

Opacidad, deferencia y legitimidad. Los desafíos de la interacción entre ciencia y derecho

*Opacity, Deference, and Legitimacy. The Challenges of the
Science-Law Interaction*

Elena Marchese*

Recepción y evaluación de propuesta: 03/05/2021

Aceptación: 29/04/2022

Recepción y aceptación final: 04/07/2023

Resumen: El texto tiene como objetivo reconstruir y discutir críticamente las principales tesis del debate presente en este número de Discusiones en torno a la obra de Damiano Canale sobre el tema de la opacidad de las disposiciones y normas. En ambos casos, el fenómeno repercute en la certeza del derecho y en el pleno goce de los derechos. Juan Iosa y Francesca Poggi se centran en examinar la opacidad de las disposiciones. El primero sitúa el problema en forma dilemática y afirma que la ilegitimidad de estas disposiciones es solo “en principio”, la segunda autora, en cambio, cree que sólo es problemático el fenómeno de la opacidad de las normas. Finalmente, Florencia Rimoldi afirma que el problema de la opacidad es epistémico y no semántico. Por mi parte, creo que la discusión sobre este tema se distingue de las reflexiones más frecuentes sobre derecho y ciencia y que proporciona a los juristas (teóricos y prácticos) herramientas nuevas para gestionar de manera más responsable las interacciones con el conocimiento experto.

Palabras clave: opacidad del derecho, deferencia, legitimidad, asimetría informacional, análisis semántico

* Doctora en Filosofía del derecho, Università degli Studi di Genova, Italia. Investigadora Post-Doctoral en la Università Commerciale Luigi Bocconi, Milán, Italia. Correo electrónico: elena.marchese@unibocconi.it.

Abstract: The text aims to reconstruct and critically discuss the main theses of the debate presented in this issue of *Discusiones* around the work of Damiano Canale on the opacity of provisions and norms. In both cases the phenomenon affects the certainty of the law and on the full enjoyment of the rights by the citizens. Juan Iosa and Francesca Poggi focus on examining the opacity of the provisions. The first author places the problem in a dilemmatic form and states that the illegitimacy of these provisions is only “in principle”, the second author, however, believes that only the opacity of the norms is problematic. Finally, Florencia Rimoldi states that the problem of opacity is epistemic and not semantic. For my part, I believe that this discussion distances itself from the usual reflections on “law and science” and that it provides jurists (theoretical and practical) with new tools for a more responsible management of interactions with expert knowledge.

Keywords: opacity of the law, deference, legitimacy, information asymmetry, semantic analysis.

1. Introducción

Actualmente es evidente que la era de las “autonomías” disciplinarias ha terminado hace tiempo¹ y que la creciente complejidad de nuestras sociedades exige que el jurista –para llevar a cabo su tarea profesional– tenga que aventurarse mucho más allá de los estrechos límites de los códigos y manuales que ha aprendido a lo largo de sus estudios de derecho.

Regular, interpretar, aplicar la ley, dar respuestas –así como tomar decisiones– son, por tanto, tareas que cada vez más requieren una interacción (y muchas veces un enfrentamiento), no sólo con herramientas y conocimientos técnico-científicos altamente especializados, sino también con profesionales expertos y con la evaluación de sus conocimientos.

¹ Con este término me refiero a la pretensión, básicamente presente hasta la primera mitad del siglo XX, de concebir las áreas de conocimiento como ámbitos caracterizados por fines y métodos cerrados (es decir, no comunicantes con las otras áreas de conocimiento) y altamente identitarios. En el contexto de la teoría jurídica y filosófica italiana esta “autarquía” disciplinaria fue tan fuerte como poco beneficiosa, pues resultó en un método científico proteccionista que dejó a estas disciplinas en aislamiento cultural. Véase Ferrajoli (1998, p. 337).

Sin embargo, cuando la cuestión toca intereses muy relevantes (desde el punto de vista individual, político y económico) y “hay mucho en juego”, las expectativas sociales sobre el desempeño profesional (teórico y práctico) de los juristas aumentan aún más.

Esto sugiere muchos interrogantes al teórico del derecho que, de hecho, se pregunta cada vez más sobre la relación entre derecho y ciencia para comprender las características y las repercusiones que esa relación tiene en el derecho creado y aplicado pero también, posiblemente, para buscar herramientas que permitan una gestión fructífera de esta relación.

Estos problemas suelen aparecer tanto en la redacción legislativa como en la aplicación judicial del derecho.² En la primera tiende a asumir características cada vez más especializadas a través de un léxico técnico e híbrido a veces “médico-jurídico” u otras veces “químico-legal” (y así sucesivamente)³. En la segunda, en cambio, destaca una intervención cada vez mayor del conocimiento experto de peritos y consultores que asumen con mayor frecuencia un papel central en el *proceso* de toma de decisiones judiciales (Pini, 2023, espec. pp. 2 y 3).

En la literatura dogmática y de filosofía del derecho, las reflexiones sobre la relación entre derecho y ciencia obtienen, ya desde hace años, amplia atención. Sin embargo, al principio, especialmente en virtud del efecto de la llamada *trilogía Daubert*,⁴ esas reflexiones se centraron, casi exclusivamente, en aspectos probatorios relativos a la valoración, por parte de quienes deciden, de la calidad de los conocimientos científicos o técnicos aportados por peritos en el proceso.

Me refiero al famoso hilo de discusión que atañe, en sentido amplio, al tema de la definición y gestión del fenómeno de la llamada *ciencia basura* dentro del proceso o, más concretamente, de la distinción entre ciencia y

² Me refiero, en particular, a los sistemas de *civil law* europeos, pero creo que la mayor parte de estas consideraciones pueden ser aplicadas, sin demasiados problemas, a otros ordenamientos de *civil law* (como los de América Latina) y a los de *common law*.

