

---

# DISCUSIONES 30

1 - 2023

---

**CONOCIMIENTO EXPERTO  
Y CREACIÓN DEL DERECHO.  
ENTRE LA DEFERENCIA Y LA  
LEGITIMIDAD**



EDITORIAL  
DE LA UNIVERSIDAD  
NACIONAL DEL SUR

**Director**

Federico José Arena (Conicet, Argentina)

**Secretaría de redacción**

Daniela Domeniconi (Universidad Nacional de Córdoba)

Sofía Pezzano (Conicet, Argentina)

**Comité Científico**

Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Pierluigi Chiassoni (Università di Génova, Italia)

José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Francisca Pou Giménez (ITAM, México)

Susanna Pozzolo (Università di Brescia, Italia)

Cristina Redondo (Conicet, Argentina)

**Consejo Editorial**

Juan Cumiz (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Natalia Scavuzzo (Università di Genova, Italia)

Valeria Trotti (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Diego Dei Vecchi (Universitat de Girona, España)

Catalina Tassin Wallace (Conicet, Argentina)

*Editores de sección**Discusiones: Cortes.*

Flavia Carbonell (Universidad de Chile)

Carolina Vergel (Universidad Externado de Colombia)

*Discusiones: Libros.*

Lorena Ramírez (Universidad Pompeu Fabra, España)

Janaina Roland Matida (Universidad Alberto Hurtado, Chile)

*Discusiones: Balance*

Laura Manrique (Conicet, Argentina)

Pablo Rapetti (ITAM, México)

**DIRECCIÓN POSTAL**

Avda. Colón 50, planta alta, Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, CP B8000HZK, Argentina.

**DIAGRAMACIÓN:**

Fabían Luzi

# DISCUSIONES 30

1 -2023

## “CONOCIMIENTO EXPERTO Y CREACIÓN DEL DERECHO. ENTRE LA DEFERENCIA Y LA LEGITIMIDAD”

—  
ELENA MARCHESE  
(EDITORA)

---

### ÍNDICE

---

#### SECCIÓN I: DISCUSIÓN

- Opacidad, deferencia y legitimidad. Los desafíos de la interacción entre ciencia y derecho. *Opacity, Deference, and Legitimacy. The Challenges of the Science-Law Interaction* ..... 7  
ELENA MARCHESE (*Università Commerciale Luigi Bocconi, Milán, Italia*)
- Cuando los expertos crean derecho: deferencia, opacidad y legitimidad. *When Experts Made the Law: Deference, Opacity and Legitimacy* ..... 27  
DAMIANO CANALE (*Università Commerciale Luigi Bocconi, Milán, Italia*)
- El lado opaco del derecho, tomado en serio. Notas sobre un ensayo de Damiano Canale. *The Opaque Side of the Law Taken Seriously. Remarks on an Essay by Damiano Canale*..... 65  
FRANCESCA POGGI (*Università degli Studi di Milano, Italia*)
- Opacidad y deferencia: ¿Un problema semántico o epistémico? *Opacity and Deference: A Semantic Problem or an Epistemic One* ..... 79  
FLORENCIA RIMOLDI (*Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina*)
- Conocimiento experto y legitimidad en el proceso de creación de derecho. *Expert Knowledge and Legitimacy in the Law-making Process*..... 111  
JUAN IOSA (*Conicet - Universidad Nacional de Córdoba, Argentina*)

Tecnocracia lingüística y legitimidad. Una respuesta. <i>Linguistic Technocracy and Legitimacy. A Reply</i> .....	131
DAMIANO CANALE ( <i>Università Commerciale Luigi Bocconi, Milán, Italia</i> )	

SECCIÓN II: **DISCUSIONES: CORTES**

Objeto su señoría: los casos de objeción de conciencia en Colombia y Chile ante la legalización de las interrupciones de embarazos. <i>Objection Your Honor: The Cases of Conscientious Objection in Colombia and Chile to the Legalization of the Interruptions of Pregnancies</i> .....	153
MARÍA JULIETA CENA ( <i>Conicet - Universidad Nacional de Córdoba, Argentina</i> )	

SECCIÓN III: **DISCUSIONES: LIBROS**

Discrepando con Moreso. Los desacuerdos morales entre metaética, ética y derecho. <i>Disagreeing with Moreso. Moral Disagreements in Ethics, Meta-ethics and Law</i> .....	187
FRANCESCA POGGI ( <i>Università degli Studi di Milano, Italia</i> )	

SECCIÓN IV: **DISCUSIONES: BALANCE**

Miradas cruzadas sobre la enseñanza del derecho: una aproximación al espacio áulico como espacio de subjetivación. <i>Intersecting Views on the Teaching of Law: An Approach to the Classroom Space as a Space of Subjectivation</i> .....	211
LUCIANA ÁLVAREZ ( <i>Conicet - Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina</i> )	

Los estándares de prueba: Revisión crítica de su caracterización como umbrales o prototipos, y algunas alternativas. <i>Standards of Proof: A Critical Review of Their Characterization as Thresholds or Prototypes, and Some Alternatives</i> .....	227
EDGAR AGUILERA ( <i>Universitat de Girona, España</i> )	

Instrucciones para las/os autoras/es .....	275
--	-----

*Sección I*

# **DISCUSIÓN**



## **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 tiempo<sup>1</sup> 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.

<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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)<sup>3</sup>. 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*,<sup>4</sup> 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

<sup>2</sup> 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*.

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

<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> 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?<sup>6</sup>

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

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup>

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

<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup>

El primer caso se refiere al recurso, promovido por algunas asociaciones de consumidores holandesas, ante el Tribunal de Justicia de Unión Europea,<sup>9</sup> 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).<sup>10</sup> 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).

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

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

<sup>10</sup> “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.<sup>11</sup>

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.).<sup>12</sup> Según Canale, la opacidad puede analizarse con referencia a *los textos normativos*, cuando los legisladores no logran

<sup>11</sup> 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).

<sup>12</sup> 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,<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup>

Según Poggi, Canale usa este término en el mismo sentido en que ha sido desarrollado por la tradición quineana de la filosofía del lenguaje<sup>15</sup> 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).<sup>16</sup> En general, la deferencia puede ser entendida como

<sup>13</sup> “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).

<sup>14</sup> Véase Canale (2023, secciones 2 y 4).

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

<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup>

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-experto<sup>18</sup> 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.

<sup>17</sup> 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).

<sup>18</sup> 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).<sup>19</sup>

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

<sup>19</sup> 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 normas<sup>20</sup> es discutido con particular atención por Florencia Rimoldi en su comentario quien, sin embargo, considera sus

---

<sup>20</sup> 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 interpretada<sup>21</sup> 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”<sup>22</sup> 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).

<sup>21</sup> “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).

<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup>

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.

<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup>

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).<sup>25</sup>

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

<sup>24</sup> 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).

<sup>25</sup> “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.

## Cuando los expertos crean derecho: deferencia, opacidad y legitimidad

*When Experts Made the Law: Deference, Opacity  
and Legitimacy\**

Damiano Canale\*\*

Recepción: 04/06/2022

Evaluación: 04/08/2022

Aceptación final: 27/09/2022

**Resumen:** El artículo centra la atención en la deferencia que los legisladores y jueces le brindan a los expertos, destacando un fenómeno hasta ahora no considerado en la literatura. Llamo a este fenómeno “opacidad del derecho”. En particular, el artículo distingue la opacidad de los textos normativos, tales como disposiciones constitucionales, leyes o reglamentos, de la opacidad de las normas jurídicas que expresan el contenido de estos textos. Un texto normativo es opaco si contiene términos o expresiones técnicas, incorporadas por indicaciones de expertos, que escapan a la comprensión de los miembros del cuerpo legislativo. Una norma jurídica es opaca, en cambio, si su contenido está fijado implícitamente por expertos, aunque ese contenido no sea comprendido por el juez llamado a aplicar la norma. Cuando los textos normativos o las normas legales se vuelven opacos, la deferencia epistémica hacia los expertos se convierte en deferencia semántica, y los expertos crean derecho en el sentido de que determinan el contenido

\* Traducción del italiano de Seren Ataoglu Colonello.

\*\* Doctor en Derecho por la Università di Padova, Italia. Profesor de Filosofía del Derecho, Università Commerciale Luigi Bocconi, Milán, Italia. Correo electrónico: damiano.canale@unibocconi.it

de los textos normativos. A partir de dos ejemplos jurisprudenciales, el artículo analiza el origen de este fenómeno y sus perniciosos efectos.

**Palabras clave:** conocimiento experto, legislación, interpretación jurídica, deferencia epistémica, deferencia semántica, legitimidad

**Abstract:** The article focuses attention on the deference paid to experts by legislators and judges, highlighting a phenomenon hitherto not considered in the literature. I call this phenomenon “opacity of law”. In particular, the article distinguishes the opacity of authoritative texts such as constitutional provisions, statutes or regulations, from the opacity of legal norms expressing the content of these texts. An authoritative text is opaque if it contains technical terms or expressions, incorporated into it on the instructions of experts, that escape the understanding of the members of the legislative body. A legal norm is opaque, on the other hand, if its content is implicitly fixed by some experts in fact-finding, although that content is not understood by the judge who is called upon to apply the norm. When authoritative texts or legal norms become opaque, epistemic deference to experts turns into semantic deference, and experts create new law in the sense that they determine the content of authoritative texts. Starting with two examples from case law, the article analyses the origin of this phenomenon, and its pernicious effects.

**Keywords:** expert knowledge, legislation, legal interpretation, epistemic deference, semantic deference, legitimacy.

## 1. Introducción

El desarrollo científico y tecnológico ha difundido la participación de los expertos en los procesos de producción del derecho y de solución de controversias. Por un lado, la redacción de cualquier ley o reglamento cuenta, hoy en día, con la colaboración de organismos técnicos cuya contribución se considera indispensable para hacer de los textos legislativos un medio idóneo capaz de alcanzar el objetivo perseguido por los legisladores o para garantizar una efectiva implementación de las políticas gubernamentales.

Al mismo tiempo, por el lado de la jurisdicción, la contribución de los

expertos se ha vuelto muchas veces determinante en el ámbito probatorio, especialmente, cuando la determinación de los hechos involucra conocimientos especializados que escapan de la competencia del juez.

Sin embargo, el ineludible rol atribuido a los expertos plantea numerosos interrogantes que desde un tiempo atraen la atención de los juristas. Estos interrogantes se refieren a la independencia de los expertos, la fiabilidad de sus opiniones, como también, la pertinencia y la relevancia de los modelos explicativos en los que se basan estas opiniones. Al mismo tiempo, en un número creciente de situaciones, los expertos no están de acuerdo entre sí, lo que obliga al legislador y al juez a tomar decisiones relativas a la “mejor ciencia”. Asuntos que, en definitiva, escapan de sus competencias.

En este trabajo, centraré la atención en un fenómeno que puede manifestarse en la comunicación entre los expertos y los *legal decision maker*. Denominaré este fenómeno “opacidad del derecho”.<sup>1</sup> En particular, en el trabajo distinguiré la opacidad de las disposiciones de la opacidad de las normas.<sup>2</sup> Una disposición es opaca cuando contiene términos o expresiones técnicas, incorporadas en el texto por indicación de los expertos y que escapan a la comprensión de los legisladores (apartado 2). Veremos cómo este tipo de opacidad pone en duda la legitimidad de las disposiciones en el contexto de los ordenamientos democrático constitucionales (apartado

<sup>1</sup> El término “opacidad” se usará aquí en el sentido propuesto por Quine (1953, p. 141 y ss.) en su análisis de los contextos modales. En el debate filosófico, jurídico, se pueden encontrar diferentes usos de este término en Raz (2009, ch. 8) y Hass (2020); el término opacidad también se utiliza en la caracterización del conocimiento histórico propuesto por Taleb (2007, cap. 1) y es de uso común en muchos otros contextos disciplinarios. En este trabajo me atenderé al uso canónico que el término encuentra en el campo de la filosofía del lenguaje a partir de la segunda mitad del siglo pasado.

<sup>2</sup> En este trabajo, el término “disposición” se refiere a cualquier enunciado de las fuentes del derecho. En cambio, el término “norma” se refiere a cualquier enunciado que expresa el contenido lingüístico de una disposición. Sobre esta distinción véase Pizzorusso (1977, pp. 192-275), Guastini (1990), Ferrajoli (2007, pp. 217-223) y Carcaterra (2011, p. 36). Aunque algunos autores describen las normas como el contenido de las disposiciones, asumiré aquí, que tanto las disposiciones como las normas son *enunciados lingüísticos*. En este mismo sentido, véase Guastini (2011, p. 65). También observaremos que, desde un punto de vista conceptual, la opacidad de una disposición no implica la opacidad de las normas que expresan su contenido, ni la opacidad de una norma implica la de la disposición de la que se deriva. Esto justifica un análisis separado de estos dos fenómenos, a pesar de que están estrechamente relacionados entre sí.

3). En cambio, 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 norma en cuestión (apartado 4). Cuando afecta a las normas, la opacidad inhibe una serie de operaciones intelectuales y de elecciones que el juez está llamado a realizar durante el proceso judicial, con el riesgo de comprometer la protección de los derechos y de los intereses en juego en el caso concreto (apartado 5). En las dos situaciones recién mencionadas, los expertos crean derecho en el sentido de que determinan el contenido de los textos normativos; un contenido que escapa a la plena comprensión de los agentes institucionales autorizados para producir y aplicar el derecho.

## 2. El caso de la máquina de humo

Para explicar qué es lo que entiendo por disposición opaca me valdré de un ejemplo. En el año 2014, el Parlamento y la Comisión Europea emitieron la Directiva 2014/40/EU para regular la fabricación, presentación y venta al público de los productos del tabaco y los productos relacionados. Entre los objetivos perseguidos por la regulación, consagrados en el artículo 1, se encuentra el de armonizar las legislaciones de los Estados miembros en lo que respecta a los límites de emisiones nocivas de los cigarrillos, en modo “de facilitar el buen funcionamiento del mercado interior del tabaco y los productos relacionados, sobre la base de un nivel elevado de protección de la salud humana, especialmente por lo que respecta a los jóvenes”. Este objetivo de tutela se reafirma en el Preámbulo (Considerando 8), donde se establece que las legislaciones nacionales deben garantizar “un nivel de protección de la salud elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos”. Los productos del tabaco, prosigue el legislador, “no son una mercancía ordinaria, y habida cuenta de que sus efectos son especialmente nocivos para la salud, la protección de la misma debe ser objeto de una atención prioritaria, especialmente con objeto de reducir el predominio del tabaquismo entre los jóvenes”. Sobre la base de estos supuestos, el artículo 3, inciso 1, establece el nivel máximo de emisiones de alquitrán, monóxido

de carbono y nicotina de un cigarrillo.<sup>3</sup> Sucesivamente, el artículo 4, inciso 1, establece que:

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 (Unión Europea, Directiva 2014/40/EU).

Vale la pena observar que los estándares a los que se refiere el artículo 4, inciso 1, habían sido establecidos previamente bajo la forma de reglas no vinculantes por la *International Organization for Standardization* (ISO), es decir, por una organización privada que reúne un gran número de organismos nacionales de normalización. Cada estándar es fijado por una comisión técnica compuesta por expertos de la industria como también por los representantes de las empresas tabacaleras.<sup>4</sup> Luego, el Parlamento y la Comisión Europea incorporaron los estándares elaborados por esta organización privada, en la Directiva. Cabe señalar, además, que el contenido de los estándares indicados en el artículo 4, inciso 1, no es libremente accesible al público: los estándares ISO están protegidos por derechos de autor y solo pueden conocerse mediante el pago de regalías. En otras palabras, el conocimiento de los estándares ISO establecidos en la Directiva requiere competencias técnicas especializadas de propiedad exclusiva de una organización privada que establece y administra estos estándares de forma independiente. Dado que los miembros del Parlamento y de la Comisión

<sup>3</sup> “Los cigarrillos comercializados o fabricados en los Estados miembros no podrán tener niveles de emisión superiores a: a) 10 mg de alquitrán por cigarrillo; b) 1 mg de nicotina por cigarrillo; c) 10 mg de monóxido de carbono por cigarrillo” (Unión Europea, Directiva 2014/40/EU, art. 3).

<sup>4</sup> En el caso de las emisiones de los productos del tabaco, los estándares ISO son elaborados por la Comisión Técnica ISO/TC 126, actualmente presidida por el Prof. Wolf-Dieter Heller. Las propuestas de normalización elaboradas por la Comisión se someten a la aprobación de los organismos ISO nacionales. La publicación del estándar requiere la aprobación del 75% de las personas con derecho a voto. Sobre este punto véase (ISO/IEC, 1997, Parte 3).

Europea no tenían conocimientos especializados respecto a la medición de las sustancias químicas emitidas por la combustión de cigarrillos, los legisladores confiaron en un organismo técnico de normalización para formular el artículo 4, inciso 1, de la Directiva e incorporaron las indicaciones de este organismo dentro de la disposición.

Este modo de proceder parece, por un lado, razonable y legítimo. Los legisladores identificaron los estándares técnicos compartidos para lograr el propósito de la regulación, transformándolos en directivas de conducta jurídicamente vinculantes. Más precisamente, los legisladores delegaron en un órgano técnico la tarea de establecer el contenido del artículo 4, inciso 1, con el fin de facilitar el funcionamiento del mercado interno y proteger la salud de los consumidores. La incorporación de los estándares ISO a la disposición fue, además, decidida por órganos autorizados por las normas sobre la producción normativa, de acuerdo con el procedimiento previsto por ellas. Sin embargo, los miembros de los órganos de producción normativa promulgaron una disposición cuyo contenido escapa a su conocimiento y comprensión.<sup>5</sup> Los miembros del Parlamento Europeo y de la Comisión no conocían el contenido de los estándares ISO como tampoco los requisitos técnicos en los que ellos se basan. Como muestran los trabajos preparatorios de la Directiva, estos estándares no fueron explicitados y discutidos dentro de la Comisión y del Parlamento Europeo en la etapa deliberativa, ni es razonable suponer que los miembros de los órganos de producción normativa conocieran, en cualquier caso, su contenido y además, fueran capaces de comprender las razones técnico científicas que justificaban su adopción. Los legisladores se limitaron a copiar la denominación de estos estándares (“ISO 4387”, “ISO 10315”, “ISO 8454”, “ISO

<sup>5</sup> Aquí se podría objetar que al legislador como entidad colectiva no se le pueden atribuir estados intencionales como creencias, deseos, intenciones, ni, por tanto, estados epistémicos. Sobre este punto remito a Canale (2022). Al mismo tiempo, no es razonable suponer que los procesos deliberativos y sus resultados sean independientes de las creencias y de las intenciones de los individuos que participan en ellos. Véase Raz (2009, p. 274). Escapa de los propósitos de este trabajo discutir este tema. Baste señalar aquí, que el conocimiento al que se refiere el trabajo es de tipo semántico: concierne al contenido de las expresiones lingüísticas que componen las disposiciones jurídicas y puede imputarse a los miembros de los órganos de producción normativa y no al legislador en cuanto entidad colectiva.

8243”) proporcionados por los expertos al interior del texto normativo, tratándolos como nombres propios o designadores rígidos.<sup>6</sup>

Llamaré a este fenómeno “opacidad de las disposiciones jurídicas”. 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. 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.<sup>7</sup> En nuestro caso, el artículo 4, inciso 1, se promulgó a ciegas, sin determinar el contenido de los estándares técnicos incorporados en la disposición, sin verificar si constituyen o no un medio idóneo para alcanzar la finalidad de la Directiva, o, si entran en conflicto con otras normas del sistema europeo, comportando, por ejemplo, la infracción de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* -CDFUE- (Unión Europea, 2000).

Estos aspectos problemáticos llamaron la atención del público en el año 2018, cuando algunas asociaciones de consumidores holandeses presentaron una solicitud a la *Food and Product Safety Authority* (NVWA) para garantizar que los cigarrillos ofrecidos en el mercado respetaran los niveles

<sup>6</sup> Según Kripke, un designador rígido es un término que se refiere a un individuo con independencia de las descripciones que le asociemos: es la referencia del término la que fija el contenido del término, incluso si ese contenido no es conocido por quien usa el término en cuestión (Kripke, 1980, cap. 1).

<sup>7</sup> Para un análisis más detallado del fenómeno de la opacidad desde el punto de vista de la filosofía del lenguaje, remito a Canale (2021). La opacidad de un texto normativo deriva de la disociación entre la competencia referencial del hablante y su competencia inferencial en el uso del lenguaje (Canale, 2021, párr 4). Gracias a las indicaciones de los expertos, el legislador (y el juez) son capaces de fijar la referencia de un término o expresión técnica incorporada en un enunciado normativo, aunque no comprendan su sentido. Esto se debe a que los agentes institucionales no dominan el conjunto de inferencias que caracterizan el uso de ese término o expresión dentro del contexto lingüístico en el que se desenvuelven los expertos. Sobre la noción de competencia lingüística inferencial véase Marconi (1999).

de emisión previstos por el artículo 3, inciso 1, de la Directiva 2014/40/EU. Las asociaciones también solicitaron que los cigarrillos que superaban estos límites se retiraran del mercado. Estas solicitudes se justificaron en un estudio publicado por el *National Institute for Public Health and the Environment* (RIVM), según el cual los cigarrillos vendidos en Holanda superaban considerablemente los límites impuestos por la Directiva. El método de medición indicado por los estándares ISO utiliza una “máquina de humo”, un instrumento mecánico que registra los niveles de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono emitidos por un cigarrillo durante la combustión. Sin embargo, este instrumento no da cuenta del hecho de que cuando una persona de carne y hueso fuma un cigarrillo, sus dedos y labios cierran los pequeños agujeros ubicados en el filtro. Estos orificios tienen la función de permitir que el aire limpio pase a través del filtro y se mezcle con el humo, reduciendo así la cantidad de sustancias nocivas aspiradas. Según el estudio del RIVM, la máquina de humo regulada de acuerdo con los estándares ISO previstos por el artículo 4, inciso 1, registra una cantidad de emisiones hasta 20 veces menor a las que efectivamente se producen, precisamente porque no reproduce de forma fiel el modo en que el cigarrillo se fuma.

Sin embargo, la NVWA rechazó la solicitud. Por lo tanto, las asociaciones de los consumidores recurrieron al Tribunal de Distrito de Rotterdam, el cual solicitó un juicio preliminar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para que se pronunciara sobre la validez y la interpretación de los artículos 3 y 4 de la Directiva 2014/40/EU. En particular, los jueces holandeses observaron que con base en el artículo 4, inciso 1, las emisiones de los cigarrillos deben someterse a pruebas sobre la base de los estándares ISO, los cuales, como ya dije, no son de libre acceso para el público. Este método de regulación, en primer lugar ¿Se adecua a los requisitos de publicidad de los actos legislativos de la Unión Europea? En segundo lugar, y a partir del estudio del RIVM, el tribunal se preguntó si los estándares ISO incorporados al texto perjudican seriamente el fin perseguido por la Directiva, expresado en el artículo 1 y en el Preámbulo. A saber: la protección de la salud de los consumidores con especial atención, la protección de los menores. De ser así, los estándares ISO incorporados en el artículo 4, inciso 1, estarían en conflicto con el artículo 114, inciso 3,

del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE), así como con el artículo 24, inciso 2 y el artículo 35 de la CDFUE.<sup>8</sup>

La *Gran Sala* del TJUE respondió a estas y otras preguntas planteadas por el Tribunal de Distrito de Rotterdam en la sentencia *Stichting Rookpreventie Jeugd vs. Staatssecretaris van Volksgezondheid* (C-160/20) del 22 de febrero de 2022. En resumen, en primer lugar, el TJUE afirmó que la incorporación al derecho de la Unión Europea de estándares redactados por organismos técnicos privados no afecta la validez de la regulación en la medida en que dichos estándares sean claros, precisos y predecibles en sus efectos. En segundo lugar, la Directiva 2014/40/EU no vulnera los principios de publicidad y certeza jurídica, ya que los estándares ISO pueden ser conocidos por los interesados mediante una solicitud dirigida a las autoridades nacionales competentes. Sin embargo, para los propósitos de este trabajo, el aspecto más relevante de la decisión se refiere a la validez y la interpretación del artículo 4, inciso 1, de la Directiva.

En relación a estos aspectos, el Tribunal observa que:

Según reiterada jurisprudencia, para interpretar una disposición del derecho de la Unión Europea, debe tenerse en cuenta no solo su tenor literal conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente, sino también su contexto y los objetivos que pretende alcanzar la normativa de la que forma parte (C-160/20, n.º 29)

<sup>8</sup> El artículo 114, inciso 3, TFUE reza lo siguiente: “La Comisión, en sus propuestas (...) referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos. En el marco de sus respectivas competencias, el Parlamento Europeo y el Consejo procurarán también alcanzar ese objetivo”. El artículo 24, inciso 2, prevé además que “En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial”. Por último, el artículo 35 CDFUE prevé que: “Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana”.

Las directivas interpretativas aplicadas por el TJUE son, entonces, la interpretación literal, la interpretación sistemática cotextual y la interpretación teleológica.<sup>9</sup> En cuanto a la letra del texto, el Tribunal afirma que:

Del tenor del artículo 4, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2014/40, en particular de la expresión “se medirán” que este precepto utiliza, se desprende que este remite de manera imperativa a las normas ISO 4387, 10315 y 8454 para medir, respectivamente, las emisiones de alquitrán, de nicotina y de monóxido de carbono y que no menciona ningún otro método de medición<sup>10</sup> (C-160/20, n.º 30).

La interpretación sistemática cotextual confirma, en opinión del Tribunal, el resultado de la interpretación literal.<sup>11</sup> Por último, respecto de la interpretación teleológica, el Tribunal observa que la Directiva persigue “un doble objetivo consistente en facilitar el buen funcionamiento del mercado interior del tabaco y de los productos relacionados, sobre la base de un nivel elevado de protección de la salud humana, especialmente por lo que respecta a los jóvenes” (TJUE, 2022, n.º 32). Según el Tribunal,

El hecho de recurrir únicamente a los métodos previstos por las normas ISO mencionadas en ese artículo 4, apartado 1, (...) responde a ese objetivo de buen funcionamiento del mercado interior en la medida en que garantiza que el acceso de los cigarrillos al mercado de la Unión y su fabricación en la Unión no se verán obstaculizados por la aplicación en los Estados miembros

<sup>9</sup> Respecto del contenido de estas directivas interpretativas, véase (Canale y Tuzet (2021, p. 113 y ss.; p.149 y ss.).

<sup>10</sup> En definitiva, aquí el tribunal no utiliza un argumento interpretativo de tipo literal, sino más bien un argumento a contrario: el tribunal extrae de la disposición una norma no expresa de contenido opuesto, la cual prohíbe a los legisladores nacionales adoptar métodos de medición de las emisiones nocivas distintas de los estándares ISO indicados en el texto.

<sup>11</sup> “Puesto que el considerando 11 de la referida Directiva recalca que es preciso medir las emisiones de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono de los cigarrillos haciendo referencia a dichas normas reconocidas a escala internacional, procede considerar que el contexto en el que se inscribe el artículo 4, apartado 1, de la citada Directiva viene a confirmar que esta disposición prescribe, de modo imperativo, la aplicación exclusiva de las normas mencionadas” (TJUE, 2022, n.º 31).

de diferentes métodos de medición de los niveles de las referidas sustancias (TJUE, 2022, n.º 32).

Además, con relación al segundo objetivo de la Directiva, los jueces afirman que:

el órgano jurisdiccional remitente no expone cuáles son los principios básicos de la Directiva 2014/40 a la luz de los cuales debería analizarse la validez del artículo 4, apartado 1, de aquella (...). De una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la validez de un acto de la Unión debe apreciarse en relación con los elementos de que disponía el legislador de la Unión al adoptar la normativa en cuestión. (...) Dado que los estudios y demás documentos a que se ha hecho mención en el apartado 21 de la presente sentencia son posteriores al 3 de abril de 2014, fecha en la que se aprobó la Directiva 2014/40, no cabe tenerlos en cuenta para apreciar la validez del artículo 4, apartado 1, de dicha Directiva<sup>12</sup> (TJUE, 2022, n.º 55, 67 y 68).

Partiendo de estas consideraciones, los jueces concluyen que los estándares de medición ISO previstos por el artículo 4, inciso 1, son vinculantes y exclusivos, que su contenido es claro, preciso y predecible y que no hay antinomia alguna detectable por el tribunal, entre el artículo 4, inciso 1 y otras normas de la Unión Europea.

<sup>12</sup> El razonamiento del TJUE resulta sorprendente. En primer lugar, contrariamente a lo que afirma el TJUE, el tribunal remitente había indicado las disposiciones jerárquicamente supraordenadas sobre cuya base debía apreciarse la validez de la Directiva (artículos 114 TFUE, 24 y 35 CDFUE). En segundo lugar, el criterio según el cual “la validez de un acto de la Unión debe apreciarse en relación con los elementos de que disponía el legislador de la Unión al adoptar la normativa en cuestión” está en conflicto con el fin perseguido por la Directiva. En efecto, el legislador había precisado que el nivel de protección contra los peligros del tabaquismo debe determinarse “teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos” (art. 1, Directiva 2014/40/EU). Por lo tanto, si las investigaciones realizadas por RIVM demuestran científicamente que los estándares de medición ISO son inadecuados, este descubrimiento debe ser considerado a los efectos de los juicios de no contradictoriedad, proporcionalidad y validez de las disposiciones.

En este punto, cabría preguntarse: ¿es convincente la argumentación del Tribunal? Hay numerosas razones para creer que no lo es. En definitiva, el artículo 4, inciso 1, de la Directiva 2014/40 es una disposición que reenvía a otras disposiciones, a saber, los estándares ISO 4387, ISO 10315, ISO 8454 e ISO 8243. Los jueces, sin embargo, no se preocuparon de establecer el contenido de estos estándares ni de determinar si constituyen un medio adecuado para alcanzar la finalidad perseguida por la regulación. Además, el Tribunal se abstuvo de valorar la validez del artículo 4, inciso 1, a la luz de los principios establecidos por el artículo 114 del Tratado y por los artículos 24 y 35 de la Carta, como también de verificar si subsisten o no antinomias con otras normas contenidas en la Directiva. Los jueces más bien, priorizaron la interpretación literal del texto.<sup>13</sup> Pero la interpretación literal de una disposición de reenvío requiere que el juez determine el contenido de las disposiciones a las que remite, para luego relacionarlas con el texto de origen; operaciones que el Tribunal no realizó. Los jueces se ocuparon, más bien, de las disposiciones a las que el artículo 4, inciso 1, reenvía como nombres propios o designadores rígidos (“ISO 4387”, “ISO 10315”, “ISO 8454”, “ISO 8243”), opacando el contenido de dicho artículo. Pero cuando una disposición se vuelve opaca, la interpretación literal se traduce en un acto de deferencia con respecto a su contenido hacia los expertos que han redactado el texto y cuyas prescripciones técnicas se sustentan del conocimiento y evaluación de los jueces. En efecto, no se puede sostener que una disposición ha sido interpretada por el juez conforme a la letra del texto si este no conoce y comprende el contenido de la disposición o el de las disposiciones a las que reenvía.<sup>14</sup> La interpretación literal de una disposición opaca se traduce, más bien, en la renuncia por parte del juez a realizar cualquier actividad interpretativa, delegando a los expertos la determinación del contenido de los textos normativos.<sup>15</sup> Cuando esto

<sup>13</sup> Por interpretación literal entiendo aquí, tal como lo entiende el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la interpretación conforme a las reglas de un idioma, reglas que, en caso de opacidad, el intérprete desconoce.

<sup>14</sup> Sobre este punto véase Brandom (1994, p. 214).

<sup>15</sup> Visto más de cerca, la llamada “interpretación decisoria” que llevan a cabo los jueces, se compone de dos actos de decisión conceptualmente distintos: 1) decisión del contenido (significado) de la disposición; 2) decisión de que el contenido de la disposición es la norma

sucede, la deferencia epistémica hacia los expertos se convierte en una forma de deferencia semántica.<sup>16</sup> Es decir, son los expertos los que determinan el contenido lingüístico de las disposiciones normativas, un contenido que resulta desconocido para quienes están llamados a aplicarlo. De esto se sigue que el juez decide a ciegas, con el riesgo de comprometer la protección de los derechos e intereses involucrados.

### 3. Opacidad de las disposiciones y legitimidad

El ejemplo que se acaba de considerar muestra claramente como la opacidad es un fenómeno que afecta la comunicación lingüística entre los operadores jurídicos institucionales y los expertos. En el caso de la “máquina de humo” el derecho se vuelve opaco porque los legisladores incorporaron en las disposiciones términos o expresiones técnicas cuyo contenido escapa a su conocimiento y comprensión, sin cuestionar los efectos que tal incorporación puede provocar. En situaciones como esta, el contenido del derecho es determinado por organismos técnicos científicos que operan fuera del circuito democrático constitucional. La autoridad epistémica reconocida a los expertos, a la cual el derecho no puede renunciar, se convierte en un poder indirecto de producción normativa, sustraído de los mecanismos institucionales de control propios de un estado de derecho.<sup>17</sup>

Lo observado hasta el momento, trae a colación el amplio debate en torno a la llamada *regulatory science*. Como se mencionó al inicio de este trabajo, en muchos sectores del ordenamiento jurídico, los conocimientos

que regula el caso. Cuando una disposición no es opaca, el juez lleva a cabo ambos actos de decisión, hasta el punto de que la distinción que se acaba de proponer resulta pleonástica. En cambio, cuando una disposición se vuelve opaca, el contenido de la disposición es decidido por los expertos, mientras que el juez decide que ese contenido es la norma que regula el caso. En efecto, desde el punto de vista lingüístico, el juez no puede decidir un contenido que no conoce y comprende mientras que sí puede decidir que ese contenido (utilizado como un designador rígido) desempeña el rol de norma y darle, además, gracias a los expertos, aplicación.

<sup>16</sup> Sobre la distinción entre deferencia epistémica y deferencia semántica y sobre la indebida confusión entre ellas en la práctica jurídica véase Ubertone (2022).

<sup>17</sup> Véase Takema (2021).

desarrollados en los ámbitos técnico y científico orientan los procesos de *policy making* gracias a la contribución de agencias, autoridades independientes, comités técnicos y organizaciones privadas.<sup>18</sup> Estos organismos proporcionan a los *decision maker* institucionales, razones para cambiar sus creencias con respecto a las características de las conductas a regular y las consecuencias esperadas por dicha regulación. Estas razones epistémicas, que toman la forma de opiniones, recomendaciones, estudios, etcétera, a menudo adquieren, sin embargo, relevancia práctica y se transforman en razones para actuar de tipo instrumental. Más precisamente, desempeñan el rol de premisas en el razonamiento práctico de los *decision maker*, indicando los medios necesarios para alcanzar sus fines. Sin embargo, cuando el derecho se vuelve opaco, no solo las razones epistémicas de los expertos se convierten en razones para actuar, sino que también, dichas razones se susstraen del conocimiento y comprensión de los operadores jurídicos institucionales que las utilizan para orientar y justificar sus decisiones. Esto se debe a que, en caso de opacidad, los *decision maker* no tienen la competencia de tipo inferencial para comprender el contenido de las expresiones lingüísticas que fijan la referencia de las disposiciones y de las normas que producen.

Cuando esto ocurre y desde el punto de vista jurídico, ¿Puede considerarse legítima la autoridad *de facto* ejercida por los expertos? No es fácil responder a esta pregunta. Sobre todo, porque el término “legitimidad” es ambiguo en el debate filosófico jurídico. Esto se debe a que este término es usado comúnmente en diferentes disciplinas —desde la sociología a la teoría general del derecho, desde la antropología a la filosofía política— y cada una de ellas le atribuye contenidos en parte diferentes.<sup>19</sup> Sin entrar en el intrincado debate en torno a este tema, intentaré distinguir, de forma breve, tres concepciones diferentes de legitimidad jurídica y las respuestas que cada una de ellas entrega al problema que está siendo considerado.

(1) *Legitimidad en sentido formal*. Sobre la base de una concepción formal de legitimidad, un sujeto ejercita legítimamente un poder público en la medida en que está autorizado por una norma que le atribuye dicho poder. Desde el punto de vista político, esta forma de entender la legiti-

---

<sup>18</sup> Sobre este fenómeno véase Jasanoff (1990), Ambrus (2014) y Arcuri y Coman-Kund (2021).

<sup>19</sup> Destacaron este aspecto, entre otros, Bobbio (2012, p. 66) y Lanchester (1998, p. 550).

midad tiene sus raíces en el principio del consentimiento: las directivas de una autoridad pública son legítimas solo si los ciudadanos han expresado su consentimiento al ejercicio de dicha autoridad.<sup>20</sup> Las normas que atribuyen poderes garantizan la transmisión del consentimiento, de manera tal que la voluntad de la autoridad se identifique, gracias al mecanismo de la representación política, con la voluntad de los individuos sometidos a ella.<sup>21</sup> Desde el punto de vista jurídico, una disposición es legítima si es formalmente válida, es decir, si ha sido producida conforme a las normas que regulan su producción (Guastini, 1992, p. 179). Por lo tanto, en el caso de que los expertos no estén autorizados a formular disposiciones normativas, pero ejerzan *de facto* un poder de producción normativa, el ejercicio de ese poder es ilegítimo.<sup>22</sup> Esta respuesta es demasiado precipitada. Reconsideremos el caso de la “máquina de humo”. Desde un punto de vista formal, el artículo 4, inciso 1, de la Directiva 2014/40/EU fue promulgado de acuerdo con los procedimientos previstos por el Parlamento y la Comisión Europea. Es decir, por los órganos autorizados a ejercer el poder de producción normativa en el ordenamiento de la Unión Europea. La contribución de los expertos en la redacción de las disposiciones tiene un carácter no vinculante, informal e indirecto que puede ser relevante desde el punto de vista sociológico y político, pero no desde el punto de vista jurídico. Esto ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual ha considerado válidas las disposiciones normativas que incluyen estándares técnicos, incluso si dichos estándares son establecidos por organismos privados. Si la incorporación de tales estándares es efec-

<sup>20</sup> Véase Simmons (2001) y Dyzenhaus (2010)

<sup>21</sup> Véase Duso (1993, p. 13).

<sup>22</sup> En el caso de las disposiciones opacas, los expertos ejercen una autoridad de producción normativa indirecta o *de facto* porque establecen el contenido de las disposiciones, es decir, las normas que estas expresan, aunque dichas normas no sean conocidas o comprendidas por los miembros del órgano que las promulga. Sobre este punto véase la nota al pie de página número 16. Vale la pena observar que cuando la autoridad de los expertos se ejerce en el marco de actividades administrativas (por ejemplo, en una agencia pública) deja de ser *de facto* y se torna *de jure*, activando una serie de normas relativas al procedimiento administrativo que se vinculan a los perfiles de legitimidad y que, en muchos ordenamientos, son de competencia del juez administrativo y no del juez ordinario. Agradezco a un evaluador anónimo haber llamado mi atención sobre este punto.

tuada por un sujeto autorizado a producir normas, se garantiza su validez y legitimidad jurídica con independencia de cualquier otra consideración. Sin embargo, cabe aún preguntarse lo siguiente: si los miembros del órgano al cual una norma atribuye el poder de producir normas no comprenden el texto que producen ni tienen la competencia para hacerlo, ¿Se puede considerar a este órgano el autor del texto en cuestión? Asimismo, si se delega en un órgano técnico el ejercicio de un poder de producción normativa, ¿Es legítimo el ejercicio de ese poder si el contenido del acto no es comprensible por el delegante ni por los órganos de control? Ahora bien, se podría sostener que según la concepción que se está analizando, el ejercicio legítimo de un poder de producción normativa prescinde *in toto* de los contenidos de las directivas elaboradas, ya sea que este poder se ejerza directa o indirectamente (o delegada). Sin embargo, es irrazonable imputar un acto de producción normativa a un sujeto que no conoce ni comprende el contenido de dicho acto, así como es irrazonable cualquier delegación de poder cuando el ejercicio de dicho poder no es susceptible de limitación y control. En el primer caso, la directiva de conducta no puede ser descrita como la expresión de la voluntad de la autoridad que la produjo, ni, como un medio para perseguir el fin político de esta última. En estas circunstancias, el contenido de las directivas, cualquiera que sea, no es susceptible de una justificación atribuible a la autoridad legítima. En el segundo caso, el acto de delegación se transforma en una “delegación en blanco” cuyos límites no pueden ser determinados por quien ejerce de forma originaria el poder de producción normativa. Pero si la autoridad delegante no está en condiciones de fijar los límites del ejercicio del poder delegado, ni este ejercicio puede ser controlado por otra autoridad legítima, de ello se sigue que el acto de delegación entra en conflicto con el principio de legalidad.<sup>23</sup>

(2) *Legitimidad en sentido sustancial*. Según una concepción sustancial, la legitimidad de una disposición depende de su contenido, es decir,

<sup>23</sup> Según el principio de legalidad, el legislador tiene la obligación de regular “plenamente” los poderes conferidos a otros órganos (típicamente, los poderes de gobierno y de la administración pública): corresponde al legislador predeterminedar el contenido de dichos poderes, o por lo menos, fijar los límites de su ejercicio. Sobre este punto véase Guastini (1994, pp. 88-89). Sin embargo, si las disposiciones de la autoridad delegada son opacas, la regulación de los poderes conferidos por el legislador, aunque esté presente, resulta ineficaz.

de la norma que expresa la disposición. Tradicionalmente, la legitimidad sustancial ha sido concebida de dos maneras. Según una primera acepción, una disposición es legítima si su contenido no está en conflicto con el contenido de las disposiciones jerárquicamente supraordenadas (*legitimidad sustancial en sentido estricto*). En esta acepción una disposición es legítima no solo si es válida en sentido formal, sino también si lo es en sentido sustancial, es decir, si se ajusta a las normas supraordenadas.<sup>24</sup> No obstante, en el caso de disposiciones opacas, quien ejerce la autoridad legítima no puede determinar si tal conformidad existe o no, ya que los contenidos de las disposiciones le son epistémicamente inaccesibles. Por tanto, la opacidad de las disposiciones no permite un control de legitimidad y de hecho, impide su ejercicio. De esto se sigue que una disposición opaca no es en sí ilegítima; lo es cuando su contenido entra en conflicto con el de las normas superiores. Sin embargo, la opacidad es un problema porque inhibe la determinación de la ilegitimidad sustancial en sentido estricto, puesto que los contenidos de una disposición establecidos por los expertos se vuelven opacos, escapan al conocimiento y comprensión de los agentes institucionales.<sup>25</sup>

En cambio, según una concepción de la legitimidad sustancial en *sentido amplio*, lo que determina la legitimidad de una disposición son las razones de tipo moral, político y social que justifican su contenido. En el debate actual, la versión más conocida de este enfoque fue esbozada por Joseph Raz. Según Raz, un acto legislativo y sus resultados son legítimos si satisfacen los intereses de sus destinatarios como personas autónomas.<sup>26</sup> Esto se verifica bajo dos condiciones: (1) las razones que justifican las deci-

<sup>24</sup> Guastini llama a este tipo de legitimidad “validez en sentido pleno”. Véase Guastini (1992, p. 179).

<sup>25</sup> En abstracto, la opacidad podría justificar la nulidad de las disposiciones por imposibilidad por parte del juez de determinar cuáles conductas entran en su campo de aplicación. Esta tesis tiene fuertes analogías con la doctrina de la *unconstitutional vagueness* elaborada por la dogmática constitucional estadounidense: una disposición o una norma opaca son de hecho *unenforceable* por parte del juez y en cualquier caso, muy difíciles de comprender por el ciudadano. Por tanto, podrían ser declarados “void for opacity”. Sobre este punto véase (Kolender v. Lawson, 1983); (*Federal Communications Commission v. Fox Television Stations*, 2012).

<sup>26</sup> Véase Raz (1994, p. 357 y ss; 1986, p. 46 y ss.).

siones de la autoridad reflejan las razones subyacentes de los destinatarios, es decir, sus intereses (*dependence thesis*); (2) es más probable que los destinatarios vean satisfechos sus intereses siguiendo las directivas de la autoridad que actuando de manera diferente (*normal justification thesis*). Si adoptamos esta perspectiva, se podría considerar que una disposición opaca no puede satisfacer estos requisitos. En caso de opacidad, el órgano que ejerce un poder de producción normativa no está en condiciones de comprender el contenido de sus directivas, un contenido que de hecho fijan los expertos. Entonces, dicho órgano no sabe si las razones que justifican la disposición reflejan los intereses subyacentes de sus destinatarios, ni puede saber si es más probable que tales intereses se satisfagan cuando se sigan y apliquen los contenidos de la disposición.

El “déficit cognitivo” de quien ejerce un poder de producción normativa tornaría ilegítimas sus medidas. Una vez más, sin embargo, esta es una conclusión apresurada. Hemos visto cómo los expertos ejercen, ante todo, una autoridad epistémica: dan razones para creer y no razones para actuar. Su autoridad adquiere un carácter práctico cuando estas razones sirven como premisas en los razonamientos prácticos que orientan y justifican las decisiones de acción de quien ejerce una autoridad jurídica. Por ende, puede suceder que las razones que justifican una disposición opaca reflejen los intereses subyacentes de sus destinatarios, incluso si el legislador o el juez no lo saben. Más aún: podría suceder que gracias a una disposición opaca los destinatarios alcancen sus intereses mejor que si actuaran sobre la base de razones diferentes. Dicho de otro modo, el déficit cognitivo del legislador no afecta necesariamente la legitimidad sustancial en sentido amplio de sus actos. En muchas ocasiones parece ser más bien lo contrario. De hecho, el recurso a las opiniones de los expertos se justifica por sus competencias epistémicas, de las cuales carecen los agentes institucionales y que son independientes de consideraciones políticas, jurídicas y morales. Si se observa desde este ángulo, la opacidad de las disposiciones puede considerarse como el resultado de una actitud razonable de deferencia por parte del legislador hacia los expertos o incluso, como una garantía contra la injerencia del poder legislativo en cuestiones de tipo cognoscitivo. Esto se debe a que la opacidad de las disposiciones impide que la autoridad

jurídica de quien ejerce poderes de producción normativa se transforme en autoridad epistémica, determinando, sobre una base política o moral, lo que estamos justificados a creer o incluso, el valor de verdad de enunciados fácticos. Bajo este ángulo, la contribución de los expertos a los procesos de producción normativa aumenta el grado de legitimidad sustancial en sentido amplio de las disposiciones y no al contrario.<sup>27</sup> Esto es, además, coherente con la consideración de sentido común según la cual, frente a cuestiones complejas desde el punto de vista técnico científico, es preferible confiar en la competencia de los expertos antes que en las decisiones de la mayoría política de turno.

Sin embargo, como ya hemos observado en el caso de la “máquina de humo”, cuando una disposición se vuelve opaca, las razones epistémicas que justifican su adopción adquieren un carácter “excluyente”.<sup>28</sup> Las creencias y las razones de los expertos llamados a participar en el proceso de producción normativa sustituyen a las de los agentes institucionales, así como a las creencias y razones de otros posibles expertos, evitando que se tengan en cuenta eventuales razones epistémicas concurrentes. Pero la promulgación de una disposición opaca no constituye, de por sí, una garantía respecto de la autoridad epistémica de los expertos que la han formulado. Los expertos que colaboran en el proceso de producción normativa pueden no ser imparciales, su opinión puede ser poco fiable y los modelos cognoscitivos en los que se basa dicha opinión pueden ser poco fiables

<sup>27</sup> En la perspectiva de Thomas Christiano, esta “división del trabajo” en los procesos de producción normativa es coherente con un desarrollo virtuoso de los regímenes democráticos contemporáneos. Los ciudadanos, a través de sus representantes, son los encargados de identificar los fines no instrumentales de las políticas públicas, mientras que los expertos son los encargados de identificar los medios adecuados para alcanzar dichos fines. Véase Christiano (2012, p. 33). Para una crítica de este modelo y de la rígida distinción entre medios y fines en la que se basa véase Lafont (2020, p. 177 y ss.). Un punto de vista diametralmente opuesto al de Christiano es el que defiende el movimiento *CrawlLaw*, que promueve una legislación participativa “desde abajo”, posibilitada por las tecnologías digitales para mejorar la calidad de la legislación sin recurrir a la ayuda de expertos. Véase Alsina y Martí (2018).

<sup>28</sup> Según Linda Zagzebski (2012), todas las razones epistémicas tienen un carácter “excluyente” (*preemptory*): si una autoridad epistémica cree que *p*, es racional creer *p* independientemente de cualquier razón relevante que hayamos tenido previamente con respecto a *p*. Para una discusión crítica de esta tesis véase Jäger (2016).

o controvertidos. En consecuencia, que la legitimidad sustancial de una disposición se conciba en un sentido amplio, depende, en última instancia, de la imparcialidad, la exactitud, la fiabilidad de la opinión de los expertos y, por tanto, de la manera en que los agentes institucionales adquieren las razones epistémicas necesarias para tomar decisiones legislativas y de política pública. Este problema trae a colación una tercera concepción de la legitimidad, de la que ha llegado el momento de ocuparnos brevemente.

(3) *Autoridad legítima en sentido procedimental*. Según esta concepción, son los procedimientos que regulan la creación de las disposiciones los que determinan su legitimidad o ilegitimidad. Si se observa desde este ángulo, la legitimidad no depende de *quien* promulgue la disposición ni de lo *que* ella prescriba, como sucede, respectivamente, en las concepciones formales y sustanciales. La legitimidad depende más bien de *cómo* se crea la disposición, con independencia de cualquier otra consideración.<sup>29</sup> En los sistemas jurídicos democráticos constitucionales contemporáneos, los requisitos procedimentales de la legitimidad son, por un lado, la igual consideración de las opiniones y los intereses de todos los ciudadanos y por el otro, la tutela de los derechos humanos fundamentales, en particular, contra los abusos que pueden derivarse de la aplicación del principio de mayoría.<sup>30</sup> Ahora bien, es fácil observar como el contenido de las disposiciones opacas no se presta para ser descrito ni como la agregación de las preferencias individuales de los representantes<sup>31</sup> ni como el resultado de una deliberación pública.<sup>32</sup> Ello es así porque el contenido de estas disposiciones no es

<sup>29</sup> Según Rawls, por ejemplo, la legitimidad de un acto normativo no depende de criterios independientes del procedimiento que conduce a su promulgación. Véase Rawls (1999, p. 75), Freeman (2000) y Estlund (2009, p. 69). De ser así, el procedimiento relevante tiene “carácter constitutivo” de la legitimidad de lo que constituye su resultado. Véase Celano (2002, p. 110).

<sup>30</sup> Véase Habermas (1996, cap. 7).

<sup>31</sup> Véase Waldron (1999, pp. 84-85). La idea según la cual una disposición es legítima si es el resultado de la agregación de las preferencias de los representantes, presupone una concepción liberal del Estado como guardián de los derechos individuales en una sociedad basada en la negociación privada, véase Held (1987).

<sup>32</sup> Véase Christiano (2004, p. 142 y ss.). Una concepción deliberativa de la democracia concibe la legitimidad de las disposiciones legislativas en términos “republicanos”: la ley es el instrumento mediante el cual se manifiesta la unidad política de la sociedad.

epistémicamente accesible por los miembros del órgano legislativo. Una disposición opaca es más bien el resultado de un acto realizado por un órgano técnico al cual el legislador ha delegado un poder de producción normativa. Además, en caso de opacidad, el ejercicio de tal poder se sustrae a cualquier forma de control institucional. Como hemos visto, en el caso de la “máquina de humo” las disposiciones opacas son tratadas como designadores rígidos cuya referencia es fijada por los expertos y cuyo contenido está fuera del conocimiento y la comprensión de los agentes institucionales. Esto exime a legisladores y jueces evaluar si el contenido de una disposición opaca viola o no los derechos fundamentales de los ciudadanos o entra en conflicto con otras normas del ordenamiento jurídico.

A esto, se podría replicar que la contribución de los expertos en la redacción de las disposiciones se limita a aumentar “la sensibilidad a la verdad” de los procesos de producción normativa. Es decir, los expertos aportan conocimientos, definen estándares y elaboran reglas técnicas que aumentan la calidad epistémica de los textos normativos, entendidos como medios para alcanzar fines políticos que el mismo legislador establece. Sin embargo, si este es el caso, la legitimidad jurídica de una disposición opaca depende de la “legitimidad epistémica” de la contribución de los expertos.<sup>33</sup> Los conocimientos especializados que guían la elaboración de las disposiciones, así como los estándares y las reglas técnicas incorporadas en el ordenamiento, deben satisfacer requisitos procedimentales de tipo subjetivo y objetivo. Los primeros se refieren a la imparcialidad y la independencia de los expertos que participan en el proceso legislativo; los segundos se refieren a las reglas epistémicas que presiden al desarrollo del conocimiento. La construcción de cualquier conocimiento experto está gobernada por estándares de conducta específicas que identifican lo que es más racional creer dada la información que disponemos. Como es sabido, tales estándares incluyen, además de algunas reglas lógicas bási-

---

<sup>33</sup> Esta posición es coherente con las concepciones epistémicas de la democracia, según las cuales el gobierno democrático de la sociedad solo puede justificarse sobre la base de razones epistémicas. Véase Cohen (1986), Estlund (2009) y Misak (2000). No es posible discutir en este artículo la relación entre el conocimiento experto y las concepciones de la democracia. Sin embargo, para una mirada crítica a estos puntos de vistas véase Peter (2016).

cas, las reglas procedimentales que distinguen al método científico.<sup>34</sup> Es sabido que tales reglas se caracterizan por un alto grado de indeterminación. Como ha observado Susan Haack, “no hay un solo modo racional de inferir o un único método de investigación usado por todos los científicos y solo por los científicos” (Haack, 2006, p. 312). Los estándares epistémicos son principios generales que pueden ser precisados de diferentes maneras dependiendo de los campos de investigación considerados y las preguntas que el investigador intenta responder. Por ende, no sorprende que en la literatura, en ocasiones, tales principios se describan como valores o fines que el científico debe alcanzar.<sup>35</sup> Recordando la caracterización proporcionada por Robert Merton (1973) se trata del carácter público, universal y desinteresado de la investigación y sobre todo de la actitud de “escepticismo organizado” que debe caracterizar a la comunidad científica. La cual puede considerarse tal en la medida en que somete a un examen crítico intersubjetivo las hipótesis cognoscitivas de sus miembros.<sup>36</sup> Por esta razón, una disposición opaca solo puede considerarse legítima si los conocimientos científicos, los estándares y las reglas técnicas que justifican su contenido satisfacen dichos requisitos. Desde el punto de vista normativo, esto exige la adopción de procedimientos específicos para la redacción de disposiciones opacas, capaces de garantizar su calidad epistémica.<sup>37</sup> Sin embargo,

<sup>34</sup> Véase Hempel (1966, cap. 2 y 3).

<sup>35</sup> Célebre en este sentido es la posición de Thomas Kuhn, según el cual los estándares epistémicos “son valores a proteger cuando se toman decisiones, no reglas para elegir” (Kuhn, 1970, p. 261). Sobre la concepción teleológica de los estándares epistémicos véase Pritchard (2007), Grimm (2009) y Haddock (2010). Cabe señalar que las concepciones teleológicas de la normatividad epistémica no son irreconciliables con las posiciones que acogen la noción de verdad como correspondencia. Los estándares epistémicos pueden ser concebidos como reglas y procedimientos orientados a perseguir el fin o el valor de la verdad. Véase Engel (2011, p. 52).

<sup>36</sup> El principio del “escepticismo organizado” se articula en una serie de directivas dirigidas a los investigadores y al experto, relativas a la precisión, relevancia, simplicidad, publicidad, comparabilidad y la amplitud explicativa de la investigación o de sus resultados. En esta perspectiva, los estándares epistémicos asumen la forma de una ática de la investigación científica: Véase Doppelt (2014).

<sup>37</sup> En el ordenamiento jurídico italiano, un ejemplo de regla procedimental de este tipo es el denominado *Analisi di impatto della regolamentazione* (AIR), introducida por el artículo 14 de la Ley 246/2005 del Parlamento Italiano y por el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros 169/2017. Estas disposiciones imponen a la administración pública

esta exigencia puede generar una paradoja. Aun suponiendo que la legitimidad de una disposición opaca depende de la calidad epistémica de sus contenidos, corresponde en todo caso a una autoridad jurídica y no a una autoridad epistémica, comprobar si la disposición es legítima sobre la base de los poderes atribuidos por el ordenamiento a tal autoridad. De ello se sigue que, si el órgano que ejerce la autoridad jurídica no posee, como es plausible suponer, la competencia epistémica para efectuar dicho control de manera fiable, el problema de la opacidad está destinado a reaparecer.<sup>38</sup>

#### 4. Opacidad de las normas e interpretación judicial

Hemos observado cómo la opacidad cuando afecta a las disposiciones jurídicas pone en duda su legitimidad. Si bien las disposiciones opacas suelen considerarse legítimas desde el punto de vista formal, su adopción por parte de los órganos de producción normativa plantea cuestiones importantes en cuanto a su conformidad con las normas jerárquicamente supraordenadas. Así como sobre la posibilidad de controlar las razones epistémicas que justifican su adopción. Una concepción procedimental de la legitimidad parece proporcionar una solución a los problemas recién mencionados. Sin embargo, exige adoptar procedimientos idóneos para asegurar la adecuación de la contribución de los expertos a los estándares epistémicos que caracterizan su ámbito de competencia.

En cambio, el fenómeno de la opacidad dentro del proceso judicial, plantea problemas en parte diferentes. En este contexto, la opacidad afecta típicamente a las normas, es decir, al contenido que el juez adscribe a las

la adopción de procedimientos específicos en el curso de la instrucción, para evaluar el impacto esperado de las opciones de intervención consideradas. En el curso de la AIR, la administración debe explicitar los motivos de la intervención normativa, los objetivos que pretende perseguir y luego evaluar desde el punto de vista técnico las opciones de intervención disponibles, involucrando a los expertos del sector. Para cada medida, la AIR se hace accesible al público. En el ordenamiento de la Unión Europea, se ha adoptado un régimen procedimental de este tipo en relación con el registro y autorización del uso de sustancias químicas: se trata del Reglamento REACH n.º 1907/2006 (Unión Europea, 2006).

<sup>38</sup> Véase Celano (2002, p. 116).

disposiciones utilizadas para regular el caso. Para analizar el modo en que se configura la opacidad dentro del proceso judicial, me valdré de un ejemplo del derecho estadounidense

Donald Stalcup trabajó como minero en *Peabody Coal Company* durante un periodo aproximado de 30 años. En el año 1997 le diagnosticaron una grave forma de neumoconiosis, una enfermedad pulmonar crónica causada por la exposición al polvo de carbón. Donald Stalcup presentó una demanda de indemnización sobre la base del artículo 921, inciso a, del *Black Lung Benefits Act*, el cual indica:

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. (Congreso de los Estados Unidos, 1973)

El juez inicialmente reconoció el derecho de Stalcup a la indemnización, pero el *Benefit Review Board* (BRB), corte de apelación competente para conocer las controversias en materia laboral, anuló con reenvío la decisión, ya que el juez había “valorado erróneamente las pruebas relevantes” (*Stalcup v. Peabody Coal Co.*, 2007, p. 484). El BRB ordenó al juez de primera instancia que considerara más detenidamente si Donald Stalcup había realmente contraído neumoconiosis, o si su discapacidad era atribuible a otras patologías. Por ello, el juez decidió recurrir a una comisión de expertos para evaluar la situación clínica del paciente. Tres de los cinco miembros de la comisión afirmaron que Donald Stalcup no padecía de neumoconiosis. Mientras que los miembros restantes formularon un diagnóstico opuesto sobre la base de una etiología diferente de los síntomas manifestados por el paciente. Este diagnóstico entraba en conflicto con el adoptado por los otros médicos y estaba igualmente fundado en la literatura científica. En virtud de la mayoría formada al interior del colegio de los expertos, el juez negó la indemnización a Stalcup, ya que este no había probado haber contraído neumoconiosis. Si consideramos el razonamiento realizado por el juez en *Stalcup*, ¿Cuál fue el aporte de los expertos en la solución del caso?

La noción de opacidad puede ser útil para responder a esta pregunta. 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*. “Neumoconiosis” es un término técnico que pertenece al léxico de la medicina patológica. Término que el legislador había utilizado para redactar la disposición, pero cuyo contenido especializado no fue investigado por el juez y le era ininteligible. Además, los expertos llamados a declarar en el juicio formularon opiniones contradictorias respecto a las condiciones de aplicación del término “neumoconiosis”, ya que la comunidad científica estaba dividida sobre la explicación científica de la aparición de esta enfermedad. Como el juez no era competente en la materia, su decisión se basó en el simple recuento de los votos de los expertos llamados a declarar. En otras palabras, el juez utilizó la opinión de la mayoría de los expertos para determinar el contenido lingüístico de la disposición, es decir, la norma por ella expresada, sin poder comprender las razones epistémicas que fundamentaron su decisión. Al hacerlo, el juez se abstuvo de interpretar el artículo 922, inciso a.1, del *Black Lung Benefits Act*, delegando de hecho a una comisión de expertos el ejercicio del poder judicial en su lugar. Además, los expertos determinaron el contenido de la norma que regulaba el caso no sobre la base de un conocimiento científico consolidado en la comunidad científica, sino más bien mediante un voto mayoritario. De esta forma, los criterios de selección de los expertos llamados a declarar y su representatividad con respecto a las diferentes explicaciones científicas de la enfermedad acreditadas en la literatura, se volvieron cruciales para la solución del caso. Los expertos no solo reemplazaron al juez en la

determinación del contenido del derecho “usurpando” su papel<sup>39</sup>, sino que su opinión se mantuvo controvertida desde el punto de vista epistémico.<sup>40</sup>

Ahora bien, se podría objetar aquí que el testimonio de los expertos en el juicio no tiene nada que ver con la determinación del contenido de las disposiciones utilizadas para decidir el caso. El problema recién planteado se refiere a la constatación de los hechos y, por tanto, al razonamiento probatorio. En *Stalcup*, simplemente se le pidió al juez que determinara, sobre la base de las pruebas disponibles, si Donald Stalcup (DS) había o no, contraído neumoconiosis, es decir, el valor de verdad de la afirmación “DS padece de neumoconiosis”. El testimonio de los expertos se utilizó solo para este propósito y ciertamente no para establecer el contenido del artículo 921, inciso a, del *Black Lung Benefits Act*. Sin embargo, con una mirada más cercana es fácil observar cómo los expertos desempeñaron implícitamente un papel mucho más penetrante. Su opinión se utilizó *tanto* para determinar el valor de verdad de un enunciado fáctico en el contexto probatorio, *como* para determinar el contenido de un término (“neumoconiosis”) del que dependían las condiciones de aplicación de la norma. Por lo tanto, los expertos llevaron a cabo un trabajo interpretativo estrechamente relacionado con la actividad probatoria y lógicamente anterior a ella.<sup>41</sup> Para aclarar este punto, es útil reconstruir el razonamiento del juez recurriendo al operador deferencial  $R_x(\sigma)$ , propuesto por François Recanati para así analizar el fenómeno de la deferencia semántica.<sup>42</sup> En aras de la simplicidad, asumamos que para resolver la controversia el juez usó la disposición “Si neumoconiosis, entonces indemnización”. El juez decide no atribuir un contenido a la disposición. Pide más bien a los expertos que determinen el valor de verdad del enunciado “DS padece de neumoconiosis”. La

<sup>39</sup> Véase Gascón Abellán (2018, p. 13).

<sup>40</sup> Sobre el problema del desacuerdo de los expertos en el proceso penal, me permito remitir a Canale (2020).

<sup>41</sup> Para un análisis más detallado de este punto véase Canale (2021, párr. 4).

<sup>42</sup> Véase Recanati (1997, pp. 91-92). Este operador hace explícita la referencia tácita  $R$  de un hablante al uso de la expresión lingüística  $\sigma$  por parte de un agente cognitivo  $x$ . El contenido de la expresión  $R_x(\sigma)$  se determina, por tanto, de forma “deferente”, mediante el contenido que otro agente cognitivo, al que implícitamente se refiere el hablante, ha atribuido o podría atribuir a  $\sigma$  en el contexto enunciativo.

respuesta entregada por los expertos es entonces utilizada por el juez para fijar de manera deferencial el contenido del predicado del que depende la calificación jurídica del hecho: cuando utiliza el término “neumoconiosis”, el juez se refiere en realidad al término “R<sub>expertos</sub> (neumoconiosis)”.<sup>43</sup> De ello se sigue que, en relación con la premisa fáctica de la decisión, el juez se limita a establecer si se prueba el enunciado “DS padece de R<sub>expertos</sub> (neumoconiosis)”; en cuanto a la premisa normativa, decide además que “Si neumoconiosis, entonces indemnización” expresa la norma “Si R<sub>expertos</sub> (neumoconiosis), entonces indemnización”. Esto demuestra que el contenido del enunciado probatorio y de la norma son fijados implícitamente por los expertos y escapan, paralelamente, a la comprensión y a la apreciación del juez.

Una segunda objeción al cuadro teórico recién esbozado podría ser la siguiente: en *Stalcap* el juez simplemente atribuyó al artículo 922, inciso a.1, del *Black Lung Benefits Act* su significado técnico literal. Si, por razones de simplicidad, asumimos que el significado literal de una expresión lingüística está determinado por las convenciones sintácticas y semánticas que gobiernan el uso de dicha expresión en un contexto dado, el juez se limitó a adoptar en sede interpretativa las convenciones lingüísticas en uso en el contexto de la medicina patológica. Es fácil notar, sin embargo, que el juez, desde el punto de vista cognitivo, no atribuyó significado alguno al texto utilizado para regular el caso. Se limitó a establecer la referencia del texto sobre la base de la declaración de los expertos, aunque las razones que justificaban su opinión no eran inteligibles para él. Entonces, la opacidad de las normas no debe confundirse con el significado literal o con la interpretación técnico literal. El contenido atribuido a un texto jurídico no puede considerarse equivalente a su significado literal si dicho contenido no es comprendido por el juez que resuelve el caso. La interpretación literal requiere no solo que el juez aplique un conjunto apropiado de convenciones lingüísticas, sino también que sea capaz de dominar su uso desde el punto de vista inferencial. Algo que la opacidad de las normas impide.

---

<sup>43</sup> Obsérvese que “R<sub>expertos</sub> neumoconiosis” es tratado como un designador rígido, que fija el contenido del término “neumoconiosis” en el contexto del razonamiento judicial.

