa el ámbito económico).³⁸ Esto significa que en la publicidad los bienes de consumo tienen “valor propio” (un *valor fetiche*);³⁹ o sea, un valor independientemente de su origen y con una capacidad de apropiarse del mundo llenándolo con su simbología y prometiendo satisfacer las carencias vitales. De esta forma, la publicidad funge como guía u orientación en la forma de organizar y vivir la vida toda.

El inicio de este mecanismo lo establece Wischermann⁴⁰ entre 1850-1890 con la Gran Exposición Mundial de Londres (1851). En esta primera fase del desarrollo publicitario comienza la publicidad a constituir una cultura y una forma de vida, gracias a la autonomía que ganan los productos frente al consumidor (*i. e.*, frente a sus necesidades) y a la apropiación de los valores indispensables para la socialización. En la segunda fase de su desarrollo, que tiene lu-

³⁷ Wischermann, Clemens, 1995, p. 204.

³⁸ Clemens Wischermann lo expresa así: “Hier wird die These aufgestellt, daß «consumerism», also Stil und Kultur einer Konsumgesellschaft, in der Werbung ausgebildet und dargestellt worden ist, schon bevor es einen gesellschaftlichen Übergang in eine Konsumgesellschaft mit Massenbasis überhaupt gegeben habe... [Demzufolge] war die Werbung also kein Zivilisationsnachfolger, sondern kreierte eine eigene neue Orientierungswelt, eine neue, Ordnung der Dinge”. *Cfr.*, 1995, p. 13.

³⁹ Sobre el concepto de *valor fetiche*, *cfr.* Marx, Karl, *Das Kapital*. Erster Abschnitt: Waren und Geld. Kapitel I: die Waren. 4. der Fetischismus der Waren und ihr Geheimnis.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 228.

JOSÉ MAÑÓN GARIBAY

gar en opinión de Wischermann hasta 1960, se desarrolla la publicidad completamente fuera de la estricta función comercial. Aquí ya se encuentran en primer plano la *estética del anuncio* y no más la influencia de éstos en los hábitos de consumo. Aquí es también cuando la publicidad crea sus propios valores y deja de reflejar los de la sociedad que le dio vida. Y, por último, aquí también es cuando se comienza a hablar de escuelas de publicidad, como antaño se habló de las escuelas de arte o de filosofía. En la última fase, a partir de los noventa y hasta nuestros días, el desarrollo publicitario es tal que amenaza a los valores establecidos, *i. e.*, entra en conflicto como cultura de masa con la cultura tradicional,⁴¹ y se constituye —dice Wischermann— en una *estética de la vivencia mundana*. De esta manera, llegamos, según Wischermann,⁴² a la autonomía total de la publicidad, donde a través de ella ya no se promueve un producto o su consumo, sino a ella misma para ser aceptada como parte de la expresión cultural (independiente de un pueblo determinado o época). Entonces, el anuncio aparece como un ícono o, para decirlo en el lenguaje actual, como un código universal para acceder al “presente” y a la actualidad social. Según Wischermann, la publicidad se desarrolló a partir de la economía capitalista hasta constituir una estética de consumo y una *Weltanschauung: i. e.*, una forma de percibir y un deseo de poseer el mundo.

Con esta explicación del profesor de la universidad de Constanza, Clemens Wischermann, sobre la autonomía de la publicidad, es posible exponer el papel del fetiche como factor decisivo en la construcción de la realidad social, siguiendo los tres puntos enunciados por Wulf D. Hund y Bärbel Kirchoff-Hund (*i. e.*, tematización, sincronización, observación), pero enfocados a la comunicación/publicidad política en su relación 1) con los consumidores-votantes, 2) impacto en sus preferencias políticas, y 3) incitación a la participación activa o pasiva.

⁴¹ Un ejemplo de esto son las campañas publicitarias en los años noventa del italiano Oliviero Toscani, realizadas para la publicidad de ropa *Benetton*, donde presentaba a heridos de guerra, enfermos de sida o condenados a muerte en los Estados Unidos de Norteamérica.

⁴² *Ibidem*, p. 254.

V. LA CONSTRUCCIÓN DE LOS VALORES CIUDADANOS A TRAVÉS DE LA COMUNICACIÓN POLÍTICA

Sobre el *primer punto* (*i. e.*, la relación de la publicidad política con la vida real de los consumidores-votantes) es necesario entender que la publicidad no tiene exclusivamente el fin de promover el consumo de un producto político (programa de gobierno), sino obligar a adoptar una *Weltanschauung*. Esto queda claro cuando se entiende lo que implica la publicidad con relación a la aceptación social a través del consumo.

Tomemos como ejemplo el deseo de conquistar a alguien promoviendo nuestra propia imagen (o la imagen del candidato). Nadie impresiona a nadie con la simple referencia de ciertos datos biográficos tipo *curriculum vitae*. Más bien, lo que utilizaremos es una imagen, un icono, que tenga significado social relevante para la persona con quien hablamos. ¿Qué quiero decir con “significado social relevante”? Que a través del ícono o imagen que adoptemos, promovemos nuestras actitudes, formas de vida y reflexión sobre las cosas con el fin de que se nos reconozca como valioso. Y con el *valor de ser* introducimos algo más que inteligibilidad en nuestra forma de ser. Con el *valor de ser...* introducimos un atractivo para la persona de nuestras querencias (*i. e.*, el votante). El *valor de ser* pretende más que dotar de sentido informativo; implica toda una *estética de consumo* o deseo de poseer el mundo como los describe la campaña política.⁴³

Entonces, la publicidad política no trabaja en la promoción de una marca o idea con la información escueta del producto, sino con imágenes que encarnan valores y convicciones. La publicidad política comunica concepciones de vida a través de imágenes o íconos. Piénsese en la promoción de *la estabilidad económica, el progreso social o el México de los pobres* asociado a la imagen de una familia departiendo tranquilamente en la sala de su casa, una mujer joven al frente de su propia empresa o un niño indígena camino a la escuela. Con base en estos ejemplos se puede hacer una analo-

⁴³ Sobre la estética de la publicidad: Wischermann, Clemens, 1995, y Luhmann, Niklas, 1991.

JOSÉ MAÑÓN GARIBAY

gía, de la mano de Bruno Bettelheim y su libro *Los niños necesitan cuentos*,⁴⁴ diciendo que los hombres necesitan íconos, porque éstos proporcionan orientación en la vida al ser fácilmente inteligibles. ¿Qué significa *estabilidad económica, progreso social o el México de los pobres*? Las imágenes respecto a cada caso posibilitan identificar el amasijo de datos relevantes, y que constituyen políticamente el contexto económico, social e indígena del México deseable.⁴⁵ Porque si se reflexiona sólo por un momento en todo lo que impacta nuestros sentidos al movernos por la ciudad (o el país), la cantidad de información en códigos múltiples que deben ser aprehendidos para saber lo que significa en la práctica *estabilidad económica, progreso social o el México de los pobres*, entonces se entiende la importancia comunicativa de las imágenes y la posibilidad que brindan para descifrar rápidamente esos significados pertinentes y ubicarlos en la jerarquía de nuestras prioridades políticas.

Así como un aviso de “PELIGRO” frente a un cesto de basura no es un mensaje significativo, como sí lo es frente a un socavón; de la misma forma, las imágenes de publicidad política (contextualizadas) nos enseñan a diferenciar rápidamente el sentido del sinsentido, lo importante de lo superfluo, lo correcto de lo obtuso, el bien del mal, lo políticamente correcto de lo desatinado.⁴⁶

En un mundo saturado de información, la publicidad política presenta mensajes fácilmente descifrables que nos ayudan a encontrar el rumbo correcto, incluso fuera del mercado de consumo o elecciones presidenciales,⁴⁷ porque las imágenes publicitarias

⁴⁴ Bettelheim, Bruno, *Kinder Brauchen Märchen*, München, Deutscher Taschenbuch, 1980, 400 pp.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Kaiser, Andreas, 1980, p. 124.

⁴⁷ Evidentemente, los iconos o imágenes, que antaño orientaban nuestras vidas, pierden vigencia y pertinencia (ya sea los provenientes de la religión o de las ideologías políticas); por eso, puede hablarse de tiempo en tiempo de una crisis de iconos o imágenes del pasado, donde el vacío que dejan debe ser ocupado por otros nuevos. Esto significa que las imágenes publicitarias tienen un valor que va más allá de su sentido consumista o económico, porque ellas representan la actualidad del ideal de vida, lo que es menester hacer u omitir, en tiempos donde esa función ya no la cumple el ensayo o la arena política.

SOBRE EL DERECHO A MENTIR, VERDAD Y POSVERDAD...

ofrecen el código con el que está programado nuestro *politische Lebenswelt*.

El *segundo punto* (i. e., el impacto de la publicidad en las preferencias políticas) va más allá que el anterior y afirma que la publicidad no simplemente presenta íconos o ideogramas para interpretar el mundo. En principio, pareciera que la “vida natural” del hombre (la vida sin publicidad) es hasta cierto punto tranquila y fácilmente saciable. Pero, más bien, ocurre que los consumidores-ciudadanos poseen un sinnúmero de deseos que luchan entre sí para ser satisfechos de manera imperante y exclusiva. Los deseos del consumidor político son contradictorios y lo inclinan en direcciones opuestas, según la naturaleza de cada deseo (por ejemplo, recolección de basura, agua potable suficiente, seguridad, áreas verdes, mercados y escuelas a la mano, etcétera). Por un lado, cada deseo lucha por imponerse, y, por otro, el consumidor político tiene que controlar el impulso de sus distintos deseos para lograr un pensamiento y una vida social armónica.⁴⁸ Ante estos deseos en pugna, las propuestas de la publicidad aparecen como un tranquilo coro de iglesia, jerarquizando los deseos y adjudicándoles su prioridad.

El problema de la vida política consiste en controlar todos los deseos que luchan prácticamente en un mismo momento por ser satisfechos. Regular deseos, jerarquizarlos, estructurarlos y darles su pertinencia adecuada, según el momento y situación, significa el éxito en la publicidad política.

El consumidor-votante necesita de ayuda para esa tarea,⁴⁹ y esa ayuda viene de las imágenes publicitarias, como antaño venían de las imágenes religiosas. Hoy día son las campañas publicitarias las que otorgan ayuda a los consumidores, mostrando las imágenes del mundo deseable y del orden adecuado de nuestras propensiones.⁵⁰ Por ejemplo: ¿no es el niño indígena, ataviado con su vestimenta típica y camino a la escuela bordeada de magueyes, la campaña publicitaria que mejor expresa el deseo de progreso y respeto a las tradiciones mexicanas? Aquí se observan deseos encontrados (y hasta contradictorios), progreso y tradición, en armonía perfecta.

⁴⁸ Görke, Alexander y Kohring, Matthias, 1996, p. 423.

⁴⁹ Luhmann, Niklas, 1998, p. 1098.

⁵⁰ *Idem*.

JOSÉ MAÑÓN GARIBAY

Entonces, las imágenes de la propaganda política presentan los deseos y las necesidades sociales y, además, la orientación pertinente en la forma como se concilian las propuestas en pugna.⁵¹

Sobre el *tercer punto* (i. e., la incitación de la publicidad política a la participación activa o pasiva) hay que decir que la vida cotidiana se ha vuelto un anuncio de productos diversos; porque así como la publicidad impregna de sentido el hecho de fumar, beber, conducir un auto, también la publicidad política impregna de sentido el hecho de elegir una idiosincrasia política. Cada cual practica en la vida diaria la publicidad de los productos que utiliza; y, sobre todo, al incorporarlos a su forma de ser cotidianamente, defiende y respalda una visión del mundo, de sus aspiraciones e ideales.⁵²

Esto es claro hoy día en las redes sociales, donde cada cual es un publicista de sí mismo y de los productos que consume. Esto no se refiere a la defensa que antaño hacíamos de nuestras opiniones,⁵³ sino a la inevitable campaña publicitaria que realizamos a diario al consumir una bebida, elegir una marca de cigarro, conducir un auto o votar por un candidato o partido. Cada actitud tiene un referente publicitario y manifiesta la concepción de vida creada por la publicidad, sea que elijamos ser un “fifí” o un “chairo” en nuestra vida.⁵⁴

La diferencia entre la publicidad presentada en los anuncios y la publicidad cotidiana que encarna en nuestras vidas reside en que la primera se hace presente como acción consciente, y la segunda, como reacción inconsciente. Esto es, así como el mejor anuncio de una cerveza es el gesto de frescura cuando se da el primer trago en el bar, de la misma manera en la vida diaria cuando un colega entrañable (futbolista o estrella de rock) se inclina por un candidato y sus ideas, entonces es cuando el partido ha encontrado a su mejor publicista.

⁵¹ Wolfgang-Fritz, Haug. Hay que considerar que este autor no consideró la autonomía de la publicidad como sí lo hizo su compatriota Wischermann, 1996.

⁵² Baudrillard, Jean, 1989, pp. 34 y ss.

⁵³ Ciertamente, defender una postura u opinión es, de alguna manera, recomendarla o hacerle publicidad.

⁵⁴ “Fifí” es un equivalente de aburguesado, y su contrario, “chairo”, significa popular o vulgar. *Cfr.*, Haug, Wolfgang-Fritz, 1980.

SOBRE EL DERECHO A MENTIR, VERDAD Y POSVERDAD...

De esta forma, la publicidad está presente en todos los ámbitos de la vida, sus imágenes o íconos impactan en la vida cumpliendo una función orientadora, y al estructurar (ordenar y jerarquizar) los deseos, ayuda a tomar decisiones y realizar acciones; por tanto, dota de sentido al *Lebenswelt* político.

El mundo del consumidor-votante y el de la publicidad política no se encuentran en oposición, aunque ciertamente tampoco son lo mismo: el mundo de la publicidad política pretende orientar al consumidor-votante, y éste a su vez intenta participar en la vida pública según sus anhelos y valores “aspiracionales” fetiche.⁵⁵

VI. CONCLUSIONES: COMUNICACIÓN POLÍTICA, POSVERDAD Y CIUDADANÍA

Las críticas del llamado *círculo rojo* a la publicidad política han sido comúnmente que ésta no tiene que ver con los ciudadanos, porque 1) es ajena a la vida real de los consumidores-votantes; 2) no tiene impacto en las preferencias políticas; 3) no incita a la participación social. Esto sería justo si la publicidad política se redujera y permaneciera en espectaculares o anuncios de televisión, Internet, radio o periódicos; pero cuando se observa que moldea la actitud de los consumidores-votantes al transmitir imágenes representativas de *valores aspiracionales* (para llamarlos de alguna forma), entonces se entiende que la crítica es inapropiada. Es verdad que estos valores acusan una cierta contrariedad mutua, como el valor de la sociedad solidaria y competitiva, progresista y tradicional, verde-responsable y consumidora voraz de la moda, etcétera; pero el carácter aspiracional e irrealizable concilia los opuestos en tanto son valores deseables, pero no deseados.

La comunicación política, excediendo su condición de *spot* publicitario, no busca simplemente el voto, sino configurar una postura frente a la vida, organizando y jerarquizando los problemas sociales y ofreciendo un proyecto “aspiracional” de nación, lo que le confiere su condición de *valor fetiche*, incuestionable y eterno.

⁵⁵ Schmidt, J. Siegfried, 1995, pp. 98 y ss.

JOSÉ MAÑÓN GARIBAY

Si Platón dramatiza la situación de Sócrates cuando planteaba la mentira noble, es porque ésta le resultaba monstruosa. Además, no le parecía posible que alguien creyera en ella más allá de su infancia; por ello, recomendaba inculcarla en el periodo *precrítico infantil* y justificarla siempre en el bien común (VII. 520a-d). En contraposición, la mentira política hoy día es cínica y descarada. Esto puede operar en contra suya, pese a que los medios tecnológicos la hagan día a día más persuasiva.

Por otro lado, la consideración de Platón sobre la mentira noble (sobre todo como mito fundacional) consistía en que ésta debía enraizar en algo sobrehumano y estar situada en el pasado remoto, porque de esto dependía su credibilidad y falta de contradicción con el presente. En contraste, la seducción de la mentira política actual reside en ubicarla en un futuro anhelado (promesa perenne e inalcanzable), que, como el horizonte en altamar, permanece huidizo por más que se avance a su encuentro. En esto consiste su seducción: ser anhelada e inaccesible; especie de utopía/distópica.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARENDRT, Hannah, "El concepto de historia: antiguo y moderno," en *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política*, Barcelona, Ediciones Península, 1996.
- BAUDRILLARD, Jean, "Requiem für die Medien", en BAUDRILLARD, Jean, *Kool Killer oder Aufstand der Zeichen*, Berlin, Merve, 1978.
- BAUDRILLARD, Jean, "Videowelt und fraktales Subjekt", en *Ars Electronica. Philosophien der neuen Technologie*, Berlín, Merve, 1989
- BAUDRILLARD, Jean, *Das System der Dinge. Über unser Verhältnis zu den alltäglichen Gegenständen*, Frankfurt am Main/New York, Campus, 1991.
- BERGER, Peter L. y LUCKMANN, Thomas, *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit*, Frankfurt am Main, Fischer, 2001.
- CASSIRER, Ernst, *Antropología filosófica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1945.

SOBRE EL DERECHO A MENTIR. VERDAD Y POSVERDAD...

- COOK, Guy, *The Discourse of Advertising*, London/New York, Routledge, 1992.
- Enciclopedia Kleine Brockhaus*, t. II (de la L hasta Z), Wiesbaden, Eberhard Brockhaus, 1950.
- ENZENSBERGER, Hans Magnus (editor y autor), “Baukasten zu einer Theorie der Medien”, en ENZENSBERGER, Hans Magnus, *Kursbuch 20*, Berlín, Matthes & Seitz, 1970.
- GIDDENS, Anthony *et al.*, *Soziologie*, Viena, ediciones Nausner & Nausner, 1995.
- GÖRKE, Alexander y KOHRING, Matthias, “Unterschiede, die Unterschiede machen: Neuere Theorieentwürfe zu Publizistik, Massenmedien und Journalismus”, en *Publizistik 41*, Cuaderno 1, Springer Professional, 1996.
- HARTMANN, A. Hans y HAUBL, Rolf, “Bilderflut und Sprachmagie”, en *Fallstudien zur Kultur der Werbung*, Opladen, Westdeutscher, 1992.
- HAUG, Wolfgang-Fritz, “Werbung und Konsum”, en *Systematische Einführung. Warenästhetik und kapitalistische Massenkultur*, Berlín, Argument, 1980, t. I.
- HELLER, Eva, *Wie Werbung wirkt. Theorien und Tatsachen*, Frankfurt am Main, Fischer, 1984.
- HÖLSCHER, Barbara, *Lebensstile durch Werbung? Zur Soziologie der Life-Style-Werbung*, Opladen, Westdeutscher, 1998.
- HORKHEIMER, Max y ADORNO, W. Theodor, “Kulturindustrie”, en *Dialektik der Aufklärung*, Frankfurt am Main, Fischer, 1988.
- HÖSLE, Vitorio, *Moral und Politik*, München, C. H. Beck, 1997.
- HUND, D. Wulf y KIRCHHOFF-HUND, Bärbel, *Soziologie der Kommunikation. Arbeitsbuch zu Struktur und Funktion der Medien. Grundbegriffe und exemplarische Analysen*, Hamburg, Rowohlt, 1980.
- KAISER, Andreas, *Werbung, Theorie und Praxis werblicher Beeinflussung*, München, Franz Vahlen, 1980.
- KRIEGESKORTE, Michael, *100 Jahre Werbung im Wandel: eine Reise durch die deutsche Vergangenheit*, Köln, Du Mont, 1995.

JOSÉ MAÑÓN GARIBAY

- LUHMANN, Niklas, *Soziologische Aufklärung 3. Soziales System, Gesellschaft, Organisation*, Wiesbaden, Springer, 1991.
- LUHMANN, Niklas, *Die Realität der Massenmedien*, Opladen, Westdeutscher, 1995.
- LUHMANN, Niklas, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998, ts. I y II.
- MAQUIAVELO, Nicolás, *El príncipe*, Barcelona, Biblioteca de los Grandes Pensadores, 2004.
- MARCINKOWSKI, Frank, *Publizistik als autopoietisches System. Politik und Massenmedien. Eine systemtheoretische Analyse*, Opladen, Westdeutscher, 1993.
- MARX, Karl y ENGELS, Friedrich, *Die deutsche Ideologie. Kritik der neuesten deutschen Philosophie in ihren Repräsentanten Feuerbach, B. Bauer und Stirner und des deutschen Sozialismus in seinen verschiedenen Propheten*, Berlín, De Gruyter Akademie Forschung (libro electrónico), 1846, t. 5.
- MCLUHAN, Marshall, *Die magischen Kanäle. Understanding Media*, Basel, ECON, 1995.
- MONTANI, Marco, “Paradise lost. Warum viele Unternehmen vom Internet enttäuscht sind”, en *Kursbuch Internet. Anschlüsse an Wirtschaft und Politik, Wissenschaft und Kultur*, Mannheim, Bollmann, 1996.
- PLATÓN, *La República*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 2000.
- SCHMIDT J., Siegfried, “Werbung zwischen Wirtschaft und Kunst”, en J. SCHMIDT y B. SPIEß, (eds.), *Werbung, Medien und Kultur*, Opladen, Westdeutscher, 1995.
- STRAUSS, Leo, *Meditación sobre Maquiavelo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964.
- TOSCANI, Oliviero, *Die Werbung ist ein lächelndes Aas*, Mannheim, Bollmann, 1996.
- WEBER, Max, *Politik als Beruf*, Stuttgart, Reclam, 1997.

SOBRE EL DERECHO A MENTIR. VERDAD Y POSVERDAD...

WERNER Fuchs-Heinritz *et al.*, *Lexikon zur Soziologie*, Wiesbaden, Springer, 2011.

WISCHERMANN, Clemens, “Der kulturgeschichtliche Ort der Werbung”, en BORSCHIED, Peter y WISCHERMANN, Clemens (eds.), *Bilderwelt des Alltags*, Stuttgart, Franz Steiner, 1995.

UN MOMENTO NO DISCURSIVO EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO, UNA APROXIMACIÓN DE MATRIZ ARISTOTÉLICA*

*A NON-DISCURSIVE MOMENT IN LEGAL REASONING,
AN ARISTOTELIAN APPROACH*

Pedro RIVAS PALÁ**

Resumen:

Este trabajo trata de mostrar que en el razonamiento práctico hay al menos un elemento no discursivo. En segundo lugar, sostiene que ese elemento, aunque no sea discursivo, no es irracional. El empeño de la lógica jurídica y de las teorías de la argumentación jurídica es tratar de explicar cada uno de los pasos que debe dar quien razona en el ámbito del derecho. En la formación y construcción de los fundamentos de una decisión existen aspectos donde no hay discurso, sino más bien hallazgo de la solución o de los elementos necesarios para alcanzar la solución. Por desgracia, todo esto ha sido caracterizado en nuestro lenguaje habitual como intuición, en el mejor de los casos, o de empatía o instinto. Por lo anterior, vamos a intentar mostrar que tales elementos no discursivos son máximamente racionales. Es decir, que lejos de expresar lo inexpresable por irracional e incommunicable, se presentan paradójicamente como momentos donde la razón preside el acceso a la realidad y lo hace de manera certera y precisa.

Palabras clave:

Razonamiento práctico; *synesis*; Aristóteles; argumentación jurídica.

* Artículo recibido el 14 de noviembre de 2018 y aceptado para su publicación el 23 de noviembre de 2019.

** Universidad de La Coruña, pedro.rivas@udc.es.

PEDRO RIVAS PALÁ

Abstract:

In a first stage, this paper tries to show that in practical reasoning there is at least one non-discursive element. Then, it maintains that this element, although it is not discursive, is not irrational. The aim of the legal logic and legal argumentation theories is to try to explain each of the steps that must be taken by the person who reasons in the field of Law. In the formation and construction of the foundations of a decision there are aspects where there is no discourse, but rather a finding of the solution or the necessary elements to reach a solution. Unfortunately, all this has been characterized in our usual language as intuition, empathy or instinct. Therefore, we will try to show that such non-discursive elements are maximally rational. That is to say, far from expressing the inexpressible as irrational and incommunicable, they paradoxically appear as moments where reason presides the access to reality in an accurate and accurate manner.

Keywords:

Practical Reasoning; Synesis; Aristotle; Legal Argumentation.

UN MOMENTO NO DISCURSIVO EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO...

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los términos del problema*. III. *La syne-
sis aristotélica*. IV. *La syne-
sis y la prudencia*. V. *El carác-
ter dialógico de la syne-
sis*. VI. *La naturaleza de la syne-
sis*. VII. *La syne-
sis en la teoría del conocimiento jurídico*.
VIII. *Excursus: una posible traducción*. IX. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este trabajo es mostrar que hay al menos un elemento no discursivo en el ámbito del razonamiento práctico, y tratar de comprenderlo. En segundo lugar, se trata de mostrar que ese elemento, aunque no sea discursivo, no es irracional. En este sentido, el razonamiento jurídico, como ejemplo de juicio práctico, prudencial en este caso, tendrá también elementos o momentos no discursivos. Esta tesis puede resultar desconcertante porque precisamente el empeño de la lógica jurídica y de las teorías de la argumentación jurídica es tratar de explicar cada uno de los pasos que debe dar quien razona en el ámbito del derecho. Para ello, se nos muestran también los errores a evitar en forma de incoherencias, falacias, déficits, inconclusiones, etcétera. La manera de comprender y sobre todo de fiscalizar la argumentación en derecho pasa concretamente por la descripción del discurso jurídico, entendido como una concatenación de razones que fundamentan una decisión.

Es evidente que uno de los puntos de partida del razonamiento jurídico, el propio derecho objetivo, no se plantea discursivamente porque no necesita justificación. Es más, por eso es un punto de partida. Pero no nos referimos a esta cuestión. A lo que se apunta es a que en la formación y construcción de los fundamentos de una decisión existen aspectos donde no hay discurso, sino más bien hallazgo (*inventio*) de la solución o de los elementos necesarios para alcanzar la solución. Por desgracia, todo esto ha sido caracterizado en nuestro lenguaje habitual como intuición, en el mejor de los casos, o de empatía o instinto. Tales palabras nos remiten en su uso común al mundo de lo irracional, o al menos de lo inexplicable, que es aquel que pretendemos evitar a toda costa. Hablar de intuición nos lleva a ámbitos como el de la creación artística, rodeados de misterio para

PEDRO RIVAS PALÁ

el común de los mortales, y, en todo caso, inaccesibles. Otras expresiones propias del hablar coloquial emplean metáforas (tener buen ojo, llevarlo en la sangre, darse bien algo), lo que nos conduce de nuevo hacia ámbitos poéticos y, por tanto, carentes de explicación científica. Por lo anterior, se hace necesario adelantar en este punto que vamos a intentar mostrar que tales elementos no discursivos son precisamente máximamente racionales. Es decir, que lejos de expresar lo inexpressable por irracional e incommunicable, se presentan paradójicamente como momentos donde la razón preside el acceso a la realidad y lo hace de manera certera y precisa.