³ Un ejemplo de esto es la Ley sobre estupefacientes (*Testo Unico sugli Stupefacenti*) en Italia.

⁴ Con esta expresión me refiero a las famosas sentencias: *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 43 F.3d 1311 (9th Cir. 1995); *General Electric Co. v. Joiner*, 522 US 136 (1997) y *Kumho Neumático Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

pseudociencia.⁵ Cuestiones todas relativas, por tanto, al estatus científico/epistemológico de las nociones o métodos utilizados por los peritos para determinar los hechos del caso. La cuestión central en torno a la que giraba este tipo de reflexión era, por tanto, ¿bajo qué condiciones es posible confiar en el conocimiento experto?

Las reflexiones propuestas por Damiano Canale en el texto central de este volumen de Discusiones y titulado “Cuando los expertos crean derecho: deferencia, opacidad y legitimidad”, así como las reflexiones críticas que sobre él realizan Juan Iosa, Francesca Poggi y Florencia Rimoldi van, sin embargo, en una dirección parcialmente diferente, nueva.

Las preguntas centrales en estos trabajos son: ¿cuál es la actitud proposicional de los juristas, en contextos institucionales, respecto del conocimiento experto? ¿La autoridad semántica y epistémica de los expertos reemplaza o apoya a la de los jueces y legisladores en la creación del derecho? Si los expertos tienen el poder de crear derecho, ¿ese derecho es legítimo?⁶

Estas reflexiones, pues, se alejan de aquella preocupación inicial, ya mencionada, por cuestiones de carácter casi exclusivamente probatorio y avanzan hacia la igualmente problemática cuestión de la creación del derecho por parte de expertos y los efectos que ello produce respecto del ordenamiento jurídico y de la acción legislativa. Este cambio consiste no solo en la construcción de preguntas de investigación que abarcan espacios investigativos mucho más amplios, sino también en el uso de herramientas que provienen del campo de la filosofía del lenguaje.

Me parece hacia las mismas problemáticas (creación del derecho, influencia sobre la redacción legislativa) se encaminan la mayoría de las nuevas reflexiones jurídico filosóficas que analizan los efectos y desafíos

⁵ Sobre el debate ciencia/pseudociencia véase Mahner (2007 y 2013); Laudan (1983); Pigliucci (2013), Hansson (2013). En el campo de la filosofía del derecho, en cambio, véase, por ejemplo: Haack (2020); (Carlizzi y Tuzet, 2018, p. 85); Taruffo (2005, pp. 5 y ss.). En otro texto, Haack propone incluso una serie de criterios para establecer la deferencia epistémica (2012).

⁶ Estas cuestiones (que ocuparán gran parte de las reflexiones desarrolladas en los siguientes párrafos) se pueden resumir en las dos macro-áreas de interés del trabajo de Damiano Canale: el análisis semántico y epistémico de la relación entre expertos y juristas en los contextos legislativo y judicial.

que plantea la relación entre los operadores del derecho y el campo científico, más específico, de la inteligencia artificial.⁷

El advertir cómo la naturaleza problemática de estas preguntas se percibe incluso en contextos de reflexión parcialmente diferentes, me hace creer razonablemente que esta línea de investigación es un camino necesario, prometedor y fructífero.

En los siguientes párrafos introduciré, en primer lugar, las tesis fundamentales del artículo de Damiano Canale, considerando en particular los conceptos de opacidad, deferencia y asimetría de la información (§1). A continuación, presentaré los principales argumentos críticos ofrecidos por los autores de las demás contribuciones de este volumen. En el segundo párrafo (§2), discutiré las tesis de Francesca Poggi y Juan Iosa sobre el tema de la opacidad de las disposiciones mientras que, en el tercero, me ocuparé de las tesis de Rimoldi sobre la opacidad de las normas (§3). Finalmente, propondré unas breves consideraciones finales (§4).

2. Opacidad, deferencia y asimetría informativa

El trabajo de Damiano Canale se divide básicamente en dos partes (§§ 1-3 y 4-5), cada una dedicada a un caso de estudio (el “Caso de la máquina de humo” y el “Caso *Stalcup*”, respectivamente) a través del cual, con un movimiento de abajo hacia arriba, el autor introduce y explica el fenómeno

⁷ Por “inteligencia artificial” generalmente entendemos: 1) ese amplio sector de estudios (no solo de informática) que abordan la posibilidad de construir computadoras que sean capaces de reproducir el funcionamiento de algunas capacidades de la mente humana o, en el caso de la llamada inteligencia artificial fuerte, de todo el pensamiento humano; 2) las propias máquinas (*hardware* y *software*) diseñadas para los fines antes mencionados. Sobre el tema de “inteligencia artificial e interpretación jurisprudencial” véase Ferrari (2023); sobre el tema de la relación entre “inteligencia artificial y legislación”, véase Faini (2023); sobre el tema de la relación entre “inteligencia artificial y razonamiento probatorio”, véase Pressaco (2022). Son aportes particularmente cercanos a los temas tratados en este texto, no considero aquí, obviamente, la muy copiosa literatura general sobre el tema de la inteligencia artificial y los problemas ético-jurídicos que plantea. Desde un punto de vista legislativo, sin embargo, es interesante recordar la propuesta, actualmente en discusión, del primer reglamento europeo sobre inteligencia artificial: la llamada EU AI Act.

de la llamada “opacidad” tanto en referencia a las disposiciones como a las normas.⁸

El primer caso se refiere al recurso, promovido por algunas asociaciones de consumidores holandesas, ante el Tribunal de Justicia de Unión Europea,⁹ para reclamar por una cantidad de emisiones de sustancias nocivas, que difieren de las disposiciones reglamentarias de la Directiva 2014/40/UE, por parte de los cigarrillos vendidos en los Países Bajos. El caso plantea un problema ya que la disposición de referencia, art. 4 (1) de la misma Directiva, establece los criterios para medir estas emisiones *per relationem*, es decir, simplemente citando códigos numéricos correspondientes a criterios establecidos por una organización privada, la *International Standardization Organization* (ISO).¹⁰ El significado de estos códigos, sin embargo, no es público ni inmediatamente explícito (Canale, 2023, sección 2).