Por último, cabe señalar que cualquier disposición que contenga términos técnico científicos es opaca del mismo modo en que lo son las normas que ella expresa. El recurso por parte del legislador a términos o expresiones especializadas derivadas de lenguajes sectoriales es lo que genera el fenómeno que estamos observando y no ciertamente la contribución de los expertos en el proceso judicial. Sin embargo, esta objeción no da en el blanco. 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. La idea de que cualquier texto normativo que contiene términos técnico científicos sea hasta cierto punto opaco implica que los contenidos lingüísticos son independientes tanto del uso que hacemos del lenguaje como también de la contribución cognitiva de los hablantes a los procesos comunicativos. Pero esto no es así: la opacidad es un fenómeno que depende de la interacción lingüística entre los *decision makers* jurídicos y los expertos. La asimetría epistémica entre estas figuras hace que las disposiciones y las normas sean opacas.<sup>44</sup> Si, por ejemplo, el juez pudiera dominar el lenguaje especializado utilizado en la disposición, la norma usada para decidir el caso no se volvería opaca.

Estas consideraciones permiten precisar por qué la opacidad de las normas es un problema en el contexto procesal. Cuando las normas se vuelven opacas, el razonamiento probatorio invade el campo del razonamiento interpretativo del juez ocupando, de hecho, su lugar.<sup>45</sup> Por un lado, en sede probatoria, los expertos fijan la referencia de los términos técnicos contenidos en los textos jurídicos mediante sus opiniones o declaraciones. Por el otro lado, el juez trata estos términos como nombres propios o designadores rígidos cuyo significado está determinado por la descripción de los hechos, eventos o estados de cosas a los que se refieren dichos términos; descripción cuya comprensión está reservada únicamente a los expertos. De esta manera, el juez es incapaz de cumplir una serie de operaciones intelectuales, de razonamientos y de elecciones prácticas que caracterizan

<sup>44</sup> Sobre la noción de asimetría epistémica véase Goldman (1999, p. 267 y ss.).

<sup>45</sup> Sobre la distinción entre razonamiento interpretativo y razonamiento probatorio véase Canale (2019, p. 455 y ss.).

su trabajo en la mayoría de los ordenamientos contemporáneos. Más precisamente, en caso de opacidad de las normas, el juez no puede:

1. Determinar si una misma disposición puede dar lugar a diferentes normas (la opacidad oculta la ambigüedad de las disposiciones);
2. Determinar si la norma se aplica a todas las subclases del caso regulado (la opacidad oculta la generalidad);
3. Determinar si la norma cuyo contenido es fijado por los expertos admite casos *borderline* (la opacidad oculta la vaguedad);
4. Interpretar una disposición sobre la base de directivas interpretativas distintas de la técnico literal;
5. Recurrir a conceptos o distinciones doctrinales para construir normas implícitas;
6. Extender analógicamente la aplicación de la norma a casos similares;
7. Identificar las antinomias entre la norma opaca y otras normas que pertenecen al ordenamiento jurídico;
8. Evitar el surgimiento de lagunas con respecto a casos contiguos;
9. Adecuar el contenido de las normas a los principios del ordenamiento jurídico;
10. Formular un juicio de proporcionalidad con respecto a la norma a aplicar.<sup>46</sup>

En síntesis, la opacidad de las normas constituye un problema ya que inhibe la actividad interpretativa y argumentativa del juez. Y el caso se decide incluso si éste no comprende el contenido de la norma que aplica, ni puede predecir las consecuencias de su propia decisión.

<sup>46</sup> Además, si dirigimos nuestra atención al problema del control judicial de las medidas administrativas, en caso de opacidad de las normas, el juez no puede determinar si: 1) la medida es ilegítima, ya que la autoridad que la adoptó malentendió la ley que implementó; 2) la medida es irrazonable y, por tanto, da lugar a un exceso de poder; 3) la medida es desproporcional con relación al objetivo que se pretende alcanzar; 4) la medida lesiona la legítima expectativa de su destinatario; 5) La medida vulnera el principio de igualdad de trato.

## 5. La interacción lingüística entre el juez y los expertos

Hemos visto cómo la opacidad de las normas presenta características y plantea problemas distintos de la opacidad de las disposiciones. Cuando la opacidad afecta a las disposiciones, lleva a cuestionar la legitimidad del rol paralegislativo atribuido a los expertos y requiere de procedimientos de control intersubjetivos de la autoridad epistémica que se les reconoce a estos últimos. En cambio, cuando la opacidad afecta a las normas, ella inhibe la actividad interpretativa y muchas otras operaciones intelectuales que el juez debe llevar a cabo en el proceso de toma de decisión para así garantizar la protección jurídica de los derechos e intereses involucrados. Más precisamente, la opacidad de las normas genera una mezcla impropia entre *quaestio iuris* y *quaestio facti* en el razonamiento del juez. La justificación de hecho y la justificación de derecho de la sentencia suelen describirse como momentos distintos del razonamiento judicial, ya que se basan en procesos inferenciales diferentes: uno está orientado a determinar la verdad de los enunciados fácticos, el otro está orientado a la justificación de la norma usada para regular el caso. Se sabe, sin embargo, que estos dos procesos inferenciales están estrechamente relacionados entre sí. La búsqueda de las características relevantes del hecho está condicionada por la norma elegida para regularlo; por el contrario, la elección de la norma depende de las circunstancias de hecho que constituyen el objeto del proceso judicial.<sup>47</sup> Cuando las normas se vuelven opacas, esta correlación se rompe. Las características del hecho que identifican los expertos fijan la referencia de la norma: el objeto de la regulación. Y provocan la parálisis del razonamiento interpretativo, es decir, la inhibición de las actividades intelectuales y argumentativas enumeradas anteriormente. Esto muestra cómo el razonamiento probatorio puede desempeñar, en algunos casos y con los peligros que esto conlleva, una función tanto semántica como epistémica.

<sup>47</sup> Si no fuera así, la subsunción del caso en la norma resultaría altamente problemática, a la luz del número infinito de características que la descripción de un hecho y el contenido semántico de una norma pueden denotar en el mundo. Sobre la correlación entre *quaestio facti* y *quaestio iuris* en el razonamiento del juez véase Viola y Zaccaria (1999, p. 186 y ss.) y Tuzet (2016, cap. 2).

En este punto, sin embargo, se podría observar que la opacidad de las normas no puede ser eliminada de los ordenamientos jurídicos como el nuestro. Como ya indiqué al inicio de este trabajo, la contribución de los expertos en la etapa probatoria es indispensable en un número elevado de casos; la asimetría epistémica entre los expertos y los operadores jurídicos es también funcional para garantizar una adecuada “división del trabajo probatorio” a fin de evitar el peligro de que el juez o el jurado actúen arbitrariamente en la determinación de los hechos. Por el contrario, si la deferencia epistémica del juez hacia los expertos se convierte en una forma de deferencia semántica, la opacidad de las normas corre el riesgo de comprometer los intereses de los sujetos involucrados en el proceso judicial. Entonces, desde un punto de vista normativo, ¿Cómo se puede reducir la opacidad de las normas para evitar que surjan estos problemas?

Esta pregunta remite al debate de larga data entre quienes sostienen que los jueces (o el jurado) deben ser educados y quienes, en cambio, consideran que deben prestar plena deferencia a los expertos.<sup>48</sup> Según algunos, la declaración de los expertos en el juicio debe proporcionar los antecedentes necesarios para permitir al juez o al jurado establecer los hechos del caso a través de su propio razonamiento. En cambio, otros consideran que los jueces y el jurado deben prestar total deferencia a los resultados a los que llegan los expertos, ya que estos últimos están en una mejor posición para determinar los hechos del caso basándose en sus conocimientos especializados. Con base en lo que se ha dicho hasta ahora, ninguna de estas dos soluciones parece estar justificada. La opacidad de las normas solo se puede mantener bajo control si los jueces y los expertos combinan sus competencias lingüísticas y cooperan de forma continua durante el juicio. De manera más precisa, la opacidad de las normas pierde su carácter problemático si, por un lado, el juez adquiere una competencia técnica científica suficiente para evaluar el impacto que produce la norma en el ordenamiento y en el caso concreto y; por el otro lado, si los expertos llamados a contribuir a la determinación de los hechos adquieren la competencia jurídica necesaria para proporcionar al juez todas las informaciones técnicas científicas jurídicamente relevantes. En otras palabras, para combatir la opacidad de

<sup>48</sup> Véase Allen y Miller (1993) y Meazell (2010).

las normas no es necesario que el juez se transforme en experto ni que los expertos sustituyan a los jueces. Como señaló Hilary Putnam, la división del trabajo lingüístico que caracteriza hoy en día los diferentes campos de la actividad humana debe ir acompañada de una “cooperación estructurada” entre los hablantes (Putnam 1973, p. 706). Si esta cooperación fracasa, la opacidad de las normas corre el riesgo de volverse generalizada.

En los sistemas jurídicos del *civil law* esto se traduce en la exigencia por parte del juez de realizar una valoración racional de las pruebas. Es decir, el juez debe ser capaz de comprender las inferencias realizadas por los expertos para llegar a su conclusión, de establecer si tal conclusión es o no fiable y en qué medida contribuye a probar una cierta explicación de los hechos del caso. De este modo, para que sea posible una valoración racional de las pruebas periciales, la contribución de los expertos no puede reducirse a la simple formulación de una opinión en respuesta a la pregunta formulada por el juez o las partes. Esta contribución, que se rige por el principio de contradictorio<sup>49</sup>, debe extenderse a toda la fase de instrucción del juicio y consistir en un diálogo continuo entre jueces y expertos, encaminado a reducir su asimetría cognoscitiva y evitar que la deferencia epistémica se convierta en una forma de deferencia semántica. Una cooperación lingüística más estrecha entre los jueces y los expertos permitiría que las opiniones de estos últimos sean tratadas como un elemento de prueba junto con otros, cuya relevancia está sujeta a la valoración del juez.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> Insistió oportunamente en la importancia del principio de lo contradictorio en la evaluación de las pruebas periciales Vázquez (2020, p. 44 y ss.).

<sup>50</sup> Sobre la sobrevaloración de las pruebas científicas en el marco del proceso judicial, es decir, sobre la creencia injustificada de que las opiniones de los expertos pueden confirmar una hipótesis probatoria con el máximo grado de certeza, véase Gascón Abellán (2013, pp. 183-187).

## Bibliografía

- Allen, R.J y Miller, J.S. (1993). The Common Law Theory of Experts: Deference or Education? *Northwestern University Law Review*, 87, 1131-1147.
- Alsina, V. y Martí, J.L. (2018). The Birth of the CrowdLaw Movement: Tech-Based Citizen Participation, Legitimacy and the Quality of Lawmaking. *Analyse & Kritik*, 40(2), 337-358.
- Ambrus, M. (2014). *The Role of "Experts" in International and European Decision-making Processes*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Arcuri, A. y Coman-Kund, F. (2021). Introduction: Breaking Taboo, Talking Accountability. En A. Arcuri y F. Coman-Kund, (eds.), *Technocracy and the Law. Accountability, Governance and Expertise* (pp. 1-23). New York: Routledge.
- Bobbio, N. (2012). Sul principio di legittimità [1964]. En Id., *Studi di teoria generale del diritto* (pp. 65-77). Torino: Giappichelli.
- Brandom, R. (1994). *Making It Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Canale, D. (2022). Legislative Intent, Collective Intentionality, and Fictionalism. En T. Marquez y C. Valentini (eds.), *Collective Action, Philosophy and Law* (pp. 45-68). London-New York: Routledge.
- Canale, D. (2021). The Opacity of Law: On the Hidden Impact of Experts, Opinion on Legal Decision-making. *Law and Philosophy*, 40, 509-543.
- Canale, D. (2020). Il disaccordo tra gli esperti nel processo penale: profili epistemologici e valutazione del giudice. *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2020/2, 116-134.
- Canale, D. (2019). *En busca de lo implícito. Ensayos sobre razonamiento e interpretación en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Canale, D. y Tuzet, G. (2021). *La justificación del la decisión judicial*. Lima: Palestra.
- Carcattera, G. (2011). *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*. Torino: Giappichelli.

- Celano, B. (2002). Giustizia procedurale pura e teoria del diritto. En M. Basciu (ed.), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale* (pp. 101-142). Milano: Giuffrè.
- Christiano, T. (2012). Rational Deliberation among Experts and Citizens. En J. Parkinson y J. Masbride (eds.), *Deliberative Systems. Deliberative Democracy at a Large Scale* (pp. 27-51). Cambridge, Cambridge University Press.
- Christiano, T. (2004). The Authority of Democracy. *The Journal of Political Philosophy*, 12, 266-290.
- Cohen, J. (1986). An Epistemic Conception of Democracy. *Ethics*, 97(1), 26-38.
- Duso, G. (1993). Introduzione: Patto sociale e forma politica. En G. Duso (ed.), *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna* (pp. 7-49). Milano: Franco Angeli.
- Doppelt, G. (2014). Values in Science. En M. Curd y S. Psillos, (eds.), *The Routledge Companion to Philosophy of Science. Second edition* (pp. 346-357). London-New York: Routledge.
- Dyzenhaus, D. (2010). Consent, Legitimacy and the Foundation of Political and Legal Authority. En J. Webber y C.M. Macleod, (eds.), *Between Consenting Peoples: Political Communities and the Meaning of Consent* (pp. 163-187). Vancouver: UBC Press.
- Estlund, D. (2009). *Democratic Authority*. Princeton: Princeton University Press.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1. Teoria del diritto*. Roma-Bari: Laterza.
- Freeman, W.S. (2000). Deliberative Democracy: A Sympathetic Comment. *Philosophy and Public Affairs*, 29(4), 371-418.
- Gascón Abellán, M. (2018). *Prevention and Education: The Path for Better Forensic Science and Evidence*, relazione presentata al *Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio*, svoltosi a Girona il 6, 7, 8 giugno 2018.
- Gascón Abellán, M. (2013). Prueba científica. Un mapa de retos. En C. Vázquez Rojas, (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica* (pp. 181-203). Madrid: Marcial Pons.

- Goldman, A. (1999). *Knowledge in a Social World*. Oxford: Oxford University Press.
- Grimm, S. (2009). Epistemic Normativity. En A. Haddock, A. Millar y D.H. Pritchard, (eds.) *Epistemic Value* (pp. 243-264). Oxford: Oxford University Press.
- Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè.
- Guastini, R. (1994). Voce "Legalità (principio di)". En *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IX (pp. 84-97). Torino: UTET.
- Guastini, R. (1992). L'illegittimità delle disposizioni e delle norme. En P. Comanducci y R. Guastini, (eds.), *Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica* (pp. 177-201). Torino: Giappichelli.
- Guastini, R. (1990). Disposizione vs. norma. En *Studi in memoria di Giovanni Tarello. Volume II. Saggi teorico -giuridici* (pp. 235-252). Milano: Giuffrè.
- Haack, S. (2006). Prova ed errore: la filosofia della scienza della Corte Suprema Americana. *Ars Interpretandi*, 11, 303-325.
- Habermas, J. (1996). *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it. di L. Ceppa. Milano: Guerini e Associati.
- Haddock, A. (2010). *The Nature and Value of Knowledge: Three Investigations*. Oxford: Oxford University Press.
- Hass, B. (2020). The Opaqueness of Rules. *Oxford Journal of Legal Studies*, 41(2), 407-430.
- Held, D. (1987). *Models of Democracy*. Oxford: Oxford University Press.
- Hempel, C. (1966). *The Philosophy of Natural Science*. Englewood Cliffs (NJ): Prentice-Hall.
- Jäger, C. (2016). Epistemic Authority, Preemptive Reasons, and Understanding. *Episteme*, 13(2), 167-185.
- Jasanoff, S. (1990). *The Fifth Branch: Science Advisers as Policymakers*. Cambridge (MA): Harvard University Press.
- Kripke, S. (1980). *Naming and Necessity*. Cambridge MA: Harvard University Press.

- Kuhn, T.S. (1970). Reflections on My Critics. En I. Lakatos y A. Musgrave, (eds.), *Criticism and the Growth of Knowledge* (pp. 232-276). Cambridge: Cambridge University Press.
- Lafont, C. (2020). *Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press.
- Lanchester, F. (1998). Legittimità e legittimazione: la prospettiva del costituzionalista. *Il Politico*, 63(4), 547-565.
- Marconi, D. (1999). *La competenza lessicale*. Roma-Bari: Laterza.
- Meazell, E.H. (2010). Super Deference, the Science Obsession, and Judicial Review as Translation of Agency Science. *Michigan Law Review*, 109, 733-784.
- Merton, R.K. (1973). *The Sociology of Science: Theoretical and Empirical Investigations*. Chicago: University of Chicago Press.
- Misak, C. (2000). *Truth, Politics, Morality: Pragmatism and Deliberation*. New York: Rotledge.
- Peter, F. (2016). The Epistemic Circumstances of Democracy. En M. Fricker y M. Brady, (eds.), *The Epistemic Life of Groups. Essays on the Epistemology of Collectives* (pp. 133-149). Oxford: Oxford University Press.
- Pizzorusso, A. (1977). *Fonti del diritto*. Bologna-Roma: Zanichelli-Il Foro Italiano.
- Pritchard, D.H. (2007). Recent Work on Epistemic Value. *American Philosophical Quarterly*, 44, 85-110.
- Putnam, H. (1973). Meaning and Reference. *The Journal of Philosophy*, 70, 699-711.
- Quine, W.V.O. (1953). *From the Logical Point of View*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice* [1971]. Cambridge (MA): Harvard University Press.
- Raz, J. (2009). *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (1994). *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Clarendon Press.
- Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press.

- Recanati, F. (1997). Can We Believe What We Do Not Understand? *Mind & Language*, 12(1), 84-100.
- Simmons, A.J. (2001). *Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Takema, S. (2021). Expert Accountability and the Rule of Law. Intertwinement of Normative and Functional Standards? En A. Arcuri y F. Coman-Kund, (eds.), *Technocracy and the Law. Accountability, Governance and Expertise* (pp. 44-61). New York: Routledge.
- Taleb, N.N. (2007). *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable*. London: Penguin.
- Tuzet, G. (2016). *Filosofia della prova giuridica. Seconda edizione*. Torino: Giappichelli.
- Ubertone, M. (2022). *Il giudice e l'esperto: deferenza epistemica e deferenza semantica nel processo*. Torino: Giappichelli.
- Vázquez, C. (2000). El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial. *Discusiones*, 24, 29-60.
- Viola, F., Zaccaria, G. (1999). *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma-Bari: Laterza.
- Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press.
- Zagzebski L. (2012). *Epistemic Authority: A Theory of Trust, Authority, and Autonomy in Belief*. Oxford: Oxford University Press.

## Normativa

- Congreso de los Estados Unidos (31 de diciembre de 1973)- Black Lung Benefits Act- [Pub. L. 92-303.]
- International Organization for Standardization e International Electrotechnical Commission, 2021, Directives Part 2, “Principles and rules for the structure and drafting of ISO and IEC documents”.
- Parlamento italiano (28 de noviembre de 2005). Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005. [Ley 246/2005]

Presidente del Consejo de Ministros italiano (15 de septiembre de 2017). Regolamento recante disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione. [Decreto 169/2017]

Unión Europea (18 de diciembre de 2000). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Unión Europea (3 de abril de 2014). [Directiva 2014/40/UE].

Unión Europea (25 de marzo de 1957). Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Unión Europea (18 de diciembre de 2006). Regulation concerning the Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals (REACH). [Regulation 1907/2006]

### **Jurisprudencia**

*Federal Communications Commission v. Fox Television Stations*, 567 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 2012)

*Kolender v. Lawson*, 461 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1983)

*Stalcup v. Peabody Coal Co.*, 477 F.3d 482 (Corte de Apelaciones del Séptimo circuito, Estados Unidos, 2007).

*Stichting Rookpreventie Jeugd vs. Staatssecretaris van Volksgezondheid*, C-160/20 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 22 de febrero de 2022).

## El lado opaco del derecho, tomado en serio. Notas sobre un ensayo de Damiano Canale

*The Opaque Side of the Law Taken Seriously.  
Remarks on an Essay by Damiano Canale*

Francesca Poggi\*

Recepción: 17/02/2023

Evaluación: 20/02/2023

Aceptación final: 21/03/2023

**Resumen:** Este trabajo examina críticamente algunas de las tesis expresadas por Damiano Canale en el ensayo *Cuando los expertos crean derecho: deferencia, opacidad y legitimidad*. En particular, el análisis se centra en la definición de opacidad de las disposiciones: se argumenta que tal definición no es clara, plantea problemas epistémicos y parece estar basada en una visión ingenua de la voluntad del legislador. Por otro lado, si abandonamos esta visión ingenua, la opacidad de las disposiciones aparece como un fenómeno ubicuo, que plantea problemas cualitativamente peculiares solo cuando se convierte en la opacidad de las normas. A continuación, se investigan los efectos negativos producidos por el uso de términos técnicos en los textos de las leyes y las soluciones propuestas para evitarlos.

**Palabras claves:** opacidad, expertos, deferencia semántica, términos técnicos, certeza del derecho

\* Doctora en Filosofía analítica y Teoría general del derecho, Università degli Studi di Milano, Italia. Catedrática en Filosofía del Derecho, Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria”, Università degli Studi di Milano, Italia. Correo electrónico: francesca.poggi@unimi.it.

**Abstract:** This paper critically examines some of the theses expressed by Damiano Canale in the essay *Cuando los expertos crean derecho: deferencia, opacidad y legitimidad*. In particular, the analysis focuses on the opacity of legal provisions: it is argued that the definition provided by Canale is not perspicuous, raises epistemic problems and seems to be based on a naive view of legislative intention. By contrast, if we dismiss such a naive view, the opacity of legal provisions appears as a ubiquitous phenomenon that has peculiar qualitative features only when it turns into the opacity of legal norms. Then, the paper investigates the problems raised by the use of technical terms in legal texts and the solutions proposed to solve them.

**Keywords:** opacity, experts, semantic deference, technical terms, certainty of law

## 1. Introducción: Damiano Canale y el lado opaco del derecho

En su ensayo Damiano Canale examina, desde un enfoque innovador, un tema o, mejor dicho, un aspecto de un tema que ha sido bastante investigado en la literatura jurídica: el de la legislación técnica o, más en general, el rol de las personas expertas en la creación y aplicación del derecho. En este marco, Canale identifica un fenómeno particular, que denomina opacidad,<sup>1</sup> y que, en definitiva, se traduce en la creación del derecho por

<sup>1</sup> Cabe señalar que Canale emplea el término “opacidad” en el sentido más tradicional de la filosofía del lenguaje. A partir de Quine (1953, p. 139 ss.; 1966, p. 177 ss.), dos términos se llaman “referencialmente opacos” si no pueden sustituirse *salva veritate* (es decir, sin cambiar el valor de verdad de la proposición). En particular, los estados mentales parecen, al menos a veces, referencialmente opacos en el sentido de que una persona puede creer que algo es cierto (ejemplo, “Superman vuela”) y, sin embargo, no tener creencias similares para las creencias correferentes (“Clark Kent vuela”). Por tanto, el problema de la opacidad referencial consiste en explicar por qué la regla lógica de la *Identity Elimination* (o Ley de Leibniz) produce a veces inferencias que parecen inválidas cuando se aplica a descripciones de estados mentales. De hecho, la literatura discute si el uso por parte de un hablante de términos técnicos, cuyo significado el hablante ignora, produzca o no una opacidad referencial. En sentido contrario cfr. Sperber (1985, p. 50). Según Sperber, si el hablante no conoce el significado de un término, no puede tener ninguna creencia con respecto a las proposiciones en las que aparece y, por tanto, no puede producirse el fenómeno de la opacidad referencial. En otras palabras, no se puede decir que el hablante cree que tiene

parte de personas expertas ajenas al aparato democrático y jurisdiccional. Más exactamente, Canale distingue entre la opacidad de las disposiciones jurídicas y la opacidad de las normas jurídicas. 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” (sección 2). 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 norma en cuestión” (sección 1).

Ambos tipos de opacidad tienen en común el hecho de que los términos técnicos son tratados, respectivamente, por las legisladoras y las juezas, como nombres propios o designadores rígidos (en el sentido de Kripke), mientras que al contenido inferencial solo lo dominan las expertas, que, por tanto, son los únicos que pueden determinar el sentido de la disposición y así se convierten en los verdaderos creadores del derecho.

Según Canale, la opacidad de las disposiciones y la opacidad de las normas crean problemas parcialmente diferentes. La opacidad de las disposiciones impugna su legitimidad en los sistemas democrático-constitucionales. En cambio, la opacidad de las normas impide a las juezas realizar una serie de elecciones y razonamientos que, entre otras cosas, son indispensables para lograr una adecuada protección de los derechos.

En este trabajo voy a analizar principalmente las tesis de Canale sobre la opacidad de las disposiciones. En efecto, si bien estoy totalmente de acuerdo con sus ideas sobre la opacidad de las normas, tengo muchas dudas sobre la opacidad de las disposiciones. En el siguiente párrafo (§2), argumentaré que la definición de disposición opaca proporcionada por Canale no es clara, plantea problemas epistémicos y parece estar basada en una visión ingenua de la voluntad del legislador, que Canale mismo ciertamente no comparte. Por otro lado, si abandonamos esta visión ingenua, la opacidad de las disposiciones aparece como un fenómeno ubicuo que plantea problemas cualitativamente peculiares (incluidos los problemas de legitimidad)

artritis, pero no cree que tenga una enfermedad inflamatoria porque no sabe lo que significa “artritis”. Si el hablante no sabe lo que es la artritis, entonces, según Sperber, no puede creer que la tenga. Véase, para una discusión de este problema Recanati (1997).

solo cuando se traduce en la opacidad de las normas. Luego, investigaré los problemas que, a mi juicio, plantea el uso de términos técnicos en los textos de las leyes y las soluciones propuestas para solucionarlos (§3).

## 2. La opacidad de las disposiciones en serio

*Prima facie*, el fenómeno de la opacidad de las disposiciones jurídicas parece bastante claro: las legisladoras utilizan términos técnicos cuyo significado desconocen y, al hacerlo, delegan en personas expertas ajenos al Parlamento la facultad de fijar el significado de las disposiciones. Es como si la disposición jurídica dijera “X está prohibido y X es lo que dirán esos señores ahí (los expertos)”. Sin embargo, la definición propuesta por Canale no es muy perspicaz, plantea problemas epistémicos evidentes y puede llevar a considerar la opacidad de las disposiciones como un fenómeno ubicuo y, por tanto, poco interesante. Como se ha dicho, según Canale, una disposición es opaca “cuando los miembros de un órgano de producción normativa no conocen ni poseen la competencia necesaria para comprender” (sección 2)” o “no se preocupan de adquirir la competencia necesaria para comprender” (sección 2) el contenido de la disposición que emana del órgano. 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?

Consideremos el ejemplo de los estándares ISO. El Parlamento Europeo está compuesto por 705 eurodiputados, la Comisión por 27 miembros más la Presidente ¿Cuántas de estas personas no debían conocer (¿superficialmente? ¿en detalle?) el contenido de los estándares y cómo podemos averiguarlo? Lo único que nos dice Canale es que, teniendo en cuenta que se trata de estándares muy técnicos y que desde los trabajos preparatorios no se desprende ningún debate sobre los mismos, no “es razonable suponer

que los miembros de los órganos de producción normativa conocieran, en cualquier caso, su contenido” (sección 2). Se trata, ciertamente, de una presunción razonable. Sin embargo, el camino de las presunciones razonables está sesgado y puede llevar a considerar la opacidad como un fenómeno omnipresente. De hecho, la mayoría de las legisladoras no tienen formación jurídica y saben poco o nada de derecho: ¿no se puede suponer entonces que, cuando aprueban una ley que contiene términos jurídicos, la mayoría de ellos tratan esos términos como designadores rígidos?<sup>2</sup>

Además, si es verdad que, como observa por ejemplo Greenberg,<sup>3</sup> “la mayoría de los legisladores no leen la mayor parte de las leyes sobre las que votan” (2011, p. 239, traducción mía), entonces, ¿no puede decirse que todos los que votan el texto sin haberlo leído tratan, por así decirlo, todos los términos, todo el texto, como un designador rígido, al menos en el sentido de que delegan la fijación del significado a otras personas?<sup>4</sup>

La diferencia con el ejemplo de los estándares ISO parece ser meramente cuantitativa. En el caso de los estándares ISO, es razonable suponer que la gran mayoría de las legisladoras (pero no todas)<sup>5</sup> no los conocían. En el caso de los términos jurídicos, el número de los que no conocen su significado depende principalmente de la composición real del Parlamento, pero, en muchos casos, puede suponerse que el número de legisladores que

<sup>2</sup> A veces, la hipótesis de la ignorancia del lenguaje técnico-jurídico por parte de las legisladoras es incluso sostenida por la jurisprudencia. Por ejemplo, en la sentencia n.º 28187/2017 la *Corte Suprema di Cassazione* penal italiana sostiene que, en el artículo 590 apartado 6 del Código Penal italiano, los legisladores utilizaron de manera “infeliz” el término “punibilidad”, que tiene un preciso significado técnico jurídico, para referirse en realidad a la noción jurídica de “responsabilidad”. Es decir, la *Corte di Cassazione* asume que los legisladores desconocían el significado técnico jurídico de “punibilidad” y utilizaron erróneamente este término como sinónimo de “responsabilidad”. Para un comentario de esta sentencia, véase Poggi (2018, pp. 38 y ss. y la bibliografía allí citada).

<sup>3</sup> Véase también Olivecrona (1971, pp. 92-9); Tarello (1980, p. 367).

<sup>4</sup> Un ejemplo reciente. El 21 de diciembre los periódicos italianos difundieron la noticia de que el día anterior la Cámara de Diputados –una de las dos ramas del Parlamento italiano– había aprobado por error, según declaraciones de la propia Primera Ministra, la enmienda n.º 146020 (v. [https://www.ansa.it/sito/notizie/politica/2022/12/21/manovra-soppressa-la-norma-sul-pos-prorogato-il-bonus-110\\_176d8299-0dff-48e8-9d1b-1a2f16e9b5aa.html](https://www.ansa.it/sito/notizie/politica/2022/12/21/manovra-soppressa-la-norma-sul-pos-prorogato-il-bonus-110_176d8299-0dff-48e8-9d1b-1a2f16e9b5aa.html)).

<sup>5</sup> No todos, porque, si la referencia a estos estándares se introdujo en la directiva, es razonable suponer que tuvo que haber alguien que estuviera familiarizado con ellos y tuviera al menos un conocimiento superficial de su funcionamiento.

no están siquiera superficialmente familiarizados con ellos es menor. Lo mismo ocurre en el caso de las legisladoras que votan a favor de textos que no han leído, aunque esto depende mucho del tipo de texto.<sup>6</sup> Sin embargo, como hemos visto, Canale no especifica los elementos cuantitativos de su definición –no precisa cuántos legisladores deben desconocer el significado de los términos técnicos, ni qué grado de (des)conocimiento se exige– por lo tanto, no podemos saber si y porqué esta diferencia cuantitativa es relevante.

El punto importante que, creo, puede extraerse de las observaciones anteriores es 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). Esta es ciertamente una visión que Canale no comparte y que ha criticado en muchos trabajos (Canale, 2014; Canale y Tuzet, 2016; Canale y Poggi, 2019). Sin embargo, si se adopta un enfoque realista y se admite que no hay una única intención comunicativa, que las legisladoras o bien no conocen o bien interpretan de manera diferente los textos que aprueban, que, en breve, las legisladoras crean textos y no normas,<sup>7</sup> entonces la opacidad de las disposiciones parece un fenómeno inevitable y no tan peculiar. Si las normas no están fijadas por las legislado-

<sup>6</sup> Por ejemplo, depende de si se trata de una ley que regula una materia de gran interés para el público o, por el contrario, una materia que solo afecta a algunos sectores restringidos o una ley de contenido necesario como las que actúan directivas europeas. En Italia, un ejemplo interesante de texto normativo cuyo contenido es probablemente desconocido por la mayoría de las legisladoras es la ley que convierte en ley el llamado “decreto mille proroghe”. Este último es un acto del Gobierno, que debe ser convertido en ley por el Parlamento, y que prorroga anualmente una serie de plazos. En 2022, el texto estaba compuesto por 49 artículos, todos ellos con el siguiente tenor: “En el artículo 1, apartado 2, del Decreto-ley n.º 216, de 29 de diciembre de 2011, convertido con enmiendas en la Ley n.º 24, de febrero de 2012, las palabras: ‘31 de diciembre de 2021’, se sustituyen, en todas sus ocurrencias, por las siguientes: ‘31 de diciembre de 2022’” (art. 1).

<sup>7</sup> A este respecto, observo marginalmente que, aunque Canale hable de la opacidad de las disposiciones, lo que, según su tesis, es opaco para las legisladoras no son los textos, sino sus significados. Canale asume que las legisladoras conocen las palabras que insertan en el texto, pero ignoran su significado; por lo tanto, aunque conocen la disposición, no conocen la norma que expresa.

ras –porque, entre otras razones, no hay una única voluntad del legislador– entonces el derecho es siempre opaco por las legisladoras.

Frente a esto, Canale podría argumentar que hay una diferencia cualitativa relevante entre el caso de términos técnicos no jurídicos y los demás casos que he mencionado: mientras que, en los demás casos, el sentido de la disposición lo terminan fijando las juezas o las autoridades administrativas legitimadas para hacerlo; en el caso de los términos no jurídicos el significado está fijado por personas expertas que, sin embargo, carecen de legitimidad. No obstante, esta réplica no es convincente.

En primer lugar, cabe subrayar que esta réplica implica que la opacidad de las disposiciones es un fenómeno peculiar solo si da lugar a la opacidad de las normas. Es decir, solo si también las juezas delegan en personas expertas la determinación del significado de las disposiciones, nos encontramos ante una situación cualitativamente diferente. De lo contrario, son siempre las juezas las que determinan el sentido de las disposiciones, y, por lo tanto, no hay diferencia sustantiva entre los diferentes casos de opacidad. Personalmente, creo que esta conclusión es correcta –es decir, que la opacidad de las disposiciones plantea problemas de legitimidad solo cuando se traduce en la opacidad de las normas– pero no creo que Canale pueda estar de acuerdo, pues él parece configurar la opacidad de las disposiciones y la opacidad de las normas como fenómenos y problemas diferentes, aunque conectados.

En segundo lugar, hay que señalar que ni siquiera las juezas o las autoridades administrativas tienen legitimidad para crear derecho. Ni legitimidad formal,<sup>8</sup> ni legitimidad sustancial en sentido estricto,<sup>9</sup> ni más legi-

<sup>8</sup> Según Canale, “Sobre la base de una concepción formal de legitimidad, un sujeto ejercita legítimamente un poder público en la medida en que está autorizado por una norma que le atribuye dicho poder” (sección 3). Canale argumenta que las expertas no tienen legitimidad formal porque las legisladoras harían una delegación en blanco en su favor y esto es contrario al principio de legalidad –que, sin embargo, observo yo, tiene una validez contingente, en el sentido de que en algunos ordenamientos jurídicos puede no estar previsto–.

<sup>9</sup> Según Canale, “una disposición es legítima si su contenido no está en conflicto con el contenido de las disposiciones jerárquicamente supraordenadas (legitimidad sustancial en sentido estricto)” (sección 3). Aparte de que, *contra* Canale, la legitimidad sustancial se predica de normas (significados) y no de disposiciones (textos), esta es un tipo de legitimidad muy diferente de la legitimidad formal, porque no se predica de los sujetos

timidad sustancial en sentido amplio<sup>10</sup> o más legitimidad procedimental<sup>11</sup> que las expertas.

A este respecto Canale podría objetar que las juezas, a diferencia de las expertas, no crean derecho (actividad para la cual claramente no están legitimadas), sino que lo interpretan y este es exactamente su rol institucional. La fuerza de esta objeción depende de lo que entendemos por “crear derecho” e “interpretar el derecho”.<sup>12</sup> Si por “crear derecho” entendemos crear textos, fuentes del derecho, tampoco las expertas crean

(de las autoridades) sino de los significados (de los productos de actos de autoridad). La tesis que Canale quiere defender es que las expertas no tienen legitimidad, pero no tiene sentido decir que no tienen legitimidad sustancial en sentido estricto. De hecho, Canale básicamente no lo dice y solo sostiene que la opacidad de las disposiciones impide que los miembros del Parlamento puedan determinar la legitimidad material de las disposiciones. Sin embargo, esto también se aplica a las juezas: si son las juezas quienes establecen las normas, el Parlamento no puede determinar su legitimidad sustancial en sentido estricto.

<sup>10</sup> Según Canale “lo que determina la legitimidad [en sentido amplio] de una disposición son las razones de tipo moral, político y social que justifican su contenido” (sección 3). Con respecto a esta forma de legitimidad, se pueden repetir las observaciones hechas (en la nota anterior) sobre la legitimidad sustantiva en sentido estricto: se predica de normas (y no de disposiciones) y no tiene sentido predicarla de las expertas. Esta vez, sin embargo, Canale no sostiene que la opacidad impida evaluar la existencia de esta forma de legitimidad, sino que la existencia de esta forma de legitimidad depende “de la imparcialidad, la exactitud, la fiabilidad de la opinión de los expertos” (sección 3). Las razones de la asimetría entre la evaluación de la legitimidad sustancial en sentido estricto y de la legitimidad sustancial en sentido amplio me parecen incomprensibles. Solo observo que incluso la legitimidad sustancial en sentido estricto depende de las expertas: del significado que den al término técnico. Además, en lo que aquí interesa, incluso respecto de esta forma de legitimidad la situación de juezas y expertas parece idéntica.

<sup>11</sup> Esta es la forma de legitimidad que más me desconcierta. Según Canale, depende de los procedimientos seguidos, “de cómo se crea la disposición, con independencia de cualquier otra consideración” (sección 3), y, sin embargo, incluye “la tutela de los derechos humanos fundamentales” (sección 3), es decir, un criterio de contenido, en absoluto no procedimental, que, por lo menos en los ordenamientos constitucionalizados, hace difícil distinguirla de la legitimidad sustancial en sentido estricto. Sea como fuere, Canale opina que también esta forma de legitimidad, como aquella sustancial en sentido amplio, depende de la interpretación de las expertas –de su imparcialidad e independencia y del valor epistémico de sus conocimientos–. Creo que lo mismo podría repetirse respecto de toda decisión judicial y que esto es bastante trivial: el hecho de que una interpretación respete los derechos humanos, el principio de igual consideración y respeto, etc., depende del producto de la interpretación –de qué otra cosa podría depender?–.

<sup>12</sup> Véase sobre este tema Guastini (2011, pp. 459 y ss.).

derecho. Las expertas, como las juezas, crean derecho en el sentido que atribuyen sentidos a textos jurídicos. A este respecto, no creo que pueda sostenerse que, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, las juezas sean los únicos sujetos legalmente habilitados para interpretar la ley: cualquier persona puede interpretar la ley (estudiantes de Derecho, ciudadanos, extranjeros, etc.). Por supuesto, las juezas son los únicos sujetos legitimados para interpretar autoritariamente la ley, es decir, mediante decisiones interpretativas con fuerza de ley para las partes procesales, sus herederos y causahabientes. Entonces, el punto no es si las expertas pueden interpretar las leyes; el punto es que no lo pueden hacer autoritariamente. Pero las expertas, de hecho, interpretan las leyes autoritariamente cuando la opacidad de las disposiciones se traduce en, y se acompaña con, la opacidad de las normas. Es decir, las expertas deciden autoritariamente el significado de los términos técnicos cuando, y solo cuando, las juezas les otorgan esa competencia. De nuevo, la opacidad de las disposiciones plantea problemas de legitimidad solo si genera la opacidad de las normas.

### **3. Cuidarse del lado opaco del derecho**

Quiero subrayar que de lo anterior no se sigue que la opacidad de las disposiciones no plantee ningún problema. Creo que la opacidad de las disposiciones, o, mejor dicho –dejando de lado la definición de Canale, que, como he argumentado, es problemática–, la inserción de un término técnico en el texto de una ley puede generar dos tipos de problemas.

En primer lugar, puede dificultar la comprensión del texto por parte de sus destinatarios, y así comprometer la función directiva y la certeza del derecho, entendida como previsibilidad. Este es un problema general, que depende del uso en los textos normativos de cualquier término técnico, incluidos los términos jurídicos.

En segundo lugar, como ya he dicho, la inserción de términos técnicos no jurídicos en el texto de una ley puede generar la opacidad de las normas, es decir, puede llevar a las juezas a delegar en personas expertas la determi-

nación de la norma expresada por el texto.<sup>13</sup> Como bien argumenta Canale, la deferencia semántica hacia las expertas es un problema porque impide a las juezas “cumplir una serie de operaciones intelectuales, de razonamientos y de elecciones prácticas que caracterizan su trabajo en la mayoría de los ordenamientos contemporáneos” (sección 4).<sup>14</sup> En breve, la jueza “pierde el control sobre la relevancia jurídica del hecho” que ha de ser probado (Ubertone, 2022, p. 258, la traducción es mía).

Ahora bien, ¿cómo evitar los dos problemas mencionados sin renunciar al uso de términos técnicos?

Creo que el primer problema podría, si no resolverse, al menos diluirse mediante una redacción jurídica adecuada, mediante el uso de herramientas apropiadas de *legal drafting*. Los textos de ley que contienen términos técnicos deberían también ofrecer siempre definiciones de esos términos que sean lo más perspicuas posible (y que no sean semánticamente deferentes). Por ejemplo, si una disposición prescribe que las instalaciones eléctricas sin conexión a tierra deben tener una tensión nominal no superior a 1000 V de corriente alterna y 1500 V de corriente continua, la ley debería contener también una definición de los términos claves (“instalaciones eléctricas sin conexión a tierra”, “tensión nominal”, “corriente alterna”, “corriente continua”). Por supuesto, la necesidad de estas aclaraciones varía en función de quiénes sean los destinatarios de la norma. Por ejemplo, si la norma mencionada se dirige a los constructores de instalaciones eléctricas, la necesidad de aclaración puede ser menor. Sin embargo, como también demuestra el caso de los estándares ISO –que en primera instancia se dirigían a las empresas tabaqueras (que ciertamente tenían acceso a dichos estándares), pero también afectaban a la salud de los consumidores– siempre hay que tener en cuenta que los sujetos intere-

<sup>13</sup> Como señalan Ubertone (2022, pp. 277 y ss.) y Canale (2015), esta situación también puede producirse cuando el texto de la ley no contiene términos técnicos, pero la jueza lo interpreta atribuyéndole un contenido que ella misma es incapaz de dominar desde el perfil inferencial. Canale habla en tal caso de opacidad sobrevenida.

<sup>14</sup> Además, Ubertone argumenta que la deferencia semántica de las juezas puede producir verdaderas falacias: la falacia de equivocación y la falacia *ad verecundiam*. Véase Ubertone (2022, pp. 269 y ss.).

sados en conocer el contenido de la disposición pueden no limitarse a sus destinatarios directos.<sup>15</sup>

En cuanto al segundo problema, Canale señala con razón que la opacidad de las normas es “un fenómeno que a veces caracteriza la comunicación lingüística entre los expertos y los jueces” (sección 4) y, para evitarla, sugiere que juezas y peritas intercambien sus competencias lingüísticas y cooperen continuamente en el proceso. En particular, la jueza debe adquirir los conocimientos técnico-científicos suficientes para fijar la norma y evaluar su impacto en el ordenamiento jurídico y en el caso concreto; las expertas deben adquirir los conocimientos jurídicos necesarios para comprender qué información técnico-científica es jurídicamente relevante.<sup>16</sup> Estoy totalmente de acuerdo con Canale, pero, siguiendo en esto a Ubertone, me gustaría observar que la jueza debe, en primer lugar, valorar si el término utilizado en la ley debe entenderse en su significado técnico o, en cambio, en otro significado que ya pueda tener o que parezca razonable atribuirle. Como argumenta Ubertone, las palabras empleadas en el ámbito jurídico gozan de una autonomía semántica potencial que se deriva precisamente de su contexto de uso. Esto no implica que su significado no pueda coincidir con el que tienen en el lenguaje ordinario o en los lenguajes técnicos, sino que “esta coincidencia o dependencia no puede darse por supuesta, sino que debe apreciarse sobre la base de consideraciones jurídicas” (Ubertone, 2022, p. 232, la traducción es mía). Considérese, por ejemplo, el caso de neumoconiosis comentado por Canale.<sup>17</sup> Se trata ciertamente de

<sup>15</sup> Canale, en cambio, no hace ninguna sugerencia para evitar lo que identifica como la opacidad de las disposiciones. Ciertamente, según su tesis, la única solución es que las legisladoras conozcan el significado de los términos técnicos que utilizan, para evitar que expertas sin legitimidad creen derecho. En mi opinión, no solo es una solución utópica, sino que no resolvería el problema de garantizar que la disposición sea comprendida por sus destinatarios. A este respecto, cabe señalar que la solución que propongo con respecto a este último problema tampoco resuelve el problema identificado por Canale: no garantiza en absoluto que todos (o la mayoría) de las legisladoras comprendan el texto que promulgan, ya que, como se ha dicho repetidamente, no garantiza que lo lean.

<sup>16</sup> Con respecto a este último punto, quizá no sea realmente necesario que las expertas se conviertan en juristas, sino que puede bastar con que la jueza formule sus preguntas centrándose en los elementos jurídicamente relevantes.

<sup>17</sup> *Stalcup v. Peabody Coal Co.* (2007).

un caso difícil porque, aunque el juez se hubiera esforzado por adquirir los conocimientos técnico-científicos suficientes para comprender el término “neumoconiosis”, probablemente se habría topado con un muro, ya que la misma comunidad científica estaba dividida. Sin embargo, el juez habría podido preguntarse, en primer lugar, si este término debía tomarse en su acepción médica o si, por el contrario, ciertas razones jurídicas (quizá, relativas al principio de igualdad) concurrían a favor de una acepción distinta, por ejemplo, como un término que indica cualquier enfermedad pulmonar conectada con el trabajo minero.

En conclusión, el ensayo de Canale plantea muchos problemas complejos y hace importantes aportes para resolverlos. El uso de términos técnicos se ha ya generalizado en las sociedades contemporáneas y es probable que lo sea cada vez más en el futuro. Este uso, como hemos visto, produce efectos negativos en términos de derechos individuales: sin embargo, estos efectos pueden mitigarse mediante una formulación adecuada y un compromiso constante por parte de juezas y redactoras de textos jurídicos. Ahora bien, urge desarrollar herramientas concretas para que esta formulación y este compromiso se concreten en la realidad.

## Bibliografía

- Canale, D. (2015). Norme opache. *Rivista di filosofia del diritto*, 4(3), 93-124.
- Canale, D. (2014). Intenzioni del legislatore e ragionamento controfattuale. *Analisi e diritto 2014*, 195-209.
- Canale, D. y Poggi, F. (2019). Pragmatic Aspects of Legislative Intent. *The American Journal of Jurisprudence*, 64(1), 125-138.
- Canale, D. y Tuzet, G. (2016). What the Legislature Did not Say. Legislative Intentions and Counterfactuals in Legal Argumentation. *Journal of Argumentation in Context*, 5(3), pp. 249-270.
- Greenberg, M. (2011). Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication. En A. Marmor y S. Soames (eds.), *Philosophical Foundations of the Language in the Law* (pp. 217-264). Oxford: OUP.

- Guastini, R. (2011). *La sintassi del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Olivecrona, K. (1971) *Law as Fact*, 2<sup>nd</sup> ed. London: Steven & Sons.
- Poggi, F. (2018). *La medicina difensiva*. Modena: Mucchi.
- Quine, W.V.O. (1966). *The Ways of Paradox and other essays*. Cambridge-London: Harvard University Press.
- Quine, W.V.O. (1953). *From a logical point of view*. London: Harvard University Press.
- Recanati, F. (1997). Can we believe what we do not understand? *Mind and Language*, 12(1), 84-100.
- Sperber, D. (1985). On Anthropological Knowledge. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè.
- Ubertone, M. (2022). *Il giudice e l'esperto*. Torino: Giappichelli.

## **Jurisprudencia**

- Sentencia n.º 28187 (Corte Suprema di Cassazione, 7 de junio de 2017).
- Stalcup v. Peabody Coal Co., 477 F.3d 482 (United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, 15 de febrero de 2007).



## Opacidad y deferencia: ¿Un problema semántico o epistémico?

*Opacity and Deference: A Semantic Problem or an Epistemic One?*

Florencia Rimoldi\*

Recepción: 03/03/2023

Evaluación: 17/03/2023

Aceptación final: 21/03/2023

**Resumen:** En este comentario me propongo reflexionar sobre los alcances del tratamiento semántico de los problemas de opacidad identificados por Canale. Para esto, en primer lugar, reconstruiré el fenómeno de la opacidad en el derecho y el problema que presenta, en términos neutrales respecto de teorías o conceptos semánticos y epistémicos. En segundo lugar, intentaré mostrar que los conceptos y herramientas teóricas de tipo semántico utilizados por el autor (en particular el de deferencia semántica) no permiten dar cuenta de los problemas detectados, sino que es necesario apelar a cuestiones de orden epistémico. Pero al incorporar estas nociones, el uso de conceptos semánticos se vuelve innecesario, lo cual –propongo– exhibe el carácter epistémico (no semántico) del problema. Concluiré que si bien la dimensión epistémica del problema de la opacidad no debe soslayarse, las nociones semánticas utilizadas cumplen una función importante, pues

\* Doctora en filosofía, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: [frimoldi@filo.uba.ar](mailto:frimoldi@filo.uba.ar). Este comentario ha sido escrito en el marco de los proyectos UBACyT “Injusticia epistémica y epistemología del testimonio”, de la UBA, y PIP “Paradojas semánticas y epistémicas: conocimiento grupal, autorreferencial e inferencialismo”, del CONICET.

permiten iluminar algunos mecanismos involucrados en la generación del problema de la opacidad.

**Palabras clave:** deferencia semántica, deferencia epistémica, opacidad

**Abstract:** In this set of comments, I intend to reflect on the scope of the semantic treatment of the opacity problems identified by Canale. For this, I will firstly reconstruct the phenomenon of opacity in the law and the problem it presents, in neutral terms with respect to semantic and epistemic theories or concepts. Secondly, I will try to show that the semantic concepts and theoretical tools used by the author (particularly that of semantic deference) do not allow us to account for the problems detected. Instead, it is necessary to appeal to epistemic distinctions. However, by doing this, the use of semantic concepts becomes unnecessary, which, I propose, exhibits the epistemic (non-semantic) character of the problem. I will conclude that although the epistemic dimension of the opacity problem should not be overlooked, the semantic notions used play an important role, since they allow to illuminate some mechanisms involved in the generation of the opacity problem.

**Keywords:** semantic deference, epistemic deference, opacity

## 1. Introducción

En este comentario me propongo reflexionar sobre los alcances del tratamiento semántico de los problemas de opacidad identificados por Canale. Para esto, en la Sección 2 reconstruiré el fenómeno de la opacidad en el derecho y el problema que presenta, en términos neutrales respecto de teorías o conceptos semánticos y epistémicos, a partir de la descripción de dos situaciones de dependencia presentes en la vida ordinaria y que tienen impacto en el contexto judicial. En la Sección 3 mostraré que estas situaciones demandan una explicación teórica, tanto por parte de las teorías epistemológicas como las de la filosofía de la mente y el lenguaje. De esta articulación teórica pueden nutrirse las elaboraciones diagnósticas de aquellas situaciones de dependencia que tienen lugar en el contexto

judicial. Presento entonces el modo en que Canale comprende el abordaje teórico del problema de la opacidad en el derecho. En la Sección 4 cuestiono dicho abordaje, intentando mostrar que los conceptos y herramientas teóricas de tipo semántico utilizados por el autor (en particular el de deferencia semántica) no permiten dar cuenta de los problemas detectados, sino que es necesario apelar a cuestiones de orden epistémico. Concluiré que si bien la dimensión epistémica del problema de la opacidad no debe soslayarse, las nociones semánticas utilizadas cumplen una función después de todo, pues permiten iluminar algunos mecanismos involucrados en la generación del problema de la opacidad. Sin embargo, esta función iluminadora sólo puede cumplirse adecuadamente si se identifica como tal, y no se entiende como una descripción de la naturaleza *problemática* de la situación. Centraré mi atención en el caso probatorio (es decir, en el problema de la opacidad de las normas), pero es posible extender estos argumentos al caso de la opacidad de las disposiciones.

## 2. Opacidad en el derecho. Una introducción de sentido común

El artículo de Canale llama la atención sobre una capa novedosa, y sumamente importante, de la situación de dependencia hacia los expertos que resulta cada vez mayor en todas las dimensiones de la vida contemporánea, incluido el derecho. En el caso de la ley, esta dependencia y los problemas que suscita es usualmente teorizada en relación con la información que jueces y funcionarios relevantes no pueden disponer por sus propios medios. El problema de la opacidad en el derecho puesto de manifiesto por Canale refleja otra dimensión en la que existe dependencia hacia los expertos, y que no debe confundirse con la anterior. En esta sección presentaré en términos intuitivos ambas situaciones y los problemas que suscitan en el ámbito del derecho, especialmente el de la opacidad. Comenzaré describiendo el caso más conocido, el de la dependencia de información, para luego pasar a describir el tipo de dependencia que da lugar al problema de la opacidad señalado por Canale, el de la dependencia en el manejo de conceptos y términos.

*Dependencia informativa.* En situaciones de la vida cotidiana dependemos constantemente de lo que otras personas nos dicen. Cuando ignoramos cuestiones como dónde está la parada del colectivo, a qué hora abre la cafetería, si hace calor afuera, etc., solemos preguntar a la primera persona que nos topamos y nos conformamos con la respuesta que nos den sin indagar demasiado sobre si es especialmente confiable sobre la cuestión que queremos averiguar. Otras veces nuestra dificultad informativa es de naturaleza diferente, puesto que aún estando nosotros en el lugar y momento indicados para averiguar lo que nos interesa, carecemos de las capacidades o *expertise* relevante para hacerlo. En este caso, y aunque nadie nos prohíbe extraer conclusiones u opinar sobre lo que tenemos frente a nosotros, cuando la cuestión reviste de interés necesitaremos a un experto en el tema. Los expertos tienen acceso a la evidencia adecuada (publicaciones, estudios, lo material del caso) pero además saben qué hacer con ella y cómo debe interpretarse para que pueda extraerse de ella una información específica. Lo usual es aceptar su opinión, como cuando la médica dice que tengo anginas y debo tomar antibióticos, y yo voy a la farmacia a comprar la medicación recetada. Esto no significa que siempre aceptemos sin más lo que nos dicen. Podemos indagar un poco en las credenciales de la supuesta experta, buscar una segunda opinión, o involucrarnos nosotros mismos en el asunto, intentando ganar *expertise* en el tema. Muchas veces (y, sobre todo, cuanto más importante sea para nosotros aquello que queremos saber) la actitud de deferencia por *default* no ocurre, y buscamos razones adicionales para aceptar o rechazar lo que nos dicen. Pero esto no es lo más frecuente en la vida cotidiana, sino que sólo ocurre cuando una cuestión es muy importante o existe algún desafío específico a lo dicho o a quien nos lo dice (no es lo que recuerdo que mi médico anterior opinaba, esta persona es demasiado joven para tener experiencia suficiente, o no tiene la especialidad requerida, o sencillamente algo del contexto, indefinible quizás, me “hace ruido”).

En el caso del derecho no ocurre lo mismo. Los jueces no pueden tomar como cierto lo que dice un testigo ocular sin tener razones para pensar que ella es creíble y que estuvo en el lugar y tiempo indicado. Y en el caso de los expertos, la aceptación de sus dichos nunca puede ser un procedi-

miento por *default*. Hay muchas razones por las cuales esto es así. Por un lado, porque la experta no reemplaza al juez, sino que lo ayuda a hacer su trabajo. Y el trabajo del juez es incorporar la opinión de los expertos a un conjunto más vasto de evidencia, que deberá valorar para establecer los hechos del caso. Por esta razón, el juez no puede meramente tomar como cierta la información brindada sólo porque el experto lo dijo, sino que debe valorar la *significatividad* que esa información tiene para la cuestión que se está intentando averiguar (la premisa fáctica del razonamiento judicial). Para esto, el juez debe poder tener herramientas (razones) que le permitan sostener la información frente a evidencia contraria, o, por el contrario, le permitan saber en qué condiciones podrían tener que rechazarla. Es decir, por un lado las exigencias en el derecho son mayores en virtud del tipo de operaciones que se espera que los jueces y legisladores sean capaces de realizar (qué hacen con esa información), pero además, por la necesidad de que éstos puedan rendir cuentas por lo que hacen, y en este sentido se exige que funden sus decisiones para que virtualmente cualquier interesado pueda controlarlas.<sup>1</sup>

El problema de la dependencia de información, para el caso del derecho, consiste entonces en encontrar la manera de tornar la eventual incorporación de lo informado por el experto en un acto compatible con el cumplimiento de las funciones de la jueza o la legisladora. En virtud de su falta de *expertise* respecto de un área de conocimiento que –salvo alguna excepción muy ocasional– está fuera de su competencia, la aceptación de lo dicho por el experto como verdadero contiene un aspecto deferencial. De lo que se trata es de que ésta tenga lugar de una forma aceptable. En este sentido, una total deferencia hacia los expertos (aceptar lo dicho sólo porque lo dice un experto en el tema) chocaría con el cumplimiento de los deberes de dichos funcionarios públicos, mientras que una mínima

---

<sup>1</sup> Esto puede relacionarse con la importancia de las cuestiones en derecho. La determinación de los hechos redundará en decisiones sumamente importantes para personas en particular y para la sociedad en general. Esto requiere de un involucramiento por parte del juez, que podría equivaler al que tiene lugar en la vida cotidiana cuando algo reviste de importancia vital para nosotros. En esos casos, no parece alcanzar la aceptación por *default*, sino que indagamos no sólo sobre el experto sino también sobre su área de *expertise* y sobre el modo en que éste llegó a opinar de cierta manera.

deferencia (tan solo aquella relacionada con el hecho de que no fueron ellos mismos quienes produjeron la prueba o realizaron tal o cual investigación) sería impracticable, pues implicaría que el juez o el legislador se convierta él mismo en un experto. Las herramientas de la epistemología (en particular de la epistemología del testimonio) y de la filosofía de la ciencia han probado ser bastante útiles para comprender esta situación y sus distintas aristas problemáticas y también (aunque en mucha menor medida) permiten ofrecer algunas soluciones específicas. En la sección 3.1 veremos algunos detalles de este tratamiento teórico.

*Dependencia en el manejo de conceptos/términos.* En este y otros textos,<sup>2</sup> el autor llama la atención sobre un fenómeno de dependencia que no se reduce al anterior. Éste refiere al tratamiento, por parte de jueces y legisladores, de nociones y términos técnicos. En el caso de los procesos judiciales, a la hora de interpretar la ley y en particular a la hora de determinar el contenido de la premisa normativa del razonamiento que tiene como conclusión la decisión judicial; en la valoración de la prueba, y en la fundamentación de la premisa menor o fáctica de dicho razonamiento. En el caso de la creación de leyes y disposiciones, a la hora de incorporar esos términos cuando éstos son necesarios. El problema que surge aquí puede ilustrarse fácilmente si volvemos a pensar situaciones de la vida cotidiana.

Existen muchas palabras de uso cotidiano que sabemos muy bien cómo usar. Para términos como “juego”, “taza”, “asiento”, “juguete”, “malo”, “injusto”, “ómnibus”, y tantos otros, estamos siempre en condiciones de saber si un enunciado en el que están presentes es verdadero o falso. Cuando existen dudas, no es porque no sabemos cómo usarlos, sino por características propias del término (por ejemplo, cuando nos preguntamos si todos los juegos deben ser divertidos), o porque no podemos determinar con claridad los hechos asociados (¿Se terminó el juego a las seis o a las siete?). Hay otras palabras que sabemos usar sólo de manera limitada o en ciertos contextos, como “tigre”, “inflación”, “átomo”, “planeta”. Aunque sabemos que los planetas tienen gravedad, o que se originan por el colapso de partículas, quizás cuando nuestra hija nos pregunta por qué la Luna es un satélite y no un planeta, no tenemos una respuesta adecuada que ofrecerle.

Del mismo modo, aunque sabemos muy bien cómo identificar tigres, quizás no sepamos exactamente qué los diferencia de otras familias de felinos, o creamos falsamente que éstos sólo pueden tener pelaje anaranjado. Estas palabras, aunque son de uso público, tienen la peculiaridad de responder a disciplinas científicas o áreas de *expertise* que estudian su naturaleza y comportamiento. Las personas que se dedican a eso, los expertos, saben mucho más acerca de esos términos que nosotros, y siempre podemos acudir a ellos para que nos expliquen aquello necesario para comprenderlos mejor. Adicionalmente, existen palabras que no sabríamos cómo usar correctamente en ninguna circunstancia, a menos que fuésemos expertos. En general, son aquellos términos técnicos internos a una disciplina que no cobran presencia ni relevancia pública y que, por lo tanto, desconocemos por completo. No obstante esto, tanto en los casos en los que tenemos poca competencia como en los que tenemos nula competencia, siempre podemos volvernos más competentes consultando los expertos adecuados, por ejemplo, “¿qué diferencia hay entre un satélite y un planeta?” y esto da cuenta de que en general, nuestra ignorancia no impide que podamos hablar de las cosas a las que esas palabras hacen referencia, en el sentido de que cuando yo digo que no sé qué diferencia hay entre los planetas y los satélites, estoy hablando de lo mismo que hablan los expertos y otras personas a mi alrededor.

Pasando a la cuestión del derecho, es claro que los jueces y legisladores no son igualmente competentes en todos los términos que están presentes en el cuerpo de la ley. Para conceptos legales, ellos son propiamente los expertos. Para conceptos de uso común, no están en mejores (ni peores) condiciones que las personas corrientes. Y, cuando en la ley figuran términos técnicos de otras disciplinas, es claro que se encuentran en el mismo predicamento que las personas comunes. Dependiendo de cuestiones relacionadas con el individuo (sus intereses privados, sus estudios previos, su entorno familiar, etc.) el funcionario sabrá más o menos respecto de esa palabra: desde nada, a mucho más que una persona corriente.

¿Cómo impacta esta situación general en su función? Según Canale, existen dos contextos claros en los que la incompetencia de un funcionario hacia un término técnico puede afectar la legitimidad de sus acciones. En el contexto de la creación de leyes, se da el fenómeno de la opacidad de las dispo-

siciones: quienes crean la ley ignoran por completo (o los aspectos relevantes de) un término técnico incorporado en la ley. En el contexto probatorio, se da el fenómeno de la opacidad de las normas: los jueces interpretan leyes que contienen términos técnicos siendo completamente incompetentes respecto de dicho término. En ambos casos, los funcionarios relevantes consideran que los expertos son las personas adecuadas para dar cuenta de ellos, y por lo tanto delegan en éstos la competencia relevante.

Para comprender mejor cómo se da la opacidad y por qué resulta problemática, tomaré el caso de la opacidad de las normas, que tiene lugar en el contexto probatorio, donde el juez debe tomar la decisión judicial en base a la interpretación de la ley y a los hechos del caso.<sup>3</sup> Canale toma el caso *Stalcup vs. Peabody Coal Co.* para ejemplificar este fenómeno. El Sr. Stalcup, tras ser diagnosticado de neumoconiosis en 1997, demanda a la compañía para la que trabaja, sobre la base del Art. 922 (a) (1) del *Black Lung Benefits Act*, según el cual si ocurre una discapacidad total causada por neumoconiosis, corresponde que el empleado sea indemnizado. El juez (en la primera instancia de apelación) convocó a un comité de expertos para determinar si el demandante tenía neumoconiosis. Según la explicación del caso de Canale, el comité (compuesto de cinco profesionales con excelentes credenciales) resultó diferir en cuanto al diagnóstico. Tres profesionales consideraron que Stalcup no tenía neumoconiosis, y dos consideraron que sí tenía la enfermedad. Lo interesante del caso es que el desacuerdo no estuvo originado en una discrepancia respecto de cuestiones de hecho que pudieran repercutir en el establecimiento del diagnóstico (por ejemplo, una interpretación diferente de una misma imagen radiológica, o una discrepancia en la evaluación semiótica del paciente) sino en las condiciones que cada grupo consideraba relevantes para el establecimiento del diagnóstico. Es decir, respecto del término “neumoconiosis” y sus condiciones de aplicación. Al parecer, el desacuerdo entre ambos grupos de expertos reflejaba un desacuerdo al nivel de la comunidad científica, que se encontraba igualmente dividida al respecto. El juez aplicó la regla de la mayoría, y tomó por cierto que Stalcup no tenía neumoconiosis.

---

<sup>3</sup> En lo que resta del trabajo me centraré en este caso, pero creo que las conclusiones a las que arriba pueden trasladarse al caso de la opacidad de las disposiciones.

Un punto interesante de este caso es que a todas luces el juez depende de los expertos en un doble sentido. Como expertos consultados para determinar cuestiones de hecho relevantes al caso, el juez depende de lo que ellos afirman, por ejemplo “Stalcup no tiene neumoconiosis”. El juez no podría por sí mismo llegar a esa conclusión, por lo cual tiene que confiar en lo que los expertos afirman e incorporarlo como información para valorar la evidencia total. A su vez —y este es el punto que le interesa señalar a Canale— el juez parece declararse incompetente en lo que respecta al término neumoconiosis, y al aplicar la regla de la mayoría para determinar la cuestión de hecho, asimismo lo hace para determinar el significado que atribuirá al término neumoconiosis. Esto es así porque si atribuyera uno diferente, no estaría probada la cuestión de hecho que él considera probada.

Veamos con más detalle esto último, pues allí nos acercamos al problema de la opacidad. ¿Qué quiere decir que determina de ese modo el significado de neumoconiosis? Pues que ése (y no otro) es el término relevante para evaluar la cuestión de hecho. ¿Y qué determina cuál es el término relevante? La ley. Es la ley, que afirma que si alguien tiene una discapacidad total causada por neumoconiosis entonces corresponde la indemnización, la que determina qué cosa haya que probar. El juez, en su tarea interpretativa, debe precisar el contenido de la ley relevante, para establecer las condiciones que deben buscarse al considerar los hechos del caso. En el caso de esta ley, “discapacidad total”, “neumoconiosis” y “causa” son los términos a los que el juez debe prestar atención. Así como “causa” en sentido legal no significa lo mismo que “causa” en sentido médico o físico, “neumoconiosis”, tiene, en virtud de una situación excepcional en el contexto médico, dos acepciones relevantes y, por lo tanto, es el juez quien debe determinar el contenido de la ley en la que figura el término, vía la especificación del cuál de los dos sentidos es el que usará. Pues bien, el juez no realiza este acto de determinación con anterioridad al establecimiento de la cuestión de hecho, sino que vía la determinación de ésta es que establece asimismo el contenido de la ley. Al ser completamente incompetente respecto del término “neumoconiosis” y definir por mayoría su significado relevante —el que permite determinar el contenido de la ley— podemos encontrar los siguientes problemas, según Canale:

...el juez se abstuvo de interpretar el artículo 922(a)(i) del *Black Lung Benefits Act*, delegando de hecho a una comisión de expertos el ejercicio del poder judicial en su lugar... (Canale, 2023, sección 4)

Y más abajo:

...el juez, desde el punto de vista cognitivo, no atribuyó significado alguno al texto utilizado para regular el caso. Se limitó a establecer la referencia del texto sobre la base de la declaración de los expertos, aunque las razones que justificaban su opinión no eran inteligibles para él. (Canale, 2023, sección 4)

La problematicidad es clara, toda vez que el juez, al interpretar “a ciegas” la ley, no puede cumplir con operaciones clave de su labor como juez, que tienen que ver con dar sentido a la ley en cuestión, donde esto es mucho más que asignarle un contenido específico: es ponerla en relación con otras leyes, establecer su alcance, sus posibles ambigüedades, incompatibilidades, y otras muchas operaciones, tanto interpretativas como argumentativas que sólo él puede realizar y no puede delegar en nadie.<sup>4</sup> Si el juez no sabe nada sobre el término en cuestión (en este caso de “neumoconiosis”) y delega en los expertos la atribución del contenido específico del término, entonces su conducta roza la ilegitimidad, pues “el caso se decide incluso si éste no comprende el contenido de la norma que aplica, ni puede predecir las consecuencias de su propia decisión.” (Canale, 2023, sección 4).