II. LOS TÉRMINOS DEL PROBLEMA

El origen de la cuestión surge de considerar que la mayor parte de las decisiones que tomamos en el ámbito práctico carecen de proceso deliberativo. Con esto no me estoy refiriendo ni única ni principalmente al género de acciones que hacemos ordinariamente y que ejecutamos de manera maquinal o por costumbre, como se acostumbra a decir. Se trata de algo diferente. Por ejemplo, en las relaciones que se dan en el terreno educativo (sea institucional o familiar), en el mundo laboral, en las relaciones médico-paciente o en el del juego, tomamos decisiones de manera constante, y se hacen de modo inmediato, muchas veces de forma reactiva a las acciones ajenas. La inmediatez de nuestra acción tiene que ver con que se trata de acciones que no pueden esperar más tiempo a ser llevadas a cabo, o simplemente porque no parecen *a priori* tan graves como para requerir una deliberación. Por ejemplo, toda acción de una madre o de un padre ante sus hijos, especialmente cuanto más pequeños sean, es de alguna manera educativa. Más aún si tiene que ver con lo que los hijos quieren, hacen o piden. Con sus numerosas variaciones de edad, número, entorno, etcétera, es fácil caer en la cuenta de la relevancia de cada acción de un padre o una madre en la educación y formación de sus hijos. En el terreno de las relaciones laborales, cada acción repercute muchas veces en las personas con las que trabajamos, sean superiores, iguales, subordinadas, clientes, proveedores, etcétera. Como en el ejemplo anterior, la relevancia de dichas accio-

UN MOMENTO NO DISCURSIVO EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO...

nes será variada, pero en todo caso hay detrás algún género de decisión por parte del agente. Por último, por su relevancia actual y por lo mucho que ha sido estudiado, vale la pena detenerse en las decisiones médicas de relevancia ética. Si bien es cierto que muchas de ellas cuentan con protocolos de actuación previos, y otras se pueden remitir a comités de ética hospitalaria, quedan a mitad de camino una considerable cantidad de situaciones donde no hay ni protocolo ni comité, o donde hay que interpretar una regla de tales protocolos. Estamos ante acciones con un importante componente ético, del que dependen bienes ajenos, y que dependen de la capacidad del médico para hacerse cargo de circunstancias ajenas. Por poner un ejemplo, el deber de facilitar el consentimiento informado depende, en gran medida, de comprender a quién se le está informando y cuál es la información que requiere recibir, incluso evaluar muchas veces las capacidades y condiciones de quien tiene que dar el consentimiento. En estos ejemplos, no se escapa la dimensión ética de nuestras acciones, pues en ellas se busca el bien ajeno (el del hijo, o el bien común de la empresa o de la sociedad, el del paciente), que es en muchos casos un bien propio (ser buen padre, buena madre, buen trabajador, buen médico).

En otro tipo de acciones, como el juego, se pone de manifiesto de manera quizá más patente esta necesidad de la inmediatez de la acción. En la medida en que el número de jugadores es mayor, son más numerosos los elementos a tener en cuenta al decidir, y en la mayoría de los deportes, como ejemplo de juegos, no hay tiempo para deliberar sobre la propia acción a desarrollar. Con todo, en el caso del juego, el aspecto ético no queda tan claro como en los ejemplos anteriores. Pero se remarca más la idea de inmediatez.

A mi modo de ver, lo que llama la atención es que a pesar de la dificultad que el agente debe afrontar por la ausencia de tiempo, somos capaces de identificar a quienes toman decisiones de este género de manera correcta. En efecto, las consecuencias o los resultados de dichas acciones se ponen de manifiesto en las demás personas; por ejemplo, en el carácter y forma de ser de los hijos, en la vida de quienes comparten un lugar de trabajo, en los beneficios de la empresa o en el servicio público que se presta, en los resultados del juego que se practique. Eso hace que hablemos de *buen* madre, *buen* padre,

PEDRO RIVAS PALÁ

buen trabajador, *buen* médico, y, en un sentido diferente, *buen* jugador. Y de hecho si discutimos a la hora de calificar así a las personas o a uno mismo, es porque de alguna manera pensamos que se puede ser bueno, excelente, óptimo, en esas acciones.

Lo que se acaba de explicar acerca de la educación, del trabajo, de la práctica de la medicina o del juego puede extenderse a otros sectores de nuestra acción en otros tipos de relaciones interpersonales (afectivas, económicas, de vecindad, etcétera). Pareciera que el acierto que se da en tales acciones tiene que tener un origen singular cuando ocurre que la mayoría de tales acciones son propias de la inmediatez. Esta inmediatez se percibe más claramente cuando muchas veces son reactivas a una situación determinada que no se espera. Pero no hace falta que sea reactiva a nada para que la decisión no lleve detrás una deliberación.

Ahora bien, la ausencia de deliberación no significa que la acción no sea racional. Es más, el acierto en tales acciones muestra por el contrario que se trata de decisiones máximamente racionales. No sólo eso, sino que el agente es capaz *a posteriori* de explicar el sentido de su decisión, dando buenas razones de su curso de acción, que son compartidas por quienes le escuchan. Habitualmente, además, el agente no acierta por ser capaz de tomar en consideración todos los elementos involucrados, sino precisamente por focalizarse en la razón relevante para actuar como lo ha hecho. Cabe entonces preguntarnos qué es lo que hay en el ser humano que lo hace capaz de obrar así, sin un proceso de deliberación racional y, sin embargo, con un innegable acierto. Como se ve, nos encontramos ante aspectos no discursivos de nuestras decisiones prácticas. Las expresiones que se mencionaban al principio, como tener intuición o capacidad empática o las más claramente metafóricas, no pretenden ser explicativas de nada, y más bien expresan nuestra aparente incapacidad para comprender racionalmente nuestras acciones. Ahora bien, si son exitosas habitualmente y el agente puede justificarlas, no tiene sentido pensar que son precisamente irracionales.

Con todo, hay que señalar, antes de seguir, que no parece acertado relacionar estas acciones con los instintos humanos. Lo característico del ser humano es precisamente la carencia casi completa de instintos, la plasticidad de los mismos y la necesidad de aprendizaje

UN MOMENTO NO DISCURSIVO EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO...

que debe acompañarlos. En este punto, la obra de Arnold Gehlen sigue siendo una referencia clara e insoslayable. En efecto, lo que llama la atención al pensador alemán es la posibilidad de existencia de un ser como el humano que está expuesto a la descomunal capacidad de error y perturbabilidad de la conciencia. Y al mismo tiempo la falta en el mismo ser de una dotación de instintos que funcionen con seguridad.¹ O dicho de otro modo, cómo hace para mantenerse simplemente en vida un ser así, con esa concreta constitución corporal.² Y es que dicha constitución lo muestra ante todo como un ser de carencias, sumamente imperfecto, e incluso imposible, paradójico en su corporalidad en comparación con el animal.³ Morfológicamente, en sentido biológico, el ser humano se caracteriza por su no adaptación, no especialización y primitivismo. Dentro de las condiciones naturales, originales y primitivas, hace ya mucho tiempo que se hubiera extinguido. En definitiva, desde el punto de vista orgánico es un ser carente de medios, carente de instintos, dejado a sí mismo,⁴ a tal punto que se pregunta cómo puede vivir un ser biológicamente monstruoso como el ser humano, un ser que no es comparable con ningún otro animal.⁵

Lo anterior le lleva a rechazar toda aproximación al ser humano que parta del esquema según el cual compartimos los instintos con los animales, y es la inteligencia lo que nos distingue de ellos. En realidad, existe una diferencia estructural que lo impregna todo.⁶ Por eso ni siquiera se puede transferir el concepto de instinto propio de los animales al ser humano.⁷ La singular relación en el ser humano entre inteligencia y biología en el ser humano fue señalada desde la antigüedad. En esa línea se inscribe el conocido pasaje aristotélico donde afirma que aunque ya Anaxágoras sostuvo que el hombre es el más inteligente de los animales porque tiene manos, en realidad

¹ Gehlen, A., *El hombre: su naturaleza y su lugar en el mundo* (1940), trad. de Fernando-Carlos Vevia Romero, Salamanca, Sígueme, 1987, p. 14.

² *Ibidem*, pp. 17 y 18.

³ *Ibidem*, p. 22.

⁴ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

⁵ *Ibidem*, p. 40.

⁶ *Ibidem*, pp. 24 y 25.

⁷ *Ibidem*, p. 29.

PEDRO RIVAS PALÁ

habría que decir que tiene manos por ser el más inteligente de los animales.⁸

III. LA SYNESIS ARISTOTÉLICA

Aristóteles habla en la *Ética a Nicómaco* de unas disposiciones para saber discernir lo que es objeto de la prudencia.⁹ Una de ellas puede darnos la explicación del problema que hemos planteado. Con todo, es necesario ubicar, aunque sea de manera breve y comprimida, el sentido aristotélico de prudencia.

Para introducir sucintamente la visión aristotélica de la prudencia hay que comenzar por recordar su distinción entre los objetos del conocimiento humano. “Lo que es objeto de ciencia es necesario. Luego es eterno, ya que todo lo que es absolutamente necesario es eterno, y lo eterno, ingénito e imperecedero. Además toda ciencia parece susceptible de ser enseñada, y todo lo que es objeto de ella, de ser aprendido”.¹⁰ En el lado opuesto, “entre las cosas que pueden ser de otra manera están lo que es objeto de producción (ποίησις) y lo que es objeto de acción (πραξις)”.¹¹ Esta última es objeto de la prudencia (φρονεσις). En efecto, cuando Aristóteles habla de acción (πραξις) se refiere a aquellas acciones cuyo fin es hacerlas bien.¹² Y en el caso de los seres humanos se trata de vivir bien, y en ese caso el fin de la praxis humana no es distinto de ella misma.¹³

Pero no solamente se trata de realidades no necesarias, sino que también hay otro rasgo de importancia. En concreto, refiriéndose a la prudencia, afirma: “Que la prudencia no es ciencia es evidente. En efecto, se refiere a lo más particular, como se ha dicho, porque lo práctico es de esta naturaleza”.¹⁴ Más claramente pone en relación

⁸ *De partibus animalium*, IV 10, 686b 5ss.

⁹ *Ética a Nicómaco*, VI 11, 1143a29-30. Se emplea la traducción de Julián Marías y María de Araujo (1949), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994. A partir de ahora se cita EN y la numeración de la edición de Bekker.

¹⁰ EN, 1139b 23-25.

¹¹ EN, 1140a 1-2.

¹² EN, 1139b 3-4.

¹³ EN, 1140b 7.

¹⁴ EN, 1142a 30.

UN MOMENTO NO DISCURSIVO EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO...

los caracteres de particularidad, practicidad y la índole de acción: “Tampoco versa la prudencia exclusivamente sobre lo universal, sino que tiene que conocer también lo particular, porque es práctica y la acción tiene que ver con lo particular”.¹⁵

Sin embargo, Aristóteles no renuncia a la condición de verdad cuando se trata del conocimiento no científico. Por ejemplo, cuando afirma que “del entendimiento teórico y no práctico ni creador, el bien y el mal son, respectivamente, la verdad y la falsedad, mientras que el bien de la parte intelectual pero práctica es la verdad que está de acuerdo con el deseo recto”.¹⁶ Con todo, en este caso nos encontramos ante una verdad que no está separada de la utilidad, porque “el presente tratado no es teórico como los otros pues no investigamos para saber qué es la virtud, sino para ser buenos, ya que en otro caso sería totalmente inútil”.¹⁷ Por eso, “con razón se dice que realizando acciones justas se hace uno justo... Y sin hacerlas ninguno tiene la menor probabilidad de llegar a ser bueno”.¹⁸ Como la teoría se ocupa de lo que existe ya por sí mismo, no posee la virtud de realizar bien alguno, y así “la reflexión de por sí no pone nada en movimiento, sino la reflexión orientada a un fin y a una práctica”.¹⁹ Por eso, en este caso la verdad no podrá consistir en adecuación alguna, por la sencilla razón de que carecemos de un objeto que aparezca por sí, porque estamos ante una realidad que tenemos que hacer surgir nosotros mismos. La verdad práctica es una verdad operativa. Es algo que ha de ser hecho, producido, realizado, de manera operativa. La verdad práctica debe tener ella misma carácter de praxis. Con frase precisa, aunque de complicada traducción, lo ha explicado el Estagirita: “Las cosas que hay que aprender a hacer, las aprendemos haciéndolas”. O en traducción más libre: “Para saber lo que tenemos que hacer hay que hacer lo que queremos saber”.²⁰

De ahí que Aristóteles sostiene que estamos ante un saber acerca del propio sujeto: “el que sabe sobre uno mismo y actúa en conse-

¹⁵ EN, 1141b 15.

¹⁶ EN, 1139a 30.

¹⁷ EN, 1103b 26-29.

¹⁸ EN, 1105b 9-12.

¹⁹ EN, 1139a 35.

²⁰ EN, 1103a 32 y 33.

PEDRO RIVAS PALÁ

cuencia es prudente”.²¹ El deber-ser aparece como incluido en el ser, que en los seres vivos consiste en vivir, y en los seres vivos racionales consiste en vivir conforme a la razón; es decir, en praxis, en actuar racional. Para ello será necesario considerar los medios y los fines de la acción, y deliberar sobre ellos de una manera buena, que “consiste en una especie de rectitud”²² que debe ser “conforme a lo conveniente para el fin aprehendido por la verdadera prudencia”.²³

Nos queda, por último, tratar de distinguir el conocimiento prudencial del artístico o técnico (τεχνική). Coinciden en ser saberes previos que guían y determinan la acción, y en que su objeto no es algo que siempre es como es. En ambos casos se echa mano de un saber previo para elegir bien los medios para resolver una situación concreta. Sin embargo, “los llamamos prudentes cuando razonan bien con vistas a algún fin bueno de los que no son objeto de ningún arte (τεχνική)”.²⁴ La diferencia entre tales fines queda más clara cuando afirma que “el fin de la producción es distinto de ella, pero el de la acción no puede serlo: la buena actuación misma es un fin”.²⁵

Corresponde ya presentar el texto en el que Aristóteles habla de la disposición relevante. Para ello vamos a mantener el término sin traducir. Por lo demás, el resto del texto no parece presentar lecturas distintas, salvo alguna excepción. Vamos a echar mano de una de las traducciones comúnmente empleadas,²⁶ aunque no sea la única de las confiables.

La *synesis* (συνεσις) y la buena *synesis* (ευσυνεσια), en virtud de las cuales decimos que los hombres son *synéticos* (συνετικούς) o están dotados de buena *synesis*, no son en absoluto lo mismo que la ciencia o la opinión (en este caso, todos serían *synéticos*), ni son tampoco una de las ciencias particulares, como la medicina sobre lo concerniente a la salud o la geometría sobre las magnitudes, porque la *synesis* no se aplica a lo

²¹ EN, 1141b 33.

²² EN, 1142b 10.

²³ EN, 1142b 33.

²⁴ EN, 1140a 28 y 29.

²⁵ EN, 1140b 5-7.

²⁶ En concreto usamos la de Julián Marías y María de Araujo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949, que cuenta con numerosas reimpresiones.

UN MOMENTO NO DISCURSIVO EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO...

que es siempre e inmóvil, ni lo que de un modo u otro llega a ser, sino a lo que puede presentar dificultades y ser objeto de deliberación. Por tanto, se aplica a lo mismo que la prudencia (φρονεσις), pero no son lo mismo *synesis* y prudencia. En efecto, la prudencia es normativa: qué se debe hacer o no, tal es el fin que se propone.; mientras que la *synesis* es sólo discriminativa (κριτικη, “capaz de juzgar” en la traducción de Gredos), pues son lo mismo *synesis* y buena *synesis*, *synéticos* y dotados de buena *synesis*. La *synesis* no consiste en tener prudencia ni en alcanzarla, sino que, lo mismo que el aprender se le llama *synienai* (συνιεναι) tratándose de la ciencia, así también la *synesis* es lo que se ejercita en la opinión para juzgar las cosas que son objeto de la prudencia cuando habla otro (“cuando alguien habla acerca de ellas” en la traducción de Gredos), y para juzgar rectamente, pues “bien” es lo mismo que “rectamente”. Y de ahí le viene el nombre de *synesis* en virtud del cual se habla de hombres dotados de buena *synesis*, de la *synesis* que se ejercita en el aprender; en efecto al aprender lo llamamos muchas veces *syneinai* (*Ética a Nicómaco*, VI 10, 1142b35-1143a18).

IV. LA SYNESIS Y LA PRUDENCIA

Después de ver los textos aristotélicos, y para comprender el sentido de la *synesis*, corresponde tratar su relación con la prudencia. Para ello, vamos a detenernos en tres rasgos de dicha relación, a partir, en primer lugar, de los comentarios que Tomás de Aquino hace a estos pasajes de la *Ética a Nicómaco*. En primer lugar, la diferencia entre ambas parece clara, toda vez que “la prudencia es preceptiva, en cuanto que su fin es determinar lo que conviene realizar o no, mientras la *synesis* es sólo judicativa”.²⁷ En segundo lugar, son virtudes distintas, toda vez que sus actos son diferentes,²⁸ al punto de denominar a la *synesis* como virtud adjunta de la prudencia.²⁹ La *synesis* no es el saber más alto sobre lo práctico porque la prudencia implica mayor saber, por eso, la *synesis* se ordena a la prudencia.³⁰ En tercer lugar, y en continuidad con lo anterior, “la prudencia

²⁷ In *Ethicam*, VI, lect. 9, n. 6.

²⁸ S. Th., II-II, q. 53, a. 3, c.

²⁹ S. Th., II-II, q. 48, a. 1, c.

³⁰ In III Sent. d. 33, q. 3, a. 1, qc. 3, c.

PEDRO RIVAS PALÁ

es más eminente que la *synesis*, del mismo modo que la *synesis* lo es más que la *eubulia*, porque la inquisición se ordena al juicio como al fin, y el juicio se ordena al precepto”.³¹ La prudencia es por tanto un hábito posterior a la *synesis* y superior a él. Por eso mismo, la prudencia no nace de la *synesis*, ya que lo superior no procede de lo inferior.³²

Con respecto al primero de los rasgos, los comentaristas más recientes inciden de una forma u otra en esa distinción. Hay quien ha llamado la atención sobre la mención que hace Aristóteles de que el objeto del juicio de la *synesis* tiene que ver con las acciones y elecciones de los otros. Por eso, se trataría meramente de un juicio sobre algo hecho por otro y que ya ha ocurrido, lo que significa que el que juzga no se compromete plenamente en el discurso práctico, cosa que sí ocurre con la prudencia. El que posee *synesis* es solamente un crítico perceptivo y atento.³³ Algo similar se expresa al afirmar que la *synesis* es apreciativa, no imperativa. Por eso, el acto de la *synesis* no es eminentemente ético, porque valora en orden a la opinión y no a la acción,³⁴ mientras que la prudencia no se ejercita de manera meramente intelectual.³⁵ Y es que aunque ambas tratan de lo agible, sin embargo, la *synesis* capacita para juzgar bien, mientras que a la prudencia pertenece el fin y el complemento, el llevar a término, es decir, mandar lo que procede para actuar.³⁶ Se puede, por tanto, tener *synesis* y no pasar a la acción.³⁷ La *synesis* es descrita entonces como una capacidad o disposición crítica, reflexiva, sobre lo práctico y contingente. Lo propio de ella es diferenciar, discriminar, discer-

³¹ In *Ethicam*, VI, lect. 9, n. 6.

³² In *Ethicam*, VI, lect. 9, n. 4.

³³ Louden, R. B., “What is Moral Authority? Eubulfa, *synesis* y *gnome* vs. *frónesis*”, *Ancient Philosophy* 17 (1997), pp. 112 y 113.

³⁴ Zagal, H., “*Sýnesis*, *euphyía* y *anchínoia* en Aristóteles. Algunas habilidades para el conocimiento del singular”, *Anuario Filosófico* 32 (1999), p. 136.

³⁵ Long, Ch. P., “The ontological reappropriation of *phronesis*”, *Continental Philosophy Review* 35 (2002), p. 45.

³⁶ Sellés, J. F., *Los hábitos intelectuales según Tomás de Aquino*, Pamplona, EUNSA, 2008, p. 348.

³⁷ *Ibidem*, p. 351.

UN MOMENTO NO DISCURSIVO EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO...

nir lo particular.³⁸ Su acto destaca la mejor posibilidad factiva sobre las demás.³⁹ El objeto de ambos es el mismo, pero sólo la prudencia es imperativa y ejecutiva. La *synesis* no equivale a decidirse, no implica necesariamente la ejecución del juicio, sino que permanece en el ámbito del pensamiento.⁴⁰ O dicho de otra manera, es la habilidad de comprender, considerar y juzgar cuestiones de relevancia ética en las que no estamos involucrados personalmente como agentes,⁴¹ porque estamos juzgando acciones ajenas (pasadas o futuras) o acciones propias pasadas.⁴²

En relación con el segundo de los rasgos, hay diferentes enfoques acerca de si la *synesis* se ordena a la prudencia y en qué sentido. Pareciera entonces que la *synesis* sería un paso en el desarrollo de la prudencia.⁴³ La *synesis* precede a y posibilita la prudencia,⁴⁴ y, en este sentido, todo prudente tiene *synesis*, pero no todo aquel que tiene *synesis* es prudente.⁴⁵

Sin embargo, hay quien, aun reconociendo que la *synesis* es independiente en cierto sentido de la prudencia, sostiene que no se trata de un paso preliminar. La *synesis*, en efecto, inquiere y razona como la prudencia, pero no prescribe; en realidad, le falta la esencial conexión con el deseo, que es propia de la prudencia. Por eso mismo, no discierne sobre la acción que queremos o podemos hacer, sino sobre la situación práctica inespecífica. Sin el deseo, para Aristóteles, no hay deliberación práctica singular y, por tanto, no hay elección ni acción.⁴⁶ En efecto, sin los apetitos las ideas son ineficaces; por eso la

³⁸ Rodrigues Montes D'Oca, F., "Prudencia e astucia na ética aristotélica: um estudo sobre as capacidades intelectuais que acompanham a prudencia", *Controversia* 5 (1) (2009), p. 14.

³⁹ Sellés, J. F., *op. cit.*, p. 352.

⁴⁰ Zagal, H., "Apetito recto, prudencia y verdad práctica. Las pautas de la *eupraxia* en la Nicomáquea", *Metafísica y Persona* 5 (9) (2013), p. 100.

⁴¹ Simon, A., "Synesis as Ethical Discernment in Aristotle", *Rhizomata* 5 (1) (2017), p. 80.

⁴² *Ibidem*, p. 83.

⁴³ Loudon, R. B., *op. cit.*, p. 113.

⁴⁴ Sellés, J. F., *op. cit.*, p. 351.

⁴⁵ Zagal, H., "Apetito recto, prudencia y verdad práctica", *cit.*, p. 100.

⁴⁶ Simon, A., *op. cit.*, p. 83.

PEDRO RIVAS PALÁ

verdad práctica es resultado de un apetito y un conocimiento. Más en concreto, la verdad práctica es acción según deseo recto y cálculo verdadero de medios. No es la verdad de un enunciado, sino el acierto en la acción. El deseo no es una distorsión indeseable en el conocimiento práctico, sino su condición de posibilidad. Sin deseos no conozco el mundo como medio de calmar mis apetitos.⁴⁷ Con todo, a mi modo de ver, parece claro que la cuestión radica en qué queremos decir cuando caracterizamos la *synesis* como paso preliminar o paso en el desarrollo de la prudencia. Que la *synesis* sea una condición necesaria para que se dé la prudencia no significa que sea un paso hacia ella necesariamente. Por un lado, el juicio de la *synesis* tiene valor por sí mismo. Además, en muchas ocasiones juzgar es precisamente hacer algo, es decir, un acto de la prudencia. Por otro lado, comprender la acción prudencial como una secuencia de acciones de otras virtudes, que se van dando una detrás de otra puede no ser la mejor descripción de cómo obra el prudente, como veremos más adelante.

Queda por comentar el tercer rasgo de la relación, que afirma que la prudencia es más eminente que la *synesis* porque el juicio (acto de la *synesis*) se ordena al precepto (acto de la prudencia), y por tanto es superior a ella y no nace de ella. Y es que en realidad habla correctamente de la acción moral y productiva quien la practica.⁴⁸ A la *synesis* le faltaría el sentido de totalidad de la prudencia. La verdad práctica se alcanza por la prudencia, no es una verdad del juicio, sino de la acción misma.⁴⁹ Por el contrario, hay quien sostiene que la *synesis* no es un nivel inferior de la prudencia.⁵⁰ De nuevo, la cuestión reside en qué entendemos por inferioridad de una respecto de la otra. Propiamente se puede hablar de superioridad sin pensar en niveles. Pero la superioridad de la prudencia resulta, en primer lugar, netamente aristotélica. A fin de cuentas, para saber lo que tenemos que hacer, hay que hacer lo que queremos saber.⁵¹ Y aunque, como se dijo, en ocasiones juzgar es hacer, en otros casos no, en la medida

⁴⁷ Zagal, H., "Apetito recto, prudencia y verdad práctica", *cit.*, pp. 105-107.

⁴⁸ Sellés, J. F., *op. cit.*, p. 351.

⁴⁹ Zagal, H., "Apetito recto, prudencia y verdad práctica", *cit.*, p. 105.

⁵⁰ Simon, A., *op. cit.*, p. 83.

⁵¹ EN, 1103a, 32-33.

UN MOMENTO NO DISCURSIVO EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO...

en que muchas acciones no se resuelven en juzgar. En este sentido, la perfección humana va mucho más allá del juzgar, lo que muestra a las claras la superioridad de la prudencia. En realidad, el juicio que hace algo es más bien una verdadera acción prudente que nos hace mejores o peores en sentido auténticamente moral. De todas formas, es cierto que pensar en niveles podría llevar a considerar que la prudencia no es sino la *synesis* junto con la decisión de obrar. No es así en la medida en que se hace necesario que el prudente ejerza otras virtudes, como la *eubulia* y la *gnome*, que son claramente diferentes de la *synesis*. En efecto, una cosa es la capacidad de deliberar bien y otra la de juzgar correctamente, y el juicio depende de cuáles sean los principios desde los que juzgamos.⁵² Pero sobre todo el riesgo consiste, a mi juicio, en pensar que primero se ejerce siempre la *synesis* y luego se decide actuar. En realidad, lo característico del acto prudente es que la decisión, mejor dicho, la necesidad de decidir y de actuar, preside el juicio de la *synesis* y la buena deliberación. La experiencia común confirma que el fin que es la acción está presente desde el primer momento. Una cosa es juzgar para decidir y otra es juzgar cuando todo va a terminar en el mero juicio. Es decir, si hay que actuar, esta necesidad de decisión preside toda la actividad intelectual del agente. Y entran en juego además otros elementos, como los afectivos (el miedo, la precipitación, por ejemplo). Por eso, en el caso de la prudencia, el juicio es muy distinto. Que podamos distinguir entre acciones y sus correspondientes hábitos, y que podamos señalar la preeminencia o superioridad de unos sobre otros, no significa que se den en una sucesión temporal necesaria como si cada uno fuera una fase del proceso de decidir. A este respecto, podemos volver ahora a la cuestión de que en ocasiones juzgar supone también una acción con relevancia ética. En efecto, cabe la calumnia, la temeridad, la promesa, las palabras de afecto o de ánimo. En definitiva, que hacemos cosas con palabras.⁵³ De ahí que un ejemplo de

⁵² Jensen, S. J., "Of *Gnome* and *Gnomes*: The Virtue of Higher Discernment and the Production of Monsters", *American Catholic Philosophical Quarterly* 82 (2008), pp. 411-416.

⁵³ En este punto, es conocida la referencia obligada a J. L. Austin, *How to do things with words*, Oxford, Clarendon Press, 1962. Hay traducción al castellano de Genaro

PEDRO RIVAS PALÁ

synesis en puridad requeriría un juicio completamente descomprometido por parte del hablante. De ordinario lo que decimos nos hace mejores o peores, son en definitiva acciones inmanentes, cuestión diferente es si la *synesis* se diera también en las acciones *poiéticas*, como el arte o la técnica, cosa que excede nuestro propósito.

V. EL CARÁCTER DIALÓGICO DE LA *SYNESIS*

Algunos autores han insistido en que la *synesis* se caracteriza muy especialmente por su carácter dialógico. La mención que hace Aristóteles de que la *synesis* trata acerca de las cosas que son objeto de la prudencia cuando habla otro, así como el estudio etimológico del término, ha llevado a desarrollar el carácter dialógico de la misma.

En realidad, el punto de partida es un comentario de Gadamer al respecto. En efecto, Gadamer sostiene que el acto propio de la *synesis* es un juicio moral que no trata de uno mismo, sino de otro. Se da cuando quien juzga se desplaza por completo a la plena comprensión de la situación a juzgar,⁵⁴ lo que requiere como presupuesto encontrarse en una relación de comunidad con el otro.⁵⁵ El paradigma que tiene en mente es el consejo ante el problema de conciencia. Así, quien tiene *synesis* juzga desde una posición no externa, sino afectada, porque se une al otro, piensa con él.⁵⁶ De manera que implica una especie de elemento común que da sentido al dar o recibir un consejo. Por eso, sólo los amigos pueden aconsejar.⁵⁷

A partir de aquí hay quien ha insistido en que tal carácter dialógico es propio de la naturaleza de la prudencia aristotélica, porque ésta no opera aisladamente, sino que se dirige hacia lo otro, y abre

R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, *Palabras y acciones. Cómo hacer cosas con palabras*, Buenos Aires, Paidós, 1971.