El segundo caso, estadounidense, se refiere en cambio a la demanda de indemnización presentada por un particular, Donald Stalcup, contra la *Peabody Coal Company*, empresa para la que había trabajado durante treinta años como minero. De hecho, Stalcup había sido diagnosticado con una forma grave de neumoconiosis, una enfermedad pulmonar crónica causada por la exposición al polvo de carbón. El art. 921(a)(1) de la *Black Lung Benefit Act* establecía, en efecto: “The Secretary shall, in accordance with the provisions of this part (...), make payments of benefits in respect of total disability of any miner due to pneumoconiosis.” (Canale, 2023, sección 4).

El juez concedió la indemnización en primera instancia, pero el tribunal de apelación anuló la decisión y dispuso un nuevo juicio por errónea valoración de la prueba. La nueva sentencia debía determinar: 1) si, efectivamente, Stalcup había contraído esta patología (cuestión empírica), pero también, 2) el significado del término “neumoconiosis”, es decir, cuáles eran los requisitos determinantes de la patología (cuestión semántica).

⁸ Por “disposición” entendemos el texto emitido por la autoridad legislativa y por “norma” su contenido de significado. Véase Canale (2023, sección 1.1).

⁹ TJUE, Gran Sala, *Stichting Rookpreventie Jeugd* (C-160/20), de 22 de febrero de 2022.

¹⁰ “Las emisiones de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono de los cigarrillos se medirán según las normas ISO 4387, 10315 y 8454, respectivamente. La exactitud de las indicaciones relativas al alquitrán, la nicotina y el monóxido de carbono se comprobará según la norma ISO 8243” (Canale, 2023, sección 2).

También en este caso, el tecnicismo del término objeto del caso no permitía la aprehensión inmediata de su significado, razón por la cual el juez consultó a una comisión de cinco expertos. Otro elemento problemático del caso era que la comunidad científica misma estaba dividida respecto de cuáles eran los elementos constitutivos de la patología, razón por la cual, en el juicio, los peritos se encontraron en desacuerdo (tres peritos negaron que Stalcup sufriera neumoconiosis mientras que dos afirmaron que sí). La situación fue resuelta negativamente por el juez mediante una aplicación “ciega” –es decir, no justificada ni razonada– de la regla de la mera mayoría.

Los dos casos son diferentes. En el primero, la cuestión se centra en los métodos de redacción de la disposición en cuestión –art. 4(1) de la Directiva 2014/40/UE– en cuyo texto el legislador europeo ha insertado “términos” técnicos de significado oscuro para el intérprete. En el segundo caso se insiste sobre la delegación que de hecho el juez hace en favor de los peritos para que determinen: 1) la verdad o falsedad de una afirmación fáctica (“¿Sufre Stalcup de neumoconiosis?”) y, 2) la determinación de la norma que puede extraerse del texto del art. 921(a)(1) de la *Black Lung Benefit Act*, o más bien el sentido y la referencia de “neumoconiosis” dada su falta de expertise médica (“¿Qué significa neumoconiosis? ¿A qué se refiere el término “neumoconiosis”?”).

El elemento que une ambos casos es, por tanto, la incapacidad del intérprete (legislador o juez) para dominar un determinado dominio epistémico y, por tanto, también semántico. Canale subraya cómo se trata de dos manifestaciones distintas de un fenómeno que puede afectar a la comunicación entre juristas y expertos: la opacidad del derecho.¹¹

El concepto de opacidad, tal como recuerdan Francesca Poggi y Florencia Rimoldi en sus comentarios, fue introducido en 1953 por Quine que, sin embargo, lo usaba para hablar, más precisamente, de “opacidad referencial” (pp. 144 y ss.).¹² Según Canale, la opacidad puede analizarse con referencia a *los textos normativos*, cuando los legisladores no logran

¹¹ La “opacidad de las normas no es un problema que afecta a los textos normativos como tales; se trata más bien de un fenómeno que a veces caracteriza la comunicación lingüística entre los expertos y los jueces en el juicio” (Canale, 2023, sección 4).

¹² Con este término –dicho de forma brutalmente sintética– se refería esencialmente al caso en que dos términos no pueden sustituirse *salva veritate*.

fijar y comprender el sentido de las disposiciones que emiten,¹³ y, con referencia a *las normas*, cuando, en sede probatoria, el contenido semántico de las disposiciones resulta fijado por expertos, porque el decisor no tiene medios para comprenderlo.¹⁴

Según Poggi, Canale usa este término en el mismo sentido en que ha sido desarrollado por la tradición quineana de la filosofía del lenguaje¹⁵ mientras que, para Florencia Rimoldi, es claro (especialmente con referencia al caso *Stalcup*) que el autor lo usa en un sentido diferente, no puramente semántico, sino epistémico.

Pero, más allá del encuadre teórico, ¿cuál es el aspecto problemático de la opacidad del derecho? ¿Por qué debería importarnos?

Si es cierto que el fenómeno de la opacidad se verifica, de hecho, debido a las características del entorno comunicativo y social en el que deben operar los juristas, ello implicaría, según Canale, dos tipos de problemas distintos según se mire a las disposiciones o a las normas.