En relación con el fenómeno de la opacidad, conviene destacar que Canale enfatiza en muchas ocasiones que éste tiene lugar en la “interacción lingüística” entre jueces y expertos, y que no es algo que afecte a las normas en sí. No creo correrme demasiado de su letra si afirmo que una norma es opaca cuando el juez la interpreta “a ciegas”, delegando la determinación de la misma a expertos, y bloqueando entonces la posibilidad de darle sentido cabal a ésta, corriéndose de sus obligaciones como funcionario judicial y poniendo en riesgo la legitimidad de su decisión.

Canale utiliza, para comprender y explicar este fenómeno y su problematicidad, una gran cantidad de nociones semánticas: “opacidad”, “defe-

rencia semántica”, “designación rígida”, “sentido”, “referencia”, y otras que hacen pensar que el problema es, al menos en parte, semántico. De esto podría seguirse la siguiente idea. De las dos situaciones de dependencia hacia los expertos señaladas en esta sección, la primera es propiamente epistémica, como también lo son los problemas específicos que ésta suscita en el contexto legal. Por ende, los conceptos y teorías de la epistemología (general y aplicada) serían muy útiles para comprenderlos mejor y hallar posibles soluciones. La segunda es propiamente semántica, como así también los problemas que ésta suscita en el contexto legal, en especial el de la opacidad. Por ende, los conceptos y teorías de la filosofía del lenguaje y de la mente serían muy útiles para su comprensión y solución. De hecho, el primero ha sido abordado mediante la noción de “deferencia epistémica” y el segundo por la de “deferencia semántica” por Ubertone (2022), quien acepta como legítimo el primer mecanismo en el contexto judicial, mas no el segundo. Canale parece aceptar este abordaje diagnóstico, cuando respecto del caso *Stalcup* afirma cosas como: “si la deferencia epistémica del juez hacia los expertos se convierte en una forma de deferencia semántica, la opacidad de las normas corre el riesgo de comprometer los intereses de los sujetos involucrados en el proceso judicial.” (Canale, 2023, sección 4)

Este diagnóstico es el que cuestionaré en la Sección 3 de este comentario, pues una vez analizado el problema, no parece haber un fenómeno semántico problemático que atender. Para poder hacer esto, en la siguiente sección repasaré brevemente cómo se articulan las situaciones y los problemas de dependencia referidos en esta sección con las teorías filosóficas utilizadas para realizar abordajes diagnósticos.

### 3. El *factum* de la dependencia a la luz de los conceptos filosóficos

En la sección anterior ofrecí una descripción intuitiva de dos formas en las que se manifiesta nuestra dependencia hacia otras personas. Estas situaciones de dependencia son un punto neurálgico en muchas discusiones en epistemología y filosofía de la mente y del lenguaje. En esta sección me ocuparé de la articulación de estas cuestiones, distinguiendo cuatro niveles, dos fácticos (describen situaciones que de hecho ocurren) y dos teóricos:

1. El *factum* general de la dependencia. Son las situaciones de dependencia descritas en la sección 1.
2. Situaciones “problemáticas” asociadas al *factum* general que tienen lugar en el contexto judicial. Jueces o funcionarios reales que se comportan de manera problemática en relación con su situación de dependencia. Un juez que defiere ciegamente hacia un perito, o que intenta reemplazarlo; un legislador que no se ocupa de comprender qué hay detrás de un término técnico que figura en una ley que está votando, o el juez del caso Stalcup.
3. El manejo teórico del *factum* general. La dependencia tiene un impacto en las teorías epistemológicas y acerca del lenguaje y la mente, que deben explicarlo.
4. El manejo teórico de las situaciones problemáticas. Las situaciones problemáticas demandan un diagnóstico que permita trazar un horizonte de soluciones posibles. Éste puede nutrirse de (aunque no se reduce a) el manejo teórico del *factum* general.

Establecidos estos niveles, pasemos a analizar algunos aspectos de la articulación entre los mismos. Comenzaré por hacer esto para el caso de la dependencia informativa.

### 3.1. El *factum* de la dependencia: tratamiento epistemológico

*El problema epistemológico general.* Para simplificar la explicación en este punto, tomemos como cierto que la epistemología teoriza sobre hechos epistémicos, y la teoría semántica sobre hechos semánticos.<sup>5</sup> Los hechos epistémicos (o epistémicamente relevantes) hacen verdaderas a expresiones como las siguientes “S sabe que p”, “S está justificada en creer que p”, “S comprende/entiende X”, etc. Es decir, tienen que ver con estados que

<sup>5</sup> Esta idea es cuestionable, ya sea por negar que haya hechos epistémicos por encima o por debajo de los hechos naturales o sociales (véase Goldman, 1967; Kornblith, 2002; Barnes, 1983), o por cuestionar que lo epistémico pueda teorizarse como un hecho objetivo estable en el mundo (véase Williams, 2007). Del mismo modo, la lectura que Kripke hace de Wittgenstein afirma que no hay tal cosa como hechos semánticos (Kripke, 1982).

consideramos valiosos desde el punto de vista de buscar la verdad y evitar el error.<sup>6</sup> Los hechos semánticos, en cambio, hacen verdaderas expresiones como “El término ‘N’ refiere a o”, “El predicado P denota la propiedad f”, “Las condiciones de aplicación del término X son A, B, C”, etc. Los hechos semánticos describen cómo las expresiones (simples y complejas) refieren a objetos y propiedades, pero también cómo expresan contenidos –comúnmente llamados “proposiciones”– que pueden ser verdaderos o falsos según cuáles sean los hechos no semánticos relevantes.

Los debates internismo-externismo e individualismo-anti-individualismo, tanto en epistemología como en filosofía de la mente y del lenguaje, son acerca de los hechos epistémicos/semánticos. Más adelante, en la sección 2.2, hablaré de este debate en la filosofía del lenguaje. En el caso de la epistemología, la pregunta que divide aguas es: ¿puedo establecer si una persona sabe/está justificada/comprende tan sólo mirando hechos acerca de sus propios estados, ya sean físicos o mentales? El individualismo y el internismo responderán que sí.

La teoría cartesiana del conocimiento aglutina ambas posiciones en una versión infalibilista: el sujeto de conocimiento es completamente autónomo, y exige, para saber cualquier cosa, que la persona esté en posesión de razones que la fundamenten de manera incompatible con el error. Aquellos hechos que determinan si éste sabe o no se encuentran, por lo tanto, “en su mente”. Podríamos usar el eslogan “el conocimiento está en la mente” para caracterizar a esta combinación de posiciones.<sup>7</sup>

El anti-individualismo, en cambio, sostiene que la respuesta a la pregunta es negativa, pues para determinar si alguien sabe/está justificado/comprende es necesario incorporar hechos acerca de otras personas, como individuos o de manera comunitaria. Si se afirma que las reglas de la justi-

<sup>6</sup> Nuevamente, esto es una simplificación, existen otras metas propiamente epistémicas.

<sup>7</sup> Pero no deben confundirse. De hecho, el internismo es una tesis algo más restrictiva, puesto que el individualismo tiene una lectura externista. En su versión “externista” el individualismo amplía los hechos relevantes para responder a la pregunta, pero estos hechos tienen que ver con relaciones naturales del individuo con el mundo. No es necesario atender a estas distinciones más finas para seguir el hilo de este comentario. Por lo que asimilaré de ahora en más las posiciones individualismo-internismo y anti-individualismo-externismo. Véase Goldberg (2007) y Poston (2008) para obtener un panorama claro de estas distinciones.

ficación responden a prácticas sociales, o que el hecho de que una creencia esté justificada se basa en parte en que no habría objeciones por parte de la comunidad a la que pertenece S, o cualquier otra apelación a circunstancias sociales, entonces estamos frente a una posición anti-individualista.

El debate entre estas posiciones no es inmune a los hechos acerca del mundo y de nosotros que parecen apuntar en una u otra dirección. El caso de la dependencia informativa es, por lo tanto, un punto neurálgico en dicho debate. Es un *factum* acerca de las comunidades humanas el que dependamos de lo que otras personas saben sin tener nosotros mismos razones para sostener lo que tomamos por cierto a partir de ellos. El anti-individualismo puede acomodar perfectamente este hecho, mientras que el individualismo debe explicar cómo la dependencia informativa es compatible con el conocimiento. El desafío para esta posición es racionalizar (o más bien, tornar aceptable) la incorporación de información para la cual no tenemos evidencia. Otra posibilidad sería juzgar como irracionales aquellos casos, exigiendo siempre algún tipo de razón positiva para su aceptación. Ésta no es una posición popular en epistemología, pero podría ser adecuada para establecer las condiciones bajo las cuales es correcto para un juez tomar como cierta una proposición dada. Por esto, necesitamos diferenciar el problema epistemológico general del problema epistemológico jurídico.

La filosofía de la ciencia también ha modelado diferentes maneras en las que el fenómeno de la dependencia informativa tiene lugar en el contexto de grandes grupos de investigación, donde hay colaboración y división de trabajo intelectual. En este contexto, Wagenknecht (2014) distingue entre formas de dependencia epistémica “opacas” y “traslúcidas”.<sup>8</sup> Ambas describen los dos polos extremos de una gran área gris en la que los científicos pueden depender epistémicamente los unos de los otros. Jeebile (2018) elabora estas ideas de la siguiente forma:

Cuando la científica dependiente posee total *expertise* sobre la cuestión en juego, entonces tenemos un caso de dependencia epistémica traslúcida. Ella depende de otra persona sólo por cuestiones

<sup>8</sup> Véase también Wagenknecht (2016).

pragmáticas, usualmente relacionadas a consideraciones de tiempo, pero dado que ella posee la expertise relevante para la cuestión de si  $p$ , ella puede al menos parcialmente evaluar la afirmación de su colega de que  $p$  –y, si está disponible, ella puede evaluar la evidencia experimental que su colega ofrece a favor de su afirmación.

Cuando, por el contrario, la científica dependiente no posee nada de *expertise* sobre la contribución de trabajo epistémico en juego, entonces tenemos un caso de dependencia epistémica opaca. La científica dependiente no tiene ningún medio para establecer la verdad de que  $p$ , excepto asumiendo que su colega es un testigo honesto y confiable, y/o un experto competente. (Jebeile, 2018, p. 63, traducción propia)

Esta autora explora otras causas posibles de dependencia opaca, además de la falta de *expertise*, como por ejemplo cuando por razones de propiedad intelectual no es posible compartir información sobre la manera específica en la que un instrumento de medición funciona.<sup>9</sup> Aunque no es la situación epistémica “ideal”, la dependencia opaca es admisible en ciertas formas de trabajo colectivo, en particular cuando aquello que es opaco (el resultado de un instrumento o un algoritmo) ha ganado suficiente robustez (Jebeile, 2018, pp. 73-74).

La dependencia opaca total, en cambio, no podría ser admisible en el contexto judicial cuando la jueza recibe información por parte de un perito, estableciendo nuevamente una diferencia entre otras áreas de la epistemología (ya no la general sino la del conocimiento científico) y aquella propiamente jurídica.

Por estas razones, conviene diferenciar el problema epistemológico jurídico como un nivel *suis generis* de abordaje a la situación de dependencia y los problemas que esta trae.

<sup>9</sup> El ejemplo tomado por la autora es el de la misión espacial Herschel, y quizás valdría la pena contrastarlo con el caso de la “máquina de humo” puesto en consideración por Canale para ejemplificar la opacidad de las disposiciones.

*El problema epistemológico jurídico.*<sup>10</sup> La pregunta específica que debe responder la epistemología jurídica en relación con la dependencia es ¿bajo qué condiciones el juez está habilitado epistémicamente a aceptar la información que le brinda un testigo? Esta pregunta difiere en parte del problema más general (referido en la sección anterior) sobre cómo compatibilizar las exigencias propias del derecho con la inevitable dependencia informativa, dado que las exigencias hacia el juez no sólo son epistémicas. Sin embargo, la respuesta de la epistemología jurídica constituye un aporte importante al diagnóstico completo de esas situaciones. Podría ser tentador, entonces, pensar que lo que hay que hacer es tomar los resultados de la teorización epistemológica general y trasladarlos al caso jurídico. Pero este camino no es trivialmente correcto, al menos por dos razones.

En primer lugar, porque supone que las exigencias epistémicas propias del derecho pueden reducirse a exigencias epistémicas generales. Un ejemplo de esto serían los teóricos que proponen la “norma del conocimiento” según la cual una condena (o sentencia) no es justa si no está basada en el conocimiento (o en el conocimiento probable) del juez respecto de la culpabilidad, donde esto estaría asociado a una regla general que relaciona el conocimiento y la acción.<sup>11</sup> En este sentido, alguien podría decir que si el juez logra saber testimonialmente algo a partir de los peritos, entonces está legitimado en usar ese conocimiento para fundar su condena. Este camino es equivocado, sin embargo, porque la norma del conocimiento no parece dar en el clavo respecto de lo que se pide del juez como agente epistémico. Se ha argumentado (con bastante contundencia) que el conocimiento del juez no es un requisito para formar decisiones judiciales justas. De hecho, ni siquiera es un requisito que el juez tenga la creencia relevante.<sup>12</sup> De esta forma, las teorías sobre el conocimiento (y cómo acomodan el fenómeno de la dependencia) resultan transversales al problema que se presenta para el caso del derecho.

<sup>10</sup> Para un análisis más detallado de los contenidos de esta parte véase Rimoldi (2021, secciones 2.2., 3 y 4).

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, Blome-Tillmann (2017) y Littlejohn (2020).

<sup>12</sup> Véase Ferrer Beltran (2006, 2021) y Lackey (2021).

El segundo problema es el de las particularidades del derecho. Incluso si encontrásemos una demanda epistémica legítima hacia el juez en el contexto judicial, por ejemplo que comprenda,<sup>13</sup> o una manera de traducir las exigencias epistémicas generales aún cuando el juez no tenga que saber o creer nada,<sup>14</sup> los límites de estas exigencias serán establecidos al menos en parte por las características del proceso judicial como una práctica epistémica *suis generis*. En este sentido, una teoría general de la comprensión no podría trasladarse sin más al caso judicial.

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.

### 3.2. El *factum* de la dependencia: tratamiento semántico<sup>15</sup>

Volviendo a los debates internismo-externismo e individualismo-anti-individualismo, ahora en filosofía de la mente y del lenguaje, la pregunta relevante es: ¿puedo establecer el contenido de un concepto o significado de un término tan sólo mirando hechos acerca de los propios estados, ya sean físicos o mentales de un hablante competente? El individualismo y el internismo responderán que sí.<sup>16</sup> Sostienen que para adquirir el significado de cualquier concepto o término la persona que lo adquiere deberá poder acceder a dicho significado de manera reflexiva. Aquellos hechos que deter-

<sup>13</sup> De hecho, creo que esto es correcto. Véase Rimoldi (2020), donde sigo en ese punto a Vazquez (2020).

<sup>14</sup> Véase Rimoldi y Bouvier (2017).

<sup>15</sup> Esta sección y la que sigue se ha nutrido enormemente de varios intercambios con Eduardo García Ramírez.

<sup>16</sup> Nuevamente, por mor de la simplicidad, he tomado como un tándem posiciones que de hecho tienen distinto alcance. Para apreciar una distinción más fina puede consultarse la ya mencionada compilación de Goldberg (2007) (véase nota 7).

minan el significado de tal o cual término o concepto son, por lo tanto, transparentes a su vida mental. Dicho de otra manera, los significados están en la mente del hablante competente.

El anti-individualismo/externismo semántico, en cambio, sostiene que la respuesta a la pregunta es negativa, pues para determinar el significado o contenido de un concepto o término es necesario incorporar hechos no sólo acerca de otras personas (otros hablantes competentes o una comunidad de hablantes competentes) sino también hechos del mundo externo. Si el contenido de un concepto o término está determinado por prácticas sociales, científicas o disciplinares, o si éste depende de la estructura misma del mundo independiente de las prácticas humanas, entonces se trata de una concepción anti-individualista/externista del significado. Una consecuencia importante del anti-individualismo/externismo del significado es la pérdida del acceso reflexivo a los hechos semánticos. En este sentido se suele decir que, mientras que para el individualismo los significados son transparentes porque podemos acceder a ellos mediante la reflexión, para el anti-individualismo son opacos. Para determinar el significado del término de clase natural “agua”, por ejemplo, es necesario hacer investigación empírica — hasta determinar que denota  $H_2O$ — no basta meramente con reflexionar sobre el término “agua” y sus usos. Esta opacidad, sin embargo, no implica imposibilidad de acceso, sino que es meramente la negación de la transparencia, o acceso reflexivo, del significado. Dado que los hechos semánticos no están en la cabeza de los hablantes competentes tampoco están al alcance de un acto mental como la reflexión. Los hechos semánticos son accesibles a través de la investigación empírica, pero no son transparentes.

Ahora bien, ¿qué sucede con la dependencia en el manejo de conceptos/términos que hemos descrito de manera intuitiva en la sección 2? Pues bien, nuevamente, este *factum* acerca de nosotros tiene consecuencias en el debate entre ambas posiciones teóricas. Ellas deben explicarnos cómo es que adquirimos el significado de tales o cuales términos o conceptos aún cuando dependemos de otros (o del mundo) para determinar lo que significan. El anti-individualismo del significado puede acomodar perfectamente este hecho, atribuyendo a la dependencia semántica un carácter interpersonal o comunitario, o bien asimilando los hechos semánticos correspondientes a los términos y conceptos adquiridos a través de

otros hablantes a una fuente distintiva de información semántica, a saber, el conocimiento del mundo externo. Esta dependencia ha sido conceptualizada, a partir de Putnam, como “deferencia semántica”. La idea de que delegamos en los expertos correspondientes la correcta captación del significado de términos y conceptos y la posibilidad de referir adecuadamente a las cosas en el mundo, es acogida por el eslogan putnamiano de “los significados no están en la cabeza”. Es un hecho de las comunidades humanas que dividimos socialmente las labores lingüísticas y conceptuales. Dependemos de las competencias lingüísticas y conceptuales de otras personas sin tener nosotros mismos que poder identificar en todo contexto los hechos que determinan el significado de los términos y conceptos que adquirimos a partir de ellos. El internismo/individualismo del significado debe explicar cómo la dependencia semántica es compatible con la idea de que el significado está en la cabeza. El desafío para esta posición es explicar cómo es que, a pesar de esta división del trabajo semántico, somos capaces de hablar y hacer referencia a las cosas del mundo que caen bajo esos conceptos (tigre, planeta, dinosaurio, etc) y, sobre todo, hablar de las mismas cosas, cuando por ejemplo queremos aprender sobre cosas como la neumoniosis.

Es importante notar que, aunque son cosas distintas, la división social del trabajo lingüístico trae consigo inevitablemente a la deferencia semántica. De acuerdo con lo primero, son expertos quienes se dan el trabajo (p.ej., en medicina, biología, química, física o mecánica automotriz) de identificar el significado, fijar la referencia, de los términos relevantes. De acuerdo con lo segundo, los legos nos beneficiamos de ese trabajo empleando criterios referenciales que hacen depender la referencia del concepto que nosotros expresamos al usar un término sobre la referencia del concepto que otros expresan al usar dicho término, generando así una cadena de dependencia. Esta cadena concluye, naturalmente, con la referencia expresada por expertos. Como señalan Schroeter y Schroeter “un criterio deferencial para fijar la referencia nos da instrucciones para encontrar un criterio diferente, no deferencial, para fijar la referencia y tomarlo como autoritario.” (2016, p. 204)

Hasta aquí hay un paralelismo entre el tratamiento epistemológico y el tratamiento semántico de la dependencia informativa. Se trata en ambos

casos de hechos que dan forma a la vida humana y que nuestras mejores teorías (epistemológicas y semánticas) deben poder explicar. Tenemos, entonces, los niveles 1 y 3 correspondientes a los referidos al inicio de la sección. También parece existir el nivel 2, pues tenemos situaciones problemáticas que parecen estar relacionadas con la situación general de dependencia en el uso de conceptos y términos. ¿Qué tratamiento teórico requiere esta situación? ¿Hasta dónde llega la problemática *semántica* del mismo? ¿Hasta dónde el paralelismo con la situación de dependencia informativa y sus derivas teóricas? ¿Existe un dominio teórico *suis generis* equivalente al de la epistemología jurídica para el caso semántico? En caso de existir, ¿se aplicaría al caso *Stalcup*...? Canale parece sugerir que el paralelismo es completo, al hablar de jueces que defieren semánticamente hacia expertos *y no deberían hacerlo*, y al describir a la opacidad del derecho como un fenómeno que tiene lugar en el “intercambio lingüístico entre jueces y expertos”. En el primer caso, parece sugerir que la deferencia semántica es algo opcional, lo cual se corre de la interpretación que esta noción tiene en la discusión general en filosofía del lenguaje y la mente. En el segundo caso, reinterpreta la noción de opacidad, como si fuese un sentido de opacidad propio del derecho. Estas afirmaciones sólo tienen sentido si existiera un dominio teórico *suis generis* semántico jurídico, de modo que pudiera decirse, “el externismo semántico podría ser cierto para una teoría general del significado, pero para el caso jurídico, la opacidad y la deferencia semántica no son nociones adecuadas”. En la siguiente sección me ocuparé de analizar el diagnóstico de Canale y cuestionaré precisamente la necesidad de entender la problemática del caso *Stalcup*...en términos semánticos.

## 4. Volviendo a pensar el caso *Stalcup*...

### 4.1. ¿Un diagnóstico epistémico o semántico?

El caso *Stalcup*...es un ejemplo de situaciones problemáticas reales asociadas al manejo inadecuado de conceptos técnicos. Situaciones como ésta ponen en riesgo la legitimidad de las decisiones judiciales y demandan un diagnóstico teórico adecuado en aras de hallar soluciones posibles. Canale

realiza un diagnóstico que contiene elementos semánticos y epistémicos. Veamos en qué consiste:

Si consideramos el razonamiento realizado por el Juez en *Stalcup*, ¿Cuál fue el aporte de los expertos en la solución del caso?

La noción de opacidad puede ser útil para responder a esta pregunta. 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(a)(1) del *Black Lung Benefits Act*. ‘Neumoconiosis’ es un término técnico que pertenece al léxico de la medicina patológica. Término que el legislador había utilizado para redactar la disposición, pero cuyo contenido especializado no fue investigado por el juez y le era ininteligible. (Canale, 2023, sección 4)

Sobre este diagnóstico cabe hacer una acotación semántica inicial. La noción de opacidad del significado es introducida por Quine (1953) para describir ciertos casos extraños en los que sabemos que dos términos son perfectamente correferenciales o sinónimos y, sin embargo, no podemos sustituirlos dentro de ciertos contextos sin alterar el valor de verdad de la expresión. Por ejemplo, sabemos que ‘8’ y ‘el número de los planetas del sistema solar’ son correferenciales. Sin embargo, no podemos sustituir uno por otro al interior de la afirmación verdadera “Necesariamente 8 es menor que 10”. Si cambiamos ‘8’ por ‘el número de los planetas...’ obtenemos una falsedad. Este fenómeno, puramente semántico en tanto que depende exclusivamente de las condiciones de verdad del juicio, es conocido como opacidad en relación con los contextos en los que tienen lugar. Los contextos no modales, como el de la afirmación verdadera “8 es menor que 10”, son transparentes en tanto que parecen reconocer fácilmente el contenido de ‘8’ y su sinonimia con ‘el número de los planetas...’. Así visto, si sustituimos ‘8’ por ‘el número de los planetas...’ al interior de “8 es menor que 10” no obtenemos una falsedad.

Con esto en mente resulta claro que la noción de opacidad de la que habla Canale en su diagnóstico no es semántica. El término “neumoconiosis” puede ser sustituido por términos sinónimos al interior de las afirmaciones relevantes –por ejemplo, por la descripción ‘la patología originada de tal y tal forma que causa tal y tal efecto’– sin alterar su valor de verdad. En sentido estricto, el término médico mismo no podría siquiera ser opaco según Quine, porque la opacidad es una propiedad de los contextos al interior de los cuales aparece un término referencial o denotativo y no de los términos referenciales o denotativos mismos. Pareciera, por otro lado, que la opacidad a la que hace referencia Canale es una propiedad o relación entre el hablante (un juez) y el término, basada en la ignorancia del primero acerca del segundo, ignorancia que resulta natural si recordamos la división social del trabajo lingüístico y los procesos de deferencia semántica existentes para asegurar que dicha división resulte beneficiosa para la sociedad. En otras palabras, de ser semántica la preocupación, lo que Canale llama “opacidad”, queda resuelto –dado el acuerdo general en filosofía del lenguaje– mediante la deferencia semántica. Podemos decir, siguiendo a Schroeter y Schroeter (2016), que al fijar la referencia de ‘neumoconiosis’ el juez acertadamente “nos da instrucciones para encontrar un criterio... no deferencial” que fije la referencia “y tomarlo como autoritario”. Ese criterio es, por supuesto, el de un grupo de expertos.

En este punto, cabe recordar la posibilidad de establecer una suerte de dominio *suis generis* semántico, en el que opacidad pudiera significar algo diferente para el caso jurídico: la opacidad en el derecho. El problema con esto es que la noción de “opacidad en el derecho” es, tal como sugiere el propio Canale, algo que no se predica de las normas como tales, sino que involucra al juez y a su interacción con los expertos.

Todo esto apunta a que, *suis generis* o no, es un problema epistémico y no semántico, pues puede describirse en términos sencillos apelando al perfil epistémico del juez: no *dominar* el contenido científico de un término, o estar en condiciones de identificar su referencia de manera no deferencial, es un impedimento epistémico más que un problema de fijación del significado, en el sentido de que es el juez *qua* agente epistémico el que se ve imposibilitado de identificar casos de neumoconiosis por sí mismo (*i.e.*, no deferencialmente), o explicitar cuáles son las condiciones bajo las que debería diagnosticarse

neumoconiosis. Sin embargo, no es éste el camino que parece tomar Canale, relegando la dimensión epistémica del problema a un lugar secundario desde el cual no juega ningún papel relevante en el diagnóstico teórico del caso.

La estrategia de Canale es describir esta ignorancia en términos semánticos, en el sentido de que el juez parezca no ser un usuario competente de “neumoconiosis”. Sería esto lo que lo lleva a recurrir a los expertos para determinar el significado no sólo del término si no (justo por esto) del artículo 922(a)(1) en su totalidad. Más adelante, sin embargo, al exhibir la problematicidad del caso, sí parece ser relevante el hecho de que el juez se encontrara en un estado de ignorancia epistémica:

En otras palabras, el juez utilizó la opinión de la mayoría de los expertos para determinar el contenido lingüístico de la disposición, es decir, la norma por ella expresada, *sin poder comprender las razones epistémicas que fundamentaron su decisión*. Al hacerlo, el juez se abstuvo de interpretar el artículo 922(a)(1) del *Black Lung Benefits Act*, delegando de hecho a una comisión de expertos el ejercicio del poder judicial en su lugar. Además, los expertos determinaron el contenido de la norma que regulaba el caso no sobre la base de un conocimiento científico consolidado en la comunidad científica, sino más bien mediante un voto mayoritario. De esta forma, los criterios de selección de los expertos llamados a declarar y su representatividad con respecto a las diferentes explicaciones científicas de la enfermedad acreditadas en la literatura, se volvieron cruciales para la solución del caso. Los expertos no solo reemplazaron al juez en la determinación del contenido del derecho ‘usurpando’ su papel, sino que su opinión se mantuvo controvertida desde el punto de vista epistémico. (Canale, 2023, sección 4. El énfasis en itálicas es mío)

¿Cuál es entonces el diagnóstico teórico de Canale del caso? ¿A qué aspecto del caso atribuimos la fuente principal de ilegitimidad? Tal y como se plantea la situación, el problema nodal está en el modo en que el juez interpretó la ley, en tanto y en cuanto parece haber delegado en los expertos esta tarea propia de su rol como juez. Enumeremos los diferentes aspectos que caracterizan en conjunto las acciones interpretativas del juez:

1. *Determinación del contenido de la ley.* Fue en deferencia a los expertos que se determinó el contenido específico del término ‘neumoconiosis’ que figuraba en la ley.
2. *Momento de la determinación.* En este caso, el juez interpretó la ley vía el establecimiento de la cuestión de hecho relevante “Stalcup no tiene neumoconiosis”.
3. *Forma de manejar las diferencias entre los expertos.* El juez optó por la regla de la mayoría para resolver el desacuerdo.

Además de esto, se encuentran aspectos propiamente epistémicos del caso, en el sentido de que describen el perfil epistémico del juez respecto de sus diferentes acciones. Esto es recogido por Canale cuando afirma que el contenido especializado de ‘neumoconiosis’ no fue investigado por el juez y le era ininteligible, y también cuando afirma que al utilizar la opinión de la mayoría para determinar el contenido de la norma, el juez lo hizo sin poder comprender las razones epistémicas que fundamentaron su decisión. Creo que resulta relevante distinguir estos dos aspectos:

4. *Comprensión de los contenidos relevantes.* El juez ignora el contenido de la palabra “neumoconiosis”, que figura en la norma que regula el caso.
5. *Fundamentación del criterio por el cual se acepta la opinión de los expertos.* El juez ignora las razones epistémicas (sic) por las cuales atribuyó un contenido más que otro a la ley, al elegir por mayoría.

En este punto puedo adelantar con más claridad cuál es mi lectura del caso: 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. No es que el autor no describa a estos aspectos epistémicos en forma problemática, pero sí parece considerar que el problema no se reduce a éstos, sino que para comprenderlo adecuadamente debemos incorporar la dimensión semántica del asunto:

Para aclarar este punto, es útil reconstruir el razonamiento del juez recurriendo al operador deferencial  $R_x(\sigma)$ , propuesto por François Recanati para así analizar el fenómeno de la deferencia semántica.

(...) El juez decide no atribuir un contenido a la disposición. Pide más bien a los expertos que determinen el valor de verdad del enunciado 'DS padece de neumoconiosis'. La respuesta entregada por los expertos es entonces utilizada por el juez para *fixar de manera deferencial el contenido del predicado del que depende la calificación jurídica del hecho: cuando utiliza el término 'neumoconiosis', el juez se refiere en realidad al término  $R_{\text{expertos}}$  (neumoconiosis)*'. De ello se sigue que, en relación con la premisa fáctica de la decisión, el juez se limita a establecer si se prueba el enunciado 'DS padece de  $R_{\text{expertos}}$  (neumoconiosis)'; en cuanto a la premisa normativa, decide además que 'Si neumoconiosis, entonces indemnización' expresa la norma 'Si  $R_{\text{expertos}}$  (neumoconiosis), entonces indemnización'. Esto demuestra que el contenido del enunciado probatorio y de la norma son fijados implícitamente por los expertos y escapan, paralelamente, a la comprensión y a la apreciación del juez. (Canale, 2023, sección 4)

Y es esto lo que cuestionaré en lo que sigue. Para llevar adelante esta tarea, me serviré de dos variaciones del caso *Stalcup*..., que pondrán el foco en los diferentes aspectos (1)-(5) que confluyen en el caso original. Mostraré que cuando quitamos de escena los aspectos epistémicos del caso, no hay nada problemático en el accionar del juez, mostrando por lo tanto que el diagnóstico "semántico" de la situación es errado.

#### 4.2. Variaciones del caso *Stalcup*

*Stalcup*\*. El caso es similar en todos los aspectos, excepto porque no existe un disenso en la comunidad científica relevante respecto de las condiciones de aplicación de "neumoconiosis", sino que los expertos consultados están en desacuerdo respecto de la forma en que evalúan la evidencia. Es decir, desacuerdan únicamente sobre cuestiones de hecho.

Supongamos que el juez del caso interpreta el artículo relevante asignando a "neumoconiosis" el significado que la comunidad médica le atribuye, especificando así el contenido de la ley de manera previa, aunque de manera igualmente deferencial (1). El juez no investiga sobre la neumoconiosis, ni se interioriza sobre sus condiciones de aplicación (4). Durante el

proceso, los expertos consultados desacuerdan sobre el caso y el juez, sin valorar las razones detrás del desacuerdo (5) aplica la regla de la mayoría y acepta como probado que Stalcup no tiene neumoconiosis defiriendo epistémicamente hacia los expertos mayoritarios (3). El juez decide no indemnizar a Stalcup al realizar el razonamiento probatorio cuya premisa normativa y fáctica han sido respectivamente determinadas.

El juez, en este caso, interpreta la ley anteriormente a la determinación de la cuestión de hecho, pero el resto de las condiciones se mantiene. Es decir, se varía (2) y el resto se mantiene igual. Intuitivamente el caso es igual de problemático que el original, aunque Canale pareciera sugerir que existe un “plus” de problematicidad al asignar el contenido de la ley en el momento en que se determinan los hechos, esto no es lo central del caso. El problema parece radicar en el modo en que se determina el contenido de la ley (1) de manera “opaca” (4), y además la adopción no razonada de un criterio mayoritario para resolver una disputa entre expertos (3) y (5). Pero, como comienza a vislumbrarse aquí, al deslindar ambas situaciones (la determinación “a ciegas” del contenido y la decisión no razonada por mayoría), vemos que ambas cuestiones no están relacionadas entre sí de una manera teóricamente interesante, pues podemos imaginar que ocurren una sin la otra, como en la siguiente variación:

*Stalcup\*\**. Similar a la situación anterior, excepto que el juez comprende suficientemente los razonamientos involucrados en la opinión de los expertos para valorar adecuadamente sus testimonios. Concluye que la aplicación de la regla de la mayoría es el criterio adecuado en este contexto, y lo aplica. El juez decide no indemnizar a Stalcup realizando un razonamiento probatorio cuyas premisas normativa y fáctica han sido respectivamente determinadas.

Aquí tenemos la determinación “a ciegas” del contenido de la ley, pero un correcto proceder en la etapa valorativa. De esto se siguen dos cosas. Por un lado, podemos descartar que el criterio escogido para manejar las diferencias en el caso original (la regla de la mayoría) sea la fuente nodal de problematicidad, dejando en evidencia que el problema reside en (5): la falta de razones epistémicas en la adopción de un criterio, sea cual sea este criterio, para aceptar el testimonio de un experto. Siguiendo lo dicho en la sección anterior, este es un problema real, cuyo diagnóstico y posibles soluciones deben pensarse desde la epistemología jurídica, encontrando el punto ade-

cuado entre deferencia opaca y deferencia traslúcida, en el sentido postulado por Wagenknecht, igualmente inaceptables en el contexto judicial. Por el otro, que aquello que resta comprender de la situación (la determinación a ciegas del contenido) puede aislarse sin necesidad de involucrar más capas problemáticas en el caso. Y aquí llegamos al meollo de la cuestión, pues lo que resta analizar es precisamente cuál es la fuente de problematicidad que tiene como resultado un proceso interpretativo ilegítimo. ¿Es el modo en que determina el contenido de la ley (1) o es acaso que lo haga a ciegas (5)?

La interpretación de la ley involucra al menos dos dimensiones. La primera es la determinación de su contenido específico, y la segunda es un acto hermenéutico complejo en el que el juez debe poner en relación esa disposición con el resto del derecho, lo que Canale llama el “razonamiento interpretativo” (Canale, 2023, sección 4). Aunque entiendo que ambas dimensiones están interrelacionadas, podemos aislarlas en tanto que lo primero (sea resultado o no de lo segundo) se reduce la asociación de un determinado texto con una proposición específica, compuesta de términos cuyas condiciones de aplicación deben ser especificadas en ese mismo acto. En el artículo 922(a)(1), los términos relevantes serán ‘neumoconiosis’, ‘causa’, e ‘indemnización’. El juez, en tanto experto, sabe muy bien cuáles son las condiciones de aplicación de los términos relevantes de ‘causa’ e ‘indemnización’, de manera que la contribución de estas nociones a la determinación del contenido específico de la norma no será a ciegas. Para el caso de ‘neumoconiosis’ sin embargo, el juez, no sabiendo nada sobre dicho término y la patología a la que refiere, decide interpretar su contribución como aquella determinada por los expertos relevantes en el área. La posibilidad de fijar el contenido de esta manera está asociada a la situación de dependencia en el manejo de significados y términos referida en la primera sección, y, como hemos visto, ha sido abordada teóricamente en términos de “deferencia semántica”.<sup>17</sup> Entonces, ¿qué habría de malo en determinar el contenido de una disposición de esa forma?

Canale parece atender a este punto al considerar la segunda de tres objeciones que él mismo imagina que podrían darse a su diagnóstico:

---

<sup>17</sup> La deferencia semántica no debe necesariamente apelar a un individuo en particular, sino que es posible deferir semánticamente a los expertos en general.

Una segunda objeción al cuadro teórico recién esbozado podría ser la siguiente: en *Stalcup* el juez simplemente atribuyó al artículo 922(a)(1) del *Black Lung Benefits Act* su significado técnico-litera. Si, por razones de simplicidad, asumimos que el significado literal de una expresión lingüística está determinado por las convenciones sintácticas y semánticas que gobiernan el uso de dicha expresión en un contexto dado, el juez se limitó a adoptar en sede interpretativa las convenciones lingüísticas en uso en el contexto de la medicina patológica. (Canale, 2023, sección 4)

La objeción podría parafrasearse así: en *Stalcup*\*\* el juez simplemente determinó cuál es el aporte de “neumoconiosis” a la interpretación del artículo 922(a)(1)...vía deferencia semántica, asignándole las condiciones de aplicación que los expertos en el área de la medicina patológica le atribuyen. La respuesta de Canale es más que elocuente:

Es fácil notar, sin embargo, que el juez, *desde el punto de vista cognitivo* no atribuyó significado alguno al texto utilizado para regular el caso. Se limitó a establecer la referencia del texto sobre la base de la declaración de los expertos, aunque las razones que justificaban su opinión no eran inteligibles para él. Entonces, la opacidad de las normas no debe confundirse con el significado literal o con la interpretación técnico-litera. El contenido atribuido a un texto jurídico no puede considerarse equivalente a su significado literal si dicho contenido no es comprendido por el juez que resuelve el caso. La interpretación literal requiere no solo que el juez aplique un conjunto apropiado de convenciones lingüísticas, sino también que sea capaz de dominar su uso desde el punto de vista inferencial. Algo que la opacidad de las normas impide. (Canale, 2023, sección 4)

Sin embargo, la deferencia semántica no implica que ésta sea realizada a ciegas. Este desliz es lo que parece atar el diagnóstico de Canale a la noción de deferencia semántica. Tan sólo en un caso extremo, como el descrito en *Stalcup*... y sus variaciones, coincide la deferencia semántica con un estado de “ceguera”. Pero esto sería como asociar deferencia epistémica con dependencia opaca. La deferencia epistémica es compatible con muchos estados cognitivos diferentes, y tan sólo algunos de éstos son incompatibles

con el rol del juez. La deferencia semántica es la elaboración conceptual de un hecho tan general como inevitable de la vida humana, e incluso un juez que intentara comprender el contenido de los conceptos técnicos como “neumoconiosis” con toda su responsabilidad personal y profesional, tendría que deferir semánticamente al hablar de “neumoconiosis” en la comunidad médica, toda vez que por más que se interorice en el tema, jamás podrá reemplazar a los expertos ni tener el nivel de competencia que ellos tienen. Es por esta razón que, a pesar de lo que indica Canale, el problema no está en la deferencia semántica (y por ende en el modo en que se determina el contenido de la ley) sino en (5): hacerlo “a ciegas”. Pero (5) es algo que refiere al perfil epistémico del juez. A un estado de comprensión (o ignorancia) que le permita (o impida) realizar las operaciones cognitivas y hermenéuticas que su rol le exige. Por ende, es la epistemología, y no la teoría semántica, la que podrá establecer qué hay de malo con el juez de Stalcup, y cómo remediar situaciones como ésta y otras similares.

## 5. Conclusiones

En este comentario intenté mostrar que el diagnóstico realizado por Canale del fenómeno de la opacidad en el derecho se equivoca en el punto en el que caracteriza su *problematicidad* en términos semánticos. Para esto, describí la situación de opacidad descrita por Canale en términos intuitivos, asociándola a la situación de dependencia que es propia de la vida humana, y exhibí su carácter genuinamente problemático sin realizar ningún diagnóstico teórico en especial. Luego fue necesario distinguir con mayor exhaustividad los niveles que corresponden a hechos acerca de nosotros, algunos de los cuales tienen lugar en el contexto judicial y resultan problemáticos, como es el caso de la opacidad en el derecho; de niveles de teorización filosófica acerca de estos hechos, tanto general como aplicada al caso del derecho. Esta distinción sirvió para ubicar el diagnóstico semántico de Canale del problema de la opacidad en un espacio que no se corresponde con la teorización general en filosofía del lenguaje y la mente, toda vez que las nociones técnicas de “opacidad” y “deferencia semántica” utilizadas por el autor no se corresponden con las nociones propias del

nivel general de discusión acerca del lenguaje y la mente. Ni la noción de opacidad en el derecho es asimilable a la noción de opacidad propuesta por Quine, ni el uso que Canale hace de la noción de deferencia semántica se corresponde con la noción general, que conceptualiza un estado de cosas general. Al profundizar en el diagnóstico realizado por el autor, he intentado mostrar que la opacidad referida por éste es de naturaleza epistémica, y que aquello problemático del caso, descrito en términos de un juez “defiriendo semánticamente” hacia expertos cuando no debería hacerlo, es en verdad un fenómeno cuya problematicidad es de naturaleza epistémica, pues responde a un cierto perfil epistémico del juez que en el contexto legal es inadmisibile. Sin embargo, esto no quiere decir que la noción de deferencia semántica no cumpla un papel central en el diagnóstico del caso, puesto que el fenómeno problemático epistémico emerge en virtud de la posibilidad de deferir semánticamente (en el sentido técnico de deferencia semántica propio de elaboración teórica general). En este sentido, la noción de deferencia semántica resulta crucial en la explicación del caso. Sin embargo, esta función iluminadora sólo puede cumplir adecuadamente su función si se identifica como tal, y no se tiene como describiendo la *naturaleza* del problema. Pues, como he intentado mostrar, existen formas virtuosas, o no problemáticas, de deferir semánticamente a expertos en el contexto legal.

## Bibliografía

- Barnes, B. (1983). On the Conventional Character of Knowledge and Cognition. En K. D. Knorr-Cetina y M. Mulkay (eds.), *Science Observed: Perspectives on the Social Study of Science* (pp. 19-52). London: Sage.
- Blome-Tillmann, M. (2017). “More Likely Than Not” - Knowledge First and the Role of Statistical Evidence in Courts of Law. En A. Carter, E. Gordon y B. Jarvis (eds.), *Knowledge First - Approaches in Epistemology and Mind* (pp. 278-292). Oxford: Oxford University Press.
- Canale, D., (2015). Norme opache. Il ruolo degli esperti nel ragionamento giuridico. *Rivista di filosofia del diritto*, 4(3), 93-123.

- Canale, D., (2021). The Opacity of Law: On the Hidden Impact of Experts' Opinion on Legal Decision-making. *Law and Philosophy*, 40, 509-543.
- Canale, D., (2023). Cuando los expertos crean derecho: Deferencia, opacidad y legitimidad, *Discusiones*, 30(1), 2023.
- Enoch, D., Spectre, L. y Fisher, T. (2012). Statistical Evidence, Sensitivity, and the Legal Value of Knowledge. *Philosophy and Public Affairs*, 40(3), 197-224.
- Ferrer Beltrán, J. (2006). Legal Proof and Fact Finders' Beliefs. *Legal Theory*, 12, 293-314.
- Goldberg, S. (2007). *Anti-Individualism: Mind and Language, Knowledge and Justification*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Goldman, A. (1967). A Causal Theory of Knowing. *Journal of Philosophy*, 64, 357-372.
- Jebeile, J. (2018). Collaborative Practice, Epistemic Dependence and Opacity: The case of space telescope data processing, *Philosophia Scientiæ*, 59-78.
- Kornblith, H. (2002). *Knowledge and its Place in Nature*. Oxford: Clarendon Press.
- Kripke, S. (1982). *Wittgenstein on Rules and Private Language*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Littlejohn, C. (2020). Truth, knowledge, and the standard of proof in criminal law. *Synthese*, 197, 5253-5286.
- Poston, T. (2008). Internalism and externalism in epistemology. *Internet Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de: <https://iep.utm.edu/int-ext/>
- Putnam, H. (1973). Meaning and Reference. *The Journal of Philosophy*, 70, 699-711.
- Quine, W.V.O. (1953). *From a Logical Point of View*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Rimoldi, F. (2021). ¿Conocimiento legal? Reflexiones epistemológicas en torno al debate sobre evidencia estadística en el contexto legal. En Pablo Rovatti y Alan Limardo (eds.). *Pensar la Prueba* (pp. 173-207). Vol. 2. Buenos Aires: Editores del Sur.
- Rimoldi, F. (2020). Comunidad y Contexto Epistémico en la Prueba Pericial. *Revista Discusiones* 24, 61-85.

- Rimoldi, F. y Bouvier, H. (2017). Assessing Testimony and Other Evidential Sources in Law: An Epistemological Approach. En F. Poggi y A. Capone (eds.), *Pragmatics and Law: Practical and Theoretical Perspectives* (pp. 439-468). Dordrecht: Springer.
- Schroeter, L. y Schroeter, F. (2016). Semantic Deference Versus Semantic Coordination. *American Philosophical Quarterly*, 53, 2, 193-210.
- Ross, L. (2021). Rehabilitating Statistical Evidence. *Philosophy and Phenomenological Research*, 102(1), 3-23.
- Vázquez, C. (2020). El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial. *Discusiones*, 24, 29-60.
- Wagenknecht, S. (2014). Opaque and translucent epistemic dependence in collaborative scientific practice. *Episteme*, 11(4), 475-492.
- Williams, M. (2007). Why (wittgenstenian) Contextualism is not Relativism. *Episteme*, 4(1), 93-114.

## Conocimiento experto y legitimidad en el proceso de creación de derecho

*Expert Knowledge and Legitimacy in the Law-making Process*

Juan Iosa\*

Recepción: 20/03/2023

Evaluación: 21/03/2023

Aceptación final: 21/03/2023

**Resumen:** Primero reconstruyo el modo en que Canale presenta el problema de la (i)legitimidad de las disposiciones opacas, *i. e.*, textos a los que el legislador otorga rango de ley, pese a no comprender su significado, por deferencia a una supuesta autoridad teórica. En dicha reconstrucción marco varios aspectos problemáticos. Luego evalúo su respuesta. La encuentro insuficiente en tanto no nos ofrece ninguna solución categórica al problema. Bajo el supuesto, plausible, de que dichas disposiciones son ilegítimas (y de que Canale compartiría esa tesis) propongo un dilema: dado que no podemos prescindir del conocimiento experto opaco sino pagando altos costos epistémicos entonces debemos elegir entre legitimidad y conocimiento. Ofrezco, por último, una salida al dilema que implica negar que dichas disposiciones sean necesariamente ilegítimas.

**Palabras clave:** conocimiento experto, opacidad, legitimidad de las normas opacas, dilema entre conocimiento y legitimidad

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Investigador Adjunto, IDEJUS (Conicet-UNC), Investigador, Universidad Siglo 21, Córdoba, Argentina. Correo electrónico: juanfiosa@gmail.com

**Abstract:** First, I reconstruct the way in which Canale presents the problem of the (il)legitimacy of opaque provisions, *i. e.*, texts to which the legislator grants the rank of law, despite not understanding its meaning, out of deference to a supposed theoretical authority. In this reconstruction, I underwrite several problematic aspects. Then I evaluate his response. I find it insufficient in that it does not offer us any categorical solution to the problem. Under the plausible assumption that these dispositions are illegitimate (and that Canale would share this thesis), I propose a dilemma: since we cannot do without opaque expert knowledge except by paying high epistemic costs, then we must choose between legitimacy and knowledge. Finally, I offer a way out of the dilemma by denying that such provisions are always illegitimate.

**Key words:** expert knowledge, opacity of legal provisions, legitimacy of opaque provisions, dilemma between knowledge and legitimacy

## 1. Introducción

En su texto “Cuando los expertos crean derecho: deferencia, opacidad y legitimidad”, Damiano Canale toca una de las yagas supurantes del derecho actual: la (i)legitimidad del conocimiento experto cuando desempeña cierto tipo de rol al interior de los procesos institucionales de toma de decisiones. Específicamente, cuando dicho conocimiento se traduce en el dictado de disposiciones o normas *opacas*, en el sentido que, siguiendo a Canale, desarrollaré más abajo. Al apuntar sobre esta cuestión Canale nos advierte, indirectamente al menos, de un segundo problema sobre el que este trabajo hará foco: todo indica que, aun de ser el caso que las normas opacas dictadas por deferencia al conocimiento experto sean ilegítimas, no podemos prescindir de tal conocimiento sino pagando altos costos epistémicos. Efectivamente, sin su auxilio las decisiones en cuestión serán menos informadas que las que podríamos tomar de contar con él. Y por supuesto, tomar decisiones en esas condiciones, *i. e.*, decisiones subóptimamente informadas, tiene a su vez nuevos costos. En el ámbito de la aplicación de derecho pagaremos dos tipos de costos íntimamente entrelazados. Primero costos en términos de verdad: si no acudimos a determinados peritajes expertos, por ejemplo, puede hacerse más improbable que la decisión se tome sobre la base de una descripción adecuada de los

hechos. En última instancia aumenta la probabilidad de una descripción falsa. En segundo lugar, pagaremos costos en términos de adecuación al derecho de la decisión en cuestión: si la norma jurídica relevante se aplica sobre una falsa descripción de los hechos entonces será una decisión no ajustada a derecho. Algo similar sucede si tenemos en mente no ya decisiones de aplicación sino de creación de derecho. Tomar decisiones generales subóptimamente informadas en cualquier ámbito, economía, salud, educación, seguridad, etc., equivale a tomar malas decisiones, decisiones en todo caso peores que las que tomaríamos de contar con la información relevante.

Canale se ocupa de los problemas relativos al conocimiento experto tanto en el ámbito judicial como en el legislativo. Por mi parte me centraré solo en este último. Así acotado el contexto, creo que bien vale presentar el problema que me interesa pensar (y que supone la tesis de la ilegitimidad del conocimiento experto que, a mi juicio, defiende Canale) 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. O bien vedamos su ingreso o bien lo permitimos. Pagaremos entonces, o bien costos de legitimidad o bien lo haremos en moneda de conocimiento.

Afirmar que aquí hay un dilema supone, tal como acabo de decir, que permitir la introducción del conocimiento experto en la toma de decisiones públicas tiene, de hecho, altos costos en moneda de legitimidad. ¿Es este el caso? Todo el trabajo de Canale se centra en resolver esta cuestión. Uno esperaría entonces una respuesta categórica a esta pregunta. Sin embargo al menos yo no la encuentro. Los argumentos desplegados, en su gran mayoría, apuntan en el sentido de la ilegitimidad del conocimiento experto cuando se traduce en el dictado de disposiciones opacas. Pero hay algunos indicios de que esta ilegitimidad no sería total o categórica, que habría casos en que la opacidad no se traduciría necesariamente en ilegitimidad.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Quisiera justificar mínimamente mis dudas sobre la posición última de Canale. Así por ejemplo, al presentar las diversas concepciones de la legitimidad dice: “intentaré distinguir...

Dada esta peculiar característica del texto de Canale, primero me centraré en la reconstrucción y análisis de los argumentos que apoyarían la verdad de la proposición presupuesta en la primera disyunción del dilema arriba planteado: que efectivamente existen necesariamente los referidos costos de legitimidad. De modo que la primera parte de este trabajo se limitará a reconstruir la argumentación de Canale en tanto favorece esta respuesta. En el camino iré comentando algunos puntos que, tal y como él los presenta, me parecen problemáticos. Luego, tras mostrar algunos indicios que indicarían que su posición no es tan categórica, argumentaré en favor de una segunda respuesta: las normas opacas son ilegítimas sólo en principio. Bajo ciertas condiciones bien pueden ser legítimas. Al abrigo de esta última tesis propondré una salida al dilema arriba presentado.

## 2. El problema del conocimiento experto según Canale: la opacidad

¿Qué se entiende por conocimiento experto? ¿Y cuándo este es problemático desde el punto de vista político y jurídico? Por “conocimiento experto” me refiero al conocimiento de los expertos, es decir al conocimiento que detentan o dicen detentar ciertas personas u organismos técnicos o científicos que en virtud de tales (supuestos) conocimientos ocupan el rol de autoridades teóricas: autoridades sobre aquello que hay razón para creer.<sup>2</sup> El conocimiento experto se vuelve política y jurídicamente proble-

tres concepciones diferentes de legitimidad jurídica y las respuestas que cada una de ellas entrega al problema que está siendo considerado” (Canale, 2023, sección I). En general las teorías de la legitimidad que Canale reconstruye, parecen, en principio, negar legitimidad a las normas opacas. Sin embargo hay algunas –la concepción sustancial en sentido amplio, por ejemplo– en que, tal como veremos, parece haber espacio para disposiciones opacas legítimas. En cualquier caso no queda del todo claro si Canale hace suyas estas respuestas tendencialmente negativas: en ningún lugar de texto afirma esto explícitamente. Uno entendería que este es el caso. Pues si no las compartiera entonces lo diría expresamente. Bajo esta asunción es que leo a Canale como afirmando la ilegitimidad de las disposiciones opacas.

<sup>2</sup> Vale aclarar que Canale no utiliza esta expresión. Yo la utilizo por amor a la brevedad y porque no creo traicionar con ella nada importante que Canale afirme en su trabajo. Por otra parte, para una especificación del concepto de razón para creer en tanto distinto del

mático cuando no se limita a dar consejo a las autoridades legítimas sobre aquello que hay razón para creer sino que, por diversas razones, deja de ser una mera autoridad teórica y pasa a funcionar como autoridad práctica. Según Canale, en el campo de la creación de derecho esta mutación tiene lugar cuando, en virtud de su deferencia al conocimiento experto, los legisladores sancionan textos normativos cuyo sentido no comprenden. Respecto de esta cuestión introduce el concepto de opacidad del derecho. Con él se refiere a un particular problema de “comunicación entre los expertos y los legal *decision-maker*”. En un primer momento Canale no define este concepto en términos generales sino que lo hace mediante una distinción entre opacidad de las disposiciones y opacidad de las normas:

Una disposición es opaca cuando contiene términos o expresiones técnicas incorporadas en el texto por indicación de los expertos y que escapan a la comprensión de los legisladores... En cambio, 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 norma en cuestión... En las dos situaciones mencionadas los expertos crean derecho en el sentido de que determinan el contenido de los textos normativos; un contenido que escapa a la plena comprensión de los agentes institucionales autorizados para producir y aplicar el derecho<sup>3</sup> (Canale, 2023, sección 1).

Una primera cuestión que surge aquí es que, al menos bajo una lectura no caritativa de su texto, el conocimiento experto parecería ser problemático para Canale sólo cuando se da el problema de la opacidad. Bien cabría preguntarse si no hay otras razones u otras situaciones en las que el conocimiento experto puede resultar políticamente problemático. Podría pensarse que el conocimiento experto es políticamente problemático aun si no funciona como autoridad práctica sino meramente como autoridad teórica,

concepto de razón para actuar remito a su texto. También puede verse Raz (1979, pp. 14 y ss.), y Iosa (2017, pp.122 y ss).

<sup>3</sup> En virtud de la restricción temática indicada en el segundo párrafo de la introducción, aquí me centraré en la opacidad de las disposiciones normativas y no en la de las normas.

*i. e.*, cuando no hay ningún problema de opacidad sino que quienes toman decisiones públicas lo hacen en virtud de su deferencia a cierta supuesta autoridad teórica. En otras palabras, la denuncia política de la tecnocracia no necesita, me parece, asumir la forma de denuncia del problema de la opacidad. Basta con afirmar que no hay autoridad epistémica imparcial, que toda autoridad epistémica tiene una agenda. La denuncia en general suele ir acompañada del señalamiento de la agenda de tal autoridad. Así por ejemplo se señala que los “consejos” supuestamente “neutrales” del Banco Mundial o de FMI no son tales.<sup>4</sup> En otras palabras, creo que habría argumentos para afirmar que el problema de la legitimidad del conocimiento experto no se reduce a los casos de incompreensión (u opacidad), sino que se verifica también cuando el legislador, aun si comprende perfectamente las sugerencias expertas, no atiende adecuadamente la cuestión de la neutralidad o, en todo caso, el interés legítimo subyacente a sus dichos.

<sup>4</sup> De hecho creo que sería muy útil, aunque el punto excede el texto de Canale, catalogar los diversos modos que puede adquirir la intervención “experta”. Pues son, efectivamente, diversos. ¿No es conocimiento experto acaso el de los economistas que asesoran a los políticos en las campañas electorales y luego, eventualmente, ocupan diversos cargos en el ministerio de economía? ¿Y el “conocimiento” de los lobistas y organizaciones sociales que intervienen desde tiempo inmemorial en algún área de interés público? En este sentido y refiriéndose al caso argentino, Mariana Heredia (Heredia, 2022, p. 176) nos indica que “la participación de *outsiders* en la elaboración de políticas públicas no fue una novedad del neoliberalismo. La Iglesia Católica tuvo una influencia determinante en el Ministerio de Educación a todo lo largo del siglo XX, como la tuvieron los abogados laboristas y los sindicatos en las carteras de Trabajo de las administraciones peronistas y no peronistas. Las propuestas de reforma presentadas en el parlamento siempre han recuperado, a veces hasta replicar, las elaboraciones presentadas por actores directamente interesados en la cuestión a legislar.” Como bien señala Heredia, el conocimiento experto suele venir acompañado de algún interés. Y este interés no es necesariamente económico o monetizable. La Iglesia tiene, por ejemplo, un interés “genuino”, i.e., no reducible a su interés económico en la venta del servicio en cuestión, en la educación de las jóvenes generaciones. Esto no excluye que haya aquí una relación entre conocimiento e interés. De modo que tal vez la primera cuestión a pensar aquí es si es posible, en lo que hace a la información necesaria para tomar decisiones públicas, acudir a algún conocimiento no interesado. Tal vez no lo sea. Tal vez de lo que se trata es de distinguir entre conocimientos vinculados a intereses legítimos y conocimientos que no cumplen con esta condición. Si este fuera el caso, entonces la pregunta relevante sería cuáles intereses son legítimos y por lo tanto tienen derecho a participar de la toma de decisiones públicas, que afectan a todos los ciudadanos y ciudadanas, y cuáles no.

De todos modos lo dicho en el párrafo anterior supone, como dije, una lectura no caritativa de su texto. El hecho es que Canale en ningún lugar afirma que la opacidad se la única fuente de ilegitimidad del conocimiento experto. En tanto no niega lo que aquí afirmo sino que simplemente se dedica a explorar la cuestión de la relación entre opacidad y legitimidad, y en tanto este es un comentario a su texto, me abstendré de seguir por esta línea de análisis para continuar con suya.

Retorno, entonces, al problema de la opacidad de las disposiciones. Para explicar el concepto, Canale introduce el curioso caso de la máquina de humo. Dado que el lector puede acudir al texto bajo análisis, no tiene sentido reconstruirlo aquí. Me detendré solamente en los aspectos relevantes respecto del punto que quiero señalar. Recordemos que en el año 2014 el Parlamento y la Comisión Europea emitieron la directiva 2014/40/EU relativa a la fabricación, presentación y venta de tabaco. Dicha directiva, en su artículo 3.1, establece que “[L]os cigarrillos comercializados o fabricados en los Estados miembros no podrán tener niveles de emisión superiores a: a) 10 mg. de alquitrán por cigarrillo; b) 1 mg. de nicotina por cigarrillo; c) 10 mg. de monóxido de carbono por cigarrillo.” Y en su artículo 4.1, el relevante a los fines de mostrar el problema de la opacidad de las disposiciones, establece que “[L]as 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.”

La disposición en cuestión permite entender el concepto de opacidad. Según Canale “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” (Canale, 2023, sección 1). Efectivamente,

Los miembros del Parlamento Europeo y de la Comisión no conocían el contenido de los estándares ISO como tampoco los requisitos técnicos en los que ellos se basan. Como lo muestran los trabajos preparatorios de la directiva, estos estándares no fueron explicitados y discutidos dentro de la Comisión y del Parlamento

Europeo en la etapa deliberativa, ni es razonable suponer que los miembros de los órganos de producción normativa conocieran, en cualquier caso, su contenido y además, fueran capaces de comprender las razones técnico-científicas que justificaban su adopción. Los legisladores se limitaron a copiar la denominación de estos estándares (“ISO 4387”, “ISO 10315”, “ISO 8454”, “ISO 8243”) proporcionados por los expertos al interior del texto normativo, tratándolos como nombres propios o designadores rígidos.

Es importante llamar la atención sobre el hecho de que la definición de “disposición opaca” que nos ofrece Canale es una disyunción encubierta. A su entender una disposición es opaca cuando los legisladores no comprenden su contenido o cuando no tienen la competencia necesaria para comprenderlo. El punto es problemático porque puede ser el caso que aunque de hecho no conozcan el contenido de la disposición que dictaron, los legisladores bien pudieron haber tenido, al momento de dictarla, la competencia necesaria para comprenderla. Pueden haber simplemente decidido no tomarse el trabajo, confiar graciosamente en el conocimiento experto. Retomaremos este punto más adelante. Pero cabe apuntar que la responsabilidad del legislador por su delegación y, en consecuencia, la legitimidad relativa de la disposición dictada, puede no ser la misma en ambas situaciones. Una cosa es si el conocimiento en cuestión es inaccesible para el legislador y otra si aun pudiendo adquirir dicho conocimiento decide no hacerlo.

Antes de alejarnos del caso que Canale usa para ilustrar el concepto de disposición opaca, quisiera llamar la atención sobre una propiedad que él destaca y cuya relación con la cuestión de la opacidad no es del todo obvia y requiere, por lo tanto, análisis: el conocimiento experto contenido en las disposiciones ISO a las que remite la directiva es conocimiento detentado por una organización privada.

[L]os estándares a los que se refiere el artículo 4(1), habían sido establecidos previamente bajo la forma de reglas no vinculantes por la *International Organization for Standardization* (ISO), es decir, por una organización privada que reúne un gran número de organismos nacionales de normalización. Cada estándar es fijado por

una comisión técnica compuesta por expertos de la industria como también por los representantes de las empresas tabacaleras. Luego, el Parlamento y la Comisión Europea incorporaron los estándares elaborados por esta organización privada, en la Directiva 2014/40/EU. Cabe señalar, además, que el contenido de los estándares indicados en el artículo 4(1) no es accesible al público: los estándares ISO tienen derechos de autor y solo pueden conocerse mediante el pago de regalías. En otras palabras, el conocimiento de los estándares ISO establecidos en la Directiva 2014/40/EU requiere competencias técnicas especializadas de propiedad exclusiva de una organización privada que establece y administra estos estándares de forma independiente. Dado que los miembros del Parlamento y de la Comisión Europea no tenían conocimientos especializados respecto a la medición de las sustancias químicas emitidas por la combustión de cigarrillos, los legisladores confiaron en un organismo técnico de normalización para formular el artículo 4(1) de la Directiva e incorporaron las indicaciones de este organismo dentro de la disposición (Canale, 2023, sección 2).

Es importante destacar que el hecho de que la organización que detenta el conocimiento experto en cuestión sea privada es una cuestión distinta de la opacidad de dicho conocimiento. Sin duda que también es problemática. La privacidad del conocimiento experto afecta tanto su neutralidad como su publicidad. Pero el conocimiento detentado por un organismo público también puede ser opaco para el legislador. Imaginemos que en lugar de acudir a ISO el legislador europeo hubiera acudido a las opiniones expertas dictadas por un organismo de la Unión especialmente diseñado, como de hecho ocurre en la mayoría de los países, para producir conocimiento relativo a productos, como los medicamentos y las drogas en general, que puedan afectar a la salud de los ciudadanos. Semejante organismo podría haber dictado las normas 4387', 10315', 8454' y 8243' y el legislador podría haber remitido a ellas como remitió a sus equivalentes ISO. Aun así el problema de la opacidad subsistiría. Pero cabe preguntarse si sería igualmente problemático desde el punto de vista de la legitimidad de la norma dictada. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

### 3. Conocimiento experto e (i)legitimidad de las decisiones públicas

#### 3.1. El caso problemático

En seguida ingresaremos a la cuestión de ilegitimidad del conocimiento experto. Pero no todo caso de uso de tal saber al interior de los procesos institucionales de toma de decisiones es problemático. Habrá entonces que determinar los modos en que el conocimiento experto puede ingresar al razonamiento práctico del legislador democrático y aislar el específicamente problemático desde el punto de vista de la legitimidad.

Canale nos indica que un primer modo, el habitual, en que puede operar el conocimiento experto es como pura y simple autoridad teórica. En este caso, cuando el experto es efectivamente una autoridad teórica (y no alguien que meramente pretende tal autoridad), su conocimiento otorga al legislador razones para creer que las cosas son tal y como lo dice la autoridad teórica. Que, por ejemplo, los medios (no más de 10 mg. de alquitrán, 1 mg. de nicotina y 10 mg. de monóxido de carbono por cigarrillo) que el experto indica como adecuados para alcanzar el fin que el legislador se propone (proteger la salud de la población) son efectivamente tales. Las razones para creer no son iguales a las razones para actuar. Y tener autoridad práctica es tener la capacidad de cambiar las razones para actuar. De modo que si la autoridad práctica llega a creer con base en los dichos de una autoridad teórica legítima (*i. e.*, una que efectivamente es tal) que el medio *x* es efectivamente un medio para alcanzar su fin y en base a ello dicta una norma cuyo contenido comprende perfectamente, entonces no hay ningún problema de legitimidad. La autoridad teórica se mantiene como autoridad teórica, como brindando justificadamente, sobre la base de su mayor conocimiento, razones para creer, y la autoridad práctica, institucional, con su legitimidad propia, se mantiene como tal: cambiando las razones para la acción de los destinatarios de sus directivas.