⁵⁴ Gadamer, H-G., *Verdad y método* (1960), trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca, Sígueme, 1977, p. 394.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 395.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ Gadamer, H-G., "Hermeneutik als theoretische und praktische Aufgabe", *Rechtstheorie* 9 (1978). Se cita por *Verdad y método II*, trad. de Manuel Olasagasti, Salamanca, Sígueme, 1992, p. 306.

UN MOMENTO NO DISCURSIVO EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO...

el espacio a la crítica. Aunque no falte en la prudencia un elemento autorreferencial que da razón a la responsabilidad de la acción.⁵⁸ En este sentido, precisamente el significado literal de *synesis* sería juntarse o encontrarse juntos.⁵⁹ El verbo del que procede (*syneinai*) enlaza con los verbos relacionados con el sentido de la vista que significan ver juntos o compartir el conocimiento de algo. El conjunto de palabras relacionadas muestran que el término se refiere a un tipo de uso de la inteligencia dirigido hacia e íntimamente relacionado con los otros.⁶⁰ La expresión aristotélica sugiere que, en efecto, la *synesis* no se persigue aisladamente, sino de manera dialógica. Es entonces una habilidad de ponerse en la situación del otro, de escucharle y de dirigir al sujeto más allá de él.⁶¹

Al mismo tiempo, que la *synesis* juzgue a través de la *doxa* muestra que no se alcanza aisladamente, sino en el encuentro dialógico con los otros.⁶² Es entonces un comprender para decidir, comprender a los otros, aprender de su experiencia y juzgar qué es lo mejor para ellos. Por eso, el conocimiento educativo es un buen ejemplo de la *synesis* porque requiere auténtica comprensión humana, que demanda simpatía y empatía con el otro.⁶³

Todavía cabe ahondar más en el elemento interpersonal. A este respecto, el uso del verbo *synienai* en la *Metafísica* de Aristóteles, con el sentido de “entender al otro”, reforzaría esta perspectiva.⁶⁴ Tal verbo, referido a la actividad mental, indica la capacidad intelectual para unificar las cosas de modo que se alcanza en un punto a captarlas y conocerlas.⁶⁵ Significa, al mismo tiempo, percibir y venir juntos.

⁵⁸ Long, Ch. P., *op. cit.*, pp. 43 y 44.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 46.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 58, nota 2.

⁶¹ *Ibidem*, p. 46.

⁶² Isidori, E., “Education as Synesis. A Hermeneutical Contribution to the Pedagogical Theory of Educational Practice”, *Procedia. Social and Behavioral Sciences* 197 (2015), p. 533.

⁶³ *Ibidem*, pp. 533 y 534.

⁶⁴ Simon, A., *op. cit.*, pp. 81 y 82.

⁶⁵ Reeve, C. D. C., *Aristotle on Practical Wisdom. Nicomachean Ethics VI*. Translated with Introduction, Analysis and Commentary by C. D. C. Reeve, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, p. 224.

PEDRO RIVAS PALÁ

Otros usos en el propio Aristóteles tienen el sentido de escuchar o entender lo que otro dice.⁶⁶

A mi juicio, hay que tener presente los usos de la palabra y su etimología, aunque haría falta mayor claridad para referirse al carácter dialógico de la *synesis*. Por un lado, parece claro que se trata de una forma de comprender que guarda algún tipo de analogía con el ver y el escuchar. Esta cuestión parece un tanto sorprendente *a priori* porque la *synesis* es una habilidad para juzgar, lo que supone aparentemente unir dos elementos que estaban separados a través de una operación intelectual. Mientras que ver y escuchar son acciones de los sentidos externos. Habrá ocasión de volver más adelante sobre este particular. Por otro lado, se echa en falta mayor claridad al hablar del aspecto dialógico, comunitario, interpersonal. En cierto sentido, todo conocimiento práctico tiene ese carácter, en la medida en que no estamos solos en el mundo. Nuestro conocimiento necesita de los demás y se dirige a unos bienes que se alcanzan y se comparten con los demás, aunque solamente sea porque hemos aprendido a través de los demás a comprender e incluso a sentir. Es el ser humano el que es interpersonal y dialógico. En este aspecto, no parecería aportar demasiado la insistencia en este punto. La cuestión es qué alcance tiene en el caso de la *synesis*. Ocurre que al mismo tiempo que seres coexistentes, nuestra posibilidad de conocer al otro es manifiestamente limitada. En cierto punto somos incomunicables. Pareciera entonces que lo característico de quien posee *synesis* es que logra mejor que nadie superar en lo posible esa incomunicabilidad. Es decir, que comprende más intensamente o de manera más perfecta lo que el otro piensa y vivencia. A mi modo de ver, el ejemplo que tiene en mente Gadamer cuando habla del consejo frente al problema de conciencia es solamente uno entre muchos otros y muy variados paradigmas. Isidori lleva la cuestión al terreno de la educación como ámbito que conoce y en el que se mueve. Pero podríamos extenderlo a todas las relaciones interpersonales de mayor o menor intimidad. La *synesis* es provechosa para comprender situaciones familiares, profesionales, de negocios, de vecindad, etcétera. En realidad, si el objeto de la razón práctica es lo contingente

⁶⁶ Simon, A., *op. cit.*, p. 82.

UN MOMENTO NO DISCURSIVO EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO...

y posible, lo es porque depende de la acción humana libre. Por eso, todo juicio excelente sobre tales acciones requiere de la capacidad de hacerse cargo, ponerse en la situación, comprender en definitiva tales acciones en la medida de lo posible.

VI. LA NATURALEZA DE LA *SYNESIS*

Podemos afrontar ya la cuestión de cómo opera la *synesis*. Si bien es cierto que Gadamer, en un trabajo de 1978, sostiene que la *synesis* es un enjuiciamiento intuitivo,⁶⁷ y Louden, en un artículo de 1997, afirma que se trata de un juicio con precisión (*accurately*),⁶⁸ ha sido Héctor Zagal quien ha dedicado mayor empeño en caracterizar la *synesis*. Para ello, toma pie de algunos elementos que están presentes en el texto aristotélico. En especial, la presencia de la sensibilidad en el conocimiento prudencial que lleva a Aristóteles a afirmar que reconocer que un singular es instancia de un universal corresponde a la sensibilidad, como en el ejemplo de reconocer un triángulo.⁶⁹ Es un conocimiento hasta cierto punto sensible. Por otro lado, Aristóteles afirma que al aprender se le llama comprender, y de hecho la *synesis* ha derivado su nombre de la acepción que tiene en el aprendizaje, porque a menudo al aprender le llamamos comprender.⁷⁰ De ahí que Gadamer comente que la palabra griega aparece en el contexto neutral del aprendizaje y en una proximidad intercambiable con la palabra griega que designa el aprendizaje.⁷¹ También llama la atención el hecho de que Aristóteles llame penetrantes o de perfecta comprensión a quienes poseen *synesis*. Y por último, trae a colación un ejemplo tangencial de los *Primeros analíticos*, donde Aristóteles dice que predicar de la justicia “el bien es un bien” es falso e incomprendible (οὐ συνετον).⁷² Con estos antecedentes, Zagal sostiene que la *synesis* es la captación inmediata de la eticidad de una ac-

⁶⁷ Gadamer, H-G., *Verdad y método II*, cit., p. 305.

⁶⁸ Louden, R. B., *op. cit.*, p. 113.

⁶⁹ Zagal, H., “*Sýnesis, eufhyía y anchínoia en Aristóteles*”, cit., pp. 131 y 132.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 134.

⁷¹ Gadamer, H-G., *Verdad y método II*, cit., p. 305.

⁷² Zagal, H., “*Sýnesis, eufhyía y anchínoia en Aristóteles*”, cit., p. 135.

PEDRO RIVAS PALÁ

ción. Quien la posee, aprehende rápidamente si una acción está en consonancia con la ley universal. Es más, el que tiene *synesis* juzga; el prudente, razona. El juicio de la *synesis* es una operación simple y no el resultado de un argumento. La prudencia es procesal, deliberativa, no necesariamente rápida y presta. La *synesis* es penetración rápida.⁷³ Con todo, reconoce que la prudencia tampoco es puramente procesal o discursiva, porque el acto prudente presenta un momento no discursivo: el de la decisión, que es un salto que obedece a una intelección inmediata.⁷⁴ También Isidori sostiene que la *synesis* es opuesta a la *dianoia*, es decir, a lo discursivo.⁷⁵

Se pone de manifiesto con la *synesis* que en la vida moral existe o puede existir una capacidad o habilidad no discursiva: algunos ven la eticidad de una acción sin mediación del discurso racional.⁷⁶ Y es que en definitiva, Aristóteles sabría que el conocimiento discursivo no puede ser explicado radicalmente sino a través del conocimiento no discursivo. Los principios de la argumentación no son argumentables ni analizables *stricto sensu*. Las condiciones de posibilidad del discurso racional no son objeto de análisis ni argumentación directa.⁷⁷ Con todo, Zagal reconoce y lamenta la brevedad con la que Aristóteles se refiere a la cuestión y la falta de mayores explicaciones.⁷⁸

A partir de aquí no hay otros comentarios que hagan referencias en este mismo sentido. Aun así, Long habla de la *synesis* como una habilidad para captar (*to grasp*) la naturaleza de una situación, pero a través de una autorreflexión crítica, no con una captación (de nuevo, *grasp*) inmediata de la verdad.⁷⁹ Y cuando trata la posibilidad de un conocimiento inmediato en la prudencia, al modo del *nous*, no menciona la *synesis*.⁸⁰ Isidori sigue a Long en este punto, pero luego afirma que la *synesis* es una penetración rápida en la

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 136.

⁷⁵ Isidori, E., *op. cit.*, p. 532.

⁷⁶ Zagal, H., "Sýnesis, euphyía y anchínoia en Aristóteles", *cit.*, p. 137.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 144 y 145.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 132, 133-137.

⁷⁹ Long, Ch. P., *op. cit.*, p. 46.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 50-52.

UN MOMENTO NO DISCURSIVO EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO...

eticidad de una acción y no una operación discursiva que se pueda analizar.⁸¹ Por último, Simon insiste en que la *synesis* es un género de captar (*to grasp*) y entender que se parece al momento propio del aprendizaje en que algo se capta.⁸² Aunque a la vez sostiene que la *synesis* inquiere y razona como la prudencia.⁸³

A mi juicio, se puede añadir, en primer lugar, la impresión que dejan todas las referencias a la etimología del término. Y es que muestra precisamente la cercanía de la palabra con los verbos *ver* y *escuchar*. Si se ponen en relación otros términos cercanos, como *entender*, *percibir* o *comprender*, se pone de manifiesto la relación de nuestros usos comunes de ver algo en el sentido de comprenderlo, entenderlo o captarlo. De hecho, el verbo inglés *to grasp* significa al mismo tiempo agarrar, asir, y también percibir, entender. Por eso, *captación* puede ser una buena traducción de *synesis*, siempre que quede claro que estamos hablando de una operación intelectual. Lo singular de este uso es que expresa muy bien que existe un momento en el que por fin se comprende o entiende algo. No hay un proceso, sino que antes no se entendía, y finalmente se capta, se ve, se encuentra, se alcanza la comprensión. Precisamente, lo característico de ver y escuchar es que no son procesos. O se ve o no se ve. O se oye o no se oye. Se ven colores o no se ve nada. Se escuchan sonidos o no se escucha nada. Cuando decimos que vemos borroso, lo que queremos decir es que no reconocemos la figura de nada, pero estamos viendo. Igualmente, la expresión *oír mal* quiere decir que no reconocemos palabras o música, o el significado que tenga el sonido que oímos. Emplear tales verbos referidos al conocimiento intelectual es una manera de señalar que no hay un proceso, sino que en un punto pasamos de la no comprensión a la comprensión. No deja de ser llamativo que empleamos la expresión “caer en la cuenta” para decir lo mismo. Caer tiene una manifiesta connotación de sorpresa, porque lo habitual es que uno no se cae cuando quiere ni cuando lo espera. Para eso hablamos de “dejarse caer” o de “tirarse al suelo”. El elemento sorpresivo manifiesta ese pasar del cero al uno, por decirlo en términos informáticos, del no entender al entender.

⁸¹ Isidori, E., *op. cit.*, p. 533.

⁸² Simon, A., *op. cit.*, p. 81.

⁸³ *Ibidem*, p. 83.

PEDRO RIVAS PALÁ

En este mismo sentido cobra fuerza el hecho de que Aristóteles hable de aprendizaje para tratar de explicar la *synesis*. Precisamente en el aprendizaje de la matemática se vivencia ese paso del no entender al entender. Entender o comprender un determinado género de problema matemático es precisamente pasar de la incapacidad para resolverlo a la capacidad para hacerlo. Todos hemos experimentado que se trata de un momento o instante en el que captamos por fin cómo se resuelve. Y a partir de ese momento podemos resolver siempre ese tipo de operaciones. Si la resolución tiene determinados pasos, entonces esa diferencia entre comprender y no comprender se aplica a cada uno de esos pasos. Por lo anterior, se entiende que el conocimiento matemático sea ordenado, de manera que se van adquiriendo las operaciones más simples primero, que son las necesarias para resolver operaciones más complejas. Si se tratara de aplicar una técnica, bastaría seguir las instrucciones de uso. Pero en el ámbito de la matemática cada paso exige, por así decirlo, un salto en la comprensión. El ejemplo mencionado es quizá el más patente, e invoca una experiencia común. Pero son muchos otros los ámbitos donde la inteligencia pasa del no entender o no comprender a la comprensión plena.⁸⁴ La analogía aristotélica del aprendizaje es un motivo más para considerar plausible la interpretación de la *synesis* como no discursiva. En realidad, en los ejemplos de acciones que hemos puesto al principio (relaciones educativas, laborales, médicas) podemos encontrar de nuevo este paso de la no comprensión a la comprensión de una situación sin necesidad de discurso racional ni argumentación. La posibilidad y la experiencia de una respuesta acertada inmediata indican que hay una capacidad intelectual distinta de la deliberación.

Lo anterior ayuda a entender la referencia a que se trata de un conocimiento hasta cierto punto sensible. Y es que lo dicho de la vista y del oído puede decirse de todos los sentidos externos. Todavía puede comentarse algo más al respecto, como veremos, pero en este punto es suficiente resaltar la semejanza.

⁸⁴ En el ámbito de determinados juegos mentales, como el sudoku o los jeroglíficos, volvemos a experimentar algo similar.

UN MOMENTO NO DISCURSIVO EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO...

Con todo, a mi modo de ver, no se entiende del todo la necesidad de distinguir entre la *synesis* y la prudencia en este punto. Si el prudente posee *synesis*, no se entiende que necesite de la deliberación para actuar. Si ha captado la eticidad de la acción, puede obrar conforme a ella. Tal vez por eso se nos dice que la prudencia no es necesariamente rápida y presta. Ocurre en muchas ocasiones que el juicio de la *synesis* no es completo o no es posible que sea completo, y entonces aparece la deliberación. Es más, lo propio del prudente en esos casos es deliberar. Al mismo tiempo, como ya se ha dicho, al que tiene *synesis* puede faltarle prudencia o no necesitar de ella, porque no tiene que obrar de ningún modo, sino que puede permanecer en el mero juicio.

Es posible, además, añadir algunas consideraciones más de la naturaleza de la *synesis*. Por un lado, vale la pena señalar que lo propio de la *synesis* no es considerar todas las posibilidades de acción y elegir la mejor. Esto es precisamente lo que hace la deliberación. Lo característico de quien posee *synesis* es que ve solamente la mejor opción. Dicho de otro modo, se focaliza en lo relevante, al punto de no considerar siquiera lo irrelevante. La inmediatez de su juicio requiere precisamente ser capaz de entender lo que es relevante sin necesidad de comparar nada. Dicho de otro modo, dar con la razón que derrota cualquier otra que se presente, aunque sin necesidad de hacerlas comparecer siquiera. Por eso, quien penetra de modo rápido y certero en un problema lo hace por su capacidad para focalizarse en lo verdaderamente relevante. Cuando se le pide que dé razón de su juicio, lo que llama la atención es precisamente que en muchas ocasiones es una única razón, consistente precisamente en el elemento que se presenta a los demás como el más importante, al punto de derrotar los contrarios al mundo que uno pueda considerar.

Lo anterior nos ofrece un rasgo más. Y es que lo característico de quien posee *synesis* es también su capacidad para juzgar con precisión y rapidez situaciones nuevas. Dicho de otro modo, el que tiene *synesis* no posee necesariamente una supuestamente enorme memoria en la que encuentra la solución porque vivió anteriormente esa misma experiencia. En el fondo, en esto consiste el hábito: no en una capacidad excelente de memoria y comparación, sino en una

PEDRO RIVAS PALÁ

forma de ser. La clásica expresión “segunda naturaleza” expresa, de manera más o menos precisa, que el agente posee un rasgo en su forma de ser que le hace excelente, y parte de esa excelencia consiste en resolver situaciones que todavía no ha pasado. En este punto vale la pena volver al ejemplo de las decisiones en el ámbito laboral y desarrollarlo más. Y es que contratar a una persona para ocupar un puesto en una organización no pasa de ser siempre una misión aparentemente imposible, por la sencilla razón de que esa persona no conoce de antemano el carácter de quienes le van a rodear, sean éstos sus subordinados, superiores, iguales o personas ajenas en forma; por ejemplo, de clientes, proveedores, competidores, en el caso de ser una empresa. Del mismo modo, lo habitual es que no conozca el pasado de dicha organización, que está formado, entre otras cosas, pero principalmente, por las vivencias de todos aquellos que le van a rodear y acabamos de mencionar. La elección del mejor indicado puede basarse en su buen desempeño en otras organizaciones, pero no deja de ser un buen desempeño en otros lugares, con personas y contextos distintos. Lo único que cabe entonces es tratar de encontrar a alguien que tenga determinada forma de ser, determinado carácter, es decir, con un conjunto de habilidades, disposiciones o excelencias que formen parte de él, y que coincidan con las que en ese momento y en ese lugar de esa organización parecieran necesitar. La persona que mejor coincida con el carácter requerido tendrá mayores posibilidades de responder con acierto a las innumerables situaciones en las que se va a encontrar con respecto a todo ese género de personas que hemos mencionado. Porque en realidad su respuesta será la que encuentre en su propio modo de ser, de una manera inmediata, en esas numerosas ocasiones en las que no es posible ni deseable la deliberación ni el consejo. Entre otras cosas, porque las situaciones que se va a enfrentar serán nuevas, y, por tanto, carece de una situación análoga en la memoria de la que poder echar mano. El ejemplo mencionado pone de manifiesto que no estamos ante una operación llevada a cabo por la memoria, sino resultado, en buena medida, de un hábito de la conducta que forma parte de una manera de ser.

VII. LA SYNESIS EN LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO

Llega el momento de considerar qué relevancia tiene para una teoría del conocimiento jurídico. En este punto, se pretende ahora solamente una aproximación a los aspectos que se juzgan más relevantes, sin pretender agotar la cuestión, lo que exigiría en realidad un nuevo trabajo. Podemos partir, a mi juicio, de la superación del conocido silogismo de subsunción por una visión de la determinación del derecho que lo entiende como un proceso de acercamiento de las normas al caso y del caso a las normas. Se habla de un ir y venir de la mirada de lo uno a lo otro y de lo otro a lo uno, en el intento de seleccionar los hechos jurídicamente relevantes y de obtener las interpretaciones de las normas que conduzcan a dar una respuesta al conflicto a resolver.⁸⁵ Aun sin necesidad de determinar cuál de las dos miradas es la primera, porque ambos elementos, hechos y normas, son necesarios, pareciera que cada nueva mirada supone un crecimiento en el conocimiento que se busca. De ahí que cada vez más los hechos y las normas van adquiriendo una interpretación más completa, es decir, una mejor comprensión. La conocida imagen de la espiral hermenéutica sirve para mostrar ese crecimiento y escapar de la circularidad. Ese mirar los hechos desde el punto de vista del derecho y mirar el derecho desde el punto de vista de los acontecimientos está presidido por la necesidad de tomar una decisión vinculante. Por eso es un acto de la prudencia, porque desde su origen lo guía el propósito de dar una respuesta que crea un curso de acción obligatorio, bien es verdad que para otros. En este punto, aunque excede nuestro propósito, parece que es la excelencia de la buena deliberación lo que preside el razonamiento del jurista. Ahora bien, es fácil advertir que ese ir y venir se detiene en un momento dado. Cabe preguntarse por qué se detiene en ese momento preciso, y la respuesta evidente es porque el intérprete no necesita ir más allá porque cree haber alcanzado la solución. Parece claro que no ha

⁸⁵ La expresión original es de Engisch (Engisch, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3a. ed., Heidelberg, Carl Winter-Universitätsverlag, 1963, p. 15) y su traducción, de Rodríguez Molinero (Rodríguez Molinero, M., *Introducción a la ciencia del derecho*, Salamanca, Librería Cervantes, 1998, p. 210, nota 17).

PEDRO RIVAS PALÁ

encontrado la solución a través de un proceso meramente deductivo ni demostrativo. Pero, si no ha sido a través de una deducción, ¿cómo se ha hecho presente tal solución? ¿De qué manera ha sido encontrada o se le ha aparecido? A mi modo de ver, es precisamente la excelencia que Aristóteles denomina *synesis* la que lo explica. Lo que se ha activado es esa capacidad para penetrar de manera rápida y precisa en la juridicidad de una acción, o mejor dicho de un conjunto de acciones. Es evidente que unos necesitan más tiempo que otros para alcanzar la solución que a su entender resulta correcta. El motivo es simplemente que unos poseen dicha excelencia en mayor grado que otros, habitualmente referida a una rama o a un sector de la realidad jurídica. Cuanta más *synesis* tiene el intérprete, menos necesita del ir y venir para encontrar la solución. Ocurre en el ámbito del derecho que, una vez encontrada, es preciso construir una fundamentación lo más completa y clara que se considere necesaria. Por eso, el razonamiento jurídico tiene un momento productivo, que no es el caso considerar. En ese momento productivo se puede comprobar si lo que se le presentó al intérprete como solución es tal o no. Es decir, es un momento donde la deliberación se hace presente de nuevo. Pero lo único que puede detener el proceso de búsqueda es un hallazgo que marca la diferencia entre un no tener solución y tenerla. Como se ve, de intento evito emplear expresiones con carga metafórica, como la del salto a la solución.

Para encontrar la respuesta al caso tiene que darse al menos un momento donde actúa la *synesis*, aunque se puede imaginar que pueda ocurrir en el curso de la deliberación que haya otros momentos similares aunque no definitivos, como cuando se decida abandonar una posible interpretación o se descubran elementos relevantes que antes no se habían percibido. Más aún, la decisión del intérprete de encarar los hechos desde una determinada perspectiva, y no desde las otras numerosas posibilidades que le ofrece el derecho, supone también un juicio de la *synesis*. Igualmente, las casi innumerables interpretaciones posibles de una norma o de un hecho que el intérprete ni siquiera toma en consideración son de nuevo consecuencia de un juicio de la *synesis*, que le lleva, como vimos, a no considerar aspectos que el lego en el derecho o el más obtuso tal vez necesitaría valorar.

UN MOMENTO NO DISCURSIVO EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO...

Al margen de lo anterior, tal vez donde se hace más presente la realidad de la *synesis* sea en los denominados casos fáciles, donde, por ejemplo, el intérprete advierte que si ha llegado a sus manos es más por una cuestión de estrategia procesal o de simple empecinamiento de una de las partes. En esas situaciones, la impresión de la no necesidad de deliberación puede ser más fuerte. Pero, como se vio, en todos los casos hay al menos un momento que no es deliberativo, sino que supone un comprender o entender lo que hasta hace un instante no se comprendía o entendía. Es decir, un momento que reproduce lo que ocurre, como vimos, en el aprendizaje matemático, en la adquisición de la capacidad para resolver un tipo de problemas que era desconocido para el sujeto.

Llegados a este punto, son muchos los aspectos a considerar para trabajos posteriores. Por ejemplo, la pregunta por cómo se adquiere la *synesis*. Igualmente, cabe interrogarse si puede ser aprendida, o incluso si puede ser enseñada. Y en ese sentido, quedan abiertas otras cuestiones, como la posible presencia de otros aspectos no discursivos e igualmente racionales.

VIII. *EXCURSUS*: UNA POSIBLE TRADUCCIÓN

Para terminar, corresponde hacer un breve *excursus* sobre la traducción del término *synesis*. En un trabajo reciente se ha señalado que la mayoría de los términos que Aristóteles emplea en el libro VI de la *Ética a Nicómaco* no son innovaciones lingüísticas, sino términos bien conocidos a través de las obras de Platón y de otros filósofos, así como de retóricos y literatos. Aunque como la ética no tiene un objeto tan estricto como otros objetos, tampoco el lenguaje de la ética es tan estricto como el de la lógica o la matemática.⁸⁶ Con todo, el problema de las traducciones de esta palabra reside en que se emplean términos que tienen muchos otros significados y que se usan ordinariamente con otro sentido. Las versiones más conocidas en cas-

⁸⁶ Solopova M. A., "Aristotle on the Intellectual Virtues: On the Meaning of the Notions of Consideration (gnome) and Consideration (syngnomé) in *Nicomachean Ethics*", *Russian Studies in Philosophy* 54 (6) (2016), pp. 520 y 521.

PEDRO RIVAS PALÁ

tellano lo traducen como “entendimiento”,⁸⁷ y como, “inteligencia”.⁸⁸ El comentario de Tomás de Aquino que se mencionó transcribe en principio la palabra *synesis*, aunque en otra obra se anima a emplear la traducción de *sensatus*, que podría llevar a traducir *synesis* por *sensatez*.⁸⁹ Si acudimos a algunas clásicas traducciones inglesas, encontramos quienes lo traducen por *intelligence*,⁹⁰ quien emplea *understanding*⁹¹ y quien usa *judgement*.⁹²

A mi modo de ver, poseemos en castellano un término que recoge bien lo que se ha venido diciendo de la *synesis*. Tiene además la ventaja de tener un único significado y de ser de uso común, aunque tal vez no demasiado frecuente. Por otro lado, la etimología latina del término encaja correctamente con la caracterización que hemos hecho de la *synesis*, y que remite además a la expresión griega. Y es que poseemos una palabra que tiene como raíz el verbo latino *spicere*, que significa “ver” y “mirar”. Además, esa misma palabra tiene un prefijo, que significa en latín al mismo tiempo “a través de” y “por completo”. Por último, el adjetivo que refiere a quien la posee tiene una terminación (-az), también de origen latina, que indica una fuerte tendencia (como en locuaz, veraz, voraz, feraz). Me refiero al término “perspicacia”, cualidad de “perspicaz”. Si unimos lo dicho hasta ahora, se entiende que hace referencia a ver por completo, a través de y con intensidad. La insistencia en que se trata de una operación intelectual asimilable a la visión, que penetra en la realidad de las cosas, logrando un conocimiento completo e intenso, queda bien reflejada en la palabra “perspicacia”. Sinónimo de ésta es “agudeza”, pero este término tiene otros muchos sentidos más usuales en el momento presente, donde casi nadie la entiende

⁸⁷ Trad. de Julián Marías y María de Araujo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949, con numerosas reimpressiones; y trad. de Julio Pallí Bonet, Madrid, Gredos, 1985.

⁸⁸ Trad. de José Luis Calvo Martínez, Madrid Alianza, 2001.

⁸⁹ S. Th., II-II, q. 51, a. 3. c.

⁹⁰ Trad. de F. H. Peters, London, Kegan Paul, 1893; y trad. de D. P. Chasse, London, Routledge, 1910.

⁹¹ Trad. de D. Ross, revisada por L. Brown, Oxford, Oxford University Press, 2009.