En el primer caso, de hecho, pone en discusión la legitimidad de la disposición misma, mientras que en el segundo caso inhibiría gran parte de las operaciones intelectuales claves de la función judicial (interpretativa y argumentativa) haciendo también particularmente difícil distinguir entre razonamiento probatorio y calificativo.

En ambos casos, estos efectos son generados por una postura de *total* deferencia al conocimiento experto. Canale distingue entre la deferencia epistémica –sobre los enunciados probatorios– y la semántica –sobre los enunciados que fijan el contenido lingüístico de las disposiciones– (Canale, 2023, sección 2).¹⁶ En general, la deferencia puede ser entendida como

¹³ “De manera más precisa, los legisladores comprenden los componentes no referenciales de la disposición y están en condiciones de fijar la referencia de esta última gracias a las indicaciones proporcionadas por los expertos. Sin embargo, no se preocupan de adquirir la competencia necesaria para comprender el contenido inferencial de los términos que fijan el objeto de la regulación y, por tanto, su ámbito de aplicación. En otras palabras, los legisladores optan por no conocer y comprender el sentido del texto que promulgan” (Canale, 2023, sección 2).

¹⁴ Véase Canale (2023, secciones 2 y 4).

¹⁵ “Canale emplea el término ‘opacidad’ en el sentido más tradicional de la filosofía del lenguaje” (Poggi, 2023, n. 1).

¹⁶ El autor toma prestada la distinción de Ubertone (2022, cap. 1 y 4).

una actitud de aceptación “ciega” del conocimiento de la autoridad epistémica experta. Al mencionar un elemento cuantitativo relativo a la deferencia (total), Canale sugiere implícitamente que existe un elemento de gradualidad en la deferencia. Sin embargo, ese elemento de gradualidad no resulta desarrollado en el texto, por lo que el tema del grado “adecuado” de deferencia respecto de los expertos si bien relevante, se encuentra todavía completamente abierto a discusión.

La opacidad y la deferencia tendrían entonces efectos indudables tanto sobre la seguridad jurídica (entendida como la previsibilidad de las consecuencias jurídicas asociadas a una determinada conducta), como en cuanto a la dirección de la conducta de los propios ciudadanos.¹⁷

En consecuencia, los problemas fundamentales señalados en el trabajo de Canale parecen converger también en la necesidad de una adecuada comprensión: 1) de la amplitud de la asimetría informativa que, en algunos casos, puede afectar a la relación jurista-experto¹⁸ y, 2) de las dificultades que puede generar un manejo “descuidado” de estas relaciones comunicativas.

Entre los efectos de una mala gestión de estas interacciones se encuentran, entonces: a) la falta de responsabilidad profesional y b) la renuncia a los propios deberes institucionales mediante la “delegación en blanco” en expertos de la creación de derecho. Delegación cuya ejecución, c) no puede ser controlada adecuadamente.

¹⁷ Canale no habla explícitamente de seguridad jurídica pero la preocupación por este aspecto se puede advertir claramente a partir de las afirmaciones relacionadas con dudas sobre la legitimidad, el riesgo de indistinguibilidad entre razonamiento probatorio y calificativo y las limitaciones a la actividad argumentativa e interpretativa del juez. Sin embargo, el punto sí es explícito en Poggi (2023, sección 2).

¹⁸ Específicamente, Canale subraya que el jurista puede no conocer y comprender el conocimiento y la bondad de los métodos periciales; mientras que, al mismo tiempo, el perito puede desconocer las exigencias y necesidades jurídicas y por lo tanto puede no lograr orientar su investigación hacia lo realmente relevante. Sin embargo, los “costos” de la asimetría generalmente parecen más relevantes para el jurista que para el experto, dados los intereses involucrados en la acción legislativa o decisoria del primero.

3. Opacidad de las disposiciones

En su texto, Canale afirma que: “una disposición es opaca cuando los miembros de un órgano de producción normativa no conocen ni poseen la competencia necesaria para comprender el contenido de la disposición que emana del órgano” (2023, sección 2).

Esta definición es discutida por Juan Iosa quien enfatiza su carácter disyuntivo (el autor habla de una “disyunción encubierta” (Iosa, 2023, sección 2)) destacando sus componentes: una disposición es opaca cuando los legisladores: 1) no comprenden su contenido o 2) cuando carecen de la competencia necesaria para comprenderlo.

Según el autor, el punto es problemático porque abre, para el estudioso, un abanico de posibilidades a considerar con distintos “pesos específicos”.

En efecto, muy bien puede suceder que, aunque los legisladores desconozcan el contenido de la disposición que dictan, habrían tenido la capacidad y la posibilidad de comprenderlo y, sin embargo, no se han esforzado en hacerlo.

Resulta por lo tanto necesario distinguir entre los casos de “incomprensión por inaccesibilidad” de los casos de “incomprensión por inaccesibilidad *culposa*”, porque cada uno de esos escenarios atribuyen a los legisladores distintos perfiles de responsabilidad a la hora de la “delegación legislativa” en los expertos.

En mi opinión, esta observación de Iosa también lleva a preguntarse algo más sobre las (¿posibles?) relaciones epistémicas, causales y lógicas que pueden existir entre estos dos escenarios. Claramente, como señala Iosa, el componente 1) no implica necesariamente el componente 2), pero ¿hasta cuándo este último implica el primero? ¿Siempre? ¿A veces? ¿No puede ser el caso que sin tener educación o *formación* específica en un área determinada del conocimiento pueda de todos modos comprender, en un sentido amplio de la palabra?

Poggi también critica esta definición y lo hace, en primer lugar, atacando su falta de claridad (Poggi, 2023, sección 2). En mi opinión, sin embargo, las críticas de la autora apuntan no tanto a mostrar falta de claridad como, más bien, de completitud.