Al parecer Canale señalaría un segundo tipo de intervención experta en los siguientes términos: “(Las) razones epistémicas... a menudo adquieren, sin embargo, relevancia práctica y se transforman en razones para actuar de tipo instrumental. Más precisamente, desempeñan el rol de premisas

en el razonamiento práctico de los *decision maker*, indicando los medios necesarios para alcanzar sus fines” (Canale, 2023, sección 3). Si bien (tal como el uso de la expresión “sin embargo” indicaría) Canale parece ver aquí un modo diferenciado de funcionamiento del conocimiento experto al interior del razonamiento práctico de los legisladores, a mi juicio no hay aquí tal cosa. Ello porque lo que él está diciendo es que cuando los legisladores creen en las razones epistémicas proporcionadas por los expertos y, por esa razón, las incorporan al razonamiento en virtud del cual dictan una disposición normativa, esas razones para creer se transforman en razones para la acción.<sup>5</sup> Si el legislador, en razón de los dichos de la autoridad teórica, cree que 1 mg. de nicotina por cigarrillo es un límite que ayudará a cuidar la salud de la población y, en consecuencia, dicta una norma que prohíbe cigarrillos con más de 1 mg. de nicotina, entonces está creando una razón para la acción para los productores de cigarrillos: si quieren vender su producto en la Unión Europea entonces tienen razón para fabricarlos con menos de 1 mg. de nicotina. No hay misterio en ello. Es un caso subsumible en el anterior.

El último modo de Canale es el problemático.

[C]uando el derecho se vuelve opaco, no solo las razones epistémicas de los expertos se convierten en razones para actuar, sino que también dichas razones se sustraen del conocimiento y comprensión de los operadores jurídicos institucionales que las utilizan para orientar y justificar sus decisiones. Esto se debe a que, en caso de opacidad, los *decision-maker* no tienen la competencia

<sup>5</sup> Alguien bien podría decir que no es el caso que, al ingresar al razonamiento práctico del legislador, una razón para creer se transforme en una razón para actuar. Que la razón en cuestión sigue siendo una razón para creer, y que la razón para actuar es sólo la conclusión de ese silogismo. A mi juicio sin embargo la razón para creer emitida por la autoridad práctica no ingresa al silogismo como tal, i.e., como razón para creer. Ingresa, en cambio como creencia de la autoridad. La autoridad meramente afirma que x es el caso y lo introduce como premisa fáctica en su razonamiento. Sí puede remitir a los dichos de la autoridad teórica. Pero tal remisión es contingente y, además, no hace parte del razonamiento práctico aun cuando externamente lo justifique. Efectivamente entonces hay una transformación. La razón para creer se transforma en creencia. Y es esta creencia la que forma parte del razonamiento práctico y permite, acompañando a la premisa normativa en cuestión, llegar a la conclusión normativa, a la razón para la acción propiamente dicha.

de tipo inferencial para comprender el contenido de las expresiones lingüísticas que fijan la referencia de las disposiciones y de las normas que producen (Canale, 2023, sección 3).

Cuando las disposiciones le resultan opacas al legislador esto significa que quien dicta las disposiciones no las comprende. En otros términos, a diferencia de los casos normales de deferencia a las autoridades epistémicas, aquí el legislador no llega a adquirir ninguna creencia, no cree nada. Específicamente, cuando una disposición es opaca, su texto es decidido por los expertos con la intención de que sea leído como expresión del contenido normativo que ellos, los expertos, tienen en mente. El legislador, por su parte, se limita a dar fuerza de ley al texto en cuestión. En efecto, desde un punto de vista lingüístico, el legislador no puede decidir sobre las palabras de un texto cuyo contenido inferencial no conoce mientras que sí puede decidir que ese texto sea parte del derecho.<sup>6</sup> Tenemos, por así decirlo, una escisión entre conocimiento y voluntad. El legislador, curiosamente, quiere que sea ley un texto cuyo contenido normativo no comprende. Y aquí radica la semilla del problema de la legitimidad de las disposiciones opacas. ¿Tiene el legislador democrático-constitucional poder normativo para dar fuerza de ley a un texto cuyo contenido normativo no comprende? O, desde la perspectiva contraria y siguiendo la pregunta de Canale: “¿Puede considerarse legítima la autoridad *de facto* ejercida por los expertos?”

### 3.2. La cuestión de la legitimidad

Aislado entonces el caso problemático de conocimiento experto, el de las disposiciones opacas, corresponde dar cuenta de la acusación de ilegitimidad que sobre ellas pesa. Al respecto Canale se expresa en estos términos:

---

<sup>6</sup> Lo anterior es una paráfrasis remota de la nota 18 del texto de Canale. Tan remota que no estoy seguro si él acordaría con mi forma de expresar la cuestión.

En situaciones como esta, el contenido del derecho es determinado por organismos técnico-científicos que operan fuera del circuito democrático-constitucional. La autoridad epistémica reconocida a los expertos, a la cual el derecho no puede renunciar, se convierte en un poder indirecto de producción normativa, sustraído a los mecanismos institucionales de control propios de un estado de derecho (Canale, 2023, sección 3).<sup>7</sup>

La cita bien podría bastar para entender que Canale afirma la ilegitimidad de las disposiciones opacas, incluso para afirmarla en nombre propio. Pero este sería un modo apresurado de cerrar el problema. La respuesta a la cuestión general de la fuente de la legitimidad democrática puede tener impacto en la cuestión más puntual de la legitimidad de las normas opacas dictadas sobre la base del conocimiento experto. De aquí que corresponda ingresar en su análisis.

Canale señala acertadamente que dada la polisemia del término así como la multitud de teorías de la legitimidad actualmente en danza, es imposible ofrecer una reconstrucción acabada de la cuestión. De todas formas toma cuatro concepciones centrales de legitimidad (formal, sustancial –en sentido amplio y en sentido estricto- y procedimental) y pareciera concluir (con todas las precauciones y condicionales ya expresados más arriba) que bajo ninguna de estas concepciones el dictado de disposiciones opacas es legítimo.

El problema básico, que en última instancia destacan todas las concepciones de legitimidad escrutadas por Canale, es la escisión entre conocimiento y voluntad. Quien con su voluntad decide que el texto sea ley no conoce su contenido. Pero si no conoce el contenido de la disposición que dicta no se puede decir que sea el autor de esa disposición. Por lo tanto el legislador no puede garantizar que su contenido se corresponda con el contenido de la voluntad del pueblo o de los individuos (esto último dependiendo de la concepción de representación en cuestión) que representa. Y recordemos que la noción formal de legitimidad aspira a asegurar

<sup>7</sup> Me importa destacar que Canale comparte la perspectiva enunciada en el primer párrafo de este trabajo en el sentido de que estamos frente a un dilema: debemos elegir entre conocimiento y legitimidad.

la transmisión de la voluntad del representado al representante. Por otro lado, si no conoce el contenido de la disposición, el legislador tampoco está en condiciones de verificar si ésta no entra en contradicción con normas de mayor jerarquía, es decir, no puede ejercer un control de legitimidad sustancial en sentido estricto. Tampoco puede saber si las disposiciones opacas reflejan las razones dependientes de los sujetos a los que las disposiciones se aplican ni si, en virtud de ello, estos tienen más chances de hacer lo correcto actuando en conformidad con ellas antes que en conformidad con su propio juicio. Pareciera entonces que el legislador que dicta disposiciones opacas no puede cumplir con las condiciones de legitimidad de la concepción sustantiva en sentido amplio. Similares consideraciones se aplican a la concepción procedimental: si el legislador no conoce el contenido de las disposiciones no puede garantizar que se tuvieron en cuenta los requisitos procedimentales en cuestión (Canale hace referencia a la igual consideración de las opiniones e intereses de todos los ciudadanos y a la tutela de los derechos humanos fundamentales).

#### **4. El dilema de la ilegitimidad del conocimiento experto**

Asumamos que esta primera lectura de Canale es correcta y que efectivamente él cree que el dictado de disposiciones opacas es ilegítimo. Es más, afirmemos en nombre propio, al menos provisionalmente, que este es el caso. Pero asumamos también con él, que el legislador no puede dejar de acudir, al menos no en sociedades complejas como las nuestras, al conocimiento experto. Asumamos entonces, tal como afirmé en la primera página, que estamos ante un dilema. ¿Cómo hemos, entonces, de proceder? ¿Deben los legisladores abstenerse de acudir al conocimiento experto cuando no hay otro modo de hacerlo entrar al razonamiento práctico autoritativo más que tolerando su opacidad? ¿Deben los jueces declarar inválidas las normas opacas? ¿No tenemos los ciudadanos ninguna razón para obedecer tales normas?

La mera formulación de estas preguntas permite presumir que tendremos un problema si cerramos completamente el acceso del conocimiento experto opaco al ámbito del derecho legítimo. Comienza aquí a abrirse

una grieta que tal vez nos permita escapar entre los cuernos del dilema. La tesis que sostendré, no estoy seguro de si en contra o junto a Canale, es que las disposiciones opacas son ilegítimas solo en principio, que hay casos en que son legítimas.

Recordemos los términos en que al comienzo planteamos el 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. O bien vedamos su ingreso o bien lo permitimos. Pagaremos entonces o bien costos de legitimidad o bien de conocimiento.

Un buen comienzo para intentar escapar entre los cuernos del dilema puede ser recordar un punto que señala acertadamente Canale en relación a la concepción sustantiva amplia. Lo que la misma exige es que las disposiciones dictadas reflejen de hecho las razones de los súbditos, no que el legislador conozca que este es el caso. Asimismo requiere que los súbditos, al seguir dichas disposiciones, tengan más probabilidad de actuar correctamente, de acuerdo a las razones que se les aplican, siguiendo tales disposiciones que actuando de acuerdo a su propio juicio al respecto. Naturalmente, si la autoridad legítima, el legislador, no conoce el contenido de las disposiciones en cuestión, es altamente improbable que las condiciones recién referidas se vean satisfechas. Pero no es imposible. No es imposible si el legislador tiene buenas razones para confiar ciegamente en la autoridad teórica, en el conocimiento experto. Si, en otras palabras, puede haber normas opacas y aun así legítimas. Como bien señala Canale,

Los expertos que colaboran en el proceso de producción normativa pueden no ser imparciales, su opinión puede ser poco fiable y los modelos cognoscitivos en los que se basa dicha opinión pueden ser poco fiables o controvertidos. En consecuencia, que la legitimidad sustancial de una disposición se conciba en un sentido amplio, depende, en última instancia, de la imparcialidad, la exactitud, la fiabilidad de la opinión de los expertos y por tanto, de la manera en que los agentes institucionales adquieren las razones epistémicas

necesarias para tomar decisiones legislativas y de política pública (Canale, 2023, sección 3).

Al evaluar la concepción procedimental, Canale se pronuncia en un sentido similar:

[L]a legitimidad jurídica de una disposición opaca depende de la 'legitimidad epistémica' de la contribución de los expertos. Los conocimientos especializados que guían la elaboración de las disposiciones, así como los estándares y las reglas técnicas incorporadas en el ordenamiento, deben satisfacer requisitos procedimentales de tipo subjetivo y objetivo. Los primeros se refieren a la imparcialidad y la independencia de los expertos que participan en el proceso legislativo; los segundos se refieren a las reglas epistémicas que presiden al desarrollo del conocimiento (Canale, 2023, sección 3).

El problema entonces se reduce a la racionalidad de una confianza ciega del legislador en los expertos. A la racionalidad de permitir el ingreso al derecho de normas opacas, en otras palabras. Ahora bien, ¿cuándo un legislador puede tener la garantía suficiente como para descansar ciegamente en los portadores de un conocimiento que no entiende, del que no se puede apropiarse? ¿Cuándo, en otras palabras, tiene derecho a dictar normas opacas? Solo cuando los expertos son genuinamente imparciales, independientes y siguen fielmente el método científico. El método científico, por su parte, implica contrastabilidad de las tesis sostenidas. Esto a su vez requiere publicidad del conocimiento en cuestión.

Supuesto esto, creo que estamos en condiciones de escapar del dilema. Primero, un legislador sólo debe confiar en el conocimiento experto cuándo no tiene más alternativa. Descansar en el conocimiento ajeno es siempre una opción subóptima. Sobre todo si estamos hablando de una responsabilidad del tamaño de la de los legisladores, cualesquiera sean sus esferas de competencia. Bien podemos entonces dar una directiva relevante tanto para el legislador como (aunque no hayamos trabajado la cuestión) para el juez. El legislador está autorizado a acudir al conocimiento experto solo si no tiene las competencias necesarias como para apropiarse por sí mismo de dicho conocimiento. Nadie espera que un legislador, un político,

tenga las competencias necesarias para decidir sobre las condiciones de seguridad de una planta de fusión nuclear o sobre los químicos o medicamentos que pueden circular libremente en el mercado sin peligro para la salud o la seguridad de la población. Pero cuando puede acceder por sí mismo al conocimiento en cuestión, aun si eso le demanda tiempo y estudio, tiene la obligación moral y política de hacerlo. Si, por la razón que sea, no lo hace, las normas que dicte tendrán un déficit de legitimidad que el juez, entiendo, debe estar en condiciones de evaluar. Un juez no tiene por qué considerar válida una disposición opaca sólo en razón de la irresponsabilidad del legislador.

Segundo, cuando el legislador no está en condiciones de conocer por sí mismo el contenido de la legislación que debe dictar, si no sabe ni puede saber cuáles son los medios adecuados para alcanzar los fines que sí sabe que quiere alcanzar, es decir, en casos de opacidad, bien puede descansar en los expertos siempre y cuando estos detenten un conocimiento imparcial, independiente, objetivo, dependiente del método científico, contrastable y público. Para asegurar que se den estas condiciones, en sociedades complejas como las nuestras, *i. e.*, sociedades donde hay casos en que no podemos dejar de acudir a tal conocimiento, el Estado debe proveerle de tales expertos. En otras palabras, el Estado deberá proveer de una burocracia experta capaz de informar al legislador en estos casos. Los expertos pertenecientes al aparato del Estado gozan, en tanto empleados públicos, de legitimación democrática formal: han sido (o deben ser) nombrados de acuerdo a requisitos legales (siendo el mérito uno de ellos) que aseguran su imparcialidad. Además son inmediatamente responsables ante su superior jerárquico, en última instancia elegido democráticamente (ya sea con legitimación directa, como el presidente, o indirecta, como los ministros) y a través de su superior jerárquico bien se puede pensar que los burócratas son responsables ante la ciudadanía. Consecuentemente se puede decir que es más probable que su único interés sea defender los intereses del Estado y, en consecuencia, de la comunidad organizada a través suyo. Si los expertos en cuestión gozan de legitimación democrática indirecta entonces hay buena razón para confiar en su imparcialidad e independencia.

Lo que no puede hacer el legislador, no al menos si quiere conservar la legitimidad democrática de sus decisiones vía delegación en expertos,

imparciales, desinteresados, independientes, etc., es descansar en expertos privados. Al exponer el caso de la máquina de humo, Canale nos cuenta que los legisladores remitieron a estándares de una organización privada, que cada estándar es fijado *por una comisión técnica compuesta por expertos de la industria y por representantes de las empresas tabacaleras*, que el contenido de los estándares en cuestión no es accesible al público, que tienen derechos de autor y que solo es posible conocerlos mediante el pago de regalías. Todo esto ya es demasiado. El problema de la legitimidad de las disposiciones opacas depende en buena medida de la confianza que sea racional depositar en la imparcialidad, independencia, objetividad, etc., de los expertos en cuestión. No hay por qué confiar en que los representantes de las empresas tabacaleras gozaran de estas virtudes, más bien todo lo contrario. Este es un caso donde la racionalidad de la legislación requiere de una burocracia legítima y eficiente que pueda garantizar que el conocimiento que no pueden tener los legisladores y que sin embargo necesitamos para dictar disposiciones informadas, sea tal. El problema de la ilegitimidad del conocimiento experto es un problema histórico: surge como cuestión práctica relevante cuando los expertos privados toman el lugar de los expertos públicos.<sup>8</sup> Y como todo problema que surge en deter-

<sup>8</sup> Refiriéndose al caso argentino, Heredia marca un punto que bien se puede generalizar: “Atender a los espacios que participan de la elaboración de decisiones públicas también evidencia grandes novedades desde mediados de los años setenta. Hasta entrado el siglo XX, el Estado tenía una potestad casi exclusiva sobre la producción de profesionales, datos y análisis que permitían fundar sus intervenciones. Las universidades públicas eran el principal espacio de formación superior, existían cuerpos profesionales fuertes y los puestos de la administración pública aparecían como el destino consagratorio de muchas carreras. La inestabilidad institucional primero y la última dictadura después debilitaron la centralidad estatal en la formulación de políticas públicas. Desde entonces, se generalizaron primero consultoras económicas y luego centros de todo tipo que comenzaron a elaborar política “llave en mano” para los funcionarios de turno. Financiados por organismos internacionales y/o empresas locales, estas organizaciones se dan la doble tarea de instalar ciertos problemas públicos y de producir sugerencias para darles solución... En suma, en la medida en que se erosiona la capacidad de las administraciones públicas de conocer y monitorear distintas áreas de la vida social y disminuye la producción de diagnósticos y evaluaciones realizadas por organismos públicos, los dirigentes políticos dependen más de las empresas, las organizaciones de la sociedad civil, los centros privados de experticia y las distintas redes de profesionales y militantes que tienen agendas propias sobre cuáles son los problemas y cómo resolverlos” (Heredia, 2022, pp. 176 – 7).

minado momento histórico, en otro momento se puede solucionar. Se trata entonces de revertir una tendencia globalmente dominante durante del neoliberalismo. La burocracia estatal viene siendo sometida, hace muchos años, a un embate sistemático. Tal embate viene justificado en razones que aun si uno no comparte, entiende. Son proverbiales su ineficacia, su lentitud, su corrupción, su corporativismo. Necesitamos entonces, desarrollar capacidades estatales, inventar una nueva burocracia con la potencia suficiente como para enfrentar los desafíos que el tiempo que nos ha tocado le presenta.

## Bibliografía

- Canale, D. (2023). Cuando los expertos crean derecho: deferencia, opacidad y legitimidad. *Discusiones*, 30(1).
- Heredia, M. (2022). *¿el 99% contra el 1%?* Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.
- Iosa, J. (2017). *El conflicto entre autoridad y autonomía*, México, Fontamara.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law*. Oxford, Clarendon Press.



## Tecnocracia lingüística y legitimidad. Una respuesta

*Linguistic Technocracy and Legitimacy. A Reply*

Damiano Canale\*

Recepción: 25/05/2023

Evaluación: 26/05/2023

Aceptación final: 26/05/2023

**Resumen:** En este texto respondo a las críticas a mi artículo “Cuando los expertos crean derecho” planteadas por Juan Iosa, Francesca Poggi y Florencia Rimoldi. En particular, intento aclarar si la opacidad de la ley es un problema epistémico o semántico, defendiendo la idea de que la opacidad de un texto normativo, como una ley o un reglamento, no puede equipararse con la opacidad de las normas jurídicas, y ofrezco algunas reflexiones sobre la legitimidad de textos normativos opacos en el contexto de ordenamientos legales tecnocráticos.

**Palabras clave:** opacidad, semántica, pragmática, legislación, legitimidad, tecnocracia.

**Abstract:** This short paper responds to the criticisms of my article “Experts-Made Law” raised by Juan Iosa, Francesca Poggi and Florencia Rimoldi. In particular, the paper examines whether the opacity of law is an epistemic or a semantic problem, defends the idea that the opacity of an authoritative text such a statute or regulation cannot be equated with the

\* Doctor en Derecho por la Università di Padova, Italia. Profesor de Filosofía del Derecho, Università Commerciale Luigi Bocconi, Milán, Italia. Correo electrónico: damiano.canale@unibocconi.it

opacity of legal norms, and elaborates on the legitimacy of opaque authoritative texts in the context of technocratic legal regimes.

**Keywords:** opacity, semantics, pragmatics, legislation, legitimacy, technocracy.

El impacto que tiene el conocimiento científico y tecnológico en las actividades humanas es motivo de creciente preocupación. Las nuevas aplicaciones de la inteligencia artificial generativa, la ingeniería genética y la medicina reproductiva -por citar algunos ejemplos muy debatidos hoy en día- despiertan una fuerte alarma en la opinión pública, que clama por una regulación legal de estas aplicaciones que garantice la protección de los derechos fundamentales de las personas. Por otra parte, se presta mucha menos atención a la forma en que los conocimientos científicos y tecnológicos se “incorporan” progresivamente al derecho, transformando los procesos de producción normativa, el lenguaje jurídico, la forma de razonar de los juristas. Si por un lado las innovaciones científicas y tecnológicas parecen requerir una regulación jurídica muy especializada, por otro lado, sin embargo, una regulación de este tipo acaba transformando el funcionamiento tradicional del derecho.

Mi investigación sobre la opacidad del derecho pretende contribuir al estudio de este fenómeno, analizando uno de los mecanismos por los cuales el conocimiento experto llega a colonizar tácitamente los procesos de producción de textos normativos y la actividad decisoria de los tribunales. En algunas de mis investigaciones anteriores me he centrado en los aspectos lingüísticos y teórico-jurídicos del fenómeno de la opacidad (Canale 2015; Canale 2021). En el texto amablemente incluido en este número de *Discusiones*, traté de ampliar mi mirada preguntándome si el papel *nomopoyético* (creador de normas) atribuido a los expertos es legítimo y, por tanto, susceptible de justificación desde el punto de vista jurídico, político y moral. De hecho, me parece que el tema de la opacidad del derecho, y por tanto de la transferencia de facultades de producción normativa a los cuerpos técnicos parajurídicos, no puede escapar a la prueba del control de legitimidad en el contexto de los sistemas democrático-constitucionales. Además, el análisis de los mecanismos de “opacificación” del derecho puede

tal vez brindar una contribución original al debate sobre la transformación de los sistemas políticos contemporáneos en una dirección tecnocrática, como intentaré mostrar a continuación.

Las observaciones críticas de Francesca Poggi, Juan Iosa y Florencia Rimoldi brindan la oportunidad de precisar algunas de las tesis que he formulado en mi artículo, profundizar en su contenido y someterlas a revisión donde resulten poco convincentes. Para responder a las observaciones de mis colegas, a quienes agradezco mucho sus contribuciones, procederé siguiendo un orden temático. Comenzaré por las observaciones de Rimoldi sobre la naturaleza del fenómeno de la opacidad y su correcto encuadre filosófico. Pasaré luego a considerar las perplejidades suscitadas por Poggi en torno a la noción de opacidad de las disposiciones y su autonomía teórica. Por último, me detendré en el problema de la legitimidad de las disposiciones opacas, discutiendo la propuesta realizada por Juan Iosa para resolver el “dilema epistémico” que parecen suscitar las cuestiones tratadas en mi texto.

## **1. La opacidad de las normas entre la semántica y la epistemología jurídica**

Florencia Rimoldi observa acertadamente cómo la opacidad de las normas es un fenómeno que surge como reflejo de la dependencia informativa de los jueces respecto de los peritos. Esta dependencia, inevitable en la práctica judicial no menos que en la vida cotidiana, se vuelve problemática cuando impide al juez llevar a cabo un conjunto de razonamientos, elecciones y decisiones que le corresponden en virtud de su rol institucional. En estas situaciones el juez decide “a ciegas”, transfiriendo efectivamente la facultad de determinar el contenido de los textos normativos a los peritos, y poniendo en peligro la protección de los derechos e intereses en juego en el caso concreto. Sin embargo, la pregunta que se plantea Rimoldi es la siguiente: cuál es la *naturaleza* del problema de la opacidad y, por tanto, cuáles son las herramientas teóricas idóneas para ofrecer un enfoque adecuado del mismo. Esta no es una pregunta trivial. Una vez que se ha identificado un problema, la identificación de conceptos y teorías adecuadas para

comprender sus características distintivas es un paso fundamental para cualquier investigación teórica. De hecho, una clasificación incorrecta de la naturaleza de un problema lleva al estudioso a alejarse inexorablemente de su solución.

Según Rimoldi, en mi artículo concibo la opacidad de las normas como un problema esencialmente semántico. De hecho, para ilustrar en qué consiste la opacidad de las normas, utilizo términos como “contenido”, “referencia”, “opacidad”, “deferencia semántica”, “designador rígido”, que tradicionalmente pertenecen al vocabulario de la semántica y la filosofía del lenguaje. Los aspectos epistémicos de este fenómeno, en cambio, quedan en un segundo plano, como si no fueran relevantes para su correcta clasificación. Esto lleva a que mi investigación proporcione una representación inadecuada del fenómeno que pretende investigar. Según Rimoldi, la opacidad es en realidad un problema exquisitamente epistémico, así como epistémicas son sus posibles soluciones. Hay muchas pistas que conducen a esta conclusión. En primer lugar, desde un punto de vista filosófico, Rimoldi observa cómo la noción de “opacidad” es tomada del análisis de contextos modales ofrecido por Quine. En la perspectiva de Quine –continúa Rimoldi– la opacidad es una propiedad de los contextos comunicativos y no de los términos o expresiones lingüísticas. El uso que hago en mi artículo del término “opacidad” se refiere más bien a una dimensión cognitiva, y más precisamente a la circunstancia de que el juez desconoce el contenido de los términos que utiliza para decidir el caso. En segundo lugar, si nos fijamos en el caso *Stalcup*, es fácil ver cómo los problemas que plantea no son de tipo interpretativo: se refieren a la falta de comprensión por parte del juez de las razones que justifican la opinión de los peritos en el ámbito probatorio. Si, mediante un experimento mental, neutralizamos los aspectos semánticos en juego en *Stalcup*, es evidente cómo las perplejidades que suscita el caso dependen exclusivamente de la dependencia epistémica del juez respecto de los peritos. Este análisis lleva a Rimoldi a argumentar que el fenómeno de la opacidad de las normas puede entenderse, y abordarse adecuadamente, si es enmarcado en el ámbito de la epistemología jurídica, aceptando también la tesis según la cual las exigencias epistémicas en ámbito jurídico son diferentes de las exigencias más generales, hasta el punto de justificar una concepción internista de los estados epistémicos.

Las observaciones de Rimoldi, que solo he resumido brevemente aquí, son muy interesantes y ciertamente proporcionan una contribución útil a mi investigación. Sin embargo, parten de una dicotomía teórica que mi artículo implícitamente cuestiona: la que existe entre problemas semánticos y problemas epistémicos y, de manera más general, entre contenidos lingüísticos y contenidos cognitivos. De hecho, en la década de 1950, Quine describió la opacidad como un problema semántico relacionado con el valor de verdad de las oraciones utilizadas en contextos modales. En estos contextos, a veces, los términos singulares no se usan de manera puramente referencial, es decir, recordando las palabras de Quine, no se refieren a “su objeto” (Quine, 1953, p. 141). Cuando esto ocurre, no se aplica el principio de sustitutividad de los términos correferenciales *salva veritatae* y se genera ambigüedad. Entre los casos más interesantes analizados por Quine se encuentra el de oraciones que expresan actitudes proposicionales como “creer que...”, “saber que...”. Incluso si el enunciado “María cree que la ciudad de Tegucigalpa está en Nicaragua” fuese verdadero, la verdad de “María cree que la capital de Honduras está en Nicaragua” no se seguiría de ello, a pesar de que los términos “Tegucigalpa” y “capital de Honduras” son correferenciales. De hecho, María puede no saber que Tegucigalpa es la capital de Honduras, sin mencionar que sería extraño creer que la capital de un Estado se encuentra en el territorio de otro Estado, dado lo que sabemos sobre las características de una capital. Son precisamente los enunciados que contienen términos o cláusulas que hacen referencia a *creencias* o *conocimientos* no atribuibles al hablante los que generan el problema lingüístico de la opacidad en sus formas más interesantes. Lo mismo se aplica al lenguaje jurídico, donde se emplean términos o expresiones lingüísticas cuyo contenido no es conocido por quienes ejercen la potestad de promulgar disposiciones normativas o aplicar normas. Esto se puede demostrar, como argumenté en mi artículo, usando el operador deferente  $R_{\text{expertos}}$ (y) para analizar el fenómeno de la deferencia semántica. Si bien el uso de este operador parte de supuestos distintos a los que caracterizan las investigaciones de Quine (Villanueva Fernández, 2015), permite mostrar cómo el juez puede utilizar la información que le brindan los peritos en el ámbito probatorio no solo para determinar el valor de verdad de un enunciado fáctico de la forma “X es Y”, sino también para

determinar el contenido lingüístico de enunciados normativos de la forma “Si Y, entonces debe ser Z”, aunque ese contenido permanezca inaccesible para el juez. En *Stalcup*, en efecto, el juez no se preocupa por saber qué significa el término “neumoconiosis”, y, por tanto, tampoco se preocupa por saber cuáles son las condiciones de aplicación de este término. Utiliza la información proporcionada anteriormente por los expertos para fijar la referencia de “neumoconiosis” mediante el enunciado “X es R<sub>expertos</sub> (neumoconiosis)”. Luego esta información es usada para atribuir un contenido a la disposición normativa en la que aparece el término “neumoconiosis”, y de la cual depende la calificación jurídica del hecho. En efecto, la norma general y abstracta usada por el juez en *Stalcup* tiene la siguiente forma “Si R<sub>expertos</sub> (neumoconiosis), entonces debe ser Z”. Pero si el juez no conoce el contenido de “neumoconiosis”, aun cuando sea capaz de fijar su referencia, aplica una regla cuyo sentido se le escapa y decide el caso “a ciegas”, como correctamente observa Rimoldi.

Esta reconstrucción parte de algunos supuestos básicos que conviene explicitar. Las investigaciones de Quine sobre la opacidad evidencian cómo los problemas semánticos y los problemas epistémicos están estrechamente relacionados entre sí. Para explicar los contenidos lingüísticos y la capacidad referencial de los signos, en muchos casos es necesario considerar los estados epistémicos del hablante y el papel que estos juegan en los procesos de comunicación. Esta tesis es consistente con aquellas posiciones en filosofía del lenguaje, que pueden en distintos sentidos ser asociadas al eslogan “el significado es el uso”, y que conciben el contenido de un enunciado en términos de la competencia lingüística de los hablantes, de lo que un hablante necesita *saber* para usar con sentido un enunciado.<sup>1</sup> Asimismo, el propio Quine concebía el estudio del conocimiento como estrictamente dependiente del estudio del lenguaje. Para averiguar cómo adquirimos conocimiento, según Quine, es necesario investigar cómo aprendemos a utilizar el lenguaje cognitivo desde la infancia, poniendo a prueba las creencias y teorías que desarrollamos a

---

<sup>1</sup> Para una discusión crítica de las llamadas “concepciones epistémicas del significado”, ver Skorupsky, 2017.

partir de nuestros estados perceptivos.<sup>2</sup> De ello se sigue que los problemas semánticos no son independientes de los problemas epistémicos, y que los problemas epistémicos pueden aclararse estudiando el funcionamiento del lenguaje. Por supuesto, debe reconocerse que esta es una tesis controvertida en el debate filosófico.<sup>3</sup> Independientemente de ello, uno de los propósitos de mi investigación sobre la opacidad consiste en resaltar cómo la falta de atención a la relación entre los aspectos semánticos y los aspectos epistémico-cognitivos del lenguaje constituye un obstáculo en el estudio del razonamiento jurídico, pues se corre el riesgo de ignorar algunos aspectos relevantes de la práctica jurídica.

Todo esto no equivale a desconocer que la relación entre conocimiento y lenguaje adquiere características específicas en el ámbito jurídico. Para subrayar este punto, es útil recordar otra observación crítica hecha por Rimoldi, dirigida a recordar que la deferencia epistémica y la deferencia semántica son actitudes inevitables para cualquier agente cognitivo. El testimonio experto es, en efecto, un recurso fundamental para ampliar el conocimiento y orientar la acción en innumerables contextos de la vida humana. En mi artículo, en cambio, la deferencia semántica resulta caracterizada de manera negativa, como un problema y no como un recurso. Además, la deferencia semántica parece presentada como si fuera el resultado de una elección voluntaria, y por lo tanto evitable, por parte del juez; una elección que se vuelve problemática cuando la deferencia epistémica va acompañada de una forma de deferencia semántica. Una situación que, según Rimoldi, es más bien secundaria.

Ahora bien, para comprender por qué la opacidad de las normas constituye un problema, conviene recordar que los procesos comunicativos y cognitivos están condicionados, en el campo jurídico, por una variable ausente en otros contextos, a saber, la dimensión institucional del derecho. De hecho, los ordenamientos jurídicos contienen normas que atribuyen poderes ejercidos *sobre* el lenguaje y *mediante* el uso del lenguaje.

<sup>2</sup> "I am interested in the flow of evidence from the triggering of the senses to the pronouncements of science (...). It is these epistemological concerns, and not my incidental interest in linguistics, that motivate my speculations" (Quine 1990, p. 11).

<sup>3</sup> Entre los protagonistas de este debate basta recordar a Rorty, 1981, cap. 4; Dummett, 1993, cap. 2-6; Williamson, 2002, cap. 11.

En virtud de estas normas, por ejemplo, el legislador ejerce el poder de formular enunciados que adquieren el carácter deóntico de fuentes de derecho; enunciados que los funcionarios y los jueces tienen el deber de utilizar, respectivamente, para orientar la acción del gobierno y para resolver controversias. Al mismo tiempo, el juez en el juicio ejerce el poder de establecer cuál es el contenido lingüístico de las disposiciones creadas por el legislador en relación con el caso a decidir, y el poder de determinar si un hecho ha sido probado a los efectos de su calificación jurídica. Las autoridades jurídicas son, por tanto, titulares de facultades semánticas y epistémicas que ejercen mediante el uso del lenguaje. Ante ello, en el caso de opacidad de las normas, la deferencia semántica es un problema porque implica traspasar de un sujeto autorizado, el juez, a un sujeto no autorizado, el perito, el poder de determinar el contenido de las disposiciones jurídicas relevantes para resolver una controversia. No solo eso, a diferencia de lo que argumentó Rimoldi, si la deferencia epistémica del juez no se traduce en una forma de deferencia semántica, las normas no se vuelven opacas. Para darse cuenta de esto, basta considerar los dos experimentos mentales propuestos por Rimoldi. En *Stalcup*\* no existe desacuerdo en la comunidad científica respecto del contenido del término “neumoconiosis”; los expertos llamados a testificar en la corte desacuerdan únicamente respecto de cuestiones de hecho. Según Rimoldi, en *Stalcup*\* el juez interpreta la disposición antes de constatar el hecho, sobre la base del significado que la comunidad médica atribuye al término “neumoconiosis”, y la opacidad surge por razones puramente epistémicas, no por razones semánticas. Si asumimos, en cambio, la perspectiva que defiende, el desacuerdo dentro de la comunidad de expertos no es relevante para que se presente la opacidad de las normas. Tal desacuerdo es relevante solo con respecto a la gravedad del problema y las estrategias para enfrentarlo.<sup>4</sup> *Stalcup*\* es un caso problemático porque el juez atribuye autoritativamente a una disposición un contenido que no puede comprender, al igual que en *Stalcup*. Siendo así, no puede decirse propiamente que en *Stalcup*\* el juez interpretó la disposición utilizada para resolver el caso. Precisamente, dado que no comprende el

---

<sup>4</sup> Como he argumentado en otro lugar, la opacidad se vuelve aquí *radical* y no se presta a ser eliminada. Véase Canale, 2021a.

significado del término del que depende la calificación jurídica del hecho, el juez no realiza labor interpretativa alguna y se limita a delegar en los peritos la facultad de establecer el contenido de la norma que rige el caso. En *Stalcup\*\**, en cambio, el juez entiende las razones epistémicas pertinentes y aplica la regla de la mayoría para establecer qué dictamen pericial debe aceptarse a efectos de la determinación del hecho. A diferencia de *Stalcup\**, en *Stalcup\*\** la norma aplicada no es opaca, ya que el juez puede comprender el contenido del término “neumoconiosis” sobre la base de la información proporcionada por los expertos y, por lo tanto, aplica una norma que es transparente para él. Esto permite mostrar cómo la opacidad de las normas surge solo si la deferencia epistémica del juez hacia los peritos determina su decisión sobre el contenido de las disposiciones, transformándose en una forma de deferencia semántica. Cuando esto ocurre, los expertos ejercen no solo autoridad epistémica sino también autoridad jurídica, cuya legitimidad es, sin embargo, dudosa. Este es un problema al que ha llegado el momento de dirigir nuestra atención.

## 2. Opacidad de las disposiciones y opacidad de las normas

Como ya mencioné al principio, mi investigación tiene como objetivo investigar el fenómeno de la opacidad del derecho no solo en el contexto de la actividad judicial sino también tomando en consideración el papel que juegan los expertos en la producción de leyes, reglamentos, directivas, estándares jurídicos, etc. Asumir esta perspectiva más amplia ofrece la oportunidad de discutir otro aspecto del problema de la opacidad: ¿bajo qué condiciones puede considerarse legítima la función nomopoyética desempeñada por los expertos en un sistema jurídico? Dada la forma en que, en el debate filosófico-jurídico contemporáneo, se concibe el problema de la legitimidad, la respuesta a este interrogante requiere desplazar la atención, desde los aspectos semánticos y epistémicos del fenómeno, a sus aspectos teórico-políticos, considerados desde un punto de vista normativo. Para operar esta ampliación de perspectiva, sin poner en peligro la naturaleza orgánica de la investigación, en el artículo propongo distinguir la opacidad de las disposiciones de la opacidad de las normas. La distinción

entre disposiciones y normas está en efecto suficientemente consolidada en el debate filosófico-jurídico lo que permite su fácil comprensión; ello también permite centrar la atención en el papel que juegan los expertos en los procesos de redacción de textos legislativos y reglamentarios.

Sin embargo, según Francesca Poggi, la noción de disposición opaca no es clara, plantea claramente problemas epistémicos y conduce presentar la opacidad como un fenómeno poco interesante. En el sentido que propongo, una disposición es de hecho opaca cuando los miembros del órgano que la emitió no pueden comprender su contenido, un contenido que remite a un conocimiento experto en manos de personas no autorizadas. Sin embargo, señala Poggi, no es del todo claro cuándo una disposición se vuelve opaca según esta definición. Para ser considerada opaca, ¿una disposición debe ser incomprensible para todos los miembros del organismo encargado de la producción normativa o solo para una parte de ellos? Además, ¿cuál es el nivel necesario de falta de comprensión de un texto para que se vuelva opaco? La noción de opacidad parece referirse a criterios cuantitativos que la definición que propongo no especifica. De manera más general, la noción de opacidad de las disposiciones presupone una concepción ingenua de la voluntad del legislador. Según Poggi, no es posible adscribir intenciones comunicativas a entidades colectivas como los cuerpos legislativos. Además, si observamos cómo se desarrolla la actividad legislativa en los órganos legislativos contemporáneos, es fácil advertir que en muchos casos los miembros de esos cuerpos legislativos desconocen el contenido de los textos que aprueban. Pero si ello es el caso, entonces la opacidad de las disposiciones es un fenómeno tan omnipresente que carece de todo interés. Según Poggi, la opacidad de las disposiciones, suponiendo que tenga sentido hablar de ella, adquiere relevancia solo cuando se traduce en opacidad de las normas, es decir, del contenido de las disposiciones. Un problema, este último, que puede ser combatido adoptando dos estrategias. En primer lugar, a través de una redacción más precisa de las disposiciones, que permita reducir el uso de términos o expresiones que escapan a la comprensión del juez. En segundo lugar, atribuyendo a términos o expresiones técnicas significados de sentido común, que no excedan la competencia lingüística del juez.

Para responder a estas observaciones críticas, es necesario, en primer lugar, aclarar la función que cumple en mi artículo la noción de disposi-

ción opaca. Como se mencionó anteriormente, esta noción constituye una herramienta útil para evaluar si la redacción de disposiciones normativas por parte de órganos de expertos parainstitucionales es legítima, es decir, si esa redacción admite ser justificada desde un punto de vista jurídico, político o moral, dependiendo de la forma en la que se conciba la legitimidad de las disposiciones. En mi artículo, la noción de disposición opaca, por lo tanto, no cumple una función descriptiva; cumple una función crítico-normativa que puede expresarse en términos contrafácticos: si los miembros de un órgano legislativo no comprenden la disposición que sancionan, por estar formulada en un lenguaje técnico que no dominan, ¿esa disposición puede ser considerada legítima? La respuesta a esta pregunta no pretende describir un aspecto de la realidad empírica: simplemente proporciona un *criterio* para evaluar, desde un punto de vista jurídico y político, la forma en que las disposiciones normativas son elaboradas por sujetos no autorizados formalmente para ello. Desde esta perspectiva, el ejemplo del legislador europeo en el caso del art. 4(1) de la Directiva 2014/40/UE simplemente sirve para mostrar que el mundo posible en el que *ningún* miembro de un órgano legislativo es capaz de comprender la disposición promulgada no está tan lejos del mundo actual. Y esto hace plausible y significativa la función crítica desempeñada por la noción de disposición opaca con respecto a la evolución de los sistemas jurídicos contemporáneos. En realidad, Poggi podría responder que incluso desde una perspectiva normativa como la propuesta en mi artículo, la noción de disposición opaca presupone una concepción ingenua del legislador. Con respecto a este aspecto, al igual que Poggi, considero que a los cuerpos legislativos, en cuanto entidades colectivas, no se les puede adscribir estados mentales tales como creencias, intenciones, conocimientos, excepto a través de ficciones. Al mismo tiempo, no es razonable sostener que el resultado de la actividad legislativa es totalmente independiente de las creencias, intenciones y conocimientos de quienes participan en el proceso legislativo.<sup>5</sup> He discutido estos temas en otro lugar (Canale, 2021b) y no hay

<sup>5</sup> “[T]o assume that the law made by legislation is not the one intended by the legislator, we must assume that he cannot predict what law he is making when the legislature passes any piece of legislation. But if so, why does it matter who the members of the legislature are, whether they are democratically elected or not, whether they represent different regions in the country, or classes in the population, whether they are adults or children, sane or

espacio aquí para reanudar la discusión. Baste observar que, en el caso de la opacidad, el conocimiento de que se trata es de tipo lingüístico y consiste en la competencia lingüística de los hablantes, que ciertamente no puede atribuirse a los órganos legislativos. De hecho, en mi artículo utilizo el término “legisladores” para referirme a los miembros de los cuerpos legislativos como agentes cognitivos de carne y hueso. Es el conocimiento que poseen estos individuos lo que determina, contrafácticamente, si una disposición es opaca o no; un juicio de este tipo puede entonces ser útil para evaluar si las disposiciones formuladas por los expertos, y posteriormente emitidas por los órganos legislativos sin que sus miembros comprendan su contenido, pueden considerarse legítimas en el mundo actual.<sup>6</sup>

Las observaciones de Poggi, sin embargo, esconden una crítica más radical a mi argumento: aun cuando las consideraciones hechas hasta aquí pudieran tener cierta plausibilidad, sigue sin tener sentido hablar de opacidad de disposiciones. La opacidad es una propiedad de los contenidos lingüísticos, que depende de la competencia de los hablantes y de la deferencia que muestran hacia los expertos. Por tanto, la opacidad es una

insane? Since the law they will end by making does not represent their intentions, the fact that their intentions are foolish or wise, partial or impartial, self-serving or public spirited, makes no difference.” (Raz, 2009, p. 274).

<sup>6</sup> Respecto de ello, Poggi formula otras dos observaciones críticas: 1) en muchos casos, los miembros de los cuerpos legislativos no leen los textos que aprueban; 2) las disposiciones contienen sistemáticamente términos técnico-judiciales que escapan a la comprensión de los legisladores individuales. Estas dos circunstancias hacen que las disposiciones sean *siempre* opacas, haciendo que este fenómeno pierda interés. Sin embargo, no me parece que estas críticas den en el blanco. Con respecto al primer aspecto, desde un punto de vista conceptual no es suficiente que los legisladores individuales no conozcan el contenido de una disposición para hacer que esa disposición sea opaca; es importante que este contenido *no pueda* ser conocido sobre la base de las competencias lingüísticas que los legisladores tienen a su disposición. Si los legisladores individuales tuvieran esas competencias, pero decidieran no leer el texto, las disposiciones no serían opacas para ellos. Con respecto a la segunda objeción, es ciertamente el caso que las disposiciones a menudo contienen términos técnico-jurídicos que escapan a la comprensión de los legisladores individuales. Sin embargo, tales expresiones son incorporadas a las disposiciones por funcionarios pertenecientes al cuerpo legislativo, es decir, por personas expresamente autorizadas; en el caso de las disposiciones opacas, esta actividad la realizan en cambio órganos técnicos que actúan al margen del proceso de producción normativa previsto por la ley, generando los problemas de legitimidad discutidos en mi artículo.

característica de las normas, no de las disposiciones: siempre son los jueces quienes determinan el contenido lingüístico de las disposiciones, y es por tanto únicamente en el ámbito judicial donde la opacidad puede manifestarse convirtiéndose en un problema relevante.

Para responder a esta objeción, vale la pena comenzar por recordar cómo la distinción entre disposición y norma, aunque ampliamente utilizada por los teóricos del derecho en el mundo latino, es ambigua. Sin entrar en detalles, según algunos estudiosos el término “norma” denota el contenido (lingüístico) de una disposición; según otros, denota un texto que expresa el contenido de una disposición. Poggi usa el término “norma” en el primer sentido; en mi artículo, sin embargo, el término se usa en el segundo sentido, como se especifica al comienzo del texto (nota 2). Desde la posición que defiendo, los contenidos lingüísticos no deben confundirse con los enunciados utilizados para expresar o “traducir” dichos contenidos. Desde un punto de vista metafísico, los contenidos lingüísticos son entidades abstractas cuyas características suelen ser investigadas por una teoría del significado. El contenido de un enunciado no puede, por tanto, ser identificado con otro enunciado sin generar circularidad o regreso al infinito, hasta el punto de quitar toda utilidad teórica a la noción misma de contenido lingüístico.<sup>7</sup> Esto tiene algunas consecuencias notables. Desde la perspectiva que he adoptado, no es impropio 1) tratar a las normas como entidades distintas de sus contenidos lingüísticos; 2) distinguir el contenido de las disposiciones del contenido de las normas; 3) hacer referencia al contenido de una disposición, incluso si ese contenido no resulta expresado por una norma; 4) admitir situaciones en las que el contenido de una disposición no es idéntico al contenido de la norma respectiva, etc. De esto se sigue que tiene perfecto sentido tratar el tema de la opacidad de las disposiciones como distinto del problema de la opacidad de las normas. En ambos casos, la opacidad es un fenómeno que concierne a los contenidos lingüísticos; las disposiciones y las normas son, sin embargo, tipos de enunciados que cumplen funciones diferentes, aunque interrelacionadas (Canale, 2020). Como reflejo de ello, la opacidad de las disposiciones plantea problemas diferentes a los de la opacidad de las normas, como he intentado ilustrar en el artículo.

<sup>7</sup> Discutí este tema más a fondo en Canale (2012).

Queda todavía por hacer una observación final respecto de las estrategias a adoptar para combatir la opacidad de las normas. La propuesta de Poggi en este sentido es ciertamente pertinente e interesante. Las técnicas de redacción de los textos normativos inciden directamente en el surgimiento de la opacidad, ya que pueden apoyarse o no en el uso de expresiones extraídas de lenguajes técnico-sectoriales. Al mismo tiempo, no debe olvidarse que el juez tiene la última palabra en cuanto al contenido de los textos normativos, en relación con el caso a decidir; por tanto, es el juez quien decide si se atribuye o no un contenido opaco a las disposiciones. Ciertamente estoy de acuerdo con estas observaciones. Sin embargo, cabe señalar que en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, la producción de disposiciones, especialmente las de nivel reglamentario, se “terceriza” cada vez más, dejándola en manos de órganos *ad hoc* con competencia especializada y sectorial. La función comúnmente atribuida a estos órganos *ad-hoc*, sin embargo, no es hacer comprensibles las disposiciones a todos sus destinatarios sino garantizar su exactitud, exhaustividad, eficacia e inmediata aplicabilidad por parte de los mismos órganos técnicos que colaboraron en su redacción.<sup>8</sup> Por otra parte, en cuanto a la posibilidad, reservada al juez, de atribuir contenidos no opacos a una disposición, aun cuando haya sido formulada por órganos técnicos, cabe señalar que se trata de una solución factible únicamente cuando las expresiones cuyo contenido es opaco pertenezcan también al lenguaje común, y no solo al lenguaje técnico en cuestión. Cuando tales expresiones son exclusivamente de uso técnico, esta posibilidad queda excluida. Tampoco debe olvidarse, de manera más general, que la decisión del legislador y/o del juez de renunciar a la especialización del lenguaje jurídico y de sus contenidos puede poner

<sup>8</sup> Ilustrativo en este sentido es el denominado “nuevo enfoque” de la regulación introducido en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea a partir de la década de los 80 del siglo pasado. Según este modelo, las Directivas europeas sólo se encargan de establecer los requisitos esenciales de la regulación, que se delega en organismos técnicos privados que elaboran normas que posteriormente se incorporan al derecho de la Unión Europea mediante disposiciones de renvío, como en el caso de Directiva 2014/40/EU discutida en mi artículo. Véase la Resolución del Consejo 85/C, del 7 de mayo de 1985, *A New Approach to Technical Harmonization and Standards*, Anexo II “Guidelines for a New Approach to Technical Harmonization and Standards” [1985] OJ C 136/01.

en peligro la legitimidad sustancial de la legislación y la jurisprudencia, como resalté en mi artículo. Este problema remite a las observaciones de Juan Iosa a quien va dedicada la última parte de mi respuesta.

### 3. Tecnocracia y legitimidad del derecho

La contribución de Juan Iosa se ocupa de un aspecto central de mi artículo: la relación entre conocimiento experto y legitimidad. Iosa observa que quienes hoy ejercen los poderes públicos no pueden renunciar a la información que brindan los expertos sin pagar altos costos epistémicos, como el de poner en duda la eficiencia, eficacia y “adherencia a la verdad” de sus decisiones. Por otro lado, la función nomopoyética atribuida a los expertos desencadena mecanismos de transferencia de poderes a sujetos u órganos sin legitimidad democrática. ¿Cómo escapar de este dilema, cuyo alcance se extiende mucho más allá del fenómeno de la opacidad? Iosa propone la siguiente solución: aunque la opacidad en principio socava la legitimidad de las disposiciones legales, una disposición opaca puede considerarse legítima si se garantiza la competencia, imparcialidad y fiabilidad de la opinión de los expertos en los que se basa. Y para cumplir con estos requisitos, el conocimiento experto utilizado en la práctica jurídica no debe dejarse en manos de la gestión privada. De hecho, la elaboración de conocimiento especializado no es neutra: siempre está orientada a la realización de intereses que condicionan los resultados. Cuando el conocimiento experto se convierte en imprescindible para el ejercicio de los poderes públicos, se trata pues de distinguir los intereses legítimos que persigue realizar de los intereses que no lo son. Y este tipo de garantía solo puede ser proporcionada por organismos estatales independientes.

Estas consideraciones proyectan el problema de la opacidad del derecho dentro del debate en torno a la evolución en sentido “tecnocrático” de los sistemas políticos y jurídicos contemporáneos. Aunque el término “tecnocracia” suele utilizarse de forma genérica en el discurso público, en las ciencias sociales denota un sistema institucional en el que el ejercicio de los poderes públicos se confía a sujetos o instituciones elegidos en función de sus competencias técnico-especialistas y de forma independiente de los

procesos democráticos.<sup>9</sup> La justificación de las tecnocracias contemporáneas encuentra su formulación canónica en *Opinión Pública* de Walter Lippmann, una obra publicada hace más de un siglo, pero cuya actualidad persiste aún. Según Lippmann, los representantes democráticos se ven limitadas por una estrecha comprensión de la realidad, así como por la defensa de intereses particulares, y esto impide que las decisiones públicas logren satisfacer intereses colectivos. Por esta razón, “el gobierno representativo (...) no puede ser ejercido de manera exitosa, sin importar cómo sean elegidos los representantes, a menos que exista un organismo experto e independiente que haga comprensible a quienes tienen que tomar decisiones los hechos imprevisibles. Procuró, por lo tanto, argumentar que aceptar en serio el principio de que la representación persona tiene que ser complementada con la representación de los hechos imprevisible permitiría por sí misma una descentralización satisfactoria, y nos permitiría escapar de la ficción intolerable e impracticable e que caa uno de nosotros debe poseer una opinión competente sobre todos los asuntos públicos” (Lippman, 1922, p. 59). Según Lippmann, por tanto, corresponde a los expertos identificar los objetivos de interés público, así como los medios idóneos para alcanzarlos, dejando a los representantes democráticos únicamente el poder de ratificar estas directivas, cuyo contenido es la mayoría de las veces incomprensible al hombre de la calle. Estas consideraciones de Lippmann recibieron grandes elogios de parte del *establishment* político estadounidense, sin embargo, suscitaron numerosas críticas. En primer lugar, la “despolitización” de la representación democrática, y la atribución de poderes públicos a órganos dotados de competencias técnicas, no resultan legítimas en los sistemas democrático-constitucionales y alimenta formas de dominación ajenas a los mecanismos de control propios de un Estado de derecho.<sup>10</sup> En segundo lugar, el conocimiento técnico-sectorial por sí solo no es suficiente para tomar decisiones políticas capaces de satisfacer los intereses colectivos, cualquiera que sea el modo en que resulten identificados. Como señaló John

<sup>9</sup> Véase Radaelli, 1999; Sánchez-Cuenca, 2017; Bickerton & Accetti, 2017.

<sup>10</sup> Sobre la noción de dominación, entendida como el poder de interferir arbitrariamente en las elecciones de otros, véase Pettit 2000, cap. 2. En particular, según Pettit el ejercicio de un poder es arbitrario cuando “[no] está obligado a rastrear lo que los intereses de esos otros exigen según sus propios juicios” (p. 55).

Dewey en su recensión de *Public Opinion*: “Todo gobierno de expertos en el que las masas no tengan la oportunidad de informar a los expertos sobre sus necesidades no es otra cosa más que una oligarquía administrada en beneficio de unos pocos” (Dewey, 1927, p. 225). Recurriendo a una metáfora que luego se volvió famosa, Dewey señaló que “es el hombre que calza el zapato el que mejor sabe si aprieta y dónde aprieta, incluso si es el zapatero experto el que mejor sabe cómo resolver el problema” (Dewey, 1927, pp. 223-24). De ahí la insistencia de Dewey en una adecuada “división del trabajo” entre expertos y órganos democrático-institucionales, a fin de que los primeros no reemplacen a los segundos en el ejercicio de los poderes públicos, y de todos modos brinden la información necesaria para que dichos poderes sean ejercidos de manera competente, informada y eficiente.

El escenario contemporáneo que constituye el trasfondo del problema de la opacidad del derecho es más complejo que el imaginado por Lippmann y Dewey. Actualmente las instituciones expertas moldean las decisiones políticas no los de manera directa, en cuanto titulares de poderes que el legislador les ha delegado, sino también indirectamente, incorporando al lenguaje normativo expresiones técnicas y estándares que escapan a la comprensión de los sujetos institucionales. Al mismo tiempo, precisamente en función del papel político que se les atribuye, los miembros de los órganos técnicos son elegidos cada vez más en función de la connotación política de sus opiniones, especialmente en el seno de las instituciones públicas. De hecho, la tecnificación de las decisiones políticas corresponde a una politización del conocimiento técnico, posibilitada por la naturaleza híbrida de este último. Como ha observado Sheila Jasanoff: “Las preguntas que los políticos contemporáneos hacen a la ciencia rara vez pueden ser respondidas por científicos manteniéndose dentro de los límites de sus disciplinas de origen (...). De manera cada vez mayor, en los procesos de toma de decisiones, los políticos y la sociedad esperan de los expertos la capacidad de evaluar cuerpos de conocimiento heterogéneos y de ofrecer opiniones equilibradas, basadas en realidad en una comprensión imperfecta, sobre temas que no pertenecen a la específica competencia disciplinaria de nadie” (Jasanoff, 2005, p. 211). Esto abre la puerta a que la selección de las opiniones de expertos no se realice sobre la base de estándares epistémicos confiables y compartidos, no

aplicables en contextos de formulación de políticas públicas, sino sobre la base de los intereses políticos en juego.<sup>11</sup> Este es un problema que también adquiere relevancia en el contexto judicial, y por tanto en relación con el problema de la opacidad de las normas. La estructura adversarial del proceso, estimula a las partes a buscar expertos dispuestos a apoyar la tesis probatoria a su favor, alimentando el surgimiento de desacuerdos no siempre basados en razones epistémicas genuinas. Estas consideraciones me llevan a dudar de que el problema de la opacidad pueda resolverse atribuyendo la gestión del conocimiento experto a organismos públicos independientes. La colonización política de tal conocimiento no se evitaría, sino que se volvería aún más probable, abriendo el camino a una “ciencia estatal” autoritativamente alejada de cualquier forma de control epistémico.

Un nivel similar de complejidad aqueja al problema de la legitimidad del poder nomopoyético atribuido a los expertos. Como observa acertadamente Iosa, en mi artículo no formulé un juicio categórico respecto de la legitimidad de disposiciones y normas opacas. La razón es la siguiente: el problema de la legitimidad se declina de diferentes maneras en el debate jurídico y político contemporáneo, cada una de las cuales nos permite tematizar distintos aspectos de la opacidad. En lugar de tomar una posición categórica sobre el tema, preferí resaltar que, independientemente de la concepción de legitimidad que se adopte, la opacidad sigue siendo *un* problema que merece nuestra atención. La solución que esbocé al final del artículo retoma en realidad algunas de las intuiciones de John Dewey que he mencionado. El aporte que brinda el conocimiento experto no es algo a lo que hoy pueda renunciar cualquiera que ejerza el poder público. El problema de la opacidad, así como el de la legitimidad del uso de los conocimientos técnicos, puede abordarse

<sup>11</sup> “Incluso la investigación básica financiada con fondos públicos, realizada sin pensar en una ganancia financiera inmediata, debe justificarse con demostraciones plausibles de sus impactos más amplios en la sociedad. Es ampliamente aceptado que la mayor parte de la actividad científica actual se lleva a cabo para apoyar algún tipo de necesidad social. Al mismo tiempo, el crecimiento de la interdisciplinariedad y la dispersión del trabajo científico entre diversos tipos de instituciones no académicas (p. ej., laboratorios nacionales, industrias, spin-offs y nuevas empresas y empresas de consultoría) han erosionado la noción de ‘escepticismo organizado’. Gran parte de la ciencia actual se lleva a cabo sin las comprobaciones cruzadas de los estándares disciplinarios establecidos y la supervisión de comunidades de pares claramente identificables”. (Janassof, 2015, p. 1739).

adecuadamente garantizando una clara “división del trabajo” entre expertos y legisladores, a fin de evitar que los primeros reemplacen a los segundos en el ejercicio de los poderes públicos. La forma más prometedora de lograr este resultado me parece consiste en garantizar un diálogo entre estas figuras a nivel institucional, tanto en el ámbito judicial como en el legislativo. Se han hecho algunos intentos fructíferos, que menciono en mi artículo, en esta dirección; se trata de imaginar mecanismos más amplios y de mayor alcance, capaces de evitar formas de regulación social poco transparentes para los actores institucionales, así como para los ciudadanos.

## Bibliografía

- Bickerton, C. y Invernizzi Accetti, C. (2017). Populismo y tecnocracia: ¿opuestos o complementos? *Revisión crítica de la filosofía política y social internacional*, 20, 186-206.
- Canale, D. (2012). Teorías de la interpretación jurídica y teorías del significado, *Discusiones*, 11, 135-165.
- Canale, D. (2015). Estándares opacos. El papel de los expertos en el razonamiento jurídico, *Journal of Philosophy of Law*, 4(3), 93-124.
- Canale, D. (2020). Normas expresas y normas no expresas. Un análisis conceptual, *Análisis y derecho*, 2, 13-42.
- Canale, D. (2021a). La Opacidad del Derecho: Sobre el Impacto Oculito de la Opinión de los Expertos en la Toma de Decisiones Legales, *Law and Philosophy*, 40, 509-543.
- Canale, D. (2021b). Intención legislativa, intencionalidad colectiva y ficcionalismo. En T. Marquez, C. Valentini (eds.), *Collective Action and the Law* (pp. 45-68). Londres: Routledge.
- Dewey, John (2016 [1927]). *El público y sus problemas. An Essay in Political Inquiry*. ML Rogers, Athens OH, Swallow Press, 2016.
- Iosa, J. (2023). Conocimiento experto y legitimidad en el proceso de creación de derecho, *Discusiones*, 30.
- Jasanoff, S. (2005). Juicio bajo asedio: el problema de los tres cuerpos de la legitimidad de los expertos. En S. Maasen y P. Weingart (eds.). *¿Democratización de la experiencia? Exploración de nuevas formas de*

- asesoramiento científico en la toma de decisiones políticas* (pp. 209-224). Dordrecht: Springer.
- Jasanoff, S. (2015). Verdades útiles: ciencia para la acción en el derecho y la política, *Texas Law Review*, 93, 1723-1749.
- Lippmann, W. (1922). *Opinión pública*. Nueva York: Harcourt Brace.
- Pettit, P. (1997). *Republicanism: una teoría de la libertad y el gobierno*. Oxford: Oxford University Press.
- Poggi, F. (2023). El lado opaco del derecho, tomado en serio. Notas sobre un ensayo de Damiano Canale, *Discusiones*, 30.
- Quine, W. V. O. (1953). *Desde un punto de vista lógico*. Cambridge MA: Universidad de Harvard.
- Quine, W. V. O. (1990). Tres indeterminaciones. En R. Barrett y R. Gibson (eds.). *Perspectives on Quine* (pp. 1-16). Cambridge MA: Blackwell,
- Radaelli, C. M. (1999). *Tecnocracia en la Unión Europea*. Londres: Longman.
- Raz, J. (2009). *Entre autoridad e interpretación*. Oxford: Oxford University Press.
- Rimoldi, F. (2023). Opacidad y deferencia: ¿Un problema semántico o epistémico? *Discusiones*, 30.
- Rorty, R. (1981). *La filosofía y el espejo de la naturaleza*. Princeton: Princeton University Press.
- Sánchez-Cuenca, I. (2017). De un déficit de democracia a un orden tecnocrático: el debate poscrisis sobre Europa, *Revista Anual de Ciencia Política*, 20, 351-369.
- Skorupski, J. (2017). Significado, uso, verificación. En B. Hale, C. Wright y A. Miller (eds.). *A Companion to the Philosophy of Language*. 2da edición (pp. 73-106). Chichester: Wiley.
- Villanueva Fernández, N. (2015). Conceptos deferentes y opacidad. En J. J. Acero Fernández y P. Leonardi (eds.). *Facetas de los conceptos* (pp. 131-154). Padova: il Poligrafo.
- Williamson, T. (2022). *El conocimiento y sus límites*. Oxford: Oxford University Press.

*Sección II*

**DISCUSIONES:  
CORTES**



## Objeto su señoría: los casos de objección de conciencia en Colombia y Chile ante la legalización de las interrupciones de embarazos

*Objection Your Honor: The Cases of  
Conscientious Objection in Colombia  
and Chile to the Legalization of the  
Interruptions of Pregnancies*

María Julieta Cena\*

Recepción: 27/04/2023

Evaluación: 21/06/2023

Aceptación final: 21/06/2023

**Resumen:** Mediante el presente artículo se compara el abanico de argumentos delineados por los máximos órganos de justicia constitucional de Colombia y Chile, respecto a la figura de la objeción de conciencia ante la legalización de las interrupciones de embarazos. De esta manera, se permite vislumbrar las divergencias que el contenido y alcance de la desobediencia toma en la región y la importancia de estos casos como construcciones judiciales sobre las que proyectar definiciones ante el aborto legal de países que comparten el mismo sistema internacional de derechos humanos.

**Palabras claves:** objeción de conciencia, legalización de las interrupciones de embarazos, Chile; Colombia, poder judicial

\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Magister en Derecho y Argumentación y Profesora de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Becaria Posdoctoral de CONICET con lugar de trabajo en el Instituto de Estudios sobre Derecho Justicia y Sociedad (IDEJUS), Argentina. Correo electrónico: maria.julieta.cena@unc.edu.ar

**Abstract:** This article compares the range of arguments outlined by the highest bodies of constitutional justice in Colombia and Chile regarding the concept of conscientious objection to the legalization of abortion. In this way, it is possible to glimpse the divergences that the content and scope of disobedience takes in the region. In this context, the importance of these cases as judicial constructions on which to project definitions of legal abortion in countries that share the same international human rights system is highlighted.

**Keyword:** conscientious objection, legal abortion, Chile, Colombia, judiciary.

## 1. Introducción

Las tramas del aborto en Nuestramérica<sup>1</sup> son complejas, contradictorias y diversas. Mientras que algunos países de la región avanzan hacia la liberalización a ritmos dispares, otras naciones, como el Salvador<sup>2</sup> o Nicaragua, continúan con un sistema de restricciones absoluto (Bergallo, Jaramillo y Vaggione, 2018). En los países con tendencia hacia la amplitud y reconocimiento de la salud sexual y –no– reproductiva<sup>3</sup> (SSR) se realizaron, en las últimas décadas, reformas jurídicas que expandieron la legalización de las

<sup>1</sup> Utilizaré el término “Nuestramérica” como denominación que pretende reapropiarse de las experiencias, historia y pluralidad de la realidad de una América decolonial, para potenciar sus virtudes y (re)conocer sus orígenes y sus particularidades. “En la América conquistada por los españoles, la subordinación de las mujeres se consolida especialmente a través de las Leyes de Partidas, la familia patriarcal y la influencia y poder de la Iglesia Católica, continuándose en las leyes de los Estados Nación que se van constituyendo a lo largo del siglo XIX” (Fontenela, 2009, p. 260).

<sup>2</sup> En el caso “Manuela” (2021), la Corte Interamericana de Derechos Humanos constató que, en El Salvador, desde que se penalizó de manera absoluta el aborto, se criminalizó, incluso, a mujeres que han sufrido abortos espontáneos y otras emergencias obstétricas por lo que enfrentan muchos años de prisión. En especial a mujeres con escasos o nulos ingresos económicos, proveniente de zonas rurales o urbanas marginales con baja escolaridad. Para conocer más sobre el caso me remito al apartado 1.2.3 en el que se transcriben los fundamentos del caso.