⁹² Trad. de R. Crisp, Cambridge University Press, 2004. Pueden encontrarse más ejemplos en el trabajo de Rodrigues Montes D’Oca, F., *op. cit.*, nota 1.

UN MOMENTO NO DISCURSIVO EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO...

con el sentido de perspicacia. Además, carece de la fuerza etimológica de “perspicacia”.

IX. BIBLIOGRAFÍA

AQUINO, Tomás de, *Sententia libri Ethicorum*.

AQUINO, Tomás de, *Summa Theologiae*.

AQUINO, Tomás de, *Scriptum super Sententiis*.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, se emplea la trad. de Julián Marías y María de Araujo (1949), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

ARISTOTLE, *Nicomachean Ethics*, trad. de F. H. Peters, London, Kegan Paul, 1893.

ARISTOTLE, *Nicomachean Ethics*, trad. de D. P. Chasse, London, Routledge, 1910.

ARISTOTLE, *Nicomachean Ethics*, trad. de D. Ross, revisada por L. Brown, Oxford, Oxford University Press, 2009.

ARISTOTLE, *Nicomachean Ethics*, trad. de R. Crisp, Cambridge University Press, 2004.

Bibliografía secundaria

AUSTIN, John L., *How to do Things with Words*, Oxford, Clarendon Press, 1962. Hay trad. al castellano de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, *Palabras y acciones. Cómo hacer cosas con palabras*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1971.

ENGISCH, Karl, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3a. ed., Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1963.

GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método* (1960), trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca, Sígueme, 1977.

GADAMER, Hans-Georg, “Hermeneutik als theoretische und praktische Aufgabe”, *Rechtstheorie* 9, Heidelberg, 1978. Se cita por *Verdad y método II*, trad. de Manuel Olasagasti, Salamanca, Sígueme, 1992.

PEDRO RIVAS PALÁ

- GEHLEN, Arnold, *El hombre: su naturaleza y su lugar en el mundo* (1940), trad. de Fernando-Carlos Vevia Romero, Salamanca, Sígueme, 1987.
- ISIDORI, Emanuele, "Education as *Synesis*. A Hermeneutical Contribution to the Pedagogical Theory of Educational Practice", *Procedia. Social and Behavioral Sciences* 197, 2015.
- JENSEN, Steven J., "Of *Gnome* and *Gnomes*: The Virtue of Higher Discernment and the Production of Monsters", *American Catholic Philosophical Quarterly* 82, St. Paul-Minneapolis, 2008.
- LONG, Christopher P., "The Ontological Reappropriation of Phronesis", *Continental Philosophy Review* 35, Stony Brook, 2002.
- LOUDEN, Robert B., "What is Moral Authority? Eubulía, *synesis* y *gnome* vs. *frónesis*", *Ancient Philosophy* 17, Pittsburg, 1997.
- REEVE, C. D. C., *Aristotle on Practical Wisdom. Nicomachean Ethics VI*, Translated with Introduction, Analysis and Commentary by C. D. C. Reeve, Cambridge, Harvard University Press.
- RODRIGUES MONTES D'OCA, Fernando, "Prudencia e astúcia na ética aristotélica: um estudo sobre as capacidades intelectuais que acompanham a prudencia", *Controversia* 5 (1), Sao Leopoldo, 2009.
- SELLÉS, Juan Fernando, *Los hábitos intelectuales según Tomás de Aquino*, Pamplona, EUNSA, 2008.
- SIMON, Attila, "Sunesis as Ethical Discernment in Aristotle", *Rhizomata* 5, Budapest, (1), 2017.
- SOLOPOVA, Maria A., "Aristotle on the Intellectual Virtues: On the Meaning of the Notions of Consideration (*gnome*) and Consideration (*syngnomé*) in *Nicomachean Ethics*", *Russian Studies in Philosophy* 54 (6), 2016.
- ZAGAL, Héctor, "Sýnesis, euphyía y anchínoia en Aristóteles. Algunas habilidades para el conocimiento del singular", *Anuario Filosófico* 32, Pamplona, 1999.
- ZAGAL, Héctor, "Apetito recto, prudencia y verdad práctica. Las pautas de la eupraxía en la Nicomáquea", *Metafísica y Persona* 5 (9), Málaga, 2013.

DEL ORDEN AL CAOS*

FROM ORDER TO CHAOS

Abril USCANGA BARRADAS**

Resumen:

Regularmente consideramos al derecho como sinónimo de orden, como un instrumento de paz, de justicia, rectitud o equilibrio social, dejando de lado el elemento caótico, ¿será que el derecho también es caos? Estemos o no de acuerdo con la naturaleza misma del derecho, es innegable considerar que el derecho es dinámico y evolutivo, con un necesario carácter social inherente que determina y contiene moral, valores, principios y directrices que guían a una sociedad para determinar qué conductas se adecuan y cuáles se desvían de la obligación establecida en el ordenamiento jurídico. En general, el presente documento pretende mostrar al lector las implicaciones que la dualidad orden y caos simultáneo tienen sobre el derecho.

Palabras clave:

Caos; contrapuestos; derecho; orden; sistema jurídico.

Abstract:

We regularly consider the law as synonymous with order, as an instrument of peace, justice, rectitude or social balance, setting aside the chaotic element. Whether or not we agree with the very nature of law, it is undeniable to consider that Law is dynamic and evolving, with a necessary inherent social character that determines and contains morals, values, principles and guidelines to conduct a society, in order to determine which behaviors are appro-

* Artículo recibido el 12 de agosto de 2019 y aceptado para su publicación el 20 de diciembre de 2019.

** Profesora de tiempo completo, Facultad de Derecho de la UNAM, auscangab@derecho.unam.mx.

ABRIL USCANGA BARRADAS

priate and which deviate from the obligation established in the legal system. In general, this document aims to show the reader the implications that the duality of order and simultaneous chaos have on the Law.

Keywords:

Chaos; Opposition; Law; Order; Legal System.

DEL ORDEN AL CAOS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El pensamiento como binomio de contrapuestos*. III. *El derecho como sistema ordenado*. IV. *El caos como elemento del derecho*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, decir derecho es sinónimo de decir orden, pues los diferentes estadios que ha pasado la historia jurídica han estado presididos, en mayor o en menor medida, por el entendido de que el derecho es algo que confiere orden, rectitud y equilibrio en la vida social, de tal manera que se llega a pensar que el derecho, en cuanto tal, es un instrumento absolutamente necesario en la vida de la colectividad, sin el cual se daría lugar a un estado de inestabilidad, desorden, alteración y desorganización de la sociedad.

Las interpretaciones del derecho han variado enormemente a lo largo de los siglos, provocando así discusiones acerca de si éste viene dado por la naturaleza en sí —iusnaturalismo—, por la aspiración del hombre de regular los comportamientos de los gobernados a través de enunciados normativos de deber ser —iuspositivismo—, o por la conceptualización que identifica al derecho con la eficacia normativa asociada a las decisiones judiciales —realismo jurídico—, entre muchas otras formas.¹

Más allá de discusiones y debates doctrinales acerca de la naturaleza del derecho, lo que resulta innegable y se encuentra fuera de toda duda es que el derecho es dinámico y evolutivo, con un necesario carácter social inherente que determina y contiene la moral, los valores, los principios y directrices que guían a una sociedad, para determinar qué conductas se adecuan y cuáles se desvían de la obligación establecida en el ordenamiento jurídico y, como consecuencia, podrán ameritar un castigo o una sanción; sin embargo, en esta

¹ Carnelutti, F., *Metodología del derecho*, Bogotá, Leyer, 2006, pp. 14 y 15; Vallarta Marrón, José Luis, *Introducción al estudio del derecho*, Ciudad de México, Porrúa, 2016, p. 41.

ABRIL USCANGA BARRADAS

investigación partiremos de la hipótesis que indica que el derecho es mucho más que eso, como así se ha demostrado con la evolución filosófica del pensamiento y, más concretamente, con las interpretaciones del derecho como algo que va más allá de un simple conjunto de normas o de un sistema que regula la sociedad como un todo organizado, resultando que Rivaya² o Scott³ lleguen incluso a plantear al derecho como un elemento que puede encerrar un caos en sí mismo.⁴

El análisis que aquí se ofrece se realiza desde un enfoque inductivo que permite al lector estudiar las implicaciones que la dualidad orden y caos simultáneo tienen sobre el derecho, las cuales, en muchas ocasiones, no se encuentran visibles, por lo que se buscará evidenciar aquellas cuestiones que generalmente pasan desapercibidas a la hora de realizar el análisis del fenómeno jurídico, pero que, a modo de desdoblamiento dual, se desprende del derecho en sí.

De esta forma, el marco teórico se presenta desde un análisis de la filosofía del derecho como binomio de contrapuestos. Para generar este trabajo se consideró la necesidad de una estructura e interconexión sintética entre las ciencias naturales y la ciencia jurídica, así como el estudio de las concepciones evolucionistas del derecho, tanto respecto a ontología del derecho como con la metodología explicativa de los fenómenos jurídicos contemporáneos, para así lograr entender el concepto de orden y caos desde la perspectiva de autores como Thomas Kuhn, Edward Lorenz, Robert Scott, Robert Nozick, Nicklas Luhmann, o Georges Balandier, entre muchos otros teóricos.

II. EL PENSAMIENTO COMO BINOMIO DE CONTRAPUESTOS

El hecho de que existan postulados que, como ya se mencionó con anterioridad, abogan por un carácter dual del derecho, hace que sea necesario, en primer término, delimitar lo que se debe entender por orden, para, a continuación, definir lo que es el caos; ello como el es-

² Rivaya, Benjamín, "Anarquismo y derecho", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 112, abril-junio de 2001, p. 78.

³ Scott, Robert E., "Chaos Theory and the Justice Paradox", *William & Mary Law Review*, vol. 35, issue I, 1993, pp. 348-351.

⁴ Rivaya, Benjamín, "Anarquismo y derecho", *cit.*, p. 78.

DEL ORDEN AL CAOS

tudio de los contrapuestos que se requieren como binomio para poder valorar la naturaleza del derecho y su estructuración, lo cual simultáneamente pondrá de manifiesto las características principales de aquél, y, en consecuencia, las implicaciones tanto sociales como jurídicas de comprender al derecho como un sistema ordenado, o al caos como un elemento del propio derecho, de tal suerte que se entiende que existe una conexión necesaria entre ciertos periodos de calma y otros de agitación que la ciencia requiere para el rompimiento de paradigmas.⁵

1. *El orden*

Desde la antigua Grecia, Aristóteles había conceptualizado al orden como algo que nos rodea, siendo que el mundo que percibimos con nuestros sentidos está compuesto por toda una serie de cosas que existen para un fin, de tal manera que el orden es algo inherente a la propia naturaleza.⁶ En este sentido, Lozano señala que

...para Aristóteles hay un orden propio del mundo constituido por el movimiento organizado de los astros en el cielo y por el movimiento ordenado de la naturaleza en tanto que suma de la acción regular de los entes individuales. Todos los componentes particulares se mueven o cambian con un único fin, dirigidos por su forma buscan lo mejor para ellos, tienden a su orden particular pero contribuyen entonces a la permanencia del orden del conjunto del que forman parte.⁷

⁵ De esta forma, se busca romper el paradigma del derecho como un constante orden, ya que incluso Thomas Kuhn describe un modelo de la ciencia basado en periodos de calma, que él llama ciencia normal, en los que reina un determinado paradigma; estos periodos de calma se ven interrumpidos cuando aparecen anomalías en dicho paradigma —respuestas que no pueden ser conseguidas, o resultados y observaciones que contradicen alguno o varios de los principios que sostienen el paradigma—, en estas fases de crisis y agitación es cuando él asegura que se producen las revoluciones científicas que cambian el desarrollo de la ciencia. Véase Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contin, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, pp. 27 y 28.

⁶ Vallarta Marrón, José Luis, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 37.

⁷ Lozano, Vicente, *El orden del mundo y su explicación analógica en Aristóteles*, España, Espíritu Liv, 2005, p. 334.

En vista de lo anterior, se puede apreciar que Aristóteles parte de una idea de naturaleza como motor de orden en sí, que sistematiza la realidad, a pesar de encontrarse sujeta a cambios, toda vez que tienen una intención o finalidad específica, concreta y determinada por la propia naturaleza. Es así que cuando Lozano analiza la postura de Aristóteles, menciona que “todos los elementos del mundo sensible que existen por sí mismos... son sustancias naturales que son guiadas por su propia naturaleza o principio inmanente para mantener el orden o naturaleza en el sentido trascendente”,⁸ por lo que se parte de una existencia de un elemento natural en las cosas u objetos comprendidos en el sentido más lato del término,⁹ incluyéndose dentro de éste, también, a las personas.

Aristóteles afirma que “igual que en los animales, también en la naturaleza había un entendimiento que era la causa del mundo y del orden todo”,¹⁰ con lo que evidencia aún más el hecho de que la naturaleza es el orden en sí, haciendo del orden algo tan esencial y, en palabras del propio Aristóteles, bello, que incluso engloba dentro de lo entendible como bello al mismo orden, a la simetría y a la de-limitación.¹¹

Este planteamiento ideológico de comprender al mundo en sí como un elemento ordenado, en el que todo lo que existe tiene una finalidad establecida, hace surgir un pensamiento de designio inevitable, en el que la naturaleza tiene propósitos prefijados para cada cosa, para cada persona y para cada elemento, resultando, por ende, en un idealismo tendente a la existencia de un orden rector supremo.¹²

⁸ *Ibidem*, p. 335.

⁹ García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1989, pp. 23 y 24.

¹⁰ Aristóteles, *Metafísica*, trad. de Valentín García Yebra, libro I, capítulo 3, 980b 15, p. 6, disponible en: <http://cmap.upb.edu.co/rid=1GM19TDTV-2QXBB0-V3Y/Aristoteles%20-%20Metafisica.pdf>, [20-marzo-2019].

¹¹ *Ibidem*, libro XIII, capítulo 3, 1078a, 35, p. 125.

¹² Este conocimiento empírico de la realidad hace que Cicerón, en su obra *Del Hado*, reflexione sobre el papel del destino como elemento inevitable en la vida de la comunidad, siendo así que pone de manifiesto que, tras la desaparición de César, se buscaban todos los pretextos de nuevas perturbaciones, por lo que el propio Cicerón debate con su amigo Hircio sobre aquellas medidas que contribuyeran a la paz y a la concordia de los ciudadanos, de tal manera que en el desarrollo del debate surge el planteamiento acerca de si el destino se encuentra prefijado y, por ende,

DEL ORDEN AL CAOS

Con el pensamiento cristiano se dieron nuevas explicaciones del orden por filósofos como san Agustín de Hipona y santo Tomás de Aquino.

Por lo que respecta al primero de ellos, esto es, san Agustín, presenta, a través de su obra titulada *La ciudad de Dios*, la situación de dos ciudades como dos realidades metafísicas, “cuya separación empírica, sensible, queda reservada al juicio final de Dios”.¹³ En esta tesitura, el orden se encuentra marcado por lo divino, de tal manera que la dualidad de ciudades hace referencia, por una parte, a una ciudad de Dios, presidida por una felicidad eterna y, por otra, a una ciudad humana, terrestre, en la que reina una infelicidad igualmente eterna.¹⁴

Así pues, para san Agustín la idea de orden parte de Dios, de modo tal que todo aquello en lo que Dios no interviene no puede ser susceptible de ser considerado orden; así lo establece al afirmar “que todos los reyes y reinos están dispuestos y ordenados por el decreto y potestad del verdadero Dios”.¹⁵ De lo anterior se colige que en tanto en la ciudad de Dios reina el orden y el amor, en contraposición, en la ciudad terrestre, dominada por el hombre, está presente el caos, los apetitos y desórdenes terrenos,¹⁶ por lo que, en este entendido, para san Agustín, Dios es orden y destino.¹⁷

Por otra parte, santo Tomás de Aquino continúa el planteamiento del orden preestablecido integrando un marcado matiz dado por la Edad Media, pues vincula el orden al hecho de que existe Dios. Los postulados de Aquino hicieron que Weber le definiera como el genio del orden,¹⁸ y es que, desde el momento en que Aquino publica su

resultan intrascendentes los actos que se puedan llevar a cabo, toda vez que, de una u otra forma, la tela de la vida ya está tejida y, en consecuencia, no resulta posible esquivar el *fatum*. Véase Cicerón, Marco Tulio, *Del Hado*, México, UNAM, 2005, p. 2.

¹³ San Agustín, *La ciudad de Dios*, “Introducción”, p. 11, disponible en: <http://efrue.com/wp-content/uploads/2011/12/L-a-ciudad-de-Dios.pdf>, [20-marzo-2019].

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Ibidem*, cap. XXXIII, libro cuarto, p. 139.

¹⁶ *Ibidem*, cap. III, libro octavo, p. 219.

¹⁷ *Ibidem*, cap. I, libro quinto, p. 140.

¹⁸ Weber, P. J., *Santo Tomás de Aquino. El genio del orden*, Buenos Aires, Poblent, 1949.

Summa Theologiae tiene una especial preocupación por conseguir justificar que todos los objetos se encuentran en un orden,¹⁹ que en el caso de Aquino viene dado por Dios, de tal forma que, en sus propias palabras, “no se nos propone para crear nada si no es en orden a Dios”.²⁰

Aquino, por lo tanto, si bien considera que existe un orden que preside la existencia de los objetos, éste se encuentra más vinculado con lo establecido por Dios que por una naturaleza en sí del objeto, por lo que si bien continúa en cierto sentido con el planteamiento aristotélico plasmado en su obra *Metafísica*,²¹ en tanto parte de la existencia de un orden natural, sin embargo, añade ese componente de divinidad en la fórmula creadora del orden.

Continuando con las nociones de orden, el filósofo español Francisco Suárez también presenta una conceptualización del orden en su obra *De legibus*, en el que se postula a la conciencia humana del mandato divino que obliga al hombre a guardar el orden natural y no perturbarlo.²² De esta manera, el orden humano es una implicación o consecuencia intrínseca del orden divino, obteniéndose como conclusión que existe orden humano en tanto la actuación designada por Dios es seguida a modo de mandato expreso y de formal obligatoriedad preceptiva.²³

Por su parte, García Máynez considera que el orden es “el sometimiento de un conjunto de objetos a una regla o sistema de reglas cuya aplicación hace surgir, entre dichos objetos, las relaciones que permiten realizar las finalidades del ordinante”.²⁴ Esta definición implica que se eliminen los factores de un Dios, de una ley divina

¹⁹ Aquino, Tomás de, *Suma teológica*, segunda sección, 2a. parte, pp. 11-17, disponible en: http://efrueda.com/wp-content/uploads/2011/12/suma_teologica_2_2.pdf [20-marzo-2019].

²⁰ *Ibidem*, p. 20.

²¹ Beuchot, Mauricio, “La metafísica de las causas en Aristóteles y santo Tomás”, *Logos*, vol. IX, núm. 26, 1981, p. 9.

²² Suárez, Francisco, *De legibus: De lege naturali*, Corpus Hispanorum de Pace, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1974, p. LVII.

²³ *Ibidem*, p. LVIII.

²⁴ García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, cit., p. 23.

DEL ORDEN AL CAOS

o de una fuerza invisible, pero notable, que preside las relaciones entre los sujetos.

En este sentido, Máynez indica cinco elementos esenciales que debe tener todo orden, los cuales son: *i)* la existencia de un conjunto de objetos; *ii)* la existencia de una pauta ordenadora; *iii)* la sujeción de los objetos a la pauta; *iv)* las relaciones que se derivan para los objetos con motivo de esa sujeción a la pauta, y, *v)* la finalidad perseguida por el ordinante.²⁵

Máynez consideró que la palabra “orden” encierra “dos sentidos que conviene distinguir con pulcritud. En el primero suele aplicarse a las reglas constitutivas del criterio ordenador; en el segundo, al resultado del proceso de ordenación”.²⁶ Así, se distingue que si bien se está hablando de un mismo término, éste se encuentra integrado por dos planos, que podrían definirse como uno principal y uno derivado, toda vez que al abordar la perspectiva de las reglas constitutivas del propio criterio será necesario atender a todo aquello que pueda llegar a afectar en el ordenador mismo, de igual forma que el resultado de la ordenación dependerá, necesariamente, del criterio utilizado para ordenar.

En resumen, podemos mencionar que el orden se reconoce en diferentes campos como el arte, la axiología, o el propio derecho, considerando igualmente que existen diferentes clasificaciones de orden, como el orden convencional o voluntario,²⁷ el orden técnico,²⁸ el orden normativo, el orden humano,²⁹ o el orden no humano, pero al mismo tiempo debemos reconocer *a contrario sensu* la existencia de los contrapuestos, de tal forma que en contraposición al bien se

²⁵ *Idem*.

²⁶ *Ibidem*, p. 26.

²⁷ El criterio convencional o voluntario es el criterio de ordenación creado por un sujeto. Así se establece en García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, cit., p. 33.

²⁸ Según García Máynez, se da este nombre a los órdenes cuya finalidad derivan de la aplicación de reglas de una o más artes y son contrapuestos a aquellos cuyos fines que se logran a través del cumplimiento de normas. García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, cit., 35.

²⁹ En este caso no nos referimos a algo establecido cognoscible y utilizable, sino a una tarea, objetivo o propósito del hombre en sí. Kuhn, Helmut, *El Estado. Una exposición filosófica*, Madrid, Rialp, 1979, p. 19.

encuentra el mal, en contraposición a lo árido está lo fértil, y como elemento antagónico del orden se encuentra el caos.

2. *El caos*

Del mismo modo que, como ya se ha visto, el orden ha sido objeto de estudio por diferentes autores, el caos ha sido igualmente analizado, por lo que a pesar de que al hablar de éste se genera en el oyente un pensamiento automático de desbarajuste, desorden³⁰ o desorganización, sin embargo, resulta de mucho interés valorarlo y ver su naturaleza, características y aplicación en el derecho.

El hecho de apartarse de un orden determinado con carácter previo implica provocar un fuerte cambio en el paradigma establecido; no obstante, el hecho de que se modifique un pensamiento instaurado y aceptado por la generalidad de la sociedad en un momento determinado no supone, en absoluto, que dicha transformación no entrañe un importante interés, pues se llega incluso a postular al desorden como un sistema que, aunque quizá parezca una idea poco ortodoxa, puede llegar a implementarse de tal manera que sea aquél el que pueda regir la vida de la sociedad, y es que, como se colige de las palabras del gran científico alemán Albert Einstein, en el desorden se encuentra la simplicidad.³¹

El caos, al igual que sucede con el orden, es un término multívoco, que por tanto acepta muchas y muy diferentes interpretaciones o conceptualizaciones.³² En este sentido, García Meza indica que el caos puede llegar a entenderse desde comportamientos aparentemente recurrentes y aleatorios en un sistema determinístico simple, hasta cierto tipo de orden sin periodicidad, sin olvidar su posible conceptualización como dinámica de sistemas liberados y de la pre-

³⁰ Eduardo Alejandro Ibáñez señala que es muy importante alejarse de la idea de imprevisibilidad absoluta que el término desorden puede hacer nacer en la mente del individuo, pues sería más correcto hablar de *seudo* aleatoriedad. Bunge, Mario, *Diccionario de filosofía*, México, Siglo XXI, 2001, p. 19.

³¹ Levine, Michael, *7 Life Lessons from Noah's Ark: How to Survive a Flood in Your Own Life*, Berkeley, Celestial Arts, 2003, p. 25.

³² Gleick, James, *Chaos. Making a New Science*, Ontario, Penguin Books, 1987.

DEL ORDEN AL CAOS

dictibilidad para explorar aleatoriamente cada una de sus posibilidades dinámicas.³³

Resulta importante diferenciar la teoría del caos en sus dos vertientes, pues, por una parte, se encuentra la teoría del caos estocástico y, por otra, está la teoría del caos determinista.³⁴ Una y otra guardan similitudes, sin embargo no deben confundirse, ya que la primera de ellas —caos estocástico— es totalmente imprevisible, aleatoria e impredecible, mientras que la segunda —caos determinista— se ocupa del estudio de ciertos sistemas de naturaleza dinámica, esto es, modificable y evolutiva, que resultan ser sensibles a las variaciones de las condiciones iniciales del propio sistema, haciendo que las más mínimas variaciones se traduzcan en grandes consecuencias en el futuro, por lo cual la predicción a largo plazo resulta realmente compleja.³⁵

La generación de la teoría del caos como tal se planteó y, posteriormente, se fue perfeccionando con el paso de los años, siendo que uno de los momentos incipientes de esta teoría fue proporcionado por Georg Cantor a finales del siglo XIX y principios del siglo XX en el área matemática, al plantear la posibilidad de dividir intervalos unitarios de manera infinita.³⁶ Como continuación del planteamiento de Cantor en cuanto a teoría de un caos existente se refiere, adquirieron una especial importancia los pensamientos del matemático francés Henri Poincaré, quien creó los sistemas dinámicos, dotando así de una fuerza notoria y visible a los postulados del caos, pues Poincaré estudió el problema del movimiento de los cuerpos a través de fases. Este postulado establece que a través de los movimientos de los cuerpos se desencadenan efectos impredecibles, con lo que llega a la conclusión de que si el sistema establecido es leve-

³³ García Meza, Carlos Jesús, *La teoría de caos: algunas implicaciones en el área de la metodología en la ciencia*, Monterrey, Universidad Autónoma de Nuevo León, 1993, p. 11.

³⁴ Ibáñez, Eduardo Alejandro, *Las teorías del caos, la complejidad y los sistemas*, Santa Fe, Homo Sapiens, 2008, p. 14.

³⁵ *Ibidem*, p. 15.

³⁶ Dauben, Joseph Warren, *Georg Cantor: His Mathematics and Philosophy of the Infinite*, Princeton University Press, 1990, pp. 120-149.

ABRIL USCANGA BARRADAS

mente perturbado, los efectos de esa mínima perturbación entrañan gran complejidad, ya que impiden o alteran, de una manera amplia, la posibilidad de previsión respecto de los resultados que se puedan llegar a obtener.³⁷

Este planteamiento que indica que la más mínima alteración en las condiciones iniciales puede desplegar consecuencias importantes en el resultado será lo que, años más tarde, retomó Edward Lorenz para presentar el denominado “efecto mariposa”.³⁸ La formulación del efecto mariposa como exponente de la teoría del caos determinista tuvo su origen en un estudio basado en el clima, mediante el cual Lorenz pretendía explicar el motivo que hace que sea tan complicado poder obtener previsiones meteorológicas con cierta seguridad y con una antelación suficiente, llegando a la conclusión de que hasta el aleteo de una mariposa en Brasil puede llegar a provocar un tornado en Texas.³⁹

El efecto mariposa resultó ser una extensión del planteamiento de Poincaré; sin embargo, en el perfeccionamiento de la teoría de Lorenz también tuvo su parte de importancia el postulado formulado por Duffing y Van der Pol, quienes siguiendo esa concepción dinámica de lo que nos rodea demostraron que la variación de un parámetro en un estudio podría poner de manifiesto la existencia de toda una secuencia de posibles resultados que serían susceptibles de llegar a provocar un estado caótico.⁴⁰

En esta tesitura, Ibáñez determina que “para un sistema altamente inestable, la más mínima desviación, perturbación, error o divergencia en su estado inicial, se amplificará exponencialmente

³⁷ Gray, Jeremy, *Henri Poincaré. A Scientific Biography*, Princeton University Press, 2013, pp. 27-34.

³⁸ Lorenz, Edward, “The Butterfly Effect”, en Abraham, Ralph y Ueda, Yoshisuke (eds.), *The Chaos Avant-Garde. Memories of the Early Days of Chaos Theory*, United Kingdom, World Scientific Publishing, 2000, pp. 91-95.

³⁹ Al respecto se puede consultar el archivo Lorenz, Edward N., *Previsibilidad: ¿debe el aleteo de una mariposa en Brasil originar un tornado en Texas?*, trad. de Andrea M. Cristiani, disponible en: https://elartedepreguntar.files.wordpress.com/2009/12/edward-lorenz_esp.pdf [12-marzo-2019].