De hecho, la autora propone, en forma, en mi opinión, indebidamente promiscua, dos clases de elementos diferentes que conviene distinguir:

La pregunta es: ¿cuántos diputados deben no entender el significado de la disposición? ¿Todos? ¿La mayoría? ¿Todos los que votaron a favor? ¿La mayoría de los que votaron a favor? Y, lo que es más importante, ¿cómo lo comprobamos? ¿Cómo podemos saber que los miembros del Parlamento (todos, o algunos, o la mayoría) no conocían el significado del término técnico? ¿Cómo podemos saber que no se preocuparon de conocer ese significado? ¿Y qué nivel de conocimientos se requiere? ¿Basta un conocimiento superficial o es necesario un conocimiento profundo? (Poggi, 2023, sección 2).

Los primeros pertenecen a una *cuestión* “cualitativa” relacionada con el fenómeno mismo de la opacidad. A través de ellos, la autora lamenta que a la definición de Canale *le falta* señalar el “grado” o la “intensidad” con que se presenta el fenómeno de la opacidad, elemento que plantea una legítima pregunta respecto de cuándo la opacidad se vuelve realmente relevante, molesta o problemática para el derecho (punto que la autora resolverá poco después).

El segundo se refiere, sin embargo, a un *problema estrictamente epistémico* , que no atañe al fenómeno de la opacidad en sí mismo sino, más bien, a la ausencia de especificaciones sobre cómo podemos conocerlo, probarlo y comprobarlo. Aspectos, estos últimos, que, siendo relevantes, no tendrían por qué estar en una definición, ni siquiera, aunque se tenga la buena intención de aclararla.

En ambos casos, sin embargo, la autora parece resaltar una laguna informativa más que un problema de claridad o definitorio con respecto al fenómeno, si bien ambas cosas pueden estar conectadas.

Poggi luego afirma que se puede extraer un punto más interesante de estas reflexiones, a saber, que:

la noción de opacidad de las disposiciones, así como la define Canale, solo tiene sentido si se adopta una visión ingenua de la voluntad del legislador. Es decir, solo si se piensa que hay, por parte de las legisladoras, una única intención comunicativa dirigida a

significados determinados (y no a otros). [...] Sin embargo [...] si las normas no están fijadas por las legisladoras –porque, entre otras razones, no hay una única voluntad del legislador– entonces el derecho es siempre opaco por las legisladoras. (Poggi, 2023, sección 2).

Por lo que, según la autora, la opacidad sólo se volvería problemática cuando se traduzca en la opacidad de las normas y, más concretamente, en el hecho de que a los expertos se les da, no la posibilidad de crear derecho *tout court*, sino la posibilidad de hacerlo *autoritativamente* con una competencia delegada (y, añadiría, no controlada ni controlable) por las autoridades democráticamente investidas para este rol.

Por su parte, Iosa aborda el problema de la opacidad de las disposiciones describiéndolo en términos de un dilema:

si vedamos al conocimiento experto opaco el ingreso a los procesos de toma de decisiones políticas entonces aseguraremos la legitimidad democrática de tales procesos pero, al mismo tiempo, pagaremos altos costos epistémicos junto con los que de allí se derivan. Si, en cambio, permitimos su ingreso, entonces tomaremos decisiones más informadas, eficientes, etc., pero menos legítimas (Iosa, 2023, sección 1).¹⁹

Según el autor, el meollo del problema radica en que en el caso de disposiciones opacas el legislador se encuentra en una situación en la que la voluntad y el conocimiento legislativos resultan escindidos. De hecho, por

¹⁹ Al presentar el problema de la opacidad en forma de dilema, la contribución de Iosa utiliza un léxico claramente económico (de hecho, habla explícitamente en términos de “costos”). Ello parece revelar la existencia, en el marco de la gestión del problema de la opacidad, de una línea de análisis diferente. De hecho, creo que sería más fructífero abandonar la forma dilemática del análisis del problema y reformularla en términos de un *trade off*, es decir, de una situación en la que se debe elegir entre opciones igualmente deseables pero diferentes, una situación que requiere una elección *política* con respecto al *grado* de realización posible (pero todavía satisfactorio) de las opciones en juego. Usar esta formulación permite introducir cierta flexibilidad en la discusión a través de una visión gradual tanto del fenómeno (más acorde con los estados epistémicos y la propia manifestación de la opacidad) como de las posibles soluciones. Esta propuesta también me parece perfectamente en línea con las consideraciones de Poggi (2023, sección 1) y Rimoldi (2023, sección 4.2.).

un lado, el legislador se ve incapaz de decidir sobre un texto cuyo contenido inferencial no comprende, pero, por otro lado, sí puede decidir que ese texto pase a formar del sistema jurídico. Esta escisión, según el autor, se puede notar sobre la base de todas las concepciones de la legitimidad examinadas por Canale (Formal, Sustancial en sentido amplio y estricto y Procedimental).

Poggi, por su parte, aclara que la legitimidad sustancial en sentido amplio y estricto debería predicarse exclusivamente de las normas, no de las disposiciones, y mucho menos de los expertos. Desde este punto de vista, en efecto, la posición del juez y la del experto, ambos intérpretes y creadores de derecho, estarían igualmente fuera del alcance del control institucional. Entre las concepciones de legitimidad citadas por Canale, sin embargo, la que más inquieta a Poggi es la procedimental (“la legitimidad depende más bien de cómo se crea la disposición, con independencia de cualquier otra consideración” (Canale, 2023, sección 3)) que, en cambio, en el análisis de Canale parece ser la más prometedora en cuanto a ideas para un buen manejo del fenómeno. De hecho, Canale subraya que invertir en la adopción de procedimientos específicos para verificar la bondad de los requisitos objetivos (calidad de los métodos científicos adoptados y la verdad del contenido epistémico) y subjetivos (imparcialidad e independencia) del conocimiento experto es la vía más prometedora para la gestión del problema de la opacidad.