<sup>3</sup> El recorte realizado y la decisión de centrar el trabajo en el análisis de la SSR no desconoce que los derechos sexuales y reproductivos (DSR) abarcan un vasto entramado de derechos. Las diversas aristas de estos, así como su articulación con la salud en el sistema internacional de Derechos Humanos (DH) y la posición de garante del Estado, permiten la vinculación de los DSR y la SSR, en términos de “género/especie”.

interrupciones de embarazos, sea mediante el modelo de causales e incluso el de liberalización (Bergallo, 2018, pp.155-156).<sup>4</sup>

En todo lugar en el que se ha despenalizado, de alguna manera, a las interrupciones de embarazo, también se ha discutido, y se sigue discutiendo, el contenido y alcance de la objeción de conciencia (OC) (Ayala et al., 2014, p. 8). No fueron excepción los países de Nuestramérica, donde la conquista jurídica sobre la SSR se enfrenta a la OC que, en la mayoría de los casos, obstaculiza políticas públicas y es ejercida más allá de la existencia de reglamentación (Ariza, 2012; Deza, 2015; Ariza y Ramón Michel, 2018; Botero, Cárdenas y Zamberlin, 2019, p. 140).

La SSR pone en jaque el control del cuerpo y la sexualidad, por lo cual se sitúa en una posición especial de restricción y sujeción a la OC (Brown, 2007, pp. 173-184). Bajo este telón, las legalizaciones de las interrupciones de embarazos se presentan como el caso paradigmático donde se expande el ejercicio de la OC, con una fuerte capacidad obstaculizadora (Alegre, 2009, Ariza Navarrete y Ramón Michel, 2018; Vaggione y Puga, 2015, pp. 104-105).

Uno de los primeros hitos hacia la expansión del modelo de causales en la región fue la decisión C-355 de la Corte Constitucional de Colombia por la cual estableció cuatro causales de despenalización del aborto. Sin embargo, cuando los abortos legales por causales se trataron de poner en ejercicio, se activaron barreras de acceso como la disponibilidad de servicios de salud (Bergallo, 2018, pp.155-156). Por ello, la Corte Constitucional se vio en la obligación de dictar otras resoluciones posteriores determinando el contenido y alcance de la OC ante interrupciones de embarazo.

Por su parte, en Chile, el proyecto de ley que buscaba superar el modelo de prohibición total de las interrupciones de embarazos, fue sometido a un proceso de revisión a cargo del Tribunal Constitucional chileno. Si bien

---

<sup>4</sup> Siguiendo a Bergallo (2011) tres son los modelos de regulación del aborto en el mundo. Un primer modelo de prohibición absoluta mediante la penalización total de las interrupciones de embarazo en todos los casos; un segundo modelo denominado de indicaciones, permisos o causales, mediante el cual se esboza una prohibición del aborto, pero se lo permite dadas ciertas condiciones o circunstancias; y un tercer modelo de liberalización o a demanda. En este último, durante un período gestacional que varía de país en país, la interrupción es voluntaria y a demanda de la persona gestantes. La mayoría de las veces, este último modelo se regula combinado con el sistema de causales.

el máximo órgano de control constitucional de ese país resolvió por la legalidad de las causales, lo hizo a la par de una juridificación amplia de la OC, mediante un mecanismo de modificación y redacción de la normativa, inédito previamente.

Por consiguiente, tanto en Colombia como en Chile, ha sido el poder judicial quién delineó los bordes con los que se debía regular la OC. Figura que tiene la particularidad de tensar el sistema de obligaciones del Estado de Derecho por ser la herramienta por la cual se permite no cumplir con una orden o deber formal.

De esta manera, a través de la utilización del método de casos como forma esencial de investigación en las ciencias sociales (Yin, 1994; Chetty, 1996) en tanto permite dar cuenta de las sentencias relevantes sobre la temática en la región, analizaré la trayectoria de la regulación de la OC ante la legalización de las interrupciones de embarazo en los casos de Colombia y Chile. La elección responde a que estos países combinan la gama de vías de legalización (normativa o judicial) con sistemas de regulación del aborto (el paso de penalización total al modelo de causales) y que fue el poder judicial quién terminó definiendo el contenido y alcance de la OC, mediante diversos mecanismos de control de constitucionalidad.

Asimismo, cabe resaltar que Colombia y Chile forman parte del mismo sistema regional de DH. De esta manera, estos casos funcionan como muestra a la hora de indagar sobre la OC ante la legalización de las interrupciones de embarazo, su contenido y alcance en la región. Experiencias y enseñanzas que deben observar los restantes países a la hora de satisfacer los derechos de SSR.

## **2. El caso de Colombia: acciones para la defensa**

El diseño del control de constitucionalidad colombiano tiene una fuerte impronta hispánica y de la Colonia. La reforma constitucional de 1910 aportó un sistema de control constitucional singular y propio, conformado por dos mecanismos de acceso: la acción pública de inconstitucionalidad y la excepción de inconstitucionalidad. Mientras que la primera permite

a la ciudadanía cuestionar la ley, la segunda brinda esta herramienta a las autoridades administrativas y judiciales (Moreno Ortiz, 2010, pp. 75-76).

Si bien del art. 241 de la Constitución Política de la República de Colombia (1991), se podría derivar que en Colombia existe un modelo de control concentrado –al estilo italiano, alemán o español–, la Corte Constitucional colombiana ratificó que en dicho país el control de constitucionalidad sigue siendo de carácter “difuso funcional” (C-037, 1996). Es decir, se mixturán características propias del control de constitucionalidad concentrado –como un tribunal constitucional– con la posibilidad de que órganos administrativos también sean garantes de la Constitución. Las muchas autoridades que están habilitadas a realizar el control de constitucionalidad, así como los múltiples mecanismos para tal fin, han generado un complejo sistema de salvaguarda constitucional (Mendieta y Tobón, 2018, p. 58-71).

Dentro de este complejo sistema de control de constitucionalidad, la Corte Constitucional tiene una gran competencia y poder. Por ejemplo, puede modular los efectos de las sentencias según las diferentes circunstancias o fijar, a voluntad, la retroactividad de una decisión de constitucionalidad, “según sea necesario para garantizar derechos fundamentales o la supremacía constitucional” (Mendieta y Tobón, 2018, p. 58-71).

En ese esquema, la Corte Constitucional emitió la sentencia C-355 de 2006 que, como referí previamente, significó un avance histórico en materia de SSR. Gracias a dicha resolución, el país pasó de la penalización absoluta del aborto, a un reconocimiento del derecho a las interrupciones legales de embarazo bajo un régimen de causales (ILE).<sup>5</sup> Este decisorio también ratificó la calidad de DH de los DSR de las mujeres y comenzó a delinear los límites de la OC ante la ILE (C-355, 2006, punto 10.1).

<sup>5</sup> La sentencia C-355 de 2006 despenaliza el aborto en tres casos específicos, (i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico y (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas o de incesto.

También en 2006, con la finalidad de estandarizar los procedimientos para la realización de las prácticas, el gobierno nacional colombiano emitió el Decreto 444/2006. Sin embargo, en 2009, el Consejo de Estado en ejercicio del control de constitucionalidad que tiene habilitado, suspendió la aplicación del referido decreto. Producto de eso, se emitieron otros decretos, resoluciones y diversas circulares para lograr concretar el acceso a las ILE sin que lograran el fin deseado. Especialmente por las múltiples trabas legales y sanitarias vinculadas a la resistencia y accionar del personal sanitario, lo que perpetuó la clandestinidad y la judicialización (Guiott Pulido, 2020, pp. 32-55).

Estudios cualitativos acerca de la percepción que tienen médicos/as de ginecología y obstetricia en Colombia respecto a mujeres que interrumpen su gestación amparadas en la Sentencia C-355, permiten observar cómo la causal por la que se aborta impacta en la percepción que se tiene de la mujer. Aquellas interrupciones requeridas por causa de malformaciones gestacionales, tienen una recepción más empática en el personal médico, que las que suceden por ser el embarazo producto de violación todo lo que se traduce en barreras para el acceso a las ILE.

Ante esos escenarios de inaccesibilidad, la Corte Constitucional se tuvo que expedir en múltiples oportunidades para garantizar el ejercicio de los derechos de SSR.<sup>6</sup> Particularmente, las sentencias T-209 de 2008 y T-388 de 2009 fueron claves en tanto regulación y determinación de la OC ante ILE. A continuación, me detendré en un análisis pormenorizado de estas dos resoluciones que versan sobre las tres causales legalizadas por la Corte Constitucional hasta el 2022.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Véanse las resoluciones de la CC identificadas como: T-988 de 2007; T-209 de 2008; T-388 de 2009; T-585 de 2010; T-841 de 2011; T-627 de 2012; T-301 de 2016; T-697 de 2016.

<sup>7</sup> Con fecha 21 de febrero de 2022, la CC emitió el comunicado de prensa n.º 5 por el cual informa lo que se resolverá mediante Sentencia C-055-22 sobre la causa M.S. Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos. En particular, la CC pone en conocimiento que declara la legalización de las interrupciones voluntarias del embarazo (IVE) hasta la semana 24 de gestación y sin sujeción a límite cuando se presenten las causales de que trata la sentencia C-355 de 2006. Finalmente, la CC exhortó al congreso de la república y al gobierno nacional a formular e implementar una política pública integral en la materia, configurándose en un hito histórico. Cabe destacar, que la libertad de conciencia fue uno

## 2.1 La Sentencia T-209 (2008)

En la sentencia T-209 (2008), la Corte Constitucional colombiana resolvió acerca del derecho a la ILE de una niña de 13 años con un embarazo producto de acceso carnal violento, a quien le negaron la intervención por OC de todo el *staff* de ginecología de su prestador de salud. Ante esa situación, la niña fue derivada a otro hospital, donde otra vez todo el personal se declaró objetor y condicionaron la realización de la práctica a la emisión de una orden judicial.

Mediante la Sentencia T-209 (2008), la Corte Constitucional debía determinar si la OC generalizada del personal sanitario vulneraba los derechos fundamentales de la niña e incumplía con lo dispuesto en la resolución C-355. Para ello, se realizó una reconstrucción dogmática de los derechos en tensión: por un lado, la dignidad, vida y salud física y mental de la mujer, aunados a sus DSR y materializados en el acceso a la ILE; y, por el otro, el derecho a la OC de los/as profesionales de la salud que, por íntimas convicciones, no estaban dispuestos a practicar la ILE (T- 209, 2008, punto 3.3).

En ese marco, se analizó a la OC ejercida por los/as profesionales de la salud ponderándola como un derecho en tensión con los derechos de la persona gestante. De esta ponderación, la Corte Constitucional concluye que la OC ante ILE no es absoluta, menos aun cuando se presenta en forma generalizada en una institución hospitalaria. Por el contrario, esto vulnera abiertamente los derechos de las mujeres a la dignidad, la vida, la salud física y mental inscriptos en el ejercicio de sus DSR.

De esta manera, la Corte Constitucional regula específicamente por primera vez el alcance de la OC ante abortos legales. En este sentido, determina que, quien objeta en el ámbito sanitario, está obligado a orientar a la paciente hacia un lugar y un profesional dispuesto a practicar la ILE. Especialmente, excluye la posibilidad de que personas jurídicas sean titulares de OC, por lo que no permite la objeción de conciencia institucional (OCI) y obliga a los prestadores de salud y a la red pública de salud a contar con personal que garantice las interrupciones de embarazos.

de los argumentos esgrimidos por la parte accionante, pero para lograr el reconocimiento de los derechos de SSR de las mujeres –y personas gestantes–.

## 2.2. La Sentencia T-388 (2009)

El decisorio T-388 (2009) versó sobre la interrupción de un embarazo por padecer el feto de una malformación incompatible con la vida. Nuevamente, aunque la situación estaba contemplada dentro de las causales de ILE, tanto los médicos como el juez de primera instancia, obstaculizaron el procedimiento. Le solicitaron a la gestante requisitos innecesarios, como autorización judicial, y se le negó el tratamiento invocando a la OC. Si bien se había realizado la ILE cuando se resolvió, la Corte Constitucional de todos modos sentó precedente sobre la OC frente al aborto, tanto respecto a los jueces como al personal de salud (Ayala et al., 2014, pp. 9-10).

La sentencia T-388 (2009) es una resolución especialmente relevante en lo que respecta a la OC y al aborto. Si bien decisiones anteriores y posteriores de la Corte Constitucional también trataron la temática, la Sentencia T-388 (2009) es reconocida por indicar la naturaleza, el fundamento, el contenido, la titularidad, el modo de ejercicio y los límites de la OC a las ILE en Colombia (Ayala et al., 2014, pp. 7-27). Esta sentencia visibiliza, también, la situación de (in)cumplimiento del decisorio C-355, con informes y observaciones de organismos oficiales.

Tanto el informe de la Defensoría del Pueblo, como el de la Mesa de Trabajo por la Vida y la Salud de las Mujeres, destacan a la OC formal e informal como uno de los mayores obstáculos a las ILE. Según dichos organismos, las formas más comunes de ejercer la OC son: la falta de contratación de personal dispuesto a prestar el servicio; el ejercicio de OC colectiva que se traduce en OCI, y la manifestación verbal a las mujeres de que el procedimiento no se ofrece en las instalaciones por ser contrario a su visión y misión institucional (T-388, 2009, punto 7.4).

En ese marco, la Corte Constitucional debió determinar las consecuencias prácticas que surgieron de la Sentencia C-355 para las prestadoras de salud y el personal médico, así como para los funcionarios/as judiciales, y en particular, la procedencia –o no– de la OC ante la ILE, su contenido y alcance. Para resolver, la Corte Constitucional determinó el escenario jurídico como un conflicto entre el principio del pluralismo, la libertad de conciencia, el derecho de asociación y la libertad religiosa, versus los DSR.

La Corte reconoce a la OC como derivado constitucional de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y que es posible ejercer ante la provisión del aborto. No obstante, también advierte que este, como todos los derechos constitucionales, no es absoluto. Por el contrario, sus límites provienen de su fundamento mismo –la protección de la integridad moral del ser humano– y el respeto de los derechos fundamentales de otras personas. En la OC frente a las ILE, expresó la Corte, se ponen en juego derechos como la salud, la integridad personal, la vida y, en general los DSR de la mujer (Ayala et al., 2014, pp. 9-10).

La resolución se destaca por resolver teniendo en cuenta el impacto del ejercicio de la OC, su efecto relacional, la afectación a terceros y la reducción de daños. En este sentido, la sentencia en cuestión resalta la pluralidad del Estado colombiano, pero no para defender una determinada posición, sino como principio que garantice la convivencia de diversas cosmovisiones, no solo la católica (T-388, 2009, punto 5.1)

De la misma forma, el análisis del decisorio sobre el potencial daño que el ejercicio de la OC puede causar a los derechos fundamentales de las mujeres da cuenta del papel especial que tienen los/as profesionales de la salud. Esto se potencia cuando prestan servicios en el ámbito público por la especial posición con las usuarias y sus deberes imposibles de aplazar o eludir (T-388, 2009, punto 5.2)

Es así como la sentencia se presenta como innovadora. En consecuencia, a través de un análisis relacional de los derechos y, en particular, del impacto de la OC en el acceso a las ILE, la Corte Constitucional de Colombia determina que: solo puede objetar el personal que directamente intervenga en la práctica; la prohibición de exigencias adicionales a las establecidas la sentencia C-355 de 2006; y especialmente prohíbe OC colectivas que pudiesen devenir en OCI.

Con la finalidad de evitar artilugios que escondan OCI, la Corte impide el uso de pactos o planillas de adhesión para el ejercicio de la OC. De esta manera, arroja luz sobre circunstancias y presiones a las que puede verse expuesto el personal sanitario no objetor, que desempeñe tareas en instituciones objetoras.

Como corolario, la Corte Constitucional colombiana ha determinado que la OC ante la ILE es un derecho, pero no absoluto. Por ello, precisa

cuáles son sus límites. A saber: quienes objetan deben remitir a profesionales aptos y disponibles para realizar la práctica; los efectores de salud –públicos y privados– deben garantizar contar con un número adecuado de proveedoras/es habilitados/as para prestar el servicio de ILE; y la OC solo puede ser individual, personal y para quienes realicen la práctica de manera directa. Estos límites son los únicos que, para el máximo órgano de justicia de Colombia, son respetuosos a los DH y evitan imposiciones de una moral sobre otra.

### **3. El caso de Chile: la OC en los procesos de configuración normativa**

La reforma constitucional chilena de 2005 modificó el modelo de control de constitucionalidad: se trasladaron competencias de la Corte Suprema de Justicia hacia el Tribunal Constitucional y se estableció un sistema jurisdiccional concentrado de control de constitucionalidad en un solo órgano. De esta manera, el Tribunal Constitucional se erigió como el intérprete último de la Constitución y asumió tanto el control de constitucionalidad preventivo, como el reparador de los preceptos legales (Nogueira Alcalá, 2010, pp. 79-80).

El artículo 94 de la Constitución Política de la República de Chile (1980) dispuso que las disposiciones de los proyectos de ley declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional no ingresan al ordenamiento jurídico, ni tendrán posibilidad de ser aplicadas por los tribunales o la administración. Esto como consecuencia del control de constitucionalidad preventivo, en cabeza del Tribunal Constitucional.

Siguiendo a Atria (2011), el poder concentrado en el Tribunal Constitucional y, en particular, la competencia preventiva, permite el sostenimiento de un diseño constitucional que tiene la finalidad de neutralizar la agencia política del pueblo, perpetuando el legado y la injerencia de la dictadura de Augusto Pinochet. Cabe destacar que es en uso de esta competencia que El Tribunal Constitucional Chileno resuelve sobre la OC en el proyecto de ley de despenalización del aborto por medio del sistema de causales.

Hasta 2004, la referencia y juridificación de la OC en Chile solo había girado alrededor de la conscripción obligatoria.<sup>8</sup> Sin embargo, volvió a tomar estado público como una estrategia de algunos alcaldes y autoridades eclesiásticas del país, contra el suministro de anticonceptivos de emergencia. Suministro previsto en el protocolo del Ministerio de Salud (2004) para a las víctimas de violencia sexual.<sup>9</sup>

Estudios realizados sobre notas periodísticas entre 2004 y 2016 también registraron la injerencia de la OC en el ámbito de la SSR, más precisamente ante el suministro de anticonceptivos de emergencia. Desde ese entonces, ya se identificaban cuatro categorías de OC: la OC individual, la OCI, la OC colectiva –que considera la OC por un grupo de profesionales que adhieren conjuntamente– y la OC parlamentaria, vinculada con la libertad de conciencia para emitir el voto durante la tramitación de proyectos de ley sobre SSR (Montero Vega, 2019, p. 110).

Cabe resaltar que durante el período comprendido entre 1931 y 1989, el ordenamiento jurídico chileno permitió la realización de abortos terapéuticos como parte de la práctica clínica ordinaria de los servicios gineco obstétricos (Robledo Hoecker, Valdés Echenique y Viera Bernal, 2019, p. 29). Sin embargo, en 1989, durante la dictadura de Augusto Pinochet, se emitió la ley 18826 que dispuso la prohibición absoluta de las interrupciones de embarazo. Fue recién en el 2015 cuando, la entonces presidenta Michelle Bachelet, ingresó el proyecto de ley<sup>10</sup> que abrió el debate legislativo para la ILE.

El proyecto de ley de ILE presentado por el Poder Ejecutivo chileno en 2015, pretendía la modificación del código sanitario para la permisión de las ILE. El proceso legislativo, que duró más de dos años, estuvo acompa-

<sup>8</sup> Véase la resolución dictada por la CIDH en el caso “Chile–Salí Vera y otro” (2005) en virtud de la falta de contemplación de la OC ante el servicio militar obligatorio.

<sup>9</sup> Para mayor análisis sobre la sentencia que sostuvo la constitucionalidad de la anticoncepción de emergencia en Chile, recomiendo la lectura de Undurraga Valdés (2019).

<sup>10</sup> El proyecto fue ingresado el 31 de enero de 2015, bajo el número de boletín 9895-11 ante la Cámara de Diputados. Para mayor información sobre el proyecto, tramitación y presentación en comisión véase Senado República de Chile (s/f) *Boletín 9895-11*. Disponible en [https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=9895-11](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9895-11) (última revisión 31/12/2021).

ñado por una intensa movilización social, debates y estrategias mediáticas, tanto a favor, como en contra de la sanción de la ley (Vial Solar, 2019, p. 13; Robledo Hoecker, Valdés Echenique y Viera Bernal, 2019, p. 30).<sup>11</sup>

A pesar de las resistencias, finalmente el proyecto de ley de ILE obtuvo la mayoría necesaria para su aprobación. Sin embargo, antes de su sanción, un grupo de Senadores/as y Diputados/as opositores/as a la legalización y al gobierno a cargo, iniciaron ante el Tribunal Constitucional chileno dos acciones de inconstitucionalidad para que el proyecto no vea la luz. Las impugnaciones se centraron, principalmente, en el pedido de inconstitucionalidad de las causales y la exigencia de la ampliación del alcance dado a la OC. Si bien el primer pedido fue rechazado, la mayoría del Tribunal Constitucional concedió la acción en lo que respectaba a la OC.

El proyecto de ley inicial, así como el mensaje presidencial que lo presentó, declaraban a la OC como un derecho ante las ILE, que solo podía ser ejercido por el/la médico/a cirujano/a interviniente y cedía en caso de atención médica inmediata e impostergable cuando no hubiese otro profesional disponible. No aclaraba si había alguna limitación específica en el sector público, por lo cual, a contrario sensu, era factible de ser alegada por funcionarios/as públicos/as. Sin embargo, ese contenido y alcance dado a la OC fueron ampliados durante el debate en Senadores y más aún en sede judicial.

Durante la tramitación en Diputados, algunas instituciones sanitarias –confesionales y no– comenzaron a articular estrategias de presión, manifestando que no iban a cumplir con la ley si se aprobaba, algo que también sucedió en Argentina al momento de debatir la aprobación de la legalización de las interrupciones de embarazos. Esto reclamos sucedían a la par de las protestas de los/as profesionales que se verían obligados/as a adscribirse al ideario de los hospitales donde trabajasen (Montero Vega, 2019, p. 111).

Con ese telón de fondo, la Cámara de Diputados de Chile aprobó el texto original del Proyecto enviado por el Ejecutivo casi sin modificaciones.

<sup>11</sup> Por cuestiones de brevedad no ahondaré en las estrategias y vías de acción de los movimientos feministas en Chile a los fines de la obtención de la ley 21030. Para mayor profundidad sobre el tema recomiendo la lectura de Vargas y Carrera Ferrer (2019), Piquer Romo (2019) y Maureira (2019).

Solamente agregó que no podía invocarse OC en caso que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, cuando estuviese incurso la situación en la primera causal (vida o riesgo en la salud).

La Cámara de Senadores sí realizó muchas modificaciones a la redacción original del proyecto. Por un lado, amplió la titularidad de la OC a todo el personal profesional que desempeñara tareas en el quirófano, no solo cirujanas/os. Por el otro, y pese a las presiones para la incorporación de la OCI, se explicitó el límite de que la OC solo correspondía a las personas naturales y que tampoco podía invocarse si era inminente el plazo previsto en la tercera causal (14 semanas de gestación si el embarazo fuese producto de violación).

De esta manera, el proyecto de ley aprobado por el Congreso establecía: que la OC era a favor del personal médico profesional que se desempeñara en la sala quirúrgica; el centro de salud debía garantizar la práctica con otra/o profesional; la OC era individual, directa y personal; reconocía como límites a su ejercicio la urgencia terapéutica y la proximidad del vencimiento del plazo frente a causal violación. Cabe destacar que la figura se concretaba al mismo tiempo que se le concedía al personal médico amplias facultades para determinar la existencia de las causales e intervenir en las decisiones de la mujer.<sup>12</sup>

En agosto de 2017, y ante la aprobación del proyecto de ley, un grupo de diputados/as y senadoras/os iniciaron acciones ante el Tribunal Constitucional Chileno alegando la inconstitucionalidad del sistema de causales y del alcance con el que se reconocía a la OC. Particularmente sobre esto último, alegaron que el proyecto atentaba contra la libertad de conciencia del personal sanitario no profesional y que, al no permitirse la OCI, no se respetaba el derecho de asociación y autonomía de los cuerpos intermedios (Rol 3729, 2017, pp. 33 a 35 de los vistos).

<sup>12</sup> Si bien el rol del personal sanitario forma parte de los límites estructurales del modelo de causales (Bergallo, 2018, pp. 157-160), de la lectura de la ley 21030 se desprende una regulación que especialmente delega al servicio de salud, la potestad de decidir si se realizará o no la práctica. Para mayor profundidad sobre los riesgos de este tipo de reglamentación sobre el aborto y los obstáculos por conductas médicas abusivas en el modelo de causales, recomiendo la lectura de Jaramillo Sierra y Alfonso Sierra (2008).

### 3.1. La Sentencia Rol 3729 (2017)

Si bien en Chile la OC no era ajena al ámbito médico, por ejemplo, el Código de Ética del Colegio Médico contemplaba la posibilidad de abstenerse a realizar prácticas,<sup>13</sup> fue la sentencia del Tribunal Constitucional Chileno Rol 3729 del 28 de agosto de 2017 (Sentencia Rol 3729) la que finalmente definió la juridificación de la OC sanitaria en el ordenamiento jurídico chileno. Así, esta resolución marcó un hito jurisprudencial, tanto por confirmar la constitucionalidad del aborto por causales, como por la positivización de la OC en términos más amplios que los dados por el propio Congreso (Rol 3729, 2017, considerando 123 del voto mayoritario).

La Sentencia Rol 3729 cristaliza la clásica tensión entre democracia y constitución al ser la deferencia del legislador el argumento central con el que la mayoría del Tribunal Constitucional declara la constitucionalidad del sistema de causales (Paredes, 2018, p. 303). Si bien en esta jurisprudencia se plantean múltiples debates propios de la complejidad de la cuestión, a los fines del presente haré foco en lo relativo a la OC en tanto novedad judicial y principal foco de análisis doctrinario de la resolución.

La Sentencia Rol 3729 se organiza en varias secciones con votaciones divididas. A diferencia de la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, tiene pocas referencias sobre dignidad y derechos de la mujer, igualdad de género o sobre las injusticias por la criminalización. La mayoría del Tribunal Constitucional chileno decidió evitar una reivindicación explícita de los derechos de las mujeres y fundó su resolución en una interpretación de la Constitución que descartaba la posición prohibicionista respecto al aborto. Asimismo, posiciona a las mujeres como sujetos de derecho, al ponderarlas y exceptuarlas de cargas excesivas y con el reconocimiento de la autonomía y los derechos de las pacientes (usuarias).

<sup>13</sup> Código de Ética del Colegio Médico de Chile, art. 20: El médico a quien se solicitaren prestaciones que vayan en contra de su conciencia o de su convencimiento clínico, podrá negarse a intervenir. En estas circunstancias, procurará que otro colega continúe asistiendo al paciente, salvo que ello produjere graves e inmediatos daños para la salud del enfermo. Disponible en: [https://www.colegiomedico.cl/wp-content/uploads/2019/12/codigo-de-etica\\_FINAL.pdf](https://www.colegiomedico.cl/wp-content/uploads/2019/12/codigo-de-etica_FINAL.pdf)

Como adelanté, la mayoría del Tribunal Constitucional chileno declaró constitucional las modificaciones hechas sobre el Código Sanitario respecto a la despenalización y regulación de las ILE, pero no corrió la misma suerte la normativa en lo relativo a la OC. Por el contrario, se categorizó a la OC como un derecho constitucionalmente garantizado por la libertad de conciencia y la dignidad –aunque reconoce que no está expresamente previsto como tal en la Carta Magna– y en función de ello amplía considerablemente las posibilidades de ejercicio de la figura.

Sobre esta base, el Tribunal Constitucional chileno entendió que sería discriminatorio restringir la OC solo a quienes sean profesionales, por lo cual ordena la expansión de la figura de manera tal que cubra también al servicio técnico que preste labor en el quirófano. Lo mismo sucedió con la OCI, ya que, pese a reconocer que el sistema regional de DH sostiene lo contrario, el Tribunal Constitucional chileno le adscribe calidad de DH a la OCI (Rol 3729, 2017, considerando 129 del voto mayoritario).

Es dable resaltar que la intención de ampliar la protección de la OC a las instituciones se cristaliza en el esfuerzo argumentativo del Tribunal Constitucional para defender la OC de las personas jurídicas como un derecho (Rol 3726, 2017, considerando 136 del voto mayoritario).

Es decir, la mayoría del Tribunal Constitucional extendió los derechos sobre los que justificar la OC para poder defender su titularidad por parte de personas jurídicas, más allá de derechos personalísimos, como la dignidad. De esta forma la OC ya no solo se basa en la protección de las creencias religiosas y morales, sino también en la protección de la libertad de asociación y autonomía de los grupos intermedios. Todo lo cual lleva a la distorsión de los fundamentos tradicionales de la OC (Undurraga Valdez, 2019, p. 150).

En ese marco, y mediante un acto inédito, la mayoría del Tribunal Constitucional influyó directamente en la redacción del articulado y modificó el sentido de la norma. Al eliminar las expresiones, “en ningún caso” –que prohibía la OCI– y la calificación “profesional” –que limitaba la OC individual– el Tribunal Constitucional chileno amplió la titularidad de la OC a personal de hospitales no profesional y a las instituciones en su conjunto. También encomendó la eliminación de la frase “tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3” (causal violación).

Los ministros Carmona y García, quienes no compartieron lo suscripto por la mayoría del Tribunal en la Sentencia Rol 3729, dictaron su voto en disidencia. En él se expresó que la OC, como desobediencia a la ley, constituye una erosión del Estado de Derecho y por ello debía estar sometida a un marco normativo que contenga sus efectos. Entendieron que, si bien la OC encuentra su fundamento constitucional en el derecho de libertad de conciencia, para su procedencia requiere de un andamio legal, por no existir como modalidad directa en la Constitución (Rol 3726, 2017, considerando 13, 14 y 17 del voto en disidencia).

El voto en disidencia también sistematiza la doctrina sobre la temática y plantea que para que la OC proceda es necesario que se den las siguientes características: 1) existencia de una obligación legal injusta; 2) que quien objeto esté en una encrucijada moral insoslayable; 3) que no exista un bien jurídico superior que permita ponderar el sacrificio de la conciencia; 4) que haya un marco normativo regulado restrictivamente por el legislador; 5) que la titularidad de la conciencia debe ser acorde a la naturaleza del conflicto planteado; 6) que se trate de un comportamiento de no hacer por parte de quién objeto; 7) que el conflicto de conciencia tenga fundamento religioso, ético, moral o axiológico; 8) que opere como una excepción al principio de cumplimiento general de la ley y 9) que no afecte los derechos de terceras personas (Rol 3729, considerando 37 del voto en disidencia).

A partir de esta reconstrucción sobre el contenido de la OC, el voto de la minoría establece nueve criterios interpretativos sobre los que funda el rechazo a las impugnaciones realizadas. Dentro de ellos destaco el reconocimiento de que la OC sanitaria se ejerce dentro de una acción de salud repleta de deberes y que el diseño institucional del sector salud está basado en un esquema de colaboración público-privada que impone deberes de seguridad social.<sup>14</sup>

La Sentencia Rol 3729, como resolución compleja, contiene prevenciones específicas. Las/os ministras/os Peña, Aróstica, Hernández, Romero y Letelier votaron por la eliminación del límite impuesto a la OC, en caso de que la interrupción fuese impostergerable por estar en riesgo la vida o

---

<sup>14</sup> La totalidad de los criterios y sus fundamentos se encuentran entre los considerandos 58 y 95 del voto de la minoría del Tribunal Constitucional chileno en la Sentencia Rol 3729.

la salud de la persona gestante. Para ello se fundan en que forzar a las/os medicas/os a realizar estos actos es ir en contra de la dignidad humana. Cabe destacar que en el voto no hay referencia alguna a la posibilidad de que esto configure un abandono de persona, pese a que esta situación fácilmente podría derivar en la comisión de ese delito.

Por último, rescato la prevención del ministro Pozo (Rol 3729, p. 277 y ss.) quien, si bien adhiere a la solución de la mayoría en la inconstitucionalidad de la exclusión de personal no profesional, da cuenta de la limitación de la libertad de pensamiento y de autonomía, en la autonomía de las demás personas. Discrepa con el voto mayoritario, por entender que la OC solo puede ser excepcional para una circunstancia concreta y con un alcance muy determinado. También afirma que la OC es un derecho, pero no un derecho fundamental, idea que se ubica en el polo opuesto de la mayoría resolutive, que la considera DH constitucional (Rol 3726, 2017, considerandos 6, 7 y 8 del voto del ministro Pozo).

El preveniente comparte con la disidencia que la OC es un derecho de formulación estrictamente legal, que debe contar con una regulación detallada para su funcionamiento. Rechaza la OCI y agrega que no puede afectar los derechos de los ciudadanos, limitarlos o condicionarlos. Por último, este voto es el único que da cuenta de la situación particular de los hospitales públicos y la relación de la figura con las garantías estatales en materia sanitaria. Por ello, sobre la base de la laicidad del Estado, entiende que no puede ejercerse la OC en instituciones públicas ni instituciones que reciban fondos del Estado (Rol 3726, 2017, considerando 45 del voto del ministro Pozo).

Como corolario, cabe resaltar que la mayoría del Tribunal Constitucional, fundada en una supuesta discriminación del personal de salud no profesional, extendió la OC para todo personal (profesionales y técnicos) que obre en el pabellón quirúrgico durante la intervención. Con fundamentos en la libertad de asociación y autonomía de los cuerpos intermedios, incorporó la OCI y eliminó la restricción para objetar frente al vencimiento inminente del plazo para interrumpir el embarazo por causal violación.

Siguiendo a Harboe Bascañán y Castillo Val (2019, p. 100) el resultado del proceso que concluyó con la sanción definitiva de la ley 21030 fue “dulce y agrio”. Lo primero ya que el Tribunal Constitucional confirmó la

constitucionalidad del modelo de causales, al ponderar razonablemente los derechos de las mujeres y personas gestantes. Y agrio, porque sorpresivamente fue el mismo Tribunal quien, mediante la edición del texto aprobado, amplió desorbitantemente la OC a personas jurídicas y alteró algunos mecanismos de protección que pretendían evitar su ejercicio abusivo.

### 3.2. La Sentencia Rol 5572/5650 (2019)

En junio de 2018, la Presidencia de la Nación de Chile emitió el Decreto 67<sup>15</sup> para reglamentar el Código Sanitario en la parte modificada por la ley 21030 en los términos de la Sentencia del Tribunal Constitucional chileno. El objetivo explicitado era regular el ejercicio de la OC con el fin de asegurar la atención médica para quienes requieran la ILE. Para ello preveía la obligación manifestar la OC por escrito, antes de la solicitud de la práctica y debía ser recibida y conservada por el establecimiento. Sin embargo, no se preveía que se deba superar alguna etapa evaluación de las motivaciones de la desobediencia.

El Decreto 67 (2018) incorpora dos cuestiones que no habían sido previstas con anterioridad por los otros poderes. Por un lado, se concede la posibilidad de elegir si la abstención es para alguna causal o para todas, lo que podría conducir a que se pueda contar con personal para algunas causales y para otras no. Y por el otro, explicita un nuevo límite, al precisar que no pueden objetarse las prácticas pre o post aborto.<sup>16</sup>

Este decreto determina que debe mantenerse la objeción en todos los establecimientos donde se trabaje sin importar si estos son públicos o privados, y que no se podrán imponer condiciones ni incentivos que pudieran alterar la condición de quién objeta, como de quién no. Es decir, no

<sup>15</sup> Disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1124446>

<sup>16</sup> La objeción de conciencia no procede respecto de actos de información, diagnóstico, toma e informe de exámenes, reasignación, derivación, así como tampoco respecto de los demás actos de preparación o cuidados posteriores al procedimiento de interrupción del embarazo, sea que estos últimos se requieran regularmente en el procedimiento, o bien, su necesidad de entregarlos surja de complicaciones en la condición de salud de la mujer (Decreto 67, 2018, artículo 9).

se puede castigar a quién objeta, pero tampoco premiar a quién cumple con la ley, lo que derivaría en impedir al Estado el diseño de políticas para sortear los efectos perjudiciales que el ejercicio de la OC pudiese ocasionar. Cabe destacar que esta normativa fue suscripta por el entonces presidente, Enrique Piñera quién tiene una clara posición contraria a la legalización de las ILE.

El mecanismo previsto para la OCI es similar que para la OC individual, pero con presentación ante organismos públicos para que el Ministerio de Salud publique en su sitio web el listado de establecimientos objetores. La reglamentación también prevé que las mismas instituciones objetoras tengan avisos visibles de su calidad. Como consecuencia de la OCI, todo el personal se ve impedido de realizar ILE, más allá de su posición personal, pero si la OC es colectiva, no se entiende que la institución sea objetora.

Por último, y en línea con la prevención del ministro Pozo en la Sentencia Rol 3729, el art. 13 del Decreto 67 (2018) determinaba que los establecimientos públicos de salud o los privados que tuviesen convenio con el Estado, no podían ampararse en la OCI.<sup>17</sup>

Esta limitación a la OCI de establecimientos privados que recibieran prestaciones del Estado generó, nuevamente, la reacción de un grupo de Diputados/as y Senadores/as por lo cual, a fines de 2018 volvieron a solicitar la intervención del Tribunal Constitucional chileno. En particular, se inició acción para que se declare inconstitucional la segunda parte del art. 13 del Decreto 67/2018 por ser este discriminador y violatorio de los derechos de los grupos intermedios, que son, en definitiva, empresas privadas.

Por consiguiente, en enero de 2019 y mediante otro decisorio fragmentado, el Tribunal Constitucional resolvió la eliminación del art. 13 del Decreto 67 en cuanto limitaba la posibilidad de ejercer OCI a las instituciones privadas con convenios estatales. De esta manera, la Sentencia del Tribunal Constitucional chileno Rol 5572-18-CDS/5650-18-CDS (acumuladas) (Rol 5572/5650) juridificó a la OCI de las empresas privadas como un

<sup>17</sup> Los establecimientos públicos de salud no pueden invocar objeción de conciencia. Los establecimientos privados de salud que hayan suscrito convenios regidos por las disposiciones del decreto con fuerza de ley n.º 36, de 1980, del Ministerio de Salud, no podrán ser objetores de conciencia cuando contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones en pabellón (Decreto 67, 2018, artículo 13).

derecho derivado de la autonomía de los grupos intermedios de la sociedad y parte de la libertad de asociación que debe ser ejercida con plena operatividad en todo el campo de la salud prestada por instituciones privadas.

El Tribunal Constitucional, basado en el reconocimiento amplio y sin límites que le concediera a la OCI ante ILE a través de la Sentencia Rol 3729, caracteriza a la OCI como una “fórmula equilibrada” proveniente de la autonomía de las instituciones privadas de salud, que, en tanto grupos intermedios o entes asociativos, son pilares básicos de la organización de la sociedad chilena. En este sentido, el Tribunal Constitucional afirma que la regulación que el Estado puede hacer sobre estas instituciones está limitada por la Constitución al reconocerle a este tipo de persona jurídica plena autonomía para la obtención de sus fines (Rol 5572/5650, 2019, considerando 8 del voto de la mayoría).

Es así como en la Sentencia Rol 5572, el Tribunal Constitucional chileno grafica un escenario en el cual, como el Estado no podría satisfacer por sí todas las demandas sanitarias, requiere colaboración de las empresas para la prestación del servicio de salud. A cambio, se concede a estas personas jurídicas una suerte de autorregulación alejada de limitaciones por parte del Estado (Rol 5572/5650, 2019, considerando 13 del voto de la mayoría).

La función de las instituciones privadas sería la de posibilitar el acceso a la salud, por lo cual se las asocia al bien común y a la organización social. Sin embargo, en la misma resolución se confirma que, ante la inactividad de los privados, es el propio Estado –aquel que en un principio no podía cubrir todas las demandas– quien debe suplir a las personas jurídicas, aun cuando estas sean sostenidas con presupuesto público (Rol 5572/5650, 2019, considerando 21 del voto de la mayoría).

La protección de los grupos intermedios y el principio del Estado subsidiario, así como la fuerte garantía al derecho a desarrollar cualquier actividad económica y la protección del derecho de propiedad, están íntimamente asociadas al régimen militar que dictó la Constitución de 1980. Este fue el marco económico y social durante la dictadura pinochetista e influyó en la forma en que se entiende el funcionamiento de la salud privada en Chile (Undurraga Valdez, 2019, pp. 147-148).

Desde ese marco, el Tribunal Constitucional afirma que la teoría del servicio público no es aplicable, ya que el derecho público chileno permite a las instituciones privadas participar por derecho propio en el quehacer de la salud (Rol 5572/5650, 2019, considerando 18 del voto de la mayoría). En otras palabras, el Estado no actúa como contralor ni como autoridad, sino como un agente residual que suple la inacción de las empresas a las que no puede disciplinar.

A partir de estas premisas, la mayoría del Tribunal Constitucional determina que por ello el Estado no puede limitar la OC a las personas jurídicas privadas que reciban fondos públicos. Es decir, el Estado se presenta como un prestador, carente de autoridad. Lo expuesto se nutre de la enunciada calidad de derecho fundamental de la OC, aún la institucional derivada de fuente constitucional y como tal, pareciera, ilimitado (Rol 5572/5650, 2019, considerando 24 del voto de la mayoría).

Por su parte, la disidencia suscripta por los ministros García Pino y Nelson Pozo Silva sostuvo que la OC es un derecho, pero de naturaleza legal, por lo cual debe tener la extensión que el legislador le defina (Rol 5572/5650, 2019, considerando 50 del voto minoritario). Afirman los ministros que la OCI creada judicialmente por la mayoría del Tribunal Constitucional es una “novedad mundial” en tanto es amplia, absoluta, ilimitada, superior a la OC individual, con carácter general como derecho fundamental (Rol 5572/5650, 2019, considerandos 12, 53 y 54 del voto minoritario).

Finalmente, el requerimiento iniciado por Diputados/as y Senadores/as opositores a la legalización de las interrupciones de embarazos procedió, por lo cual se eliminó del reglamento la restricción de ejercer OCI de las empresas con convenios estatales. Esta amplitud total de la OCI, conjugada con OC del personal de hospitales públicos, ha derivado en una falta de servicios, en especial los relacionados con la causal de violación (Valenzuela León, 2017).

#### 4. Reflexiones comparadas: espejos donde reflejarse

Tal como surge de lo desarrollado hasta aquí, los casos de Chile y Colombia analizados son paradigmáticos: a medida que se comienza a legalizar las interrupciones de embarazos, se enciende la OC como exigencia liberal. Es, finalmente, el máximo órgano de justicia constitucional de cada país, el que interviene para confirmar o limitar la extensión de la OC, de acuerdo a su propio sistema de valores.

Del análisis de los casos se puede ver cómo los ejes reclamados se repiten más allá de los contextos y de los diseños institucionales. Qué prácticas se pueden objetar, quiénes pueden hacerlo, cuándo deben hacerlo, así como el reconocimiento de la OC como DH, incluso de las instituciones y los funcionarios públicos, se suceden de país en país sin importar la manera en la que se legalizó el aborto. Se impugna, en definitiva, cuáles límites establecerán los Estados democráticos de Derecho a un fenómeno social con subyacentes sentidos neoconservadores en contextos patriarcales.

Por ello, en esta oportunidad me detendré a indagar comparativamente cuál es la extensión con la que se reconoció a la OC ante el aborto legal sobre dos aspectos relevantes para pensar el alcance de la figura en la región, de cara a futuros reconocimientos del derecho a la SSR: la extensión de la titularidad y la posibilidad de que se le reconozca a personas jurídicas.

Como primer acercamiento a la cuestión es dable preguntarse ¿A qué personas alcanza la OC? Es decir, qué parte del personal sanitario podría alegarla para abstenerse de la obligación. Instancia en la que se conjugan práctica y actividad profesional, para definir quiénes son las/los posibles titulares del derecho de objeción.

En este sentido, la Sentencia N°3729 (2017) de Tribunal Constitucional de Chile es claramente más amplia en cuanto al reconocimiento de la figura de desobediencia que el derecho al acceso de las personas gestantes. Lo expuesto en tanto modificó el proyecto de ley de despenalización de las interrupciones de embarazo, para que el uso de la OC sea extensivo al personal técnico que participa en el quirófano. Cabe señalar que en ese país no se permite la realización de abortos con medicamentos, por lo que todas las interrupciones se hacen con internación hospitalaria. Esta situación potencia, entonces, el efecto perjudicial de la OC al acceso a la salud.

La utilización de argumentos relativos al derecho laboral, el libre ejercicio de la profesión, libertad de contratación, igualdad y no discriminación por creencias o a otras libertades distintas a las tradicionalmente vinculadas con la OC intentan solidificar la figura como una herramienta imprescindible para la vida en sociedad. Al mismo tiempo que amplía el conjunto de derechos sobre los cuales históricamente se había sustanciado la desobediencia.

De cualquier manera, queda indeterminada la definición sobre cuáles prácticas podrían ampararse en la figura: ¿debería extenderse a intervenciones tales como traslados del/la paciente, la preparación para intervenciones o la prestación de asistencia posterior?

Los lineamientos clásicos de la figura en el terreno marcial implicarían entender que, si no hay una relación causal directa entre la acción abstenerse y la concreción de la culminación del embarazo, no habría un verdadero conflicto de conciencia (Dickens, 2009, pp. 4-5; Capodiferro Cubero, 2015, p. 96).

En el mismo orden de ideas, es interesante indagar en la posibilidad –o no– de que personas que ejercen su profesión en la función pública objeten. Toma relevancia, entonces, lo resuelto por la Corte Constitucional en el caso de Colombia. Mediante la Sentencia T-388 (2008), y en virtud de la OC alegada por un juez de la causa, la Corte determinó que quien detente la calidad de funcionario/a público/a no puede objetar. La Corte Constitucional colombiana explicó que los/as funcionarios/as públicos/as no pueden dejar de ejercer sus funciones públicas y, en particular, las/os jueces no pueden abstenerse de aplicar una ley. Agregó que es de vital importancia, en el desempeño de cargos públicos, el respeto a los derechos de las demás personas como el derecho de las mujeres al aborto legal, que no puede verse obstaculizado por las creencias personales de los/as funcionarios/as públicos.

De los argumentos vertidos por la Corte Constitucional colombiana, se pueden extraer dos consideraciones. Quien detenta un cargo público tiene un deber agravado, por lo que su autonomía estaría más limitada y que, aún bajo la consideración de que la OC fuese un DH, esta cede por las funciones que cumple su titular. Ahora bien, cabe preguntarse si estas conclusiones pueden ser extendidas a otras profesiones que no sean la magistratura, más precisamente al personal sanitario.

Esta situación había sido expresamente planteada por el ministro Pozo en el caso de Chile, en el marco de la Sentencia Rol 3729 del Tribunal Constitucional chileno. En particular, este ministro brindó argumentos para sostener que, aun cuando se sea técnicamente funcionario/a público/a, de todas maneras, el personal sanitario que preste servicios para la administración pública –incluso mediante contrato– se encuentra en una posición especial con el interés general. El rol o labor con repercusión pública merece un trato diferenciado en la medida que su justificación última es la realización de los derechos de terceras personas o del interés general cuya garantía compromete al poder público (Rol 3729, considerando 23 del voto del Ministro Pozo).

El voto en cuestión agrega que el/la empleado/a público/a adquirió un compromiso voluntario de realizar sus obligaciones laborales, en el marco de principios de respeto al ordenamiento, búsqueda de interés general, respeto a los derechos y no discriminación. En su mérito, estas deberían ser las directrices para valorar la OC de las/os trabajadoras/as público/as, sobre todo cuando su actuación puede afectar negativamente a los derechos de terceras personas (Rol 3729, considerandos 24, 25 y 26 del voto del Ministro Pozo).

Por último, otro punto neurálgico al momento de juridificar la OC en el terreno de la SSR, es el relativo a la OCI. Cabe recordar que la OC, tradicionalmente, ha sido entendida como parte de los “derechos personalísimos”. Condición que no puede ser alegada por una persona jurídica, como sería el caso de las entidades hospitalarias.

La Corte Constitucional colombiana advirtió especialmente esta cuestión en las sentencias C-355 de 2006 y T-388 de 2009. En ellas, bajo el fundamento que los hospitales son entidades corporativas que, como tales, no participan directamente en el acto médico en sí mismo prohíbe la OCI. Particularmente en la resolución T-388 (2009), la Corte señaló que las instituciones tienen prohibido celebrar acuerdos para colectivizar la OC individual o manifestar que ninguno de sus profesionales va a participar en la prestación de servicios de aborto. De la misma manera, aclara que esto se extiende tanto a las instituciones públicas, porque lo que se está prestando es un servicio público, más allá de la calidad de la institución que provea (T-388, apartado 5.2).

Las restricciones que la Corte hizo sobre la OCI y la OCI colectiva no solo fueron motivadas por la falta de acceso a las interrupciones de embara-

zos, sino por el temor de que las instituciones discriminaran o perjudicaran a los/as profesionales que sí quisieran cumplir con la ley, o que desde las direcciones disuadieran al personal para no proporcionar abortos. La Corte Constitucional colombiana trató de evitar que las empresas que prestan servicios sanitarios limiten las libertades individuales de sus empleadas/os con restricciones doctrinales o lineamientos impuestos por el personal directivo (Dickens, 2014, p. 85).

Por su parte, en el caso de Chile, los/as Diputados/as y Senadores/as que judicializaron el proyecto de ley, especialmente sostuvieron que la OCI tenía como justificativo la libertad de asociación y la autonomía de las instituciones privadas de salud, pilares básicos de la organización de la sociedad chilena. Por consiguiente, se advierte cómo se traslada el argumento del bien común representado por la pluralidad o la igualdad, al bien común pensando como la posibilidad de sostener la autonomía de corporaciones mercantiles.

Como señalaba anteriormente, la cuestión se presenta mediante un escenario donde, como el Estado no puede satisfacer por sí mismo todas las demandas sanitarias requiere de la colaboración de las empresas, que no pueden verse limitadas en sus derechos (Rol 5572/5650, 2019, considerando 13 del voto de la mayoría). Sin embargo, no pretenden la abstención del Estado, sino que lo posicionan en términos residuales al negar las obligaciones de los privados en tanto prestadoras del derecho a la salud. En consecuencia, las empresas pueden decidir si cumplir o no, total es el Estado el que debe garantizar la práctica y es a este a quien se le debe reclamar.

El reclamo de juridificar la OCI manifiesta la división entre lo público y lo económico –propio del neoliberalismo–, motivada por una moral conservadora hegemónica sobre la sexualidad y la reproducción. Por consiguiente, la OCI traduce posiciones neoconservadoras que pretenden una (re)regulación del Estado a favor de un orden moral de base religiosa (Vaggione y Machado, 2020; Moran Faundes, 2022).

La OC ante la legalidad de las interrupciones de embarazo, no disputa la injerencia del Estado en la intimidad o la libertad, como hacía la concepción clásica. Lo que reclama la OCI, desde su sentido neoconservador, es la transformación del Estado en función de los intereses de estos grupos hegemónicos de poder. Las exigencias de juridificar a la OCI dan cuenta de una reconfiguración neoconservadora de los DH, que pretende reconocerle

significación y subjetividad a la propiedad de personas jurídicas (Gándara Carballido, 2020, p. 137).

La OC históricamente aceptada carece de una dimensión colectiva que permita vincularla a personas jurídicas. Por ese motivo la justificación de la OCI varía y gira hacia una dimensión de defensa de la empresa por sobre las libertades individuales de las personas gestantes.

Por otra parte, cuando los hospitales, instituciones que detentan gran valor para las comunidades, no cuentan con personal dispuesto a cumplir una determinada práctica, esta se torna de difícil –o imposible– acceso, sobre todo cuando son las únicas unidades de atención médica de la zona. Si esa práctica, a su vez, es rechazada por estándares morales sobre lo correcto o no, impacta en la apreciación subjetiva que tienen las personas usuarias del sistema de salud. De esta manera, la legalidad de las interrupciones de embarazos se torna compleja: un perjuicio para el personal comprometido en su realización y un estigma para la persona que lo requiere.

Cuando el incumplimiento de un deber jurídico se plasma en el ámbito de la salud, inmerso en contextos patriarcales y de desigualdad, el incumplimiento tiene una gran proyección social. Admitida esa circunstancia surge, entonces, la necesidad de ponderar cuáles son los límites y sentidos que debe tener una objeción que –*prima facie*– puede parecer justificada, y cuál es el papel del Estado y del derecho allí.

Por todo esto, toma relevancia la interpretación de la OC desde una perspectiva relacional, como horizonte para pensar el contenido de estas nuevas formas de desobediencia:

(el) carácter relacional de los derechos que implica, de un lado, ejercer con libertad las libertades, pero sin que ese ejercicio redunde en abuso o interfiera de manera injustificada, desproporcionada o arbitraria en el ejercicio de las libertades de las demás personas.

Significa, de otro lado, que las personas se reconozcan como parte integrante de un conglomerado social frente al cual surge el deber de propugnar por actuaciones respetuosas del bienestar general, solidarias, justas y equitativas. Actuaciones todas estas, sin las cuales el desarrollo integral de las personas y de la sociedad en su conjunto sería muy difícil e incluso poco probable (T-388, 2009, punto 5.1).

## Bibliografía

- Alegre, M. (2009). ¿Opresión a conciencia?: la objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva. *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*. Paper 66. Disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/66/](http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/66/)
- Ariza Navarrete, S. (2012). Resistencia al acceso al aborto (no punible): la objeción de conciencia. *Revista Derecho Penal*, (2), 23-36. Disponible en: [http://www.saij.gov.ar/doctrina/dacf120189-ariza\\_navarrete-resistencias\\_al\\_acceso\\_al.htm](http://www.saij.gov.ar/doctrina/dacf120189-ariza_navarrete-resistencias_al_acceso_al.htm)
- Ariza Navarrete, S. y Ramón Michel, A. (2018). *Una vuelta de tuerca a la objeción de conciencia: una propuesta regulatoria a partir de las prácticas del aborto legal en Argentina*. Buenos Aires: CEDES e IPAS.
- Atria, F. (2011). *La constitución tramposa*. Santiago de Chile: LOM Ediciones.
- Ayala, A.; Ardilla, M.; Houlihan, S., Romero, K., Cabrera, O., y Roa, M. (2014). Introducción. Perspectivas comparadas sobre objeción de conciencia al aborto: Colombia como lugar de partida de un debate interdisciplinario y global. En A. Ayala, M. Ardilla, S. Houlihan, K. Romero, O. Cabrera, y M. Roa (Coord.). *T-388/2009. Objeción de conciencia y aborto: una perspectiva global sobre la experiencia colombiana* (pp. 7-26). Women's Link Worldwide. O'Neill Institute for National and Global Health Law.
- Bergallo, P. (2011). Introducción. La liberalización del aborto: contextos, modelos regulatorios y argumentos para su debate. En P. Bergallo (Comp.). *Aborto y justicia reproductiva* (pp. 1-54). Buenos Aires: Del Puerto.
- Bergallo, P. (2018). Del fracaso del giro procedimental a la inviabilidad del modelo de causales. En P. Bergallo, I. C. Jaramillo, A. Sierra y J. M. Vaggione (Comp.). *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras* (pp. 155-167). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Bergallo, P., Jaramillo Sierra, I. C. y Vaggione, J. M. (2018). Presentación. Las tramas del aborto en América Latina. En P. Bergallo, I. C. Jaramillo, A. Sierra y J. M. Vaggione (Comp.). *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras* (pp. 11-16). Buenos Aires: Siglo XXI.

- Botero, S., Cárdenas, R. y Zamberlin, N. (2019). ¿De qué está hecha la objeción? Relatos de objetores de conciencia a servicios de aborto legal en Argentina, Uruguay y Colombia. *Sexualidad, salud y sociedad. Revista Latinoamericana*, 33, 137-157.
- Chetty, S. (1996). The case study method for research in small -and medium- sized firms. *International small business journal*, 5.
- Deza, S. (2015). Gobierno del cuerpo de las mujeres: protocolos de aborto y objeción de conciencia. *Perspectivas Bioéticas*, 37-38, 79-99.
- Fontenela, M. A. (2009), Patriarcado. En S. B. Gamba (Coord.). *Diccionario de género y feminismos* (pp. 258-260). Buenos Aires: Biblos.
- Guiott Pulido, A. N. (2020). *La interrupción voluntaria del embarazo, un derecho fundamental: aplicación y análisis del caso colombiano entre el período 2008 a 2018*. [Tesis de especialización en gestión pública]. Universidad nacional abierta y a distancia (UNAD). Escuela de ciencias jurídicas y políticas (ECJP). Disponible en: <https://repository.unad.edu.co/handle/10596/3669>
- Harboe Bascuñán, F. y Castillo Val, I. (2019). Breve reconstrucción histórica-legislativa de la Ley 21030 que reguló en Chile la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. En L. Casas Becerra y G. M. Vargas (Comp.), *Aborto en tres causales en Chile. Lecturas del proceso de despenalización* (pp.71-101). Santiago de Chile: Centro de Estudios Humanos, UDP, Facultad de Derecho.
- Jaramillo Sierra, I. C. y Sierra, T. A. (2008). *Mujeres, cortes y medios. La reforma judicial del aborto*. Bogotá: Siglo del hombre.
- Maureira, M. (2019). Medios, opinión y articulistas del aborto en Chile. En L. Casas Becerra y G. M. Vargas (Comp.). *Aborto en tres causales en Chile. Lecturas del proceso de despenalización* (pp. 255-270). Santiago de Chile: Centro de Estudios Humanos, UDP, Facultad de Derecho.
- Melling L. y Lee J. (2014). Lecciones de Colombia para Estados Unidos: un marco instructivo para analizar la objeción de conciencia al aborto. En A. Ayala, M. Ardilla, S. Houlihan, K. Romero, O. Cabrera, y M. Roa (Coord.), *T-388/2009. Objeción de conciencia y aborto: una perspectiva global sobre la experiencia colombiana* (pp. 117-128). Women's Link Worldwide. O'Neill Institute for National and Global Health Law.

- Mendieta González, D. y Tobón, M. L. (2018). El (des) control de constitucionalidad en Colombia. *Estudios constitucionales*, 16 (2), 51-88.
- Montero Vega, A. (2019). Algunas consideraciones y reflexiones en torno al debate sobre el aborto y su despenalización por tres causales en Chile. En L. Casas Becerray G. M. Vargas (Comp.), *Aborto en tres causales en Chile. Lecturas del proceso de despenalización* (pp.104-118). Santiago de Chile: Centro de Estudios Humanos, UDP, Facultad de Derecho.
- Moreno Ortiz, L. J. (2010). El sistema de control de constitucionalidad en Colombia. *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, 10(19), 75-92. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100004>
- Nogueira Alcalá, H. (2010). La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: análisis y reflexiones jurídicas. *Estudios constitucionales*, 8(1), 79-116.
- Piquer Romo, A. (2019). La épica de una oportunidad mínima. En L. Casas Becerra y G. M. Vargas (Comp.). *Aborto en tres causales en Chile. Lecturas del proceso de despenalización* (pp. 233-254). Santiago de Chile: Centro de Estudios Humanos, UDP, Facultad de Derecho.
- Puga, M. y Vaggione, J. M. (2015). La política de la conciencia. La objeción como estrategia contra los derechos sexuales y reproductivos. En M. Vassallo (Comp.). *Peripeccias en la lucha por el derecho al aborto* (pp. 94-137). Córdoba, Argentina: Católicas por el Derecho a Decidir.
- Robledo Hoecker, P., Valdéz Echenique, T. y Viera Bernal, Y. (2019). Procesos de despenalización de la interrupción del embarazo en tres causales de Chile. Mirada desde la salud. En L. Casas Becerra y G. M. Vargas (Comp.), *Aborto en tres causales en Chile. Lecturas del proceso de despenalización* (pp. 27-48). Santiago de Chile: Centro de Estudios Humanos, UDP, Facultad de Derecho.
- Undurraga Valdés, V. (2019). La sentencia de aborto del Tribunal Constitucional de Chile: evitando la excepcionalidad en el trato de la mujer embarazada como sujeto de derecho. En Casas Becerra, L. y Vargas, G. M. (Comp.), *Aborto en tres causales en Chile. Lecturas del proceso de despenalización* (pp. 121-150). Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, UDP, Facultad de Derecho.
- Vargas, G. M. y Carrera Ferrer, C. (2019). Estrategias feministas para la despenalización del aborto en Chile. La experiencia de la Mesa Acción por el

- Aborto. En L. Casas Becerra y G. M. Vargas (Comp.), *Aborto en tres causales en Chile. Lecturas del proceso de despenalización* (pp.181-202). Santiago de Chile: Centro de Estudios Humanos, UDP, Facultad de Derecho.
- Vial Solar, T. (2019). Presentación. En L. Casas Becerra y G. M. Vargas (Comp.), *Aborto en tres causales en Chile. Lecturas del proceso de despenalización* (pp. 7-24). Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, UDP, Facultad de Derecho.
- Yin, R. K. (1994). Case Study Research. *Design and Methods, Applied Social Research Methods* (2da ed.), 5. Newbury Park, California: Sage Publications.

## Jurisprudencia

- Chile–Salí Vera y otro Informe N° 43/05 Caso 12.219 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 10 de marzo de 2005). Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/chile.12219sp.htm>.
- C-355 (Corte Constitucional de Colombia, 10 de mayo de 2006). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>
- C-037 (Corte Constitucional de Colombia, 5 de febrero de 1996). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-03796.htm#:~:text=%E2%80%9CNing%C3%BA%20superior%20jer%C3%A1rquico%20en%20el,deba%20adoptar%20en%20sus%20providencias%E2%80%9D>.
- DS n.º 67, de 23 de octubre de 2018, del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento para ejercer objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario Sentencia Rol 5572/5650 (Tribunal Constitucional de Chile, 18 de enero de 2019).
- Manuela y Otros vs. El Salvador, Sentencia s/n (Tribunal, 2 de noviembre de 2021). Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_441\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf)
- M.S. Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos, C-055-22 (Corte Constitucional de Colombia, 21 de febrero de 2022). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/C-055-22.htm>

- Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín n.º 9895-11 Sentencia Rol 3729 (Tribunal Constitucional de Chile, 28 de agosto 2017).
- T-988 (Corte Constitucional de Colombia, 20 de noviembre 2007) Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-988-07.htm>
- T-209 (Corte Constitucional de Colombia, 28 de febrero de 2008). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-209-08.htm>
- T-388 (Corte Constitucional de Colombia, 28 de mayo de 2009). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-388-09.htm>
- T-585 (Corte Constitucional de Colombia, 22 de julio de 2010). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-585-10.htm>
- T-841 (Corte Constitucional de Colombia, 3 de noviembre de 2011). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/T-841-11.htm>
- T-627 (Corte Constitucional de Colombia, 10 de agosto de 2012). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-627-12.htm#:~:text=DERECHO%20A%20LA%20VIDA%20DEL%20NASCITURUS%2DProtecci%C3%B3n&text=En%20este%20orden%20se%20ideas,del%20bien%20de%20la%20vida.>
- T-301 (Corte Constitucional de Colombia 09 de junio de 2016). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-301-16.htm>
- T-697 (Corte Constitucional de Colombia, 13 de diciembre de 2016). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-697-16.htm#:~:text=Casa%20de%20la%20Mujer&text=Para%20eso%2C%20se%C3%B1ala%20que%20es,el%20reconocimiento%20de%20estos%20derechos.>



*Sección III*

**DISCUSIONES:  
LIBROS**



## Discrepando con Moreso. Los desacuerdos morales entre metaética, ética y derecho.

*Disagreeing with Moreso. Moral Disagreements  
in Ethics, Meta-ethics and Law.*

Francesca Poggi\*

Recepción: 24/01/2023

Evaluación: 09/02/2023

Aceptación final: 06/03/2023

**Resumen:** Este ensayo pretende reconstruir y examinar algunas de las tesis expuestas por José Juan Moreso en el libro *Lo normativo: variedades y variaciones*: las relacionadas con el tema de los desacuerdos morales. En primer lugar, resumiré brevemente el debate sobre los desacuerdos morales, introduciendo algunas distinciones. A continuación, analizaré las tesis de Moreso sobre los desacuerdos morales: en particular, me parece que la estrategia argumentativa seguida por Moreso consiste en intentar demostrar que todas las posiciones metaéticas aceptables tienen dificultades para dar cuenta de la existencia de desacuerdos morales genuinos y sin culpa. Contra este argumento, intentaré mostrar cómo algunas posturas, tanto cognitivistas como no-cognitivistas, pueden, en cambio, dar cuenta de ellos. En las conclusiones también formularé un argumento (hay que reconocer,

---

\* Doctora en Filosofía analítica y Teoría general del derecho, Università degli Studi di Milano, Italia. Catedrática en Filosofía del Derecho, Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria”, Università degli Studi di Milano, Italia. Correo electrónico: francesca.poggi@unimi.it.

no decisivo) para demostrar que la tesis de la inexistencia de desacuerdos morales genuinos, sin culpa y radicales es *self-defeating*.

**Palabras claves:** desacuerdos morales, cognitivismo ético, realismo moral, prescriptivismo, Moreso.

**Abstract:** This essay examines José Juan Moreso's theses on moral disagreements as argued in his recent book *Lo normativo: variedades y variaciones*. First, I will briefly summarise the debate on moral disagreements, introducing some distinctions. Then, I will analyse Moreso's thesis on moral disagreements: in particular, it seems to me that Moreso's argumentative strategy consists in trying to show that all acceptable metaethical positions have difficulties in accounting for the existence of genuine, faultless moral disagreements. Against this argument, I will try to show how some positions, both cognitivist and non-cognitivist, can instead account for them. In the conclusions I will also formulate an argument (admittedly, not a decisive one) to show that the thesis of the non-existence of genuine, faultless and radical moral disagreements is self-defeating.

**Keywords:** moral disagreements, ethical cognitivism, moral realism, prescriptivism, Moreso.

## 1. Introducción

*Lo normativo: variedades y variaciones* de José Juan Moreso (2020) es un texto fascinante que explora, con una mirada aguda y original, cuestiones fundamentales del debate jurídico-filosófico contemporáneo: una galaxia de problemas diferentes pero conectados entre sí y caracterizados por “una unidad de fondo” (p. 28). Esta es la unidad de lo normativo, que Moreso disecciona en variedades y variaciones,<sup>1</sup> sin descuidar el problema fundamental de las interacciones entre los temas abordados, por ser estos espec-

<sup>1</sup> La primera parte del libro, “Variedades”, incluye 9 ensayos en los cuales Moreso desarrolla sus propias tesis originales; la segunda parte, “Variaciones”, incluye 22 ensayos en los que analiza, critica y desarrolla tesis de otras y otros autores. Además, hay una Introducción y un hermoso Prefacio de Bruno Celano sobre la trayectoria intelectual de Moreso.

tos diferentes de un mismo fenómeno –como un conjunto de estrellas y planetas cuyo movimiento se influye mutuamente y que juntos forman una única galaxia–. Aunque se trata de una colección de 31 ensayos, el substrato, la red conceptual de relaciones mutuas que une las distintas contribuciones, le confiere casi la homogeneidad de una monografía. Seguramente aquella de una galaxia que merece ser explorada.