⁴⁰ Camurri Righi, Antonio, *Resonancia no lineal*, Concepción, Universidad de Concepción, Consejo de Investigación Científica, 1967, pp. 11-24.

DEL ORDEN AL CAOS

con el curso del tiempo tornando imposible la previsión de su estado final allende ese lapso”.⁴¹ De esta forma, se pone de manifiesto que “la caoticidad es una propiedad inherente a la propia dinámica interna del sistema”,⁴² toda vez que tanto los sistemas simples como los complejos pueden ser caóticos desde el momento en que ese caos proviene de la sensibilidad a las condiciones iniciales; esto es, las interacciones locales del propio sistema, por lo que el número de variables presentes en ese sistema no representan un componente determinante para que surja el caos, pues lo que realmente provoca el caos es, como decimos, que las conductas iniciales o comportamientos primarios tengan una mayor o menor susceptibilidad de afectación en virtud de las circunstancias que rodean al sistema en específico.

Independientemente de si se sigue una teoría o concepción del caos como absoluta imprevisibilidad —caos estocástico—, como si se aboga por un caos en el que subyace un orden con una posibilidad de predicción muy compleja, pero existente, al fin y al cabo —caos determinista—, el caos provoca una ruptura o quiebre del orden previamente fijado. Es por ello que el caos, comprendido en este sentido, hace que se pueda llegar a poner en duda el orden previamente establecido en la comunidad social, dotando de apertura al pensamiento científico y filosófico, y es que del caos surgen nuevas estructuras, denominadas “estructuras disipativas”, que están alejadas del equilibrio, pero que son coherentes en tanto desarrollan una auto organización.⁴³

La aparición de estas estructuras disipativas pone de manifiesto una circunstancia muy importante, y es que aun en el caos existe un orden, no entendido como paradigma establecido de pensamiento o distribución de los objetos, sino como un concierto, serie o modo de realización de las cosas.

⁴¹ Ibáñez, Eduardo Alejandro, *Las teorías del caos...*, cit., p. 15.

⁴² *Ibidem*, p. 17.

⁴³ García Velarde, Manuel, “Estructuras dispositivas. Algunas nociones básicas 1”, *El Basilisco*, núm.10, mayo-octubre de 1980, pp. 8-13.

III. EL DERECHO COMO SISTEMA ORDENADO

El derecho y su finalidad en términos teóricos se puede acercar más a la acepción de orden, pero en la práctica parece alejarse del orden y tener una relación más próxima al caos, por lo que podemos preguntarnos ¿el orden no es orden por el derecho?

García Máynez afirma que el orden jurídico real de la sociedad no es el sistema normativo de ésta, sino el resultado de la sujeción de los destinatarios a las normas; es decir, sólo cuando las normas son cumplidas o aplicadas, el orden jurídico se convierte en realidad,⁴⁴ lo que *a contrario sensu* supone que si no hay cumplimiento de las normas jurídicas, no existe un orden jurídico como tal, con lo que ya no se podría hablar de orden por derecho.

En este sentido, la palabra “orden” es el *leitmotiv* que subsiste bajo el entendimiento del derecho, lo cual nos hace preguntarnos si ese orden está preestablecido y si toda consecuencia es resultado de un orden prefijado, lo que llevaría a suponer que en toda realidad existe la posibilidad de que un designio resulte inevitable.⁴⁵

En este sentido, es importante señalar, como lo hace García Máynez, la existencia de dos tipos de orden, que son el orden interno y el orden externo.

El orden interno se refiere a un comportamiento del individuo que se deriva del ejercicio de sus capacidades, por lo que su conducta condiciona la felicidad y virtudes, generando su esencia.⁴⁶ Este orden interno es importante tomarlo en perspectiva con el derecho, pues es éste el que conforma el orden externo en tanto regulación del comportamiento del individuo como elemento restrictivo del orden interno. Así, se puede hablar del derecho como orden porque regula la conducta interna del sujeto, haciendo que se forme una idea conjunta o común respecto del modo en que se debe regir la sociedad, pues, de lo contrario, la persona podría atender única-

⁴⁴ García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, cit., p. 20.

⁴⁵ Este planteamiento puede provocar interesantes debates cuando se valoran las opciones reales de desarrollo o de libertad del individuo por sí mismo.

⁴⁶ García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, cit., p. 55.

DEL ORDEN AL CAOS

mente a su orden interno, esto es, a sus deseos y sus concepciones de lo que es bueno, malo, o de lo que le provoca felicidad, concepciones que pueden llegar a confrontarse directamente con las interpretaciones que otros individuos de la colectividad pudieran llegar a tener respecto de esas categorías, por lo que el derecho como orden externo sirve de limitante a esos deseos internos propiciando un orden como tal en la sociedad.

Esta distinción entre orden interno y orden externo cobra una mayor importancia en el momento en que se atiende de manera escrupulosa al derecho, entendiéndolo ya como algo que ordena la vida colectiva a través de las normas jurídicas, las cuales existen, precisamente, porque existe un ordenamiento que las habilita, y es que, siguiendo las palabras de Bobbio, “la expresión derecho se refiere a un determinado tipo de ordenamiento”.⁴⁷

El ordenamiento existe porque existe un orden que debe ser atendido, el cual, para ser respetado, necesita de instrumentos que revisitan de fuerza al orden en sí, propiciándose las normas jurídicas.⁴⁸

Ahora bien, es trascendental considerar que si bien existe un orden natural al cual abona el derecho,⁴⁹ sin embargo se debe entender que el orden natural no es un sistema acabado de principios inmodificables y eternos, que funge como modelo de absolutamente todo derecho válido, eficaz, vigente y positivo,⁵⁰ sino que hay que considerar al orden natural como directriz de las situaciones presentes o futuras, por lo que sirve de base para que el derecho se pueda desarrollar atendiendo a las necesidades circunstanciales de cada momento; de lo contrario, implicaría pretender positivizar un derecho absoluto que abarque la totalidad de los supuestos posibles y futuros.

⁴⁷ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, 2a. ed., Santa Fé de Bogotá, Temis, 1997, p. 149.

⁴⁸ Sobre las normas jurídicas, véase García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 5a. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 78-97.

⁴⁹ Siguiendo a Carrancá y Rivas, el derecho en su conjunto es una proposición de deber ser. Carrancá y Rivas, Raúl, *Filosofía del derecho penal*, México, Porrúa, 2009, p. 1.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 48.

IV. EL CAOS COMO ELEMENTO DEL DERECHO

La evolución y, sobre todo, la interpretación del derecho, desde un ámbito teórico o práctico contemporáneo —decisiones judiciales—, ponen sobre la mesa la existencia de un caos inherente a la naturaleza jurídica. Guerrero Olvera indica que hay distintos tipos de caos en el derecho que podemos encontrar en diferentes ámbitos, como el teórico, el de las fuentes y el de la decisión judicial.⁵¹

La realidad contemporánea evidencia que en el derecho existe tendencia a un caos palpable. Así, podemos mencionar los siguientes ejemplos:

- a) El empleo del monopolio jurídico (tribunales) y del orden (policía) en donde no se tiene necesariamente como finalidad el beneficio social.⁵²
- b) La democracia parece haber agudizado la utilización del derecho como instrumento al servicio de unos pocos, para lograr fines que están presididos por la consecución de metas que parecen orientarse más hacia la particularidad.⁵³
- c) El caos legislativo, que implica, según Hoppe, que “el número de actos legislativos y reglamentaciones promulgadas por los parlamentos en el transcurso de un año normal está hoy en las decenas de millares, llenando centenares de miles de páginas, afectando a todos los aspectos de la vida civil y comercial, de lo que resulta una constante depreciación de la ley y el aumento de la inseguridad jurídica”.⁵⁴
- d) La existencia, de acuerdo con Ferrajoli, de un vacío de poder, que permite la existencia de nuevos poderes, que se tra-

⁵¹ Guerrero Olvera, Sergio Arturo, “El caos del derecho y el derecho al caos. Reflexiones acerca de la ley de «lo uno o lo otro»”, en *Pensar el derecho*, Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2007, p. 75.

⁵² Hoppe, Hans-Hermann, *Monarquía, democracia y orden natural*, Madrid, Unión, 2013, p. 60.

⁵³ Jouvenel, Bertrand de, *La soberanía*, Granada, Comares, 2016, pp. 334 y 335.

⁵⁴ Hoppe, Hans-Hermann, *Monarquía, democracia y orden natural...*, cit., p. 108.

DEL ORDEN AL CAOS

ducen en poderes fácticos, poderes desregulados y salvajes tanto del mercado como de la política, los cuales toman acción, generándose así una selección guiada por la ley del más fuerte.⁵⁵

- e) Para Luhmann, el caos viene dado por la contingencia, la cual se trata, entre otras cosas, del reverso de los valores inviolables.⁵⁶ Este planteamiento hace considerar un elemento que puede romper el orden establecido, siendo que dicho elemento proviene precisamente de la naturaleza, toda vez que “todo suceso siempre tiene lugar en el contexto de la contingencia”.⁵⁷
- f) El caos incluso se puede generar desde un apartado semántico, provocando así un desorden en lo más básico: su concepto.⁵⁸
- g) También podríamos decir que “identificar cuántas y cuáles son las normas jurídicas es una tarea imposible”,⁵⁹ o, al menos, compleja, ya que existen reconocimientos diversos en torno a la naturaleza y características que la norma debe contener, obteniéndose como consecuencia que aquellas disposiciones que no cuentan con una serie de notas distintivas específicas previamente establecidas no sean consideradas como normas jurídicas.

Con base en lo anterior, se debe mencionar que el derecho también puede partir del caos, pues, siguiendo el pensamiento de Balandier, en virtud del cual el desorden es innato a la sociedad moderna, se extrae como resultado que el derecho cae en el desorden

⁵⁵ Ferrajoli, Luigi, “Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, vol. 58, núm. 250, 2008, p. 30.

⁵⁶ Luhmann, Nicklas, “La contingencia como atributo de la sociedad moderna”, en Giddens, Anthony *et al.* (eds.), *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, Barcelona, Anthropos, 1996, p. 174.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 173.

⁵⁸ Guerrero Olvera, Sergio Arturo, *El caos del derecho y el derecho al caos...*, *cit.*, p. 75.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 77.

en tanto elemento natural presente en esa misma colectividad actual rigiendo “las formas de negociar la vida cotidiana”.⁶⁰

El razonamiento que se extrae del pensamiento de Luhmann cobra mayor fuerza con las palabras de Donatien Alphonse François de Sade, más conocido como Marqués de Sade, quien en su obra *Juliette 1* sostiene no solamente que el caos o desorden es natural, sino que además ese desorden es el que da lugar al orden, lo cual se produce, también, por la propia naturaleza,⁶¹ llegando incluso a aseverar que sin desorden no se llegaría al orden.⁶²

Este postulado implica que, trasladado al ámbito del derecho en concreto, se debe partir de la idea de un desorden que provoca el orden, por lo que si hablamos, como el título del presente escrito reza, del orden al caos, se puede llegar a un razonamiento en virtud del cual la sociedad contemporánea ha llegado a un punto en el que, tal vez, resulta necesario deconstruir los elementos que componen la estructura conceptual del derecho actual para, a partir de ese caos generado, volver a reconstruir el derecho.

El ámbito de la decisión judicial es en donde, quizá, se aprecia con mayor claridad el desorden o caos presente en el derecho, pues la libre valoración de la prueba, el razonamiento puramente subjetivo respecto del caso sometido a litigio y la interpretación de las normas aplicables a aquél revelan la existencia de una falta de certeza jurídica en el derecho, que debería ser, precisamente, el elemento que dotara de seguridad a la colectividad.

En este sentido, cobran gran importancia las palabras de Ronald Dworkin cuando indica que parte del proceso jurídico consiste en que el juez tome entre sus manos el texto constitucional y lo aplique a situaciones concretas,⁶³ pues esa interpretación judicial, en gran medida, adolece de una falta de baremos o niveles medidores respecto de la obtención de una garantía en cuanto a un posible resul-

⁶⁰ Balandier, Georges, *El desorden. La teoría del caos y las ciencias sociales*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 173.

⁶¹ Sade, Marqués de, *Juliette 1*, Librodoc, p. 99, disponible en: <http://seronosser.free.fr/sade/1800%20juliette%201.pdf> [22-marzo-2019].

⁶² *Idem*.

⁶³ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992, p. 233.

DEL ORDEN AL CAOS

tado, de tal modo que en el derecho no existe una fórmula que establezca que si se realiza A, la consecuencia será B indefectiblemente, sino que más bien habría que hablar de que si se realiza A, las posibles consecuencias pueden ser B, C, D, E, etcétera, en función de las circunstancias que acontecen en A.

Lo anterior es explicado por Hans Kelsen a través de la teoría de la causalidad y de la imputación, la cual parte de la base de que el derecho se rige por la imputación, mientras que la naturaleza se asienta en la causalidad. De esta manera, en la naturaleza, el físico describe con leyes los fenómenos que existen, pues siempre que se da A, tendrá lugar B; mientras que el jurista, en el derecho, relaciona la conducta del individuo con el enunciado del deber ser establecido en la norma para generar una relación de imputación entre ambos, siendo que si el individuo comete la conducta A, no necesariamente tendrá que producirse la consecuencia B, a diferencia de las leyes naturales, cuyos resultados serán el efecto obligatorio de la causa anterior, los cuales se producen independientemente de toda norma creada por los hombres.⁶⁴

En consecuencia, se puede señalar que el derecho, en su aplicación, puede llegar a determinaciones y criterios encontrados, pues mientras para un mismo caso un operador judicial resuelve X, para otro la respuesta puede ser Y, lo que en gran medida es susceptible de representar un caos potencial que implique la indeterminación, discrecionalidad, subjetividad o incertidumbre, haciendo del derecho un sistema dúctil de textura abierta.

El derecho no puede ser entendido e interpretado como un sistema lineal o estructura ideal, sino que cuenta con variables, condicionantes, componentes y aspectos que no pueden ser previstos y, por lo tanto, regulados con exactitud, lo que hace que más allá del orden natural que establece la existencia del derecho, hay, también, un caos en él como consecuencia de esa imprevisibilidad.

⁶⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 89 y 90.

V. CONCLUSIONES

El derecho en sus diferentes ámbitos puede mostrarnos facetas que reproducen el orden o el caos de forma dinámica, en la medida en que pueden coexistir a través del estudio del origen, contenido y aplicación de un sistema jurídico, procurando que, a través de los antagónicos, podamos dar respuesta o comprender las problemáticas que la ciencia jurídica contiene.

En este sentido, se podría considerar que el caos y el orden son términos mutuamente contradictorios, pero a través del estudio de los contrapuestos consiguen validarse mutuamente como dos factores básicos del binomio jurídico que bien podrían coexistir en un mismo mundo.

Por una parte, podemos decir que las teorías proponen y demuestran que nuestra concepción lineal del orden es excesivamente reductiva y pobre, mientras que las teorías del caos pueden ofrecer a los juristas la posibilidad de comprender la realidad como un todo interdependiente, dar respuestas a lo aparentemente desordenado y entender que el derecho no se agota en las normas, sino que implica un orden integral.

En la práctica podemos percatarnos de que las continuas promulgaciones y modificaciones legislativas o el cuestionado quehacer judicial hacen que se piense en la existencia de un caos en el derecho, surgiendo dudas respecto de si realmente el derecho es orden, pues la falta de certeza jurídica que surge en la sociedad como consecuencia de conductas soberanas del legislador o del operador judicial parecen responder más a un deseo particular que a un bien común, pues dejan, cuanto menos, en entredicho al derecho y generan falta de confianza en él como instrumento de solución de los problemas sociales.

De esta manera, han surgido teóricos como Robert Nozick⁶⁵ que consideran que la eliminación del derecho sería una opción, siguiendo así postulados de corte anarquista. A pesar de ello, se debe destacar que tales planteamientos no serían correctos, ya que la desaparición de aquél traería consigo no sólo la falta de orden, sino

⁶⁵ Para más información, véase Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

DEL ORDEN AL CAOS

el caos total seguido por la ausencia de gobierno y la presencia de una gran desorganización que provocarían el regreso del hombre como auténtico lobo para el hombre,⁶⁶ recordando así el latinismo *homo homini lupus*⁶⁷ establecido por Hobbes.

En sentido contrario, el orden permite el fenómeno de la interacción social, que inicia con la conducta entre dos o más seres humanos que se relacionan y construyen un sistema de orden superior, compuesto por elementos con propiedades constitutivas o emergentes, que son y no son, respectivamente, atribuibles a los individuos que constituyen tal sistema, de forma que podríamos decir que se crean sistemas sociales *autopoiéticos*.⁶⁸

Aunado a lo anterior, es importante considerar que el caos no es desorden puro en sí mismo, pues del propio caos subyace un orden que hace que los objetos se coloquen en el lugar que les corresponde, disponiéndose entre sí, por lo que se podría llegar a decir que si el orden es natural, el caos lo es igualmente.

Finalmente, podemos concluir que el orden y el caos son elementos que podríamos considerar como necesarios en el derecho, toda vez que a partir de ellos se puede llegar a reconstruir y dar dinamismo al sistema jurídico para reevaluar los conceptos, postulados y enunciados jurídicos fundamentales, que con motivo de ciertos factores o situaciones circunstanciales resultan inoperativos, injustos, ineficientes o inútiles para el derecho. Es así que podemos advertir que, como manifiesta Guerrero Olvera, “tal vez la teoría del caos sea una buena opción para... aceptar el carácter difuso del derecho, o, al menos, una esperanza para comprender mejor el comportamiento de los sistemas jurídicos frente a su función de coordinar las relaciones sociales”,⁶⁹ pues el derecho cuenta con manifestaciones comple-

⁶⁶ Hobbes, Thomas, *De cive. Elementos filosóficos sobre el ciudadano*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, 2000, pp. 33 y 34.

⁶⁷ Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de Estado eclesiástico y civil*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, 2009, p. IV.

⁶⁸ Humberto Maturana y Niklas Luhmann llevaron a cabo estudios para analizar la teoría de sistemas y los sistemas *autopoiéticos*. En este sentido se postuló que la sociedad es un sistema social *autopoiético* (clausurados operativamente) y autorreferente (que integran los elementos del sistema como unidades de función).

⁶⁹ Guerrero Olvera, Sergio Arturo, *El caos del derecho...*, cit., p. 85.

ABRIL USCANGA BARRADAS

jas y aleatorias que hacen que no pueda ser estudiado únicamente de una manera lineal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AQUINO, Tomás de, *Suma de teología*, segunda sección, 2a. parte, disponible en: http://efrueda.com/wp-content/uploads/2011/12/suma_teologica_2_2.pdf.
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, trad. de Valentín García Yebra, disponible en: <http://cmap.upb.edu.co/rid=1GM19TDTV-2QXBB0-V3Y/Aristoteles%20-%20Metafisica.pdf>.
- BALANDIER, Georges, *El desorden. La teoría del caos y las ciencias sociales*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- BEUCHOT, Mauricio, "La metafísica de las causas en Aristóteles y santo Tomás", *Logos*, vol. IX, núm. 26, 1981.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, 2a. ed., Santa Fé de Bogotá, Temis, 1997.
- BUNGE, Mario, *Diccionario de filosofía*, México, Siglo XXI, 2001.
- CAMURRI RIGHI, Antonio, *Resonancia no lineal*, Concepción, Universidad de Concepción, Consejo de Investigación Científica, 1967.
- CARNELUTTI, F., *Metodología del derecho*, Bogotá, Leyer, 2006.
- CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Filosofía del derecho penal*, México, Porrúa, 2009.
- CICERÓN, Marco Tulio, *Del Hado*, México, UNAM, 2005.
- DAUBEN, Joseph Warren, *Georg Cantor: His mathematics and Philosophy of the Infinite*, Princeton, Princeton University Press, 1990.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi, "Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, vol. 58, núm. 250, 2008.

DEL ORDEN AL CAOS

- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1989.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 5a. ed., México, Porrúa, 2002.
- GARCÍA MEZA, Carlos Jesús, *La teoría de caos: algunas implicaciones en el área de la metodología en la ciencia*, Monterrey, Universidad Autónoma de Nuevo León, 1993.
- GARCÍA VELARDE, Manuel, "Estructuras dispositivas. Algunas nociones básicas 1", *El Basilisco*, núm. 10, mayo-octubre de 1980.
- GLEICK, James, *Chaos. Making a New Science*, Ontario, Penguin Books, 1987.
- GRAY, Jeremy, *Henri Poincaré. A Scientific Biography*, Princeton, Princeton University Press, 2013.
- GUERRERO OLVERA, Sergio Arturo, "El caos del derecho y el derecho al caos. Reflexiones acerca de la ley de «lo uno o lo otro»", en *Pensar el derecho*, Querétaro, Fundación Universitaria de derecho, Administración y Política, 2007.
- HOBBS, Thomas, *De cive. Elementos filosóficos sobre el ciudadano*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, 2000.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de Estado eclesiástico y civil*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, 2009.
- HOPPE, Hans-Hermann, *Monarquía, democracia y orden natural. Una visión austriaca de la era americana*, Madrid, Unión, 2013.
- IBÁÑEZ, Eduardo Alejandro, *Las teorías del caos, la complejidad y los sistemas*, Santa Fe, Homo Sapiens Ediciones, 2008.
- JOUVENEL, Bertrand de, *La soberanía*, Granada, Comares, 2016.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- KUHN, Helmut, *El Estado. Una exposición filosófica*, Madrid, Rialp, 1979.
- KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contin, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.
- LEVINE, Michael, *7 Life Lessons from Noah's Ark: How to Survive a Flood in Your Own Life*, Berkeley, Celestial Arts, 2003.

ABRIL USCANGA BARRADAS

- LORENZ, Edward N., *Previsibilidad: ¿debe el aleteo de una mariposa en Brasil originar un tornado en Texas?*, trad. de Andrea M. Cristiani, disponible en: https://elartedepreguntar.files.wordpress.com/2009/12/edward-lorenz_esp.pdf.
- LORENZ, Edward, "The butterfly effect", en ABRAHAM, Ralph y UEDA, Yoshisuke (eds.), *The Chaos Vant-Garde. Memories of the Early Days of Chaos Theory*, United Kingdom, World Scientific Publishing, 2000.
- LOZANO, Vicente, *El orden del mundo y su explicación analógica en Aristóteles*, Espíritu Liv, 2005.
- LUHMANN, Nicklas, "La contingencia como atributo de la sociedad moderna", en GIDDENS, Anthony et al. (eds.), *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, Barcelona, Anthopos, 1996.
- NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.
- RIVAYA, Benjamín, "Anarquismo y derecho", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 112, abril-junio de 2001.
- SADE, Marqués de, *Juliette 1*, Librododoc, disponible en: <http://serono.ser.free.fr/sade/1800%20Juliette%201.pdf>.
- SAN AGUSTÍN, *La ciudad de Dios*, disponible en: <http://efrueda.com/wp-content/uploads/2011/12/L-a-ciudad-de-Dios.pdf>.
- SCOTT, Robert E., "Chaos Theory and the Justice Paradox", *William & Mary Law Review*, vol. 35, issue I, 1993.
- SUÁREZ, Francisco, *De legibus: De lege naturali*, Corpus Hispanorum de pace, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1974.
- VALLARTA MARRÓN, José Luis, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 2016.
- WEBER, P. J., *Santo Tomás de Aquino. El genio del orden*, Buenos Aires, Poblet, 1949.

SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL*

ON THE FOUNDATIONS OF INTELLECTUAL PROPERTY

Sulan WONG**

Resumen:

La discusión sobre los fundamentos que legitiman la propiedad intelectual se suele centrar alrededor de dos grandes planteamientos: iusnaturalistas y utilitaristas. Los primeros sostienen que es posible justificar la propiedad sobre la creación intelectual recurriendo a la teoría liberal de la propiedad formulada por John Locke. Los segundos convergen en torno a la llamada “cláusula del progreso” y el argumento de los incentivos. En este trabajo se analiza si es posible o no justificar la propiedad intelectual sobre la base de dichos planteamientos, concluyendo que, dadas las paradojas identificadas, éstos resultan insuficientes.

Palabras clave:

Iusnaturalismo; utilitarismo; patrimonio intelectual; privilegio; propiedad.

Abstract:

The discussion on the foundations that legitimize intellectual property is usually centered around two major approaches: iusnaturalism and utilitarianism. The first one argues that it is possible to justify the property of intellectual creation resorting to the liberal theory of property by John Locke. The second one converges around the so-called «clause of progress» and the argument of the incentives. This paper analyzes whether or not it is possible to

* Artículo recibido el 21 de agosto de 2018 y aceptado para su publicación el 25 de julio de 2019.

** Universidad de La Frontera en Chile, sulan.wong@ufrontera.cl.

SULAN WONG

justify intellectual property under these approaches, concluding that, given the paradoxes identified, they are not sufficient.

Keywords:

Iusnaturalism; Utilitarianism; Intellectual Commons; Privilege; Monopoly; Property.

SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Planteamientos iusnaturalistas*. III. *Planteamientos utilitaristas*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La discusión sobre los fundamentos que legitiman la propiedad intelectual se suele centrar alrededor de dos grandes planteamientos: iusnaturalistas y utilitaristas.¹ Los primeros sostienen que es posible justificar la propiedad intelectual con fundamento en la “teoría de la propiedad” de John Locke, al entenderse que la invención o la creación literaria, artística o científica es el resultado de un proceso intelectual individual, de un esfuerzo sin el que sería imposible conocerla. Es este esfuerzo el que le agrega valor al recurso intelectual —antes no trabajado—, lo transforma en propiedad privada y le libera de toda carga social. Por contra, los segundos convergen en torno a la llamada “cláusula del progreso” y el argumento de los incentivos a la creación intelectual. En este sentido, la necesidad de promover el progreso de la “ciencia y las artes útiles” exige tanto el reconocimiento de la labor creativa del autor o inventor, mediante el establecimiento de derechos de propiedad individual, como la limitación en el tiempo de esos derechos, para recuperar el continuo ciclo de innovación cultural y tecnológica interrumpido por el monopolio conferido.

Con este trabajo no se analiza si Locke le otorgó o no una base moral a la apropiación individual e ilimitada de los recursos entregados

¹ De acuerdo con Lemley, hay una tercera forma de justificar la propiedad intelectual: la fe. Ante la falta de evidencia empírica que pueda sostener la hipótesis utilitarista, Merges recurre a su “fe” en la relación causal entre propiedad intelectual y progreso. Lemley acuña esta visión como la “justificación de la propiedad intelectual basada en la fe”, equiparándola con una religión cuyo dogma es indiscutible y no necesita demostración. Véase Lemley, Mark A., “Faith-Based Intellectual Property”, *UCLA Law Review*, 2015, vol. 62, pp. 1337 y 1338; Merges, Robert P., *Justifying Intellectual Property*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, p. 3. No es objeto de este artículo discutir acerca de este fundamento contemporáneo, pues Merges recurre a él únicamente en caso de que el utilitarismo no funcione.

SULAN WONG

en comunidad a la humanidad, sino que se intenta determinar si es posible justificar la propiedad sobre la creación intelectual con fundamento en dicha tesis. Por otra parte, se evalúa si los planteamientos utilitaristas, primero, se alejan de la justificación lockeana de la propiedad intelectual, y, segundo, si son suficientes por su cuenta para fundamentar la misma.

II. PLANTEAMIENTOS IUSNATURALISTAS

En el *Segundo tratado sobre el gobierno civil*,² John Locke dedica el capítulo V a fundamentar la propiedad privada, recurriendo a argumentos tanto de orden teológico como utilitarista.³ Teológico porque todo tiene su comienzo en Dios. Es él quien ha asignado los frutos y la tierra a la humanidad para que ésta participe en común de ella; por lo tanto, dichos recursos que la tierra produce naturalmente no son privativos de un individuo en particular, sino que per-

² Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 1990/1690. En adelante *Segundo tratado*.