Según Poggi, sin embargo, la concepción procedimental es indistinguible de la concepción de legitimidad sustancial en sentido estricto porque ambas hacen referencia a un criterio de contenido. Sin embargo, la autora enfatiza que también puede reducirse a la concepción sustancial en sentido amplio porque ambas hacen referencia tanto a criterios interpretativos como a criterios de corrección (imparcialidad, independencia y valor epistémico del conocimiento). Sin embargo, esta tesis corre el riesgo de ser, quizás, un poco perjudicial en la medida en que el concepto de “criterio interpretativo” engloba cosas muy diferentes (características personales de los intérpretes y sus productos interpretativos).

Según Poggi, la principal forma de minimizar los efectos problemáticos de la opacidad sigue siendo, sin embargo, el cuidado en la redacción de las disposiciones. Esto implica, por un lado, proporcionar definiciones lo

más precisas posible y, por otro lado, especificar también el significado con el que deben entenderse los términos. Los legisladores también deberían recordar que tales “instrucciones” deberían dirigirse no solo a los destinatarios directos o inmediatos, sino también a los destinatarios indirectos.

Según Iosa, en cambio, la salida al dilema de la opacidad (“conocimiento o legitimidad”) puede lograrse considerando tres vías: a) utilizando el conocimiento experto como *extrema ratio*; b) formar una clase meritocrática de expertos públicos que tendrían un mayor incentivo para ser responsables e imparciales; c) asumir que las disposiciones opacas deben considerarse solo en principio ilegítimas.

De hecho, apoyándose en la concepción de legitimidad sustancial en sentido amplio, Iosa afirma que aun en los casos en que el legislador desconozca el contenido de una disposición, no es imposible que tenga “buenas razones para confiar ciegamente en la autoridad teórica” (Iosa, 2023, sección 4). En tales casos, por lo tanto, se puede decir que estas disposiciones son opacas y, sin embargo, legítimas. Es decir, serían legítimas en función de la racionalidad de la “confianza ciega del legislador en los expertos” (Iosa, 2023, sección 4).

Si bien las frases “buenas razones para la confianza ciega” o “racionalidad de la confianza ciega” presentan algunos problemas significativos, dado que la racionalidad y las buenas razones son garantías epistémicas que parecen incompatibles con la idea de confianza “ciega”, la intuición de Iosa aquí delineada parece buena en la medida en que se entronca perfectamente con las de Canale y de Poggi respecto de la necesidad de introducir mecanismos de responsabilidad y de control epistémico y redaccional destinados a diluir las dificultades que impone el problema de la opacidad.

4. Opacidad de las normas

El tema de la opacidad de las normas²⁰ es discutido con particular atención por Florencia Rimoldi en su comentario quien, sin embargo, considera sus

²⁰ Según Canale, una norma es opaca “cuando su contenido es determinado por los expertos en sede probatoria, aunque dicho contenido no es comprendido por el juez que aplica la

observaciones aplicables también a la opacidad de las disposiciones. La crítica fundamental dirigida contra el trabajo de Canale resalta el análisis semántico de la opacidad ya que, de acuerdo con Rimoldi, la problemática de este fenómeno radicaría precisamente en sus características epistémicas y no semánticas.

Las dificultades semánticas destacadas por Canale son esencialmente dos. La primera se refiere a la imposibilidad de “fijar la referencia” y, por tanto, de comprender el sentido y las condiciones de aplicación de la disposición interpretada²¹ y la segunda se refiere a la deferencia semántica, es decir, a la aceptación “ciega” del sentido identificado por los expertos.

Rimoldi construye un macroargumento en apoyo de su tesis que transita de lo “general” a lo “particular” y se desarrolla en tres fases fundamentales: 1) la “normalización” de la cuestión de la opacidad, 2) la distinción entre la noción de opacidad presentada Canale y la noción –semántica– de opacidad defendida en la filosofía del lenguaje y, finalmente, 3) la “superación” del problema semántico y su “disolución” en el epistemológico.

En la primera fase argumentativa, la autora pretende “normalizar” la cuestión de la opacidad, es decir, reducir su naturaleza problemática. Para ello, en primer lugar, reconduce la cuestión de la opacidad a la noción, de sentido común, de “dependencia”²² propia de la vida cotidiana, señalando que, en la gran mayoría de los casos, no implicaría sutiles problemas

norma en cuestión” (Canale, 2023, sección 1).

²¹ “El término “neumoconiosis” que aparece en el Black Lung Benefits Act resultaba opaco a los ojos del juez, ya que no dominaba el contenido científico de este término ni estaba en condiciones de establecer su referencia. Por lo tanto, el juez recurrió a la opinión de los expertos no solo para determinar si Donald Stalcup había contraído efectivamente neumoconiosis, sino también para determinar el significado del término “neumoconiosis”, es decir, las condiciones de aplicación del artículo 922, inciso a.1, del Black Lung Benefits Act.” (Canale, 2023, sección 4).

²² Rimoldi distingue entre dependencia de la información (casos en los que “nos limitamos a confiar” y casos en los que pedimos razones adicionales –porque, por ejemplo, surge en nosotros una sospecha o hay altos intereses en juego–) y dependencia en el manejo de conceptos y términos (casos en los que hay términos que sabemos manejar de forma limitada o casos en los que no sabemos usarlos en absoluto). El primero es de carácter epistémico mientras que el segundo es de carácter semántico según, respectivamente, los problemas que plantean. Problemas que, de acuerdo con la autora, no requieren necesariamente un análisis en términos teóricos o especializados.

teóricos. En este punto, Rimoldi reconduce el tema de la dependencia al debate más amplio de la epistemología (2023, sección 3.1) y la filosofía del lenguaje (2023, sección 3.2).