Obviamente, en este artículo no puedo tratar todas las cuestiones analizadas por Moreso, por lo que, de manera igualmente obvia, he elegido abordar una cuestión en la que discrepo con él. El tema que he elegido, sin embargo, no es tan obvio. Mis discusiones con Moreso en el pasado han versado casi exclusivamente sobre la interpretación jurídica, pero no es ese el tema que trataré aquí. La lectura de los ensayos del autor y también algunas de nuestras conversaciones recientes despertaron en mí un gran interés y curiosidad por el problema de los desacuerdos. Al fin y al cabo, eso es lo que hacen los autores importantes: abren horizontes, empujan hacia caminos inexplorados.

Moreso aborda el tema de los desacuerdos principalmente en la Variación nº 15, donde argumenta la tesis según la cual no hay desacuerdos que sean, al mismo tiempo, genuinos y sin culpa,<sup>2</sup> pero el tema también desempeña un papel central en otros ensayos (principalmente en las Variedades nºs 1, 2, 6, 8, y 9). Procederé como sigue. En primer lugar, resumiré brevemente el debate sobre los desacuerdos, introduciendo algunas distinciones y aclarando el objeto de mis reflexiones, que solo se centrarán en desacuerdos morales, genuinos, sin culpa y radicales. A continuación, analizaré la tesis de Moreso sobre los desacuerdos morales: en particular, me parece que la estrategia argumentativa seguida por el autor consiste en intentar demostrar que todas las posiciones metaéticas aceptables tienen dificultades para dar cuenta de la existencia de desacuerdos morales

<sup>2</sup> En este ensayo Moreso se enfrenta a la teoría de Villa (2016; 2017) sobre los DIP (Desacuerdos Interpretativos Profundos) y, además de avanzar la tesis expuesta en el texto, también plantea algunas dudas sobre la tesis de Villa según la cual la interpretación de algunas disposiciones constitucionales depende necesariamente de concepciones morales comprensivas y últimas. No abordaré aquí esta última cuestión, que ya he discutido en un otro trabajo, planteando yo también dudas, aunque por razones diferentes a las de Moreso (véase Poggi, 2018).

genuinos y sin culpa. Contra este argumento, intentaré mostrar cómo algunas posturas cognitivistas y otras no cognitivistas pueden, en cambio, dar cuenta de ellos. En las conclusiones también formularé un argumento (hay que reconocer, no decisivo) para demostrar que la tesis de la inexistencia de desacuerdos morales genuinos, sin culpa y radicales es *self-defeating*.

## 2. Realismo moral y desacuerdos

Hay varios tipos de desacuerdo: aquí podemos distinguir al menos entre desacuerdos sobre hechos (¿era Cristóbal Colón catalán?), desacuerdos sobre gustos (¿los pulpitos fritos están sabrosos?), desacuerdos semánticos (¿qué significa “sabroso”?) y desacuerdos morales (¿es moralmente justa la eutanasia activa?). Por supuesto, estas distinciones no están exentas de problemas. En primer lugar, estas distinciones ciertamente no son exhaustivas y es dudoso si sean mutuamente excluyentes. Así, cabe preguntarse si los desacuerdos morales son realmente diferentes de los desacuerdos sobre hechos o de los desacuerdos sobre gustos. En segundo lugar, ciertamente puede haber relaciones estrechas entre los distintos tipos de desacuerdo: un desacuerdo semántico puede depender de un desacuerdo moral, del mismo modo que un desacuerdo moral puede depender de un desacuerdo sobre hechos<sup>3</sup>. Por último, puede ser cuestionable cómo clasificar un determinado desacuerdo. No obstante, esta distinción me resulta útil porque en este trabajo quiero ocuparme solo de los desacuerdos morales. En una primera aproximación, hay desacuerdo moral, entre dos o más personas, cuando tienen convicciones morales opuestas.

Claramente existen desacuerdos morales: las personas y, también los filósofos, suelen discrepar sobre cuestiones morales. Así, para algunos, como Rawls (2005) y Thompson (1971), la permisión del aborto es moralmente correcta, para otros, como Finnis (2011), nunca lo es. El problema es, sin embargo, establecer si estos desacuerdos son genuinos, sin culpa y también radicales.

---

<sup>3</sup> Por ejemplo, algunos desacuerdos morales sobre la pena de muerte pueden derivarse de diferentes creencias sobre los efectos de su introducción o abolición.

Un desacuerdo es genuino cuando, para así decirlo, es verdaderamente un desacuerdo. Si yo pienso que la eutanasia activa es moralmente justa y tú piensas que es moralmente injusta, nuestro desacuerdo es espurio, no genuino. Si por “eutanasia activa” yo entiendo un acto médico que causa la muerte de una persona gravemente enferma, consciente y competente, con su consentimiento, mientras que tú te refieres a un acto de un particular que causa la muerte de una persona gravemente enferma, pero sin su consentimiento. No estamos hablando de lo mismo y, por tanto, no podemos discrepar.

Un desacuerdo es sin culpa (*faultless*) cuando ninguna de las personas en desacuerdo ha cometido falta o error alguno (Kölbel, 2004, pp. 53-4). Si yo pienso que la eutanasia activa es moralmente justa y tú piensas que es moralmente injusta, estás en falta o en error si tu razonamiento se basa en una contradicción o si no has tenido en cuenta una razón decisiva en contra de tu postura.

Por último, un desacuerdo es radical si persistiría incluso en circunstancias ideales, es decir, en las circunstancias más favorables que la razón humana puede esperar alcanzar (Tersman, 2022). En mi opinión, los desacuerdos radicales son diferentes de los desacuerdos sin culpa en el sentido de que, al menos teóricamente, un desacuerdo puede ser sin culpa y no radical. Creo que este punto puede explicarse mejor tomando como ejemplo los desacuerdos sobre hechos: un desacuerdo, pongamos entre físicos cuánticos, puede ser sin culpa si ninguno de ellos comete errores pero puede no ser radical en el sentido de que se resolvería si adquiriéramos más conocimientos. A los que, sin embargo, no podemos acceder por el momento. Lo mismo debería poder decirse de los desacuerdos morales: podemos suponer que existan hechos o propiedades morales, que no podemos conocer ahora, pero que podríamos llegar a conocer en condiciones ideales. En resumen, propongo estipular que, mientras los desacuerdos sin culpa son desacuerdos que no pueden resolverse *rebus sic stantibus*, los desacuerdos radicales son desacuerdos que nunca pueden resolverse.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Una idea similar es desarrollada por Write (1992), que denomina “cognitively faultless disagreements” los desacuerdos sin “cognitive shortcoming”. Por el contrario, Kölbel (2004)

El tema de los desacuerdos morales tiene gran relevancia en el debate contemporáneo, el realismo moral y la existencia de desacuerdos morales genuinos y radicales parecen incompatibles. Por “realismo moral” entiendo la tesis según la cual los juicios de valor, los juicios morales, expresan creencias que son siempre verdaderas o falsas.<sup>5</sup> Es decir, los juicios de valor son verdaderos o falsos atemporalmente y a-contextualmente.<sup>6</sup> En particular, según el realismo moral, en su versión ortodoxa, los juicios de valor expresan creencias que son verdaderas si corresponden a hechos o propiedades morales, y falsas en caso contrario. Por lo tanto, “La esclavitud es injusta” expresaría una creencia que es verdadera o falsa independientemente del lugar o el momento en que se pronuncie o piense. Del mismo modo, “La esclavitud es injusta” y “La esclavitud no es injusta” expresarían dos creencias que no pueden ser ambas verdaderas ni ambas falsas: los desacuerdos morales genuinos y radicales son imposibles. Según el realismo moral, los aparentes desacuerdos morales o no son genuinos, es decir, no en absoluto son desacuerdos, o no son sin culpa y radicales, o no son desacuerdos morales.<sup>7</sup>

Sin embargo, hay que añadir algunas aclaraciones. En primer lugar, el realismo moral no es incompatible con la existencia de desacuerdos genuinos, sin culpa e incluso radicales si asume que los hechos morales existen pero no son conocibles (Enoch, 2009; Poggi, 2018, nota 8; Shafer-Landau, 2012; Tersman, 2022).<sup>8</sup> Así, es posible argumentar de forma consistente que

parece sostener que un desacuerdo es culpable simplemente cuando una de las partes expresa una creencia falsa.

<sup>5</sup> Esta tesis es a menudo denominada hoy “cognitivism ético” (Moreso, 2020, p. 235). Otras veces, por “cognitivism ético” se entiende simplemente la tesis de que los juicios morales expresan creencias verdaderas o falsas. Esta segunda versión del cognitivism no es incompatible con el relativism ético, si se admite que la verdad de los juicios morales es relativa a una determinada perspectiva, a una determinada circunstancia de evaluación.

<sup>6</sup> Según otra versión, solo algunos juicios de valor y no todos expresan creencias que son siempre verdaderas o falsas (Enoch 2009).

<sup>7</sup> Por ejemplo, se podría argumentar que el desacuerdo sobre la esclavitud en realidad no refleja un desacuerdo sobre hechos morales o propiedades morales, sino un desacuerdo sobre hechos: sobre si los esclavos son personas humanas como nosotros y no animales. Sobre esta línea de argumentación, véase Mackie (1977, 37ss.), Rachels (1999, pp. 23ss.) y Enoch (2009).

<sup>8</sup> Por el contrario, si el realismo moral fuera acompañado de la tesis según la cual la verdad de los juicios morales es evidente por sí misma, entonces la mera existencia de desacuerdos genuinos lo refutaría (Enoch, 2009). Sin embargo, los realistas morales rara vez son tan temerarios.

los juicios morales son verdaderos o falsos, pero que no podemos saber si lo son porque, precisamente, los hechos o propiedades morales son inaccesibles. No obstante, esta jugada priva al realismo moral de todo atractivo (Enoch, 2009; Shafer-Landau, 2012; Tersman, 2022).<sup>9</sup>

En segundo lugar, como sugiere Enoch (2009), la presencia de desacuerdos genuinos, sin culpa e incluso radicales podría probar la inexistencia de hechos o propiedades morales objetivas, y por tanto, la falsedad del realismo moral solo limitado al ámbito de los desacuerdos mismos. Habría pues, creencias morales verdaderas o falsas (las relativas a hechos y propiedades morales objetivas) y creencias morales que, en cambio, son objeto de desacuerdo genuino, sin culpa y radical; el realismo moral solo sería falso con respecto a esta últimas. Esta tesis me parece bastante dudosa, si los juicios morales expresan creencias entonces son siempre necesariamente verdaderos o falsos o, como mucho, sin sentido si se basan en presuposiciones falsas. Supongamos que la esclavitud no tenga propiedades morales o que no existan hechos morales referidos a la esclavitud. En este caso, “la esclavitud es injusta” sería una proposición falsa y “la esclavitud no es injusta” sería una proposición verdadera. De hecho, según el realismo moral, la propiedad “injusto” existe y/o hay hechos que hacen que proposiciones como “X posee la propiedad moral de ser injusto” sean verdaderas o falsas. Sin embargo, en nuestro ejemplo esto no se aplica a la esclavitud, es decir, la propiedad de injusticia (que existe) no se predica de la esclavitud. Entonces, si la esclavitud no posee la propiedad de ser injusta, es verdadero que “la esclavitud no es injusta”. Del mismo modo, la propiedad de ser salado existe, es decir, hay hechos que hacen que las proposiciones de la forma “X posee la propiedad de ser salado” sean verdaderas o falsas. Sin embargo, esta propiedad no se aplica al oxígeno: “el oxígeno es salado” expresa una creencia falsa, y “el oxígeno no es salado” expresa una creencia verdadera.

<sup>9</sup> Hills (2013) argumenta, por otro lado, que el realismo moral no es incompatible con la presencia de desacuerdos sin culpa porque aquellos que hacen un juicio moral objetivamente falso siguiendo la norma epistémica “sigue tu conciencia” no son culpables. Suponiendo y no concediendo que este argumento sea válido para los desacuerdos sin culpa (como definidos en este texto), desde luego no se aplica a los desacuerdos radicales. Para una crítica, véase Cohnitz 2016.

En tercer lugar, los realistas morales pueden adherir a la tesis de la inconmensurabilidad de los valores y sostener que los desacuerdos morales genuinos y radicales existen, no porque no haya hechos o propiedades morales, sino porque hay más de uno en conflicto entre sí y no se puede establecer una jerarquía.<sup>10</sup> Esta postura me parece teóricamente defendible, aunque supone que los hechos o las propiedades morales son muy diferentes de otros hechos o propiedades empíricas y por lo tanto, son entidades bastante misteriosas (Mackie 1977).<sup>11</sup> En todo caso, se trata de una cuestión demasiado complicada para abordarla aquí.<sup>12</sup>

Estos debates también tienen repercusiones evidentes en el ámbito jurídico, si se admite, algo que es difícil de negar, que nuestras fuentes del derecho (y nuestras Constituciones en particular) incluyen conceptos cuyo contenido es, de hecho, identificado a través del razonamiento moral.<sup>13</sup> Cuando dos tribunales discrepan sobre si, por ejemplo, la eutanasia activa se ajusta o no al valor constitucional de la dignidad humana y si, en virtud de ello, es legal y moralmente correcta o legítima, ¿se equivoca uno de ellos y tiene razón el otro?, ¿O son posibles desacuerdos genuinos, sin culpa y radicales? El mismo problema se plantea en la resolución de conflictos entre principios, cuando nos enfrentamos a una norma, *N*, que viola un principio *P* (previamente interpretado) al tiempo que realiza un principio *PI* (de nuevo, previamente interpretado), ¿existe una solución moral y jurídicamente correcta?, ¿la afirmación “la norma *N* es moralmente (y jurídicamente) correcta (porque el principio *PI* prevalece sobre el principio *P*)” expresa una creencia verdadera o falsa?

En suma, aunque con las reservas antes mencionadas, si existen desacuerdos morales genuinos y radicales, el realismo moral es falso. Y si el

<sup>10</sup> Sobre esta línea de argumentación, véase a Brink (1989, 202).

<sup>11</sup> Con respecto a los hechos empíricos, no tiene ningún sentido decir que no podemos establecer la verdad de una proposición porque no conocemos la jerarquía entre los valores de verdad –o, si se quiere, entre los hechos que hacen verdadera o falsa la proposición–.

<sup>12</sup> Véase Moreso, (2020, pp. 236ss).

<sup>13</sup> Moreso (2020, pp. 33ss.) sostiene la tesis más fuerte de que tales conceptos deben identificarse mediante la argumentación moral. No consideraré esta tesis aquí: para mis propósitos es suficiente adherirse a la tesis más débil presentada en el texto.

realismo moral es falso entonces también muchos desacuerdos jurídicos no tienen solución.

Moreso adhiere al objetivismo ético, y en particular, parece simpatizar con el realismo moral no naturalista y no metafísico Moreso (2020, pp. 238ss), por lo que obviamente no puede admitir la presencia de desacuerdos morales genuinos y radicales.<sup>14</sup> Sin embargo, como señala especialmente Enoch (2009), los diferentes argumentos basados en desacuerdos morales no son buenos argumentos ni a favor ni en contra del realismo moral. Esto porque adherirse al realismo moral impide concebir tales desacuerdos, mientras que, a la inversa, concebir tales desacuerdos significa no adherirse al realismo. Con las palabras de Enoch, “*when the time comes to compare competing explanation of moral disagreements [...] the result of the comparison is going to be heavily influenced by the beliefs we come to this task already equipped with*” (2009, p. 27). A este respecto, Moreso desarrolla un argumento innovador y muy prometedor. En lugar de intentar demostrar que no existen desacuerdos morales genuinos y radicales –lo que ya presupondría la adhesión al realismo moral–, argumenta que incluso las posturas alternativas al realismo moral son incapaces de dar cuenta de ellos. Se trata de un argumento poderoso: si no solo el realismo, sino que toda posición meta ética aceptable, es incapaz de dar cuenta de los desacuerdos genuinos, sin culpa y radicales, ello constituiría una razón de peso para negar su existencia. Y si los desacuerdos morales genuinos, sin culpa y radicales no existen, entonces se cae un potencial argumento contra el realismo moral. Examinaré el razonamiento de Moreso en el próximo apartado.

<sup>14</sup> En realidad, Moreso (2009) sostiene que hay desacuerdos jurídicos sin culpa, ya que “our practices of understanding of what the constitution presupposes are not convergent” (Moreso, 2009, p. 71). Moreso propone analizar estas discrepancias a través del *supervaluation account*, de modo que puedan configurarse como verdaderos desacuerdos. Sinceramente, no me queda claro si estos desacuerdos, en Moreso (2009), son también radicales en el sentido que he definido aquí. Si es así, no entiendo cómo esta postura podría ser compatible con el objetivismo ético, tanto más cuanto que Moreso también emplea el enfoque expresivista de Gibbard (1990) para defenderla. Además, no estoy segura de que Moreso no haya cambiado de opinión sobre este punto. Por esta razón, no examinaré aquí su ensayo de 2009.

### 3. Moreso sobre la inexistencia de desacuerdos morales genuinos y radicales

Moreso (2020, pp. 250ss. y pp. 494ss.) analiza tres diferentes maneras de abordar el tema de los desacuerdos en el marco de un enfoque no realista. Consideremos un juicio de valor como

- a. La esclavitud es injusta

El primer enfoque, que Moreso denomina “contextualismo”, y que otros llaman “indexical relativism” (Kölbel, 2004), considera los juicios morales, como (a), expresiones incompletas, indexicales, que no expresan una proposición hasta que ciertas variables sean saturadas. Así (a) no expresa una proposición “hasta que no se señala para quién es incorrecto” (Moreso, 2020, p. 250). Este enfoque, claramente, no puede dar cuentas de la existencia de desacuerdos genuinos. Las proposiciones

- b. Para Juan, la esclavitud es injusta
- c. Para Dolores, la esclavitud no es injusta

no expresan un desacuerdo genuino, y en efecto, pueden ser ambas verdaderas o ambas falsas. En cambio, las proposiciones

- b. Para Juan, la esclavitud es injusta
- d. Para Juan, la esclavitud no es injusta

no pueden ser ambas verdaderas, por lo tanto, no expresan un desacuerdo sin culpa.<sup>15</sup> En suma, desde un enfoque contextualista o bien el desacuerdo no es genuino (no es un desacuerdo) o bien no es sin culpa. Además, desde mi punto de vista, y creo que Moreso estaría de acuerdo,

<sup>15</sup> Por supuesto, ambas podrían ser falsas si Juan no tuviera ninguna opinión al respecto, si no pensara nada de la (in)justicia de la esclavitud (aunque, en ese caso, diría que (d) es verdadera). Además, si Juan tuviera creencias morales contradictorias, entonces ambas serían verdaderas. Sin embargo, estos casos no son interesantes para el tema que nos ocupa.

el enfoque contextualista no tiene en cuenta algunas de nuestras intuiciones lingüísticas. Cuando alguien dice “la esclavitud es injusta”, es intuitivo entender que lo que quiere comunicar es que la esclavitud es injusta en general y no sólo para él (Kölbel, 2004).

El segundo enfoque que Moreso analiza es el relativismo, según el cual los juicios morales expresan proposiciones completas cuyo valor de verdad varía dependiendo de la perspectiva o circunstancia de evaluación. Así (a) expresaría siempre una única proposición (un *lekton*), pero su valor de verdad variaría en función de los parámetros de evaluación, por ejemplo, dependiendo de si se asume la moralidad de un ciudadano de la Roma del siglo I a.C. o la de un ciudadano italiano contemporáneo. Contra Kölbel (2004) y Lasershon (2005),<sup>16</sup> Moreso argumenta que también este enfoque lleva a negar la existencia de desacuerdos genuinos y sin culpa, ya que o bien las circunstancias de evaluación son las mismas (y, por tanto, el desacuerdo no es sin culpa) o bien las circunstancias de evaluación son diferentes y por lo tanto no hay desacuerdo. Por ejemplo, si la verdad de (a) se evalúa siempre según el sistema moral A, entonces (a) es verdadera o falsa y *tertium non datur*.<sup>17</sup> El desacuerdo entre los que apoyan (a) y los que niegan (a) no puede ser sin culpa y/o radical. Por el contrario, si los sistemas morales de evaluación son diferentes, no hay desacuerdo. Quien cree que la proposición (a) es verdadera porque se ajusta al sistema moral A no está realmente en desacuerdo con quien cree que (a) es falsa porque difiere del sistema moral B, hasta el punto de que ambas partes podrían tener razón –es decir, (a) podría ajustarse al sistema moral A y diferir del sistema moral B– o estar equivocadas –es decir, (a) podría no ajustarse al sistema moral A y ajustarse al sistema moral B–. Sin embargo, me parece que aquí hay un desacuerdo genuino implícito: las partes discrepan sobre el

<sup>16</sup> En realidad, ni Kölbel (2004) ni Lasershon (2005) se ocupan de los desacuerdos morales. Lasershon se ocupa de los desacuerdos en el gusto, mientras que Kölbel distingue entre creencias respecto de las cuales las reglas *a priori* que rigen el lenguaje y el pensamiento admiten contenidos discretivos (*discretionary contents*) y creencias respecto a las cuales no se admiten tales contenidos. En cuanto a los desacuerdos morales, la estrategia analizada por Moreso (2022) es, por otra parte, investigada por ejemplo por McFarlane (2016, cap. 6), Cohnitz (2016), Schafer (2012) y Francén (2010).

<sup>17</sup> Obviamente, a menos que el sistema moral A sea contradictorio.

sistema moral que tiene que ser adoptado para evaluar (a), o si se prefiere, discrepan sobre el significado de “injusta” en (a). Según una parte, “injusto” significa “injusto de acuerdo con el sistema moral A”, mientras que según la otra parte “injusto” significa “injusto de acuerdo con el sistema moral B”. Esto nos lleva al tercer enfoque considerado por Moreso.

En tercer enfoque analizado por el autor es el de las negociaciones metalingüísticas. Volviendo a nuestro ejemplo anterior, la disputa entre quien sostiene que (a) es verdadera porque se ajusta al sistema moral A y quien afirma que es falsa porque no se ajusta al sistema moral B puede ser vista, no como un desacuerdo espurio basado sobre diferentes sentidos de “injusto”, sino como un desacuerdo genuino sobre cómo debe ser usada tal palabra. Personalmente, este enfoque me parece muy prometedor. En efecto, imaginemos que los dos interlocutores, digamos Juan y Dolores, entienden que están utilizando la palabra “injusto” de manera diferente, ¿pondría esto fin a su desacuerdo?, por supuesto que no. El desacuerdo se trasladaría a cómo debe utilizarse la palabra “justo”, y esto, a su vez, lleva a una disputa sobre qué sistema moral adoptar. En mi opinión, un punto en el que sin duda tiene razón Kölbel (2004) es que hay ámbitos en los que admitimos que los juicios están anclados en perspectivas personales del hablante y ámbitos en los que no. En el ámbito moral no solemos admitirlo, como señala Moreso, “los debates acerca de la corrección moral de la guerra en Irak o de la práctica de la ablación del clítoris no se terminan arguyendo que estas son las convicciones en mi cultura o en mi foro interno. ‘Aquí lo hacemos así’ no es un buen argumento en moral” (2020, p. 255)<sup>18</sup>. Pero, como hemos visto, esto no es incompatible con el relativismo: alguien como Villa (2016; 2017; 2021), puede ser relativista y al mismo tiempo admitir que los desacuerdos no terminan con el descubrimiento de que utilizamos sistemas morales diferentes, sino que suben de nivel, se trasladan a los sistemas morales de referencia.

Por tanto, si adoptamos esta perspectiva, si tomamos la idea de una negociación metalingüística que se apoya en la disputa sobre cuál es el mejor sistema moral, el relativismo se hace compatible con la presencia de auténticos desacuerdos morales. En efecto, tampoco Moreso niega que,

según este enfoque, estamos ante un verdadero desacuerdo, sin embargo, señala con razón que esto todavía no demuestra que tal desacuerdo sea también sin culpa y radical. En particular, el autor en cuestión sugiere que el desacuerdo se pueda resolver si ascendemos de nivel, ofreciendo mejores razones. Como diría Dworkin, “Hércules nos daría la respuesta, y si bien Hércules no es totalmente accesible para nosotros, es siempre posible ofrecer un mejor argumento” (Moreso, 2020, 500). Claramente esto tampoco demuestra que el desacuerdo no sea radical: que Hércules conozca la respuesta es una suposición que sigue sin justificarse.

En resumen, parece que volvemos al punto de partida: en la disputa sobre los desacuerdos aparece como inevitable *begging the question*. Los relativistas creen que el desacuerdo sobre qué sistema adoptar es sin culpa y radical porque creen que puede no haber metacriterios de elección; los realistas niegan que el desacuerdo sea sin culpa y radical porque creen que siempre hay metacriterios de elección (hechos, propiedades morales). De todos modos creo que en realidad podemos formular una conclusión: existe al menos un enfoque compatible con la existencia de desacuerdos genuinos, sin culpa y radicales. Por supuesto, esto no prueba que existan, pero sí prueba que el argumento de Moreso y su crítica a Villa no parecen funcionar.

En el siguiente apartado, examinaré si existen otros enfoques que permitan configurar desacuerdos morales sin culpa y radicales.

#### 4. Desacuerdos morales y no-cognitivismo.

En su texto, Moreso no considera los enfoques no-cognitivistas respecto del tema de los desacuerdos y no lo hace porque opina que el no-cognitivismo no “tiene hoy demasiados partidarios” (2020, 249).<sup>19</sup> Según Moreso, esto se debe principalmente a dos razones. En primer lugar, “porque abandonado el principio de verificación como criterio de significación [el no-cognitivismo] pierde mucho de su atractivo” (2020, p. 249). En segundo lugar,

<sup>19</sup> En cambio, en Moreso (2009) se analiza brevemente un enfoque no-cognitivistista: el expresivismo.

porque hay muchas teorías minimalistas que, “para que una oración del lenguaje sea apta para la verdad, exigen poco más que admita sintácticamente el prefijo ‘es verdad que’” (p. 249).

Creo que Moreso tiene razón y que el no cognitivismo ya no es una postura muy de moda, pero me cuesta entender las razones que ofrece para explicar su actual falta de éxito. En primer lugar, la adopción del principio de verificación como criterio de significación no era necesariamente un factor favorable al no-cognitivismo. Es cierto que algunos no-cognitivistas adoptaron este principio y argumentaron que los juicios morales carecen de sentido porque no sabemos cómo verificarlos/falsificarlos (Carnap, 1937, pp. 24ss.; Ayer, 1952, pp. 107ss.). Otros no-cognitivistas, como Hare (1952) y Von Wright (2020), sin embargo, tenían el problema opuesto de explicar cómo era posible que los juicios morales fueran sensatos – porque nuestra intuición es que son sensatos – aunque no fueran verificables. En segundo lugar, los no-cognitivistas niegan que los juicios morales sean verdaderos o falsos “*in any robust sense*” (van Roojen, 2018), es decir, algunos de ellos admiten que puedan ser falsos o verdaderos de acuerdo con algunas teorías minimalistas de la verdad. Por otra parte, me parece que el realismo moral debe exigir algo más que el hecho de que sintácticamente los juicios de valor puedan ir precedidos de la cláusula “es verdad que”, pues de lo contrario se volverían indistinguibles de los juicios de gusto.

En cualquier caso, las razones invocadas por Moreso no son, desde luego, argumentos de peso contra el no-cognitivismo ético. Aquí, solo pretendo examinar si existen algunas variantes del no-cognitivismo que sean compatibles con la existencia de desacuerdos morales genuinos, sin culpa y radicales. Como ya se ha mencionado, si existen tales variantes esto no prueba que el no-cognitivismo sea correcto, sin embargo, quita una razón de peso para negar la existencia de tales desacuerdos. Evidentemente, no puedo examinar todas las posturas no-cognitivistas en este trabajo, solo examinaré brevemente dos de ellas, es decir el emotivismo y el normativismo (o prescriptivismo). En particular, he elegido el emotivismo porque creo que es una postura a menudo mal entendida y el prescriptivismo porque creo que es una tesis que merece ser reevaluada.

En términos generales, el emotivismo se refiere a la tesis de que los juicios morales expresan actitudes no-cognitivas, emociones, y en particular,

aprobación, preferencia o aceptación. Imaginemos la situación en la que Juan enuncia (a) y Dolores enuncia su negación, es decir

e. La esclavitud no es injusta.

Para el emotivismo, en esta situación, Juan expresa su desaprobación de la esclavitud mientras que Dolores expresa una ausencia de desaprobación. ¿Constituye esta situación un verdadero desacuerdo?

A menudo se considera que el emotivismo es incapaz de explicar los desacuerdos morales genuinos basándose en dos argumentos diferentes.

En primer lugar, se argumenta que entre el hecho de que Juan enuncie (a) y el hecho de que Dolores enuncie (e) no hay incompatibilidad pues no hay incompatibilidad entre

a.<sup>1</sup> Juan desaprueba la esclavitud

y

e.<sup>1</sup> Dolores no desaprueba la esclavitud<sup>20</sup>

Este argumento carece de fundamento porque para el emotivismo los juicios de valor expresan actitudes, pero no son reducibles a afirmaciones (o creencias) sobre tales actitudes.<sup>21</sup> Es como argumentar que dos proposiciones,  $p$  y  $\text{non-}p$ , no son contradictorias porque “Juan cree que  $p$ ” y “Dolores cree que  $\text{non-}p$ ” pueden ser ambas verdaderas (o falsas)<sup>22</sup>.

En segundo lugar, se ha argumentado que el emotivismo es incapaz de explicar los desacuerdos morales genuinos porque entre actitudes no-cog-

<sup>20</sup> Este argumento se encuentra, por ejemplo, en Hare (1952) y en Bobbio (1958).

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, Von Wright (2000, p. 352) “value judgements of the type ‘This is good’ do not say anything, since they cannot be used for stating what a subject’s valuations are, but only for expressing (evincing) valuations”. Sobre este punto véase también Arena (2023, p. 97).

<sup>22</sup> Esta crítica confunde el emotivismo con la postura que van Roojen (2018) denomina *cognitivism subjectivum*. Según el *cognitivism subjectivum*, los juicios de valores son aserciones sobre el hecho de que el hablante aprueba/no aprueba algo. Así, “La esclavitud es injusta” equivaldría a la aserción “No apruebo la esclavitud”.

nitivas no se pueden dar relaciones lógicas (Kölbel 2004). Al respecto, las versiones más recientes del emotivismo, a veces denominadas expresivismo en sentido estricto<sup>23</sup>, han intentado precisamente desarrollar una lógica de las actitudes no cognitivas (Gibbard 1990; Gibbard 2003; Schroeder 2008). Esta empresa no está exenta de problemas, especialmente en lo que se refiere al tratamiento de los juicios de valor que aparecen en los condicionales. Pero aparte de que también sobre este punto se han formulado soluciones interesantes (aunque debatidas),<sup>24</sup> ciertamente estos enfoques son capaces de explicar la incompatibilidad entre las actitudes expresadas por (a) y (e) (Gibbard, 1990; Baker y Woods 2015; Sardo, 2018).

Entonces, según el emotivismo hay genuinos desacuerdos morales que pueden también ser sin culpa y radicales si ninguna de las partes ha cometido errores – por ejemplo, si su actitud no se basa en hechos falsos, no es incoherente con sus otras actitudes, etc–.

Examinaré ahora el tratamiento de los juicios de valor según el prescriptivismo. Para abordar el tema, volvamos a nuestro ejemplo anterior. Como hemos visto, si Juan sostiene (a) y Dolores sostiene (e) y después se dan cuenta que utilizan la palabra “injusto” de manera diferente, esto muy probablemente no va a poner fin a su desacuerdo. Juan y Dolores seguirán discutiendo sobre cuál es el mejor significado de “injusto”, es decir, sobre qué sistema de valores hay que adoptar. Pero, ¿por qué? Los cognitivistas no están bien equipados para explicar esta obviedad. Supongamos que yo creo que la esclavitud ha sido abolida y tú crees que no: en el momento en que nos damos cuenta de que estamos empleando la palabra “esclavitud” en sentidos diferentes – porque yo me refiero a una institución jurídica y

<sup>23</sup> La expresión “expresivismo en sentido estricto” hace referencia a aquellas teorías que “attempt to construct a systematic semantics for moral sentences by pairing them with states of mind that the sentences are said to express” (Van Roojen, 2018).

<sup>24</sup> Es el llamado *Embedding Problem* y consiste en una versión particular del *Frege-Geach problem* que aqueja al expresivismo. Blackburn (1984) ya esbozó una solución a este problema. Para desarrollos más recientes, véase Cantwell 2014; Baker y Woods 2015; Woods 2017; van Roojen 2018. Las posturas denominadas expresivismo híbrido (*hybrid expressivism*) – que combinan la tesis de que los juicios de valor expresan actitudes no-cognitivas con la idea cognitivista de que tienen valor de verdad – también se han desarrollado, en parte, para superar estas dificultades. Para una aplicación reciente del expresivismo híbrido al derecho cf. Skoczeń y Poslajko (2022).

tú a una situación de hecho –, esto puede poner fin a nuestro desacuerdo, y sobre todo, es muy probable que no discutamos sobre cuál es el mejor significado de “esclavitud”. ¿Por qué no ocurre lo mismo con los juicios morales?

Según la tesis conocida como internalismo motivacional (*motivational internalism*) existe una estrecha relación entre los juicios morales y las motivaciones para actuar. Esto, en parte, explica por qué el debate no termina cuando se descubre que el término “injusto” se utiliza de distintas maneras. Los cognitivistas tienen dificultades para explicar esta conexión entre juicios morales y motivaciones para actuar, ya que, como argumentaba Hume (1888, p. 413), las creencias por sí solas parecen incapaces de motivar la acción. En consecuencia, los cognitivistas ni siquiera pueden explicar por qué el debate continúa una vez que nos damos cuenta de que estamos utilizando sistemas de valores diferentes. Por supuesto, se han desarrollado muchas estrategias para responder a esta objeción, que no pueden analizarse aquí. Me interesa solo señalar cómo algunas variantes del prescriptivismo ofrecen una respuesta tan sencilla como eficaz para explicar el internalismo motivacional.

Según el prescriptivismo de Hare (1952), los juicios morales son prescripciones universales relativas no solo al agente que las pronuncia sino a cualquier otro agente, no solo a la acción o estado de cosas que mencionan expresamente sino a cualquier otra acción o estado de cosas similar, independientemente del momento y lugar en que se produzcan. Decir que una acción es correcta es, por tanto, prescribir esa acción y cualquier otra similar en cualquier lugar y en cualquier momento. Así que, si Juan enuncia (a) prescribe que la esclavitud no debe ser practicada hoy como hace 20 siglos, ni por él ni por nadie. Afirmar o aceptar sinceramente un juicio de valor implica estar dispuesto a actuar en consecuencia y esto explica el internalismo motivacional. Además, esto explica por qué no admitimos que los juicios morales están anclados en preferencias personales, y por tanto, no ponemos fin a nuestras discusiones cuando descubrimos que utilizamos términos como “injusto” para referirnos a sistemas morales diferentes. Para el prescriptivismo, el desacuerdo moral no es un desacuerdo sobre creencias sino sobre cómo deberíamos actuar todos.

Obviamente, el prescriptivismo no está exento de problemas<sup>25</sup>, pero es capaz de dar cuenta de la existencia de desacuerdos morales genuinos, al menos si se admite que existen contradicciones normativas. Además, tales desacuerdos son sin culpa, en la medida en que ninguna de las partes ha cometido errores de inferencia o contradicciones, y son genuinos porque las normas expresadas no son ni verdaderas ni falsas: pueden justificarse (y no probarse como verdaderas) sobre la base de otras normas más generales o fundamentales, pero, como subraya Villa (2016; 2021), cuando se trata de valores últimos estos solo pueden ser fruto de elección.

## 5. Conclusiones: discrepando con José Juan Moreso.

En este trabajo he intentado mostrar que existen posturas metaéticas, tanto cognitivistas como no-cognitivistas, compatibles con la existencia de desacuerdos morales genuinos, sin culpa y radicales. Esto no prueba que existan tales desacuerdos, pero desde luego quita una razón de peso para negar que existan. En efecto, si toda posición metaética aceptable fuera incapaz de dar cuenta de los desacuerdos genuinos, sin culpa y radicales, ello constituiría una razón de peso para negar su existencia.

Como ya he mencionado, hace más de 20 años, casi 25 (al menos desde 2001), que Moreso y yo discutimos sobre interpretación jurídica y siempre hemos estado en desacuerdo. No creo que con respecto al tema que he tratado aquí las cosas serán distintas. Pero hay una gran diferencia: esta vez, el hecho de que sigamos discrepando me dará la razón. Lo digo un poco en broma, pero no tanto. La cuestión de los desacuerdos morales es ante todo una cuestión de si existe o no una moral en algún sentido objetivo. Esta última, como señala por ejemplo Kramer, es una cuestión ética: *“those key questions concerning objectivity are not only about the domain of ethics*

<sup>25</sup> Además de los problemas relacionados con el *Frege-Geach problem*, creo que el prescriptivismo tiene el problema de explicar por qué la paradoja de Moore también se da con respecto a los juicios de valor: decir “la esclavitud es injusta, pero no lo creo” suena tan anómalo como “llueve, pero no lo creo”. Para un uso diferente de la paradoja de Moore contra el expresivismo cf. Woods (2014); Toppinen (2014). Para otras críticas y posibles respuestas a las mismas: véase Arena (2023, 99ss.).

*but are also within [...] Most of the reasons for insisting on the objectivity of ethics are ethical reasons*" (2009, p. 2).<sup>26</sup>

Entonces, si el desacuerdo sobre la existencia de desacuerdos morales genuinos, sin culpa y radicales es en sí mismo un desacuerdo moral y si no vamos a encontrar un modo de resolverlo, ello sería una prueba de que tales desacuerdos existen.

## Bibliografía

- Arena, F.J. (2023). Antirrealismo y Cuasirrealismo moral. En Lariguet, G., Yuan, M.S., Alles, N. (eds.), *La metaética puesta a punto* (pp. 92-109). Santa Fe: Ediciones UNL.
- Ayer, A.J. (1952). *Language, Truth and Logic*. New York: Dover.
- Baker, D., y Woods, J. (2015). How Expressivism Can and Should Explain Inconsistency. *Ethics*, 125, 391-424.
- Blackburn, S. (1984). *Spreading the Word*. New York: OUP.
- Bobbio, N. (1958). *Teoria della norma giuridica*. Torino: Giappichelli.
- Brink, D.O. (1989). *Moral Realism and the Foundation of Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cantwell, J. (2014). Unity and Autonomy in Expressivist Logic. *Dialectica*, 68(3), 443-457.
- Carnap, R. (1937). *Philosophy and Logical Syntax*. London: Kegan Paul.
- Cohnitz D. (2016). Moral Realism and Faultless Disagreement. *Ratio*, 29, 202-212.
- Enoch, D. (2009). How is Moral Disagreement a Problem for Realism. *The Journal of Ethics*, 13(1), 15-50.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*, 2nd ed. Oxford: OUP.
- Francén, R. (2010). No deep disagreement for new relativists. *Philosophical Studies*, 151(1), 19-37.

<sup>26</sup> Esto también explica por qué, como ya se ha señalado, las disputas sobre desacuerdos no son muy fructíferas: están arraigadas en intuiciones profundas que son éticas ante que metaéticas y que, por lo tanto, no somos dispuestos a revisar.

- Gibbard, A. (1990). *Wise Choices, Apt Feelings*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gibbard, A. (2003). *Thinking How to Live*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hare, R.M. (1952). *The Language of Morals*. Oxford: Clarendon Press.
- Hill, A. (2013). Faultless Moral Disagreements. *Ratio*, 26, 410-427.
- Hume, D. (1888). *Treatise of Human Nature*. Oxford: Clarendon Press.
- Kölbel, M. (2004). Faultless Disagreement. *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, 104, 53-73.
- Kramer, M. (2009). Introduction. En Kramer, M. (ed.), *Moral Realism as a Moral Doctrine* (pp. 1-22). Oxford: Wiley-Blackwell.
- Lasershon, P. (2005). Context Dependence, Disagreement, and of Predicates of Predicate of Personal Taste. *Linguistics and Philosophy*, 28, 643-686.
- Mackie, J. (1977). *Ethics. Investigating Right and Wrong*. Harmondsworth: Penguin.
- McFarlane, J. (2014). *Assessment Sensitivity: Relative Truth and Its Application*. Oxford: OUP.
- Moreso, J. (2022). *Lo normativo: variedades y variaciones*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Poggi, F. (2018). L'interpretazione giuridica come ponte tra diritto e morale. A proposito di un recente libro di Vittorio Villa. *Ragion Pratica*, 50, 289-301.
- Rachels, J. (1999). *Elements of Moral Philosophy*, III ed. New York: McGraw-Hill.
- Rawls, J. (2005). *Political Liberalism*, expanded edition. New York: Columbia University Press.
- Sardo, A. (2018). Emotivism is not dead! En Chiassoni, P., Comanducci, P., Ratti, G.B. (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol. I (pp. 325-347). Madrid: Marcial Pons.
- Schafer, K. (2012). Assessor relativism and the problem of moral disagreements. *The Southern Journal of Philosophy*, 50(4), 602-620.
- Shafer-Landau, R. (2012). Evolutionary Debunking, Moral Realism and Moral Knowledge. *Journal of Ethics & Social Philosophy*, 7, 1-37.
- Schroeder, M. (2008). *Being For*. Oxford: OUP.
- Skoczeń, I., Poślajko, K. (2022). Expressivism and the *ex aequo et bono* adjudication method. En Gizbert-Studnicki, T., Poggi, F., Skoczeń,

- I. (eds.), *Interpretativism and the Limits of Law* (pp. 212-228). Cheltenham: Edward Elgar.
- Tersman, F. (2022), Moral Disagreement. En Zalta, E.N., y Nodelman, U. (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2022/entries/disagreement-moral/>>.
- Thomson, J.J. (1971). A Defense of Abortion. *Philosophy & Public Affairs*, 1(1), 47-66,
- Toppinen, T. (2014). Expressivism and Moore's Paradox: A Reply to Woods. *Journal of Ethics and Social Philosophy* 8(1), 1-6.
- Van Roojen, M. (2018). Moral Cognitivism vs. Non-Cognitivism. En Zalta, E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/moral-cognitivism/>>.
- Villa, V. (2016). Deep Interpretative Disagreements and Theory of Legal Interpretation. En Capone, A., y Poggi, F., *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives* (pp. 89-119). Dordrecht: Springer.
- Villa, V. (2017). *Disaccordi interpretativi profondi*. Torino: Giappichelli.
- Villa, V. (2021). Per una teoria dei disaccordi interpretativi profondi. Parte prima. L'inquadramento teorico generale. *Diacronia*, 2, 9-55.
- Von Wright, G.H. (2020). Valuations – or How to Say the Unsayable. *Ratio juris*, 13(4), 347-357.
- Woods, J. (2015). Expressivism and Moore's Paradox. *Philosophers' Imprint*, 14(5), 1-12.
- Woods, J. (2017). The Frege-Geach Problem. In McPherson, T., Plunkett, D. (eds.), *The Routledge Handbook of Metaethics* (pp. 226-242). New York, London: Routledge.
- Write, C. (1992). *Truth and Objectivity*. Cambridge: Harvard University Press.



*Sección III*

**BALANCE DE  
UNA DISCUSIÓN**



## Miradas cruzadas sobre la enseñanza del derecho: una aproximación al espacio áulico como espacio de subjetivación

*Intersecting Views on the Teaching of Law: An Approach to the Classroom Space as a Space of Subjectivation*

Luciana Alvarez\*

Recepción: 02/02/2023

Evaluación: 08/03/2023

Aceptación final: 11/03/2023

**Resumen:** En este artículo proponemos una puesta a punto del debate que tuvo lugar con ocasión del número 19 de la revista *Discusiones*, en el dossier dedicado a la enseñanza del derecho. De acuerdo con nuestra lectura, y más allá de las afinidades con muchas de las conclusiones de los participantes del número especial, encontramos que persiste un problema con las perspectivas que no involucran en su diagnóstico a todos los actores, así como sus diversas relaciones recíprocas, en juego. Si sólo apuntamos al problema desde el punto de vista de las agencias globales, tendemos a apelar rápidamente a una solución por el lado de los sujetos; e igualmente, si prestamos demasiada atención a los sujetos tendemos a percibirlos en cierto sentido ajenos a las relaciones sociales que los constituyen en cuanto tales.

\* Doctora en Derecho con mención en Filosofía del Derecho, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina. Investigadora Independiente de CONICET y Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, Argentina. Correo electrónico: lalvarezbauza@gmail.com

Precisamos marcos de comprensión que contengan la doble dimensión, así como los diversos modos de articulación, desajuste y tensión entre ellas.

**Palabras clave:** subjetivación, gubernamentalidad neoliberal, competitividad, digitalidad, aula

**Abstract:** In this article we propose a put in balance of the debate that took place on the occasion of the 19th issue of *Revista Discusiones*, in the dossier dedicated to the teaching of law. According to our reading, and beyond the affinities with many of the conclusions of its participants, we find that a problem persists with the perspectives that do not involve all the actors in their diagnosis, as well as their various reciprocal relationships, at stake. If we only look at the problem from the point of view of global agencies, we tend to quickly appeal to a solution from the subject's side; and equally, if we pay too much attention to the subjects we tend to perceive them in a certain sense as alien to the social relations that they constitute as such. We need comprehension frames that contain the double dimension, as well as the various modes of articulation, mismatch and tension between them.

**Keywords:** subjectivation, neoliberal gubernamentality, competitiveness, digitality, classroom

Con ocasión del número 19 de esta revista *Discusiones* se planteó una suerte de debate en torno de la enseñanza del derecho y las singularidades que presentan las prácticas que la estructuran en el marco de las actuales coordenadas sociales, económicas y políticas, en el contexto de las nuevas tecnologías y de prerrogativas internacionales orientadas al mercado de competencias y de empleabilidad. El texto disparador de la discusión ofrece como grilla de lectura la caracterización de este contexto como “economía del conocimiento” o “economía del aprendizaje”.

En rigor, más que un debate, se trató de una discusión o lectura crítica respecto de un texto que funcionó como pivote o articulador, de autoría de Josefa Dolores Ruiz Resa, bajo el título: *La enseñanza del derecho en la economía del aprendizaje*. En calidad de lectores críticos o comentaristas, participaron del *dossier* Mauro Benente y Malena Costa Wegsman, todo bajo la amorosa introducción de Romina Lerussi.

En esta sección *Balances* se propone recuperar y actualizar los debates suscitados en números anteriores de la revista. Enfrentada a esta tarea, como es notorio, tengo más claro los personajes que el hilo, o argumento, que organiza la trama. Es por esta dificultad, que asumo propia, que me referí líneas atrás a la amorosa introducción de Romina Lerussi, en la que presenta posibles coordenadas para navegar en el mar de esa discusión, que sabe abierto, y lo hace conduciéndonos con sigilo a la posibilidad de resistencia cotidiana en nuestro quehacer como docentes en la gran familia jurídica. Es quizás por esto que me propongo en esta intervención, reorganizar el debate, intentando reconstruir el contrapunto que tuvo lugar, a la vez que ampliando el horizonte de una conversación futura, posible. Pero volvamos nuevamente al intercambio inicial.

## 1. Contrapuntos

Una problematización de los saberes –sean científicos o no– en las actuales coordenadas político-económicas, permite diversas vías de abordaje. Una entrada plausible es la propuesta en el *dossier*, que sitúa el asunto en términos de lo que supondría una “economía del aprendizaje”. Siguiendo la sugerencia de Ruiz Resa, se trataría de un modo de caracterizar el capitalismo contemporáneo en el que, sus múltiples dimensiones, relaciones e instituciones concentran sus esfuerzos de maximización económica en torno de “la innovación como verdadero conocimiento, frente a la información o conocimiento explícito o ya conocido” (Ruiz Resa, 2017a, p. 105). Aquí aprendizaje refiere al proceso que transforma la información en nuevo conocimiento, lo que a su vez parece encontrarse situado en el centro de las preocupaciones de diversas agencias globales de financiamiento, por medio de las cuales se garantiza no solo la posible implementación de políticas institucionales y educativas, sino especialmente la consolidación de una narrativa que legitime y brinde sustento a posibles transformaciones programáticas. En dicho marco, la riqueza de una sociedad pasaría a estar caracterizada por la incesante producción de conocimiento y la innovación, todo lo cual tendería a reconfigurar de manera especial los modos de concebir las prácticas educativas, en general, puesto que el conocimiento

no constituye simplemente el sustrato que organiza las posibilidades económico-productivas de una formación social determinada (Estado-nación, por caso), sino un bien economizable en sí mismo, expuesto a lógica de los intercambios mercantiles.

A partir de allí, y como derivación de esta caracterización se plantean una serie de desafíos o problemas diversos para las profesiones jurídicas, pero sobre todo para los procesos de enseñanza y aprendizaje que tienen lugar en los contornos del campo jurídico. Se trata de desafíos que parecen haber asediado a Ruiz Resa en torno del año 2012, con ocasión de la puesta en marcha de un programa de innovación docente en la Universidad de Granada, conforme lo consigna en el libro bajo su coordinación titulado: “Política, economía y método en la investigación y aprendizaje del derecho”, en el que, además, participa como autora de uno de sus capítulos, Romina Lerussi. De manera que en la antesala de este *dossier* de 2017, merodeaban algunas incomodidades en torno de los modos tradicionales de enseñar y aprender derecho, así como de aquello a lo que tenderían –o al menos aquello en lo que podrían convertirse– arrastrados por la lógica mercantil, característica de un sistema político-económico que se sostiene sobre la continua inscripción de los saberes en la lógica de intercambios económicos.

En el texto que inicia el contrapunto, Ruiz Resa advierte que resulta esperable que veamos reflejados en el campo de los estudios en derecho los mismos cambios laborales que se están produciendo en otros ámbitos, ligados a “la exigencia de formación de por vida y la importancia de las competencias y la creatividad, cuya posesión y alcance dan la medida de la *empleabilidad* de una persona” (Ruiz Resa, 2017b, p. 35). Todo esto, por un lado, le hace prever modificaciones a nivel de las profesiones jurídicas que se encaminarían hacia prestaciones de servicios jurídicos tanto en el ámbito privado, donde se pasaría del ejercicio de una profesión liberal hacia relaciones de dependencia laboral en favor de grandes firmas de abogados; como en el ámbito público, donde se tiende al arbitraje y la resolución privada de conflictos junto con el desmantelamiento de la administración pública (Ruiz Resa, 2017b, p. 34). Igualmente, la autora, señala algunas líneas de reconfiguraciones esperables en los ámbitos específicos de producción y circulación de saberes jurídicos, como son las faculta-

des de derecho (Ruiz Resa, 2017b, pp. 38-40). En ellas, puede observarse algunas transformaciones tendenciales orientadas a la empresarialidad de las prácticas universitarias: la priorización del alumnado, sus necesidades y expectativas en detrimento de las prerrogativas del profesorado, lo que configura una suerte de clientela que debe ser fidelizada; la integración de las facultades de derecho en las agendas de investigación e innovación que debilita su perfil tradicionalmente humanístico; la mercantilización de los servicios prestados por las facultades que, en el caso del derecho, suponen la prestación remunerada de servicios de consultoría jurídica a empresas y corporaciones; la implementación de programas de innovación docente en línea con el mandato de competitividad propio de la economía del aprendizaje.

De manera muy esquemática, este es el diagnóstico que nos ofrece Ruiz Resa. De la misma manera, es posible reponer los comentarios de Benente y Costa Wegsman. El primero tensiona –o discute– la grilla de inteligibilidad que supone comprender las coordenadas del capitalismo actual como “economía del conocimiento”; la segunda, tensiona desde el vector de género para mostrar la centralidad que posee el androcentrismo jerarquizante en las prácticas de enseñanza-aprendizaje tradicionales, propias del campo del derecho, así como en las actuales. Mas allá de ello, circula en la conversación un acuerdo generalizado con el diagnóstico inicial, del que yo misma me hago eco aun cuando encuentro necesario introducir algunas precisiones adicionales o no suficientemente exploradas en el *dossier* de referencia.

Mauro Benente (2017, pp. 73-93) plantea la necesidad de matizar algunas afirmaciones de Ruiz Resa: en primer lugar, sugiere que no convendría leer las modulaciones de las profesiones jurídicas, y fundamentalmente la educación jurídica, como simples resultantes o epifenómenos de la economía del aprendizaje. Al amparo de la noción de sobredeterminación, entiende que la clave de lectura que provee el texto de Ruiz Resa otorga demasiada centralidad a la dinámica de las relaciones económicas, a la vez que reconoce muy poca agencia a las prácticas socio-jurídicas para resistir esa tendencia mercantilizante. En definitiva, apunta Benente, es bastante difícil pretender alguna posibilidad de resistencia desde los espacios de enseñanza y aprendizaje jurídicos si se desconoce a esos mismos espacios, así como a los actores involucrados, toda capacidad de acción. En segundo

lugar, propone situar el planteo de Ruiz Resa en el plano de las racionalidades de gobierno, lo que le permitiría sopesar el trabajo especialmente documental desarrollado por ella que, lejos de brindarnos información sobre las prácticas reales y concretas que tienen lugar en los espacios de producción y circulación de saberes jurídicos, nos permiten acceder a las racionalidades de gobierno estructuradas en diversas agencias promotoras de políticas, planes y programas institucionales, pero que no se identifican directamente con los planes y programas efectivamente realizados. Este matiz permite relativizar, y probablemente redireccionar la crítica de Ruiz Resa puesto que, en cierto modo, no podemos tener por seguro el impacto de la economía del aprendizaje en las universidades y por lo mismo, no nos resulta tan claro a qué tendencias y de qué manera ensayar resistencias. En tercer lugar, Benente sugiere sospechar del potencial hermenéutico de la conceptualización brindada por la noción de “economía del aprendizaje”, y poner a prueba la de “capitalismo cognitivo” que daría mayor espacio para el despliegue de prácticas de resistencia.

Por otro lado, Costa Wegsman (2017, pp. 51-72), compartiendo el diagnóstico general y “desasosegante” de Ruiz Resa, procura profundizar ese análisis a partir de una lectura feminista. Expone las desiguales consecuencias sexogenéricas en el campo del derecho, aparejadas por la economía del aprendizaje (Wegsman, 2017, p. 55), llamando la atención sobre los problemáticos supuestos que organizan la llamada al orden humanista ilustrado. Con agudeza, Costa Wegsman, recuerda que la encantadora igualdad moderna no hizo sino enmascarar nuevas y singulares desigualdades que, a la sazón, sostienen todo el edificio jurídico desde la configuración del sujeto moderno en adelante, pasando por el contrato como dispositivo de negociación neutralizado, para llegar a la racionalidad jurídica como expresión lisa y llana del androcentrismo estructural del derecho moderno, así como de las instituciones erigidas para garantizar su atronadora legitimidad.

Como bien señala Ruiz Resa (2017a, pp. 95-117) en su réplica a los comentarios, tanto Costa Wegsman como Benente comparten –al menos parcialmente– el diagnóstico respecto de las coordenadas político-económicas actuales, atendiendo a su perfil jerarquizante, excluyente, desigualitario, desposeedor, androcéntrico, y podríamos continuar... Aun cuando prefieran utilizar otros marcos conceptuales y perspectivas que permitan

privilegiar unos u otros elementos estructurales, o establecer matices para profundizar la reflexión, que reconocemos como especialmente necesarios, el *dossier* nos permite acercarnos de manera elocuente a algo que está sucediendo con las prácticas de enseñanza-aprendizaje en general, y con algunas particularidades que dejan entrever esas modulaciones en el campo jurídico. Es cierto que, quizás, no aparezca tan claro qué es eso que estaría sucediendo, que involucra a su vez una dimensión política-económica global, grandes corporaciones y agencias multilaterales de financiamiento y planificación, así como movimientos sociales, colectivos subalternizados, instituciones universitarias y de investigación científica, docentes, estudiantes. Toda la escena se presenta, además, con una serie de roles y personajes bien delimitados: las corporaciones y agencias multilaterales encarnan el papel de promotoras y ejecutoras de los programas que dan cuerpo a la economía del aprendizaje; y las universidades, lxs docentes y estudiantes, los movimientos sociales y colectivos subalternizados tienen bien asignado el papel de víctimas redentoras. Si bien todo esto parece tener una importancia decisiva en los espacios de circulación de saberes jurídicos, el *dossier* parece ocuparse más del derecho, y sus implicaciones con las dinámicas altamente paradójicas de dominación/liberación, que de las prácticas de enseñanza en sí mismas. Aun así, el *dossier* supone un espacio altamente significativo para comenzar a problematizar el campo de enseñanza-aprendizaje del derecho del que todxs nosotrxs de algún modo formamos parte.

## 2. Telón de fondo: procesos de subjetivación y libertades

Temo en este gesto, que busca reconfigurar las coordenadas de la conversación, correr el riesgo de reproducir el tono de aquello que tuvo lugar en la discusión de 2017. Mi intervención puede ser leída como la aportación de un elemento más, entre otros posibles, que por razones de tiempo o espacio, no fue considerado en aquellos textos. Es muy probable que así sea, me resultaría llamativo que lxs autores que participaron, y a partir de los marcos conceptuales que pusieron en juego para darle cuerpo a sus contribuciones, no contaran como telón de fondo con alguno de los elementos que propongo considerar a continuación. En cualquier caso, y

aun a riesgo de redundar, valga esta deriva para movilizar las reflexiones de posibles lectorxs menos familiarizadxs con ellos y a quienes, finalmente, se dedica esta sección.

Por supuesto que tratándose de un dossier sobre enseñanza del derecho podría haber introducido una problematización en línea con trabajos que me encuentro profundizando desde hace varios años, vinculados a los problemas que conciernen a la dogmática como método de trabajo, producción y transmisión de conocimiento en el campo específico del derecho (Alvarez, 2017, 2019a, 2019b; Alvarez y Jacky Rosell 2021). Si no lo he hecho es sobre todo por mantener el diálogo abierto por el *dossier*, cuyo balance se me propuso, en el que se prestó especial atención a la enseñanza universitaria en el marco del capitalismo contemporáneo, así como a las posibilidades de resistencia.

Como adelanté párrafos atrás, coincido en buena medida con el diagnóstico general respecto de los saberes, y específicamente de los saberes jurídicos, en las coordenadas del capitalismo contemporáneo. Me queda, sin embargo, el gusto amargo de todo eso que no terminó de aparecer en la caracterización de Ruiz Resa, tanto en el texto inicial como en la réplica. Si bien, como ella misma señala, la utilización de la nominación “economía del aprendizaje” respondía al hecho de tratarse de los mismos términos en que ello es presentado por las diversas agencias internacionales (BM, UE, ONU, OCDE) “los cuales han ido virando desde expresiones como “sociedad de la información” y “sociedad del conocimiento”, hasta pasar a “economía del conocimiento” y, últimamente a “economía del aprendizaje (Learning Economy)” (Ruiz Resa, 2017a, p. 105), no aparece claro por qué es necesario mantener esa denominación, con todo el arsenal conceptual que le sirve de sustento, si lo que se busca es una reflexión crítica. Justamente tiendo a pensarlo exactamente al revés, siguiendo la pista de Donna Haraway que se cuestiona qué historias contamos para contar historias, así como los conceptos que pensamos para pensar con ellos otros conceptos (Haraway, 2019, p. 182), encuentro necesario contar otras historias si deseamos y buscamos otros desenlaces. De manera que, si lo que se encuentra en el centro de nuestras preocupaciones es cómo estos modos concretos de concebir la producción y el crecimiento económico impactan en la vida de miles de millones de personas que se verán más desprotegi-

das, desigualadas, empobrecidas y violentadas, resulta muy problemático auscultar el intenso ritmo de esas transmutaciones con la miope lente que nos provee el BM, la OCDE, ONU o la UE. Parece haber algo de razón en las observaciones de los comentaristas: este modo de comprender la situación actual nos impulsa a buscar soluciones donde no encontramos más que problemas. En los términos en que Ruiz Resa lo plantea, escuchamos una contraposición entre libertad individual y tiranía, que intentaremos problematizar más adelante:

la etapa actual del capitalismo, que puede denominarse de la economía del aprendizaje, nos empuja a un modelo de comunidad política desigualitario y tiránico, aparentemente individualista pero en cuyo fondo subyace el poder de grandes empresas, que nos abocan a un nuevo organicismo económico y laboral, con nuevas formas de servidumbre humanas (Ruiz Resa, 2017b, p. 20)

Para decirlo con un poco más de claridad: las libertades modernas nos atan, pero esto ha sido así desde la configuración de la subjetividad moderna. Aun siendo bastante cierto que la idea de libertad enarboló, y continúa enarbolando, gestas emancipatorias de distinto tipo, es profundamente necesario historizar y precisar qué se dice en cada coyuntura cuando se dice “libertad”. Mi lectura de conjunto del *dossier* me lleva a percibir que las problematizaciones de lxs comentaristas fueron en la dirección de hacer explícita la contrariedad interna y estructurante del derecho y sus saberes, según los cuales las líneas que lo vinculan con la mercantilización, las jerarquías, las desposesiones, el androcentrismo, poseen larga data y, si bien es necesario cartografiar el momento actual no es posible hacerlo apelando –a contrapelo– a las figuras del humanismo jurídico ilustrado o de la burocracia tecnificada al calor de cuya nostalgia podríamos albergar la ilusión de un estado de libertad plena. Con seguridad el escenario de la economía del aprendizaje o del capitalismo cognitivo suponen grandes desafíos políticos, pero debemos cuidarnos de no reclamar rápidamente la reposición de antiguos monstruos. Es necesario, además, deshacernos de lecturas en cuyo maniqueísmo terminemos ilusionadxs en descubrir la clave secreta que garantice la entrada triunfal a la emancipación. A esta altura de los tiempos estamos lo suficientemente advertidxs de los pro-

blemas que engendran esas narrativas. Parece más interesante y potente trabajar con la “polivalencia táctica” de los discursos que supone

admitir un juego complejo e inestable donde el discurso puede, a la vez, ser instrumento y efecto de poder, pero también obstáculo, tope, punto de resistencia y de partida para una estrategia opuesta [...] Los discursos son elementos o bloques tácticos en el campo de las relaciones de fuerza; puede haberlos diferentes e incluso contradictorios en el interior de la misma estrategia (Foucault, 1977, p. 123).

De modo que lo que entendamos por libertad, o liberación, en tanto formas de sustracción a posibles servidumbres, hoy impuestas mayormente por el mercado bajo la forma del capitalismo cognitivo o la economía del aprendizaje, otrora por una diversidad de vectores de poder, ingresan en esa serie de segmentos discontinuos que constituyen diagramas de fuerzas, en los que se encabalgan y conviven –bajo modalidades igualmente heterogéneas– múltiples racionalidades y técnicas de poder. En este marco no parece posible denunciar simplemente las actuales configuraciones de la enseñanza universitaria del derecho, añorando un tiempo perdido, sino más bien desentrañar en qué consisten esas sujeciones para atisbar posibles desvíos, líneas de fuga, desujeciones, o prácticas de libertad en los términos en que Foucault, entre otros, permite pensarlo. Para avanzar en esa dirección encuentro necesario dar cuenta de lo que implica la libertad hacia el interior de la racionalidad de gobierno neoliberal, dentro la cual lo jurídico posee, además, una densidad específica.

Si acompañamos a Foucault en sus cursos de finales de los años setenta el concepto de gubernamentalidad no remite al gobierno como institución, sino a la forma de actividad mediante la cual se rige la conducta de los hombres en el marco del Estado, es decir, las acciones para gobernar a los otros en el ejercicio de la soberanía política. El neoliberalismo, como racionalidad de gobierno, como reflexión sobre la manera de gobernar lo viviente en el marco de relaciones que conllevan obediencia política, pone en cuestión —y de allí cierta vocación de impugnación— el modo en que distintos programas de gobierno liberales y no liberales concebían, modelaban, asumían como legítimas ciertas relaciones entre el Estado y

los individuos, caracterizadas por la planificación económica. Foucault se refirió a ello como el “campo de adversidad” de los teóricos neoliberales constituido por la invariante antiliberal que representan los diversos modos de intervención estatal en la economía (Foucault, 2007, p. 142). Para comprender cabalmente esta afirmación, es preciso comprender la emergencia de la forma empresa como modo de plegamiento subjetivante, como codificación capaz de implicar a los sujetos en una estructura ética y psíquica ligada al goce, al rendimiento y la competencia, todo lo cual hace de soporte subjetivante a las figuras de la economía del aprendizaje identificadas por Ruiz Resa.

El sujeto neoliberal aparece como un sujeto que quiere su propia excelencia como modo específico de responder a la demanda incesante de productividad, de modo que la formación universitaria –por ejemplo– pasa a incorporarse a ese *continuum* productivo, a la vez que desinscribirse de sus implicancias sociales. Teniendo a su cargo hacer de sí mismo un producto rentable, el sujeto invierte en su capacitación, compite con otros potenciales trabajadores (ahora empresarios de sí) por la obtención de diversos recursos económicos, políticos, culturales o sociales maximizando sus capacidades. El sujeto empresarial

debe velar constantemente por ser lo más eficaz posible, mostrarse como completamente entregado a su trabajo, tiene que perfeccionarse mediante un aprendizaje continuo, aceptar la mayor flexibilidad requerida por los cambios incesantes que imponen los mercados. [...] la racionalidad neoliberal empuja al yo a actuar sobre sí mismo para reforzarse y así sobrevivir a la competición. Todas sus actividades deben compararse a una producción, una invención, un cálculo de costes (Laval y Dardot, 2013, p. 335).

En el tránsito del liberalismo clásico al neoliberalismo la teoría del “capital humano” constituye un elemento central, que supone una mutación en la concepción del salario, que a su vez nos habilita a pensar las modulaciones a nivel de la forma-salario como forma social. Para los neoliberales norteamericanos el salario deja de ser concebido como retribución del tiempo de fuerza de trabajo disponible al capital, para percibirse como la renta directa de un capital específico: el capital humano. Cada individuo,

constituye una empresa de sí mismo, en la medida que obtiene una renta a partir de “un conjunto de factores físicos, psicológicos, que otorgan a alguien la capacidad de ganar tal o cual salario” (Foucault, 2007, 262). La inscripción social de los individuos bajo la forma empresa promueve –en cada uno de ellos– la gestión de todos los riesgos de la vida que pueden implicar una disminución permanente o transitoria de salarios, y demanda, por lo mismo, mecanismos de seguridad para prever la productividad de la máquina viviente y la exitosa consecución de una vida concebida como un plan racional, un plan de vida.<sup>1</sup> Cada uno de los individuos participa del mercado como un núcleo empresarial en competencia con otros en el marco de reglas formales, claras y previsibles.