³ El capítulo V del *Segundo tratado* ha dado lugar a diversas y encontradas interpretaciones. Tully ha identificado cronológicamente cuatro líneas de interpretación. En el siglo XIX, Locke es interpretado como el padre del socialismo moderno. En la década de 1930 se consolida la interpretación liberal de Locke. Con los trabajos de Strauss y MacPherson se interpreta a Locke como el defensor del “individualismo posesivo” y de la apropiación ilimitada de la riqueza que libera a la propiedad de sus obligaciones sociales. Finalmente, la cuarta línea de interpretación descansaría en la idea de que Locke dejó al Estado la definición de la propiedad. La interpretación particular de Tully sobre Locke se aleja diametralmente a la de MacPherson, al sostener que Locke no dice nada en su teoría acerca de la propiedad privada en el estado de la naturaleza y que no encuentra razón alguna para asumir que el objetivo de Locke era justificar la apropiación ilimitada de los recursos comunales. Véase Tully, James, *An Approach to Political Philosophy. Locke in Contexts*, New York, Cambridge University Press, 1993, p. 194, y MacPherson, C. B., *The political theory of possessive individualism: Hobbes to Locke*, New York, Oxford University Press, 1962, p. 310. Por otra parte, Willinsky destaca que Locke, particularmente con respecto a la propiedad intelectual, tenía una mirada utilitarista, pues reivindicó la libertad desde el mercado. Véase Willinsky, John, *The Intellectual Properties of Learning: A Prehistory from Saint Jerome to John Locke*, Chicago, University of Chicago Press, 2017, p. 305.

SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

tenecen a la humanidad entera. En origen, según Locke, los recursos de la tierra y sus frutos nos fueron entregados en comunidad, y, por lo tanto, pertenecen a todos. Luego, la ley de la “razón natural” —que también encuentra su origen en Dios— nos impone al mismo tiempo un derecho y una obligación; todos tenemos el derecho de subsistir en el lugar que Dios nos ha colocado. Pero también tenemos la obligación moral de alcanzar los recursos necesarios para garantizar nuestra subsistencia.⁴ En este derecho y obligación de subsistencia —de vivir y no morir— subyace la obligación de trabajar, la piedra angular del discurso de Locke para justificar, por una parte, el derecho natural a la propiedad y, por otra, la ausencia de consentimiento expreso de los comuneros.

Locke, sostiene Drahos,⁵ pudo haber evitado tener que recurrir a enrevesados argumentos para explicar cómo los recursos dados en comunidad se transforman convencionalmente en propiedad privada sin contar, por una parte, con el consentimiento expreso de todos los comuneros y, por la otra, sin desconocer que dichos recursos fueron asignados comunitariamente por Dios. La explicación podría ser la siguiente: partir de una definición de comunidad en términos negativos —la tierra y sus frutos no pertenecen a nadie— más que una en términos positivos —la tierra y sus frutos pertenecen a la humanidad— hubiera eximido a Locke de tener que buscar una justificación a la ausencia de consentimiento expreso. Pero dada la carga teológica de su tesis, recurrir a una definición de comunidad en términos negativos significaba abandonar la concepción cristiana de la creación o establecer la desigualdad en la asignación de los recursos en origen divino. Locke sugiere en sus planteamientos una redefinición del concepto de comunidad en términos positivos, en la que introduce el trabajo como fuente de legitimación de la apropiación individual de los recursos comunales, sin necesidad de contar con el consentimiento expreso de los demás miembros de la comunidad.⁶

⁴ Locke, *op. cit.*, §25.

⁵ Drahos, Peter, *A Philosophy of Intellectual Property*, Aldershot, Dartmouth, 1996, pp. 45-47.

⁶ Tully, *op. cit.*

SULAN WONG

El trabajo, en consecuencia, no sólo es el medio que le permite a las personas cumplir con su obligación moral de alcanzar los recursos necesarios para auto-conservarse, sino que además legitima la apropiación individual de los recursos comunales sin la autorización expresa de todos los comuneros. Es ésta una suerte de “consentimiento tácito” soportado en la premisa del trabajo, dada la dificultad, advertida por Locke, de orden “práctico” y de inviabilidad aparente, de la obtención del consentimiento expreso de parte de todo el género humano.

La lógica de Locke en dicha premisa —imposibilidad de orden práctico y de inviabilidad aparente en la obtención del consentimiento expreso— podría ser la siguiente: supongamos que hay abundantes frutos sobre la tierra y que una persona, antes que otra, se da a la tarea de recogerlos para su sustento.⁷ Pero como los recursos fueron dados en comunidad, esa persona tendría que obtener el consentimiento de todo el género humano. Dicho así, antes de alcanzar el consentimiento la persona muere de hambre.⁸ Ahora, ¿puede alguien realizar reclamo alguno sobre los recursos recogidos porque no se requirió su consentimiento? Locke dice que no. El consentimiento no es necesario, porque lo relevante en la teoría es el esfuerzo que realiza una persona en recoger los frutos para cubrir su obligación de subsistencia.⁹

A partir del trabajo, el ser humano en Locke se perfila como un propietario en sí mismo, uno que agrega valor a los recursos comunales “con el trabajo de su cuerpo y la obra de sus manos”,¹⁰ y los transforma en recursos privados. La legitimidad de la propiedad no está en el consentimiento, sino en el trabajo. El esfuerzo que emplea el hombre en recoger los frutos, cazar la liebre, someter y labrar la tierra, es lo que hace que ya nadie más pueda reclamar derechos de propiedad sobre lo recogido, cazado y labrado.¹¹ Por tanto, los recursos ya no son de todo el género humano. Los recursos que en origen

⁷ Locke, *op. cit.*, §28.

⁸ *Idem.*

⁹ *Ibidem*, §29.

¹⁰ *Ibidem*, §44.

¹¹ *Ibidem*, §32.

SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

son comunales pasan a ser propiedad privada de quien los trabaja, de “aquel que con su esfuerzo los retiró del estado en el que la naturaleza los había dejado”.¹² La tarea de retirar los frutos, el esfuerzo empleado en labrar la tierra para hacerla productiva, es lo que hace que ya nadie más pueda reclamar derechos de propiedad sobre los mismos,¹³ pues no son comunales, y, por tanto, tampoco podría otra persona moralmente pretenderlo.¹⁴ En suma, el argumento moralista del trabajo le permite a Locke marcar la diferencia entre los recursos pertenecientes a todo el género humano y los que dejan de serlo por modificación, y superar la falta de consentimiento expreso de todos los comuneros.¹⁵

Los argumentos del filósofo liberal inglés se aproximan al mismo tiempo al utilitarismo, porque aunque los recursos forman parte de la comunidad primigenia, lo comunal no tiene sentido si no representa una utilidad: “Dios ha dado a los hombres el mundo en común; pero como se lo dio para su beneficio y para que sacaran de él lo que más les conviniera para su vida, no podemos suponer que fuese la intención de Dios dejar que el mundo permaneciese comunal y sin cultivar”.¹⁶

La utilidad no sólo es concebida en la obra de Locke en términos de subsistencia, sino también en términos de valor agregado a través del trabajo

...que cada uno considere la diferencia que hay entre un acre de tierra en el que se ha plantado tabaco o azúcar, trigo o cebada, y otro acre de esa misma tierra dejado como terreno comunal, sin labranza alguna; veremos, entonces, que la mejora introducida por el trabajo es lo que añade a la tierra cultivada la mayor parte de su valor.¹⁷

¹² *Ibidem*, §29.

¹³ *Ibidem*, §32.

¹⁴ No obstante, dicha concepción sería probablemente discutida hoy en día por los liberalistas más acérrimos, pues los recursos ociosos, previamente apropiados, jamás serían otorgados en propiedad privada a los más pobres que pudieran utilizarlos, enriquecerlos o explotarlos o darle valor con su trabajo.

¹⁵ *Ibidem*, §34.

¹⁶ Locke, *op. cit.*

¹⁷ *Ibidem*, §40.

SULAN WONG

Por otra parte, la apropiación individual no disminuye la propiedad comunal, sino que la acrecienta, al hacer la tierra más productiva en beneficio de la humanidad, “pues los frutos que son producidos por un acre de tierra cultivada resultan ser —sin exageración— diez veces más que los producidos por un acre de tierra igualmente fértil que no es aprovechado y continúa siendo comunal”.¹⁸ Incluso, a juicio de Locke, los cálculos de reconocimiento de la utilidad que le aporta el esfuerzo que invierte una persona en el recurso inculto suelen ser modestos, pues prácticamente sin el trabajo el valor de la propiedad comunal es prácticamente “cero”.¹⁹ La utilidad del recurso se debe así al esfuerzo empleado en transformar en útil “algo” que en su estado natural tenía un valor inapreciable.

Los recursos, al ser trabajados, pierden su carácter comunal de origen divino —y pasan a ser convencionalmente propiedad privada de quien los ha trabajado—,²⁰ pues los ha dotado de un valor que no poseían en su estado natural.²¹

Por otra parte, la cuantía de lo acumulable es algo que Locke pretende dar por superado en la formulación explícita de dos condiciones: primero, que se deje suficiente²² y de igual calidad para los demás,²³ y segundo, que se tome sólo lo necesario para el sustento sin dejar que se dañe el recurso apropiado.²⁴ Dejar suficiente y de igual calidad para los demás responde a ese derecho natural de toda persona de subsistencia; si la tierra y sus frutos fueron asignados a toda la humanidad, todos tienen el derecho a proveerse de dichos recursos para vivir. Por esta misma lógica, se ha de tomar solamente

¹⁸ *Ibidem*, §37.

¹⁹ Sería un cálculo muy modesto decir que los productos de la tierra que le son útiles al hombre nueve décimas partes son el resultado del trabajo. Pues si estimamos justamente las cosas tal y como nos llegan para nuestro uso, y sumamos los diversos gastos, esto es, lo que estrictamente deben a la naturaleza y lo que deben a nuestro trabajo, nos daremos cuenta de que en la mayor parte de ellas el noventa y nueve por ciento debe atribuirse a nuestro esfuerzo. Véase Locke, *op. cit.*, §40.

²⁰ *Ibidem*, §34.

²¹ Locke, *op. cit.*, §27.

²² *Idem*.

²³ *Ibidem*, §§33-34.

²⁴ *Ibidem*, §§36-37.

lo necesario, y tanto lo tomado como el excedente no se deben dejar perder.²⁵

1. Commons *intelectual*

A pesar de que Locke no habló sobre la propiedad intelectual en el *Segundo tratado*,²⁶ algunos autores sostienen que es posible entender la tesis del derecho natural a la misma.²⁷ Sin embargo, no es una tarea fácil, pues, como bien lo ha afirmado Boyle, va más allá de una simple ecuación basada en la premisa del trabajo.²⁸

²⁵ MacPherson, quien ha realizado un minucioso análisis crítico de la teoría de la propiedad de Locke, sostiene que en dicha teoría se formulan explícitamente al menos dos limitaciones a la apropiación individual, pero advierte que existe una tercera, que se considera erróneamente implícita por la lógica de la justificación lockeana. Esta tercera limitación pareciera que viene dada por la cantidad de trabajo empleada por el hombre de Locke para procurarse los bienes necesarios para su subsistencia; extraído este límite de la máxima “el trabajo de su cuerpo y la obra de sus manos”, véase MacPherson, *op. cit.*, p. 198. Por otra parte, Bobbio advierte una cuarta limitación a la propiedad derivada de la muerte del trabajador. Esta limitación se explica en el hecho de que siendo solamente el trabajo de la persona lo que da lugar a la propiedad individual, los bienes apropiados no podrían ser heredados y, por tanto, deberían retornar a la comunidad a la cual pertenecerían antes de su transformación o apropiación. Véase Bobbio, Norberto, *Locke e il diritto naturale*, Torino, G. Giappichelli, 1963, p. 235.

²⁶ Y en efecto, como advierte Willinsky, Locke no sólo apoya la visión newtoniana de la construcción social del conocimiento, sino que no creía que las bases del *Segundo tratado* fueran adecuadas para justificar la propiedad sobre el conocimiento. Para un excelente recuento histórico acerca del pensamiento de Locke respecto a la propiedad intelectual, véase el capítulo 12 de la obra de Willinsky, *op. cit.*

²⁷ Hughes, Justin, “The Philosophy of Intellectual Property”, *Georgetown Law Journal*, vol. 77, 1988, pp. 287-366; Moore, Adam, *Intellectual Property and Information Control*, New Brunswick, NJ Transaction Publishers, 2004, p. 251; Mossof, Adam, “Saving Locke from Marx: The Labor Theory of Value in Intellectual Property Theory”, *Social Philosophy and Policy*, vol. 29, núm. 2, 2012; Himma, Kenneth, “Toward a Lockean Moral Justification of Legal Protection of Intellectual Property”, *San Diego Law Review*, vol. 49, núm. 1, 2013; Cwik, Bryan, “Labor as the Basis for Intellectual Property Rights”, *Ethic Theory Moral Practice*, vol. 17, 2014.

²⁸ Boyle, James, *The Public Domain. Enclosing the Commons of the Mind*, New Haven, Yale University Press, 2008, p. 315.

SULAN WONG

La determinación de la existencia en el campo de las ideas de un recurso comunal o *commons* equivalente al *commons* material —la tierra y sus frutos— es uno de los más importantes temas a explicar y, tal vez, el más complejo.²⁹ Locke sugiere la existencia de un *commons* positivo e inclusivo, que podríamos entender como *ex ante* al hombre, es decir, los recursos existentes con independencia del hombre, pertenecientes a todos en comunidad y accesible a todos los comuneros. En el campo de las ideas se presenta la dificultad de explicar la existencia de un *commons* intelectual³⁰ positivo e inclusivo, *ex ante* al hombre, tal y como lo plantea Locke. Dicha dificultad radica, en primer término, en que al contrario de los recursos materiales que conforman el *commons* lockeano, los recursos intelectuales son intangibles, inagotables, inapropiables e infinitos, residen en un objeto físico y, además, admiten simultaneidad de uso; cualquier persona en cualquier parte puede, al mismo tiempo, hacer uso del recurso intelectual.³¹ De hecho, la historia da cuenta de una serie de casos en los que dos o más personas han coincidido en sus descubrimientos o invenciones, de manera independiente y separada: Newton (1671) y Leibnitz (1676) con el cálculo; Mendel (1865), De Vries (1900), Correns (1900) y Tschermarck (1900) con las leyes de la herencia; Montgolfier (1783) y Rittenhouse-Hopkins (1783) con el globo aerostático.³²

En segundo término, para acceder a los recursos intelectuales del *commons* intelectual *ex ante* sería necesario contar con conocimiento previo, salvo para un subconjunto de éstos, los más básicos,

²⁹ Drahos, *op. cit.*, pp. 64-83.

³⁰ En este trabajo un *commons* intelectual hace referencia a los recursos abstractos compartidos por una comunidad, susceptibles de apropiación a través de derechos de propiedad intelectual.

³¹ Las características enunciadas implican que los límites naturales —suficiencia y despilfarro— a la apropiación ilimitada de los recursos comunales, en el caso de los recursos intelectuales, no siempre se cumplen. Véase Drahos, *op. cit.*, pp. 68 y 69.

³² Para un listado comprensivo de casos en la historia en el que se observa que las mismas ideas han sido producidas de forma independiente por múltiples creadores, véase Ogburn, William y Thomas, Dorothy, "Are Inventions Inevitable? A Note on Social Evolution", *The Academy of Political Science*, vol. 37, núm. 1, 1922, pp. 83-98.

SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

que no tendrían necesidad de ello. El conocimiento requiere de conocimiento para ser creado, por lo que es necesario acceder a él de manera libre. Debería conformarse un *commons* intelectual *ex post* de donde todos podamos tomar las ideas necesarias para extraer recursos intelectuales del *commons* intelectual *ex ante*. Pero ¿cómo podría configurarse un *commons* intelectual *ex post*, en los términos necesarios, es decir, positivo e inclusivo, si los recursos intelectuales requeridos ya han sido apropiados al ser extraídos del *commons* intelectual *ex ante*? Nos encontramos frente a una paradoja que cuestionaría la idea de propiedad intelectual basada en Locke, pues el *commons* intelectual *ex ante* perdería su cualidad inclusiva. Consideramos, como lo hace Drahos,³³ que el reto de cara a la tesis lockeana estaría en explicar cómo esos recursos intelectuales pasarían a formar parte del *commons* intelectual *ex post*, pues la conformación de este *commons* exige un proceso inverso, de privado a comunal, que dependería de la voluntad de los comuneros.

2. El trabajo y el valor agregado

Locke ha planteado que los recursos comunales devienen en propiedad privada en el momento en que alguien a través de su trabajo les agrega un valor que antes no tenían. Extender este planteamiento a la propiedad intelectual encierra al menos dos problemas; el primero relacionado con la determinación del valor agregado, y, el segundo, vinculado al “comportamiento” de los recursos intelectuales.

Hettinger³⁴ ha señalado que la determinación del valor agregado, aunque se manifiesta como un problema de orden práctico, parece obedecer a la errónea tendencia dirigida a simplificar el valor agregado “trabajo” en el valor “producto intelectual” del trabajo. Dado que los recursos o “productos” intelectuales son el resultado de un proceso colectivo en el que han intervenido muchas personas en el

³³ Drahos, *op. cit.*, p. 49.

³⁴ Hettinger, Edwin C., “Justifying Intellectual Property”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 18, núm. 1, 1989, pp. 31-52.

SULAN WONG

tiempo,³⁵ con dicha simplificación lo que se hace es atribuir al último eslabón en la cadena de creación el cien por ciento del valor del trabajo intelectual.³⁶ En segundo término, los recursos intelectuales, a diferencia de los recursos materiales, se “comportan” de manera diferente, debido a que no se agotan con el uso. Además, obedecen al llamado “efecto red” o Ley de *Metcalfe*, por lo que los recursos del *commons* intelectual *ex post* adquieren más valor a medida que más personas lo utilizan. Este “extraño lockeanismo”³⁷ que es observado, tanto en la red telefónica como en la ciencia, exige la apertura del acceso del *commons* intelectual a todo aquel que desee usarlo.

La comunidad *software* libre puede ser vista como el caso paradigmático de la conformación de *commons* intelectual *ex post*, donde tanto los creadores como los usuarios colaboran en el mejoramiento y ampliación de la base de conocimiento disponible. Desde la lógica del *software* libre, el trabajo se entiende de una forma distinta a la tesis lockeana; el trabajo es una actividad intrínsecamente interesante, inspiradora y gratificante.³⁸ Mediante múltiples proyectos, que van desde el sistema operativo GNU/Linux a cualquier tipo de servicio o aplicación informática, el movimiento del *software* libre, por ejemplo, ha logrado conseguir la mayor parte del mercado de los servidores de páginas web que hay en Internet.³⁹ El éxito de esta comunidad tiene mucho que ver con los excelentes canales de retroalimentación entre usuarios y desarrolladores, que permiten mo-

³⁵ La concepción newtoniana de la creación como proceso colectivo —si puedo ver más allá es porque estoy parado sobre hombros de gigantes— siempre ha encontrado sus detractores. Véase Spooner, Lysander, *The Law of Intellectual Property; or an essay on the right of authors and inventors to a perpetual property in their ideas*, Boston, Bela Marsh, 1885, vol. I, Objection sixth.

³⁶ En la práctica, el problema de la determinación de la proporción económica del aporte individual tampoco es sencillo de resolver, y para algunos se manifiesta insostenible. Véase Mossof, *op. cit.*

³⁷ Rose, Carol, *Property & Persuasion: Essays on the History, Theory, and Rhetoric of Ownership*, Boulder, Westview Press, 1994, p. 317.

³⁸ Himanen, Pekka, *The Hacker Ethic and the Spirit of the Information Age*, New York, Random House, 2001, p. 232.

³⁹ Datos recientes pueden verse en Netcraft, *February 2018 Web Server Survey*, disponible en: <https://news.netcraft.com/archives/2018/02/13/february-2018-web-server-survey.html>

SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

dificaciones, actualizaciones e innovaciones de los recursos con frecuencia. El *software* libre con su Licencia Pública General, conocida por sus siglas en inglés como GPL, ha sabido ir de la esfera privada a la comunal sin apartarse, paradójicamente, de los pilares fundamentales de la propiedad intelectual.⁴⁰

3. *Suficiente y de igual calidad*

La apropiación de los recursos materiales del *commons ex ante* en la teoría de Locke está condicionada, primero, a que se deje “suficiente y de igual calidad” para los demás, y, segundo, a que se tome sólo lo necesario para el sustento, sin dejar que se dañe el recurso apropiado.

Entender que, aunque finitos, hay recursos materiales “suficientes y de igual calidad para todos” es un supuesto que Locke estableció para justificar la apropiación de recursos por aquel que los trabaje, pues nunca se podría perjudicar con esta acción al resto de la humanidad.⁴¹ Pero los recursos intelectuales son infinitos, en el sentido de que siempre habrá ideas por descubrir. Hughes⁴² y Moore⁴³

⁴⁰ Usando el poder del *copyright*, el “*software* libre” no sólo asegura que permanece abierto y susceptible de modificación, sino también que otro *software* que incorpore y use “*software* libre” —y que técnicamente se convierta en “obra derivada”— debe también, a su vez, ser libre. Si uno usa y adapta un programa de *software* libre y distribuye públicamente esa versión adaptada, la versión distribuida debe ser tan libre como la versión de la que procede. Debe hacerse así, de lo contrario, para Lessig, se estaría infringiendo el *copyright*. Véase Lessig, Lawrence, “Introducción”, en Stallman, Richard, *Software libre para una sociedad libre*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2004, p. 12.

⁴¹ “Mas, sea como fuere, pues no voy a insistir en esto, lo que sí me atrevo a afirmar sin duda alguna es lo siguiente: que esa misma regla de la propiedad, a saber, que cada hombre sólo debe posesionarse de aquello que le es posible usar, puede seguir aplicándose en el mundo sin perjuicio de nadie; pues hay en el mundo tierra suficiente para abastecer el doble de sus habitantes”. Cfr. Locke, *op. cit.*, §9.

⁴² Hughes, *op. cit.*

⁴³ Moore ha argumentado sobre la posibilidad de justificar la propiedad intelectual a través de la teoría de la propiedad de Locke, dado que la frontera de la propiedad intelectual es prácticamente infinita. En su opinión, la metáfora del bebedor de agua del pasaje 33 del *Segundo tratado* es muy parecida a la metáfora del autor o

SULAN WONG

sugieren que esta característica justificaría incluso más la apropiación de los recursos intelectuales en los términos de Locke, pues al ser éstos infinitos siempre habrá “suficiente y de igual calidad” para los demás. No obstante, se puede discrepar de esta afirmación, pues las condiciones fijadas por Locke no son aplicables estrictamente en el caso de los recursos intelectuales, debido a la naturaleza de los mismos.

Primero, se entiende que en el *commons* material, aunque en términos finitos, hay “suficiente y de la misma calidad” de cada recurso para todos, es decir, hay múltiples elementos del mismo recurso, pero no existe una diferencia determinante entre ellos. Daría lo mismo tomar cualquier manzana de un huerto, pues ellas son, a todos los efectos, iguales; cuando se extrae una manzana, no deja de haber manzanas. Por contra, aunque los recursos en el *commons* intelectual *ex ante* son infinitos, podemos decir que cada recurso intelectual tiene una única forma de materializarse, es un elemento único en un conjunto infinito de elementos únicos. Pueden buscarse otros recursos intelectuales que sean similares al primero y que hasta cumplan la misma función, pero nunca serán el mismo. Por lo tanto, será imposible⁴⁴ para alguien más volver a extraer este recurso desde el *commons* intelectual *ex ante*, pues ya ha sido apropiado por quien lo ha hecho primero. Volviendo al caso de las manzanas, es como si al extraer una manzana del *commons* material ya no se pudieran volver a extraer manzanas nunca más.

Segundo, existen situaciones en las cuales algunos recursos no pueden ser extraídos del *commons* intelectual *ex ante*, pues esa ac-

inventor, porque sacar “algo” del *commons* intelectual es como tomar agua del río. El recurso, en ambos casos, se presenta infinito. Su argumento se apoya en la prueba lógica de la “línea base”: si al apropiarnos de un recurso no dejamos en peor condición a los demás en términos de bienestar, entonces la apropiación y la exclusión son permitidas. Véase Moore, *op. cit.*

⁴⁴ Es cierto, como ya se comentó anteriormente, que dos personas pueden llegar a un mismo resultado científico o tecnológico de manera independiente. No obstante, esto se hace por desconocimiento del hecho, ya que si la propiedad fuese instantánea sería imposible hacerlo. Lo que, es más, en casos contemporáneos siempre habrá disputa por la prioridad, con lo que quien la demuestre habrá excluido a los demás.

SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

ción depende de otro recurso previamente extraído por un tercero.⁴⁵ Esto ocurre cuando se toma un recurso del *commons* intelectual *ex ante* y no se coloca en el *commons* intelectual *ex post*; los recursos dependientes serán indirectamente apropiados por quien detente la propiedad del recurso necesario. Aún más, dado que el *commons* intelectual *ex ante* es infinito, la cantidad de recursos intelectuales en éste que dependen de un recurso intelectual extraído puede también ser infinita. Por tanto, este propietario no habrá dejado en el *commons* “suficiente y de igual calidad” para todos, pues nadie que no sea él podrá realizar trabajo creativo o inventivo derivado del recurso apropiado.

Finalmente, recordemos que la teoría de Locke exige que lo que se tome del *commons* no se despilfarre. Sin embargo, el propietario de un recurso intelectual no tiene por qué darle utilidad al mismo. Puede haberlo extraído con el único fin de evitar que alguien más lo hiciera o para tener control monopólico del mismo. Es cierto que, en la teoría de la utilidad económica, el propietario de este caso podría extraer valor por el mero hecho de tener su propiedad. Pero es de difícil justificación que esta utilidad sea tan grande como si el recurso intelectual extraído se pusiera a producir o se colocara en el *commons* intelectual *ex post*. Además, las ideas se “deterioran” o se “desperdician”,⁴⁶ en el sentido de que una vez apropiadas, el tiempo durante el que la aplicación de la misma puede ser útil es limitado. Por tanto, dejar de usar un recurso extraído del *commons* intelectual *ex ante* violaría el “proviso” lockeano.

III. PLANTEAMIENTOS UTILITARISTAS

1. *Condorcet y la noción social de las ideas*

La historia de la propiedad intelectual no se inicia en términos de derechos en el sentido moderno, sino en términos de concesiones

⁴⁵ La investigación desarrollada a partir del descubrimiento del ADN podría ser un buen punto de discusión sobre el tema.

⁴⁶ Hettinger, *op. cit.*, pp. 31-52, y Drahos, *op. cit.*, pp. 46-68.

SULAN WONG

o privilegios reales otorgados con claros objetivos económicos, sociales y políticos.⁴⁷ Con la invención de la imprenta, cuando Venecia contaba con un gran centro tipográfico, se comienza a plantear la distinción entre la obra intelectual y el soporte material en el que se ha exteriorizado la obra, surgiendo de esta manera el problema de la reproducción de las obras intelectuales. Sin embargo, la actividad de difusión de dichas obras quedaba sujeta a las actividades económicas, subordinadas éstas a los permisos conferidos por las autoridades o la pertenencia a una corporación.⁴⁸ Esta práctica italiana de garantía de privilegio se extendió hacia Francia e Inglaterra. Así, se observa que en la época de Isabel I en Inglaterra se comisiona a la Stationers' Company como la cofradía autorizada para la impresión de libros licenciados en el reino.⁴⁹

Los derechos de beneficios económicos se derivaban no de la propiedad de las ideas, sino de un "privilegio" extendido solamente por la "gracia" real, que funcionaba a la vez como una aprobación oficial de la obra y un permiso exclusivo de reproducción.⁵⁰ El autor, como no podía publicar sus propios libros, lo que obtenía era un beneficio único con la venta de su manuscrito a un editor licenciado, y el verdadero beneficio llegaba con la obtención de un patronazgo real o aristocrático. Por otro lado, la patente se concedía en Europa con la finalidad de impulsar el desarrollo de la industria textil.⁵¹ También se usó como instrumento real para evadir el control parlamentario de los impuestos y para oscurecer el patrimonio económico de la Corona. El tiempo para la explotación de la patente no seguía una regla

⁴⁷ Para un recuento sobre como la propiedad intelectual funcionaba como una herramienta de censura y los argumentos utilizados para mantenerla giraban en torno a esta cualidad, recomendamos la obra de Willinsky, *op. cit.*, p. 300.