Rimoldi introduce los extremos del debate internismo-externismo e individualismo-anti-individualismo y destaca dos tesis fundamentales: a) en la literatura se reconoce ampliamente que, si bien la opacidad no es una condición ideal, es, en todo caso, aceptable cuando lo que es opaco tiene cierto “pedigrí” en términos de robustez y confiabilidad de la fuente; b) la deferencia semántica se vuelve problemática sólo en aquellos casos en los que es total. Es decir, en aquellas circunstancias excepcionales en las que, al igual que en *Stalcup*, la deferencia equivale a una actitud proposicional de aceptación total y ciega, es decir, no gradual y desprovista de una verificación de la calidad y adecuación del método utilizado por los expertos para asignar significado.²³

En este punto, sin embargo, surgen espontáneamente dos preguntas a las que el lector puede intentar encontrar una respuesta. ¿Son los casos de deferencia total realmente casos excepcionales? ¿A efectos explicativos, es realmente adecuada y fructífera la reducción de los fenómenos de opacidad y deferencia (dos problemas muy diferentes) a la noción de dependencia?

El segundo paso argumentativo se dirige a demostrar que, a pesar de los términos y categorías semánticas utilizadas por Canale, la opacidad que, de hecho, describe el autor es muy diferente de la opacidad analizada por Quine.

De hecho, mientras este último describe la opacidad como una propiedad de los contextos en los que aparece un término referencial (o denotativo) y no de los propios términos referenciales o denotativos, Canale la caracteriza principalmente en sentido epistémico (“no dominar el contenido científico de un término”, Rimoldi, 2023, sección 4.1) y como propiedad de la comunicación dada por el desconocimiento de las partes, no como característica de los propios textos normativos.

²³ La naturaleza problemática del caso *Stalcup*, según Rimoldi, es, en efecto, que el contenido del derecho se determina adoptando “a ciegas” el criterio de la mayoría. La autora elabora estas reflexiones a partir de proponer dos versiones alternativas del caso *Stalcup* (Rimoldi, 2023, sección 4.2).

Por tanto, según Rimoldi, Canale estaría defendiendo una noción de opacidad *sui generis*, es decir, propia del contexto jurídico y, como tal, debería ser analizada. Esto se une temáticamente a las consideraciones que la autora hizo anteriormente sobre la imposibilidad de reconducir correctamente las tesis de la epistemología general al ámbito jurídico y judicial específico.²⁴

Hechas estas consideraciones, Rimoldi puede pasar a defender el tercer momento argumentativo, que coincide con la “superación” del problema semántico y su “disolución” en el epistémico.

El análisis del caso *Stalcup*, según la autora, dejaría en claro que las dificultades en juego no residen en la determinación deferente del contenido del derecho sino en el hecho de que el decisor: a) no tuvo recursos epistémicos para comprender la bondad (relevancia, corrección) de la atribución de significado que hicieron los expertos respecto del término “neumoconiosis” y, b) desconocía las razones que llevaron a los expertos a elegir precisamente ese significado (esto es un problema de justificación de la relevancia).²⁵

A través de dos reelaboraciones del caso *Stalcup*, Rimoldi argumenta que, eliminados del caso los problemas epistémicos mencionados, no que-

²⁴ Rimoldi considera que el problema epistemológico jurídico debe distinguirse cuidadosamente del de la epistemología general: “pero este camino no es trivialmente correcto [...] porque supone que las exigencias epistémicas propias del derecho pueden reducirse a exigencias epistémicas generales” (Rimoldi, 2023, sección 3.1). El proceso es una “práctica epistémica *sui generis*” (Rimoldi, 2023, sección 3.1). “De esta forma, el problema de la deferencia epistémica en el derecho es un problema teórico con peso propio, que requiere un tratamiento teórico diferente del caso general, aunque no por ello no pueda nutrirse de éste. En este sentido, la epistemología jurídica podría modelar las exigencias hacia el juez a partir de teorías epistemológicas internistas-responsabilistas de los estados epistémicos, aún cuando estas no resulten adecuadas para responder al problema epistemológico general” (Rimoldi, 2023, sección 3.1). Estas tesis son interesantes en la medida en que se apartan de una cierta *tendencia* de sentido contrario –a la que adhiere también Jordi Ferrer Beltrán, citado por la misma autora– según la cual es erróneo considerar al ámbito epistemológico judicial como un ámbito epistemológico sustancialmente diferente del general. Véase Ferrer (2012, p. 57); Wróblewski (1989, p. 186) y Taruffo (1992, p. 375), pero véase también Twining (2006).

²⁵ “La situación problemática es rastreable a los estados epistémicos del juez (4) y (5), y no a aspectos semánticos del caso, como (1) y (2), tal como parece afirmar Canale” (Rimoldi, 2023, sección 4.1).

daría nada problemático en el trabajo del juez y, por lo tanto, que el análisis “semántico” de la situación es incorrecto. Sin embargo, desde una mirada más cercana, las dos cosas no se siguen una de la otra y esta conclusión puede parecer, quizás, un poco perentoria.

Así, si para Poggi el verdadero problema de la opacidad es el de las normas, y no el de las disposiciones (porque el propio Canale asume que los legisladores, en casos de opacidad, conocen los textos, pero no los significados), Rimoldi va un paso más allá y afirma que, si bien los aspectos semánticos juegan un papel importante en casos como el de *Stalcup*, las verdaderas dificultades del fenómeno de la opacidad son de naturaleza epistémica.