Ante la ausencia de una planificación social, o cuando menos de un espacio más o menos común o público en el que lo múltiple tome cuerpo para resolver eso que supone asumir la resolución de problemas que nos atañen al conjunto, el Estado lidia con planificaciones individuo-empresariales en competencia, y responde –a través de la garantía que proveen los tribunales de justicia– a los requerimientos de esos sujetos, sus necesidades e intereses. A diferencia del sujeto del libre intercambio, quien disponía de la posibilidad de reaccionar pasivamente ante los datos provistos por el mercado, la competencia intersubjetiva que estructura la forma-empresa entraña la sujeción al dispositivo rendimiento-goce. Ya no requiere de cada unx de nosotrxs el disciplinamiento que suponía la adaptación al promedio y la normalidad estandarizada, más bien somos interpeladxs y empujadxs a ser excepcionales en términos de rendimiento. Ya no se nos dice qué debemos hacer, cómo debemos comportarnos, el mandato es potenciar libremente nuestro diferencial de capacidad a fin de alcanzar nuestras propias metas que, en el mayor de los casos se reducen a garantizar para cada unx, y en su caso cada miembrx del grupo familiar, una serie de necesidades de alimentación, salud, educación y seguros sociales, que solían cubrirse

<sup>1</sup> Para una reflexión analítica sobre la noción de plan de vida y su emergencia en el discurso jurídico contemporáneo, puede consultarse el siguiente texto de próxima edición: Alvarez, L. (en prensa). Política, subjetivación y derechos humanos: una deriva atomizante en la gramática jurídico-política contemporánea. En D. Alvaro et. al., *Diseño de la vida, filosofía y neoliberalismo*. Instituto de Investigaciones Gino Germani.

colectivamente, aun de manera defectuosa y siempre problemática, como correlato necesario de la forma-salario.

El signo de la libertad en el neoliberalismo es la libertad de emprendimiento según la cual cada sujeto disfruta de “la posibilidad de competir en el mercado diseñando sus planes y manejando sus propios recursos” (Mendez, 2017, p. 563). Parece bastante posible considerar estos elementos para pensar las modulaciones de las prácticas de enseñanza en general, y del derecho en particular, ya que todos estos elementos poseen una permeabilidad microfísica de la que, sin bien tanto los artículos que integran el *dossier* como el nuestro no han dado cuenta, resulta ciertamente urgente hacernos un mapa a fin de acoger procesos de resistencia.

Como hemos señalado en otros trabajos (Alvarez, 2018; Alvarez y Jacky Rosell, 2021 y Alvarez y Vignale, 2022) hacia el interior de la gubernamentalidad neoliberal la invocación de la libertad posee una fuerte adscripción a la sujeción. Se trata de una articulación libertad-sujeción que no es completamente nueva, pero que de todos modos constituye una novedad en el modo en que funciona hoy, para nosotrxs, a diferencia del modo en que lo hacía en la modernidad. Atendiendo a las prácticas de enseñanza-aprendizaje, a los modos en que se establecen relaciones entre docentes y estudiantes, o entre estudiantes y docentes entre sí observamos modalidades específicas de subjetivación que cobran forma en el marco del desarrollo exponencial de las tecnologías informáticas y de la comunicación, que han moldeado nuestra socialidad, que potencian y viabilizan procesos comunicativos, participativos y creativos pero, a su vez, constituyen grandes (o pequeñas) empresas comerciales que obtienen altísimos ingresos a partir de los contenidos producidos por quienes se involucran en ellas, muchas veces buscando potenciar su propio rendimiento. Las aulas constituyen uno de los espacios de socialización donde la presión hacia la digitalización y la virtualidad han impactado con mayor fuerza, especialmente con posterioridad a la pandemia de Covid19, configurándose como un mandato de actualización, autonomización y flexibilidad que acompaña las tendencias de las tecnologías de gobierno y acumulación de nuestro tiempo en las que lxs sujetxs se encuentran constreñidxs a implicarse en plataformas de diversos tipo, atendiendo a la finalidad de maximizar su rendimiento escolar, laboral, social u otro. Frente a ello, sin pretender pres-

cindir de todo proceso de digitalización, luce indispensable profundizar la reflexividad crítica, problematizando las prácticas de enseñanza como prácticas sociales por las cuales contribuimos a la construcción de mundos posibles y, como diría Haraway, vivibles para todos los seres que habitamos nuestro planeta. Las prácticas de enseñanza-aprendizaje, como prácticas de subjetivación, forman parte de las tecnologías de gobierno contemporáneas, y como tales pueden constituirse como espacios permeables para producir desviaciones en lugar de continuar funcionando como apéndice de un mundo ya hecho, orientado a una racionalización subjetiva profundamente capturada en la lógica del capital bajo su forma actual.

Antes de finalizar este apartado quisiera recordarnos que aquello que vemos asomar en el horizonte de nuestra actualidad no parece caracterizarse por un coto o límite a nuestras libertades en nombre de la tiranía de mercado, sino más bien un tipo específico de gobierno mediante la producción de libertades que implica formas diferenciadas de constricción. Es sobre esas formas específicas de constricción que necesitamos comenzar a trabajar.

### **3. A modo de cierre**

Luego de recuperar varios de los elementos propuestos para la discusión, y de reponer los ejes por los cuales ella había discurrido, introdujimos la grilla de inteligibilidad de la gubernamentalidad a fin de propiciar un marco de percepción en el cual hacer converger los planes y las políticas de las agencias globales con las prácticas que involucran aprendizajes. No nos centramos en los dispositivos institucionales, sino que atendimos a los modos específicos en que los sujetos se perciben a sí mismos y sus capacidades en el marco de relaciones de gobierno neoliberales, transidas por la empresarialidad como forma social. Nuestra intención ha sido mostrar la problematicidad que encierran las perspectivas que no logran involucrar en su diagnóstico a todxs lxs actores, así como sus diversas relaciones recíprocas, en juego. Si sólo apuntamos al problema desde el punto de vista de las agencias globales, tendemos a apelar rápidamente a una solución por el lado de lxs sujetxs; e igualmente, si prestamos demasiada atención a

Los sujetos tendemos a percibirlos en cierto sentido ajenos a las relaciones sociales implicadas en los procesos por los cuales se constituyen como tales. Precisamos marcos de comprensión que contengan la doble dimensión, así como los diversos modos de articulación, desajuste y tensión entre ellas.

## Bibliografía

- Alvarez, L. (2017). Algunos problemas que caracterizan las prácticas contemporáneas de producción de conocimiento jurídico. *Cinta de Moebio. Revista de Epistemología de Ciencias Sociales*, 60, 268-278. Recuperado de: <https://cintademoebio.uchile.cl/index.php/CDM/article/view/47787>
- Alvarez, L. (2018). Función judicial y prácticas de gobierno: apuntes para una genealogía de la judicialización de la política en Argentina. *Revista Estudios. Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, 20, 1-24. Recuperado de: <http://qellqasqa.com.ar/ojs/index.php/estudios/article/view/252>.
- Alvarez, L. (2019a). Revisitando la dogmática jurídica más allá de Nino: límites y posibilidades para el conocimiento jurídico. En E. Olivares (comp.), *Dialécticas normativas. Un homenaje deliberativo a la obra filosófica de C. S. Nino* (pp. 81-102). Buenos Aires: Eudeba-uncordoba.
- Alvarez, L. (2019b). Conocimiento jurídico e intervención profesional: elementos para pensar la investigación en derecho en la actualidad. *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, 20, 23-32. Recuperado de: <https://revistas.unlp.edu.ar/dcs/article/view/7123>
- Alvarez, L. y Jacky Rosell, E. (2021). Verdad, ciencia y Derecho. Un ejercicio de humildad. En J.P. Bohoslavsky (ed.), *Ciencias y pandemia. Una epistemología para los derechos humanos* (pp. 154-169). La Plata : EDULP. Editorial de la Universidad Nacional de la Plata.
- Alvarez, L. y Vignale, S. (2022). Prácticas de libertad en la gubernamentalidad neoliberal: notas sobre procesos de subjetivación y desobediencias. *Athenea Digital. Revista de Pensamiento e Investigación Social*, 22(1), 1-19. Recuperado de: <https://atheneadigital.net/article/view/v22-n1-vignale-alvarez>

- Benente, M. (2017). La enseñanza del derecho en la racionalidad sobredeterminada de la economía del aprendizaje. *Discusiones*, 19, 73-93.
- Costa Wegsman, M. (2017). Formación jurídica y androcentrismo. *Discusiones*, 19, 51-72.
- Foucault, M. (1977). *Historia de la sexualidad. Vol. I. La voluntad de saber*. Madrid: Siglo XXI.
- Foucault, M. (2007). *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France 1978-1979*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Haraway, D. (2019). *Seguir con el problema. Generar parentesco en el Chthuluceno*. Bilbao: Consonni.
- Laval, C. y Dardot, P. (2013). *La nueva razón del mundo. Ensayo sobre la sociedad neoliberal*. Barcelona: Gedisa.
- Lerussi, R. (2017). Tomar el derecho. *Discusiones*, 19, 7-13.
- Mendez, P. (2017). Neoliberalismo y liberalismo. La libertad como problema de gobierno. *POSTData: Revista de Reflexión y Análisis Político*, 22(2), 551-585. Recuperado de: <http://www.revistapostdata.com.ar/2017/12/neoliberalismo-y-liberalismo-la-libertad-como-problema-de-gobierno-neoliberalism-and-liberalism-freedom-as-a-problem-of-government-pablo-martin-mendez/>
- Ruiz Resa, J. D. (2012). *Política, economía y método en la investigación y aprendizaje del derecho*. Madrid: Dykinson.
- Ruiz Resa, J. D. (2017a). La enseñanza del derecho y la economía del aprendizaje como prácticas situadas y encarnadas. *Discusiones*, 19, 95-117.
- Ruiz Resa, J. D. (2017b). La enseñanza del derecho en la economía del aprendizaje. *Discusiones*, 19, 15-50.

## Los estándares de prueba: Revisión crítica de su caracterización como umbrales o prototipos, y algunas alternativas

*Standards of Proof: A Critical Review of Their Characterization as Thresholds or Prototypes, and Some Alternatives*

Edgar Aguilera\*

Recepción: 10/02/2023

Evaluación: 16/03/2023

Aceptación final: 22/04/2023

**Resumen:** En el texto se hace una crítica pormenorizada de la propuesta que Coloma (2016a, 2016b) presentó en Discusiones XVIII, de conformidad con la cual los estándares de prueba admiten ser interpretados/caracterizados como umbrales o prototipos. Al ir detectando sus problemas se hace alusión a algunos aspectos clave del debate contemporáneo, del que, por ciertas decisiones metodológicas desafortunadas, el autor se sustrajo.

**Palabras clave:** Estándares de prueba, Umbrales, Prototipos, Concepciones de la prueba jurídica

\* Doctor en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor-investigador del Grupo de Filosofía del Derecho de la Universitat de Girona, España. Correo electrónico: edgar.aguilera@udg.edu. Trabajo realizado con el apoyo del Proyecto PID2020-114765GB-100 financiado por MCIN/ AEI / 10.13039/501100011033.

**Abstract:** The text sets out to make a detailed criticism of Coloma's proposal (2016a, 2016b) submitted to *Discusiones XVIII*, according to which standards of proof can be interpreted/characterized as thresholds or prototypes. While identifying its problems reference is made to certain key aspects of the contemporary debate, which Coloma evaded due to certain unfortunate methodological decisions.

**Keywords:** Standards of proof, Thresholds, Prototypes, Conceptions of legal proof

## 1. Introducción

A cuestiones relacionadas con la teorización sobre la prueba judicial de los hechos, *Discusiones* ha dedicado, hasta el momento, su número 3 (2003) y las Secciones Principales de sus números XVIII (2016) y 24 (2020). La relación entre prueba y verdad, así como la identificación de las posibilidades interpretativas y de los múltiples usos (o funciones) de los estándares de prueba fueron respectivamente objeto de reflexión de los dos primeros, mientras que la valoración de las pruebas periciales lo fue del último.<sup>1</sup>

Cabe proseguir destacando que 1) la necesidad de que al resolverse una controversia en sede judicial tenga que determinarse si las pruebas en favor de los enunciados fácticos jurídicamente relevantes de que se trate son o no *suficientes* para aceptarlos como verdaderos a la luz de la decisión a adoptar,<sup>2</sup> y 2) el papel central que desempeñan los estándares de prueba en términos de posibilitar dicha determinación, son nociones que, a principios de la primera década del siglo XXI, la naciente rama latina de la denominada concepción racionalista de la prueba<sup>3</sup> comenzaba ya a incluir en su agenda de intereses.

<sup>1</sup> A lo anterior habría que agregar el balance de la discusión consignada en el número 3, elaborado por Dei Vecchi (2013), las reflexiones sobre las obras de Prado (2019) y de Ferrer (2021) en la sección *Discusiones Libros*, elaboradas respectivamente por Vieira y Murilo de Oliveira Mattos (2020) y por Valenzuela (2022), y el presente balance.

<sup>2</sup> Que, por ejemplo, puede ser la de condenar o absolver a la persona acusada.

<sup>3</sup> Para una buena introducción a las tesis que caracterizan a esta concepción sobre la prueba jurídica y a la evolución de sus vertientes anglosajona y latina, véase Accatino (2019).

Tomando en cuenta lo anterior y dada la suscripción general de dicha concepción por parte de quienes participaron en el primer número de Discusiones en el que se reflexionó críticamente sobre asuntos probatorios en el derecho,<sup>4</sup> no es extraño que, como apunta Dei Vecchi (2013, p. 252) en su balance de aquel número 3 (2003), lo relativo a la suficiencia probatoria y, por ende, a los estándares de prueba, pese a no ser tratado a profundidad, permeara cada espacio de ese intercambio académico. Tampoco resulta extraño que, dando continuidad a la omnipresente preocupación por esta temática toral, que con el transcurrir de los años siguió consolidándose, la Sección Principal del número XVIII (2016) se consagrara, ahora sí de lleno, a su abordaje.

Pues bien, en este texto pretendo dar cuenta críticamente de los aspectos que me parecen centrales de la discusión que con motivo del trabajo de Rodrigo Coloma (2016a) titulado “Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos”, se dio en el número XVIII de esta Revista, intentando ponerla en contacto con los rumbos por donde ha discurrido la reflexión contemporánea.<sup>5</sup>

## **2. Deconstruyendo la caracterización de los estándares de prueba que ofrece Coloma**

### **2.1. Una primera aproximación a la propuesta**

En las secciones I.1, I.2 y I.3 de su trabajo, Coloma (2016a, pp. 26-35) lleva a cabo lo que llama un “ejercicio de depuración conceptual” de la noción de estándar de prueba, el cual lo conduce a sostener que, ya sea que

<sup>4</sup> Entre los cuales se encontraba uno de los principales artífices de lo que antes llamé la rama latina de la concepción racionalista: el finado y afectuosamente recordado Michele Taruffo, quien contribuyó a dicho número justamente con el artículo principal (Taruffo, 2003a) y con la réplica (2003b) a los comentarios respectivos (Gascón, 2003; Andrés Ibáñez, 2003; Bouzat y Cantaro, 2003).

<sup>5</sup> En la Sección Principal de Discusiones XVIII participaron, además de Coloma (2016a; 2016b) por supuesto, Andrés Páez (2016), Raymundo Gama (2016) y Claudio Agüero (2016).

se le interprete como umbral o como prototipo,<sup>6</sup> un estándar de prueba opera dirimiendo si los casos que preliminarmente la persona juzgadora ha situado en la zona de penumbra de la categoría de los *hechos probados*, deben incluirse o quedar fuera de ella (2016a, p. 33).

Si el estándar de prueba es interpretado como umbral, la pertenencia a la categoría de los hechos probados de un caso inicialmente considerado dudoso dependerá de un análisis de corte tendencialmente cuantitativo; idealmente de si el caso iguala o supera el “valor mínimo” (Coloma, 2016a, p. 27) de cada una de las “variables” (2016a, p. 28) o “dimensiones” (2016a, p. 31) de una suerte de lista “simplificada”, cuya confección presupone haber declarado a otras propiedades definitivas como irrelevantes (2016a, p.30).<sup>7</sup> Por su parte, si el estándar de prueba es interpretado como prototipo, la pertenencia a la categoría de los hechos probados dependerá, a diferencia de cuando se dispone de umbrales, de un análisis de corte tendencialmente cualitativo; específicamente de si hay o no semejanza entre el caso concreto y un “ejemplar” que indudablemente pertenece a la categoría referida (2016a, p. 27).<sup>8</sup>

Destacaré a continuación los aspectos que me parecen cuestionables de la estrategia que Coloma sigue para llegar a la anterior caracterización de los estándares de prueba (y de la caracterización misma):

<sup>6</sup> Siendo ambas interpretaciones admisibles para el autor.

<sup>7</sup> Explica Coloma (2016a) que, entendido en este sentido, un estándar opera de manera semejante a una de las formas en que es posible resolver la duda que podría surgirnos, por ejemplo, respecto de si una casa cualquiera es o no demasiado pequeña, a saber: dirigiendo nuestra atención solo a algunas de las variables que se podrían considerar para clasificar una casa como pequeña, por ejemplo, a las variables “metros cuadrados construidos” y “número de habitaciones”, y estableciendo un valor mínimo para cada una de ellas, digamos 60 para la primera y 2 para la segunda. De este modo, si la casa concreta de que se trate presenta medidas inferiores en estos rubros, será entonces “demasiado pequeña” (2016a, p. 28).

<sup>8</sup> El ejemplo que Coloma (2016a) proporciona para comunicar de manera análoga lo que implicaría contar con estándares de prueba bajo esta modalidad interpretativa es el de la duda que podríamos tener respecto de si un libro concreto es o no un buen libro, la cual podría disiparse (o al menos matizarse) si hubiese una suerte de libro modelo al que hacer referencia, es decir, un prototipo, y si entre el libro concreto y el modelo hubiera semejanza respecto de cosas tales como el tema abordado, el estilo de escritura, número de páginas, etc. Si existe tal semejanza, el libro concreto sería un buen libro, de lo contrario, no lo sería (2016a, p. 28).

## 2.2. Los usos de la expresión “estándar de prueba” / “estándar”, ¿en el lenguaje ordinario?

En mi opinión, una primera cuestión problemática tiene que ver con la decisión del autor de recurrir al lenguaje ordinario como punto de partida de su análisis de los usos de la expresión (Coloma, 2016a, pp. 26-28). No creo que esto fuese necesario (ni conveniente), al menos por las siguientes razones: por una parte, debido a que, como lo sugiere Gama (2016, pp. 61-65), podría ser que la expresión a investigar (‘estándar de prueba’ o cualquier otra) hubiese adquirido uno o varios significados técnicos en el ámbito del derecho, tornando así de poca utilidad para la elucidación de sus acepciones *jurídicas*, la identificación de su(s) sentido(s) coloquial(es).<sup>9</sup>

Por otro lado, Coloma disponía de bases para intuir que algo semejante podría haber ocurrido con la noción de estándar de prueba. Bastaba con que hubiese considerado algo más seriamente el corpus académico que, en nuestro ámbito cultural, ha venido produciéndose incrementalmente a un ritmo importante en las últimas décadas, y que era ya considerable en la época de Discusiones XVIII. Me refiero al mismo corpus al que, con un alto grado de suspicacia, Agüero (2016) alude en su comentario, presentándolo como un boom editorial del discurso probatorio en castellano (2016, pp. 89-103).<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Cabe aclarar que Gama (2016) no descarta que recurrir al lenguaje ordinario pudiera arrojar alguna luz. Sin embargo, advierte que “... del hecho de que se utilice la misma expresión en dos contextos no se sigue que en cada uno de ellos se utilice dicha expresión con el mismo significado, ni que un sentido que esté presente en un determinado contexto pueda trasladarse automáticamente a otro. Una importación de este tipo no siempre es viable y no está garantizado que conduzca, en todos los casos, a buenos resultados” (2016, p. 62).

<sup>10</sup> De dicha suspicacia se podría incluso decir que, por momentos, adquiere tintes de teoría de la conspiración en el discurso de Agüero, quien al ir desarrollando su hipótesis del boom editorial, termina pintando un panorama en el que ciertas editoriales, en su mayoría europeas, operando como “empresarios de la ideología” o “mercaderes de la cultura” (Agüero, 2016, p. 102), han comprendido que la reflexión sobre la prueba jurídica y, más genéricamente, sobre el “derecho probatorio” (categoría que, según Agüero, dichas editoriales se inventaron, (2016, pp. 93-94)), ha trascendido las barreras nacionales; cosa que han aprovechado para vender masivamente sus productos (2016, p. 92), de la mano de autoras/es pretenciosas/os, igualmente europeas/os en su mayoría, que solo buscan distanciarse de reflexiones entendidas como más mundanas (2016, pp. 89-90), y de la mano también, de un

Algunas de las preguntas que en este punto surgen son: ¿por qué resistirse a emplear la literatura especializada como la fuente principal de su ejercicio de desambiguación/depuración conceptual de la frase en comentario? ¿Por qué eludir el debate con las tesis, concepciones, ideas y argumentos plasmados en ella?

Creo que parte de la respuesta tiene que ver con el eco que Coloma hace de la actitud de sospecha hacia ese supuesto boom editorial. En efecto, a diferencia de Agüero (2016), Coloma no baraja explícitamente la hipótesis de que el incremento de la literatura en castellano especializada en temas de prueba, razonamiento probatorio y estándares de prueba podría en buena medida deberse al “efecto social positivo” que las y los autores estarían buscando al publicar en este campo, a saber: el diferenciarse de quienes más modestamente solo hacen dogmática procesal o incluso teoría/filosofía del derecho tradicional (2016, pp. 89-90).<sup>11</sup> Sin embargo, me parece que algunos signos de una suspicacia más moderada, sí que los muestra Coloma (2016b), de un lado, cuando se refiere al limitado éxito que la literatura especializada ha tenido hasta el momento, el cual, según el autor, se traduce en la mera instalación de ciertas palabras en la cultura y léxico de los juristas de la tradición del *civil law*.<sup>12</sup> Y, de otro, cuando afirma que un desafío importante a futuro consiste en que la sustitución de conceptos que se ha venido dando –como es el caso, de acuerdo con Coloma, de la sustitución de los conceptos de certeza moral y de convicción íntima por el de estándar de prueba–, no se vea reducida puramente a un “cambio de etiquetas” (2016b, p. 131).

Y claro, si se piensa que lo que actualmente la literatura relevante tiene que ofrecer con respecto a cierto tema es, a lo mucho, un vocabulario distinto para los problemas de siempre, es comprensible (aunque no necesariamente está justificado) que se le descarte, como Coloma finalmente hace,

público irremediamente cautivo que no alcanza a darse cuenta por sí mismo del humo que deliberada o inconscientemente se les hace consumir.

<sup>11</sup> Dicho efecto o estatus positivo, sugiere Agüero (2016, pp. 89-90), se obtendría por el nexo, más ilusorio que real o, en el mejor de los casos, solo superficial que pretende establecerse entre las investigaciones sobre prueba en el derecho y la “tradición” de la filosofía de la ciencia, e incluso la epistemología general.

<sup>12</sup> Entre ellas, el término ‘estándar de prueba’, en efecto, hasta hace poco ajeno a dicha tradición.

y que se intente explorar algún camino alternativo. Pues bien, consumado el rechazo de la literatura en la que sería natural esperar que se hubiese centrado, el autor decide explorar una vereda más libre de tales ataduras convencionales,<sup>13</sup> procediendo del modo al que a continuación aludiré para sustentar, como dije antes, su decisión de recurrir al lenguaje ordinario para de allí extraer las que piensa que son las posibilidades más apropiadas de interpretación de los estándares de prueba en el derecho.

Dicho proceder consta de tres componentes: por un lado, está la decisión de Coloma de dividir la expresión *estándar de prueba* y centrarse solo en la palabra *estándar*. Esta ruta me parece, ya de entrada, problemática, pues al transitarla se corre el riesgo de perder de vista el significado emergente de la consideración conjunta de las partículas que conforman la expresión, el cual, en muchas ocasiones es distinto (aunque relacionado, claro) del aporte semántico individual de aquellas (el dicho de que “el todo es algo más que la mera suma de sus partes”, parece aplicarse aquí).

Otro riesgo es el que tiene que ver con la elección, posiblemente inapropiada, de alguno de los sentidos de la partícula en cuestión, resultante de la ya de por sí posiblemente inapropiada división inicial.<sup>14</sup> Lo que como segundo componente de su trayectoria metodológica hace Coloma en este punto es establecer un vínculo, ambivalente como se verá después, entre la partícula lingüística *estándar*, con la que ha decidido quedarse, y la discusión teórico-jurídica sobre tipos de prescripciones, que supone

<sup>13</sup> Quizá este tipo de decisiones de parte de Coloma sean las que conducen a Agüero (2016) a caracterizarlo como un personaje con cierto aire quijotesco, que libra sus batallas desde la “periferia geográfica, conceptual, metodológica y estilística”. Desde la periferia geográfica, porque no trabaja en los centros hegemónicos de Europa o Estados Unidos. Y desde la periferia conceptual, metodológica y estilística, continúa Agüero, porque a diferencia de las/los autoras/es del famoso boom editorial que denuncia en su comentario, Coloma sigue menos de cerca las convenciones de los defensores de la filosofía analítica; su forma de trabajo es mucho más tópica y narrativa; su forma de usar la terminología de la filosofía de la ciencia es más desencantada; y su estilo de escritura es más literario y “fácil de leer” para el lego en filosofía (2016, p. 103).

<sup>14</sup> Piénsese en lo inadecuado que sería realizar un ejercicio de “depuración conceptual”, por ejemplo, del concepto de conciencia ciudadana, analizando por separado las partículas que conforman la expresión que lo nombra, y luego recurriendo a los sentidos con los que se usa a la primera de esas partículas en la literatura filosófica y/o de las ciencias cognitivas que aborda el problema de explicar qué es y cómo surge la conciencia.

la contraposición entre estándares y otras directivas, en particular, entre estándares y reglas.

Como tercero y último de los componentes del proceder referido, Coloma realiza un diagnóstico según el cual, el avance en el terreno previo, es decir, en el de la discusión sobre las similitudes y diferencias entre los estándares y las reglas (u otras directivas), es muy escaso. Tanto que lo lleva a afirmar que, en contraste con lo que ocurre en otras disciplinas como la estadística o la economía en donde la palabra *estándar* ha adquirido una “fisonomía propia”, si una/un estudiante de derecho tiene dudas sobre lo que se quiere decir con esa expresión en el mundo jurídico, más le valdrá remitirse a la consulta del diccionario a los efectos de aprehender significados (más) precisos de la palabra en cuestión (Coloma, 2016b, pp. 108-109), pues ni sus compañeras/os más aventajadas/os, ni sus profesoras/es, ni las/los expertas/os, ni los libros, sostiene Coloma, tendrán mucho que ofrecerle.

Cabe ahora detenernos en el diagnóstico sobre la escasez de discusión y teoría respecto del vocablo *estándar* en el ámbito jurídico, entendido como un tipo de prescripción que se distingue de las reglas. Este no parece ser del todo adecuado, lo cual se acentúa si nuestra mira abarca también la tradición del *common law* (de donde parece provenir la distinción en comento). Si la mirada no iba a ser así de amplia, Coloma podría haber renunciado a la pretensión de generalidad de sus reflexiones sobre los estándares de prueba y reflejarlo de algún modo en su trabajo, quizá cambiando su título a algo como “Los usos de los estándares de prueba *en la tradición del civil law ...*”, para así advertir al lector de que lo que viene será una discusión más localmente acotada.

Dejando de lado la modificación antes sugerida, la cuestión más importante es que incluso si la idea hubiese sido circunscribir el trabajo a dicha tradición, aunque ello no necesariamente implique revisar solo la literatura en castellano, traducido a nuestro idioma ya había en la época de Discusiones XVIII *al menos* un texto que, en mi opinión, contiene un notable esfuerzo por tratar sistemática y esclarecedoramente la cuestión. Es un texto de la autoría de una de las voces más autorizadas en la reflexión filosófica sobre la toma de decisiones basadas en reglas (en el derecho y en la vida cotidiana). Me refiero por supuesto a Frederick Schauer (2004), quien

en el trabajo más divulgativo al que ahora hago alusión (Schauer, 2013) dedica justamente un capítulo completo a la discusión sobre (y distinción entre) estándares y reglas (2013, pp. 195-208).

Como instancias paradigmáticas de las prescripciones a las que comúnmente se les llama estándares,<sup>15</sup> Schauer (2013, pp. 195-196) alude a la exigencia jurídica de que en los asuntos que versan sobre la custodia de menores, los jueces decidan atendiendo al “supremo interés” de aquellos, y alude también al derecho fundamental de verse a salvo de “pesquisas y detenciones arbitrarias”. Y como ejemplos claros de prescripciones a las que llamamos más bien reglas, cita una disposición que exige que en las edificaciones en las que trabajen “más de 20 y menos de 200 empleados” no haya menos de “un inodoro y un orinal por cada 40 empleados”, y otra que exige a quienes deseen inscribir ciertas acciones/valores en el respectivo registro oficial, que presenten “tres copias de la solicitud” en “papel blanco, no satinado y no mayor a 8 y media por 11 pulgadas de tamaño”.

Estos sencillos ejemplos le sirven a Schauer (2013, pp. 196-201) para mostrar, por una parte, que a los estándares se les asocia con las ideas de indeterminación, imprecisión, amplitud, vaguedad, etcétera, mientras que, a las reglas, con las nociones de especificidad, precisión, mayor detalle, etcétera; en segundo lugar, que la vaguedad y la precisión son cuestiones de grado, de modo que, entre estas versiones extremas de estándares y de reglas podemos imaginar una suerte de espectro o continuo a lo largo del cual se ubicaría el resto de prescripciones jurídicas, y su mayor cercanía a uno u otro flanco determinaría su clasificación como estándar o como regla; por último, que la decisión (político-moral) de en qué punto del espectro se situará la prescripción respectiva, o qué dosis de imprecisión/precisión tendrá, puede y suele ser un mecanismo efectivo para la gestión de la discrecionalidad de las/los aplicadoras/es. Mientras más amplio se quiere que sea ese margen de discrecionalidad, más cercana al extremo de los estándares paradigmáticos tendría que ubicarse la prescripción de que se trate y, mientras más restringido se pretenda que dicho margen sea, la prescripción tendría que adoptar una configuración más cercana al paradigma de regla.

---

<sup>15</sup> Término que en el texto referido es traducido como “pautas”.

Pues bien, si Coloma suscribiera la anterior forma convencional de trazar la distinción entre estándares y reglas, parecería entonces que tendría que desechar la acepción de estándar como *umbral* –pues esta, según como el autor la ha presentado, estaría mucho más próxima a la idea de regla que a la de estándar–, y quedarse solo con la acepción de *prototipo*. Esto debido a que, a pesar de que en sus textos Coloma (2016a; 2016b) se muestra ambivalente respecto de aquello que debería servir de referencia para realizar las comparaciones requeridas, en todas las variantes de prototipo entre las que oscila –tales como la convicción respecto de cuestiones fácticas que se experimenta en ciertas situaciones, determinadas sentencias paradigmáticas, ciertas narrativas, relatos o argumentaciones sobre hechos consideradas ejemplares, etcétera–, dichas comparaciones conducirían solo a resultados aproximados, imprecisos, abiertos, flexibles e, incluso, ampliamente discrecionales.<sup>16</sup> Una forma de expresarlos sería: “entre el caso concreto y el prototipo/ejemplar de que se trate hay una semejanza *baja, media, alta, etcétera*”.<sup>17</sup>

Pero curiosamente la noción de estándar como umbral no solo no es desechada por Coloma, sino que la convierte en central, o al menos eso parecería. Y esto resulta de su alejamiento de la forma convencional de distinguir entre estándares y reglas que aquí he ejemplificado con las ideas de Schauer y, simultáneamente, de contradecir su propia propuesta de poder entenderlos (también) como prototipos, lo cual puede constatarse en la sección de su trabajo en la que Coloma explora lo que llama “las características más sobresalientes del uso de estándares en el mundo del derecho” (Coloma 2016a, pp. 28-32). En ella, el autor hace afirmaciones como las siguientes: “... de los estándares (jurídicos) se espera... la eliminación (o reducción al mínimo) de potenciales respuestas que no calcen con estructuras de comunicación propias de una lógica binaria, esto es, en que solo se opera con las opciones: “este es un caso de x” y “este no es un caso de x” (Coloma, 2016a, p. 29), o “... los estándares (jurídicos) excluyen respuestas

<sup>16</sup> Lo cual es justo lo que se quiere cuando se implementan estándares, como muestra Schauer.

<sup>17</sup> De hecho, la imprecisión de estos resultados se intensifica si se toman en cuenta 1) los subniveles o subdivisiones que cada una de esas gradaciones iniciales podría tener, 2) la incertidumbre sobre cuáles serían los aspectos o rasgos del prototipo con los que deberían hacerse las comparaciones, y 3) la subjetividad del juicio de semejanza.

que, en una importante medida, propenden a que las discusiones respecto a la pertenencia a una categoría permanezcan abiertas, como ocurre cuando se recurre a expresiones tales como, ‘probablemente’ o ‘quizás’” (2016a, p. 29, nota 13).

Sin embargo, lo que de manera más rotunda termina inclinando la balanza a favor de la caracterización genérica de los estándares jurídicos como umbrales es la referencia que Coloma vuelve a hacer, solo que ahora como relevante en el mundo del derecho, a la suerte de método o procedimiento para crear un estándar/umbral, del que antes había hablado cuando se encontraba explorando los usos coloquiales de la palabra *estándar*. Dicho procedimiento consiste en elegir, de entre las posibles para resolver el problema clasificatorio respectivo, un número reducido de variables (procurándose que, pese a esta simplificación, el fenómeno denotado por la categoría de que se trate conserve en buena medida su complejidad), y en estipular niveles mínimos de logro en cada una de ellas (Coloma 2016a, pp. 30-31).<sup>18</sup>

Tenemos entonces que, luego de estos vaivenes, los estándares jurídicos deben finalmente entenderse, de acuerdo con Coloma, como umbrales; ¿cierto? No, esta respuesta sería apresurada, pues resulta que, para el autor, un umbral puede también considerarse un prototipo, solo que “con un alto nivel de abstracción”.

Un caso de supuesto “prototipo abstracto”, de acuerdo con Coloma (2016b, pp. 114-115), es el de la propuesta de umbral probatorio que, para la materia penal –es decir, como posible interpretación de la frase “más allá de toda duda razonable”–, propone Jordi Ferrer. Según esta propuesta,

<sup>18</sup> Para ilustrar esta forma de proceder, Coloma (2016a, p. 31) pone un ejemplo que va en la misma línea del de determinar si una casa es o no “demasiado pequeña” (ejemplo que puso, recuérdese, como representativo del uso de umbrales). El ejemplo es el siguiente: Se trata de cómo decidir si un automóvil puede considerarse perteneciente a la categoría de los automóviles seguros (cosa que al derecho podría importarle). Las variables a tomarse en cuenta podrían ser: su capacidad de frenado, su nivel de deformación resultante de impactos a diversas velocidades, su desempeño en situaciones de conducción anormales como cuando llueve o nieva, el nivel de iluminación de sus focos, etc. Sostiene el autor que un estándar “bien formulado” admitiría elegir solo algunas de esas variables (siempre que no haya una pérdida considerable de la complejidad de la situación), y establecer medidas mínimas para cada una de ellas.

debe considerarse (suficientemente) probada la hipótesis de culpabilidad si 1) es capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, 2) se han confirmado y aportado al proceso como prueba las predicciones de nuevos datos que la hipótesis de culpabilidad permite formular, y 3) se han refutado las hipótesis plausibles, explicativas de los mismos datos, compatibles con la inocencia del acusado (o más benéficas para este), excluyendo las meras hipótesis *ad hoc* (Ferrer, 2007, p. 147; 2013, p. 36; 2021, p. 209).

Y claro, puede ser que Ferrer estuviese pensando en uno o varios ejemplos de la vida real (quizá en alguna o algunas sentencias concretas) o en uno o varios casos ideales como parte del proceso psicológico (o del “contexto de descubrimiento” si se quiere) previo a la formulación de su propuesta, lo cual es algo contingente. Pero el punto que me parece crucial es que, al no conformarse simplemente con dirigir nuestra atención a esos ejemplos en los que pudo estar pensando, para que cada quien determine los aspectos relevantes con los que deberían hacerse las comparaciones y el nivel de semejanza que debería haber entre los casos particulares y esos ejemplos paradigmáticos, es decir, al decidir no proveernos meramente de una definición ostensiva, ¿en qué sentido es un prototipo lo que ofrece? Si aceptamos esta noción tan amplia de prototipo, el problema es entonces que casi cualquier estándar jurídico (incluyendo los estándares de prueba) en el que pueda pensarse sería un prototipo, con lo cual ahora se habrá perdido en el horizonte el sentido de estándar como umbral, o, peor aún, se habrá perdido el sentido de distinguir entre umbrales y prototipos, de modo que podemos presentar a los estándares de prueba del modo que nos venga en gana.<sup>19</sup>

Un intento más de rehabilitar la noción de prototipo tiene que ver con la posibilidad identificada por Coloma de usar como tales ciertas sentencias paradigmáticas, por ejemplo, en materia penal, tanto condenatorias como absolutorias (Coloma, 2016b, pp. 115-116), o más genéricamente cier-

<sup>19</sup> Y, en efecto, esta parece ser la situación en la visión de Coloma, salvo por el caso del empleo del vocabulario y metodología propios de la probabilidad bayesiana para la formulación de algún estándar de prueba, que es el único respecto del que Coloma (2016a) no duda en considerar siempre un umbral (2016a, pp. 34-35, primera parte de la nota 21).

tas narrativas sobre hechos (consideradas) ejemplares, ya sea que dichos hechos se entiendan como probados o no probados (2016b, p. 120); narrativas a las que Coloma también se refiere como relatos o esquemas argumentales (2016b, pp. 127-128), que pueden incluso corresponderse con ciertas teorías del caso o con determinados alegatos de clausura (2016b, p. 128).<sup>20</sup>

Esta propuesta es interesante, sin duda. Pero tiene el problema de que podría sostenerse que su elección como narrativas ejemplares, presupone –si esa elección no es solo intuitiva o arbitraria– la identificación, aunque sea aproximada, de lo que con la argumentación se tendría que mostrar, lo cual, en el marco, por ejemplo, de la propuesta de estándar de prueba para la materia penal de Ferrer, tendría que ser: que la hipótesis de culpabilidad da cuenta (o explica la presencia) de las pruebas aportadas “integrándolas de un modo coherente”, que se han “confirmado las predicciones de nuevas pruebas que esa hipótesis permite formular”, y que “han sido refutadas todas las demás hipótesis plausibles, explicativas de las mismas pruebas, compatibles con la inocencia del acusado (o más benéficas para este), excluyendo las meras hipótesis *ad hoc*”.

En otras palabras, la elección de las narrativas ejemplares parece requerir de la formulación de un estándar de prueba a la manera de un umbral. Esta importante conexión entre los estándares de prueba y su función de orientar/estructurar la argumentación que debiera plasmarse en la motivación de las sentencias, en particular, en la motivación de las denominadas “premisas fácticas” del razonamiento de la persona juzgadora, permite sostener que las posibles narrativas que se escojan como ejemplares, lo serían porque muestran cómo instanciar argumentativamente los criterios de suficiencia probatoria establecidos en el respectivo estándar de prueba. De modo que, a dichas argumentaciones ejemplares podría considerárseles como instanciaciones de umbrales de prueba o umbrales de prueba instanciados (en clave argumentativa). Pero lo crucial sería entonces disponer previamente de los umbrales probatorios respectivos (o de propuestas que, al menos, tengan la pretensión de establecerlos).

<sup>20</sup> O sea que las narrativas, relatos o esquemas argumentales ejemplares no tienen necesariamente que haber sido producidas por los tribunales.

### 2.3. ¿Cómo se diferencian los estándares/umbrales de las reglas?

Llegados a este punto, es momento de preguntarnos cómo entonces se distinguen los estándares (incluyendo los de prueba) de las reglas en la propuesta de Coloma, lo cual es relevante porque terminar caracterizándolos como umbrales,<sup>21</sup> con toda la carga de precisión, especificidad, mayor detalle, análisis cuantitativos y menor margen de discreción que ello evoca, 1) vuelve a los estándares equiparables a las reglas, y 2) parece, por tanto, ir en contra de la intuición original de Coloma, según la cual, el hecho de que la palabra *estándar* aparezca en la frase *estándar de prueba* constituye no solo un indicio, sino el factor determinante que indica el tipo de directiva mediante el cual deben establecerse, a saber: a través de estándares en el sentido de prescripciones vagas, imprecisas, abiertas flexibles, que den pie a un amplio margen de discrecionalidad en su aplicación.

Pienso que la pista para responder la pregunta anterior puede hallarse en el modo de operar que Coloma atribuye a los estándares. Recuérdese que, para el autor, los estándares operan dirimiendo si los casos respecto de los que se duda acerca de su pertenencia a cierta categoría, deben o no incluirse en ella. En este sentido, afirma que “... la utilidad de los estándares concierne a asuntos que *prima facie* se sitúan en la zona de penumbra ...” (Coloma, 2016a, p. 30). Por ello es que, según Coloma, los estándares son *innecesarios* respecto de asuntos que tempranamente puedan clasificarse dentro de los casos claros de aplicación o de no aplicación de la expresión respectiva (o categoría, como prefiere decir el autor) (2016a, p. 30).

Por su parte, la inclusión de estos casos en la zona de claridad de aplicación o de no aplicación descansa en la facilidad (o ausencia de problematización) con la que un hablante determina que se satisfacen o no las propiedades definitorias de la categoría respectiva. En esas situaciones, explica el autor, al hablante le basta con la sola definición del término/categoría de que se trate.

---

<sup>21</sup> Si es que, en efecto, eso es lo que ha ocurrido en la sección 1.2 de su trabajo (Coloma 2016a, pp. 28-32).

En cambio, es ante casos en los que la determinación de que se satisfacen o no las propiedades definitorias respectivas no fluye con naturalidad que, a los efectos de intentar resolver el problema clasificatorio, el hablante tiene que recurrir a reglas que reduzcan el número de propiedades definitorias y/o que establezcan valores mínimos de satisfacción de estas, que son a las que Coloma se refiere como estándares/umbrales.

Entonces, una forma plausible de entender la diferencia entre estándares/umbrales y reglas (jurídicas) en la perspectiva de Coloma (2016a) consiste en sostener que los primeros constituyen una suerte de subsistema de reglas semánticas que complementa las definiciones a las que hay que recurrir para dotar de sentido a los términos con los que el legislador crea la extensa gama de supuestos de hecho a los que el derecho vincula ciertas consecuencias jurídicas; subsistema del que se echa mano en presencia de dudas respecto de si un caso se subsume o no en los referidos supuestos de hecho (2016a, p. 31, nota 16).

Trasladando lo anterior al ámbito de los estándares de prueba, resulta que estos, ahora ya entendidos preponderantemente como umbrales probatorios, operan solo de manera supletoria, a saber: cuando el juzgador tiene dudas respecto de si ciertos (enunciados que aluden a) hechos pertenecen a la categoría de los hechos probados. Esto supone que hay casos claros de pertenencia y de no pertenencia a dicha categoría, en los cuales, la determinación de si se satisfacen o no las propiedades definitorias respectivas fluye de modo natural para la persona juzgadora. Al no ser problemática esa determinación, al juzgador le basta, en estos casos claros, con tener en mente la definición relevante, es decir, la definición de hecho(s) probado(s).

## **2.4. ¿Lo que los jueces hacen o lo que deben hacer en términos de la comprensión y uso de los estándares de prueba?**

Como preludeo de la identificación de los problemas que pienso que tiene la caracterización hacia el final de la sección previa, tengo primero que referirme a un problema más general que consiste en la dificultad para determinar si esto que ahora Coloma sostiene (o parece sostener), y lo que antes ha sostenido (o parece haber sostenido) sobre los estándares de

prueba, constituye una propuesta descriptiva o una de corte prescriptivo/normativo. Como ya deberíamos habernos acostumbrado, las pistas que al respecto el autor deja en su trabajo, permiten reconstruirlo (al menos) en ambas claves, lo cual muestro a continuación:

En las primeras líneas de su trabajo, Coloma (2016a, p. 24) afirma que, entre los problemas que aquejan a la decisión judicial sobre los hechos, uno de los que más amenaza la operatividad de los sistemas de adjudicación es la difícil cuestión de cómo *deben* usarse los estándares de prueba. De ello se podría pensar que lo que se ofrecerá en el resto del texto es precisamente una propuesta acerca de cómo *deben* comprenderse o concebirse y de cómo *deben* usarse dichos dispositivos procesales.

Sin embargo, el proyecto de ofrecer una teoría prescriptiva de los estándares de prueba parece rápidamente diluirse para dar lugar, más bien, a un ejercicio preponderantemente descriptivo, el cual consiste en identificar cómo operan o realmente se usan en la práctica, adoptando para ello una perspectiva más amplia.

A Coloma (2016a, pp. 24-25) le parece mejor este enfoque más práctico y amplio, pues considera que es a causa 1) de la adopción de una visión “reduccionista” que atribuye a los estándares de prueba una *única* función –la de distribuir los falsos positivos y los falsos negativos previsibles de conformidad con cierta ratio previamente decidida–, y 2) de la sospecha a nivel teórico de que no son capaces de cumplirla, que sobre ellos recae un “juicio adverso”, por parte de cierta “visión más o menos extendida”, consistente en que los estándares de prueba *de poco o nada sirven*; juicio adverso que, con su propuesta, Coloma estaría intentando refutar.

## 2.5. La interpretación errónea de una crítica de Larry Laudan

Como representativo de esa visión reduccionista y del juicio adverso con respecto a los estándares de prueba que se supone que tal visión emite, Coloma (2016a, p. 26, nota 7) hace alusión a un trabajo de Larry Laudan (2005). No obstante, es un error atribuirle a este autor una actitud de sospecha hacia los estándares de prueba, fundada en que estos no son capaces de distribuir los falsos positivos y los falsos negativos de conformidad con

cierta ratio deseada (por ejemplo, 10 falsos negativos por cada falso positivo). Laudan (2013) es perfectamente consciente de que, en el mejor de los casos, solo puede afirmarse que la modulación de su severidad o grado de exigencia probatoria *contribuye* a que los errores se distribuyan del modo esperado.<sup>22</sup> Pero, pese a este rol más modesto que Laudan atribuye a los estándares de prueba en materia de distribución de los errores previsibles, no dejan de ser un componente básico de su propuesta, pues constituyen, según el autor, el único dispositivo procesal que *debería* emplearse para canalizar la dosis de beneficio de la duda que la sociedad considere apropiado conceder a las personas acusadas (Laudan, 2013, pp. 104-107, 183-203). De modo que no, no es el caso que para Laudan los estándares probatorios tengan poca o ninguna utilidad.

Lo que Laudan (2013), en efecto, critica fuertemente es el escenario de subjetividad, discrecionalidad extrema e incluso arbitrariedad al que teme que conducen ciertos intentos fallidos de formulación de estándares de prueba. Para el autor, son intentos fallidos y, por tanto, no son *genuinos* estándares de prueba, todas las formulaciones que no se refieran a los rasgos o características del tipo de argumento que justificaría, en el contexto jurídico-procesal de que se trate, declarar probada una proposición fáctica; todas las formulaciones que, con otras palabras, eviten pronunciarse respecto de la “fortaleza del vínculo inferencial” (2013, p. 126) que debe unir a las premisas (que contienen los elementos de juicio que pueden extraerse de los medios de prueba aportados al proceso) con la conclusión (fáctica) respectiva (2013, pp. 89-92, 123-126).<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Esto debido a que, como explícitamente lo reconoce (Laudan, 2013, pp. 115-117), la forma en que los errores terminan distribuyéndose depende no solo del estándar establecido, sino, entre otras cosas, de la cantidad de inocentes materiales y de culpables materiales que en el periodo a considerar hayan sido procesados, de las pruebas de las que se dispone en cada caso, y de si el estándar respectivo es o no aplicado correctamente por parte de los juzgadores de los hechos.

<sup>23</sup> Cuando los pretendidos estándares de prueba no hacen referencia al grado de fortaleza del vínculo inferencial que debe unir a las premisas respectivas con la conclusión de que se trate, sino a cosas como la firmeza, confianza o perdurabilidad de nuestras creencias, Laudan (2013) sostiene que estamos ante una “parodia” de sistema de prueba, o ante políticas probatorias que deberían “causarnos risa”, pues sería como decirle a los matemáticos que pueden válidamente considerar probado cierto teorema si están firmemente convencidos

De acuerdo con Laudan (2013), evitar pronunciarse respecto de la fortaleza del vínculo inferencial aludido, es algo que sucede claramente con las propuestas que requieren de la detección, mediante introspección, de ciertos estados mentales o actitudes (doxásticas) proposicionales –como la creencia firme o la convicción (que a veces se acompaña del requerimiento de que sea “íntima”) respecto de que cierto hecho haya tenido lugar–, o con las propuestas que exigen que sea posible atribuir a la creencia de que un hecho ocurrió cierto grado de probabilidad bayesiana, atribución que el autor considera inevitablemente subjetiva/discrecional (2013, pp. 68-74, 79-83, 121-123). Por su parte, a las propuestas que cumplen con el requisito de referirse a la mencionada fortaleza del vínculo inferencial que debe unir a las premisas y la conclusión, Laudan (2013) las denomina propuestas “objetivas” o estándares de prueba “objetivos” (2013, p. 126).<sup>24</sup>

Ahora bien, Coloma (2016a, p. 26, nota 7) es consciente de esta crítica de Laudan a los estándares subjetivos y de que, para él, un estándar de prueba *genuino* no puede sino ser “objetivo” (en el sentido previo). No obstante, Coloma hace caso omiso de esta postura (2016a, p. 35, nota 21), presentándola como si se tratase de la expresión de una mera preferencia personal por parte de Laudan, de un asunto de estilo, de una sutileza sin mayor repercusión.

Lo importante para Coloma es que, pese a su descalificación como estándares de prueba *auténticos*, Laudan haya tomado nota de que, al menos en el ámbito estadounidense, al estándar de “más allá de toda duda

de que es verdadero, o a los epistemólogos, que tienen una prueba de la existencia, digamos, del nexo causal entre A y B si es que creen con todas sus fuerzas que tal nexo existe (2013, pp. 124-125).

<sup>24</sup> Como ejemplos de estos estándares de prueba, para la materia penal, Laudan (2013, pp. 127-129) se refiere a los siguientes: a) si existen pruebas inculpatorias fiables cuya presencia sería muy difícil de explicar si la/el acusada/o fuera inocente, sumado a la ausencia de pruebas exculpatorias que serían muy difíciles de explicar si la/el acusada/o fuera culpable, entonces condene (absuelva de lo contrario); b) si la teoría del caso presentada por la acusación es plausible y usted no puede concebir alguna historia plausible compatible con la inocencia de la/el acusada/o, entonces condene (absuelva de lo contrario); c) determine si los hechos establecidos por la acusación descartan cualquier hipótesis razonable compatible con la inocencia de la/el acusada/o en la que pueda pensar. Si es así, condene (de lo contrario, absuelva).

razonable” se le ha presentado, en la práctica de los tribunales, como la exigencia de que haya semejanza entre dos episodios de convencimiento respecto de cuestiones fácticas y, por parte de la academia, como la exigencia de que la creencia en la culpabilidad de la/el acusada/o iguale o supere cierto grado de probabilidad bayesiana.

La razón de que lo importante para Coloma sea el reconocimiento de Laudan de estos usos jurídicos del slogan “más allá de toda duda razonable” es que son ilustrativos de que dicho estándar de prueba “... admite ser reconstruido tanto como un prototipo (*debes estar tan convencido como en aquellos casos en que ...*), o bien como umbral (*habiéndose probado un 90%, entonces ...*)” (Coloma, 2016a, p. 35, nota 21).

O sea que, generalizando, lo crucial para Coloma es que a las expresiones denotativas de estándares probatorios contenidas en las disposiciones respectivas se les haya interpretado/usado o se les pueda interpretar/usar de modo que, desde un plano más abstracto, sean susceptibles de clasificarse en las categorías de umbral o de prototipo, sentidos supuestamente extraídos por el autor de indagar cómo a la expresión *estándar* se le usa en el lenguaje ordinario.<sup>25</sup>

Aquí comienzan los problemas. Si el rasgo identitario de los estándares probatorios no tiene nada, o tiene muy poco que ver con que aludan a aquello de lo que se supone que son estándares, es decir, a las pruebas (y a su *capacidad justificativa*), y todo que ver con que aludan a ciertas variables, propiedades o dimensiones, pudiéndose establecer para cada una de ellas (o solo para algunas) ciertos valores o medidas mínimas de satisfacción, o a ejemplos de ciertas circunstancias para determinar si hay semejanza con las circunstancias actuales, deberíamos estar dispuestos a admitir, como estándares/umbrales, procedimientos anacrónicos (generalmente tildados de irracionales en nuestros días), como las ordalías<sup>26</sup> o métodos

<sup>25</sup> Digo “supuestamente” porque acabamos de ver que Coloma está tomando en cuenta, más bien, los usos de la comunidad *jurídica*.

<sup>26</sup> Que planteadas en términos de estándares/umbrales, podrían exigir cosas como las siguientes: considere que hay prueba suficiente de que una parte tiene la razón si ella o su representante sobrevive a un duelo de 3 asaltos a mano limpia con la otra parte o su representante, o si habiendo dado nueve pasos sosteniendo un trozo de metal incandescente, se determina que en sus manos no hay rastro de las heridas que debería esperarse que hubieran, etc.

de azar, como el lanzamiento de una moneda al aire; y, como estándares/ prototipos, cualquier otro estado subjetivo experimentado en el pasado en ciertas situaciones –como la zozobra, la angustia, la excitación o quizá algún cosquilleo o una comezón–, con el que se deba determinar que hay semejanza. No hay, en la propuesta de Coloma, ningún dique que contenga la deriva a dichas posibilidades (que es de suponer que se quisieran evitar); y la ausencia de tal dique no parece justificarse en la mera insistencia de que se empleen ciertas categorías propuestas.

## 2.6. Concepciones racionalista y persuasiva de la prueba

No obstante, la ausencia de un límite a lo que puede fungir como estándar de prueba, adicional a su posible clasificación como umbral o prototipo, puede explicarse y quizá terminar justificada, si suponemos que lo que hay en la base de la caracterización de Coloma es su inscripción en las filas de alguna manera de concebir a la prueba o a un hecho probado, distinta de la versión de la concepción racional que Laudan claramente suscribe.<sup>27</sup> La

<sup>27</sup> Una de las versiones más difundidas (y aceptadas) de la concepción racionalista de la prueba en el ámbito latino (que, al menos como uso la expresión, incluye a Hispanoamérica, pero también a Brasil, Italia, Francia y Portugal), es la defendida por Ferrer (2021), quien identifica las siguientes como las tesis nucleares de dicha concepción (2021, pp. 17-19): 1) hay una relación teleológica entre prueba y verdad, de modo que la última se configura como el objetivo institucional a alcanzar mediante la actividad probatoria que tiene lugar en sede procesal; 2) la noción de verdad implicada es la de verdad como correspondencia, de modo que un enunciado fáctico (formulado en el marco de un proceso judicial) es verdadero si se corresponde con los hechos realmente ocurridos (fuera de ese marco), y falso si no; 3) ningún conjunto de pruebas, por más extenso y fiable que sea, permite fundar certezas racionales acerca de que cierto hecho ocurrió (lo que no excluye, claro, que se puedan tener certezas psicológicas o subjetivas), por lo que la actividad probatoria es, en el mejor de los casos, un medio *fallible* para alcanzar el objetivo de averiguar la verdad (y, como tal, un medio compatible con la comisión de errores, a saber, falsos positivos –declarar probados enunciados falsos–, y falsos negativos –declarar no probados enunciados verdaderos–); 4) el razonamiento probatorio es un razonamiento *necesariamente probabilístico* (en el sentido de la probabilidad inductiva o lógica, es decir, no matemática), de modo que decir que un enunciado está probado equivale a decir que es *probablemente verdadero* (a un grado que debe determinarse), y; 5) dada la naturaleza probabilística del razonamiento probatorio, deviene imprescindible dotarse de reglas que determinen el grado de probabilidad (inductiva o lógica) a partir del cual estamos dispues-

alternativa más inmediata parecería ser alguna versión de la denominada concepción “persuasiva” (“subjetivista” o “psicologista”).<sup>28</sup>

Si esto es así, lo inadecuado y hasta absurdo que con respecto a la noción de prueba o de hecho probado a cada bando le parezca que el otro sostiene, pierde sentido en un primer nivel en el que, por no encontrarse hablando de lo mismo, no parece razonable esperar que haya comunicación, y en el que lo relevante es que ambas posiciones sean internamente coherentes, lo cual no es una cuestión menor. En un nivel superior tendrían que hacerse explícitos los objetivos para cuya obtención, la adherencia a cada una de dichas concepciones se considera el medio (más) apropiado. Y es hasta un nivel aún más abstracto en donde el diálogo parece reestablecerse, en el cual debería haber un intercambio de razones y argumentos normativos que sustenten por qué deben perseguirse los objetivos previamente explicitados y, en consecuencia, por qué debe suscribirse alguna de las (versiones de las) concepciones referidas.

tos a considerar probada una hipótesis determinada, es decir, el grado de corroboración que debe satisfacerse para poder aceptar como verdadero al enunciado fáctico de que se trate y así poder usarlo como premisa del razonamiento respectivo.

<sup>28</sup> Como aquella a la que Gama (2021, pp. 4-5, 8-9) se refiere al explicitar la posición frente a la que parece reaccionar la versión de la concepción racionalista defendida por Ferrer. Las tesis que conforman esta versión de la concepción persuasiva de la prueba serían las siguientes: 1) Que un hecho esté probado significa que la persona juzgadora se ha convencido de que ocurrió, 2) dicha convicción debería formarse teniendo en cuenta los mensajes verbales, pero de manera muy importante, los no verbales, que al presenciar la práctica de las pruebas supuestamente permiten vislumbrar cuándo una persona, por ejemplo, una/un testigo, dice la verdad o está mintiendo (razón por la cual, bajo esta concepción de la prueba el principio de intermediación adquiere una interpretación “fuerte”), 3) las exigencias de motivación deberían ser, en el mejor de los casos, muy débiles (pues resultaría contraintuitivo exigir que esa motivación fuese más precisa y/o extensa si se ha partido del supuesto de que lo importante es la puesta en marcha de esa suerte de radar intuitivo para identificar verdades y mentiras, cuya operación y resultados no se prestan fácilmente a ser articulados), y 4) las posibilidades de interponer recursos en los que pueda alegarse una inadecuada valoración probatoria deberían, por su parte, ser escasas (lo cual tiene sentido en este marco, pues si la persona juzgadora que revisaría la cuestión respectiva en ulteriores instancias no estuvo presente en la práctica de las pruebas, ¿por qué permitirle revisar nada cuando justo se ha perdido del episodio cuasi-místico de captación de aquellos mensajes no verbales que supuestamente llevan a determinar quién miente y quién dice la verdad?). Para apreciar el contraste entre las concepciones persuasiva y racionalista de la prueba, véase: Ferrer (2007, pp. 62-66; 2017, pp. 2-5; 2018, pp. 155-160; 2020, pp. 368-373).

La cuestión es que Coloma nos queda a deber en estos tres niveles de discusión. No hace explícita la concepción de la prueba/hecho probado que suscribe, y tampoco ofrece argumentos normativos que fundamenten por qué la actividad probatoria que tiene lugar en un proceso judicial *debería* perseguir los fines u objetivos compatibles con la concepción de la prueba de la que se parte. Esto genera un problema de incompletitud en su propuesta, tanto si se le interpreta en clave descriptiva (no se da cuenta de la noción de prueba/hecho probado que, *de hecho*, los jueces emplean), como en clave normativa/prescriptiva (no se da cuenta de la noción de prueba/hecho probado que *se debería* utilizar).

La referida carencia es sustancial, pues, recordemos, en la visión de Coloma, con la definición de hecho probado se supone que a los jueces les basta cuando se trata de casos claros de pertenencia o de no pertenencia a dicha categoría; y es también esa definición aquella de la que supuestamente se apartan o que complementan, ante casos difíciles o dudosos de pertenencia, mediante el empleo de estándares de prueba en modalidad de umbral o de prototipo. Sin la definición/concepción relevante, el modelo de Coloma no alcanza siquiera a dar el primer paso, que supuestamente es determinar si el caso de que se trate es un caso claro de hecho probado o de hecho no probado, o bien si se trata de uno dudoso.

Si esa definición/concepción de prueba/hecho probado depende de las elecciones de cada persona juzgadora surgen varios problemas de los cuales intentaré dar cuenta con el siguiente escenario hipotético: supóngase, de un lado, que, llenando el vacío de la propuesta de Coloma, una persona juzgadora adhiere a la versión de la concepción persuasiva de la prueba según la cual, que un hecho esté probado es algo que ella determina detectando si, habiéndose expuesto a las pruebas respectivas (más específicamente, a la práctica de las mismas), esa exposición provocó que se convenciera de que el hecho relevante ocurrió. Y supóngase también que otra adhiere a la versión de la concepción racionalista, de acuerdo con la cual, que un hecho esté probado es algo que depende de determinar si las pruebas le transmiten a la conclusión respectiva el grado de corroboración esperado/deseado (con independencia de si cree o no cree, ni en qué grado, que los hechos respectivos acontecieron o no).

El problema en el caso de la primera de las personas juzgadoras es que no podría tener dudas de que un hecho está o no probado y, por tanto, de conformidad con la propuesta de Coloma, no tendría *nunca* necesidad de usar estándares de prueba (ni siquiera de que existieran). En efecto, podría tener dudas respecto de si el hecho de que se trate ocurrió. Pero si las tiene, esto significaría que no está convencida de que tuviera lugar.<sup>29</sup> Y si no está convencida de ello, de acuerdo con esta versión de la concepción persuasiva, entonces el hecho respectivo (fuera de toda duda) no quedó probado.<sup>30</sup>

La segunda persona juzgadora, por su parte, debería dudar *siempre* de si un hecho ha quedado probado, porque lo más lejos que podría llegar es a determinar cuál es el grado de corroboración de la conclusión o hipótesis de que se trate, pero no sabría, sin alguna orientación adicional al respecto, si ese grado coincide con el esperado/deseado, quizá idealmente por la sociedad en su conjunto.

Pues bien, si las dudas acerca de si un hecho está probado al grado esperado son permanentes, entonces pierde sentido sostener que los estándares de prueba operan solo ante dichas dudas (dando a entender con ello que hay un espacio en el que estas no surgen, un espacio en el que el juzgador no se tenga que formular la pregunta ¿están estos hechos probados al grado esperado/deseado?). En lugar de tener un papel supletorio, los estándares de prueba deberían considerarse indispensables, en principio, si se asume alguna versión de la concepción racionalista de la prueba como la antes referida.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Resultaría contraintuitivo afirmar que se está convencida/o de que un hecho ocurrió y, a la vez, que se albergan dudas de que haya ocurrido.

<sup>30</sup> Dicho de otro modo, en este escenario en el que la versión referida de la concepción persuasiva de la prueba está operando en el fondo, la duda de que un hecho haya acontecido paradójicamente provee a la persona juzgadora de la *certeza* de que dicho hecho no está probado.

<sup>31</sup> Digo “en principio”, porque las dudas de si un hecho está probado o no en el grado esperado podrían surgir permanentemente también en alguna otra versión de la concepción persuasiva de la prueba, una que considere al propio estado de convencimiento que podría experimentar la persona juzgadora justamente como un fenómeno *gradual*. Cuando esto es así, ella siempre requeriría de alguna orientación adicional, es decir, de un estándar de prueba que, siendo compatible con esta concepción de la prueba, aludiera al grado de convicción esperado, por ejemplo, exigiendo que dicha convicción sea “íntima” (como suele suceder cuando en el derecho procesal se hace referencia a este estado mental).

Pero si la versión previa de la concepción racionalista de la prueba es la que está de fondo, a la necesidad de que sistemáticamente la persona juzgadora disponga de estándares de prueba para cada tipo de caso se suma la necesidad de que estos también sean formulados de acuerdo con las exigencias metodológicas compatibles con dicha concepción (Ferrer, 2021, pp. 29-100), es decir, apelando a criterios relativos a la *capacidad justificativa* de las pruebas aportadas (no a estados mentales o actitudes doxásticas con distintos grados de intensidad), e intentando reducir en todo lo posible la vaguedad que inevitablemente afectará a cada uno de esos criterios (de probabilidad inductiva, es decir, criterios no matemáticos), a efecto de que el estándar respectivo pueda realizar la función de establecer un umbral de suficiencia probatoria a partir del cual una hipótesis sobre los hechos deberá considerarse probada.<sup>32</sup>

Ahora bien, en este punto Coloma podría sostener que lo hemos malentendido, que lo que él siempre ha pensado es que la prueba de un hecho es una cuestión de grados, y que, por tanto, cuando habla de la categoría de los hechos probados, obviamente incorpora esta noción. Si esto es así, entonces debería renunciar a su afirmación de que los estándares de prueba solo operan ante las dudas acerca de si un hecho está o no probado y de que cuando estas no están presentes, los estándares son innecesarios. La razón de lo anterior es que, si la prueba es gradual, siempre surgirá la duda para la persona juzgadora sobre cuál es entonces el grado esperado/suficiente de prueba; duda que tendría que ser respondida por el estándar de prueba respectivo. Si no renunciase y, al contrario, persistiese en caracterizar la operatividad de los estándares de prueba de ese modo, tendría que encontrar una forma de sostener que las dudas acerca de la suficiencia probatoria no son sistemáticas, sino que solo surgen en ciertas ocasiones, y que es en dichas ocasiones cuando se recurre, ahora sí, a los estándares de prueba.

<sup>32</sup> Por otro lado, para que su grado de exigencia no sea producto del capricho, esta concepción (Ferrer, 2021, pp. 150-170) suele sostener que dicho grado debería fundarse, entre otras cosas, en la consideración de la diferencia de gravedad (o en costos) que se perciba que existe entre los respectivos falsos positivos y falsos negativos que pudieran cometerse, en la magnitud de las dificultades para probar los supuestos fácticos relevantes derivadas de la forma en que están contruidos/tipificados en las normas sustantivas aplicables a la controversia, etc.

Una posibilidad podría ser la siguiente: que previamente la persona juzgadora disponga de un estándar de prueba, digamos, personal o intuitivo, que sea ese estándar el que aplique a los casos de los que conoce, y que recurra a los estándares de prueba oficiales que el derecho establece, solo cuando le surjan dudas de que ha sido satisfecho su estándar personal. Algunos de los problemas más importantes con esta postura son: la incompatibilidad que podría haber entre los grados de exigencia del estándar probatorio personal y del oficial,<sup>33</sup> y la injustificada aplicación solo supletoria de la política de suficiencia probatoria que el legislador ha querido implementar en los distintos contextos procesales, precisamente mediante la formulación de los respectivos estándares de prueba vigentes (a estos problemas volveremos en la sección 2.8).

## 2.7. Los usos/funciones de los estándares de prueba

Hasta aquí hemos visto cómo las vacilaciones de Coloma no permiten establecer con claridad si en su propuesta (no se sabe si descriptiva o normativa) los estándares de prueba son estándares en el sentido de prescripciones que se distinguen de (y se contraponen a) las reglas, si pueden entenderse indistintamente como prototipos o umbrales, si terminan siendo todos ellos umbrales, o quizá prototipos con un alto nivel de abstracción, si conforman un subsistema de reglas semánticas del que se echa mano ante las dudas respecto de la pertenencia de un caso a la categoría de los hechos probados, si esa categoría no es en realidad la de los hechos *suficientemente* probados, o incluso si su postura cambió a considerarlos, más bien, como medios para evitar/corregir los errores a los que conducen ciertas heurísticas,<sup>34</sup> etcétera.

<sup>33</sup> Incompatibilidad que, en última instancia, se daría entre la valoración político-moral de la persona juzgadora y la del legislador, acerca de la diferencia de gravedad de los falsos positivos respecto de los falsos negativos.

<sup>34</sup> Este nuevo viraje lo da Coloma (2016b) en la réplica a sus comentaristas (2016b, pp. 116-117). El autor entiende por heurísticas a ciertas vías rápidas de adopción de decisiones por parte de las personas juzgadoras, las cuales resultan de saltarse varios de los pasos que serían requeridos en un análisis minucioso de la cuestión de que se trate. Aquí es de suponerse que las decisiones en cuestión son las decisiones probatorias (considerar pro-

Sea como fuere, en este momento aludiré a lo que él llama “usos” de los estándares de prueba, con lo cual parece querer referirse a sus funciones, a las cuales, sin quedar muy claro cuál es el rendimiento que espera obtener de ello, divide en micro funciones/usos (Coloma, 2016a, pp. 36-44)<sup>35</sup> y macro funciones/usos (2016a, pp. 44-47).<sup>36</sup>

A continuación, por cuestiones de espacio, aludiré solo a algunas de las referidas micro funciones/usos. Comienzo entonces con la micro función/uso c) de un estándar probatorio, que consiste en moldear la clase de inferencias que a partir de las pruebas disponibles es válido realizar. Para explicarla, Coloma alude al conocido como “Chart Method” propuesto por Wigmore,<sup>37</sup> el cual, como se sabe, *grosso modo* consiste en elaborar una representación visual diagramática del razonamiento probatorio de un caso cualquiera (real o ficticio), en la que se puedan identificar las proposiciones a probar (o las “*probanda*”), así como las cadenas argumentales que conducen a ellas a partir de las pruebas disponibles. Esta forma de estructurar el razonamiento probatorio es típica del denominado “atomismo”.<sup>38</sup>

bado o no probado un hecho), y que esas heurísticas o maneras rápidas de tomarlas se han adquirido a través de la experiencia.

<sup>35</sup> Dichas micro funciones/usos son: a) orientar a las partes sobre la conveniencia de participar o de retirarse anticipadamente en un litigio; b) orientar a las partes sobre cuánta prueba deben producir; c) moldear la clase de inferencias que a partir de las pruebas disponibles es válido realizar; d) distribuir el riesgo de que se cometan falsos positivos y falsos negativos; e) determinar los opuestos que compiten en la decisión probatoria; f) influir en la clase de razonamiento (atomista u holista) que las partes y las personas juzgadoras adoptan para conectar las pruebas disponibles y el hecho a probar (que Coloma llama “conjetura”), y; g) incidir en la elección entre dos formas de concebir a los hechos probados (como grados de creencia de que ocurrieron ciertos hechos o como la aceptación de los mismos luego de un “proceso de validación”).

<sup>36</sup> Dichas macro funciones/usos son: 1) determinar la cantidad de errores esperables del sistema, las cuales supuestamente engloban las micro funciones/usos a), b) y c); 2) distribuir entre las partes el riesgo de dichos errores, que engloba las micro funciones/usos d) y e), y; 3) determinar la forma que adoptan los hechos probados, lo cual abarca las micro funciones/usos f) y g).

<sup>37</sup> A cuyo desarrollo han contribuido recientemente, entre otros, Anderson, Schum y Twining (2005). De esta obra hay traducción al castellano (2015).

<sup>38</sup> Para una excelente discusión sobre el atomismo y el holismo (a este último también se aludirá en breve en el cuerpo del texto) como propuestas normativas de estructuración y valoración del razonamiento probatorio, consúltense los textos de Taruffo (2011, pp. 307-323), y de Accatino (2014).

Pues bien, presuponiendo esta clase de análisis atomista, Coloma sostiene que los estándares de prueba orientan sobre la rigurosidad con la que se debe proceder en la evaluación de la fortaleza de cada cadena argumental y de cada uno de sus eslabones, es decir, respecto de lo arriesgadas o conservadoras que deben ser las inferencias respectivas, o (como también lo plantea el autor) sobre la magnitud de los saltos argumentales tolerables.<sup>39</sup> Hasta aquí, la propuesta luce plausible.

El problema, no obstante, se presenta al tomar en cuenta la micro función/uso f) de los estándares de prueba, que consiste en “influir” en la clase de razonamiento que las partes y la persona juzgadora adoptan para conectar las pruebas y el hecho a probar. De acuerdo con el autor, entre esas clases de razonamiento figura justamente el atomismo, pero también el holismo. De hecho, son solo esas dos las opciones posibles, de conformidad con la forma en que Coloma presenta la cuestión en este punto.<sup>40</sup>

Con respecto al holismo, Coloma (2016a) se refiere a este diciendo que consiste en abordar la cuestión probatoria “como un todo”, de modo que el caso no se analiza como un diagrama argumental. Los detalles y minucias argumentativas se dejan de lado para dar pie, más bien, a una comparación de los distintos relatos de las partes (2016a, p. 42).

Como puede verse, incluso en la escueta manera en que el autor explica el holismo, esta postura sobre la forma de estructurar el razonamiento probatorio puede adoptar variantes que antagonizan con el atomismo. Esto resulta problemático porque justo este último es el presupuesto del que Coloma parte y a la luz del cual cobra sentido sostener que una función de los estándares de prueba consiste en orientar sobre el nivel de rigurosidad que debe emplearse cuando se evalúa la fortaleza de cada cadena argumental y de cada uno de sus eslabones. La pregunta entonces es: ¿cómo

<sup>39</sup> Siguiendo esta línea, Coloma da a entender, por ejemplo, que, con un estándar de prueba tan exigente como (se supone que es) el de “más allá de toda duda razonable”, el grado de rigurosidad respectivo tendría que ser muy alto, a un punto tal que la más mínima debilidad en algún eslabón (de cada cadena argumental en la que se funde la teoría del caso de la acusación) provoque que no sea satisfecho.

<sup>40</sup> Esto resulta extraño, pues parece haberse olvidado del cálculo probabilístico de corte bayesiano, respecto del cual afirma que, “pese a sus problemas” (sin especificar cuáles), “resulta prometedor” (Coloma, 2016a, p. 35).

puede un mismo estándar de prueba cumplir con esta función orientativa, articulada en términos del atomismo, cuando mediante el cumplimiento de otra de las funciones que Coloma atribuye a los estándares probatorios puede terminar “influyendo” en que se adopte una forma de estructurar el razonamiento para la cual la orientación en comento resultaría, en el mejor de los casos, incompleta y, en el peor, incompatible e irrelevante?

Vayamos ahora a la micro función/uso g) de los estándares de prueba que, según Coloma, consiste en “incidir” en la elección entre sostener que el que un hecho esté probado depende de si experimentamos cierto grado de creencia respecto de que tal hecho tuvo lugar, y sostener que el que un hecho esté probado significa aceptar (como verdadero) el enunciado que lo describe, por haber superado un determinado “proceso de validación”. Aunque Coloma no lo reconoce explícitamente, estas opciones *grosso modo* coinciden respectivamente con ciertas versiones de las concepciones persuasiva (subjetivista o psicologista) y racionalista de la prueba. Y la pregunta es: ¿de qué manera incide un estándar de prueba en que se elija una u otra?

Una posibilidad es sostener que lo hace mediante los propios términos que la autoridad normativa emplea para articularlo. Si el estándar dijese algo como “condene si tiene la íntima convicción (la creencia firme, la certeza, etcétera) de que la persona acusada cometió el delito que se le imputa, de lo contrario absuelva”, ello constituiría una suerte de indicio altamente atendible de que la noción de hecho probado que se espera que se adopte es la propia de una concepción persuasiva, con lo cual, como afirma el propio Coloma (2016a), el respectivo proceso de validación pasaría a un segundo plano (2016a, p. 43). Pero si esto es así, no necesitamos más de la micro función/uso c). La persona juzgadora ya sabría todo lo que necesita saber para declarar probado o no un hecho. De más estaría la orientación que podría dársele con respecto al nivel de rigurosidad que podría emplear al analizar la fortaleza de las cadenas argumentales que conducen a la conclusión. De hecho, de más estaría elaborar argumento probatorio alguno.

El muy importante problema de fondo con sostener que los estándares de prueba son los que inciden en la elección entre entender la prueba de un hecho como una creencia gradual (concepción persuasiva) o como la aceptación como verdadero del enunciado que lo describe (concepción

racionalista) por la mera forma en que la autoridad normativa articuló la disposición que los establece, es, de un lado, que plantea las cosas al revés y, de otro, su compromiso fuerte con la interpretación literal.

En las prácticas de las/los juristas, y más claramente en las de las/los dogmáticas/os o doctrinarias/os,<sup>41</sup> es el compromiso con (e idealmente la defensa de) ciertos presupuestos más básicos lo que condiciona sus decisiones interpretativas respecto del contenido de significado de las disposiciones que establecen estándares de prueba.

Entre esos presupuestos figura precisamente la concepción de la prueba a la que se adhiere, la cual tiene la crucial función de responder a la pregunta de ¿qué es lo que se entenderá por “hecho probado”? Una vez establecida la respuesta, la asignación de sentido a las disposiciones sobre estándares de prueba procede de modo congruente con ella. Dicha interpretación puede ser literal si eso guarda congruencia con la concepción de partida, en cuyo caso muy probablemente hay coincidencia entre las concepciones asumidas tanto por la autoridad normativa como por la/el usuaria/o de sus disposiciones. Sin embargo, si hay incompatibilidad entre las concepciones asumidas, puede tener lugar un proceso de construcción jurídica (o una interpretación creadora), mismo que puede involucrar el uso de herramientas hermenéuticas distintas a (o complementarias de) la interpretación literal. De nuevo, todo depende de si el resultado, la disposición interpretada, es congruente con las premisas de base.

Así que no, no es el caso que los estándares probatorios, por su sola formulación, determinen la concepción de la prueba que habrá de adoptarse. Es esta desde la cual aquellos se leen.<sup>42</sup> Y más específicamente todavía, es

<sup>41</sup> Al menos en las de las/los doctrinarias/os más sensibles a cuestiones meta-teóricas.

<sup>42</sup> Por ello, pese a que la disposición que establece el estándar de prueba en materia penal pueda decir, por ejemplo, que se debe condenar si la persona juzgadora está “convencida más allá de toda duda razonable” de la culpabilidad de la persona acusada –lo cual parece ser un signo de que la autoridad normativa asume alguna versión de la concepción persuasiva de la prueba–, la/el doctrinaria/o y/o la persona juzgadora que adhieran a alguna versión de la concepción racionalista de la prueba podrían asignar a dicha disposición un significado que se asemeje o replique, por ejemplo, alguna de las propuestas que Laudan considera “objetivas” (ver sección 2.7), o la propuesta de estándar probatorio realizada por Ferrer (ver sección 2.4). Y el proceso inverso también podría ocurrir, es decir, si la formulación original de la disposición respectiva coincidiese con alguna de estas propuestas, cuyo

la concepción sobre la prueba/hecho probado de la que se parta la que condiciona la elección de alguna teoría normativa acerca de la forma de estructurar el razonamiento probatorio;<sup>43</sup> y es esa teoría normativa la que, por su parte, determina –en el sentido de permitir identificar– el tipo de criterios a los que un estándar compatible con aquella debería apelar.<sup>44</sup>

En efecto, como descripción, quizá la anterior no sea muy acertada en el sentido de que parece corresponderse solo con las prácticas de algún sector de las/los juristas, especialmente, de algún sector de la doctrina. Sin embargo, pienso que puede considerársele un aceptable modelo normativo.

Una de las razones de su aceptabilidad tiene que ver con el escenario al que su inobservancia conduce; un escenario de libérrima elección y, por tanto, carente de todo asidero y restricción, entre las distintas opciones disponibles, tanto a nivel de formas de estructurar el razonamiento probatorio (probabilidad bayesiana, holismo, atomismo, concepciones mixtas, inferencia a la mejor explicación, etcétera), como al nivel de los criterios a los que puede apelarse en la formulación/interpretación de los estándares de prueba (grados de convicción, valores de probabilidad subjetiva, grados de corroboración de una hipótesis, etcétera).

Sin el asidero que provee la suscripción consciente de alguna versión de alguna concepción sobre la prueba<sup>45</sup> es comprensible que pasen desapercibidas las incongruencias (con alguna de las concepciones disponibles) resultantes de elegir a conveniencia entre las opciones referidas; elección que, dado el amplio margen de discreción propio de este escenario, es aná-

asidero es más bien alguna versión de la concepción racionalista, y la/el doctrinaria/o, o bien, la persona juzgadora fuesen partidarias de la concepción persuasiva, la disposición respectiva podría reformularse a efecto de obtener un estándar compatible, por ejemplo, “condene si está convencida más allá de toda duda razonable (o íntimamente) de que la/ el acusada/o es culpable”.

<sup>43</sup> Como la probabilidad subjetiva bayesiana, la probabilidad lógica o inductiva, el modelo de corroboración de hipótesis, alguna versión del holismo y del atomismo, etc.

<sup>44</sup> Así que tampoco es el caso que el estándar de prueba “influya” en la clase de razonamiento que adoptan las personas juzgadoras, como sostiene Coloma al formular la función *f*), sino que, nuevamente, son sus presupuestos de partida, entre ellos, la concepción de la prueba a la que adhieran, la que determina la estructura que habrá de tener el razonamiento probatorio.

<sup>45</sup> Aunado a su defensa en la discusión normativa, es decir, al ofrecimiento de razones y argumentos acerca de por qué se deberían perseguir los fines para los que la concepción de que se trate constituye el medio idóneo para alcanzarlos.

loga a la creación de una receta culinaria, cuyo contenido depende de las meras preferencias subjetivas de quien la inventa (una pizca de holismo por aquí, tres de atomismo por allá, dos onzas de probabilidades bayesianas, algo de convicción). Y nada garantiza que esa receta no cambie de una ocasión a otra, o incluso en la misma situación.

El anterior es el escenario en el que Coloma parece moverse, y es también al que invita a las/los juristas, en especial, a las personas juzgadoras, lo cual puede constatarse en el “ejercicio” o especie de metodología de toma de decisiones con estándares de prueba que plantea en la sección III de su trabajo (Coloma, 2016a, pp. 47-54).

## 2.8. Una “metodología” para el uso de estándares de prueba propuesta por Coloma

Dicha metodología, en principio, consta de 5 fases.<sup>46</sup> En la primera se identifican las posiciones que se enfrentarán, por ejemplo “probada la conducta x” y “probada la conducta no x”, o “probada la conducta x” y “no probada la conducta x”; y, a su vez, se identifican las piezas de prueba y argumentos que fortalecen y debilitan respectivamente a la “conjetura x” y a la “conjetura no x”.<sup>47</sup>

Sin embargo, los problemas comienzan desde la segunda que, según Coloma, consiste en identificar la estructura de razonamiento “preferente” (holismo o atomismo)<sup>48</sup> para conectar la prueba disponible y la conjetura de que se trate. ¿No había sostenido antes que una de las funciones de los estándares de prueba es justo influir en la clase de razonamiento a adoptarse? En este punto queda claro que no, que eso no depende de ningún estándar de prueba, sino de las “preferencias” de cada persona (quien un día quizá se sienta más inclinada hacia el holismo, pero otro quizá no). Pues

<sup>46</sup> Digo “en principio”, porque el propio autor (Coloma, 2016a, p. 48) advierte, antes de presentarla, que sus fases podrían reformularse, reordenarse, algunas de ellas suprimirse, y otras, no se sabe cuáles, añadirse.

<sup>47</sup> Afirma Coloma que la identificación de las piezas de prueba y argumentos que fortalezcan y debiliten la conjetura no x, no es necesaria cuando el opuesto de “probada la conducta x” es “no probada la conducta x”.

<sup>48</sup> Y acá nuevamente parece desentenderse del cálculo probabilístico bayesiano.

bien, de acuerdo con el autor, si se opta por el holismo lo que habrá que hacer es escoger de entre los relatos posibles capaces de articular el material probatorio, aquel que mejor lo haga tanto respecto de la conjetura *x*, como de la conjetura no *x*. Y si se opta por el atomismo, desglosar las respectivas conjeturas, “*x*” y “no *x*”, en proposiciones interdependientes, conectando las pruebas disponibles con cada una de ellas a través de las respectivas cadenas argumentales.

Luego viene una tercera etapa en la que, según Coloma, se insta a que la/el usuaria/o de esta metodología determine si los hechos probados deben entenderse como creencias (graduales) o como conjeturas que cuentan con credenciales para ser aceptadas. Pero, de nuevo, ¿no se supone que es el estándar aplicable el que debería incidir en dicha elección de conformidad con otra de las funciones que Coloma les atribuye? La respuesta, otra vez, es negativa; eso también depende de las preferencias de la/el usuaria/o (quien en un caso podría optar por cierta concepción de los hechos probados, pero desecharla en el siguiente).

En la cuarta fase, Coloma sostiene que la/el usuaria/o debe determinar cuál de los relatos respecto de la “conjetura *x*” y de la “conjetura no *x*” es el que mejor satisface los criterios de relevancia, coherencia, completitud, anclaje con un background de “conocimientos prestigiosos” y anclaje con la información producida en la audiencia de prueba. Aquí el atomismo parece haberse diluido en el trasfondo para dar pie a una comparación de historias o relatos.<sup>49</sup> Por otro lado, Coloma afirma que, hecho esto, ahí podría culminar el análisis, si el resultado ha sido “suficientemente satisfactorio” y la concepción del estándar de prueba que se utiliza “es la de prototipos” (2016a, p. 52, nota 50). Con respecto a lo primero, la pregunta es: ¿suficientemente satisfactorio para quién o con base en qué criterio? Y la respuesta nuevamente parece ser que eso depende de la/el usuaria/o. Y con respecto a lo segundo, dadas las inconsistencias en que el autor incurre al intentar distinguir entre prototipos y umbrales, no hay mucha certeza con respecto a lo que se refiere.

---

<sup>49</sup> Comparación en la que, al parecer, el fundamento probatorio de los relatos respectivos no es un asunto prioritario.

Pues bien, si el resultado de la fase previa no ha sido suficiente desde la perspectiva de la/el usuaria/o de la metodología, se pasa a la quinta y última fase.<sup>50</sup> Sin embargo, respecto de ella Coloma afirma que puede llevarse a cabo “en lugar de la cuarta fase” (2016a, p. 52, nota 50). ¿De qué depende que así se proceda? No queda claro, pero lo más probable es que, nuevamente se trate de una decisión discrecional.

En esta última etapa van a hacer su aparición estelar, por fin, los estándares de prueba.<sup>51</sup> Coloma concreta esa aparición volviendo a su tesis de que estos solo operan cuando no se trata de un caso claro de pertenencia (o de no pertenencia) a la categoría de los hechos probados. Afirma el autor (Coloma, 2016a, pp. 52-53) que, si tanto las pruebas como los argumentos resultan “apabullantes” en favor de que la conjetura ha de darse por probada, o si las pruebas y argumentos son tan “ínfimos” que no puede ser seriamente considerada la opción de que los hechos respectivos estén probados, se tiene entonces un caso claro de pertenencia y de no pertenencia respectivamente. Y cuando esto ocurre, sostiene Coloma (2016a, p. 53, nota 53), de las fases previas podría incluso prescindirse.

Si esto es así, parece que la primera fase de esta metodología tendría que ser, más bien, que la persona juzgadora se forme esta crucial impresión

<sup>50</sup> Esta quinta fase sería, por tanto, complementaria de la anterior. Pero si esto es así (lo cual no parece ser siempre el caso, como a continuación se muestra en el cuerpo principal del texto), entonces se estarían aplicando dos estándares de prueba. El primero es el de la fase previa, el cual consiste, según Coloma, en declarar probado el relato que mejor satisface los criterios de relevancia, coherencia, completitud, anclaje con un background de conocimientos prestigiosos y anclaje con la información producida en la audiencia de prueba. Y el segundo implicaría el empleo de la escala inspirada en la progresión que suelen seguir las tallas de ropa, a lo que posteriormente me referiré en el cuerpo del texto. La cuestión que quiero ahora destacar es ¿qué justifica el empleo de estos dos estándares para la misma decisión probatoria? Y, dado que al primero de esos estándares Coloma lo considera un prototipo, y al segundo un umbral, ¿qué justifica usar ambas modalidades de los estándares de prueba para la misma decisión, y en el orden sugerido por Coloma? ¿Acaso el estándar/umbral corrige las “fallas” resultantes del empleo del estándar/prototipo? ¿Por qué no al revés? ¿En qué se basaría la capacidad correctora de una modalidad respecto de la otra?

<sup>51</sup> En la modalidad de umbrales, pues se supone que en la fase 4 ya pudieron haberse empleado estándares de prueba en modalidad de prototipos. (A los problemas de emplear, para la misma decisión, las dos modalidades de estándar de prueba que Coloma reconoce, me refiero en la nota al pie anterior).

inicial, ello a efecto de no perder el tiempo con las fases posteriores si es que le ha parecido claro que el hecho respectivo está probado o no probado.

Por otro lado, ese juicio de que claramente el hecho respectivo está probado por haberse considerado *apabullantes* a las pruebas que le son favorables, o de que claramente no está probado por haberseles considerado *ínfimas*, tiene el problema de que implica ya el uso de un criterio de suficiencia probatoria propio o, dicho de otro modo, de un estándar de prueba personal o intuitivo. Si esto es así, se corre el riesgo de que dicho estándar personal sea incompatible con el estándar de prueba “oficial” que se supone que debería aplicarse. Es decir, aunque a la persona juzgadora le parezcan *apabullantes* las pruebas aportadas, podría ser que, no obstante, aquellas no alcancen a igualar o superar el estándar oficial (o sea, el grado de corroboración que se espera que las pruebas le transmitan a la hipótesis de que se trate, esto claro, si las cosas se miran desde la concepción racionalista). Y podría ser también que, pese a lo *ínfimas* que las pruebas le parezcan, estas satisfagan el estándar respectivo.<sup>52</sup> Además, ¿por qué debería tener un carácter meramente supletorio la política de suficiencia probatoria que la autoridad normativa pretende implementar justamente a través de las disposiciones sobre estándares de prueba? Coloma no ofrece respuesta, sino que simplemente asume que las cosas son así.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> El problema de la aplicación de este estándar subjetivo/intuitivo como punto de partida es muy serio, pues considerar que las pruebas son apabullantes o ínfimas podría no ser sino la manifestación del conocido como *sesgo de confirmación* y, por tanto, la manifestación de una valoración irracional de las pruebas que hace que se les otorgue un mayor o menor valor (individual y conjunto) del que genuinamente ameritarían, de modo que se les fuerza a “cuadrar” con una decisión ya tomada. Como es de esperarse, dicho sesgo podría operar, en materia penal, por ejemplo, a favor de la acusación, es decir, de la hipótesis de culpabilidad, con lo cual podría elevarse el riesgo de la comisión de falsos positivos; o bien, a favor de la persona acusada, es decir, de la hipótesis de no culpabilidad, con lo cual podría elevarse el riesgo de la comisión de falsos negativos. Sin embargo, dada la histórica tendencia del Estado al abuso de su poder, incluso en la actualidad (en que se habla del auge del “populismo punitivo”), me temo que el modelo de Coloma sienta las bases para la mayor frecuencia o incremento de los primeros, es decir, de las condenas de personas materialmente inocentes.

<sup>53</sup> La otra cara del carácter supletorio que los estándares de prueba tienen en la propuesta de Coloma es que la motivación de la premisa menor del respectivo silogismo judicial, en la que se supone que la persona juzgadora debería mostrar que el estándar de prueba (oficial) ha sido satisfecho o no, se convierte entonces en un deber de ejecución contingente,

Pero continuemos examinando esta última fase de la metodología de Coloma para ver a dónde conduce: Resulta entonces que cuando las pruebas no son claramente apabullantes ni claramente ínfimas, surge ahora sí, la necesidad de emplear estándares probatorios.<sup>54</sup> Y aquí el talante subjetivista de la propuesta del autor sobre los estándares de prueba, se muestra ya sin tapujos. Lo que sugiere (Coloma, 2016a, p. 53) es que la persona juzgadora tome en cuenta una escala análoga a la que siguen las distintas tallas con las que las prendas de vestir suelen venir etiquetadas (S/M/L, a las que se van agregando, por ejemplo, XS o XL, etcétera).<sup>55</sup> Las “tallas” de dicha escala serían: “conjetura *escasamente* demostrada”, “*medianamente* demostrada” y “*altamente* demostrada”, y cada una de ellas admitiría los parámetros “-” y “+”. Así las cosas, el estándar, por ejemplo, de “más allá de toda duda razonable” se traduciría en: conjetura “altamente demostrada (-)” o “altamente demostrada (+)” y refutación no superior al valor “*escasamente* demostrada (+)”.

O sea que, si alguien tenía alguna esperanza de que el modelo de Coloma de algún modo terminara arrebatando del ámbito de la plena subjetividad de la persona juzgadora la comprensión y aplicación de los estándares de prueba, al menos con respecto a los casos que no hubiese considerado “claramente” probados o no probados,<sup>56</sup> a estas alturas debería haberla perdido, pues esa apreciación inicial personalísima que la condujo

dependiente de que al caso respectivo no se le haya considerado claramente probado (con base en la apreciación subjetiva de que las pruebas son “apabullantes”) o claramente no probado (con base en la apreciación subjetiva de que las pruebas son “ínfimas”). Si se trata de casos claros en el sentido previo, no hay necesidad de emplear ningún estándar de prueba oficial y, por tanto, ninguna necesidad de motivar/justificar nada, a lo cual se suma, como se advierte en la nota al pie anterior, el problema de que la percepción de un caso como claramente probado o no probado –repito, exenta de la obligación de estar motivada/justificada (en el modelo de Coloma)– pudo haber sido presa del sesgo de confirmación.

<sup>54</sup> Repito, en modalidad de umbrales.

<sup>55</sup> No obstante, si Coloma quisiese ser consecuente con el papel preponderante que en su modelo se atribuye a las preferencias personales irrestrictas, tendría que añadir que su propuesta de escala es solo ejemplificativa, de modo que podría emplearse cualquier otra en la que la persona juzgadora encuentre inspiración. Quizá la escala musical diatónica. ¿Por qué no? Al menos suena más interesante y sofisticada que la escala de tallas de ropa.

<sup>56</sup> Es decir, al menos con respecto a los casos que no se adecuaron a sus estándares intuitivos/discrecionales.

a considerar que se hallaba frente a un caso difícil o dudoso, tiene una nueva oportunidad de manifestarse, solo que ahora a los efectos de determinar no ya si, por ejemplo, las pruebas que ha ofrecido la acusación son “apabullantes” (a eso ya contestó que no le quedó claro, por eso el caso es dudoso), sino para establecer si su teoría del caso ha quedado “altamente demostrada” (ya sea “-” o “+”).

Por otro lado, “prueba apabullante de culpabilidad” y “teoría de la acusación altamente demostrada (+)” parecerían ser expresiones equivalentes en cuanto al elevado grado de suficiencia probatoria que parece ser requerido por ellas, o al menos, expresiones muy cercanas a serlo, y también conceptos con una dosis similarmente alta de vaguedad. Si esto es así, parece que las dudas que la persona juzgadora tuvo para determinar lo primero tendrían que replicarse al intentar determinar lo segundo, con lo cual, dado que, según Coloma, los estándares de prueba operan siempre y cuando existan dudas respecto de si un hecho ha quedado probado o no, habría necesidad de un estándar más, y de otro, y de otro más, si las dudas persistiesen.

Sin embargo, si en definitiva, como se ha podido constatar, lo que en el modelo de Coloma resuelve sistemáticamente cualquier problema es la intuición, la libérrima elección o las preferencias subjetivas de cada persona juzgadora, esa secuencia (potencialmente al infinito) de estándares probatorios y, de hecho, toda esta pretendida metodología, resultan ser una rebuscada cortina de humo que se despliega, de un lado, para ocultar la directiva en la que parece resumirse la propuesta del autor, a saber: “en cuanto a las cuestiones probatorias (de una controversia jurídica), decida lo que quiera,<sup>57</sup> como pueda.”<sup>58</sup> Y de otro, para no declarar abiertamente la consecuencia de tal directiva, que no es otra que considerar *correcta* cualquier cosa que la persona juzgadora termine haciendo con respecto a la *quaestio facti*.

<sup>57</sup> Que está “probada la conducta x”, que está “probada la conducta no x” o que “no está probada la conducta x”.

<sup>58</sup> Sin importar que combine indiscriminadamente cuantos elementos quiera de cuantas teorías normativas sobre el razonamiento probatorio conozca, ni que acuda a cuantos criterios y/o escalas de suficiencia probatoria se le ocurran e, incluso, sin que importe que no se tome tan en serio la división entre estándares/prototipos y estándares/umbrales.

### 3. A modo de cierre

Un modelo sobre el razonamiento probatorio y los estándares de prueba tan laxo y permisivo como resulta ser el propuesto por Coloma,<sup>59</sup> por supuesto que es (muy) fácil de usar.<sup>60</sup> Pero ¿queremos esta facilidad, aunada a la subjetividad/discrecionalidad exacerbada a la que abre la puerta,<sup>61</sup> a costa de todo? De manera más específica, ¿la preferimos aun a costa de perder todo tipo de vínculo deseable entre la actividad probatoria en sede procesal y la maximización de la verdad, es decir, entre dicha actividad y la averiguación falible de los hechos jurídicamente relevantes que realmente tuvieron lugar?

Como puede haberse ya anticipado, la verdad a la que me refiero es la capturada por nuestra noción de sentido común, a la que en el ámbito filosófico se le conoce como la teoría de la verdad como correspondencia, según la cual, la proposición expresada por un enunciado descriptivo es verdadera si se corresponde con los hechos del mundo, y falsa si no hay tal correspondencia. Y es esa noción de verdad la que, en términos generales e invocando distintas razones normativas, es suscrita por la concepción racionalista de la prueba,<sup>62</sup> a la que hemos aludido antes en el texto y más

<sup>59</sup> En el que prácticamente vale todo y en el que los conceptos que lo conforman son como cajones de sastre que resguardan lo que sea.

<sup>60</sup> Cosa que, de acuerdo con Agüero (2016), no ocurre con las propuestas de las autoras/es canónicas/os del supuesto boom que denuncia, quienes, al suscribir la concepción racionalista de la prueba (o el “racionalismo” en materia de prueba como Agüero lo llama, (2016, p. 97)), parecen estar condenados a (o empeñados en) “... diseñar modelos y conceptos tan finos y detallados que impiden hacer con ellos lo más básico: usarlos” (2016, p. 104).

<sup>61</sup> Que bajo este modelo parecería quedar legitimada.

<sup>62</sup> Entre dichas razones, vale destacar la inmoralidad o injusticia que habría en el acto de responsabilizar (jurídica o moralmente) a alguien que no realizó las acciones que se le imputan (y en el acto de no responsabilizar a quien sí las realizó); o el deterioro que sufriría la función de guiar/motivar la conducta que el derecho pretende llevar a cabo mediante la emisión de normas generales, si sistemáticamente los órganos jurisdiccionales prescindieren de una determinación tendencialmente verdadera de los hechos. Sin esa determinación, las consecuencias, reacciones o soluciones jurídicas contempladas en el derecho sustantivo

detalladamente en las respectivas notas al pie.<sup>63</sup> Por su parte, el vínculo entre prueba y verdad que dicha concepción defiende no es uno de naturaleza *conceptual* –como Coloma (2020, p. 632) erróneamente termina pensando y en lo cual basa su crítica a la concepción racionalista<sup>64</sup>–, sino uno de carácter *teleológico*. De conformidad con este nexo, la actividad probatoria<sup>65</sup> debería fungir como el medio más adecuado de aproximación a la verdad.

Digo “medio de *aproximación* a la verdad” (y no llanamente “medio de *obtención* de la verdad”) porque, de acuerdo con esta concepción, dada la naturaleza inductiva de las inferencias probatorias y la frecuente incompletitud de las pruebas disponibles, las respectivas conclusiones fácticas serán

para ciertos supuestos, muy probablemente terminarían implementándose aun cuando aquellos no hubiesen sido instanciados, y no implementándose aun cuando hubiesen tenido lugar hechos concretos subsumibles en los respectivos supuestos generales. Si esto ocurriera, la ciudadanía dejaría de contar con las razones prudenciales (evitar consecuencias adversas o procurar beneficios) a las que se espera que mínimamente apele para decidir ajustar su conducta a los requerimientos jurídicos. Para profundizar en estos argumentos, véase Ferrer (2007, pp. 29-32, 82-83) y Dei Vecchi (2020, pp. 25-29).

<sup>63</sup> Véase la sección 2.6.

<sup>64</sup> Coloma (2020) piensa que el problema que la concepción racionalista de la prueba tiene al suscribir la teoría de la verdad como correspondencia, es que no se da cuenta de que “... hay... una diferencia relevante entre sostener que algo es verdadero y que algo está probado...” (2020, p. 632). Dicho de otro modo, lo que Coloma sostiene es que los términos “verdadero” y “probado” no son intercambiables. Y tiene razón. La cuestión es que las/los autoras/es más representativas/os de la concepción racionalista sostienen lo mismo. Por ello es que, por ejemplo, Ferrer (2005, pp. 29-32, 68-69), desde el 2003 (año de la primera edición de *Prueba y verdad en el derecho*), rechaza tanto la postura que sostiene que dichos términos son equivalentes (a la que llama la tesis de la relación conceptual fuerte entre prueba y verdad), como la postura que presenta a la verdad del enunciado fáctico respectivo como una de las condiciones necesarias para que se le considere probado, siendo necesaria también para tales efectos, la presencia de pruebas suficientes, de acuerdo con cierto estándar (a la que llama la tesis de la relación conceptual débil entre prueba y verdad). Y es como alternativa a esas relaciones conceptuales que presenta su tesis del vínculo, más bien, *teleológico* entre la actividad probatoria y la averiguación (falible) de la verdad (2005, p. 56; 2005, pp. 69-73). Por su parte, también el propio Laudan (2013, pp. 35-37) captura la diferencia entre la verdad y la prueba de un enunciado (recordar que esta obra se publica desde el 2006 en inglés); y lo hace distinguiendo entre lo que llama la culpabilidad y la inocencia *materiales* y la culpabilidad y la inocencia *probatorias*.

<sup>65</sup> Incluidos sus resultados, es decir, los denominados “enunciados probatorios” del tipo “está probado que p”.

siempre probabilísticas, es decir, solo (lo cual, no es poco) probablemente verdaderas, y no verdaderas sin más.<sup>66</sup>

Y digo que la actividad probatoria “*debería fungir* como el medio más adecuado...”, pues, el que pueda desempeñar ese rol, de acuerdo también con esta concepción, no es una cuestión automática, sino que depende, de un lado, de entender que probar un hecho en el ámbito jurídico no es algo esencialmente distinto de lo que ocurre en otras áreas de la actividad cognoscitiva dirigida a cuestiones empíricas,<sup>67</sup> que consiste en 1) establecer cuál es el grado de corroboración<sup>68</sup> que las pruebas respectivas le confieren a la hipótesis que lo contempla, y en 2) determinar si ese grado coincide con (o supera) el grado esperado;<sup>69</sup> y, de otro, de que el derecho probatorio y, en general, las reglas procesales, adquieran y/o preserven, *grosso modo*, una configuración pro-epistémica (siempre mejorable).<sup>70</sup>

La pregunta que hicimos antes tendría entonces que reformularse del siguiente modo: ¿Estamos dispuestos a perder este vínculo teleológico entre la actividad probatoria y la verdad en favor de modelos del razonamiento probatorio y de los estándares de prueba, sin duda, de fácil utilización,<sup>71</sup> pero inadecuados para la preservación de dicho nexo?<sup>72</sup> Si la respuesta es negativa, el camino parece entonces ser el trazado por la concepción racionalista de la prueba, por el cual, por cierto, transita la mayor parte

<sup>66</sup> Dicho de otro modo, no hay certezas sobre cuestiones fácticas/empíricas –y menos si estas se refieren al pasado– que puedan fundarse racionalmente, pese a lo rico y fiable que sea el acervo probatorio con el que se cuente. Esta es una razón de peso por la cual la concepción racionalista rechaza los vínculos conceptuales fuerte y débil entre prueba y verdad que se abordan brevemente en la nota previa.

<sup>67</sup> Sobre todo, cuando está vigente el régimen de libre valoración probatoria, también conocido como el régimen de la sana crítica racional.

<sup>68</sup> O de apoyo empírico, justificación epistémica o probabilidad inductiva.

<sup>69</sup> Y no como una cuestión que esencialmente dependa del convencimiento de la persona juzgadora.

<sup>70</sup> Para adentrarse en la discusión de lo que implicaría contar con una regulación de la actividad probatoria, pro-epistémica o conducente a la verdad –específicamente en materia procesal penal–, sigue siendo un referente ineludible la obra de Laudan (2013).

<sup>71</sup> Por carecer de un grado significativo de rigor analítico.

<sup>72</sup> En buena medida, debido al alto grado de subjetividad/discrecionalidad/arbitrariedad a la que dan lugar.

de la reflexión académica contemporánea.<sup>73</sup> Ese camino, sin embargo, no está exento de problemas, debates y cuestiones abiertas, que seguramente seguirán siendo objeto de mayores desarrollos en los próximos años. Para cerrar este trabajo, a continuación, hago referencia a algunos de ellos:

A) El debate sobre el tipo de justificación epistémica involucrada en la emisión de enunciados del tipo “está probado que p” (o enunciados probatorios). ¿Se trata de una justificación exclusivamente *proposicional* o también *doxástica*? Si se sostiene que la justificación involucrada es la primera, bastará para tener por probado un hecho que el enunciado que lo describe sea la conclusión de un argumento entre cuyas premisas figuren los elementos de juicio extraídos de los medios de prueba de los que se dispuso, y que el nexo inferencial que une a dichos enunciados (premisas y conclusión), exhiba la fortaleza especificada por el estándar de prueba respectivo. Por su parte, si se piensa que también debería estar involucrada la segunda clase de justificación, la persona juzgadora tendría, además, que tener un estado mental de creencia (o de convicción) respecto de la ocurrencia de ese hecho. La primera de estas opciones ha sido defendida, entre otros, por Ferrer (2005, 2007, 2021) y Lackey (2021), mientras que, la segunda, muy articuladamente, por Gama (2021), quien parece hacer eco de la intuición ampliamente compartida –sobre todo, por buena parte de las y los operadores jurídicos<sup>74</sup>– de que, en efecto, no cualquier convicción, sino una convicción *justificada* (en la suficiencia de las pruebas respectivas) de que un hecho ocurrió, debería constituir un componente crucial/necesario de su prueba.<sup>75</sup> Coincido especialmente con Lackey en que la postulación de ambas cuestiones como *condiciones necesarias* de la prueba de un hecho –tanto la presencia de pruebas suficientes, como la convicción de la persona juzgadora–, parece basarse en una idealización inadecuada de los sujetos

<sup>73</sup> De la cual, como se vio al principio del texto, Coloma decidió apartarse por sospechar que, en el fondo, lo que propone no es más que un mero cambio de etiquetas.

<sup>74</sup> Que observan en el rechazo de la convicción y otros estados mentales por parte de la concepción racionalista de la prueba, una suerte de cruzada injusta contra el buen nombre y sensatez de ciertas doctrinas procesales tradicionales.

<sup>75</sup> Una noción de justificación epistémica que le otorga un lugar importante a la posesión y práctica de ciertas virtudes intelectuales por parte de la persona juzgadora ha sido explorada por Aguilera (2022).

cognoscentes. Como la autora nos pide hacer (Lackey, 2021), pensemos en el caso de una persona juzgadora racista, quien gracias a que se encuentra haciendo lo que le es posible por dejar de serlo,<sup>76</sup> es capaz de percatarse de que, en efecto, las pruebas aportadas y practicadas en el juicio que está resolviendo le transmiten a la conclusión de que una persona blanca ha cometido un delito grave en contra de una persona negra, el apoyo/soporte especificado por el estándar probatorio vigente. Pero también cae en la cuenta de que simplemente no puede creer que eso haya sucedido (mucho menos convencerse), y de que ello se debe al impacto que los prejuicios que alberga siguen teniendo en su fuero interno. Desde una perspectiva idealizada, en efecto, dicha persona juzgadora *debería creer* (estar convencida de) que el delito en cuestión tuvo lugar, dadas las bases racionales que tiene para hacerlo (la suficiencia de las pruebas respectivas). Pero, al no poder, sin más, obligarse a creer,<sup>77</sup> ¿qué ha de hacer la persona juzgadora en este caso? Si nos tomamos en serio la postulación de la convicción como condición necesaria, no hay más opción que tener que absolver.<sup>78</sup> Sin embargo, este veredicto no parecería justo para la víctima, la sociedad, y ni siquiera para la persona juzgadora, quien, a pesar de los esfuerzos por despojarse de su racismo que ha venido realizando, se vería paradójicamente en la necesidad de darle efectos *jurídicos* a su incapacidad, hasta el momento, de no poder neutralizar sus prejuicios de manera completa. Según Lackey, este ejemplo muestra que nuestras intuiciones menos superficiales se inclinan por un modelo no-idealizado de las condiciones de suficiencia probatoria, es decir, por un modelo de justificación *proposicional*.

B) El debate sobre la *objetividad* de la suficiencia probatoria. ¿Son los enunciados probatorios susceptibles de verdad o falsedad? Una de las tesis fundamentales de la versión de la concepción racionalista de la prueba que defiende, por ejemplo, Ferrer (2005), es que, así como se puede diferenciar entre que un enunciado fáctico *sea tenido por verdadero* y que *sea*

<sup>76</sup> Supongamos que voluntariamente ha tomado múltiples cursos de sensibilización, que la han hecho llegar al punto de tener sentimientos de arrepentimiento.

<sup>77</sup> Y suponiendo que no queremos que simplemente mienta con respecto a sus estados internos.

<sup>78</sup> Porque solo ha sido satisfecha una de las condiciones necesarias, la de la presencia de pruebas suficientes conforme al estándar respectivo.

*verdadero*, también puede distinguirse entre *tenerlo por probado* y *que esté, de hecho, probado*. Desde esta posición, tanto los enunciados relativos a la ocurrencia de ciertos hechos jurídicamente relevantes, como los relativos a la presencia de pruebas suficientes a su favor (los que Ferrer llama “enunciados probatorios”), pueden ser verdaderos o falsos. La diferencia radica en el aspecto de la realidad con el que su contenido podría corresponderse.<sup>79</sup> En el primer caso se trataría de una suerte de realidad extra-procesal (¿qué hechos fueron los que efectivamente tuvieron lugar, fuera o con independencia del proceso judicial?), y en el segundo, de una realidad intra o endo-procesal (¿de qué pruebas efectivamente se dispuso?, y ¿son, de hecho, suficientes para que un enunciado se considere probado en ese contexto procesal?). Pues bien, autores como Dei Vecchi (2021) –aportando herramientas conceptuales, en mi opinión, muy útiles para la discusión, como la distinción entre prueba en sentido *gradual* y prueba en sentido *categorico*, o la distinción entre juicios morales *autónomos* y juicios morales *heterónomos* respecto de la suficiencia probatoria–, han cuestionado la segunda distinción o, dicho de otro modo, que los enunciados probatorios tengan fuerza descriptiva, aun si presuponen la vigencia y correcta aplicación de estándares de prueba metodológicamente bien formulados, por ejemplo, siguiéndose el canon propuesto por Ferrer (2021, pp. 29-100).<sup>80</sup> A Dei Vecchi se han sumado voces clásicas de la concepción racionalista, como la de González Lagier (2022, pp. 59-86) –quien cuestiona la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos dados los problemas derivados de la vaguedad intensional y gradual de los criterios de solidez de la inferencia probatoria–, y voces jóvenes que refrescan el debate, como la de Calderón (2023).<sup>81</sup>

<sup>79</sup> Si esa correspondencia se obtiene, los enunciados serán verdaderos, de lo contrario, serán falsos.

<sup>80</sup> De manera muy resumida, el argumento de Dei Vecchi es que incluso cuando se trata de estándares que apelan a criterios epistémicos (y no a estados mentales, como la convicción), la persona juzgadora tendrá que llevar a cabo juicios morales autónomos de suficiencia (carentes de valores de verdad), respecto de cada uno de esos criterios, lo cual conduce a la emisión de enunciados probatorios desprovistos, a su vez, de valores de verdad.

<sup>81</sup> Una primera reacción a los argumentos de Dei Vecchi y de González Lagier puede verse en Aguilera (2021).

C) El debate sobre si el grado de exigencia de los estándares de prueba debe o no variar. ¿Debemos ser consecuencialistas o deontologistas con respecto a la determinación del grado de exigencia probatoria? Otra postura ampliamente aceptada por buena parte de los autores de la concepción racionalista de la prueba es la que podríamos denominar la tesis de la variabilidad contextual del grado de exigencia de un estándar probatorio. La idea es que un estándar de prueba podría ser más o menos exigente en función del tipo de caso de que se trate y de la decisión a la que esté vinculado (que no necesariamente tiene que tratarse de la decisión probatoria que ha de plasmarse en la sentencia). Dicha variación tendría que ser sensible a la gravedad de lo que está en juego si la decisión respecto de los hechos resultase errónea (en el sentido de que los hechos declarados probados no se correspondan con lo que en realidad ocurrió o no ocurrió). Dado que en materia penal lo que está en juego es frecuentemente la libertad de las personas acusadas (o incluso cosas peores), se suele sostener que debe estar vigente para el momento de la sentencia, de entrada, un estándar altamente exigente (mucho más severo, por ejemplo, que el de la “preponderancia de las pruebas”), con lo cual se manifiesta una preferencia social por la comisión de absoluciones falsas (al menos en la mayoría de los países occidentales). Sin embargo, parece razonable (para algunos) sostener que esa alta exigencia probatoria no tiene por qué ser la misma siempre.<sup>82</sup> Pues bien, este tipo de razonamiento presupuesto en la determinación del grado de exigencia de un estándar probatorio, mediante el cual se identifican las consecuencias de un potencial error fáctico (condenar al inocente o absolver al culpable) y se comparan sus costos, constituye una instancia del “consecuencialismo moral”, es decir, de la teoría ética normativa para la cual, *grosso modo*, lo deseable de las consecuencias previsibles de una acción es lo que la vuelve moralmente correcta (sin que importe demasiado si la acción incumple con el requerimiento de algún

<sup>82</sup> Piénsese, por ejemplo, en delitos que ameritan penas de prisión menos extensas, o incluso mínimas, en los que el daño al que se expone a las personas acusadas en caso de error no sería tan serio comparativamente, o en situaciones en las que se eleva el costo de las absoluciones falsas y, por tanto, disminuye nuestra disposición a tolerarlas, por ejemplo, cuando se trata de ofensores reincidentes y se cuenta con información fiable que permite prever que continuarán cometiendo delitos, incluso graves.

otro precepto moral). Como ya puede intuirse, esta postura colisiona con el deontologismo en materia de la determinación del grado de exigencia de un estándar de prueba, para el cual, también *grosso modo*, lo importante no son las consecuencias deseables que una acción, como la de disminuir el grado de exigencia del estándar de prueba, podría producir, sino la observancia de los preceptos morales relevantes. Para dicha postura, el grado de exigencia probatoria, al menos en materia penal y tratándose de la decisión final, no debería variar y, además, debería ser el más exigente que humanamente pueda ser satisfecho (con todo y que un estándar probatorio menos severo, dado que su satisfacción sería comparativamente menos complicada, contribuya a la incapacitación de más ofensores que han reincidido y que probablemente seguirán reincidiendo en la comisión de delitos graves). Para profundizar en este debate, véanse las excelentes discusiones recogidas en Picinali (2018) y Céspedes (2021).

D) El debate sobre si la formulación de un estándar de prueba debe ser flexible, abierta, imprecisa o vaga, o bien, ser lo más precisa posible. De entre las razones que suelen esgrimirse para defender la idea de que los estándares de prueba deben formularse de la manera más precisa posible a efecto de que puedan tomarse como indicativos del umbral que es necesario que las pruebas satisfagan para declarar probada una hipótesis sobre los hechos, destacan 1) la subdeterminación de la decisión probatoria cuando se carece de estos umbrales, 2) la merma a la seguridad jurídica de las personas provocada por la ausencia de los referidos umbrales, y 3) la tensión que se genera con la doctrina de la división de poderes cuando se les permite a las personas juzgadoras que cada una de ellas emplee el baremo de suficiencia probatoria que juzgue apropiado en cada caso. Dado que el establecimiento de dicho baremo es una cuestión político-moral, debería ser abordada por los órganos políticos (las legislaturas). A esta postura podría reprochársele que parece no tomar en cuenta el contexto de diseño institucional en el que se trabaja. Quizá ese contexto presuponga la decisión de que sea un jurado (conformado por los pares de la persona acusada) quien lleve a cabo la función de valorar las pruebas respectivas y de decidir sobre su suficiencia. Esa decisión institucional normalmente va acompañada de la exigencia de entrometerse lo menos posible en las labo-

res del jurado. En un escenario así, no parece haber opción más que la de ofrecerles a los miembros de dichos cuerpos colegiados indicaciones vagas acerca de la suficiencia probatoria. Este es el contexto en el que adquieren sentido propuestas como la de Risinger (2018) de explicar el estándar de “más allá de toda duda razonable” en términos del *alto grado de sorpresa* (entendida como una emoción normativa epistémica) que, dadas las pruebas aportadas y practicadas, los miembros del jurado *deberían* experimentar (aunque, de hecho, no la experimenten), si luego del juicio en el que participan se llegase a descubrir que la persona acusada no era culpable después de todo.<sup>83</sup> En todo caso, dadas sus implicaciones, este debate seguramente continuará. Como muestra, véase la crítica de Ferrer (2020) a la frecuente ausencia del deber de motivar del jurado.

## Bibliografía

- Aguilera, E. (2022). Justificación epistémica, evidencialismo robusto y prueba jurídica. *Quaestio Facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 3, 81-102.
- Aguilera, E. (2021). Dudando de las dudas sobre la formulación de estándares de prueba jurídicos (razonablemente) objetivos. En C. Vázquez (Coord.), *Ciencia y justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (pp. 403-452). México: SCJN.
- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos racionalistas ahora? *Revus, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 39, 85-102.

<sup>83</sup> De forma, en mi opinión, sumamente esclarecedora, Pardo (2018) vincula la noción de sorpresa que Risinger propone emplear como eje para formular explicaciones a los jurados acerca del grado de suficiencia probatoria exigido por distintos estándares, con la idea de “estar a salvo del error” (es decir, con la noción epistémica anglosajona de “*safety*”). La idea básica es que un veredicto, por ejemplo, de culpabilidad en materia penal, se encuentra más y más a salvo mientras más y más difícil es que dicho veredicto pudiera estar equivocado, es decir, mientras más y más distantes del mundo actual se encuentren los mundos posibles en los que si los sujetos en cuestión se formaran la creencia de que la persona acusada es culpable con base en las mismas pruebas disponibles en el mundo actual, dicha creencia sería falsa.

- Accatino, D. (2014). Atomismo y holismo en la justificación probatoria. *Isonomía*, 40, 17-59.
- Agüero, C. (2016). Los estándares de prueba y el boom editorial del discurso probatorio en castellano. *Discusiones*, 18, 81-106.
- Anderson, T., Schum, D., y Twining, W. (2015). *Análisis de la prueba*. trad. de Flavia Carbonell y Claudio Agüero. Madrid: Marcial Pons.
- Anderson, T., Schum, D., y Twining, W. (2005). *Analysis of evidence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bouzat, A. y Cantaro, A. (2003). Verdad y prueba en el proceso acusatorio. *Discusiones*, 3, 67-79.
- Calderón, M. (2023). Acerca del irreductible ámbito de subjetividad en la formulación y aplicación de los estándares de prueba. *Quaestio Facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 4, 145-166.
- Céspedes, T. (2021). Sobre la legitimidad del estándar de prueba en el proceso penal. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 44, 233-261.
- Coloma, R. (2020). ¿Por qué (a veces) las teorías de la prueba nos parecen inútiles? *Polit. Crim.*, 15(30), 614-638.
- Coloma, R. (2016a). Los usos de los estándares de prueba. Entre umbrales y prototipos. *Discusiones*, 18, 23-57.
- Coloma, R. (2016b). Algo más sobre umbrales y prototipos. *Discusiones*, 18, 107-133.
- Dei Vecchi, D. (2021). Prueba sin convicción en su justa medida. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 45, 337-373.
- Dei Vecchi, D. (2020). *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*. Lima: Zela.
- Dei Vecchi, D. (2013). Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad. *Discusiones*, 18(2), 233-264.
- Ferrer, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2020). Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias. La sentencia *V.P.R., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua* de la Corteidh. *Quaestio Facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 1, 359-382.
- Ferrer, J. (2018). Los hechos en la casación penal. *Actualidad Penal*, 48, 153-175.

- Ferrer, J. (2017). El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. Inmediación e inferencias probatorias. *Revista cubana de derecho*, 1(1), 244-273.
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Gama, R. (2021). En búsqueda de El Dorado. La concepción racional de la prueba y la formulación de estándares de prueba precisos y objetivos. *Revus, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 43, 1-22.
- Gama, R. (2016). A propósito de umbrales, prototipos y usos de los estándares de prueba. *Discusiones*, 18(2), 59-79.
- Gascón, M. (2003). Concepciones de la prueba. Observación a propósito de “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, de Michele Taruffo. *Discusiones*, 3, 43-54.
- González Lagier, D. (2022). *Quaestio facti. Nuevos ensayos sobre prueba y filosofía, Volumen II*. Lima: Palestra.
- Ibáñez, A. (2003). Sobre la prueba y el proceso penal. *Discusiones*, 3, 55-66.
- Lackey, J. (2021). Norms of criminal conviction. *Philosophical Issues*, 31, 188-209.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica* (C. Vázquez y E. Aguilera, Trad.). Madrid: Marcial Pons.
- Laudan, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 95-113.
- Páez, A. (2016). Umbrales y prototipos: Introducción al debate en torno a los estándares de prueba. *Discusiones*, 18, 7-21.
- Pardo, M. (2018). Epistemology, psychology, and standards of proof: An essay on Risinger’s “surprise” theory. *Seton Hall Law Review*, 48, 1039-1055.
- Picinali, F. (2018). Can the reasonable doubt standard be justified? A reconstructed dialogue. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 31(2), 365-402.
- Prado, G. (2019). *La cadena de custodia de la prueba en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons.

- Risinger, M. (2018). Leveraging surprise: What standards of proof imply that we want from jurors, and what we should say to them to get it. *Seton Hall Law Review*, 48, 965-994.
- Schauer, F. (2013). *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- Schauer, F. (2004). *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas, en el Derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos*, (J. Ferrer, Trad.). Madrid: Trotta.
- Taruffo, M. (2003a). Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. *Discusiones*, 3, 15-41.
- Taruffo, M. (2003b). Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. *Discusiones*, 3, 81-97.
- Valenzuela, J. (2022). Sin convicciones sobre el futuro. Una observación a “Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso”, de Jordi Ferrer. *Discusiones*, 28(1), 159-177.
- Vieira, A y Murilo de Olivera Mattos, S. (2020). Sobre “La cadena de custodia de la prueba en el proceso penal”, de Geraldo Prado. *Discusiones*, 25(2), 205-258.

# Instrucciones para autoras/es



*Discusiones* publica debates en torno a un texto principal, además de diferentes secciones con textos críticos. El ámbito temático de la revista incluye la filosofía del derecho, la filosofía moral y política, así como la teoría del derecho penal, privado y constitucional. Los textos deben reflejar conocimiento original e inédito. La revista consta de dos números al año publicados en junio y diciembre de cada año.

Cada número de la revista constará de cuatro secciones: la sección principal será dedicada a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de comentarios críticos y una réplica por parte del autor/a del trabajo principal. La sección *Discusiones: Cortes* está destinada a discutir críticamente tanto un fallo o línea jurisprudencial de alguna Corte o Tribunal de relevancia, como cuestiones relativas al diseño institucional del Poder Judicial. La sección *Discusiones: Libros* albergará trabajos que discutan una idea central presente en un libro o conjunto de artículos considerados clásicos o de reciente aparición. Por último, la sección *Discusiones: Balance* consistirá en un apartado dedicado a retomar discusiones anteriores que hayan tenido lugar en esta revista o en otras sedes, intentando proyectarlas hacia el futuro.

### **Envío y evaluación**

Todo artículo o propuesta de discusión debe ser enviado al Director o la Secretaría de Redacción (fjarena@gmail.com, samantaborz@gmail.com, danidomeniconi@gmail.com)

*Discusiones: sección principal.* El contenido de esta sección surgirá de la decisión del Consejo Editorial, por propuesta del Comité Científico o por una propuesta externa. Las propuestas de discusión para esta sección deben enviarse con el texto principal que se propone como eje de discusión y los nombres y vinculación institucional del/de la editor/a y los/las discutidores/ras. La propuesta será evaluada por el Consejo Editorial pidiendo parecer al Comité Científico. En caso de ser aceptada, el texto principal será remitido por la Secretaría de redacción para su referato ciego por dos

pares externos. Finalizado el proceso de evaluación, corresponderá al/a la editor/a propuesto/a la coordinación de la discusión, recopilando los textos críticos de las personas indicadas como comentaristas y la réplica o respuesta final a las críticas por parte del/la autor/a principal. Los textos propuestos para esta sección no deberán exceder las 10.000 palabras y deberán respetar las normas editoriales de la revista.

*Discusiones: Cortes.* La participación en la sección resultará mediante invitación del director o de las editoras o mediante propuesta externa. La propuesta debe ser enviada a las editoras Flavia Carbonell (fcarbonell@derecho.uchile.cl) o Carolina Vergel (carolina.vergel@uexternado.edu.co) y debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar los siguientes documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría; (3) en su caso, archivo word o pdf de la/s sentencia/s analizada/s. Tanto en el caso de invitación como en el de propuesta externa, el texto será remitido por las editoras para su referato ciego por pares externos. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

*Discusiones: Libros.* La participación en la sección resultará mediante invitación del director o de las editoras o mediante propuesta externa. La propuesta debe ser enviada a las editoras Janaina Matida (janainamatida@gmail.com) o Lorena Ramírez (lorena.ramirez@upf.edu) y debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. Tanto en el caso de invitación como en el de propuesta externa, el texto será remitido por las editoras para su referato ciego por pares externos. El texto debe contener un abordaje crítico y preciso sobre el libro objeto de discusión, no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

*Discusiones: Balance.* La participación en la sección resultará mediante invitación del director, del editor o de la editora o mediante propuesta externa. La propuesta debe ser enviada al editor Diego Dei Vecchi (deivecchidm@gmail.com) o a la editora Laura Manrique (laumanrique@hotmail.com) y debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar lo siguientes documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. Tanto en el caso de invitación como en el de propuesta externa, el texto será remitido por las editoras para su referato ciego por pares externos. El texto debe contener un abordaje crítico y extenso de alguna de las discusiones que han sido objeto de números anteriores de la revista o que se hayan llevado a cabo en otras publicaciones y deberá, además, incluir nuevas proyecciones y actualizaciones del debate analizado. Finalmente, el texto no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

### **Instrucciones generales de escritura y citado**

Todos los trabajos estarán redactados con interlineado a espacio y medio y letra fuente Times New Roman 12. A partir del segundo párrafo se utilizará sangría izquierda de 0,5 cm. en la primera línea (el primer párrafo no lleva sangría). Se debe evitar el uso de tabulación, lista y viñetas.

El título principal, en español, estará redactado **en negrita**, con interlineado a espacio y medio, alineado a la derecha y en letra fuente **Times New Roman 14**. Debajo deberá incluirse, en *cursivas*, sin negritas y alineado a la derecha, el título en inglés.

Inmediatamente bajo el título principal de cada trabajo (alineado a la derecha), en letra fuente Times New Roman 12, las/os autoras/es pondrán su nombre con una llamada a pie de página, en asterisco, en la cual harán mención de su grado académico, de su pertenencia institucional (incluyendo ciudad y país) y de su correo electrónico.

A dos espacios (abajo) del nombre, se ubicará, en español y en inglés, el resumen, de no más de 150 palabras, y las palabras claves (entre 3 y 6). Deben redactarse en letra tamaño 10, interlineado sencillo y con sangría izquierda y derecha de 1 cm en todas las líneas. Primero se incluirá la versión en español y, a un espacio (abajo), se incluirá la versión en inglés.

A dos espacios (abajo) se ubicará el primer título. Los títulos y subtítulos estarán redactados en negrita y tamaño 14, dejando un espacio entre el (sub)título y el primer párrafo. La numeración de los títulos y subtítulos se hará en números arábigos. Ej: 1. Mujeres al poder; 2.1. Feministas a la cabeza

Las citas textuales, de una extensión menor a tres renglones, se indicarán entre comillas voladas dobles y se usarán comillas voladas simples si la cita incluye comillas. Las citas textuales de una extensión mayor a tres renglones se deberán indicar en párrafo separado, sin comillas, con sangrías izquierda y derecha de 1 cm en todas las líneas, sin sangría en primera línea, y deberán estar redactadas en fuente Times New Roman 11, redondas, interlineado simple. Debe dejarse un espacio antes y después de la cita.

En caso de que la/el autor/a decida insertar argumentos en párrafo separado fuera del cuerpo del texto, el formato será en Times New Roman 12, interlineado 1,5, con sangrías izquierda y derecha de 1 cm en todas las líneas, sin sangría en primera línea, sin uso del formato de tabulación, numeración y viñetas. Debe dejarse un espacio antes y después.

### **Referencias:**

Se realizarán siguiendo el sistema de la American Psychological Association (APA - 6th edition). Por lo que preferiblemente se incluirán en el cuerpo del texto y deben ir entre paréntesis, indicando el apellido de la autora o autor, la fecha de publicación y el número de página(s). Ejemplo: “Como se ha dicho, el derecho es doblemente indeterminado (Guastini, 2014, p. 55)”. Si se hace una mención general, se hará constar solamente el apellido

de la autora o autor y el año de publicación de la obra. Ejemplo: “Este tema ya ha sido abordado otras veces (Bayón, 1994; Redondo, 1996)”. Las referencias bibliográficas se harán en notas a pie de página únicamente cuando sea inadecuado para el desarrollo del texto hacerlo en el cuerpo del texto. Ejemplo: “Véase, para una versión diferente de esta tesis (Celano, 2013, pp. 135-136)”. Los números que reenvían a las notas se ubicarán luego del signo de puntuación. Las notas al pie de página deben ser enumeradas consecutivamente y debe redactarse con fuente Times New Roman 10, interlineado sencillo.

La bibliografía se incorporará al final del artículo, antecedida por el título “Bibliografía” en fuente Times New Roman 14, en negritas, y deberá contener exclusivamente las obras citadas (tanto en el cuerpo del texto como en las nota a pie de página). Las referencias, ordenadas alfabéticamente según el apellido del autor o autora, se harán de la siguiente manera (para más indicaciones consultar directamente las normas APA 6ta edición):

Si se trata de un libro: Guastini, R. (2011). *La sintassi del diritto*. Torino: Giappichelli.

Si se trata de capítulo en obra colectiva: Celano, B. (2013). What can Plans do for Legal Theory?. En Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law* (pp. 129-152). London: Springer.

Si se trata de un artículo en revista: Redondo, M.C. (2006). Sobre la completitud de los sistemas jurídicos. *Análisis Filosófico*, 26(2), 294-324.

Las obras de un mismo autor o autora se listarán en orden descendente por fecha de publicación y usando letras cuando haya más de una publicación para un año (2010, 2001, 1997a, 1997b, etcétera).

La bibliografía estará redactada en letra Times New Roman 12, interlineado de 1,5 y llevará sangría francesa de de 0,5 cm.

### **Lenguaje inclusivo**

La Revista Discusiones recomienda y valora positivamente el seguimiento de las siguientes reglas de lenguaje inclusivo:

(i) Evitar el uso del masculino de manera genérica (*i.e.*, evitar “el refugiado” y usar, en cambio, “la persona refugiada”) y el uso de falsos genéricos (*i.e.*, evitar “los hombres” y usar, en cambio, “las personas” o “la humanidad”).

(ii) Preferir el uso de genéricos terminados en A, E o L (*i.e.* “la/el pianista”, “las/los asistentes”, “la/el profesional”) o, en su defecto, el correspondiente desdoblamiento (*i.e.*, “las/os niñas/os”, “la/el deportista”). En este último caso, se podrá apelar a las perífrasis o giros para evitar sobrecargas (*i.e.*, “Las personas interesadas” en lugar de “las/los interesadas/os”)

(iii) Evitar el uso de denominaciones sexuadas (*i.e.*, evitar “una mujer policía” y usar, en cambio, “una policía”).

(iv) Al proponer ejemplos, evitar aquellos que reproduzcan y refuercen un estigma, paradigma, sesgo, canon o dispositivo de opresión cuando, obviamente, no estén destinados a ejemplificar alguna de estas circunstancias.

Se terminó de imprimir en 2022  
en Ediuns, Bahía Blanca, Argentina.  
Se imprimieron 50 ejemplares