⁴⁸ Ascarelli, Tulio, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, 3a., ed., trad. de Evelio Verdura (caps. I a VI) y Luis Suárez-Llanos (caps. VII y ss.), Barcelona, Bosch, 1970.

⁴⁹ Hesse, Carol, "Enlightenment Epistemology and the Laws of Authorship in Revolutionary France", 1777-1793, *Representations*, núm. 30, 1990.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 111.

⁵¹ Wyndham, Hulme, "History of the Patent System under the Prerogative and at Common Law", *Law Quarterly Review*, vol. 12, 1896; Bracha, Oren, "The Commodification of patents 1600-1836: How patents became rights and why we should care", *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 38, 2004-2005.

SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

fija; se otorgaron patentes por diez, veinte y hasta treinta años. La naturaleza y condiciones para la concesión también era variada: en algunas se protegía el derecho de los usuarios de las máquinas pre-existentes, otras protegían las mejoras subsecuentes de las invenciones, algunas requerían el empleo de aprendices y, en el caso de las patentes concedidas a extranjeros, se exigía el empleo de aprendices “nativos”. Esta última exigencia como una forma de garantizar la transferencia del conocimiento técnico.⁵²

En Francia, el interés por marcar una línea divisoria entre *Ancien Régime* y la fundación de la República suponía la abrogación de todos los privilegios reales. En este contexto, y en la discusión sobre la cuestión de la *propriété littéraire*, surge entre Diderot y Condorcet un interesante debate que, como bien lo ha puesto de manifiesto Hesse,⁵³ reveló una tensión inherente a la epistemología de la Ilustración acerca del origen de las ideas.

Diderot defendió la propiedad sobre las ideas como un derecho natural,⁵⁴ por lo que el autor nada debe a la sociedad; lo que ha obtenido lo ha logrado a través de su educación y de su tiempo, de su investigación y de sus sentimientos, de su dedicación y de su trabajo. El creador e inventor, al igual que el recolector lockeano, realiza un esfuerzo para dotar de valor a las ideas que antes del proceso

⁵² Entre los autores que han tratado abundantemente el tema desde una perspectiva historiográfica, véase Federico, P. J., “Origin and Early History of Patents”, *Journal of the Patent Office Society*, vol. 11, 1929; Ramsey, George, “The Historical Background of Patents”, *Journal of the Patent Office Society*, vol. 18, 1936; Prager, Frank, “Brunelleschi’s Patent”, *Journal of the Patent Office Society*, vol. 28, 1946; Getz, L., “History of the Patentee’s Obligations in Great Britain: Part I”, *Journal of the Patent Office Society*, vol. 46, 1964; Pollack, Malla, “The Multiple Unconstitutionality of Business Method Patents: Common Sense, Congressional Choice, and Constitutional History”, *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, vol. 28, 2002; Mgbeor Ikechi, “The Juridical Origins of the International Patent System: Towards a Historiography of the Role of Patents in Industrialization”, *Journal of the History of International Law*, vol. 5, 2003; Bracha, *op. cit.*

⁵³ Hesse, *op. cit.*

⁵⁴ Al igual que Diderot, los editores de libros se apoyaron en Locke para insertar a la propiedad intelectual en el discurso de los derechos naturales. Por lo tanto, los privilegios no eran más que el reconocimiento de un derecho anterior fundado en el trabajo del autor, cedido a los editores a través de un contrato de edición. Véase Hesse, *op. cit.*, p. 112.

SULAN WONG

creativo no poseían. Incluso, se trata de una propiedad que, al ser difícilmente inseparable del individuo, pues la entiende como una porción de él mismo, la coloca en un plano superior de exigibilidad con respecto a cualquier otra forma de propiedad, pues no perece y, además, immortaliza al individuo.⁵⁵ La concepción de Diderot sobre las ideas en defensa de la propiedad intelectual como inherentemente subjetivas e individuales⁵⁶ colabora con la inscripción de la creación intelectual en el relato jurídico-político moderno liberal de los derechos y, al mismo tiempo, anula la sociabilidad de los seres humanos.⁵⁷

Condorcet presenta una visión completamente antagónica a la propuesta por Diderot y los partidarios del iusnaturalismo racionalista, introduciendo la noción social de las ideas.

En primer término, no asimila los recursos materiales a los recursos intelectuales, sino que los diferencia en origen. La propiedad sobre los primeros la define como una “propiedad derivada de un orden natural y defendida por la fuerza social”, mientras que la propiedad sobre los segundos es para él “una propiedad fundada por la sociedad misma”.⁵⁸ Por tanto, las ideas no son concebidas como el resultado de un proceso individual, sino como el fruto de un pro-

⁵⁵ “[Q]uel est le bien qui puisse appartenir à un homme, si un ouvrage d’esprit, le fruit unique de son éducation, de ses études, de son temps, de ses veilles, de ses recherches, de ses observations, si les plus belles heures, les plus beaux moments de sa vie, si ses propres pensées, les sentiments de son cœur, la portion de lui-même la plus précieuse, celle qui ne périt point, celle qui l’immortalise, ne lui appartient pas?”. Cfr. Diderot, Dennis, *Lettre sur le commerce de la librairie: Lettre historique et politique adressée à un magistrat sur le commerce de la librairie, son état ancien et actuel, ses règlemets, ses privilèges, les permissions tacites, les censeurs, les colporteurs, le passage des ponts et autres objets relatifs à la police littéraire*, ed. por Paillard, C. Chicoutimi, Université du Québec à Chicoutimi, 2002/1763, disponible en: http://classiques.uqac.ca/classiques/Diderot_denis/lettre_commerce_livre/lettre_com_livre.html

⁵⁶ Hesse, *op. cit.*, p.117.

⁵⁷ Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, 5a., ed., Madrid, Trotta, 1997, p. 361.

⁵⁸ Condorcet, Marquis de J. A. N.-de-C., “Fragments sur la liberté de la presse”, en *Oeuvres de Condorcet*, París, Didot, 1776, t. II, p. 309, disponible en: <http://archivo.marini.sp.unipi.it/78/>.

SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

ceso colectivo de aprendizaje. Condorcet sustrae a la obra o creación intelectual de premisas individualistas y, al contrario de Diderot, las considera inherentemente objetivas y sociales. La propiedad intelectual no es un verdadero derecho natural, sino un privilegio tolerado por la sociedad para garantizar que el autor, aunque no hace libros por dinero,⁵⁹ pueda vivir de su obra,⁶⁰ y la sociedad pueda beneficiarse de su aporte, promoviendo el progreso y el bien común.

En segundo término, advierte que, en términos generales, los privilegios tienen el inconveniente de concentrar la actividad en pocas áreas y manos, creando escasez, elevando los precios y reduciendo la calidad de los productos, por lo que para él era importante analizar si éstos eran realmente necesarios y útiles. El progreso alcanzado al margen de los privilegios le permite a Condorcet cuestionar la posible relación entre ambos,⁶¹ refutando su necesidad como incentivo. Tampoco los encuentra útiles, ya que el autor de una obra no podría impedir que otros expusieran las “verdades útiles” que él ha revelado y, además, nada tendría que reprochar a quien pretenda hacerlo en tanto reconozca su autoría.⁶²

Sin embargo, las ideas de Condorcet y Diderot parecen conciliarse en el texto de la propuesta legislativa que Sieyès presenta ante la

⁵⁹ *Ibidem*, p. 310.

⁶⁰ Aunque el filósofo francés no explica en *Fragments sur la liberté de la presse* cómo los autores podrían proveerse de los medios de subsistencia por su trabajo intelectual, se puede inferir de su relato que de alguna forma hacía referencia a la figura del mecenazgo como fórmula alternativa en la habilitación de esta posibilidad.

⁶¹ “Quand bien même il n'existerait pas de privilèges en librairie, Bacon n'en eût pas moins enseigné la route de la vérité dans les sciences; Képler, Galilée, Huyghens, Descartes, n'en eussent pas moins faite leurs découvertes; Newton n'en pas moins trouvé le système du monde; M. D'Alembert n'en eût pas moins résolu le problème de la précession des équinoxes. Les découvertes de la circulation du sang, de l'irritabilité; les recherches heureuses des Satahl, des Bergman, des Scheele, des Priestley, ne son pas le fruit des privilèges en librairie. Dans d'autres genres, les ouvrages qui on le plus contribié au progrès de lumières, l'Encyclopédie, les oeuvres de Montesquieu, de Voltaire, de Rousseau, n'ont pas joui des avantages du privilège”. *Cfr.* Condorcet, *op. cit.*, p. 309.

⁶² Condorcet se estaría aquí refiriendo al hoy configurado como “derecho de paternidad de la obra”, reconocido en algunas normas de propiedad intelectual, y que vincula al autor con su obra.

SULAN WONG

Asamblea el 20 de enero de 1790,⁶³ en la que se reconoce la propiedad intelectual ya no como un privilegio, sino como un derecho que debía ser “asegurado a su autor por la ley”. No obstante, al establecerse un límite temporal a la propiedad sobre las ideas, lo que debería ser un derecho natural de propiedad en el sentido de Diderot, en la práctica se mantiene como un privilegio, ya no real, sino legal; la diferencia entre ambos es que mientras el primero perdura en el tiempo, el segundo, por ley, tendría su fecha de caducidad. El reconocimiento de la propiedad intelectual como un privilegio tolerado por la sociedad podría explicar por qué esta “clase” de propiedad, a diferencia de aquella sobre los recursos materiales, es limitada en el tiempo: es necesario favorecer el progreso de las luces mejorando las condiciones educativas y culturales.⁶⁴

2. La cláusula del progreso

No obstante, Machlup y Penrose⁶⁵ sugieren que la noción del contrato social les permitió a los franceses legitimar la patente como el resultado de un proceso de negociación (*quid pro quo*) y no como

⁶³ “Le progrès des lumières, et par conséquent l'utilité publique se réunissent aux idées de justice distributive, pour exiger que la propriété d'un ouvrage soit assurée à l'auteur par la loi. En conséquence, toute personne convaincue d'avoir imprimé un livre pendant la vie d'un auteur, ou moins de dix ans après sa mort, sans son consentement exprès et par écrit, ou celui de ses ayans-cause, sera déclaré contrefacteur...”. Véase, Bouchez, B. J. y Roux, P., *Histoire parlementaire de la Révolution française ou Journal des Assemblées Nationales, depuis 1789 jusqu'en 1813*, París, Paulin, 1834, p. 4. Esta propuesta fue también atribuida a Condorcet durante la época. Véase Lanthenas, François, *De la liberté indéfinie de la presse, et de l'importance de ne soumettre la communication des pensées qu'à l'opinion publique: adressé et recommandé a toutes les sociétés patriotiques, populaires et fraternelles, de l'empire François*, París, Visse & Desenne, 1791, p. 6.

⁶⁴ La propuesta Condorcet/Sieyès no fue aprobada en 1790, pero tres años más tarde se aprobó una versión similar a la misma. El objetivo de esta nueva versión no era para asegurar la responsabilidad de los autores, ni para proteger los intereses privados en el mercado del libro, sino como un mecanismo que, más allá de alentar y compensar la actividad intelectual, promoviera y asegurara la ilustración pública; véase Hesse, *op. cit.*, p. 128.

⁶⁵ Machlup, Fritz y Penrose, Edith, “The Patent Controversy in the Nineteenth Century”, *The Journal of Economic History*, vol. 10, núm 1, 1950.

SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

un privilegio. En este sentido, la propiedad intelectual también se ha justificado sobre argumentos que convergen alrededor de la llamada “cláusula del progreso”, incluida por primera vez en la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que le impuso al Congreso la obligación de “sancionar leyes dirigidas a fomentar el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando a los autores e inventores, por un tiempo limitado, el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos”.⁶⁶ La cláusula aparece también expresada en el orden internacional en el artículo 7o. del Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) en los siguientes términos:

...la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deben contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones.

La cláusula del progreso se enfrenta al paradójico problema que encierra la idea de que para promover la creación es necesario res-

⁶⁶ La cláusula del progreso es considerada como la primera ley sustantiva en la historia legislativa de los Estados Unidos que reconoce derechos de propiedad a los autores e inventores sobre sus creaciones. Véase Ramsey, *op. cit.*, p. 15. Esta cláusula se incorporó, posteriormente, en la Ley de Patentes de 1790 de los Estados Unidos. Algunos autores, como Campbell, derivan la historia del sistema de patentes de Estados Unidos desde el Statute of Monopolies inglés. Véase Campbell, Levin, *The Patent System of the United States so far as it Relates to the Granting of Patents*, Washington, D. C., Press of McGill and Wallace, 1891. Otros, como Ramsey, encuentran que existen elementos comunes (*e. g.*, novedad como requisito de patentabilidad) entre la cláusula constitucional de 1787, la Ley de Patente de 1790 y el Statute of Monopolies. Véase Ramsey, *op. cit.*, por su parte, Bracha califica a la ley de 1790 como un híbrido entre el sistema moderno de patentes y el sistema de privilegios inglés, que devino en un sistema de privilegio universalizado. Véase Bracha, *op. cit.* En este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha utilizado el oxímoron “copyright privilege” en algunas decisiones. Véase *Sony Corp. v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417 (1984); *Watson v. Buck*, 313 US 387 (1941), aunque en otros momentos ha reiteradamente utilizado el término “privilegio” para referirse a los derechos de propiedad intelectual. Véase *Grant v. Raymond*, 31 US (6 Pet.) 218 (1832) y *Eldred v. Ashcroft*, 537 US 186 (2003).

SULAN WONG

tringir el acceso a recursos intelectuales.⁶⁷ Debemos entender que la creación intelectual no responde a un proceso individual y estático (romance), sino a un proceso dinámico, a un *continuum* en el que unas ideas llevan a otras ideas (realidad), en donde algunas son cruciales para el desarrollo de otras. Por tanto, la aplicación de la propiedad intelectual en su forma monopólica tradicional sería, cuando menos, caprichosa, pues al asignar al último eslabón de la cadena todo el valor de la creación, se desconocería el valor que sus predecesores tendrían por su trabajo.⁶⁸ En este sentido, existen teorías como la de Merges y Nelson⁶⁹ y la de Lemley,⁷⁰ para quienes existen situaciones en donde sería más importante favorecer un ambiente que tienda al desarrollo de mejoras que a la protección individual de “pioneros”, pues estos últimos podrían estar incentivados a no llegar a acuerdos de licenciamiento con los creadores subsecuentes, obstruyendo la posible innovación. La patente sobre la máquina de vapor de Boulton y Watt, la patente de motor de automóviles de Selden, la patente del aeroplano de los hermanos Wright y el traslado de la industria química de Inglaterra a Suiza (donde la política contraria a las patentes permitió su desarrollo) son algunos de los ejemplos que permiten cuestionar la cláusula del progreso, pues en esos casos, en lugar de promoverse la innovación y la creación, se han inhibido o, al menos, ralentizado. Este problema no es sólo retórico,⁷¹ sino que empíricamente puede ser comprobado, como en el caso de la industria farmacéutica italiana, en la que la introducción del sistema de patentes en 1978 significó un retroceso en la producción de nuevos compuestos químicos con

⁶⁷ Hettinger, *op. cit.*

⁶⁸ *Ibidem*, p. 38.

⁶⁹ Merges, Robert y Nelson, Richard, “On the Complex Economics of Patent Scope”, *Columbia Law Review*, vol. 90, núm. 4, 1990.

⁷⁰ Lemley, Mark, “The Economics of Improvement in Intellectual Property Law”, *Texas Law Review*, vol. 75, 1997.

⁷¹ Palmer considera que el supuesto incentivo que produce la patente no está claro, porque no se basa en estudios empíricos, sino que se asume como “moneda de ley”. Véase Palmer, Tom, “Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 13, núm. 3, 1990, p. 863.

SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

respecto al periodo anterior.⁷² Suiza, a pesar de las presiones internacionales, se negó a sancionar una ley de patentes en 1863, y no adoptó una sino hasta 1907. Francia, Alemania, Italia, Japón y Suecia también se resistieron patentar productos farmacéuticos hasta que sus respectivas industrias alcanzaron, a partir de 1960, cierto grado de desarrollo.⁷³ Chang ha puesto de manifiesto cómo la política contraria a las patentes contribuyó al desarrollo de países como Suiza, permitiendo especialmente la incorporación de las ideas alemanas en las industrias química y farmacéutica y estimulando las inversiones directas extranjeras en el sector alimentario.⁷⁴ En la práctica, los derechos de patente, por ejemplo, pueden representar, más que un incentivo, un obstáculo mediante, primero, el condicionamiento de las líneas de investigación al financiamiento de líneas donde la patentabilidad de las invenciones sea más probable; segundo, la aparición de *anticommons* debido a la excesiva fragmentación del conocimiento a través de las patentes; tercero, el otorgamiento de patentes excesivamente amplias, las cuales reivindican usos que van más allá de los descritos en los documentos de patente; cuarto, la excesiva judicialización de los derechos de patente, y quinto, el secretismo como práctica incentivada por la exigencia de la novedad como requisito para patentar.⁷⁵

3. La paradoja de Arrow

Desde la perspectiva economicista se ha entendido que una vez que el conocimiento ha sido producido, su coste marginal de uso

⁷² Para una visión más completa del problema a nivel histórico y económico se sugiere ver el excelente recorrido realizado por Boldrin Michael y Levine David, *Against Intellectual Monopoly*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 298.

⁷³ Pretorius, Willem, "TRIPS and Developing Countries: How Level is the Playing Field?", en Drahos, Peter y Mayne, Ruth (eds.), *Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development*, New York, Palgrave MacMillan Oxfam, 2002, 184.

⁷⁴ Chang Ha-Joon, *Kicking away the Ladder: Development Strategy in Historical Perspective*, London, Anthem Press, 2002, p. 18.

⁷⁵ Wong, Sulan, "Patents and Scientific Research: Five Paradoxical Scenarios", en Terán, Oswaldo y Aguilar, José (eds.), *Societal Benefits of Freely Accessible Technologies and Knowledge Resource*, Hershey, IGI Global, 2015.

SULAN WONG

y de distribución es cero. Por lo tanto, sería ineficiente excluir a alguien de los beneficios que de él se pueden obtener,⁷⁶ alcanzándose el óptimo con la distribución libre de información y conocimiento.⁷⁷ Arrow, en un artículo publicado en 1962, coincide con Nelson en este aspecto,⁷⁸ pero sostiene que la utilización óptima del conocimiento no provee ningún incentivo para la inversión.⁷⁹ Por ello, la restricción de acceso —aunque subóptima socialmente— es necesaria, pues crea una escasez artificial del recurso que permite extraer el valor económico del conocimiento y de la información, incentivando su producción. El problema está en que tanto los costes como los beneficios resultan exagerados, y no es fácil encontrar la medida o el balance apropiado. Como afirma Stiglitz, el poder monopólico genera rentas monopólicas, aunque el coste social de las distorsiones e ineficiencias de la propiedad intelectual puede sobrepasar los beneficios. La limitación del uso de la creación intelectual *per se* es uno de estos problemas, sobre el que quizá haya que prestar mucha atención, porque cuando se impide la diseminación y el uso del conocimiento, se ralentiza la continuidad de nuevas investigaciones, innovaciones sobre otras innovaciones, y ello puede obstruir el progreso científico-tecnológico.

⁷⁶ Stiglitz, Joseph, “Knowledge as a Global Public Good”, en Kaul, I. *et al.* (eds.), *Global Public Goods*, Nueva York, Oxford University Press, 1999.

⁷⁷ Nelson, Richard, “The Simple Economics of Basic Scientific Research”, *The Journal of Political Economy*, vol. 67, núm. 3, 1959, p. 306.

⁷⁸ Arrow, Kenneth, “Economic welfare and the allocation of resources for invention”, en *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton, Princeton University Press, 1962, pp. 616 y 617.

⁷⁹ El argumento del incentivo en la patente se fortalece aún más cuando la industria científica afirma que no podría llevar a cabo investigación alguna si ésta no asegura la recuperación de la inversión más los beneficios derivados de la comercialización de la invención, algo que sólo puede ser realizado con el monopolio que confiere un resultado patentable. Véase Hettinger, *op. cit.*, p. 49; Bonnet, Sébastien *et al.*, “A Mitochondria-K+ Channel Axis Is Suppressed in Cancer and Its Normalization Promotes Apoptosis and Inhibits Cancer Growth”, *Cancer Cell*, vol. 11, núm. 1, 2007; Canadians for Health Research, *Dr. Evangelos Michelakis, Researcher of the month: Nov. 2010*, disponible en: <http://www.chrcrm.org/en/rotm/dr-evangelos-michelakis>.

SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

co.⁸⁰ En resumen, se privilegia el beneficio subóptimo individual sobre el beneficio óptimo social.⁸¹

IV. CONCLUSIONES

Responder a la pregunta sobre cuáles son los fundamentos que legitiman la propiedad intelectual es una tarea laboriosa, que para algunos permanece aún sin contestar, dadas las complejidades que encierran las teorías desde las que se intenta explicar sus fundamentos. Así, el iusnaturalismo no podría explicar la conformación del *commons* intelectual *ex ante*, en los mismos términos que Locke definió el *commons* material —esto es, inclusivo y positivo— porque los recursos intelectuales ya han sido apropiados previamente a la conformación del *commons* intelectual *ex post*. Por tanto, debería darse un proceso inverso de conformación de este *commons*, de privado a comunal, que dependería de la voluntad de los comuneros, para hacer disponible el *commons* intelectual *ex ante*. Además, si el trabajo le agrega valor al recurso comunal, como lo plantea Locke en su obra con respecto a la tierra inculta, y lo transforma en propiedad individual, los recursos intelectuales al responder al llamado “efecto red” adquieren más valor a medida que más personas lo usan.

Por otra parte, los planteamientos del utilitarismo tampoco resultan convincentes y lucen contradictorios, dado que al privilegiar el beneficio subóptimo individual sobre el beneficio óptimo social, la creación intelectual como un hecho fundado en la sociedad misma es a la vez negada —mediante el reconocimiento de derechos de propiedad— y reconocida —mediante el límite temporal a estos derechos—. Nos preguntamos si la búsqueda del equilibrio soportada en la utilidad pública en la práctica se termina diluyendo en el fundamento lockeano generalmente asociado a la propiedad intelectual.

⁸⁰ Stiglitz, Joseph, *Declaration of Joseph E. Stiglitz in Association for Molecular Pathology, et al. (plaintiff) v. United States Patent and Trademark Office et al. (defendants)* 09 Civ. 4515, 2010.

⁸¹ Ello porque los costes sociales asociados a la toma de decisiones que pueden ser mayores que los beneficios alcanzados no son considerados. Véase Coase, R. H., “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960.

SULAN WONG

tual, utilizándose una fachada utilitarista para enmascarar pilares de base iusnaturalista.

Si la visión utilitarista de los derechos de propiedad intelectual no tiene asidero, quedaría únicamente la retórica del derecho del creador a su obra, algo que, como hemos visto, no es más sino una errada derivación de la teoría lockeana a la creación intelectual. Por tanto, deberíamos abandonar concepciones eufemísticas y considerar a los derechos de propiedad intelectual como lo que realmente son, como fueron concebidos en su origen, como privilegios otorgados por el Estado para garantizar la comercialización y explotación industrial de la creación intelectual.

AGRADECIMIENTOS. El presente trabajo fue realizado en el marco del proyecto de investigación Fondecyt de Iniciación 11150162 “Patentes e investigación científica: un estudio empírico sobre el ejercicio del derecho de libertad de investigación científica en las universidades chilenas que desarrollan I+D”. Le damos las gracias a las personas que con sus comentarios y sugerencias ayudaron a mejorar este trabajo.

V. BIBLIOGRAFÍA

ARROW, Kenneth Joseph, “Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention”, en *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton, Princeton University Press, 1962.

ASCARELLI, Tulio, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, trad. de S. Verder (caps. I-VI), y L. Suárez-Llanos (caps. VII y ss.), 3a. ed., Barcelona, Bosch, 1970.

BOBBIO, Norberto, *Locke e il diritto naturale*, Torino, G. Gappichelli, 1963.

BOLDRIN, Michael y LEVINE, David K., *Against Intellectual Monopoly*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

BONNET, Sebastian *et al.*, “A Mitochondria-K⁺ Channel Axis Is Suppressed in Cancer and Its Normalization Promotes Apoptosis and Inhibits Cancer Growth”, *Cancer Cell*, vol. 11, núm. 1, 2007.

SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

- BOUCHEZ, B. J. y ROUX, P., *Histoire parlementaire de la Révolution française ou Journal des Assemblées Nationales, depuis 1789 jusqu'en 1813*, París, Paulin, 1834, vol. 4.
- BOYLE, James, *The Public Domain. Enclosing the Commons of the Mind*, New Haven, Yale University Press, 2008.
- BRACHA, Oren, "The Commodification of Patents 1600-1836: How Patents Became Rights and why we Should Care", *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 38, 2004-2005.
- CAMPBELL, Levin Hicks, *The Patent System of the United States so far as it Relates to the granting of patents*, Washington, D. C., Press of McGill and Wallace, 1891.
- CANADIANS FOR HEALTH RESEARCH, Dr. Evangelos Michelakis, *Researcher of the month: Nov. 2010*. Disponible en: <http://www.chrcrm.org/en/rotm/dr-evangelos-michelakis>.
- CAPELLA, Juan Ramón, *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado*, 5a. ed., Madrid, Trotta, 1997.
- CHANG, Ha-Joon, *Kicking away the Ladder: Development Strategy in Historical Perspective*, London, Anthem Press, 2002.
- COASE, Ronald Harry, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960.
- CONDORCET, M. J. A. N.-de-C., Marquis de, "Fragments sur la liberté de la presse", en *Oeuvres de Condorcet*, París, Didot, 1776, t. II, disponible en: <http://archiviomarini.sp.unipi.it/78/>.
- CWIK, Bryan, "Labor as the Basis for Intellectual Property Rights", *Ethic Theory Moral Practice*, vol. 17, 2014.
- DIDEROT, Dennis, *Lettre sur le commerce de la librairie: Lettre historique et politique adressée à un magistrat sur le commerce de la librairie, son état ancien et actuel, ses règlements, ses privilèges, les permissions tacites, les censeurs, les colporteurs, le passage des ponts et autres objets relatifs à la police littéraire*, ed. por C. Paillard, Chicoutimi: Université du Québec à Chicoutimi, 2002/1763, disponible en: http://classiques.uqac.ca/classiques/Diderot_denis/lettre_commerce_livre/lettre_com_livre.html.

SULAN WONG

- DRAHOS, Peter, *A Philosophy of Intellectual Property*, Aldershot, Dartmouth, 1996.
- FEDERICO, Pasquale Joseph, "Origin and Early History of Patents", *Journal of the Patent Office Society*, vol. 11, 1929.
- GETZ, L., "History of the Patentee's Obligations in Great Britain: Part I", *Journal of the Patent Office Society*, vol. 46, 1964.
- HESSE, Carla, "Enlightenment Epistemology and the Laws of Authorship in Revolutionary France, 1777-1793", *Representations*, núm. 30, 1990.
- HETTINGER, Edwin C., "Justifying Intellectual Property", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 18, núm. 1, 1989.
- HIMANEN, Pekka, *The Hacker Ethic and the Spirit of the Information Age*, New York, Random House, 2001.
- HIMMA, Kenneth, "Toward a Lockean Moral Justification of Legal Protection of Intellectual Property", *San Diego Law Review*, vol. 49, núm. 1, 2013.
- HUGHES, Justin, "The Philosophy of Intellectual Property", *Georgetown Law Journal*, vol. 77, 1988.
- HULME, E. Wyndham, "History of the Patent System under the Prerogative and at Common Law", *Law Quarterly Review*, vol. 12, 1896.
- LANTHENAS, François, *De la liberté indéfinie de la presse, et de l'importance de ne soumettre la communication des pensées qu'a l'opinion publique : adressé et recommandé a toutes les sociétés patriotiques, populaires et fraternelles, de l'empire François*, París, Visse & Desenne, 1791.
- LEMLEY, Mark A., "The Economics of Improvement in Intellectual Property Law", *Texas Law Review*, vol. 75, 1997.
- LEMLEY, Mark A., "Faith-Based Intellectual Property", *UCLA Law Review*, 2015, vol. 62.
- LESSIG, Lawrence, "Introducción", en STALLMAN, Richard, *Software libre para una sociedad libre*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2004.

SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

- LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, 1a. ed., trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 1990.
- MACHLUP, Fritz y PENROSE, Edith, "The Patent Controversy in the Nineteenth Century", *The Journal of Economic History*, vol. 10, núm 1, 1950.
- MACPHERSON, C. B., *The political Theory of possessive Individualism: Hobbes to Locke*, New York, Oxford University Press, 1962.
- MERGES, Robert P., *Justifying Intellectual Property*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.
- MERGES, Robert P. y NELSON, Richard R., "On the Complex Economics of Patent Scope", *Columbia Law Review*, vol. 90, núm. 4, 1990.
- MGBEOJI, Ikechi, "The Juridical Origins of the International Patent System: Towards a Historiography of the Role of Patents in Industrialization", *Journal of the History of International Law*, vol. 5, 2003.
- MOORE, Adam, *Intellectual Property and Information Control*, New Brunswick, NJ Transaction Publishers, 2004.
- MOSSOFF, Adam, "Saving Locke from Marx: The Labor Theory of Value in Intellectual Property Theory", *Social Philosophy and Policy*, vol. 29, núm. 2, 2012.
- NELSON, Richard, "The Simple Economics of Basic Scientific Research", *The Journal of Political Economy*, vol. 67, núm. 3, 1959.
- NETCRAFT, *February 2018 Web Server Survey*, 2018, disponible en: <https://news.netcraft.com/archives/2018/02/13/february-2018-web-server-survey.html>
- OGBURN, William y THOMAS, Dorothy, "Are Inventions Inevitable? A Note on Social Evolution", *The Academy of Political Science*, vol. 37, núm. 1, 1922.
- PALMER, Tom G., "Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 13, núm. 3, 1990.

SULAN WONG

- POLLACK, Malla, "The Multiple Unconstitutionality of Business Method Patents: Common Sense, Congressional Choice, and Constitutional History", *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, vol. 28, 2002.
- PRAGER, Frank D., "Brunelleschi's Patent", *Journal of the Patent Office Society*, vol. 28, 1946.
- PRETORIUS, Willem, "TRIPS and Developing Countries: How Level is the Playing Field?", en DRAHOS, Peter y MAYNE, Ruth (eds.), *Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development*, New York, Palgrave MacMillan Oxfam, 2002.
- RAMSEY, George, "The Historical Background of Patents", *Journal of the Patent Office Society*, vol. 18, 1936.
- ROSE, Carol, *Property & Persuasion: Essays on the History, Theory, and Rhetoric of Ownership*, Boulder, Westview Press, 1994.
- SPOONER, Lysander, *The Law of Intellectual Property; or an essay on the right of authors and inventors to a perpetual property in their ideas*, Boston, Bela Marsh, 1885, vol. I.
- STIGLITZ, Joseph, "Knowledge as a Global Public Good", en I. Kaul et al. (eds.), *Global Public Goods*, New York, Oxford University Press, 1999.
- STIGLITZ, Joseph, *Declaration of Joseph E. Stiglitz in Association for Molecular Pathology, et al. (plaintiff) v. United States Patent and Trademark Office et al. (defendants)* 09 Civ. 4515, 2010.
- TULLY, James, *An approach to Political Philosophy. Locke in Contexts*, New York, Cambridge University Press, 1993.
- WILLINSKY, John, *The Intellectual Properties of Learning: A Prehistory from Saint Jerome to John Locke*, University of Chicago Press, 2017.
- WONG, Sulan, "Patents and Scientific Research: Five Paradoxical Scenarios", en TERÁN, Oswaldo y AGUILAR, José (eds.), *Societal Benefits of Freely Accessible Technologies and Knowledge Resource*, Hershey, IGI Global, 2015.

RESEÑAS

REVIEWS ESSAYS

PEÑA, Lorenzo, *Visión lógica del derecho*, Madrid, Plaza y Valdés Editores, 2017, 444 pp.*

En su última obra, *Visión lógica del derecho*, Lorenzo Peña se avoca a una indagación estrictamente filosófica, que podría resumirse en la siguiente pregunta: ¿cuál es la esencia universal e inmutable del derecho, y de qué modo se manifiesta esta esencia universal en su existencia, que es siempre local y mutable? En los ocho capítulos que emplea el autor para responder esta pregunta desarrolla, con la rigurosidad que le caracteriza, una concepción del derecho absolutamente original, desde la cual se involucra en los principales debates iusfilosóficos de los últimos cincuenta años. Como el mismo autor advierte desde el comienzo, “asume ese desafío de remar contra la corriente; no en esto o en aquello, sino prácticamente en todo” (p. 15).

La propuesta rema contra la corriente en varios sentidos. Desde el punto de vista metodológico, aunque el volumen de la obra es propio de un ensayo, su estilo argumentativo se ajusta a la modalidad de los artículos científicos (y al uso de la escolástica clásica), separando la solución del problema central de estudio —¿qué es esencial en el derecho?— de la respuesta a objeciones puntuales a la solución principal. Siguiendo este criterio metodológico, el libro se divide en dos partes separables, pero complementarias. La primera, titulada “Las justas nupcias del derecho y la lógica” y desarrollada en los primeros tres capítulos, formula y desarrolla en extenso la concepción del derecho que el autor denomina “teoría nomológica del derecho”. La segunda parte, titulada “Solución a las dificultades” y dividida en los seis restantes capítulos y una conclusión final, enfrenta la teoría nomológica a siete órdenes de dificultades, que en su conjunto recorren los principales tópicos de la filosofía jurídica actual.

Si bien el autor clasifica a la teoría nomológica como “iusnaturalista”, desde las primeras páginas matiza esta rotulación, advirtiendo que se inspira en la “dialéctica” de Hegel; el “holismo lógico”

* Artículo recibido el 3 de junio de 2019 y aceptado para su publicación el 20 de enero de 2020.

RESEÑAS

de Quine, el “optimismo metafísico” de Leibniz (50-51) y el “imperativo del bien común” de Aquino —sustancialmente reinterpretado— (45). De modo que el iusnaturalismo al que se adscribe el autor es, como su metodología, un iusnaturalismo sui géneris, que no pretende en forma alguna presentarse como una continuación de la *philosophia perennis* —Aristóteles, Agustín, Tomás de Aquino—; ni mucho menos como parte de la nueva escuela del derecho natural —Germain Grisez y John Finnis— (p. 51).

Con Aquino (p. 16) comparte el autor una aproximación teleológica al estudio del derecho, que postula al bien común como finalidad última y esencial de todo orden jurídico. Advierte en esta línea que el principio del bien común es a la teoría nomológica lo que la norma hipotética fundamental a la teoría pura del derecho:

La auténtica *grundnorm* no es la hipotética norma fundamental de Kelsen..., sino el requerimiento del bien común, en virtud del cual la sociedad tiene que regirse por unas reglas, y en consecuencia, ha de obedecer las que promulgue aquel que *de facto* se halle en mejores condiciones para erigirse en autoridad, siempre que ejerza esa potestad de sin apartarse excesivamente de la función de velador del bien común que la venido confiada. La validez de las normas promulgadas brota de esa necesidad deóntica elemental (p. 85).

El principio vertebral del bien común (a) justifica y legitima la autoridad política, (b) es el parámetro de validez y obligatoriedad de las normas jurídicas, y (c) el horizonte comprensivo de la ciencia, la filosofía y la práctica del derecho. Desde esta última perspectiva, el autor no duda en apartarse explícitamente del canon metodológico positivista que, como célebramente apuntó Bobbio, exige distinguir entre el derecho que es y el derecho que debiera ser.¹ En palabras del autor, “la ciencia y la filosofía del derecho ...son saberes normativos por su función, contenido y enfoque metodológico, por lo cual no pueden entender *el derecho que es*, sin ajustarlo en la medida de lo posible al *derecho que debiera ser*” (p. 98). La intrínseca conjunción entre el derecho *que es* y el derecho *que debiera ser* conduce al

¹ Bobbio, N., *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdez, México, Fontamara, 1997, p. 41.

RESEÑAS

autor a concluir que las pretendidas indeterminaciones y/o lagunas del derecho positivo no son en rigor tales, pues están colmadas con el imperativo del bien común —y los principios que se deducen de éste—, que operan a modo de norma de clausura. Por ello, agrega que “en rigor el juez sólo crea derecho cuando su sentencia es normativamente errónea. O sea, se basa en una equivocada inferencia deóntica o en una falsa lectura de la ley” (p. 161).

En la orientación teleológica del derecho al bien común reside, para el autor, la esencia o, lo que en este contexto es igual, la racionalidad del derecho. En tanto que cualidad esencial del derecho, la pretensión de racionalidad (o lo que es lo mismo, de realizar el bien común) es también una cualidad universal del derecho (la misma para todo derecho existente y/o posible). De modo que si un particular orden social se propone un objetivo final distinto a éste —maximizar, por ejemplo, el interés del gobernante— será un cierto orden social, pero no será derecho (pp. 45, 66).

La teleología de inspiración tomista es complementada por una dialéctica de inspiración hegeliana en la aproximación metodológica al estudio del derecho, cuyo canon principal es el contraste entre la esencia racional —universal, inmutable— del derecho y sus plasmaciones existenciales locales y cambiantes. Del contraste entre esencia y existencia se obtiene una concepción sintética del derecho, según la cual la aspiración universal al bien común de todo sistema jurídico se realiza, a nivel existencial de forma “mancillada” o “polucionada”. En este orden de ideas, aunque todo sistema aspire a la racionalidad del bien común, no todas las normas realizan este fin en igual medida; algunas normas no lo realizan en modo alguno, y otras imperan modos admisibles pero contradictorios de realizarlo.

La síntesis entre la esencia y la existencia del derecho es el punto de partida para la inferencia de una serie de principios lógicos y sustantivos, que a juicio del autor estructuran el razonamiento jurídico judicial, la ciencia del derecho y la filosofía jurídica. Desde el punto de vista lógico formal, sostiene Peña que el razonamiento jurídico se rige en estos tres planos por una lógica deóntica “paraconsistente” y gradualista, en línea con el “holismo lógico” de Quine (p. 48). Por su naturaleza paraconsistente, la lógica jurídica admite —hasta un cierto grado— contradicciones internas tanto entre las normas sin-

RESEÑAS

gulares que conforman un sistema como entre las normas y el imperativo del bien común. Esta doble disfuncionalidad no obliga, sin embargo, a concluir que no existe sistema jurídico, sino, en todo caso, a invalidar algunas normas dentro del sistema. Pasando del plano de la praxis al de la ciencia y la filosofía jurídica, la lógica paraconsistente supone que cuando una cierta teoría se contrasta con “la experiencia como un todo” pueden aparecer contradicciones que no obligan a abandonar por completo la teoría, sino en todo caso a realizar “rectificaciones localizadas” (p. 51, n. 11).

Además de admitir contradicciones internas, los sistemas jurídicos no cumplen o incumplen el imperativo de bien común de forma radical, sino que en todo caso lo cumplen o incumplen en mayor o menor medida. Por esta razón, advierte el autor que su teoría lógica jurídica es gradual, y no, en cambio, bivalente como la lógica aristotélica clásica o moderna (Frege/Tarski). Opera pues distinguiendo entre enunciados teóricos mejor o peor argumentados, y normas más o menos válidas, de acuerdo con su mayor o menor consistencia con el imperativo del bien común, y con el conjunto de principios lógicos que se deducen de este imperativo (p. 76).

El principio estructural de la lógica deóntica paraconsistente y gradualista es el canon de “no disminución”, por el que se rechaza toda regla de inferencia que permita deducir conclusiones que deterioren el grado de realización del bien común imperado en las premisas. En palabras suyas, “las reglas lógico-jurídicas válidas o correctas son aquellas cuya aplicación tiene efectividad en el razonamiento jurídico y que se ajustan a un imperativo de bien común” (p. 78).

Desde la perspectiva del contenido del derecho, previene el autor que la asunción de una lógica jurídica paraconsistente y gradualista no implica adherir de forma necesaria ni al empirismo ni al utilitarismo de Quine:

Ese holismo de Quine lo alteraría yo reemplazando “la experiencia” por “la experiencia o la praxis” y “experiencias” por “experiencias o resultados prácticos”.... [A]gregar la praxis... en la enunciación del corroboracionismo holístico de Quine o bien presupone un optimismo metafísico leibniziano o bien significa adoptar una versión del pragmatismo que define la verdad por utilidad.... Me quedo con el optimismo metafísico *leibniziano* (p. 51, n. 11).

RESEÑAS

A partir de este “optimismo metafísico”, y en abierta confrontación con una ética utilitaria, arguye Peña que el imperativo del bien común implica el reconocimiento, respeto y garantía de una serie de derechos humanos o naturales, con fuerza categórica —esto es, no condicionados a ningún tipo de interés— y universales —iguales para todo miembro de la especie humana— (pp. 135 y ss.; 161).

El autor advierte que la teoría nomológica no sólo rema contra la corriente positivista predominante en la academia española, sino también contra otras corrientes asentadas en la filosofía jurídica occidental contemporánea. Apunta, en este orden de ideas, que la espesura metafísica de su teoría se distingue del “postpositivismo” de Robert Alexy o Ronald Dworkin. Si bien estos autores defienden, como Peña, la continuidad entre el razonamiento práctico moral y el razonamiento jurídico, comparten con todas las versiones del positivismo —y a diferencia de Peña— una suerte de aversión a la reflexión metafísica (p. 65). En otro orden de distinciones, señala, asimismo, Peña de forma insistente que la naturaleza paraconsistente y gradualista de su teoría lógica jurídica rema contra la más extendida lógica axiológica bivalente, ya sea en su versión clásica aristotélica, ya en la versión fregeana moderna (p. 48).

Insiste Peña en que todas y cada una de estas distinciones brotarían, en última instancia, de la concepción metafísica hegeliana, para la cual el derecho es una síntesis entre lo que aspira a ser —su esencia racional universal—, y lo que logra ser —su existencia concreta, local, mutable, plena de contradicciones. Esta concepción metafísica sintética y dialéctica supondría un nuevo distanciamiento, esta vez respecto de una posible comprensión de la metafísica aristotélica, según la cual “no cabe que se dé contradicción alguna entre esencia y existencia. Una esencia puede existir o no..., pero no puede existir desnaturalizada..., ya que lo que en tal caso estaría existiendo no es la esencia en cuestión, sino otra” (p. 46).

Resumiendo, podría decirse que la teoría nomológica se sabe continuadora de la *philosophia perennis* con dos condiciones, una lógica y otra metafísica. Desde el punto de vista lógico, impugna el uso de una lógica bivalente que no soporta contradicción alguna, ni entre normas ni entre proposiciones. Esta impugnación es, a su vez, presentada por Peña como una derivación necesaria de otra im-

RESEÑAS

pugnación subyacente, a una metafísica según la cual las esencias se conciben y definen tanto en general como en el caso particular del derecho, en completa aislación de su manifestación existencial (45).

LA TEORÍA NOMOLÓGICA Y LA ANALOGÍA EN LA *PHILOSOPHIA PERENNIS*

Si el criterio para adscribir una concepción del derecho a una tradición o a una escuela de pensamiento fueran las fuentes en que se inspira, no se puede sino coincidir con Peña en que la teoría nomológica rema contra muchas corrientes o, cuanto menos, que no se deja arrastrar acríticamente por ninguna.

Cuando la mirada se traslada de las fuentes al contenido, el acuerdo dentro de la *philosophia perennis* o “tradición central de occidente” en torno a las dos condiciones (lógica y metafísica) de la teoría nomológica parece algo más extendido.² Cabe en este sentido señalar el consenso casi unánime dentro de esta tradición, en torno a la naturaleza analógica del concepto del derecho, del razonamiento práctico en general y del razonamiento jurídico en particular.³ La analogía del concepto de derecho implica, en efecto, que su uso tanto en el juicio práctico prudencial (el razonamiento judicial) como en el juicio predicamental abstracto (la ciencia del derecho y la filosofía jurídica) descansa sobre una lógica gradualista, y, en alguna medida también paraconsistente. Esta lógica gradualista y paraconsistente conlleva, además, el presupuesto metafísico según el cual el derecho *que es* —la existencia del derecho—, es siempre una realización imperfecta del derecho que *deber ser* —la esencia del derecho—.

² Sobre el origen del término “tradición central de occidente”, véase Moreno Rodríguez, R., “Respuestas correctas, justas y la persistencia del encanto”, en Legarre, S. et al. (eds.), *La lucha por el derecho natural*, p. 120, n. 5.

³ Sobre la analogía como nota distintiva de la aproximación iusnaturalista al concepto de derecho, entre otros, Saldaña Serrano, J., *Derecho natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, UNAM, 2014, p. 56; Massini Correas C. I., “Entre reductivismo y analogía. El punto de partida de la filosofía del derecho”, *Persona y Derecho*, 67 (2012/2), pp. 353-385.

RESEÑAS

La analogía del concepto de derecho se ha explicado en términos generales a partir de la clásica II-II q.57, a.1 de la *Suma teológica*, donde Aquino afirma que el concepto de derecho designa diversas clases de cosas:

Es frecuente que los nombres se desvíen de su primera acepción, para designar otras cosas... Así también sucedió con el nombre de “derecho”, que se usó primero para designar la misma cosa justa. Pero, después, derivó para designar el arte con el que se discierne qué es lo justo; y, ulteriormente, a designar el lugar en el que se otorga el derecho...; y finalmente se denomina derecho a la sentencia que es pronunciada por aquel a cuyo oficio pertenece hacer justicia, incluso a pesar de que lo que decida sea inicuo.

La cuestión en su conjunto (a) identifica el “significado focal” o “analogado principal” del concepto de derecho —lo justo—; (b) valida “los analogados secundarios”, esto es, uso del concepto de derecho para designar otras clases de cosas: el arte u oficio de juzgar; los tribunales; la decisión judicial justa o injusta, y (c) explicita cuál es el criterio de validez de este uso extensivo: una lógica de derivación, desde el significado focal hacia los analogados secundarios, que descansa, a su vez, en la conexión subyacente entre la referencia del analogado principal —las acciones justas— y las referencias de los analogados secundarios.⁴

Si bien Aquino no nombra a la ley positiva entre los analogados secundarios, su inclusión dentro de este campo semántico es indiscutida para la tradición en su conjunto. Apunta Aquino, en este sentido, que la ley positiva no es “la misma cosa justa” propiamente hablando, sino la razón (o una de las razones) de lo justo concreto.⁵

⁴ Sin desconocer la existencia de un intenso debate dentro de la tradición tomista acerca del significado preciso de la *ipsa res iusta*, cabe insistir en el acuerdo subyacente acerca de que el uso del concepto de “derecho” se rige por una lógica derivativa, que proyecta el significado focal hacia significados secundarios. Véase, en este sentido, Rabbi Baldi Cavanillas, R., “El concepto de derecho en el realismo clásico, a partir de las visiones de Michel Villey y Georges Kalinowski”, *Persona y Derecho*, 25 (1991), p. 77.

⁵ *Suma teológica*, II-II, q. 57, art. I, ad. 2. Sobre la recepción de esta noción en la tradición escolástica, véase Carpintero Benítez, *Historia breve del derecho natural*, Madrid, Colex, 2000, p. 38.

RESEÑAS

Más precisamente, la ley es la razón normativa que fundamenta el juicio (el juicio de conciencia personal; el juicio del asesor jurídico; el juicio judicial, etcétera) mediante el cual se identifica la “misma cosa justa”, esto es, la acción justa y (por ello) debida. A partir de esta relación subyacente de causalidad formal entre la ley y la misma cosa justa, se puede válidamente afirmar que “la ley es derecho”, en sentido secundario o derivado.

La lógica de derivación opera, por así decirlo, en cascada, pues no solamente rige la extensión del significado focal hacia los significados secundarios, sino también la extensión del significado focal de cada uno los analogados secundarios, hacia otras redes conceptuales subsiguientes. Así, a la pregunta ¿son válidas/son derecho las leyes injustas?, puede responderse con Aquino que es de justicia que las normas sean dictadas por quien tiene autoridad para gobernar la comunidad, por lo cual no cualquier mandato puede juzgarse como “derecho”, sino únicamente los mandatos/normas que son dictadas por quien tiene a su cargo el gobierno de la comunidad.⁶

Ahora bien, la función de la autoridad de una comunidad política no es meramente gobernar, sino gobernar en vistas del bien común de esa comunidad.⁷ En esta línea, es válido agregar que el concepto de “ley”, como sentido secundario o derivado del concepto de “derecho”, incluye en su campo de extensión tanto normas que son justas por su origen y por su contenido como normas que son injustas por su contenido, pero justas por su origen (fueron creadas por la autoridad competente). Con más precisión, podría decirse que unas y otras normas son y no son “derecho” al mismo tiempo. Son “derecho” (en el sentido derivado del término) si con ello pretendemos afirmar que son justas por su origen. No lo son si con ello pretendemos afirmar, o bien que toda norma creada por una autoridad competente es “derecho”; o bien, más genéricamente hablando, que el concepto de derecho se identifica y agota —es sinónimo de— en el concepto norma.

También el juicio prudencial sobre la juridicidad de normas concretas es el resultado de un razonamiento analógico-derivativo. Una

⁶ *Suma teológica*, I-II, q. 90, art. 3o.

⁷ *Ibidem*, I-II, q. 90, art. 2o.

RESEÑAS

norma particular puede ser y no ser válida, dependiendo de su mayor o menor conexión con la referencia del analogado principal del concepto de norma jurídica. Esta conexión conceptual es gradual no sólo desde el punto de vista de la justicia del contenido de la norma, sino también desde el punto de vista formal. En efecto, dejando a salvo los casos extraordinarios de “injusticia extrema”, las normas jurídicas positivas, las políticas de gobierno, los sistemas, las acciones individuales y las decisiones jurídicas no son absolutamente injustas o plenamente justas, sino más o menos justas, según cuál sea la perspectiva desde la cual se las juzgue: por sus efectos sobre el interés general, por sus efectos directos sobre los derechos de personas concretas, o por la legalidad del procedimiento de decisión que le dio origen.

Se concluye, en fin, que la analogía del concepto de derecho determina que su uso se regule por una lógica gradual, y en alguna medida paraconsistente, tanto en el plano prudencial como en el nivel predicamental abstracto —propio de la filosofía y la ciencia jurídica—. Cabe, en este sentido, volver sobre las diversas acepciones secundarias del concepto de derecho que nombra Aquino en la *ST*, II-II q. 57, y advertir que aparece en último término “la sentencia que es pronunciada por aquel a cuyo oficio pertenece hacer justicia, incluso a pesar de que lo que decida sea inicuo”. Si el analogado principal del concepto de derecho es “la misma cosa justa”, ¿cómo es posible afirmar, sin contradicción, que una decisión inicua también es derecho? ¿No hay acaso contradicción en ello?

Sujetándonos a las distinciones lógicas propuestas por Peña, bien podría responderse esta pregunta afirmando que la sentencia inicua es y no es derecho al mismo tiempo. No lo es por su injusticia, sí lo es por su fuente y función. Es posible que la *philosophia perennis* no haya desarrollado una lógica gradual y paraconsistente con el nivel de profundidad y apertura a otras tradiciones y escuelas con que lo ha hecho Peña. Sin embargo, si por “paraconsistente” y “gradualista” se entiende la posibilidad de afirmar y negar simultáneamente —aunque en distintos sentidos, y con distintos grados de intensidad— un predicado (“derecho”) de un concepto —juicio predicamental abstracto—, o bien de una cosa (una norma/una

RESEÑAS

sentencia/una acción), no cabe sino afirmar que el uso del concepto de derecho esbozado en la clásica II-II q.57, art.1 de la *Suma teológica* se rige por una lógica gradualista y “paraconsistente”.

La inserción de la sentencia inicua dentro del campo de referencia del concepto de derecho es, finalmente, un buen punto de partida para valorar la condición metafísica bajo la cual la teoría nomológica se acopla a la *philosophia perennis*; esto es, la aserción de la unidad indisociable entre la esencia y la existencia del derecho. Pues bien, la naturalidad con que Aquino extiende el concepto de derecho hasta abarcar la sentencia inicua sólo se comprende sobre la base de una teoría metafísica que conecta de forma esencial, valga la redundancia, la esencia y la existencia del derecho. Más concretamente, una metafísica subyacente de participación, según la cual las cosas existentes no agotan nunca su propia esencia. Las cosas creadas no se dan nunca plenamente actualizadas, sino que participan del acto de ser en la medida de su esencia; participan de su esencia en la medida de sus concretas posibilidades fácticas, y, en el caso del hombre, también (y fundamentalmente) participan de su esencia en la medida de sus elecciones.⁸

Sin esta metafísica subyacente resulta francamente incomprensible no ya la *ST*, II-II q. 57, sino también el resto de los conceptos que conllevan la teoría de la participación aplicada al campo de lo jurídico. Entre otros, la noción de obligatoriedad del derecho esbozado en la *ST*, I-II q. 96, a. 5, según la cual las leyes positivas no obligan a todo o nada, sino que obligan en mayor o menor medida, dependiendo de su mayor o menor contenido formal y sustantivo de

⁸ Al respecto, Gilson, E., *El espíritu de la filosofía medieval*, p. 104, donde además de vincular expresamente la analogía de los seres (y los conceptos) a una metafísica subyacente de participación como nota saliente de la filosofía tomista, advierte acerca de la consecuente relativización del principio lógico de no contradicción: “que la noción de participación repugne al pensamiento lógico es posible, puesto que toda participación supone que lo participa es y no es aquello de que participa. Pero ¿es seguro que el pensamiento lógico no presupone, para su ejercicio, vínculos reales, que su trabajo propio es analizar, de modo que no tendría nada que hacer si no le fueran dados? El enunciado mismo del principio de contradicción, ¿no implica la presencia en el espíritu la noción de participación y, por consiguiente, también su inteligibilidad relativa?”.

RESEÑAS

justicia,⁹ o la noción de determinación desarrollada en la I-II, q. 95, a.2, que como varias veces se ha señalado, implica que el derecho natural sólo puede ordenar las relaciones sociales a través de su incorporación a las instituciones políticas y jurídicas positivas.¹⁰

En un medio académico sujeto a exigencias de cantidad y originalidad que son difícilmente compatibles (o quizá abiertamente contrarias) con la sistematicidad y la liberalidad que cualifica a todo pensamiento (ius)filosófico, la obra de Peña es una *rara avis* que logra cumplir cabalmente con estas dos condiciones. Como se apuntó al comienzo, el libro propone soluciones estrictamente originales, si no para todos, indudablemente para la mayor parte de los problemas más relevantes y discutidos de los últimos cincuenta años en el campo de la filosofía jurídica. Estas soluciones singulares no se desarrollan de forma aislada y desconectada, sino que se piensan y sistematizan a partir de su común conexión con unas premisas metafísicas, epistémicas y metodológicas comunes.

Sin desconocer el valor de este aporte formal, lo más valioso del libro es, a nuestro juicio, su conjunto: la mayor contribución de Peña es mostrar de modo consistente y convincente que hacer filosofía jurídica, ciencia jurídica e incluso práctica jurídica sin metafísica —ampliamente definida— es una ilusión vacua que ya ha dado todo lo que podía dar de sí, pues los problemas iusfilosóficos singulares son, siempre, manifestaciones de una misma y única discusión, implícita, profunda, y en buena medida oculta, acerca del mejor modo de colmar la brecha entre lo que hacemos con el derecho —la existencia del derecho— y lo que pretendemos hacer —la esencia o racionalidad—.

Pilar ZAMBRANO*

⁹ Véase su recepción actual en Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, 2011, pp. 354 y ss.

¹⁰ Véase Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, Ábaco, 2008, pp. 193 y ss.; o Finnis, J., "Procter Honoris Respectum: On the Incoherence of Legal Postivism", 75 (2000), 1065.

* Profesora e investigadora en la Facultad de Derecho en la Universidad Austral, Argentina.