4. Breves observaciones finales

Para cerrar esta introducción, vale la pena retomar algunas de las consideraciones realizadas hasta aquí, a fin de guiar al lector a través de las páginas que siguen.

Las contribuciones que componen este número tratan de una forma nueva y temáticamente más amplia un conjunto de temas incluidos en una floreciente área de estudio que, desde hace años, se ha ocupado de la compleja relación entre el derecho y el conocimiento experto. En este número, la cuestión más relevante a estudiar es la creación autoritativa del derecho por parte de expertos.

Los elementos novedosos son también de naturaleza metodológica. En efecto, Damiano Canale, para arrojar luz sobre el fenómeno de la opacidad y la deferencia hacia las autoridades epistémicas, opta por utilizar las herramientas de la filosofía del lenguaje. Analiza las dificultades que impone el fenómeno respecto de la legitimidad de las disposiciones y del papel argumentativo de los decisores proponiendo, como herramienta para mitigar este problema, una mayor cooperación de juristas y expertos en la división del trabajo semántico y epistémico.

Juan Iosa destaca las diferencias en la responsabilidad de los juristas respecto de la gestión de la opacidad en caso de “incomprensión por inaccesibilidad” e “incomprensión por inaccesibilidad *culposa*”, reconstruyendo el problema de la opacidad de forma dilemática.

En cambio, hemos visto cómo Francesca Poggi critica la definición de opacidad de las disposiciones, señalando las lagunas en términos “cualitativos” y probatorios. Además, esta autora argumenta que sólo la opacidad de las reglas es de naturaleza verdaderamente problemática.

El trabajo de Florencia Rimoldi inserta la reflexión de Damiano Canale en el más amplio debate epistemológico y semántico, para luego afirmar que el verdadero problema relacionado con la opacidad es epistémico y no semántico.

Los textos que componen este volumen no brindan respuestas perentorias ni soluciones fáciles para gestionar la opacidad del derecho, sino que proponen perspectivas de investigación, caminos viables. Los problemas discutidos se mantienen como cuestiones abiertas de suma importancia para el jurista (práctico y teórico) y seguramente generarán mayor debate porque, dados los desarrollos técnico-científicos actuales, ciertamente merecen ser estudiados en profundidad.

Bibliografía

- Carlizzi G. y Tuzet G. (2018), La valutazione del sapere specialistico tra requisiti di affidabilità e oneri probatori, en Carlizzi G. y Tuzet G. (eds.) *La prova scientifica nel processo penale*, Giappichelli, Torino.
- Faini, F. (2023). Intelligenza artificiale e regolazione giuridica: il ruolo del diritto nel rapporto tra uomo e macchina. *Federalismi.it*, 2, 1-29.
- Ferrajoli, L. (1998). La filosofia giuridica analitica italiana. Bilancio e prospettive. En M. Di Francesco, D. Marconi y P. Parrini (eds.), *Filosofia Analitica (1996-1998). Prospettive teoriche e revisioni storiografiche* (pp. 336-400). Milano: Guerini e associati.
- Ferrari, M. (2023). Predizione algoritmica, intelligenza artificiale generativa e rischi di cristallizzazione dell'ermeneutica giurisprudenziale. *Il Foro italiano*, 3, 117-122.
- Ferrer Beltrán, J. (2012). *La valoración racional de la prueba* (2008), tr. it. *La valutazione razionale della prova*, Milano, Giuffrè.
- Haack S. (2012), Six Signs of Scientism, *Logos & Episteme*, 3(1), 75-95

- Haack, S. (2020). Judging Expert Testimony: From Verbal Formalism to Practical Advice. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 1, 13-30.
- Hansson, S. O. (2013). Defining pseudoscience and science. En M. Pigliucci y M. Boudry (eds.), *Philosophy of Pseudoscience: Reconsidering the Demarcation Problem* (pp. 61-77). Chicago: University of Chicago Press.
- Laudan, L. (1983). The demise of the demarcation problem. En R.S. Cohan y L. Laudan (eds.), *Physics, Philosophy, and Psychoanalysis* (pp. 111-127). Dordrecht: Reidel.
- Mahner, M. (2007). Demarcating Science from Non-Science. En T. Kuipers (ed.), *Handbook of the Philosophy of Science: General Philosophy of Science - Focal Issues* (pp. 515-575). Amsterdam: Elsevier.
- Mahner, M. (2013). En M. Pigliucci y M. Boudry (eds.), *Philosophy of Pseudoscience: Reconsidering the Demarcation Problem* (pp. 29-43). Chicago: University of Chicago Press.
- Pini, S. (2023). Verso un nuovo “statuto” del consulente tecnico d’ufficio? *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1(1), 327-344.
- Pigliucci, M. y Boudry, M. (eds.), *Philosophy of Pseudoscience: Reconsidering the Demarcation Problem*. Chicago: University of Chicago Press.
- Pressaco, L. (2022). Intelligenza artificiale e ragionamento probatorio nel processo penale. *Biolaw journal*, 4, 503-530.
- Quine, W.V.O. (1953). *From a logical point of view*. Cambridge (MA): Harvard University Press.
- Taruffo, M. (1992). *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè.
- Taruffo, M. (2005). La prova scientifica nel processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 59(4), 1079-1112.
- Twining, W. (2006). *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ubertone, M. (2022). *Il giudice e l’esperto: deferenza epistemica e deferenza semantica nel processo*. Torino: Giappichelli.
- Wróblewski, J. (1989). La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación, en Id., *Sentido y Hecho en el derecho* (pp. 171-189), San Sebastián, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco.