



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo acuerdo

número 985162 de fecha 17 de agosto de 1998.

Ciencia del Derecho y Mente Jurídica.

Una propuesta para el aprendizaje del arte del Derecho

Tesis que para obtener el grado de

Doctor en Derecho

Sustenta

Juan Abelardo Hernández Franco

Director de la Tesis

Dr. Luis José Béjar Rivera

A Berenice y Daniela

Este trabajo no habría sido terminado sin la invaluable ayuda del Dr. José Antonio Lozano, quien me ha permitido desarrollar estas investigaciones y me ha integrado al mejor equipo de trabajo en la mejor Facultad de Derecho de México.

Tampoco habría sido posible sin las grandes oportunidades que me brindaron el Dr. Juan Manuel Acuña y el Dr. Guillermo Tenorio. A todos ellos mi más sincero y profundo agradecimiento por su ayuda y amistad.

Al Dr. Roberto Ibáñez quien me permitió iniciar los estudios de doctorado en Derecho hace algunos años.

También agradezco al Dr. Luis José Béjar Rivera, quien me motivó a elaborar esta tesis y me ayudó en su conformación final.

A todas mis compañeras y compañeros tanto de la academia como del área administrativa.

A las secretarías de la licenciatura y del posgrado.

Al Dr. Eduardo Preciado y a la Lic. Fernanda González, a Alejandra Armenta y Araceli Hernández que comparten conmigo el trabajo diario.

Imposible mencionarlos a todos en un breve espacio.

Compañeros de años con los que se ha consolidado una especie de familia.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	11
-------------------	----

Capítulo I

EL RAZONAMIENTO JURÍDICO Y SUS FORMAS DE EXPRESIÓN.....	19
1.1.- EL RAZONAMIENTO JURÍDICO.....	19
1.2. EXPRESIÓN NARRATIVA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO.....	29
1.2.1. Las palabras empleadas en la narración son nociones.....	33
1.2.2. La narración expone respuestas a un asunto en forma hipotética y se refuerza o se desecha mediante un proceso dialógico o judicial	37
1.2.3. La ley estructurada con tipos jurídicos permite la expresión de la Mente Jurídica	47
1.2.4. El razonamiento sobre casos particulares puede tener una respuesta <i>objetiva</i> pero no <i>absoluta</i>	57
1.3. EXPRESIÓN FORMAL DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO.....	60
1.3.1. Lógicas compatibles con los razonamientos jurídicos	62
1.3.2. Kelsen contra el silogismo jurídico.....	64
1.4. OPERACIONES DE LA MENTE JURÍDICA: NARRATIVA Y LÓGICA: Lo verosímil y lo verdadero se concilian en la virtud	66
1.4.1. Lo verosímil y coherente de un razonamiento no garantiza la calidad de la respuesta jurídica. Los valores desplazados en ella si.....	70

Capítulo II

LAS FORMAS MENTALES DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO Y SU ORIGEN EN LA PRAXIS HUMANA	81
2.1. FORMAS MENTALES DE ABSTRACCIÓN INNATAS	85
2.2. FORMAS MENTALES DE ORIGEN CULTURAL.....	89
2.2.1. El experimento de Vigotski y Luria comprueba la influencia de las formas mentales culturales en los integrantes de una población.....	92
2.2.2 Las resoluciones jurisprudenciales de proculeyanos y sabinianos responden a modelos de razonamiento preoperatorio irreversible y operatorio reversible.....	97
2.2.3. Los estudios de Erich Fromm en México también comprueban la influencia de las formas mentales culturales en los integrantes de una población.....	103
2.2.4. Las teorías de Karl Mannheim y de los miembros de la Escuela de Toronto estudian por primera vez la influencia cultural en la creación de las formas mentales.....	106
2.2.4.1. Ejemplo de cómo los lenguajes, siendo medios dan forma a nuestras operaciones mentales y nos hacen comprender el mundo de cierta forma.....	110
2.2.5. La escuela de Frankfurt.....	111

Capítulo III

INVESTIGACIONES PSICOLÓGICAS, FILOSÓFICAS Y RELIGIOSAS SOBRE

LA MENTE Y EL DERECHO	115
3.1. Breve panorama de un itinerario común.....	115
3.2 El estudio de la mente jurídica como propuesta frente a la epistemología jurídica.....	136
3.3. El fundamento de la mente jurídica se encuentra en las bases de la racionalidad judeo-cristiana desde la interpretación neokantiana de la Escuela de Marburgo.....	148

Capítulo IV

EJEMPLOS DE RAZONAMIENTO JURÍDICO EN LOS PROCESOS

JUDICIALES	179
4.1. RAZONAMIENTO JURÍDICO EN EL SISTEMA INQUISITORIAL.....	180
4.1.1. Valoración de la prueba circunstancial.....	186
4.2. RAZONAMIENTO JURÍDICO EN EL SISTEMA ADVERSARIAL.....	191
4.2.1. Origen del sistema adversarial.....	191
4.2.2. El proceso adversarial permite razonar las hipótesis jurídicas como acciones sociales.....	193
4.3 HERRAMIENTAS PARA LLEVAR A CABO INTERROGATORIOS.....	196
4.3.1. Objeto y fin del <i>interrogatorio directo</i> y <i>contra interrogatorio</i>	196
4.3.2. Interrogatorio Directo: Luces, cámara y acción.....	199

4.3.2.1 Herramientas para el interrogatorio directo.....	200
4.3.3 Contrainterrogatorio.....	204
4.3.3.1. Herramientas para el contra interrogatorio.....	205
Conclusiones	213
Bibliografía.....	216
Hemerografía.....	224

Introducción

Cuando ingresé a la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana a mediados del año 2004 se me nombró Secretario Académico de la licenciatura. Dentro de mis primeras funciones se me encargó el desarrollo de un plan de estudios innovador que pudiera actualizar los estudios de la licenciatura. Después de dos años de investigación sobre los sistemas de enseñanza del Derecho en varias partes del mundo, coordiné a un interesante grupo de académicos y administrativos para poder implementar una nueva currícula académica. Aquel proyecto fue desarrollado a la luz de los trabajos de Edgar Morin, quien había propuesto a la UNESCO un modelo sin precedentes para la educación en el siglo XXI.

A pesar de haber cumplido el proyecto de conformar una nueva currícula y lograr importantes avances educativos, reconocí con el paso de los años que, el proyecto no terminaba por satisfacer algunas cuestiones fundamentales de la educación jurídica. La tesis principal de Edgar Morin consistía en que el pensamiento siempre es complejo y que la enseñanza de materias como compartimientos estancos era insuficiente. Por ello debían combinarse las materias en sus contenidos para reforzar los conocimientos de los estudiantes. Esto fue la base a partir de la cual se estructuró la nueva currícula de la licenciatura en Derecho.

Aunque la explicación de Morin es importante, es insuficiente para la educación de los jóvenes abogados. El razonamiento jurídico -en concreto- no solo es complejo, sino que responde a una dinámica que debe de ejercitarse. Sobre todo comprendiendo el sistema de Derecho en el que opera. Este aspecto dinámico, Morin no lo tomaba en cuenta, pues su modelo educativo no era exclusivo para abogados. Al detectar esta carencia, dirigí mis investigaciones al campo de la Epistemología Jurídica y al Razonamiento Legal, para poder detectar estas operaciones dinámicas y definir su naturaleza. Una vez localizadas las operaciones que debían ejercitarse para hacer competentes a los jóvenes estudiantes de Derecho, sería más fácil incluirlas en un claro plan de desarrollo de competencias educativas para abogados. Para lograr mi objetivo, debía de llevar a cabo un estudio sobre la racionalidad jurídica y, en específico, comprender cómo se conecta con la Ciencia del Derecho.

La investigación que presento como tesis para obtener el grado de doctor en Derecho trata de resolver el problema de cómo razonan realmente los juristas para, con ello, poder definir y mejorar los programas universitarios de formación de profesionales del Derecho. Mi propósito no es investigar las formas en que aparece el pensamiento en los libros de lógica, retórica, interpretación o argumentación jurídica; sino la forma como funciona la mente jurídica en la vida real. Desde el escritorio, donde trabaja un solitario abogado, hasta los grandes razonamientos de los ministros de la Suprema Corte de Justicia.

La finalidad de este estudio radica en brindar a los profesionales de la educación jurídica una serie de datos e informaciones relevantes sobre la cognición jurídica para que, a partir de ellos, puedan elaborar métodos adecuados para desarrollar habilidades, destrezas y competencias jurídicas. Los programas de estudio deben considerar modelos pedagógicos desarrollados a partir de estos planteamientos cognitivos. De lo contrario, los modelos de enseñanza aprendizaje podrían quedar limitados en sus resultados.

Existen algunos ensayos por parte de abogados y de psicólogos, sobre todo a partir del siglo XX, indagando el cómo razonan o cómo deberían razonar los expertos en Derecho. Sin embargo, casi todos ellos no quedan más que en meros proyectos ensayísticos. Para darle un sesgo más científico a mi investigación procedí al estudio de autores como Lev Vigotski, Jean Piaget y Jerome Bruner. Todos ellos vinculados en sus investigaciones. Los dos últimos muy relacionados con el razonamiento de orden jurídico. Piaget fue amigo de Hans Kelsen y discutió con él por varios años el tema de la racionalidad jurídica. Bruner, discípulo de Piaget, formó parte del Centro de Estudios Cognitivos en el que colaboró junto con juristas y expertos en ciencias sociales. Actualmente es investigador de la Universidad de Nueva York en materia de razonamiento judicial y jurídico.

El 29 de noviembre de 2010 me entrevisté con él. Me recibió en su oficina ubicada en el edificio *Vanderbilt Hall*,¹ lugar que ocupa la Escuela de Derecho de la

¹ 40 Washington Square South.

Universidad de Nueva York. A partir de esa entrevista nació mi investigación sobre la relación entre el constructivismo de Jean Piaget y las teorías jurídicas de Hans Kelsen. Bruner -con quien reviso el avance de mis estudios- conoció a ambos en este campo de investigaciones. Entre ambos existía una gran relación en la que se abordaban estos temas de interés cognitivos sobre los cuales nunca había leído y escuchado nada, ni en la facultad de filosofía ni en la facultad de derecho. Mucho menos en la de pedagogía.

De acuerdo a las recientes investigaciones de Julian Jaynes² hoy sabemos cómo, ante un problema, la mente del operador jurídico se pone en movimiento. En un primer momento la conciencia del experto en Derecho se presenta para llevar a cabo la comprensión del problema a resolver. Lo visualiza espacio temporalmente y, posteriormente, analiza los elementos con los que debe fundar y motivar su respuesta. La conciencia debe trabajar detallada y profundamente en esta etapa ya que lo fundamental para responder a un problema es, ante todo, el comprender precisamente de qué se trata ese problema. Si no se entiende, cualquier respuesta es inútil.

En segundo lugar, una vez comprendido conscientemente el problema, nuestra forma de pensamiento se desplaza, sin dejar de razonar, de lo consciente a lo no consciente. Pues el hecho de no ser conscientes de algo, no quiere decir que no estemos razonando un problema. Manejamos nuestros autos, caminamos,

² Jaynes, Julian, *El origen de la conciencia en la ruptura de la mente bicameral*, México, FCE, 1987, pp.62-68.

comemos y hacemos un sinnúmero de actividades mientras conscientemente atendemos otros asuntos y hacemos otras cosas.³

Muchas veces tratando de resolver una cuestión, la respuesta se nos ocurre mientras dormimos o estamos haciendo cualquier otra actividad. Son esos momentos en los que despertamos a media noche y decimos ¡Eureka!

A propósito de esto, Quentin Reynolds, describiendo la vida del jurista norteamericano Samuel S. Leibowitz, nos dice que al lado de su cama, éste siempre tenía a la mano una libreta en la que hacía anotaciones en los momentos en que repentinamente despertaba con buenas ideas para ir resolviendo los asuntos que llevaba. Incluso, Leibowitz estaba convencido de que el caso “[...] *lo había ganado en la cama.*”⁴

¿Qué ocurre en nuestra mente? Parece ser que el inconsciente dibuja una conjetura; una hipótesis, una gran imagen a modo de totalidad. Para expresar su idea total, organiza simbólicamente los términos del lenguaje. Organizará simbólicamente los significantes. Los cargará de valores para después proyectar de forma narrativa su idea.

³ No deja de ser curioso que exista un ejercicio dentro del budismo Zen que obliga a la gente a ser conscientes de los actos que suelen realizar inconscientemente. Por ejemplo, el ejercicio dice: cuando comas, come y no hables de cosas con la gente con la que estas. Cuando te bañes, concéntrate en bañarte y no pienses en otras cosas.

⁴ Reynolds, Quentin, *Courtroom. In the criminal courtroom with Samuel S. Leibowitz, Lawyer and Judge.*, Farrar, Straus and Giroux, Nueva York, 1950, p. 29.

En los últimos años me he percatado que muchos de aquellos que realizan exclusivamente estudios de Psicología desarrollan una cierta patología que padecen muchos de los que realizan estudios exclusivamente en Filosofía. Se sumergen en teorías abstractas y buscan construir edificios mentales coherentes que al momento de buscar una manifestación clara en la realidad, quedan imprecisas. Las sólidas construcciones mentales –al momento de querer construir las con cimientos en la realidad– se derrumban o presentan grandes fisuras que las muestran inconsistentes y poco seguras.

De esta misma forma me he dado cuenta que los grandes avances en materia filosófica y psicológica tienen un origen transdisciplinario. Es decir, en otras ciencias o en otros saberes que al poner a prueba las construcciones teóricas de ambos saberes, ajustándolos a sus requerimientos prácticos, distinguen lo verdaderamente sustancial y valioso, de lo inútil e inestable del conocimiento. No hay mejor aval de una teoría que su éxito en la aplicación de lo real.

El saber que se investiga en este proyecto no es otra cosa sino que la virtud jurídica. Más que investigar si se realizaron o no ciertos actos y definir si es verdad que se dieron o no, el saber jurídico consiste en determinar la probable bondad o maldad de tales hechos. Si se violó o no un orden justo. La virtud de la justicia consiste en determinar la conveniencia o no conveniencia de imputar a un acto ciertas consecuencias. El saber jurídico, no tiene por objeto la verdad sino el

ejercer la justicia. Y aunque la verdad de los hechos indica algo, la función de los jueces y de los expertos en Derecho es juzgar si se debe o no imputar ciertas consecuencias a ciertos actos. El ejercicio jurídico es un arte, que opera en una herramienta que tiene bases científicas y se llama Derecho.

La verdad y la ciencia no abordan problemas sobre la justicia, sobre la bondad o maldad o bien, de conveniencia o inconveniencia. La ciencia constata hechos y busca la verdad de los mismos. Es decir adecuar la inteligencia a la realidad. Pero valorarla es competencia de la voluntad. En ello radica el razonamiento jurídico. En saber los hechos y los actos, pero juzgar la conveniencia o no de las imputaciones. Es un razonamiento complejo, pero implica también un ejercitarse en el campo de la valoración y del juicio praxico.

Por otra parte también es importante destacar que el Derecho no puede saber con exactitud hechos verdaderos absolutos. Porque sus fuentes son los testimonios, las pruebas y los documentos. Éstos no constatan la verdad de los hechos. Tan sólo presentan elementos que podrían llevar a la mente de los expertos en Derecho a establecer ciertas conjeturas a partir de las cuales deben de juzgar que se han hecho correcta o incorrectamente los actos conforme a la ley.

La ciencia puede ser enseñada, la “virtud” no, sin embargo puede haber un proceso de aprendizaje de ella. El derecho tiene un aspecto científico y teórico. Incluso uno técnico que se enseña en las universidades y escuelas de derecho. Sin embargo la virtud propia del abogado, aquella con la que se debe realizar el *ars iuris*, aunque no se puede enseñar, se puede inducir a aprenderse. Se trata de direccionar los hábitos y a partir de ellos alcanzar la virtud, por parte de los estudiantes. Platón por boca de Sócrates nos revela esto en el diálogo *Menón*.

En esta tesis pretendo consolidar mis indagaciones sobre las relaciones entre el estudio de las Ciencias Sociales –entre las que se encuentra el Derecho– con la Psicología y la Pedagogía. Por esta razón considero que se trata de un estudio de frontera, muy adecuado para la academia jurídica.

Capítulo I

EL RAZONAMIENTO JURÍDICO Y SUS FORMAS DE EXPRESIÓN

1.1. EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

La investigación sobre el razonamiento jurídico no debe partir del “qué” se razona, sino del “cómo” se razona. El qué, sin duda alguna –y por la naturaleza del estudio-, siempre serán cuestiones del orden legal y señalará la necesidad de resolver un caso; sin embargo investigar esto no nos permitirá saber hacerlo. En cambio, si abordamos el estudio del cómo, el objeto principal de la investigación radicará precisamente en descubrir estos mecanismos de razonamiento que deben desarrollar los expertos en Derecho. Por esto, parece ser más coherente abordar e investigar el cómo se razonan las cuestiones jurídicas y; por esta razón es el cómo y no en el qué del razonamiento jurídico, en lo que esta investigación se centrará.

El razonamiento jurídico no parte de operaciones lógico-formales, sino de operaciones intuitivas o de lógica operativa. No pensamos formulando premisas mayores ni premisas menores, ni estructurando silogismos. Nuestra mente se pone en movimiento espontáneamente ante los problemas jurídicos explorando

posibles soluciones. Planteando respuestas probables en decenas de direcciones distintas. Pero ninguna de ellas es gratuita. La mayoría de estas conjeturas son producto de la experiencia acumulada con el paso del tiempo por los expertos en Derecho.

Nuestra Mente Jurídica no inicia sus operaciones con esquemas estrictamente formales. De hecho gran parte las operaciones mentales con las que opera ni siquiera son conscientes. Y no por este hecho dejan de ser operaciones racionales. El psicólogo norteamericano Julian Jaynes ha señalado que varios de los tipos elementales de razonamiento ocurren sin conciencia.

Hay un razonamiento complejo que ocurre continuamente sin la conciencia. Nuestras mentes trabajan mucho más de prisa que la conciencia. Es común hacernos enunciados generales, de modo automático, basados en nuestras experiencias pasadas, y sólo como idea posterior traemos a la mente algunas de las experiencias pasadas en que está basado nuestro enunciado o aserto. ¡Con cuánta frecuencia sacamos conclusiones firmes que no podemos justificar en absoluto! Precisamente porque el razonamiento no es consciente.⁵

Siguiendo las investigaciones de Jaynes, es posible distinguir ciertos momentos específicos en los que los profesionales en Derecho, emplean la conciencia

⁵ Jaynes, Julian, *Op. cit.*, p. 48.

plenamente para resolver los problemas que se les plantean. En primer lugar, debemos de tener plena conciencia cuando se comprende un problema. Al leer el expediente, los contratos o la narración misma de los hechos que están en cuestión. Julian Jaynes incluso sostiene que realizamos una especie de graficación de los problemas a resolver. Una *espacialización*.

*Esta espacialización es característica de todo el pensar consciente. Si en este momento está pensando el lector en cuál de todas las teorías sobre la mente encaja mi teoría particular, primero, como es costumbre, recurrirá a su espacio mental en el cual las cosas abstractas se pueden “superar” y poner “una al lado de otra”, a fin de poder “observarlas”, lo que nunca ocurrirá en el mundo físico o real. El lector hace entonces la metáfora de teorías como objetos concretos, luego la metáfora de una sucesión temporal de tales objetos como si fueran un arreglo sincrónico, y en tercer lugar, la metáfora de las características de teorías como características físicas, todo en forma tal que puedan ser “colocadas” en una especie de orden. La conducta real de encajar o embonar, de la cual aquí “encajar” es el análogo en la conciencia, puede variar de una persona a otra y de una cultura a otra, dependiendo de la experiencia personal de disponer cosas en cierto tipo de orden, o de encajar objetos en sus receptáculos, etc.*⁶

⁶ *Ibidem*, p. 63.

Una vez que la mente jurídica consciente ha comprendido un problema –y que, incluso conscientemente ha detectado mediante qué elementos deberá resolverlo, para fundar legalmente su respuesta–, nuestra mente jurídica entra en una especie de trance inconsciente.

¿Qué ocurre en este momento? En la opinión de varios psicólogos constructivistas lo que ocurre es que el experto en Derecho intenta ubicar inconscientemente el asunto que desea resolver, en alguna de sus categorías mentales previas. Su mente conserva *un fondo* de experiencia que ha acumulado a lo largo de su vida universitaria y profesional. Los casos que ha estudiado y aquellos en los que participado de cerca constituyen un gran bagaje de conocimiento a partir del cual intenta resolver cuestiones nuevas.

El experto en Derecho emplea intuitivamente una especie de fondo de respuestas comprobadas, producto del ensayo y error, que conserva almacenadas en su mente. Se trata propiamente de un conocimiento generado por el sentido común con advertencias que ordinariamente habría que tener presentes. Es un conocimiento más parecido al de las reglas de gramática o de los proverbios. Tal como se mostrará más adelante, estas categorías mentales se operan en orden a un estadio psicogenético y bien condicionado a ciertos medios culturales.

Nuestra mente, de forma natural, opera con estructuras sintácticas que domina a la perfección desde la infancia y que tienen por objeto transmitir dependencias y relaciones mutuas causales, espaciales, temporales, condicionales y de contraposición, entre muchas otras.⁷ Por eso, la Mente Jurídica con sus pensamientos tiende a comparar, separar y unir datos que recibe, con otros más que tiene asimilados a lo largo de su vida profesional. Intenta unir elementos presentes con otros anteriores. Un problema jurídico nuevo con una serie de experiencias acumuladas.

Tales estructuras sintácticas constituyen una especie de lógica operativa especial. O, mejor dicho, un “sentido común” preformado por un conjunto de descripciones más o menos normativas y más o menos conexas con las que funciona nuestra propia mente y la mente de los demás en nuestra cultura.⁸ Formas donde –como dice William James – lo “verdadero” es “lo que es bueno en materia de creencias”. Creencias que tenemos nosotros y suponemos que tiene todo el mundo a la hora de llevar a cabo cualquier programa de deseos y acciones.⁹ Es la lógica de lo que Wilhelm Dilthey llamó el *Geisteswissenschaft* (el saber del hombre basado en la cultura).¹⁰

⁷ Cfr. Vigotski, Lev, “Conferencias sobre Psicología”, en *Obras Escogidas*, Madrid, Visor–Antonio Machado Libros, 2001, tomo II, p.397.

⁸ Jerome Bruner las llama “psicología intuitiva” o “psicología popular”. Cfr. Bruner, Jerome, *Actos de Significado, Más allá de la Revolución Cognitiva*, Madrid, Alianza, 1991, p.53.

⁹ *Ibidem*, pp. 43 y 58.

¹⁰ Estas ideas tendrán gran influencia en Max Weber, quien conoció a Dilthey desde una muy temprana edad. Wilhem Dilthey junto con Theodor Mommsen frecuentaban la casa de los Weber gracias a la amistad que tenían con los padres de Max Weber.

Nuestra Mente Jurídica busca establecer una relación de datos en orden a sus formas mentales. Ésta serie de uniones conforma en su interior una reunión de datos organizados que se convertirán en información. Es decir, se reorganizarán de tal forma que establecerán, a modo de conjetura, una primera solución para resolver un problema.

La estructura mental es producto de la necesidad de coherencia interior y de organización. Una especie de necesidad homeostática de la *psiqué* o bien, una forma estratégica de sobrevivencia. Ante un nuevo problema, el sujeto debe construir nuevamente la mente. Recrear un sistema de categorías con las cuales operar una nueva situación. Ello ocurre, siempre condicionado por el estadio biológico o cultural de cada sujeto. *La inteligencia es por definición la adaptación a situaciones nuevas* y, por consiguiente, reconstruye continuamente sus estructuras.¹¹ Establece nuevas categorías a partir de las cuales puede resignificar el mundo experimentado.¹² La inteligencia jurídica consiste en recategorizar la mente para comprender nuevas situaciones legales y jurídicas. El estímulo externo o nueva conducta es asimilada o integrada a las anteriores. Dependiendo de los estímulos externos, la mente crea –no descubre– nuevas categorías a partir de las cuales se resignifica el mundo.¹³ Por ello, Piaget afirma que el medio está subordinado a la estructura interna y no a la inversa.

¹¹ Bringuier, Jean –Claude, *Conversaciones con Piaget, Mis trabajos y mis días*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2004, pp.78-79.

¹² Amsterdam, Anthony y Bruner, Jerome, *Minding the Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, pp. 27-28.

¹³ *Ibidem*, p.27.

*Si un conejo come col no se convierte en col; la col se convierte en conejo, eso es la asimilación. Psicológicamente, es la misma cosa. No importa qué estímulo esté integrado a estructuras internas.*¹⁴

Un asunto jurídico es asimilado primero bajo las categorías del operador jurídico, pero enseguida, ante las características circunstanciales de cada asunto; la mente recategoriza para comprender el asunto bajo la forma particular. Acontece un fenómeno de *acomodación* que consiste en el *ajustamiento del esquema mental a la situación particular*. En otras palabras, se empieza a operar con un nuevo razonamiento al mismo tiempo que se construyen nuevas categorías mentales. Por ello, la *acomodación* se determina por el *objeto* significado, mientras que la *asimilación* es determinada por el *sujeto*, conforme a su estadio. No hay acomodación sin asimilación.

Una vez que se ha llevado a cabo este proceso de asimilación y de ajuste, la mente del jurista propone, a la cuestión que se la presentado, una respuesta a modo de conjetura. Se trata de una suposición, que algunos investigadores como Charles Sanders Peirce, ubican en una forma especial de razonamiento llamado *lógica abductiva*. Por su parte Gerd Gigerenzer concluye, después de varios años de investigación que tal conjetura es totalmente instintiva. Y afirma que gran parte

¹⁴ Bruner, Jerome, *Actos de Significado, Op. Cit.*, p. 79.

de nuestro pensamiento es intuitivo, tal como lo declara en una entrevista realizada por Eduard Punset.

Eduard Punset: *Intentemos ahora entender otro problema que me apasiona, y que denominas «la inferencia inconsciente» [...] Uno de los motivos que estamos descubriendo es que las personas tienden a decidir, a tomar decisiones, no en función de lo que ven, sino en función de lo que creen.*

Gerd Gigerenzer: *Sí.*

Eduard Punset: *Y cuando ven algo, esta información va al cerebro, por supuesto, y el cerebro intenta inferir [...] ¿qué es lo que intenta hacer el cerebro? ¿A qué te refieres cuando hablas de inferencia inconsciente?*

Gerd Gigerenzer: *Es importante entender que incluso las percepciones más simples se basan en inferencias. No «vemos» la distancia a la que está un objeto, tenemos que inferirla.*

Eduard Punset: *Tenemos que inferirla...*

Gerd Gigerenzer: *Por ejemplo, una montaña que parece estar muy lejos, parece lejos porque el día está nublado, pero si estuviera despejado parecería mucho más cerca. Esto nos demuestra que estamos adivinando. Nuestro cerebro se pasa la mayor parte del*

*tiempo haciendo conjeturas.*¹⁵

El filósofo y economista canadiense Bernard Lonergan (seguidor de Jean Piaget) afirma –en su obra *Insight, un estudio sobre el conocimiento humano* (1957)– que el planteamiento de estas conjeturas que hacemos para resolver problemas, son una cierta “iluminación” (chispazo o *insight*) que consiste en la comprensión de la nueva situación. En nuestro caso, de una nueva situación jurídica. Es el momento en que aparece la respuesta al intento de asimilación y ajuste.

Jean Piaget llama a ello “*la comprensión terminal en el momento de la terminación de la estructura.*” Este fenómeno del pensamiento analizado por Bernard Lonergan, fue llamado *insight* y para él se trataba de una cierta forma de tomar conciencia de una respuesta, aunque en un primer momento no se tuviera una idea clara de cómo estamos siendo conscientes de ello.

Arquímedes pronunció la palabra ¡eureka! cuando tuvo un *insight* que le permitió comprender la forma de medir la densidad de los cuerpos. En cierta forma, se puede afirmar que el estudio del *insight* consiste en entender qué es exactamente entender. El *insight* jurídico es el momento en que la mente del experto en

¹⁵ Entrevista de Eduard Punset con Gerd Gigerenzer, autor del libro *Decisiones instintivas* y director del Centro para la Conducta Adaptativa y la Cognición del Instituto Max Plank. Madrid, marzo de 2008. Apareció en el programa **Redes** con el título: “La intuición es irracional” – emisión 4 (18/05/2008, 02:45 hs) – temporada 12. Hay una transcripción en <http://www.redesparalaciencia.com/wp-content/uploads/2008/06/entrev004.pdf>

derecho entiende las circunstancias concretas de un problema. Es cuando sentencia o afirma una hipótesis específica sobre el caso concreto. Podemos decir que es la respuesta psicológica, después de analizar intuitivamente un asunto.

Sin duda alguna la *acomodación* y la *asimilación* conforman el proceso de creación de una nueva estructura mental. Asimilar es crear nuevas categorías estratégicamente, para poder operar racionalmente una nueva situación. La acomodación consiste en la operación sistemática mental a partir de estas nuevas categorías. Una vez que se logra esto, brota esta “iluminación” o *insight* que luego se tendrá que justificar por medio de herramientas como la argumentación jurídica y la lógica jurídica.

Esta respuesta intuitiva, producto de la asimilación y acomodación de categorías mentales no se nos presenta como una estructura claramente definida en nuestra mente. No se presenta como un “*discurso*” definitivo o una explicación clara. El brillante psicólogo Lev Vigotski nos brinda una pista mucho más clara sobre este asunto. Afirma que toda respuesta que aparece en nuestra mente la percibimos como una gran imagen que apreciamos desde lo lejos. Parece ser que visualizamos las respuestas a los problemas como un todo. Como una imagen completa visualizada en su totalidad contemplativamente.¹⁶

¹⁶ Cfr. Vigotski, Lev, “Pensamiento y Lenguaje”, *Obras Escogidas*, Madrid, Visor-Antonio Machado Libros, 2001, tomo II, cap. VII, p. 341.

Es por esta razón que, en este contexto, hay que considerar que nuestras respuestas inmediatas pueden no ser exactas. Y esto no es extraño. No somos máquinas de alta precisión, sino que estamos sujetos a errores de inferencia.¹⁷ Sin embargo, también contamos con la capacidad de revisar nuestros planteamientos y aprender de nuestros errores y corregirlos. Nuestras respuestas se van ratificando y canalizando gradualmente en nuestros procesos mentales.¹⁸ Nuestra mente en la medida que se va retroalimentado, va puliendo sus conjeturas.

1.2. EXPRESIÓN NARRATIVA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

Esta respuesta conjetural a modo imagen completa de la que habla Vigotsky,¹⁹ visualizada contemplativamente como un todo, he señalado que no es un discurso lingüístico lineal. De hecho, cuando la concebimos la captamos por secciones y asumimos que se encuentra integrada como una totalidad pero que no podemos revelarla expresamente en una forma absoluta. Para externarla a los demás, la manifestaremos narrándola por secciones. Es como cuando vemos una imagen completa y no podemos describirla tal cual la vemos, debido a que nuestra percepción no es exactamente verbal.

Hemos llegado a la conclusión de que el pensamiento no coincide directamente con la expresión verbal. El pensamiento no está

¹⁷ Bruner, Jerome, *La fábrica de historias, derecho, literatura y vida*, Argentina, FCE, 2003, p. 49.

¹⁸ Goodman, Nelson, *Fact, fiction and forecast*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1955, pp. 89-90. También en Chomsky, Noam, *Conocimiento y Libertad*, España, Ariel, 1972, p. 39.

¹⁹ Cfr. Vigotski, Lev, "Pensamiento y Lenguaje", *Obras... Op. Cit.*, p. 340.
Entrevista de Eduard Punset con Gerd Gigerenzer... *Op. cit.*, 13.

*compuesto por unidades separadas como le sucede al lenguaje. Si quiero comunicar el pensamiento “Hoy he visto cómo un niño con blusa azul y descalzo corría por la calle” no veo por separado al niño, la blusa, el color azul, que no lleva zapatos y que corre. Concibo el conjunto en un único acto del pensamiento, pero en el lenguaje lo descompongo en palabras distintas. El pensamiento representa siempre un todo más extenso y voluminoso, que una sola palabra. Con frecuencia el hablante necesita varios minutos para exponer una idea. En su mente, ese pensamiento está presente como un todo, contenido simultáneo en el pensamiento se despliega en forma sucesiva en el lenguaje.*²⁰

El experto en Derecho a la hora de exponer su idea fuera de su mente, desplegará dicha imagen mental de *forma discursiva lineal* empleando algún lenguaje. De este modo el operador del Derecho irá conformando una narración que sentará las bases de sus argumentos. La narración lineal es una forma de la cual no podemos escapar al exponer las ideas, ya que es inherente a todas las gramáticas.

La linealidad y el mantenimiento de una secuencia típica, se trata de una característica inherente a la estructura de todas las gramáticas conocidas. Con todo, hay que señalar que la mayor parte de las gramáticas naturales conocidas facilitan esta tarea al alinear utilizando el orden Sujeto-Verbo-Predicado (alguien hace algo) en

²⁰ Vigotski, Lev, “Pensamiento y Lenguaje, en *Obras...*, *Op. Cit.*, p. 341.

las emisiones indicativas, que preserva el orden fenomenológico. Los niños empiezan pronto a dominar las formas gramaticales y léxicas para ligar las frases que dicen utilizando adverbios temporales como “entonces” y “después”, hasta que terminan por utilizar las partículas causales.²¹

En las narraciones podemos establecer ciertos antecedentes y consecuentes arbitrariamente en orden a nuestra experiencia y *sentido común*. Y esto es posible porque en todas las lenguas conocidas existen “marcadores de caso” mediante los cuales podemos detectar en una narración al agente que actúa, el objeto, la dirección, etc.²² De hecho, tal y como lo señala Vladimir Propp, las partes de una historia narrada son funciones. Por esta razón las narraciones sirven como los primeros interpretantes de las proposiciones lógicas.²³

Tal como podemos ver, esta narración se construye por la mente del experto en Derecho al momento de buscar palabras unidas de cierta manera, orientándolas con ciertos sentidos. De ese modo la narración irá presentado cada uno de los detalles de su visión contemplativa general, de tal forma que puedan ser lo más claros posibles en la transmisión de la idea compleja.

Posteriormente, estas mismas formas de pensamiento –que han orientado las palabras en cierto sentido para desplegar la idea-imagen, podrían emplear otras

²¹ Cfr. Vigotski, Lev, “Conferencias sobre Psicología”, en *Obras... Op. cit.*, pp. 84-85.

²² Cfr. Vigotski, Lev, “Pensamiento y Lenguaje”, *Obras... Op. cit.*, p. 59.

²³ Propp, Vladimir, *Morfología del Cuento*, Madrid, Akal, 1985.

modalidades de explicación como la lógica y el lenguaje técnico jurídico, para complementar y sustentar su discurso narrativo.

Esta forma de proceder en la que primero se plantea una conjetura intuitiva y posteriormente se busca avalarla con un modelo lógico formal, ha sido estudiada indirectamente por varios filósofos y psicólogos desde finales del siglo XIX y todo el siglo XX. Por ejemplo, para el filósofo norteamericano Charles Sanders Peirce, este proceder intuitivo lo llamó *lógica abductiva*. Este procedimiento consiste en suponer una respuesta (producto de su experiencia) y a partir de ella, verificar su validez formalmente. Es decir, primero se da una respuesta, a modo de conjetura y luego, se podrían desarrollar argumentos formales para justificar tal conjetura.

En los últimos años, gracias a los estudios de Jerome Bruner y Anthony Amsterdam –ambos académicos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York– sabemos que en el campo del razonamiento jurídico, el medio empleado para expresar el pensamiento jurídico es la narración. Sólo empleamos los lenguajes de tipo lógico formal (en cualquiera de sus variaciones) para comprobar, posteriormente la coherencia de nuestros planteamientos en tales modalidades explicativas.

Las narraciones nos permiten desplegar la imagen mental contemplativa en que nos presentamos a nosotros mismos, una primera respuesta a las cuestiones jurídico-legales. Dicha respuesta se construye conforme a nuestra experiencia y a

todos aquellos datos acumulados vinculados con la legislación, sentencias, jurisprudencias, teorías y las diversas interpretaciones que hemos conocido de ellas.

1.2.1. Las palabras empleadas en la narración son nociones

*La narrativa nos ofrece un medio flexible y de fácil acceso para tratar los inseguros factores de los proyectos y las expectativas sobre los que trabajamos.*²⁴ Y esto es así, debido a que en el Derecho no manejamos un conocimiento preciso ni exacto como el empleado en las matemáticas. Sin embargo esto no quiere decir que no se aproxime a un conocimiento objetivo. Utilizamos *nociones* mas no *conceptos*.²⁵ Podemos resolver asuntos de forma casi objetiva, más no absoluta. Es importante destacar esta distinción de términos que explico a continuación.

Los *conceptos* son términos absolutos que no varían bajo ninguna circunstancia. Por ejemplo, con respecto al concepto “ángulo recto” siempre se entenderá que se trata de un ángulo de 90°. Esta relación es absoluta y nunca será diferente. Esta idea nunca varía bajo ninguna situación. Las ciencias exactas operan con *conceptos*, no con *nociones*.²⁶ En cambio, el Derecho –que no es una ciencia exacta– opera empleando en su mayoría *nociones*. Estos términos varían, dependiendo de las circunstancias. ¿Qué es el bien común? ¿Qué es el orden

²⁴ Cfr. Bruner, Jermome, *La fábrica de historias, Derecho, Op. cit.*, p. 49.

²⁵ Hernández Franco, Juan Abelardo y Lozano Díez, José Antonio, *Sociología General y Jurídica*, México, Oxford University Press, 2011, pp. 140-144.

²⁶ También son nociones los llamados “conceptos indeterminados”.

público? ¿Qué es la buena fe? Podemos dar definiciones generales, pero cada ejemplo varía bajo sus propias circunstancias. A diferencia de los conceptos, las nociones no son absolutas. Las *nociones* sufren una cierta adaptación en su contenido material para poder aplicarse a un caso concreto real de forma casi objetiva. La *noción* cuenta con cierta flexibilidad que el *concepto* no tiene. Esta flexibilidad es operada por la mente del operador jurídico y su experiencia acumulada.

Wilhelm Dilthey,²⁷ al igual que Max Weber,²⁸ y el resto de los neokantianos distinguen la forma en que la mente humana asimila conceptos y nociones. Los conceptos se “explican” y la mente, empleando un terminología muy precisa, los “entiende” (*Vernunft*); mientras que las nociones requieren ser expuestas mediante “discursos argumentativos” para ser “comprendidas” (*Verstehen*) por aquellos que escuchan los argumentos.

El empleo de nociones no quiere decir que el Derecho opere como un conocimiento relativista ni totalmente subjetivo. La *noción* –al igual que el tipo jurídico– es un vehículo para que la mente jurídica pueda expresar ideas que resuelvan de una forma casi objetiva los problemas jurídicos y legales. Es casi objetivo, porque el conocimiento parece ser que no es del todo objetivo, y tampoco del todo subjetivo. El conocimiento es algo que se construye en una relación subjetiva-objetiva. Esta cuestión todavía no ha sido considerada plenamente por

²⁷ Dilthey, Wilhelm, *Psicología y Teoría del Conocimiento*, FCE, México, 1978, p. 197.

²⁸ Weber, Max, *Economía y Sociedad*, FCE, México, 1956, pp.5y6.

los expertos en Derecho. No se ha desarrollado un constructivismo jurídico propiamente.²⁹ En algún momento se tendrá que empezar a considerar si no queremos permanecer en una larga y oscura noche del conocimiento jurídico.³⁰

Hay algunos doctrinarios que confunden lo *objetivo* del Derecho con *absolutos* dogmáticos. Para comprender esto hay que distinguir lo *objetivo* de lo *absoluto*.³¹

Si se dijera que una norma jurídica es *objetiva*, entendiendo este término como si fuera *absoluta*, siempre se tendría que aplicar de la misma forma y con el mismo contenido material en todos los casos. Esto, por supuesto, haría inoperable las normas jurídicas en la vida práctica. El hecho de que la norma no sea *absoluta*, permite que el operador jurídico pueda resolver de forma casi objetiva un asunto jurídico o legal. Porque el sentido casi objetivo de la norma, es algo que el operador de la misma ha construido empleando su conocimiento acumulado junto con la realidad misma del asunto. Mientras más experiencia acumule el operador de las normas, más desarrolla el hábito de la comprensión objetiva de la realidad jurídica. La realidad no se comporta siempre igual y de la misma manera. Por esta razón la noción permite al experto en Derecho ajustar su pensamiento a cada caso y, de ese modo puede ir ajustando su mente jurídica a los asuntos con mayor objetividad.

²⁹ Tal vez por esta razón también seguimos pensando que es posible una interpretación exegética de las normas jurídicas.

³⁰ Sobre este tema recomiendo la lectura del libro de Cáceres, Enrique, *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho*, México, UNAM IJ, 2007.

³¹ Este tema está muy bien abordado en Fromm, Erich, *Ética y Psicoanálisis*, México, FCE, 1952, Breviarios, p. 28.

El razonamiento jurídico emplea la narración porque en ella puede operar con *nociones*. La narración le permite flexibilizar su conocimiento para adecuarse a cada una de las nuevas circunstancias a las que se enfrenta en cada caso. La narrativa que emplea *nociones* permite la expresión de la experiencia acumulada. Tal como lo señala el jurista Max Radin³² las *nociones* –a diferencia de los *conceptos*– pueden acumular experiencias y, de esta forma, buscar resolver con mayor objetividad posible los problemas jurídicos reales.

Esta afirmación es un hecho que hemos podido constatar. La *noción* sólo aparece durante el acto psíquico de pensamiento. Es decir, cuando el profesional del Derecho se encuentra pensando directamente un problema jurídico. En esos momentos es cuando asimila lo examinado e intenta mentalmente ajustarlo con sus experiencias previas. Es un proceso distinto al que realizan los individuos que trabajan empleando –la mayor parte del tiempo– *conceptos*. Estos últimos no pueden modificar el dato exacto, duro y absoluto con el que trabajan. Son valores absolutos. Si sumamos siempre dos más dos, esperamos que siempre salga el mismo resultado. Si no fuera así, estaríamos frente a un error. En cambio, el jurista que emplea *nociones* en sus narraciones, las afina y mejora con el paso de las experiencias. De esta forma es como puede ir abordando de una manera casi objetiva un asunto. Puede ir ajustando su pensamiento a las circunstancias específicas de cada caso. Si empleara las normas jurídicas como absolutos, erraría y se equivocaría notablemente en sus resoluciones la mayor parte del tiempo. Por esta razón, Radin afirma que a través de la experiencia acumulada en

³² Radin, Max, *Law as Logic and experience*, New, Haven, Yale, University Press, 1940, VIII.

las nociones, podemos formular nuevas hipótesis. Esto no es posible mediante el trabajo mental realizado sólo con *conceptos* absolutos.

1.2.2. La narración expone respuestas a un asunto en forma hipotética y se refuerza o se desecha mediante un proceso dialógico o judicial

La narración y el razonamiento discursivo mediante *nociones* han sido estudiados por autores como Herman Cohen y Leo Strauss. Y ha sido gracias a sus investigaciones que hemos podido percatarnos de la forma en que la mente de los que escuchan los argumentos procede mediante las nociones expuestas en las hipótesis. En el campo de las ciencias sociales las nociones son llamadas *conceptos indeterminados* o *tipos ideales*. Cualquiera que sea el nombre que se le otorgue, el empleo que se hace con estos términos en el campo jurídico es el de dar dirección al pensamiento de los que escuchan los argumentos.

Para el experto en Derecho que plantea una hipótesis como conjetura, el diálogo con otros es clave en la consolidación de su pensamiento. Las respuestas generadas en los interrogatorios durante los procesos judiciales, les permiten confirmar o corregir su razonamiento hipotético. ¿Cómo se logra llevar a cabo esta interacción dialógica?

Herman Cohen sostiene que la forma en que se operan las nociones en su origen es semejante al de los conceptos científicos. Ambos parten de *nociones límite* o *hipótesis* a partir de los cuales se pone en marcha el razonamiento. Y aunque, formalmente el proceso de razonamiento inicia de manera semejante, los resultados a los que llegan no son iguales. Los razonamientos mediante conceptos brindan respuestas absolutas, mientras que aquellos que se realizan mediante nociones sólo proponen cierto tipo de aproximaciones que, no por ello, dejan de tener cierto carácter objetivo. Por la naturaleza de las *nociones* debemos comprender que su tipo de contenidos no brindan respuestas totales ni universales. Sus términos no son exactos sino inacabados. No son finitos y absolutos, como valores claramente determinados; sino indeterminados e infinitos. No se trata de hechos concretos sustantivados, sino de sustantivos abstractos. Tan sólo brindan cierta aproximación a una respuesta objetiva.

Por esta razón podemos ver que, aunque la *forma* del razonamiento es igual empleando nociones o conceptos, el contenido *material* de ambos razonamientos es totalmente diferente. Tal como se ha explicado el contenido material de las nociones, depende, por una parte de las circunstancias específicas de cada uno de los casos y, por otra, de la experiencia acumulada de aquel experto (en nuestro caso, del Derecho) que emplea las nociones en la resolución de problemas. Incluso también debe considerarse lo declarado por los participantes en un proceso judicial. Todos estos elementos definen y direccionan el sentido final de las nociones de una hipótesis en un asunto específico.

Por esta razón no hay respuestas absolutas ni universales. La noción adecua sus contenidos materiales a casos específicos, pero no absolutos. A cuestiones concretas, porque atiende a problemas reales específicos, no a problemas abstractos universales. Y además incluye la experiencia del operador de las nociones que “construye” el sentido específico material de la noción para el caso concreto.

El pensamiento jurídico pues, procede empleando *nociones* o *conceptos indeterminados* como *nociones límite*. Estos términos son las variables generadas y empeladas en las construcciones sociales. Y precisamente por ser variables son conceptos indeterminados. Tal como lo señala Herman Cohen, el gran descubrimiento de Platón es *el concepto* y el quehacer mismo del pensamiento con el concepto jamás dará un resultado único y absoluto. Aunque los filósofos de Elea y el mismo Sócrates indagaban sobre el tema del concepto y la forma de pensamiento, es a Platón a quien hay que atribuir el descubrimiento de la “idea” como concepto límite.

Lo que quedaba oscuro en el concepto eleático de pensamiento, tampoco quedó esclarecido cuando Sócrates introdujo la noción en el pensamiento. El carácter enigmático del poder que tiene el pensamiento aún no quedaba claro ni resuelto mediante el hallazgo

socrático de la noción. Entonces llegó Platón y descubrió el encanto que está activo en el pensamiento. Develó el misterio y resolvió el enigma quitándole lo enigmático. Os asombráis –puede haber dicho en lenguaje oral– del encantamiento que pongo dentro del pensamiento de tal manera que sea capaz de producir figuras que son inaccesibles a toda percepción y fantasía. Pero no os asombréis; aprended más bien a entender el método de acuerdo con el cual procede el pensamiento y de cuáles preámbulos y presupuestos tiene necesidad para poder ocurrir. Así es como Platón llegó a su idea.³³

Platón se percató que cada día el pensamiento sobre los términos de la filosofía, la política y lo social, variaban dependiendo del contexto en que se trataran. Descubrió que los términos que se emplean en las instituciones sociales no son como los términos matemáticos. En las ciencias sociales los términos de razonamiento tratan asuntos en el devenir cotidiano y brindan tan sólo una seguridad provisional. La racionalización por medio de nociones nunca agota el tema a tratar como un absoluto matemático.³⁴

³³ Cohen, Herman, *El concepto de religión en el sistema de filosofía*, Barcelona, Ed. Anthropos, 2010, II, 28, pp. 37-38.

³⁴ Sobre el tema del devenir, confrontar Platón, *Filebo* y también el diálogo *El sofista*.

En la matemática se parte de *presupuestos de trabajo*, los cuales reciben el nombre de *hipótesis*. Una vez hecho el planteamiento se procede al desarrollo del mismo para obtener un resultado absoluto. En materia de ciencias sociales o humanísticas, las ideas o conceptos indeterminados son hipótesis de trabajo a partir de los cuales también se inicia el pensamiento. Sin embargo, a diferencia del pensamiento matemático, los pensamientos político, jurídico, social o filosófico no llegan a conclusiones absolutas, aunque bien podrían ser igualmente objetivas. Todo pensamiento se inicia a partir de un planteamiento hipotético.

Una conjetura jurídica a demostrar en un proceso es lo que da inicio a los interrogatorios. Jamás se llega a una conclusión exacta, sino sólo aproximativa. Los testimonios pueden aproximarnos a una confirmación de una conjetura planteada a modo de Teoría del Caso; o bien pueden ponerla severamente en duda.

La gran lección de Platón consistió en que el pensamiento político y social – incluyendo el jurídico– también parte de hipótesis, pero, a diferencia del pensamiento matemático, no operan con valores absolutos, sino como variables con valor transitorio y ocasional. La hipótesis o noción límite en el campo de las ciencias sociales son precisamente las *nociones* o *conceptos indeterminados*. No habrá a partir de ellos conclusiones definitivas, puesto que no agotan de forma los temas; pero esto no quiere decir que puedan tener una aproximación objetiva.

Llegó a su idea partiendo de la matemática, ciencia rigurosa, pura. Y en el uso que de la matemática se hacía entonces en las escuelas; uso que ciertamente ya existía en los albores de la ciencia. Se llamaban hipótesis el axioma y el presupuesto de todo trabajo matemático, consistieran sólo en primeros principios o sólo en teoremas. La hipótesis, por consiguiente, es lo primero en todo pensamiento. Sin este elemento primero, sin este principio, no hay principio alguno, y sin principio no hay proceso en el pensamiento, este método vale para todo pensamiento del espíritu humano. Todo pensamiento consiste y descansa en este proponerse su tarea y plantearse sus problemas. Todos los pensamientos son propósitos del pensar, son presupuestos, problemas, proyectos, que es necesario tratar y resolver. Ésta es la razón por la cual cada tesis tiene necesidad de su hipótesis, y a su vez la promueve en el proceso infinito de todo el pensamiento científico. Este pensamiento infinito, infinito hacia el pasado por la larga hilera de sus hipótesis, infinito hacia el futuro por la larga hilera de sus tesis, es el pensamiento genuino, puro, que produce su propio contenido. Pero porque todo pensamiento científico, todo pensamiento de la idea, tiene sus raíces en la fuerza de la hipótesis para construir toda la

*infinitud de las figuras mentales, por eso todo pensamiento de la idea es pensamiento de la hipótesis.*³⁵

Esta es la naturaleza del pensamiento político y jurídico. En general de todo el pensamiento social y humanístico. Los términos que hemos aprendido por la cultura no son términos absolutos. Son nociones que empleamos siempre como conceptos límite. Como términos provisionales que nunca agotan un tema de indagación. Que tratan cierto tipo de relaciones que van al infinito, porque nunca quedan totalmente terminadas. Pensar en cuestiones de política, ciencias sociales o humanísticas es igual que el razonamiento que se hace sobre las obras de arte. El discurso sobre ellas es ilimitado e inagotable.

Las nociones jurídicas son términos a partir de los cuales, cuando comenzamos una indagación o una discusión, subyacen como hipótesis de todo pensamiento. A partir de las *ideas*, de los conceptos indeterminados, prefiguramos proyectos e indagamos el contenido de su tarea.³⁶ Por esta razón, Platón presenta a un:

Sócrates que llegó a la conclusión de que el mayor bien para un ser humano era hacer todos los días discursos acerca de la virtud, en

³⁵ Cohen, Hermann, *El concepto de religión en el sistema de filosofía, Op. Cit.*, II, 29, p. 38.

³⁶ *Ibidem*, II, 30, p. 39.

*apariencia, sin encontrar nunca una definición completamente satisfactoria de ella.*³⁷

Sócrates en cada diálogo, aunque aborda temas comunes, siempre concluye de formas distintas en cada uno de ellos. Aunque el objeto de investigación sea el mismo -como podría ser la indagación sobre lo que es la virtud-, concluyen de forma diferente, dependiendo de cómo lleve la conversación con sus distintos interlocutores. Por esta razón lo que termina diciendo en el diálogo *Menón* sobre la virtud, varía de lo que concluye en *La República* o en *Las Leyes*. En cada conversación Sócrates se ajusta a lo dicho por cada uno de sus interlocutores. En este proceder podemos percatarnos que las conclusiones a las que llega, interrogando a sus adversarios y dialogando con sus compañeros, son producto de un trabajo de razonamiento colectivo y no individual. Así pues, podría decirse que sus investigaciones y sus diálogos no son actividades exclusivamente filosóficas puras, sino “acciones sociales” como las llama Max Weber.

En el proceder jurídico dialógico o judicial, ocurre algo semejante. Lo que el abogado o el fiscal plantearon como hipótesis conjetural en su Teoría del Caso, puede ir variando al ajustarse a lo declarado por los testigos, peritos o contrapartes en un proceso. Por eso cada proceso judicial es distinto y aunque en

³⁷ Strauss, Leo, “Niccolo Machiavelli”, *Estudios de filosofía política platónica*, Buenos Aires, Amorrortu, 2008, p. 293.

otro se lleven cuestiones semejantes, en orden a que no son los mismos integrantes en las mismas situaciones, las respuestas pueden variar.

Efectivamente, esta indagación sobre la hipótesis es en realidad una acción social, en los parámetros weberianos. Para este autor la “acción” consiste en un “hacer” o “no hacer” o bien, un “padecer” ya sea de carácter externo o interno. Y por “social” entiende tal “acción” referida a la actitud de otros individuos, y orientada por ésta en su desarrollo. De este modo tal acción adquiere el sentido que le otorguen los agentes que participan.

La acción, específica además Weber, es una actitud “si y en cuanto el individuo que actúa o los individuos que actúan suman a aquella un sentido subjetivo”³⁸

El diálogo socrático es una acción social, al igual que lo es el proceso judicial. Es un razonar mediante nociones en conjunto con otros: testigos, abogados, peritos, jueces, etc.

Si se quisiera considerar las conclusiones de un discurso jurídico, político o social como conceptos absolutos y terminados, estaríamos tomando una posición racionalista que al extremo nos conduce a un idealismo. Estas posturas encasillan la mente en modelos de pensamiento, que en lugar de servirnos para maniobrar

³⁸ De Feo, Nicola, *Introducción a Weber*, Buenos Aires, Amorrortu, , 2007, p.83.

sobre una realidad imprecisa e incierta, nos llevan a razonar sobre un modelo ideal que al encajar en la realidad se quiebra.

Una importante consecuencia resulta de la concomitancia de estas dos condiciones del pensamiento: La idea es la hipótesis y la hipótesis, la idea. El sentido legítimo de la idea no puede consistir en que se tenga que percibir por otro camino que no sea el camino y el método del pensamiento científico. La idea es hipótesis. Pero, precisamente por esto, la idea no se puede volatilizar ni rebajar a ser no importa qué construcción, sea de la percepción, sea de la fantasía, sea de la representación en general, o incluso de la inspiración. La idea pertenece absoluta y exclusivamente a los preparativos del pensamiento científico. Este no se restringe precisamente al matemático, pero necesariamente tiene que establecer analogías con él, si ha de ser válido el concepto de la idea en otros problemas científicos. Jamás se puede abusar de la idea hasta convertirla en el producto de un pensamiento extracientífico. El racionalismo es el preámbulo del idealismo. Si el mirar debe convertirse en pensamiento, esto puede ocurrir sólo sobre la base del pensamiento científico. El mirar, el mirar griego, adquirió una nueva autonomía en el idioma latino, y las lenguas modernas han proseguido con este proceso. Así es como la intuición pareció administrar la herencia del idealismo. Esta apariencia es funesta para

*la filosofía, para la religión y para toda cultura. La intuición, en sí mera fantasmagoría, es la contradicción encarnada del genuino pensamiento científico. La intuición ni siquiera constituye una antítesis clara de la percepción materialista, ni hablar de que pudiera arrogarse el derecho de presentar al idealismo, al que ciertamente niega en su mismo origen al negar el racionalismo.*³⁹

El razonamiento de la mente jurídica, emplea nociones y su ejercicio no es sólo un especular individual. Es una acción social tal y como lo son los diálogos socráticos. Pues incluye en su discurrir los testimonios, las periciales, los alegatos y las pruebas que se presenten. El razonamiento de la mente jurídica, debido a estas características no concluye de forma absoluta. En su naturaleza misma está su flexibilidad.

1.2.3. La ley estructurada con tipos jurídicos permite la expresión de la Mente Jurídica

En orden a que la mente del jurista no emplea en su interior un lenguaje conceptual cerrado para resolver conflictos, el vehículo de su expresión tiene que contar con cierta flexibilidad, aunque tenga ciertos límites. Por esta razón la Ciencia del Derecho no opera en su enunciación normativa con términos

³⁹ Cohen, Herman, *El concepto de religión en el sistema de filosofía*, Op. Cit., II, 31, p. 39.

conceptuales cerrados y absolutos, sino con *tipos jurídicos*. La diferencia entre uno y otro es importante.

El término *tipo jurídico* deriva de los trabajos realizados por Ernst Beling a partir de 1906. En ellos se emplea el término: *tatbestand* (que en traducción directa es “supuestos de hecho”) que fue traducido al español como “tipo penal”. En cualquiera de los casos, este término recoge el carácter de tipo ideal weberiano el cual debe ser objetivo y avalorativo, tal como lo señala claramente Claus Roxin; *tatbestand* se caracteriza por ser un término “[...] objetivo y libre de valor (no valorativo) [...]”⁴⁰

Los conceptos, a diferencia de los tipos ideales o nociones, parecen estar cargados de valoraciones absolutas. Su contenido material es invariable. El valor de 2, siempre es y será 2. El valor de 180° siempre es y siempre será 180°. En cambio en las Ciencias Sociales, *la imprudencia*, *la intención* y *la buena fe* no son fáciles de delimitar valorativamente de forma absoluta. En Ciencias Sociales se emplean variables como en el álgebra se usan X e Y. El valor de X o el de Y en una expresión $X+Y=Z$ no son absolutos. Por eso son variables. En el Derecho y en el resto de las Ciencias Sociales se emplean variables como “pobreza” y “riqueza”, “desarrollo” y “subdesarrollo”, etc. En todas estas *nociones* el contenido material y su significado dependen del sentido que la mente jurídica establezca en su

⁴⁰ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general (Fundamentos. La estructura de la teoría del Delito)*, Civitas, Madrid, 1997, p. 279.

interpretación. Un buen ejemplo de ello es aquel que nos brinda Hans Kelsen en su *Teoría General del Estado*, al explicar la noción de *Estado*.

La palabra que designa el objeto de la Teoría general del Estado ha servido de ejemplo a un ingenioso escritor (Mauthner) para poner de relieve el hecho de que el nombre substantivo de una ciencia es siempre una palabra a la que previamente se ha extraído todo contenido propio; un substantivo resulta tanto más aprovechable cuanto más vacío es; de una calabaza puede hacerse una botella vaciándola de su contenido natural [...] Si la situación de la teoría científica del Estado dista mucho de ser satisfactoria, débese, sin duda alguna, entre otras razones, a la multiplicidad de significaciones que ofrece dicho substantivo, pues lo menos es contraponer, como se hace frecuentemente, la formación científica de conceptos a una noción insegura, vacilante y vulgar, con ánimo de superarla. Lo que hace tan problemática toda Teoría del Estado es más bien la inaudita discordancia íntima de la propia terminología científica. Y la razón capitalísima de que ni aun dentro del ámbito científico haya podido ser fijada, siquiera aproximadamente, la significación de la palabra Estado, radica en que su objeto roza los intereses políticos del investigador más que ningún otro objeto propio de las ciencias

*sociales, hasta el punto de que el conocimiento de la esencia de dicho objeto tiene el peligro de convertirse en un juicio de valor.*⁴¹

En el caso del Derecho, la mente del jurista despliega su razonamiento en las nociones variables establecidas formalmente en los tipos jurídicos (normas legales). Los contenidos que introduce y desplaza en estas nociones (formalmente organizadas como tipos jurídicos) constituyen el concepto límite de la conciencia. Y a partir de éste concepto límite es que podemos sopesar y calcular las posibilidades de una u otra respuesta mediante hipótesis. Parece ser que sólo de esta forma podemos ir acercándonos poco a poco a una respuesta más objetiva.

En un principio, estas formulaciones sólo serán conjeturas hipotéticas ya que ampliar notablemente los conocimientos sobre la realidad misma –a modo de conceptos exactos– resulta imposible en el campo de las Ciencias Sociales. Sin embargo, el operador del Derecho, con su experiencia acumulada, puede direccionar el sentido de las normas hipotéticas hacia una expresión próximamente objetiva de lo jurídico.

La labor del jurista, en la interpretación de las normas, es precisamente esta actividad de desplegar su razonamiento experto en los tipos jurídicos, dotándolos de sentido. Orientándolos para poder expresar la respuesta que ha concebido mentalmente a un problema concreto. La interpretación es pues una hipótesis de

⁴¹ Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, México, Ediciones Coyoacán, 2004, I, p. 1.

identidad. En otras palabras podemos decir que el jurista opera de modo semejante al que trabaja un filólogo quien completa un fragmento de un escritor antiguo por medio de un análisis contextual. Sólo puede completarlo con la ayuda de una hipótesis.

El tipo ideal es una imagen mental, que no es la realidad auténtica ni, mucho menos, un modelo en el que la realidad tuviera que ser encajada como un ejemplo; sino que es una imagen mental que funciona como un concepto límite completamente ideal, con el que se mide o se compara la realidad para esclarecer determinados elementos significativos del contenido empírico de ésta. Tales conceptos son formas en las que construimos un conjunto de características utilizando la categoría de la “posibilidad objetiva” y que nuestra imaginación, guiada y disciplinada por la realidad, juzga coherentes.⁴²

El despliegue del razonamiento en los tipos jurídicos permite cubrir y llenar las lagunas de la vida legal en los casos concretos de forma posiblemente objetiva. Este desarrollo mental vincula el “sentido común cultural” y operativo del experto en Derecho con los problemas específicos a resolver. Por medio de este desplazamiento en las normas legales, se puede argumentar y hacer comprender

⁴² Weber, Max, *La objetividad de las Ciencias Sociales y de la política social*, Alianza, Madrid, 2010, p. 194.

la presencia de conexiones *imputables* en los asuntos analizados.⁴³ Es decir, establece en el caso concreto estudiado una especie de causa (imputación) que debe ser homogénea con la consecuencia. O por lo menos, estableciéndola en la misma línea de lo que es considerado culturalmente coherente y congruente. Esta actividad es lo que Kelsen llama la individualización (concreción) de las normas generales (abstractas).

La sentencia judicial, el acto en el que se traduce exteriormente la función judicial [...] crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él, y verifica en concreto dicho enlace. Así como los dos hechos –condición y consecuencia– van unidos por la ley en el dominio de lo general, tienen que ir enlazados en el ámbito individual por las sentencias dictadas por el poder judicial. El enlace de los mismos en la ley no hace inútil la nueva unión verificada en la sentencia [...] Sin la sentencia el Derecho abstracto carecería siempre de estructura concreta. Por esto, la sentencia que declara ser dado el hecho legal en el caso concreto y falla que debe aplicarse la consecuencia jurídica concreta, no es otra cosa que una norma jurídica individual, la individualización o concreción de las normas generales o abstractas. (Sin embargo la sentencia judicial no

⁴³ Estas *imputaciones* son esas “descripciones más o menos normativas y más o menos conexas con las que funciona la propia mente y la de los demás en nuestra cultura. Su valor de validez depende de lo que se crea que es válido.

*es el único procedimiento de concreción del Derecho. También el negocio jurídico realiza tal concreción.*⁴⁴

Con este desplazamiento del sentido o de significación en los tipos normativos se permite continuar la descripción de los fenómenos jurídicos (hechos o actos) más allá de la sola expresión formal, pero en los términos mismos. O, mejor dicho, con las mismas nociones. El *tipo jurídico* (que es un derivado del *tipo ideal* de Max Weber) es, en concreto, una construcción formal avalorativa en la que la mente jurídica expresa hipotéticamente razonamientos jurídicos. Y puede expresar, mediante el empleo de estos tipos jurídicos, un conocimiento casi objetivo. De ahí que Kelsen afirme que: “[...] *las normas jurídicas son la expresión de un enlace legal y su correlativo conocimiento. El Derecho como objeto de conocimiento jurídico es un sistema de juicios, no de imperativos [...] el Derecho, como ley jurídica, es la proposición jurídica, es un juicio hipotético.*”⁴⁵

Un tipo ideal [o tipo jurídico] está formado por la acentuación unidireccional de uno o más puntos de vista y por la síntesis de gran cantidad de fenómenos individuales difusos, distintos, más o menos presentes, aunque a veces ausentes, los cuales se colocan según esos puntos de vista enfatizados de manera unilateral en una construcción analítica unificada [...] dicha construcción mental,

⁴⁴ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, Op. Cit., VII, 33, pp. 304-305.

⁴⁵ *Ibidem*, III, 10, pp. 70-71.

*puramente conceptual [...] no puede ser encontrada empíricamente en ningún lugar de la realidad.*⁴⁶

Es por esta razón que en el Derecho no existe propiamente la *relación causal*, sino la *imputación*, tal como lo establece Hans Kelsen. Esto lo hace siguiendo la idea de que nuestra forma de establecer las relaciones en el mundo social está sujeta a la *Geisteswissenschaft* (el saber del hombre basado en la cultura) de Dilthey. Sólo es detectable en la realidad la *relación causal*, mediante el empleo de las ciencias experimentales de la naturaleza, cuyo método de investigación tiene por objeto tales causas. En el caso del Derecho y del resto de las Ciencias Sociales -por el hecho de ser saberes culturales que tienen por objeto la realidad social- no se pueden encontrar causas sino imputaciones. Por esta razón en lugar de emplear valores, emplea variables bajo la forma de *tipos jurídicos*.

*Podemos designar el enlace específico de hecho y consecuencia con el nombre de imputación, distinguiéndolo así con toda pulcritud, incluso desde el punto de vista terminológico de la causalidad, que es el enlace de elementos dentro del sistema de naturaleza [...] El concepto jurídico de la imputación no expresa sino el enlace formal entre los hechos condicionante y condicionado, y se distingue claramente, como la relación normativa.*⁴⁷

⁴⁶ Weber, Max, *La metodología de las Ciencias Sociales*, Barcelona, Planeta Agostini, 1993. p. 90.

⁴⁷ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, *Op. cit.*, III, 10, C, pp. 64-65.

La imputación es un nexa normativo, no uno causal. La imputación es una operación que no está restringida al pensamiento jurídico. Es el fundamento principal de cualquier cognición cuyo objeto es un orden normativo de la conducta humana o de una sociedad constituida por un orden normativo. Juega un papel decisivo en el pensamiento primitivo. El hombre primitivo no interpreta la naturaleza de acuerdo con el principio de causalidad, sino conforme al principio de imputación. Interpreta su relación con los animales y con los objetos inanimados de acuerdo con la Ley que determina sus relaciones con otros hombres, el principio de retribución. Esta es la norma: si tu conducta es mala, debes ser castigados, si tu conducta es buena, debes ser recompensado. El hombre primitivo concibe a la naturaleza, no como un orden causal, sino como uno normativo establecido por una voluntad sobrehumana.⁴⁸

Las ciencias del objeto material (físicas y biológicas) descansan en la relación esencial de causalidad, que se extiende hasta las partes de la psicología concerniente a los comportamientos. En cambio, los hechos de conciencia no incumben a la causalidad (por falta de estructura espacial, de sustancia, de masas, de fuerzas, de energías, de trabajo, etc., si se toman estas nociones en su acepción auténtica y métrica, y no metafórica): se caracterizan, esencialmente, por el hecho

⁴⁸ Kelsen, Hans, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, México, Ediciones Coyoacán, 2009, p. 32. A mayor abundamiento, Cfr. Kelsen, Hans, *Dios y Estado (1922)*, Fontamara, México, 2007 y Piaget, Jean, *La idea de la justicia inmanente (1932)*, Paidós, Buenos Aires, 2008.

de contener “significaciones”, y no se puede decir que una significación sea “causa” de otra, sino que la arrastra o la implica, lo que es muy diferente. Del mismo modo, un sentimiento, un valor, una obligación, etc., no son causas –como estados de conciencia–, sino que arrastran otros sentimientos o valores mediante una especie de implicación entre valores (en el terreno jurídico, Kelsen los llama “imputaciones” [...])⁴⁹

[...] A este respecto define una relación, distinta de la causalidad, pero comparable a la implicación lógica, y que él [Kelsen] denomina la “imputación”: imputación “periférica” cuando se imputa un acto a la norma, en el caso de un delito, por ejemplo; o “central” cuando un estado de hecho es atribuido a una norma: en este sentido la persona física es a fortiori moral, hay que concebirla como un centro de imputaciones.⁵⁰

Tal como se ha mostrado, podemos percatarnos que el tipo ideal, en su manifestación de tipo jurídico normativo, cuenta con las condiciones para que la Mente Jurídica se pueda expresar de forma flexible bajo conceptos límite o nociones. La norma legal puede servir para fundar una resolución descubierta por la Mente Jurídica porque su contenido material cuenta con la condición de variable

⁴⁹ Piaget, Jean, *Tratado de lógica y conocimiento científico*, Buenos Aires, Paidós, 1979, vol.7, *Clasificación de las ciencias y principales corrientes de la epistemología contemporánea*, p. 40.

⁵⁰ Piaget, Jean, *Ensayo sobre la teoría de los valores cualitativos en sociología estática (“sincrónica”)* (1941), en *Estudios Sociológicos*, México, Ariel, 1977, p.155.

con límites. Y por esta razón la motivación no se ciñe a una sola forma de conducta específica sino que a toda aquella que pueda encajar en el tipo legal.⁵¹

1.2.4. El razonamiento sobre casos particulares puede tener una respuesta objetiva pero no absoluta

A los juristas que señalan que el trabajo jurídico debe someterse a principios fundamentales o universales –ya sean constitucionales o naturales–; y que por esta razón no debe haber tanta flexibilidad o discrecionalidad por parte del operador jurídico, debo señalar lo siguiente. El hecho de que estos principios sean universales, tampoco les da el carácter de *absolutos*. Es una ficción el que puedan aplicarse de una sola forma como si fueran *conceptos* en todos los casos. Incluso el mismo Tomás de Aquino se percató que la aplicación de la justicia no se lleva a cabo de modo rígido, sino que su determinación depende del estado de los hombres. Y empleo precisamente a Tomás de Aquino, porque suele defenderse la postura de la norma absoluta, a partir de los criterios del iusnaturalismo de orden escolástico tomista.

*Siempre se ha de observar la justicia, pero las determinaciones de lo que es justo, establecido por la ley divina o humana, varían según la diversidad de los tiempos.*⁵²

⁵¹ La naturaleza del tipo ideal y del tipo jurídico se encuentran explicadas con mayor detalle en Hernández Franco, Juan Abelardo y Lozano Diez, José Antonio, *Sociología General y Jurídica*, Op. Cit.

⁵² Aquino, Thomas, *Summa Theologica*, I-II, q.104, a. 3, ad. 1.

La visión escolástica considera que, si bien existen reglas generales que se aplica a la mayoría de los casos, no quiere decir que en todos los casos se apliquen de igual manera, pues:

*No debemos buscar el mismo grado de certeza en todas las cosas; en materias contingentes –como son las cosas naturales y humanas– basta la certeza de que una cosa es verdadera en la mayoría de los casos, aunque pueda fallar en ocasiones.*⁵³

La mente del jurista por su experiencia y por las circunstancias en que se presentan los casos a resolver, construye su comprensión de las cosas de una forma casi objetiva. Y ésta, sin perder su objetividad, bien puede ser distinta a la de otro operador del Derecho, sea juez o abogado. Recordemos que para el constructivismo el conocimiento no es del todo objetivo, sino que interviene también el aspecto subjetivo.⁵⁴ Y en concreto, para los iusnaturalistas hay que decir que en las conclusiones particulares de la razón práctica, la verdad y la rectitud “*ni es la misma en todos, ni en aquellos en que es la misma, es igualmente conocida*”, tal como lo señala Tomás de Aquino.

[...] la razón especulativa trata principalmente sobre cosas necesarias, que no pueden comportarse más que como lo hacen, y por eso tanto

⁵³ *Ibidem*, I-II, q.96, a.1, ad.3.

⁵⁴ Cfr. Sobre este tema recomiendo la lectura del libro de Cáceres, Enrique, *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho*, Op. Cit.

sus conclusiones particulares como sus principios comunes expresan verdades que no admiten excepción.⁵⁵ La razón práctica, en cambio, se ocupa de cosas contingentes, como son las operaciones humanas, y por eso, aunque en sus principios comunes todavía se encuentra cierta necesidad, cuanto más se desciende a lo particular tanto más excepciones ocurren. Así, pues, en el orden especulativo, la verdad es la misma para todos, ya sea en los principios, ya en las conclusiones, [...] Pero en el orden práctico, la verdad o rectitud práctica no es la misma en todos a nivel de conocimiento concreto o particular, sino sólo de conocimiento universal; y aun aquellos que coinciden en la norma práctica sobre lo concreto, no todos la conocen igualmente.⁵⁶

La razón de esta distinción, sobre todo aplicable al campo del Derecho, la encontramos en otro pasaje de la obra de Tomás de Aquino. En ella podemos percatarnos claramente que se distingue una realidad social, la cual no responde a causas naturales.

Lo que es natural al ser que tiene naturaleza humana inmutable es necesario que sea tal siempre en todas partes. Mas la naturaleza del hombre es mutable. Y, por esto, lo que es natural al hombre puede variar a veces.⁵⁷

⁵⁵ Esto se puede aplicar a conceptos absolutos.

⁵⁶ Esta afirmación me parece que da lugar a una cierta forma de constructivismo.

⁵⁷ Aquino, Thomas, *Summa Theologica*, Op. cit., 44, II-II q.57, art. 2.

1.3. EXPRESIÓN FORMAL DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

La lógica formal ofrece una interesante variedad de metodologías. Entre todas ellas es posible encontrar alguna que permita verificar formalmente la coherencia de las inferencias -que a modo de conjeturas- propone nuestra “lógica operativa” o de experiencia jurídica. Esto es debido a que los diversos modelos lógicos cuentan con una variedad de funciones que proveen lenguajes. Esta característica es la que nos permiten expresar formalmente cualquier forma narrativa con la que expresemos una respuesta jurídica a un problema.

En otras palabras, los modelos lógicos nos permiten expresar formal y objetivamente hablando las ideas que la *lógica jurídica operativa* (o de experiencia jurídica) expresa en las vagas formas narrativas. Pues es así, mediante formas narrativas, que la *lógica jurídica operativa*⁵⁸ se expresa. Con la lógica formal los expertos en Derecho cuentan con un instrumento que les permite expresar objetivamente su razonamiento práctico. Pueden mostrar con orden y claridad los argumentos que estructuran sus razonamientos jurídicos. De este modo podrán brindar además de una razón verosímil, un argumento válido.

La palabra argumentación deriva del término arguere que quiere decir “sacar en claro” o “dejar ver con claridad”. Los fonemas indoeuropeos de los que deriva son argu y arg, términos que se refieren a la claridad y al brillo. La argumentación jurídica se

⁵⁸ Lógica Jurídica de la experiencia.

distingue –por lo menos en su sentido clásico y etimológico– como el ejercicio de razonamiento que busca que una idea o una explicación sea clara y brille por sí sola. Por eso Cicerón define a la argumentación como “las razones que hacen fe de una cosa dudosa”, y San Isidoro de Sevilla sostiene que: “El argumento no ofrece nunca prueba a base de testigos o de documentos escritos, sino que encuentra la verdad sirviéndose únicamente del raciocinio. Y de ahí viene el nombre de argumentum, es decir, argutum inventum (invención sagaz).⁵⁹

Y cuando me refiero a lógica formal no me refiero solamente a la lógica silogística de origen aristotélico. Esto lo señalo porque durante muchos años se pensó que el Derecho sólo funcionaba bajo el llamado “silogismo jurídico”.⁶⁰ Hoy en día contamos con docenas de sistemas lógicos que permiten expresar la gran variedad de razonamientos de los expertos en Derecho.

Además, gracias a los diversos modelos formales, podemos llevar a cabo un diagnóstico de las formas de racionalidad jurídica con las que los operadores del Derecho trabajan. Con base en ellas podemos determinar la capacidad abstractiva y de resolución de problemas jurídicos. La ventaja de este diagnóstico es que nos permitirá ubicar las formas mentales con las que opera de forma competente y, en

⁵⁹ Hernández Franco, Juan Abelardo, *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2010, p.32.

⁶⁰ El cual fue inventado por Arthur Schopenhauer. Cfr. Schopenhauer, Arthur, *El mundo como voluntad y representación*, t.II, Complementos al libro primero, segunda parte, cap. X,120.

su caso se podrán definir programas de desarrollo de competencias y habilidades jurídicas.⁶¹

1.3.1. Lógicas compatibles con los razonamientos jurídicos

Una de las primeras alternativas que se presentaron ante la “lógica clásica” fue la propuesta por L.E. Brouwer⁶² (1881-1966) llamada *Lógica Intuicionista*. Esta teoría establecía que existían otras formas lógicas distintas de las matemáticas.⁶³ Y mostró que, por ejemplo, en algunos casos el principio de *tercero excluido*, no funcionaba matemáticamente. Y esto es cierto, sobre todo en el campo del Derecho; pues en la realidad, la experiencia jurídica no resuelve siempre de forma tajante con términos como culpable o inocente. La experiencia jurídica en varios casos, aunque comprueba ciertos hechos y factores que dirigen a una resolución; encuentra también circunstancias que pueden alterar resultados superficialmente obvios. Podrían existir todas las circunstancias para determinar que alguien es culpable, pero puede presentarse también una duda razonable en algún aspecto. Esa sola duda podría, sin definir claramente la inocencia, llevar a declarar al sujeto “no culpable”. Esto es precisamente lo que desactiva el principio de *tercero excluido*, matemáticamente hablando.

Por otra parte, en 1920 el matemático polaco Jan Lukasiewicz (1878-1956) propuso una idea que tardó cerca de una década en ser reconocida fuera de

⁶¹ A esta área de análisis la he denominado *Psycolawgy*.

⁶² Luitzen Egbertus Jan Brouwer.

⁶³ Frege y Russell sostenían que sólo había lógica relacionada con las matemáticas.

Polonia, impactando en el campo de la lógica. Su idea consistía en agregar a la lógica –que operaba con criterios de *necesidad*– criterios y variables de *posibilidad*. De este modo la lógica incluiría la idea de que algo “posiblemente” no fuera falso o verdadero “necesariamente”. Esta forma sistémica de lógica parece encajar mejor en el campo del razonamiento jurídico. Y de hecho existe un antecedente de ella en los trabajos jurídicos de Leibniz.⁶⁴

En los años 1960’s apareció la llamada *Lógica Cuántica*, la cual mostraba la posibilidad de que se presentaran en una misma afirmación dos valores de verdad distintos. Y esta forma lógica aplicada al Derecho permite enunciar ideas como: “*Es cierto que el demandado realizó tal cosa, pero no por ello está obligado a pagar lo debido*”. Es decir, para este modelo lógico aunque puede ser verdad que se hayan dado ciertas conductas previstas en la ley y, por lo tanto, se les debe aplicar cierta sanción como consecuencia; puede ocurrir que las circunstancias en las que se realizaron otorguen un carácter de nulidad a las consecuencias prevista legalmente para tales conductas.

Tal como podemos ver, la diversidad de razonamientos jurídicos pueden encontrar en estas formas lógicas –llamadas hoy *Lógicas Difusas*– una gran variedad de herramientas para poder expresarse formalmente. No existe por lo tanto una sola lógica. Y tampoco el pensamiento judicial y de los operadores del Derecho es tan

⁶⁴ Hernández Franco, Juan Abelardo y Castañeda y G., Daniel H., *Curso de Filosofía del Derecho*, México, Oxford University Press, 2009, pp. 208-209.

inexpresable racionalmente como lo presumía Recasens Siches en su vaga idea de la “razonabilidad jurídica”.⁶⁵

1.3.2. Kelsen contra el silogismo jurídico

Lo mismo puede decirse a Hans Kelsen quien negaba la posibilidad de una lógica jurídica, al considerar que el pensamiento judicial no se limitaba a ciertas formas lógicas. La postura de Kelsen es correcta si pensamos que no existe una lógica jurídica *a priori*. Pero sin duda alguna es posible formalizar el razonamiento jurídico *a posteriori*. Kelsen no detectó la existencia de esta gran variedad de lógicas difusas, pues de haberlas conocido, habría tenido que aceptar que toda forma judicial, puede encontrar una forma de expresión lógica, sea clásica, difusa o cuántica. Una muestra de esta afirmación es su claro ataque a la forma del llamado “silogismo jurídico”.

Lo que existe no es pues de ninguna manera una relación directa entre la norma general “todos los ladrones deben ser encarcelados” y la norma individual “el ladrón Pérez debe ser encarcelado”, sino una relación entre la validez de la norma general y un acto del tribunal cuyo sentido subjetivo puede, pero no tiene que, estar de acuerdo con la norma general. Si la norma individual establecida por el tribunal está de acuerdo con la norma general a ser aplicada por el

⁶⁵ Recasens Siches, Luis, *Filosofía del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 1954, p. 644.

tribunal, la validez de la norma individual puede fundamentarse por la validez de la norma general, pero esto no significa que la validez de la norma individual, a ser establecida por el órgano aplicador, se siga lógicamente de la validez de la norma general a ser aplicada. Si el tribunal, a pesar de haber constatado que un hombre determinado ha robado, lo absuelve es decir, si el sentido subjetivo de su acto no es que un hombre deba ser encarcelado, sino de que no deba ser encarcelado, la validez de esta norma individual no puede fundamentarse por la validez de la norma general referente al robo. No está en cuestión aquí que ésta puede fundamentarse por la validez de la norma general referente a la fuerza legal de las decisiones judiciales.⁶⁶

Las razones de los jueces no se encuentran sometidas a reglas formales de lógica ni a sistemas operativos establecidos. Es el criterio prudencial y su experiencia acumulada la que avala las decisiones que toman. Los expertos en Derecho razonan con base en los hábitos jurídicos, no con base en fórmulas esquemáticas. Por esta razón todavía no se ha consolidado un sistema predeterminado de decisión judicial. Nunca ha existido y nunca lo habrá. Porque el razonamiento jurídico es prudencial y requiere del hábito de los operadores del Derecho. La virtud de la justicia no responde a modelos ni diagramas de flujo predeterminados.

⁶⁶ Kelsen, Hans, *Derecho y Lógica*, México, UNAM, 1978, Cuadernos de Crítica, Instituto de Investigaciones Filosóficas, pp. 28-31.

1.4. OPERACIONES DE LA MENTE JURÍDICA: NARRATIVA Y LÓGICA:

Lo verosímil y lo verdadero se concilian en la virtud.

En la opinión de Jerome Bruner estas dos operaciones –narrativa y lógica– son distintas, pero también son complementarias. La *lógica formal* es de carácter explicativo y argumentativo, mientras que la *lógica operativa* (intuitiva) expresada mediante narraciones, genera un relato verosímil. Ésta última involucra los sentimientos de los operadores y, sus inferencias siguen sus premisas, conclusiones y observaciones, aunque no sean formales. Son consideradas como verdaderas en su operatividad, si van acordes con las creencias que se tienen. Este relato lógico-operativo o intuitivo, sigue el panorama de la conciencia y los valores de los involucrados.⁶⁷ Y los expresará a través de los tipos jurídicos que formalmente están contruidos con variables avalorativas.

Hay dos modalidades de funcionamiento cognitivo, dos modalidades de pensamiento, y cada una de ellas brinda modos característicos de ordenar la experiencia, de construir la realidad [...] Los argumentos convencen de su verdad, los relatos de su semejanza con la vida. En uno la verificación se realiza mediante procedimiento que permiten establecer una prueba formal y empírica. En el otro no se establece

⁶⁷ Bruner, Jerome, *Realidad Mental y mundos posibles, Los actos de la imaginación que dan sentido a la experiencia*, España, Gedisa, 2004, p. 25.

*la verdad sino la verosimilitud. Se ha afirmado que uno es un perfeccionamiento o una abstracción del otro.*⁶⁸

Efectivamente, es fácil percatarse que cualquier experto en Derecho, cuando sugiere una respuesta a un problema legal o jurídico, responde de forma narrativa. Nunca emplea premisas lógico-formales. Siempre relata una explicación que nos parecerá verosímil para responder al planteamiento presentado. En todo caso, posteriormente, podríamos pedirle a un experto en lógica que nos ayudara a formular los datos aportados en la narración, a modo de premisas lógicas. Esto con el fin de comprobar, mediante procedimientos metodológicos, que lo que se infiere de forma verosímil, puede también inferirse de forma lógica. Es decir, la formalización operaría a modo de prueba formal de algo verosímil. Por esta razón guardan sentido jurisprudencias como la siguiente en la que se muestra que no es necesario expresar el razonamiento jurídico en forma de categorías lógicas.

La sala responsable no viola garantías en perjuicio de la peticionaria, cuando ésta no expresa en el concepto de violación argumentos lógicos-jurídicos en contra de las consideraciones de aquélla, sin combatir el razonamiento respecto de la infundamentación de las causales de anulación alegadas por la actora, pues la quejosa solamente señala que la existencia de tales violaciones, le causan

⁶⁸ *Ibidem*, p. 23.

*agravios, resultado con ello el concepto de violación inoperante por insuficiente.*⁶⁹

Ahora bien, es importante precisar que lo verosímil no opera con cualquier lógica. Es precisamente una labor del experto en lógica, encontrar el modelo lógico de inferencia que permitiría avalar formalmente lo expresado por la narrativa. Si un silogismo no lo permite, tal vez una proposición condicional lo permita, o cualquier otra forma lógica como las expuestas en las lógicas difusas. Tal como se ha mostrado difícilmente podría no encontrarse algún modelo lógico que permita expresar los razonamientos lógico-operativos de la mente del experto en Derecho.

Para Jerome Bruner la forma narrativa en la que los discursos de la *lógica operativa* se expresan no son propiamente un género literario, sino una modalidad de pensamiento.⁷⁰ Incluso, podríamos decir que se trata de la más natural y espontánea forma humana de pensamiento, pero no la única. En este mismo orden de ideas, el psicólogo norteamericano Mark Turner presentó sus investigaciones sobre la mente humana en una obra titulada *The Literary Mind* (1996). En ella afirma concluyentemente que la mente opera en sí misma de forma narrativa.

⁶⁹ Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Segunda Parte-1 Enero a Junio de 1989, Tesis 228 171, CONCEPTO DE VIOLACIÓN INOPERANTE POR INSUFICIENTE, CUANO NO SE EXPRESAN ARGUMENTOS LÓGICO-JURÍDICOS.

⁷⁰ Esta misma idea la expresan George Lakoff y Mark Johnson en su libro *Metaphors We Live By* (1980).

Posterior a la expresión narrativa, la verificación lógico formal tiene un papel relevante. Permite expresar objetivamente cómo un experto en Derecho razonó en un caso concreto. Sin embargo, no se debe considerar que tal razonamiento inductivamente se convertirá en una regla universal que sirva para todos los asuntos semejantes. En todo caso podrá considerarse como un parámetro, que cuando se presentase en algunos otros eventos parecidos, podría llegar a formularse como una regla general. Y precisamente, por tener tal carácter, debe considerarse incluso algunos casos de excepción bajo ciertas circunstancias.⁷¹

Por esta razón, los relatos enunciados por nuestra *lógica operativa* (no formal) no cumplen con el requisito de verificabilidad que tiene las ciencias exactas o experimentales. En las Ciencias Sociales no existen las leyes generales de causación, sino la idea de imputación. Mediante una formalización, cumplimos con un mínimo de expresión de coherencia claramente objetiva por la que imputamos a una acción, una cierta reacción. La credibilidad de una narración se funda en premisas diferentes de las que rigen la credibilidad de una teoría física, en el que se postulan leyes universales. Por esta razón sería absurdo intentar aplicar los criterios de falsación de Karl Popper a una narración jurídica.⁷² El criterio de verificación de este tipo es totalmente inadecuado para la ciencia jurídica.⁷³

⁷¹ Una regla universal por su naturaleza no contempla excepciones. Por eso es universal y no general. Cfr. Sexto Empírico, *Adversus Mathematicos*, I, 221-226.

⁷² Cfr. Popper, Karl, *Lógica de la investigación científica*, 2da. Edición, España, Ed. Tecnos, 2008.

⁷³ Bruner, Jerome, *Realidad mental y mundos posibles...*, *Op. Cit.*, p. 26.

1.4.1. Lo verosímil y coherente de un razonamiento no garantiza la calidad de la respuesta jurídica. Los valores desplazados en ella sí.

Ahora bien, antes de terminar este capítulo me gustaría señalar una observación crítica que escuché del filósofo Bernard-Henri Lévy durante una visita que hizo a México.⁷⁴ Él afirmaba que el pensamiento no es una garantía contra la violencia y la tontería. No es un talismán ni una visa para evitar actos terribles.⁷⁵ Esta idea, me parece que es pertinente considerarla en el razonamiento jurídico. Sobre todo, porque el hecho de que una idea sea formalmente expresada, sólo garantiza que sea comprensible la forma coherente de su expresión. Pero de ninguna manera –y sobre todo hablando de nociones en el campo de las Ciencias Sociales– puede avalar finalmente una decisión judicial. El hecho de expresar formalmente una idea y demostrar su coherencia, no garantiza que sea la decisión adecuada. En este sentido, lo verosímil de una narración jurídica debe ser apreciada también desde la perspectiva de los valores. La narrativa del pensamiento operativo de la mente jurídica, está cargada de valores, aunque emplee el instrumento avalorativo del Derecho. Por esta razón me parece importante revalorar el razonamiento del operador del Derecho. Aquel que elabora la mente jurídica. El cual no excluye sus consideraciones valorativas. La respuesta jurídica de calidad queda, pues, en manos de la mente jurídica.

⁷⁴ Participación en México durante el coloquio *El Pensamiento: Barbarie y Sentido*, el 20 de octubre de 2010.

⁷⁵ Una prueba de ello –decía Lévy– es que varios de los más importantes e inteligentes intelectuales de Francia cayeron en las peores trampas. Mencionó el interés de Sartre por la revolución cubana o bien el de Michel Foucault por la revolución iraní de 1979. Para él era sorprendente cómo mentes tan brillantes estuvieron al servicio de proyectos que en la realidad mostraron comportamientos contra la tolerancia y quisieron imponer por la fuerza una forma dogmática de pensamiento por encima de cualquier otra creencia.

La carga acumulada de experiencia del jurista encuentra como elementos para expresarse: el lenguaje con *nociones y tipos jurídicos*. La forma en que articula este lenguaje es la narración. Por medio de ellas los sujetos se sitúan en el mundo y siempre llevan a cabo una reconversión, una reinstalación de observaciones sobre su entorno. El pensamiento mediante narraciones con nociones implica siempre una reintegración.⁷⁶ Las nuevas experiencias traen consigo nuevas circunstancias, las cuales al asimilarse ajustan nuestras nociones y categorías mentales, motivando la expresión de nuevas hipótesis. Por eso empleando un mismo tipo jurídico o una misma norma, el sentido desplazado en ella puede variar en distintos casos.

Para resolver cualquier cuestión jurídica, los expertos en Derecho parten, antes que nada, de un fondo acumulado de experiencia a partir del cual establecen hipótesis o respuestas a modo de conjeturas. En otras palabras, los juzgadores y abogados, antes que intentar resolver problemas mediante fórmulas lógicas, siguen sus intuiciones producto de su propia experiencia. Y debe ser así, porque los problemas que resuelven no son conceptuales ni abordan valores absolutos. Son nocionales con posibles aproximaciones objetivas.

Ahora bien, los eventos sobre los que los juristas deben resolver requieren un *conocimiento*, es decir, una *representación significativa*. Sin ella, no puede haber ajuste y asimilación a la objetivación de un caso concreto. Si sólo se utilizara la

⁷⁶ Cfr. Piaget, P., Ricoeur, P. *et al*, *Debates sobre psicología, filosofía y marxismo*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1973, p. 39.

inerte lógica, el pensamiento quedaría en el solipsismo.⁷⁷ Por esta razón los pensamientos del experto en Derecho se encuentran vinculados inseparablemente a sus criterios de valor. La interpretación de las normas (o tipos jurídicos) avalorativas, al momento de ser interpretadas por los operadores del Derecho, cargan de valores personales tales variables.

El lenguaje se direcciona por sus usuarios organizando sus elementos y orientándolos con un significado valorativo. Sólo así, la idea que el experto en Derecho tiene para resolver un problema, se podrá expresar argumentativamente. El trabajo jurídico consiste en resolver problemas y expresarlos mediante la conformación de significados y sentidos en un lenguaje empleado. Propiamente se puede decir que desplaza el sentido de sus razonamientos a través de las nociones de los tipos jurídicos. En ellos, casi de forma inconsciente, también construye sentidos valorativos. Emplea la maquinaria objetiva de la ley que es avalorativa en el Estado de Derecho y le da sentido con sus valores.

La observación avalorativa de las Ciencias Sociales -y entre ellas el Derecho- es meramente instrumental. Su aplicación y direccionamiento a los casos concretos, al operarse desde la narrativa mental, se conecta invariablemente con la cultura y los valores que nos han sido inculcados por ella. Por esta razón la lectura de una

⁷⁷ Santayana, George, *La vida de la razón*, Buenos Aires, Nova, 1954, p.48.

conceptualización ya se encuentra comprometida en la dirección de la interpretación.⁷⁸

Por esta razón podemos percatarnos que la lógica jurídica operativa –que constituye la lógica experiencial de los profesionales del Derecho– implica sus estados intencionales como el de expresar un significado vinculado con sus creencias y deseos. Y aunque el Derecho, en su carácter de ciencia social sea avalorativo, la actuación del operador del Derecho, no lo puede emplear avalorativamente sino sólo hasta cierto punto

El Derecho positivo es operable sin valores, pero sólo formalmente. En el Derecho positivo se emplean términos variables sin un contenido material específico. Sin embargo, por otra parte, la interpretación jurídica material es invariablemente valorativa. Esta es una característica fundamental de las operaciones con nociones jurídicas: el que puedan ser cargadas de valoraciones particulares, para atender a situaciones específicas de un forma adecuada. Tal fue de la misma opinión Hans Kelsen.

La interpretación jurídico-científica no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica. Como conocimiento de su objeto, no puede adoptar ninguna decisión entre las posibilidades expuestas, teniendo que dejar esta decisión al órgano jurídico

⁷⁸ Cfr. Piaget, Jean, *La equilibración de las estructuras cognitivas. Problema central del desarrollo*, México, Siglo XXI, 1978, p.143.

competente, según el orden jurídico, para aplicar el Derecho. El abogado que, en interés de su parte, sólo invoca ante el tribunal una de las varias interpretaciones posibles de la norma jurídica aplicable al caso; el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única correcta, no cumplen una función científico-jurídica, sino una función jurídico-política. Tratan de ganar influencia sobre la producción del Derecho. Naturalmente ello no les puede ser negado. Sólo que no deben hacerlo en nombre de la ciencia del Derecho, como suele suceder con harta frecuencia. La interpretación científico-jurídica tiene que evitar, con el mayor cuidado, la ficción de que una norma jurídica siempre admite sólo un sentido, el sentido "correcto". Se trata de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica. Dada la multiplicidad de sentidos de la mayoría de las normas jurídicas, este ideal sólo puede cumplirse aproximadamente. No se negará que esta ficción del sentido unívoco de las normas jurídicas puede tener grandes ventajas desde algún punto de vista político. Pero ningún prejuicio político puede justificar que se haga uso de esa ficción en una exposición científica del Derecho positivo, al proclamarse una interpretación, que desde el punto de vista subjetivo-político, es más deseable que otra interpretación, lógicamente igualmente posible como la única correcta desde un punto de vista científico-objetivo.

*Puesto que así se presenta lo que sólo es un juicio de valor político, falsamente como una verdad científica.*⁷⁹

Al momento de interpretar el sentido de las normas en los casos concretos, el operador del Derecho –que emplea su lógica operativa– desarrolla y expresa su discurso experiencial intuitivo, mediante un lenguaje narrativo. Este lenguaje que relata su razonamiento jurídico operativo se encuentra direccionado invariablemente por su subjetividad, y por consiguiente, por sus valores culturales. Valores que las formas mentales dirigen. La narrativa misma lleva una carga valorativa. La forma de expresión operativa de los individuos necesariamente se vincula con sus creencias, sentimientos y valores culturales, tal y como lo explica Karl Mannheim, en *Ideología y utopía*.⁸⁰

El conocimiento que tenemos de los hechos que percibimos es en gran parte un reflejo de la forma en que nuestra propia cultura valora. De esta forma podemos comprender también porque nuestro conocimiento varía al tiempo que cambian las respuestas que la cultura da al mundo. No existe en el Derecho –ni en ninguna otra ciencia social– el punto de vista absolutamente objetivo que Thomas Nagel llamó “*el punto de vista de ninguna parte*.”⁸¹ Y a esto, también debemos agregar que el tipo de lenguaje cultural empleado nos brinda formas mentales que

⁷⁹ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Op. Cit., VIII, 47.

⁸⁰ Mannheim, Karl, *Ideología y utopía*, Op. cit.

⁸¹ Nagel, Thomas, *The View from Nowhere*, Oxford University Press, New York, 1986. También en Bruner, Jerome, *Actos de Significado, Más allá de la revolución cognitiva*, Alianza, Madrid 1991, p.30.

direccionan nuestra forma de razonar los eventos. Tal y como lo señala Dan Slobin.

No se posible verbalizar la experiencia sin asumir una perspectiva y [...] el lenguaje en uso favorece estas perspectivas particulares. El mundo nos presenta “eventos” por codificar en el lenguaje. Antes bien, en el proceso de hablar y en el describir las experiencias se transforman, filtradas mediante el lenguaje, en eventos verbalizados.⁸²

Esta misma condición también se aplica a los conocimientos que se investigan en la corte. Las indagaciones judiciales y las observaciones de los participantes en un proceso judicial no pueden ser absolutamente objetivas y avalorativas.

Es imposible explorar una opinión de los tribunales con completa neutralidad. El intentar hacerlo nos llevaría a considerar todas las maneras alternativas en la cual el tribunal podría haber clasificado los temas en el caso, o cómo podría haber desplegado sus argumentos, o cómo podría haber respondido [a la presión cultural, etc...]. Para llevar a cabo tal análisis por completo, uno también tendría la necesidad de considerar todos esos “podría haber” de

⁸² Slobin, Dan I., “Verbalized events: a dynamic approach to linguistic relativity and determinism” en *Current Issues in Linguistic Theory*, 198, 2000, p.107.

*todas las posibles perspectivas legales y políticas. Este tipo de algoritmos existen más allá de la capacidad humana ordinaria.*⁸³

Estas ideas expuestas, me parece que también responden parcialmente a una crítica expuesta por Duncan Kennedy (y los miembros de los *Critical Legal Studies*) al positivismo formalista de Hans Kelsen y H.L.A. Hart sobre: ¿por qué para los positivistas existe inevitablemente un área de indeterminación para todas las normas?⁸⁴ La respuesta es precisamente esta: Primero, porque las normas no funcionan como conceptos con valores absolutos. En segundo lugar, la mayor parte de las normas son nociones. Nuestro razonamiento jurídico para resolver problemas emplea nociones en sus narraciones. Nuestra mente jurídica para fundar sus decisiones, al leer las nociones contenidas en una norma legal, las asimila y ajusta al caso concreto que debe resolver. Tal asimilación y ajuste se llevan a cabo gracias a la base de experiencia acumulada que los profesionales del Derecho han adquirido a lo largo del tiempo.

Sobre esta cuestión Mark Kelman⁸⁵ –uno de los fundadores de los *Critical legal studies*– se percató al afirmar que los materiales jurídicos por sí mismos eran considerados como indeterminados, porque el lenguaje que empleaban era indeterminado. Pero al no indagar sobre las operaciones mentales propias del razonamiento jurídico, Kelman sólo se limitó a señalar que tal situación era la que

⁸³ Bruner, Jerome y Amaterdam, Anthony G., *Minding the Law*, Op. Cit. 9, p.10.

⁸⁴ Kennedy, Duncan, *Izquierda y Derecho, Ensayos de teoría jurídica crítica*, México, Siglo XXI, 2010, p.86.

⁸⁵ Cfr. Kelman, Mark, *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Massachusetts, 1987.

permitía la toma de arbitrarias (y políticas) decisiones judiciales. Pero tal como se ha expuesto anteriormente, podemos percatarnos que tal arbitrariedad “aparente”, no existe. Si hay tipos jurídicos, hay conceptos límite. Si hay tipos jurídicos, no puede haber conceptos jurídicos absolutos. Las respuestas jurídicas no siempre serán las mismas. Pero esto no es un problema del Derecho, sino un proceder natural de la Mente Jurídica para resolver problemas jurídicos de forma objetiva. Es una forma de proceder mental ante la imposibilidad de operar conceptualmente el Derecho en la realidad. La única puerta científica a la objetividad jurídica es por medio del empleo de tipos y nociones. Un ejemplo sobre esta cuestión la podemos ver claramente en materia contencioso-administrativa, tal como lo señala Béjar Rivera.

De esta forma, el reto que planteamos en la materia contencioso-administrativa se centra en el análisis y ponderación de la individualización de los conceptos jurídicos indeterminados, de tal manera que éstos se convierten en pauta fundamental práctica para resolver los asuntos litigiosos en materia administrativa⁸⁶

Estas cargas políticas o valorativas en una respuesta que el operador del Derecho desplaza en su argumentación, son un equivalente en la Ciencia Jurídica, de lo que es en Física una energía potencial. Es decir, las cargas valorativas que concretan una normatividad general en individual, son unas fuerzas que *reaccionan* a un problema jurídico que *acciona* el razonamiento del experto en

⁸⁶ Béjar Rivera, Luis José, *El acto administrativo y su finalidad*, Porrúa, México, 2011, p. 39.

Derecho. La manifestación de esta reacción, es la interpretación de los tipos normativos o nociones jurídicas en uno u otro sentido.

La introducción del concepto de energía potencial en la Ciencia del Derecho le permite a este saber transformarse –de un saber dogmático impreciso– en una ciencia independiente, capaz de unir y coordinar los hechos de la experiencia en un determinado sistema subordinado a regularidades concretas como lo son las normas positivas (o tipos jurídicos).⁸⁷ Los procesos psíquicos que la mente jurídica realiza para resolver un problema legal pueden ser considerados de modo análogo como procesos cuantitativos inerciales comandados por formas mentales que reaccionan a un planteamiento jurídico.⁸⁸

⁸⁷ Este mismo fenómeno ocurre con la psicología moderna. Tal como lo señala Harald Höfding (1843-1931) en su obra *Ensayos de psicología basada en la experiencia* (1908). Citado en Vigotski, Lev, *Obras...*, *Op. Cit.*, tomo I, p. 95.

⁸⁸ Este fenómeno también se detectó en la psicología freudiana. Cfr. Castro Rodríguez, Roberto, *Notas sobre el proyecto de Psicología de Sigmund Freud Entwurf einer Psychologie*, México, Siglo XXI, 2011, p. 32.

Capítulo II

LAS FORMAS MENTALES DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO Y SU ORIGEN EN LA PRAXIS HUMANA

En este capítulo voy a abordar la naturaleza de las formas mentales que dan dirección a nuestros pensamientos. Porque tal y como lo señala Clarence Morris:

Los abogados son seres humanos, y las normas generales de su pensamiento están determinadas por las limitaciones humanas. Nos será más fácil captar los atributos especiales del razonamiento jurídico si comprendemos la forma de resolver los problemas.⁸⁹

Los razonamientos jurídicos están limitados a las condiciones del razonamiento humano y para investigarlo debemos abordar por lo menos dos dimensiones. Por un lado la neurofisiológica que tienen su base en la biología humana. Por otra parte, la psicológica o mental que se vincula a su vez con aspectos socioculturales. Tal como se explicará a continuación el desarrollo

⁸⁹ Morris, Clarence, *Cómo razonan los abogados*, Limusa, México, 2006, p. 19.

mental consiste en el ejercicio de las bases biológicas, bajo la dirección de las bases culturales. Pero comencemos por el principio.

El cerebro es el encargado de recibir toda la información de las glándulas que segregamos a lo largo de nuestra vida. Hoy sabemos que las hormonas de las distintas glándulas van a la sangre y de forma inmediata, pasan al cerebro. Cualquier cambio hormonal que se dé en el organismo será registrado inmediatamente por el cerebro, el cual establecerá la reacción emocional que se manifestará en el individuo. Por ejemplo, cuando del aparato digestivo recibe ciertos datos en una determinada situación, el cerebro sabrá si estamos sedientos o hambrientos. De la vejiga urinaria sabrá si está repleta o no, etc. Dependiendo de la información el individuo se comportará de una u otra manera.⁹⁰

El psicólogo y filósofo William James fue uno de los primeros pioneros en explicar este funcionamiento. Señalaba que, por ejemplo, al enfrentarnos a un animal violento, el cuerpo experimentaba ciertos cambios hormonales que fisiológicamente provocaban que tembláramos. A partir de este temblor se generaba en nosotros el sentimiento de miedo, no siendo el miedo el que generara nuestro temblor. Lo mismo ocurre cuando una persona que suele trabajar con grandes cantidades de dinero, cuando las pierde, su organismo experimenta respiración rápida y agitada. Este comportamiento, junto con otros, al momento, generan cambios hormonales que llevan a los individuos a llorar y entonces –

⁹⁰ Entrevista a David Krech, en Pérez Pérez, Dinisio, *Cerebro y conducta*, Barcelona, Salvat, 1973, (Grandes temas, 30), pp.84-85.

cuando se llora– nos viene el sentimiento de tristeza. Es decir, estamos tristes porque lloramos y, de acuerdo a las opiniones de James, tenemos miedo porque temblamos y no es al revés.

[...] partió de la hipótesis fundamental de que la actividad mental es una función de la actividad cerebral y sostuvo que el hábito es una propiedad de los centros nerviosos, que el sentimiento del esfuerzo y la emoción son fenómenos esencialmente fisiológicos.⁹¹

Lo fascinante de esta situación es que parece ser que, lo mismo que ocurre con las funciones básicas, ocurre con el mecanismo intelectual. De esta manera parece que lo no físico interviene en el mundo físico.

Cualquier idea o pensamiento se registra en la sangre y pasa a la corteza cerebral. Por tanto, el cerebro actúa de modo distinto según estados emocionales o la actividad intelectual de un individuo, a la vez que los condiciona [...] El cerebro rige nuestro comportamiento al igual que la velocidad de la circulación de la sangre está determinada por la acción del corazón. Cualquier comportamiento está totalmente determinado por el cerebro, pero esto no quiere decir que el medio ambiente no influya en la conducta. Lo que ocurre es que el cerebro recibe la información de todo cuanto está

⁹¹ Zazzo, René, *La psicología norteamericana*, Buenos Aires, Paidós, 1964 p. 36.

*en el medio ambiente, acumula los recuerdos del pasado, los transforma.*⁹²

Un ejemplo muy claro de las modificaciones que genera corporalmente un pensamiento lo brinda el psicólogo, premio Nobel de economía, Daniel Kahneman. En su libro *Pensar Rápido, Pensar Despacio* afirma:

*El cálculo no es algo que sucede sólo en su mente; también su cuerpo está implicado. Sus músculos se tensan, su presión sanguínea aumenta, y sus pulsaciones aumentan. Alguien que mire de cerca sus ojos mientras trata de llevar a cabo la operación, observará que sus pupilas se dilatan. Sus pupilas vuelven a contraerse al diámetro normal al terminar la tarea, cuando encuentra la solución o cuando desiste.*⁹³

Tal como podemos ver, el comportamiento social, como el querer resolver un problema de cálculo, genera ciertas transformaciones en el aspecto fisiológico. Y esto nos deja ver con claridad que ciertas instrucciones sociales lo que hacen es modificar las funciones fisiológicas corporales. Con el paso del tiempo nuestro organismo se va modificando o se va habituando en orden a instrucciones de orden social. Esto es precisamente lo que va generando hábitos corporales.

⁹² Entrevista a David Krech, en Pérez Pérez, *Cerebro y conducta*, Op. cit. pp. 84-85.

⁹³ Kahneman, Daniel, *Pensar Rápido, Pensar Despacio*, Debate, México, 2012, p.34.

En cuanto a las operaciones que modifican nuestras condiciones fisiológicas, para conformar nuestras operaciones mentales, incluyendo nuestras operaciones jurídicas, encuentro que nuestra mente se modula principalmente por dos ejes: Por un lado las formas que la cultura nos infunde y que principalmente son *formas de articulación* de pensamientos. Por otra parte están aquellas formas básicas innatas que, en cada etapa de nuestro desarrollo psicogenético, vemos apareciendo como cualidades fisiológicas. Estas formas principalmente se tratan de *formas de abstracción* y requieren ejercitarse mediante medios culturales. La mente jurídica se desenvuelve en estos dos parámetros tal y como se muestra a continuación.

2.1. FORMAS MENTALES DE ABSTRACCIÓN INNATAS

Para el psicólogo y sociólogo suizo Jean Piaget, el cerebro de los seres humanos responde a un proceso de evolución natural y, conforme los individuos van desarrollándose, son capaces de realizar operaciones cada vez más complejas y abstractas. El estudio del desarrollo de la inteligencia desde la perspectiva de Piaget recibe el nombre de Psicogénesis o Epistemología Genética.

La psicogénesis consiste, propiamente, en el estudio de las distintas etapas del desarrollo mental del ser humano y de las características de los modelos

racionales que se manifiestan en cada período. Dependiendo del desarrollo psicogenético, los individuos razonan de modo diferente. Por ejemplo, las personas que no han desarrollado altos niveles de abstracción, se desenvuelven operando pensamientos concretos ligados a la realidad sensible.⁹⁴ Las operaciones de este modo cognoscitivo concreto, sólo organizan directamente los datos inmediatos. No existe en la *actividad mental*⁹⁵ de estos sujetos la posibilidad de abstracción del cuerpo físico. La actividad mental que realizan consiste en llevar a cabo un pensamiento concreto que permanece ligado a la realidad empírica.⁹⁶

A un grupo de niños de 5 a 8 años se les muestra una caja abierta en la que hay veinte bolas de madera (llamaremos B a la clase formada por las veinte bolas). La mayoría de las bolas son marrones (les llamaremos la clase A), pero algunas son blancas (estas últimas constituyen la clase A'): por tanto, $B=A+A'$. Al niño se le hace esta sencilla pregunta: "En esta caja, ¿hay más bolas marrones (A) o más bolas de madera (B)?" [...] las experiencias psicológicas muestran con precisión que el niño entre los 5 y los 7 años es incapaz de construir

⁹⁴ Cfr. Piaget, Jean, *Génesis del pensamiento lógico*, en Richmond, P. G. *Introducción a Piaget*, España, Ed. Fundamentos, 1970, p. 69.

⁹⁵ Cfr. Piaget, Jean, *Génesis del pensamiento lógico y Lógica y Psicología*. Piaget distingue la *operación mental* de la mera *actividad mental*. La última consiste en la organización directa de los datos inmediatos y es una forma de pensamiento irreversible. Por otra parte, la *operación mental* opera de modo reversible, tanto como *inversión*, así como a modo de *reciprocidad* simultáneamente. Es decir, por inversión puede conformar clases y, por reciprocidad, establecer relaciones. La actividad mental las lleva a cabo ciertamente, pero no de modo combinado.

⁹⁶ Piaget, Jean, *Génesis del pensamiento lógico*, en Richmond, P. G., *Introducción a Piaget*, Op. Cit., p. 69.

esta inclusión $A \supset B$.⁹⁷ Su propia interpretación de los hechos le lleva a concluir que $A > B$ porque $A > A'$. Su respuesta es: "Hay más bolas marrones (A) que bolas de madera (B) porque las blancas (A') son sólo dos o tres". Lo que su respuesta realmente significa es: o bien la cuestión se refiere a la clase entera B , y en ese caso todas las bolas son bolas de madera, o bien se refiere a una parte A ; pero si dividimos el todo en sus partes constituyentes, nos quedamos sin el todo. En este caso el todo queda reducido a la otra parte A' y en consecuencia $A > B$ porque $B = A'$. En otras palabras: a los niños les resulta difícil razonar acerca del todo y de las partes al mismo tiempo. Si piensan en el todo se olvidan de las partes y, viceversa. Para construir la inclusión $A \supset B$, lo cual tiene lugar, por término medio, entre los 7 y los 8 años, al niño no le basta con efectuar una traducción verbal o simbólica de los datos perceptivos, sino que ha de llevar a cabo una composición o descomposición operatoria de sus elementos $B = A + A'$, de donde $A = B - A'$ y $A' = B - A$, de donde $A \supset B$.⁹⁸

El pensamiento de una persona que se encuentra en un estadio pre-operatorio o irreversible, se limita a razonar con una lógica que sólo opera a partir de la percepción exclusivamente sensible. Por otra parte, una persona que ha

⁹⁷ Debe leerse: A entonces B .

⁹⁸ Piaget, Jean, *Lógica y Psicología*, Barcelona, A. Redondo, 1972, pp. 32-33.

desarrollado un pensamiento lógico operatorio reversible, puede realizar operaciones abstractivas mayores y puede concebir la idea de que un problema, no necesariamente responde sólo al dato sensible que se presenta. Y al haber desarrollado esta capacidad abstractiva, puede resolver el asunto más allá de sus meras apariencias o condiciones materiales. En el siguiente apartado veremos algunos ejemplos del razonamiento jurídico clásico que ilustran estos distintos modos de razonamiento.

En los tribunales y hasta en la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación, hay asuntos que podemos ver, son resueltos bajo formas mentales pre-operatorias irreversibles y otros que se resuelven dirigidos por formas operativas reversibles. Una no es mejor que la otra. Pero una si es más compleja que la otra. Sin embargo este no es un dato que justificadamente pudiera inclinarnos a preferir más una forma de resolver sobre la otra. El poder comprender la forma en que se construyen las resoluciones jurídicas nos permite darnos cuenta de la razón por la que en una misma época pueden existir jurisprudencias encontradas.

Tan sólo a modo de ejemplo podemos ver que en el artículo 195 de la Ley Orgánica de los artículos 103 y 107 de la Constitución mexicana, se señala que la Corte tiene facultad para contrariar su propia jurisprudencia.

Esto tendría lugar siempre que el Alto Tribunal tuviera razones para variarla y que esas razones se refirieran a las que tuvieron presentes para establecer la jurisprudencia contrariada.⁹⁹

2.2. FORMAS MENTALES DE ORIGEN CULTURAL

Ahora bien, además de la existencia de estas formas mentales de origen natural, Piaget afirma¹⁰⁰ que los modelos innatos de conducta suelen ejercitarse en el medio ambiente en el que los individuos se desenvuelven y, por esta razón, son modificados por la naturaleza de las cosas sobre las que el niño actúa.¹⁰¹ De este modo, aunque las condiciones fisiológicas para desarrollar tales o cuales operaciones existan; si no se presentan las acciones ambientales o culturales para hacerlas reaccionar, tales procesos mentales no podrán ejercitarse. De ahí que los modelos innatos de conducta requieran condiciones ambientales para desarrollarse.

En la teoría de Piaget, esa trayectoria del desarrollo del pensamiento infantil sigue una determinada dirección: del autismo al lenguaje socializado, de la imaginación alucinatoria a las relaciones lógicas. En palabras del propio Piaget, él trata de observar cómo la sustancia psicológica del niño asimila, o deforma, las influencias sociales que

⁹⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, La Jurisprudencia en México, México, 2002, pp. 150 y 151.

¹⁰⁰ En sus obras *El nacimiento de la inteligencia en el niño* (1936) y *La construcción de lo real en el niño* (1957).

¹⁰¹ Richmond, P.G. *Introducción a Piaget*, Op. Cit., p. 26.

*ejercen en él el lenguaje y el pensamiento de los adultos que le rodean. La historia del pensamiento infantil es para Piaget la historia de la socialización paulatina de los rasgos profundamente íntimos, internos, personales y autistas que determinan la psiqué del niño.*¹⁰²

René Zazzo expuso la teoría de Piaget desde una perspectiva más clínica. Pues para Zazzo nuestra conducta psíquica es producto de nuestros elementos cromosómicos o nucleares, inscritos y desarrollados en un programa de conductas, el cual conforma nuestra cultura. Dicho de otro modo, dentro de los genes de un individuo se encuentran sus posibilidades de actuación y, tanto la cultura como el medio ambiente social, son los factores que le dan dirección. La cultura y el medio hacen que dichas cargas cromosómicas se conformen de tal modo, para moldear también nuestra mente y nuestra *mente jurídica*. Por esa razón René Zazzo afirma: el lenguaje que aprendemos culturalmente, modula y sintoniza nuestras predisposiciones biológicas y genéticas.

Para explicar el tránsito de la herencia localizada en el óvulo, hasta la herencia de la conducta, R. Zazzo imagina tres niveles diferentes: el nuclear o cromosómico, el somático y orgánico y el psíquico. (La acción del primer nivel sobre el tercero no puede ser explicada más que a través del segundo). El nivel cromosómico se proyecta sobre el somático y orgánico mediante un programa de construcción del cuerpo ordenado y dirigido por los genes; este [segundo] nivel, a su

¹⁰² Vigotski, Lev, "Pensamiento y lenguaje", en *Obras...*, *Op. Cit.*, p. 56.

*vez determina las posibilidades de actuación, [son] los medios orgánicos sin los cuales no existe conducta por muy elaborada que sea; y llegamos así al tercer nivel, el de la conducta psíquica, producto del nivel cromosómico inscrito en el orgánico, y en el cual se encuentran las bases para la conducta.*¹⁰³

Actualmente, se ha considerado –siguiendo a los psicólogos *behaviorsistas* y a un gran grupo de sociólogos– que todos los individuos (salvo aquellos que presentan ciertas patologías genéticas) nacen con las mismas potencias intelectuales. Y son las condiciones culturales y las del medio ambiente las que proyectan el porvenir intelectual de cada individuo.

*Los defensores de esta teoría sostienen que cada niño nace con un genotipo¹⁰⁴ intelectual determinado, pero que éste no es más que una potencia de la realización de ese individuo y que esta realización dependerá del medio ambiente. Dos genotipos potencialmente iguales manifestarán dos fenotipos¹⁰⁵ distintos según el medio ambiente en que se eduquen.*¹⁰⁶

¹⁰³ Balmente, Ana María, *Herencia, medio y educación*, Barcelona, Salvat, 1974, Biblioteca Salvat de Grandes Temas, Número 33, p. 79.

¹⁰⁴ Conjunto de genes que presenta un organismo y que son el patrimonio hereditario del mismo.

¹⁰⁵ Conjunto de caracteres manifiestos de un organismo, hereditarios y/o adquiridos.

¹⁰⁶ Balmente, Ana María, *Herencia, medio y educación*, *Op. Cit.*, p. 78.

2.2.1. El experimento de Vigotski y Luria comprueba la influencia de las formas mentales culturales en los integrantes de una población.

El psicólogo ruso Lev Vigotski y su discípulo y colaborador Alexander Luria habían ya afirmado desde la primera mitad del siglo veinte que la corteza cerebral humana podía definirse como una “corteza cultural” cuyas formas neuronales se moldeaban en orden a los factores culturales que las “cultivaban” en ciertas direcciones.¹⁰⁷

*El cerebro, en la desnudez de su biología es tan sólo una parte dentro de un proceso espacio-temporal mucho más amplio, el cual involucra numerosas operaciones extra-neuronales [contextos culturales], cuya acción conjunta genera el total del producto intelectual.*¹⁰⁸

Las investigaciones de Vigotski y Luria sobre las raíces de las conexiones lógicas en la mente de los individuos son sumamente reveladoras. Incluso nos han descubierto aspectos que permiten comprender las formas de razonamiento jurídico.

¹⁰⁷ Vigotski, Lev, *Mind and Society; Development of Higher Psychological Processes*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1978. También en Luria, Alexander R., *El cerebro en acción*, Barcelona, Orbis, 1974.

¹⁰⁸ Clark, A., *Mindware: An Introduction to the Philosophy of Cognitive Science*, Oxford University Press, New York, 2001, p.142.

Entre los años 1931 y 1932, Vigotski organizó unas investigaciones que se realizaron en las remotas regiones de Uzbekistán: en los *kishlak* (aldeas de Asia Central) y los *dzailau* (pastos de altura). En aquellos lugares en donde había un alto índice de analfabetismo, se percataron que las formas racionales de la gente eran de tipo pre-operatorio irreversible y que ante sus hábitos de razonar de forma sensible empírica, todo lo que les rodea, sus pensamientos se desenvolvían de forma abstracta elemental. Psicogenéticamente hablando, no realizaban más que básicas operaciones de *abstracción*, semejantes a la de un niño menor de 8 años.

Muchos de los datos obtenidos mediante estos tests se explican fácilmente por la ausencia de hábitos en las operaciones con códigos condicionales (códigos relacionados con la escritura, el dibujo, etc.) Asimismo se pudo determina que cuando a estos individuos se les pedía realizar tareas lógicas (por ejemplo operaciones de generalización o clasificación) ellos lo tomaban como tareas sin sentido alguno; ello provocaba otro tipo de análisis y generalización, propios a las formas prácticas que les eran más familiares¹⁰⁹ [...] No daban ni una denominación categorial (geométrica) de las figuras que se les presentaba durante los test [...] Denominaban las figuras geométricas con nombres de diversos objetos caseros. Por ejemplo, el círculo adquiría la denominación de: plato, caldero, reloj, luna. A un triángulo le daban el nombre de un talismán. En lugar de llamar al cuadrado por su nombre geométrico, lo llamaban un espejo, una

¹⁰⁹ Luria, A. R. *Desarrollo histórico de los procesos cognitivos*, Madrid, Akal, 1997, p. 19.

*puerta, tabla, casa [...] Un círculo incompleto nunca se mencionaba como tal, sino como brazaletes o pendientes.*¹¹⁰

Por otra parte, también descubrieron que la forma en que *articulaban* los pensamientos, difícilmente se desligaba de las formas de los elementos con los que operaban. Es decir, su forma de organizar su mundo, no era con bases teóricas, sino totalmente prácticas.

*Al inicio del experimento esta orientación de nuestros sujetos se manifestaba en que ellos valoraban los objetos, directa y aisladamente, y determinaban sus funciones (“esto se necesita para tal procedimiento”, y también, “y esto otro no es imprescindible para tal cosa”). No hubo necesidad de una agrupación abstracta de los objetos, de compararlos y relacionarlos con cierta categoría.*¹¹¹

Ejemplos:

Al presentarle a un hombre de 39 años (de estos poblados) las siguientes figuras: Martillo-sierra-tronco-pala; se le preguntó si alguno era diferente, a lo que contestó:

Entrevistado: *“Todos éstos son parecidos. Creo que todos hacen falta. Y ve, para serrar necesita la sierra, para romper algo, la pala [...] ¡Todo hace falta!”*

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 48.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 69.

Comentario de Luria: *Principio de necesidad de cada objeto en base a su participación en la situación práctica.*

El investigador hace el intento de explicar la tarea que debe realizar con otro caso análogo: “Por ejemplo, tres adultos y un niño; comprenderá que este último no encaja aquí.”

Entrevistado: *“¡Pero si el niño es muy importante aquí! Ellos tres trabajan y si cualquiera tiene que ir a alguna parte, estropearán el trabajo, y el niño puede correr, así aprenderá, y así será mejor, y todos ellos podrán trabajar bien”.*

Comentario de Luria: *Nuevamente una situación práctica.*

El investigador repregunta: *“Pues conozco a una persona que escogió tres objetos parecidos: Martillo-sierra y pala.”*

Entrevistado: *“¡La sierra, el martillo y la pala se necesitan mucho! [...] Y el tronco también.”*

Comentario de Luria: *Otra mención práctica.*

Investigador: *“¿Por qué habrá escogido a estos tres y no mencionó el tronco?”*

Entrevistado: *“¡Seguramente porque tiene mucha leña! Si no tenemos troncos no podremos hacer nada.”*

Comentario de Luria: *Explicación en los límites de una situación práctica.¹¹²*

¹¹² *Ibidem*, p. 71.

El canadiense Marshall McLuhan, siguiendo las investigaciones de Vigotski y Luria sostiene que los modos de percepción de los iletrados y analfabetas se caracterizan por ser implícitos, simultáneos y discontinuos. Es decir, los individuos se ubican en un solo espacio presente, donde no encuentran causas eficientes. Para ellos, sólo existen las causas formales.¹¹³

Siguiendo a Carothers, McLuhan afirma que el analfabeta vive primordialmente en un mundo de sonidos; un mundo cargado de significados directos y personales para el oyente [...] Las palabras habladas a diferencia de las escritas, no califican ni rotulan, sino funcionan [...] Las sociedades orales viven intensamente en un presente que guarda el equilibrio desprendiéndose de recuerdos que ya no tienen presencia actual y conservan tan solo palabras útiles [...] Goody y Watt llaman “ratificación semántica directa” a las situaciones reales en las cuales los analfabetas utilizan las palabras.¹¹⁴

Entre otras conclusiones que se han presentado a partir de estos estudios, también contamos con la de Jerome Bruner quien afirma: “*percibir el mundo es sistematizar los objetos que lo componen.*”¹¹⁵ Y esto mismo es lo que realizan los

¹¹³ McLuhan, Marshall, *La Galaxia Gutenberg*, México, Origen/Planeta, 1985, pp.85-86; y Ong, Walter J., *Oralidad y escritura, Tecnología de la palabra*, México, FCE, 1987, pp.38-39.

¹¹⁴ Hernández Franco, Juan Abelardo, *La Racionalidad en Marshall McLuhan y la Escuela de Toronto, Un estudio sobre los medios de comunicación y su influencia en la Grecia Clásica*, México, Universidad Panamericana, 2004, pp.75-79.

¹¹⁵ Citado por Luria en: Luria, A. R. *Desarrollo histórico de los procesos cognitivos, Op. Cit.*, p. 60.

abogados y los jueces, cuando se encuentran ante un asunto. Su mente jurídica une datos y organiza conforme a sus experiencias acumuladas. En algunos casos unos, lo hacen con mayor capacidad abstractiva, otros con menor. Y dependiendo de qué formas mentales participen en estas operaciones, los resultados serán contruidos. Las formas mentales dirigirán los pensamientos en los ejes abstractivos y articuladores. Expuesto esto descubrimos que la lógica de la impartición de justicia no se encuentra totalmente en las leyes ni en las jurisprudencias, sino que se encuentra en gran parte en los operadores del Derecho.

Sólo a modo de ejemplo, en el siguiente apartado expongo algunas formas de racionalidad jurídica dependiendo del desarrollo psicogenético y cultural que coincidirían con ciertos desarrollos psicosociales.

2.2.2 Las resoluciones jurisprudenciales de proculeyanos y sabinianos responden a modelos de razonamiento preoperatorio irreversible y operatorio reversible.

A principios de los años 1980 apareció la obra de Jean Piaget y Rolando García, titulada *Psicogénesis e Historia de La Ciencia*.¹¹⁶ En esta investigación Piaget y García muestran que dependiendo del grado de evolución racional que han presentado algunas civilizaciones, se desarrollan también sus modelos científicos. El texto de Piaget y García se enfoca sobre todo a la historia de la evolución de la

¹¹⁶ Piaget, Jean, García Rolando, *Psicogénesis e Historia de La Ciencia*, Siglo XXI, México, 1982.

Física; sin embargo sus argumentos son tan claros que, puede exponerse en el campo del saber jurídico la misma justificación para exponer la razón de la evolución del Derecho como saber.

A partir de los planteamientos de Piaget y García; junto con las investigaciones de Alexander Luria en la región de Uzbekistán, repasaré algunos casos del mundo clásico del Derecho Romano. Pero previamente quiero destacar algunos aspectos a considerar en esta revisión comparativa.

Las personas que razonan de forma *preoperatoria* e irreversible, se caracterizan por no desarrollar la noción de conservación de substancia. Esto en un ejemplo elemental se ilustra de esta forma: Si a una persona se le muestran dos bolas de plastilina iguales, y se le pregunta dónde hay más masa; seguramente dirá que en ambas hay la misma cantidad. Pero si posteriormente a una de estas bolas se le moldea en forma de una salchicha y se le pregunta nuevamente al mismo individuo si existe la misma cantidad de masa en ambas, seguramente responderá que aquella que tiene forma de salchicha tiene más masa. Esto es en razón de que sus formas mentales asumen que si cambia la forma, cambia la substancia. Recordemos que el pensamiento de una persona sin capacidad abstractiva reversible, mantiene un pensamiento relacionado con las experiencias físicas directas. Por el contrario, una persona que ha aprendido a leer y a escribir; y por consiguiente ha desarrollado una capacidad abstractiva reversible, reconocerá en el ejemplo de las dos bolas, que el volumen de masa es el mismo, aunque haya

cambiado la forma de una de las masas. El individuo de este periodo abstractivo psicogenético desarrollado, por ende, concibe el principio de identidad como fundamental.

Una vez expuesto esto, pasemos a analizar el razonamiento de dos escuelas jurídicas romanas que nos sirven de ejemplo de distintos modelos de racionalidad. Consideremos que una toma en cuenta las resoluciones jurisprudenciales que los primeros juristas analfabetas, llevaron a cabo; mientras que los otros tienen influencia de las resoluciones judiciales desarrolladas en los periodos posteriores al proceso formulario escrito. Ambas escuelas nos muestran formas mentales distintas empleadas para resolver problemas jurídicos semejantes. No quiero señalar que una resolución sea mejor que otra, sino que algunas responden a desarrollos psicogenéticos y culturales que permiten mayores abstracciones.

Los *proculeyanos*, entre los que estaban Labeón, Próculo y Celso, consideraban que para resolver problemas de orden jurídico, era necesario darle predominio a la forma sobre la materia.¹¹⁷ Por su parte, los sabinianos –entre los que se encontraban Salvio Juliano, Ateyo Capitón y Masurio Sabino– creían que la clave de la resolución de problemas estaba siempre en orden al predominio de la materia por encima de la forma.

¹¹⁷ Algunos creen encontrar en los proculeyanos la implementación de la reducción al absurdo aristotélica.

Para ilustrar esta controversia observemos los siguientes casos: Si una persona es propietaria de un lienzo y otra pinta sobre él, para los sabinianos el dueño del lienzo, por accesión, se convierte en el dueño de la pintura. Por el contrario, para los proculeyanos la forma impuesta sobre el lienzo cambia la naturaleza del objeto y, por eso, pasa a ser propiedad del pintor.

De manera análoga encontraremos que la lógica de resolución de otro problema distinto es la misma para cada escuela. Por ejemplo, cuando se plantea que el dueño de unas tablas encuentra que otra persona ha armado un barco con ellas y reclama para sí el barco armado; los proculeyanos consideran aquel que ha dado una nueva forma a la materia es el propietario de los bienes. En cambio para los sabinianos, el dueño de la madera sigue siendo el propietario, independientemente de la forma que asuma en distintos momentos.¹¹⁸

Igualmente mientras que para los proculeyanos una compraventa se da cuando se fija un precio y se acuerda formalmente, para los sabinianos sólo existe una compra-venta, siempre y cuando el vendedor entregue materiales de su propiedad. De esta manera, también podría considerarse como compraventa una permuta, cambiando una materia por otra. Tal como podemos ver para los sabinianos no era necesario definir el valor con precio en moneda. Por el

¹¹⁸ Cfr. Digesto, 41.1.7.7. Platicando sobre este tema con el Dr. Rolando García, llamaba la atención sobre el aspecto de que en ambos casos había mano de obra y la lectura del problema era más compleja. Aunque es cierto esto, el punto jurídico está en si el dueño de las tablas tiene preferencia de pagar la mano de obra y quedarse con el barco o bien, el que puso la mano de obra tiene preferencia para quedarse con la nave, pagando la madera a su dueño. Como vemos la preferencia del razonamiento prelógico supondría la respuesta al modo proculeyano. Aquel que tienen capacidad más abstractiva, apoyaría la resolución sabiniana.

contrario, los proculeyanos creían que, en este caso, existe arrendamiento de obra y siempre era necesario fijar el precio con dinero.

Cuando discutían sobre la edad que se debía tener los jóvenes para ser considerado púber, los sabinianos afirmaban que era necesario examinar corporalmente (*inspectio corporis*) cada caso. En cambio los proculeyanos, por su parte, determinaban que bastaba, en el caso de los hombres, tener catorce años cumplidos y doce, en el caso de las mujeres. La razón que daban es que formalmente alcanzaban esa edad. Es interesante mencionar también la noción que se tiene sobre la condición del *nasciturus*. Mientras que los sabinianos tomaban en cuenta la sola presencia de vida, los proculeyanos condicionaban la vida de un nuevo ser a partir del llanto o grito del recién nacido.¹¹⁹

Tal como podemos ver, los proculeyanos mantienen un razonamiento jurídico inclinado a un modelo psíquico o mental preoperatorio y pre-lógico, en el que la forma sensible predomina y es la fuente de toda variación discursiva. Por otra parte, los sabinianos parecen atender a una etapa más desarrollada del razonamiento. Ante la conservación de la sustancia, es decir, de la materia, toda forma aparente no modifica la naturaleza esencial de la cosa misma. El

¹¹⁹ Estos dos últimos párrafos han sido tomados de Hernández Franco, Juan Abelardo y Castañeda Granados, Daniel, *Curso de Filosofía del Derecho, Op. Cit.*, pp. 107-108.

*razonamiento y la argumentación proculeyana es totalmente irreversible y concreta, mientras que la sabiniana, opera con principio de identidad y conservación.*¹²⁰

Podemos percatarnos por medio de esta comparación que en el pensamiento de los proculeyanos predomina un pensamiento práctico, ligado a las experiencias formales y que su capacidad abstractiva no es mayor. El Sabiniano, en cambio, lleva a cabo operaciones más abstractivas y resuelve notablemente estableciendo categorías abstractas, más allá de lo formal práctico. En nuestros días, tanto en los tribunales como en la Suprema Corte encontramos juzgadores que operan con formas mentales semejantes a las de los sabinianos y también, con formas mentales propias de los proculeyanos. Esta distinción en el caso de la Corte, no creo que se trate propiamente de un problema de desarrollo mental. Me parece que, en todo caso, queda claro que una persona que es capaz de razonar con mayor abstracción, puede –en razón de algún interés político– juzgar con formas mentales preoperatorias e irreversibles un caso complejo.

En cualquiera de los casos puede desarrollarse el hábito. La virtud puede existir en ambos parámetros y la mente jurídica se perfecciona en cada contexto sociocultural. Las narrativas de cada modelo de razonamiento encontrarán también sus formas lógicas de formalización, para ser expositivas a los demás, de manera objetiva. Y de forma dialógica, los problemas serán resueltos en orden a lo que la *psiqué* común considere que es bueno o conveniente.

¹²⁰ Hernández Franco, *Argumentación jurídica*, Op. Cit., pp. 130-132.

2.2.3. Los estudios de Erich Fromm en México también comprueban la influencia de las formas mentales culturales en los integrantes de una población.

El psicólogo social alemán Erich Fromm inició en 1957 una serie de estudios en Chiconcuac, Estado de Morelos, México, que durarán cerca de diez años en concluirse. Analizó las interacciones entre los factores socioeconómicos y los caracterológicos de ochocientos campesinos mexicanos. Las conclusiones de dicho estudio fueron publicadas en inglés hasta 1970 con el título *Social Character in a Mexican Village. A sociopschoanalytic Study*. Sólo hasta 1973 fue publicado en español con el título *Sociopsicoanálisis del campesino mexicano*. En este estudio, Fromm nos revela ciertas formas racionales del aldeano mexicano producto de su entorno social y cultural. Sólo a modo ejemplo veamos el siguiente pasaje.

En la orientación receptiva la persona siente que “la fuente de todo bien” se halla en el exterior, y cree que la única forma de lograr lo que desea –ya sea algo material, sea afecto, amor, conocimiento o placer– es recibéndolo de esa fuente externa. Por lo que se refiere a la adquisición de cosas materiales, el carácter receptivo, en casos extremos, encuentra difícil hacer el mínimo esfuerzo, y espera que todo se le dé como recompensa por ser tan “bueno”, o quizá porque

está “enfermo” o “necesitado”. En casos menos extremos prefiere trabajar para alguien, inclinándose a sentir que lo que recibe se le da gracias a la bondad del patrón, más que como resultado de su propio trabajo y como algo a lo que tiene derecho. En esta orientación, el problema del amor consiste casi exclusivamente en “ser amado” y no en amar [...] La orientación explotadora, tal como la receptiva, tiene como premisa básica la creencia de que la fuente de todo bien está en el exterior, que cualquier cosa que uno quiera obtener debe buscarse allí y que no puede producirse nada por sí mismo. La diferencia entre los dos, en todo caso, es que el tipo explotador no espera recibir cosas de los demás pasivamente, sino quitárselas por la fuerza o la astucia. Esta orientación abarca todas las esferas de actividad. En el terreno del amor y del afecto, estos individuos tienden a robar y a arrebatar. Se sienten atraídos sólo por las personas que pueden quitar a los demás. El atractivo para ellos está condicionado por los lazos que unen a una persona con otra; tienden a no enamorarse de las personas que no están comprometidas. Encontramos la misma actitud en lo que se refiere al pensamiento y a los empeños intelectuales. Tales personas tienden no a producir ideas, sino a robarlas [...] Las cosas que les puedan quitar a los demás siempre les parecen mejores que cualquier cosa que ellos puedan producir. Utilizan y explotan a cualquier persona o cosa de las cuales puedan sacar provecho. Su

lema es: "La fruta robada es más dulce" [...] Un ejemplo extremo es el cleptómano que sólo goza de las cosas si las puede robar, aunque tenga dinero para comprarlas.¹²¹

Estas personas, tal como lo señala Jean Piaget¹²², piensan que el castigo, la retribución y la justicia son inherentes al mundo externo. No conciben claramente entre las consecuencias que tienen origen en el universo físico y las consecuencias que surgen del mundo social. Sea cual sea su comportamiento, la recompensa no será producto de su actividad, sino de otros o de fuerzas externas a él.

Esta distinción que expone Fromm nos ayuda a comprender la decisión del emperador Justiniano de establecer, a modo general, el empleo de decisiones de los proculianos para ciertos casos y las de los sabinianos para otros. La regla – que incluso pervive en nuestro código civil y en el razonamiento jurisprudencial contemporáneo– consiste en lo siguiente: Si la persona obra de buena fe, se debe seguir la resolución proculiana. Si obra de mala fe, la sabiniana. Aplicado a las orientaciones de Fromm podemos pensar que aquel que obra de buena fe, siendo un sujeto de *orientación receptiva*, recibe los bienes del mundo externo, no por su trabajo, sino por su intención. En el segundo caso, aquel de orientación explotadora, queriendo obtener bienes, no recibe los bienes, debido a su mala

¹²¹ Fromm, Erich, *Sociopsicoanálisis del campesino mexicano*, México, FCE, 1973, pp.102-103.

¹²² Piaget, Jean, *The Moral Judgement of the Child*, Londres, Routledge y Kegan Paul, Ltd., 1932.

intención. Sin embargo aquel de orientación explotadora no concibe que el castigo sea por su conducta, sino por una decisión judicial externa.

Tal como podemos darnos cuenta, incluso nuestros modelos jurídicos de resolución se encuentran notablemente influenciados por aspectos caracterológicos culturales. La mente jurídica se adapta culturalmente a la mente de los individuos que integran una sociedad. Opera en ella con sus creencias y verdades operativas. De ese modo puede ser eficaz en su misión: Resolver los problemas sociales, conforme a los parámetros sociales.

2.2.4 Las teorías de Karl Mannheim y de los miembros de la Escuela de Toronto estudian por primera vez la influencia cultural en la creación de las formas mentales.

A partir de estos descubrimientos por parte de los expertos en psicología y las ciencias cognitivas, se confirmaron los planteamientos del sociólogo del conocimiento Karl Mannheim expuestos -a modo de meras conjeturas- en su célebre obra *Ideología y Utopía*. En su libro Mannheim afirma que todo individuo se haya predeterminado por los criterios culturales de la sociedad en la que se desenvuelve. Las personas aprenden culturalmente modelos de conducta y asimilan pensamientos preformados. Los modos de inferencia y los contextos de

razonamiento no son producto de una operación mental individual, sino de toda una estructura cultural.¹²³

Una situación se constituye como tal cuando la definen del mismo modo todos los miembros del grupo [...] Pertenece a un grupo, no sólo porque nacimos en él o porque confesamos formar parte del él ni porque protestamos serle fieles y acatar sus mandamientos, sino principalmente, porque vemos el mundo y ciertas cosas del mundo en la misma forma en que éste los ve. Cualquier concepto, cualquier significado concreto, contiene la cristalización de las experiencias de cierto grupo.”¹²⁴ [...] Cuando se están inculcando desde la infancia los mismos significados de las palabras, y los mismos modos de inferir ideas a todos los miembros del grupo, no pueden darse en esa sociedad procesos divergentes de pensamiento.¹²⁵

Poco después de publicadas las teorías de Mannheim, en Canadá un grupo de intelectuales conocidos como la Escuela de Toronto estudiaron la influencia de los medios instrumentales empleados por las culturas como vehículos de conformación de modelos y operaciones racionales. Entre ellos, Harold Adams Innis (1894-1952) en sus libros *Empire and Communications* (1950) y *The Bias of Communication* (1951) afirmó que los sistemas de comunicación eran extensiones

¹²³ Hernández Franco y Lozano Díez, *Sociología General y Jurídica, Op. Cit.*, pp. 109-112.

¹²⁴ Mannheim, Karl, *Ideología y utopía*, México, FCE, 2004, p. 55.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 39.

tecnológicas de la mente y de la conciencia. Y para poder comprender los valores de una civilización las fuentes de autoridad y la organización de sus conocimientos era necesario entender la naturaleza operativa de tales medios.

Para Innis, dependiendo del tipo de medio de comunicación utilizado, se desarrollan los monopolios del conocimiento. Por ejemplo, en aquellas sociedades que operaron con medios de comunicación duraderos, que hacían resistencia al paso del tiempo, se desarrolló la fe de una vida después de la muerte y un orden moral. En cambio en aquellas civilizaciones que utilizaron medios que principalmente reducían el espacio, pero no el tiempo, se generó una cultura secular, materialista, pragmática y sin ataduras.

Los medios de comunicación que hacen persistencia en el tiempo son aquellos que tienen un carácter duradero, tales como los pergaminos, el barro y la piedra. Los materiales pesados son adecuados para el desarrollo de la arquitectura y la escultura. Los medios que hacen persistencia en el espacio tienen la propensión a ser menos duraderos y de carácter ligero, tales como los papiros y el papel. Estos últimos son adecuados para extensas áreas de la administración y el comercio. Los materiales que hacen hincapié en el tiempo favorecen la descentralización y los tipos jerárquicos de instituciones, en tanto que aquellos que subrayan el espacio favorecen la centralización y los sistemas de gobierno de carácter

*menos jerárquico. Las organizaciones políticas en gran escala tales como los imperios, deben considerarse desde el punto de vista de dos dimensiones, las del tiempo y espacio y persisten al sobreponerse a los perjuicios de los medios que hacen excesivos hincapié en cualquier de las dimensiones.*¹²⁶

Otro miembro de la Escuela de Toronto, discípulo de Innis y de Ivor Armstrong Richards, fue Marshall McLuhan, quien en 1963 fundó en su pequeño despacho de la Universidad de Toronto, el *Centro de Cultura y Tecnología*. Allí analizaba las consecuencias psíquicas y sociales de tecnologías y medios. Ese mismo año la *Oficina de Educación de Estados Unidos* pidió al *Centro* que realizara una investigación sobre cómo debían enseñarse en las escuelas secundarias los efectos de los medios de comunicación. Producto de este trabajo fue la obra que se publicó en 1964 con el título *Understanding Media* (La comprensión de los Medios). A partir de esta obra se formuló la célebre ley de McLuhan: “El medio es el mensaje”. El cual debe entenderse en el sentido de que para entender los modelos de racionalidad, hay que descubrir la manera en que los medios moldean nuestra forma de razonar.¹²⁷

¹²⁶ Innis, Harold Adams, *Empire and Communications*, University of Toronto Press, Canada, 1972, p. 7.

¹²⁷ Hernández Franco, Juan Abelardo, *La racionalidad en Marshall McLuhan...*, *Op. Cit.* p. 34.

2.2.4.1. Ejemplo de cómo los lenguajes, siendo medios dan forma a nuestras operaciones mentales y nos hacen comprender el mundo de cierta forma.

Ahora bien, no todos los lenguajes moldean de la misma manera la inteligencia humana. La psicología de la cultura nos proporciona ciertas orientaciones sobre las distintas formas en que los grupos sociales tienden a categorizar la realidad a partir de las estructuras que el lenguaje aprendido le permite.

A este respecto son sumamente reveladores los estudios que ha realizado la profesora Twila Tardif, lingüista de la Universidad de Michigan¹²⁸ los cuales se insertan en el campo de la Psicología Cultural. Tardif nos muestra con objetividad científica que las variaciones lingüísticas y culturales moldean patrones distintos de pensamiento. Durante un viaje a China se percató que el idioma mandarín que empleaban tanto niños como adultos se encuentra caracterizado por el predominio del empleo de verbos sobre los sustantivos. En cambio en occidente (en países como los Estados Unidos o Canadá) tanto niños como adultos se desenvuelven mediante el empleo de enunciados en los que predominan los sustantivos sobre los verbos.

La principal diferencia que Tardif encontró es que en idiomas occidentales como el inglés los adultos utilizan verbos con el propósito de acercarse de forma general a un significado. En cambio en idiomas como el chino-mandarín los verbos son

¹²⁸ Pertenece al *Center for Human Growth and Development*.

usados para significados muy específicos. En contraste, los sustantivos en el idioma mandarín se emplean de modo general mientras que en inglés sirven de manera muy específica.¹²⁹ Esta diferencia nos permite explicar porque mientras que en occidente preguntamos “¿quiere usted tomar más té?”, en el oriente la pregunta cambia a “¿Quiere usted beber más?”.

Esta nota sobre las formas de lenguaje y el razonamiento, me han parecido que son un interesante pretexto para llevar a cabo un análisis, no tanto de *Derecho Comparado*, sino de *Razonamiento Jurídico Comparado*. Incluso en una misma cultura, en distintas regiones de un territorio, aunque se hable el mismo idioma, en algunas zonas se razona más en formas verbales que empleando sustantivos.

El lenguaje es la forma en que los individuos de una sociedad lo emplea. Y de esa misma forma moldea el pensamiento de quienes lo aprenden. Ahora bien, el lenguaje no es inmóvil, puede mutar cuando los operadores del lenguaje extienden su significado o lo mutan en orden a nuevas experiencias. Y por ello permite expresar nuevas formas de conocimiento que se han ampliado en sus usuarios.

2.2.5. La escuela de Frankfurt

En esta misma época los integrantes de la Escuela de Frankfurt, Max Horkheimer y Theodor Adorno llevaron a cabo estudios semejantes a los de la Escuela de

¹²⁹ Tardif, Twila, “But are they really verbs? Chinese words for action”, in Hirsh-Pasek, Kathy, *et al* *When action meets word: How children learn verbs*. Oxford University Press, USA, 2006, pp. 477-498.

Toronto, pero sin atender al estudio de la naturaleza de los medios, sólo analizan la capacidad crítica de los individuos al emplearse los nuevos medios de comunicación.

Horkheimer y Adorno descubren que el alto desarrollo técnico y científico del siglo XX ha generado una civilización altamente racionalista, capaz de justificar cualquier propuesta ideológica de manera instrumental. Es decir, esta nueva racionalidad se distingue particularmente en la aplicación de los medios tecnológicos avanzados para resolver problemas presentados de un modo hiperfragmentado y superespecial. Se trata de una razón instrumental dirigida a corto alcance para resolver cuestiones específicas, perdiendo de vista la racionalidad final a la que dirige. De ahí que denuncien la existencia de fines irracionales. Esta nueva racionalidad instrumental no vislumbra ni canaliza en dirección alguna el conjunto de conocimientos que proporciona este nuevo gran orden racional.

De hecho Horkheimer y Adorno anuncian que entre toda esta nueva tecnología se detecta la presencia de novedosos mecanismos de conformación de la cultura contemporánea, los cuales la definen y consolidan. Sostienen la existencia de una *Industria Cultural* (cinematográfica, televisión, discográficas, editoriales, etc...) la cual tiene por objeto producir la conciencia de los grupos sociales. Esta industria cultural está encaminada a difundir ciertos valores en la población y a cultivar cierto conformismo en ella. Los medios y sus contenidos logran aletargar la mente de los

individuos y los lleva a fugarse de la realidad, olvidando una actitud crítica para actuar en el mundo.¹³⁰

El mundo entero es conducido a través del filtro de la industria cultural [...] La atrofia de la imaginación y de la espontaneidad del actual consumidor cultural no necesita ser reducida a mecanismos psicológicos. Los mismos productos, comenzando por el más característico, el cine sonoro, paralizan, por su propia constitución objetiva, tales facultades. Ellos están hechos de tal manera que su percepción adecuada exige rapidez de intuición, capacidad de observación y competencia específica, pero al mismo tiempo prohíben directamente la actividad pensante del espectador, si éste no quiere perder los hechos que pasan con rapidez ante su mirada. La tensión que se crea es, por cierto, tan automática que no necesita ser actualizada, y sin embargo logra reprimir la imaginación. Quien está absorbido por el universo de la película, por los gestos, la imagen y la palabra -de tal forma que no es capaz de añadir a ese nuevo universo aquello sólo por lo cual podría convertirse verdaderamente en tal- no debe por ello necesariamente estar, durante la representación, cogido y ocupado por completo en los efectos particulares de la maquinaria. A partir de todas las demás películas y los otros productos culturales que

¹³⁰ Hernández Franco y Lozano Díez, *Sociología General y Jurídica*, Op. Cit., pp. 117-118.

*necesariamente deben conocer, los esfuerzos de atención han
llegado a serle tan familiares que se dan ya automáticamente.*¹³¹

Hasta aquí quedan expuestas las dos principales escuelas que analizaron durante el siglo XX la influencia de los medios de comunicación en los modelos de racionalidad humana. Este análisis es un importante complemento al desarrollo psicogenético para detectar de una forma más clara la evolución del razonamiento jurídico.

¹³¹ Horkheimer, Max, Adorno, Theodor, *Dialéctica de la Ilustración*, Madrid, Trotta, 2009, p. 171.

Capítulo III

INVESTIGACIONES PSICOLÓGICAS Y FILOSÓFICAS SOBRE LA MENTE Y EL DERECHO

3.1 Breve panorama de un itinerario común

Los estudios contemporáneos vinculados al campo de las investigaciones mentales y cognitivos comenzaron a finales del siglo XIX. En aquel entonces existían sólo tres laboratorios dedicados a realizar investigaciones en este campo. En Europa el primer laboratorio enfocado exclusivamente a estudios en psicología fue fundado en 1879 en la ciudad de Leipzig por Wilhelm Wundt (1832-1920). Se ubicaba en el edificio Konvikt. El objetivo principal de Wundt era el de descubrir los procesos que generaban la consciencia. Pretendía detectar las formas y las conexiones que empíricamente la describían.

Uno de los discípulos más destacado de Wilhelm Wundt en Leipzig, fue el psicólogo polaco-alemán Hugo Münsterberg quien llegó a los Estados Unidos en 1891 para participar en el primer *Congreso internacional de Psicología*. Las investigaciones expuestas en dicho coloquio por Münsterberg, despertaron el interés del psicólogo y filósofo norteamericano William James. Éste lo invitará a permanecer en el país para trabajar juntos en el Laboratorio de Psicología de la Universidad de Harvard ubicado en el *Emerson Hall*. La invitación fue aceptada y durante los siguientes años Münsterberg desarrolló y perfeccionó una teoría de la

conciencia a partir de las investigaciones de James. Entre sus trabajos, destaca uno que nos es de particular interés. Probablemente sea el primer estudio en el siglo XX dedicado a vincular los estudios de la mente con el campo del Derecho. El escrito es un pequeño artículo titulado: *En el estrado de los testigos: Ensayos sobre Psicología y Derecho Penal*¹³²; en él apenas aborda algunos aspectos psicológicos que el Derecho debería tomar en cuenta durante el interrogatorio a un testigo. Cuestiones sobre sus emociones y su memoria. En la introducción al artículo Münsterberg afirma:

He escrito el siguiente texto, en el que he seleccionado algunos problemas que muestran como la Psicología y el Derecho entran en contacto. En concreto me refieren esencialmente a la mente del testigo cuando está en el estrado [siendo interrogado] [...] No he tocado hasta ahora la psicología del abogado, del juez o del jurado –en ellos las cuestiones [psicológicas] se prestan para un tratamiento experimental muy interesante. Pero incluso, este estudio que presento sobre la psicología de los testigos no se trata de ninguna manera de una investigación exhaustiva. Mi único propósito es llamar la atención de los expertos para advertirlos de la existencia de un campo de estudio absurdamente descuidado y que exige toda la atención de la comunidad social.¹³²

¹³² Münsterberg, Hugo, *On the Witness Stand: Essays on Psychology and Crime*, (1908). En Green, Christopher D, *Classics in the History of Psychology*, York University, Toronto, Ontario.

La labor de Münsterberg también sirvió para el desarrollo de las Ciencias Sociales entre Europa y América. En 1903 visitó en Heidelberg a Max Weber para invitarlo a participar en el Congreso de Artes y Ciencias que se llevaría a cabo en San Louis, Missouri el año siguiente. Weber, quien a sus treinta y nueve años estaba experimentando una profunda depresión, salió de su retiro y su viaje a América revivió sus investigaciones.

En los Estados Unidos las investigaciones en el campo de las ciencias sociales y, sobre todo en el campo jurídico, mostraron el rostro de nuevos pensadores. El filósofo y psicólogo John Dewey (1859 – 1952) publicó en 1910 un ensayo titulado “*Cómo Pensamos*” (*How we Think*) el cual fue bien recibido por la crítica de su tiempo. En el verano de 1922 impartió en la escuela de Derecho de la universidad de Columbia una serie de conferencias tituladas “*Algunos Problemas en la Lógica y la Ética del Derecho*” que despertaron la inquietud de varios académicos. Entre ellos Nathan Isaacs, decidió desarrollar las propuestas de Dewey en el campo del razonamiento jurídico. Producto de sus investigaciones es el artículo titulado “*Cómo piensan los abogados*” (*How Lawyers Think*).¹³³ El texto es un ensayo que pretende comprender si existe, para la mente humana, una forma diferente de pensar los asuntos del Derecho. Después de la obra de Isaacs, en 1937 Clarence Morris publicó una obra con el mismo título: *How Lawyers Think*, en ella, Morris más que indagar en problemas epistemológicos, brinda algunos consejos que debe seguir todo abogado en el trato con los jueces y los otros abogados.

¹³³ *Columbia Law Review*, Vol. 23, No. 6 (Jun., 1923), pp. 555-563.

Las investigaciones posteriores sobre el razonamiento jurídico por parte de los expertos en Derecho poco o nada logran abordar propiamente la parte epistémica del razonamiento jurídico. Se trataban de ensayos tangenciales y orientados por la filosofía y la lógica más que por la psicología. En todo caso se pueden señalar algunas interesantes excepciones. En la década de los 1940 aparecieron dos obras destacadas. Un trabajo que abordó directamente el problema sobre cómo razonan los expertos en Derecho desde un punto de vista cognitivo fue el de Edward H. Levi: *An introduction to legal reasoning* (Una Introducción al razonamiento legal). Y aunque no resuelve el tema, lo detecta con suma claridad. Por otra parte, personalmente considero que además del trabajo de Levi, la más preclara de estas investigaciones realizadas por algún jurista en su tiempo fue la de Max Radin que consisten en una serie de conferencias que aparecieron con el título de *Law As Logic and Experience* (El Derecho como lógica y experiencia). Pese a su interesante planteamiento las investigaciones en esta línea no prosperaron mucho. Sin embargo los intentos por encontrar la explicación sobre el razonamiento jurídico abrieron, por parte de los investigadores en Derecho, líneas de investigación más conservadoras.

Durante la década de los años 1990 nuevamente se vinculó al razonamiento jurídico con la lógica. De ahí que aparecieran algunas obras como *Law and Logic* (Derecho y Lógica) de Joseph Horowitz, *Logic and Experience* (lógica y experiencia) de William P. LaPiana o bien *The Philosophy of Legal Reasoning* (La

filosofía del razonamiento legal) obra colectiva en la que se encuentran textos sugeridos por Robert Nozick de Ilmar Tammelo, Dennis Lloyd, John Dewey, Layman E. Allen entre muchos otros. Sin embargo ya como se ha señalado al principio de esta obra la lógica proposicional, sólo tiene sentido emplearla como medio de formalización del razonamiento operativo.

En los últimos años han aparecido algunos estudios que han revivido el tema sobre el razonamiento jurídico, pero no abordan la operatividad mental del experto en Derecho. Sin embargo sus contenidos de alguna forma complementan las investigaciones jurídicas. Entre estas obras están la de Richard A. Posner, que en 2008 publicó "*How judges think*" y, la de Frederick Schauer *Thinking like a Lawyer: an introduction to legal reasoning* (2009). En ésta última se aborda el tema de si los métodos de razonamiento y la argumentación de los abogados y jueces son realmente diferentes de los que emplean la gente común. Entre los temas que expone se encuentran la reglas comunes de pensamiento y la opinión judicial; la forma en que se establecen las leyes y la interpretación del estatutos.

Todos brindan alguna luz sobre el tema, pero difícilmente resuelven el enigma de cómo opera la mente jurídica. Parece que trabajan más la creación de lenguajes para direccionar la mente al empleo de una sola metodología. Pero la mente jurídica es más compleja. Incluso cuando suele operar con una metodología frecuentemente, es capaz de ser creativa y decidir cambiar un modelo por otro,

porque a su juicio interno, tal vez sea mejor razonarlo bajo otros parámetros. En ello consiste el fascinante mundo de la creatividad jurídica.

Hans Kelsen fue uno de los pocos en atisbar la importancia de los estudios psicológicos vinculados a la Ciencia Jurídica. De hecho en 1911, Kelsen ingresará como miembro del primer círculo psicoanalítico de Viena en orden a su interés por las investigaciones sobre el funcionamiento de la mente humana. El grupo estaba encabezado nada menos que por Sigmund Freud.

Efectivamente, el 13 de diciembre de 1911 Hanns Sachs (1881-1947) –amigo personal de Kelsen– le invitó a una reunión en casa del doctor Sigmund Freud (1856-1939) padre del entonces naciente psicoanálisis. Durante aquella velada Kelsen escuchó una conferencia acerca del “sentimiento por naturaleza o sentir la naturaleza” con la que quedó fuertemente impresionado aquella noche. Le parecieron asombrosos los comentarios de Freud sobre la visión animista del mundo por parte de los pueblos antiguos y su estética fundada en los sentimientos naturales. A partir de entonces Kelsen asistirá a las reuniones de los miércoles en la residencia de Freud¹³⁴ y será considerado, a partir del 15 de diciembre de 1911, como miembro de la Sociedad Psicoanalítica de Viena, por lo menos hasta 1912. El 22 de mayo de ese año, todavía se encuentra registro de su asistencia a la residencia de Freud donde se llevó a cabo una charla sobre “el *tabú*”. Muy

¹³⁴ H. Nunberg y E. Federn (eds.), *Protokolle der Wiener Psychoanalytischen Vereinigung*, vol. iii (1910-1911), at xiv, Fischer TB, Frankfurt, 1967, p. 331.

probablemente Freud presentó aquella noche los primeros avances de su entonces inédito libro “*Tótem y Tabú*”(1913).¹³⁵

El estallido de la primera guerra mundial los separa, pero la relación no desaparece. Ciertamente existen pocos registros sobre los encuentros entre Kelsen y Freud, sin embargo algunos testimonios muestran que el contacto entre ambos autores era constante.

Es hasta principios de la década de los 1920 que volvemos a tener un registro de sus encuentros. En agosto de 1921 Freud se encontraba vacacionando en Seefeld, un pequeño poblado al norte del Tirol -cerca de la frontera bávara-. En aquella ocasión, recibió la visita de Hans Kelsen. Por las mañanas ambos dejaban la pensión Kurheim, en la cual se encontraban hospedados y realizaban largas caminatas discutiendo temas de psicología y política. Ernest Jones, registró uno de los tantos paseos de aquellos días.

Otro visitante más fue Hans Kelsen, el distinguido vienés. Durante una de las caminatas que realizaron juntos, Kelsen manifestó a Freud que un amigo de él, que se encontraba casualmente en un poblado cercano, se sentiría muy complacido de poder recibir consejo de Freud. Este

¹³⁵ *Ibidem*, p.102.

*amigo de Kelsen soñaba constantemente con la muerte de sus hijos. Si bien el recuerdo de estos sueños lo molestaba durante el día, no le producía ninguna inquietud en el momento de soñarlos. La víspera misma de ese día, había soñado que alguien venía a decirle que sus hijos habían muerto, a lo cual el contestaba con toda tranquilidad: “Bueno, póngalos en la heladera”. Freud le manifestó que no sería nada correcto esperar de él que interpretara a distancia los sueños de un desconocido, pero que no podía dejar de suponer que el hombre vivía una vida matrimonial desdichada y consideraba que la existencia de los chicos era un obstáculo para el divorcio. A Kelsen le pareció acertada esta interpretación ya que, por lo que él sabía, su amigo mantenía relaciones con la secretaria, quien en esta época se encontraba precisamente conviviendo con la familia.*¹³⁶

El contacto en aquellos días debió ser frecuente ya que se sabe que Freud invitará a Kelsen a dictar una conferencia el 30 de noviembre de 1921 sobre *El concepto de Estado y la psicología de las masas*. Kelsen preparó su conferencia al mismo tiempo que escribió *La noción sociológica y jurídica de Estado (Der soziologische und der juristische Staatsbegriff)* (1922), obra en la que desarrolla una idea clave sobre la psicología de los grupos sociales y busca extender la idea del totemismo freudiano.

¹³⁶ Jones, Ernest, *Vida y Obra de Sigmund Freud*, Buenos Aires, Ed. Lumen-Hormé, 1997, Tomo III, Etapa final 1919-1930, pp.93-94. La referencia que Jones señala es “comunicado del profesor Hans Kelsen”.

Entre el 24 y el 28 de septiembre de 1922 se llevó a cabo en Berlín el Séptimo Congreso Internacional de Psicoanálisis bajo la presidencia de Ernest Jones.¹³⁷ A este evento acudieron Sigmund Freud, el doctor Binswanger y Jean Piaget entre muchos otros. En este congreso tuvo lugar el primer encuentro entre Jean Piaget y Sigmund Freud. Ambos coincidieron en el *presidium* durante la conferencia de Piaget ante la asamblea plenaria.¹³⁸ Aunque Kelsen todavía no ha entrado en contacto con Piaget, los tres autores están interesados en temas comunes.

La presencia de Piaget en este itinerario es pertinente.¹³⁹ Aunque ha destacado fundamentalmente por sus investigaciones psicológicas, Piaget impartió durante varios años la cátedra de sociología en las universidades de Ginebra y Lausanne. Y en este campo Kelsen le conoció. A partir de ello, durante varios años, el diálogo en torno a problemas psicosociológicos de orden jurídico consolidó su gran amistad.

La relación intelectual entre Hans Kelsen y Jean Piaget principalmente comenzó cuando ambos iniciaron largas conversaciones en torno al *equilibrio* entre las

¹³⁷ Binswanger, L., Seventh International Psychoanalytic Congress, Berlin, 25 to 27 September 1922, en Fichtner, G. (2003). *The Sigmund Freud-Ludwig Binswanger Correspondence 1908-1938*, Open Gate Press, incorporating Centaur Press, London, p.159.

¹³⁸ Evans, Richard, *Jean Piaget, The man and his Ideas*, E.P.Dutton & CO., Inc. New York, 1973, p.3.

¹³⁹ En estas líneas sólo señalaré el objeto de la polémica Kelsen-Piaget la cual hemos desarrollado con mayor amplitud en Hernández Franco y Lozano Díez, *Sociología General y Jurídica, Op. Cit.*, pp. 86-92.

normas de Derecho y las creencias psicológicas de la gente. En concreto con sus ideas morales.

Piaget afirmaba que el conjunto de normas positivas en una sociedad sólo podrían tener operatividad verificable en la realidad siempre y cuando entraran en un juego dinámico con las creencias y valoraciones sociales. Sólo mediante la presencia de este juego entre leyes positivas y creencias sociales, la sociedad podría alcanzar un estado de *equilibrio*.

Por su parte Hans Kelsen en su afán de conformar una objetiva ciencia del Derecho pensaba que tal equilibrio no podía considerarse científicamente hablando debido a que las Ciencias Sociales debían de tener un carácter avalorativo. Por consiguiente la ciencia del Derecho no podría vincularse, científicamente hablando” a consideraciones de valor social.

Para Kelsen en la construcción de un modelo científico objetivo del Derecho remite la efectividad de un orden legal a la hipótesis o postulado de la existencia de una norma fundamental a partir de la cual se deriva la validez formal de todo el sistema jurídico. Desde este punto de vista es innecesario remitirse a fundamentos extralegales o más allá del sistema legal. Sin embargo, el atribuir la validez de todo el sistema legal a una categoría *a priori*, deja al sistema puro de Derecho en una condición en la que es imposible vincular la *validez* con la *efectividad*.

En este punto interviene la crítica de Piaget al sistema de Kelsen. La adaptación del Derecho a su contenido y el carácter obligatorio sólo surgen *efectivamente* cuando los individuos mediante sus actos voluntarios contraen la obligación y la ejecutan con base en su convicción personal. Lejos de la teoría pura, la adaptación del sistema jurídico en su conjunto depende, no de las conductas prescritas o suscritas, sino de las conductas ejecutadas por los sujetos de Derecho. Con ello Piaget formula que para que el Derecho tenga una adaptación perfecta, debe existir un estado de equilibrio ideal entre la moral y las normas legales.¹⁴⁰

Al mismo tiempo que comenzaba la relación entre Kelsen y Piaget; en los Estados Unidos la universidad de Harvard cobró un nuevo impulso en las investigaciones sobre el funcionamiento de la mente humana y los estudios sociales. Las figuras que se habían reunido en ese lugar eran Ivor Armstrong Richards, Alfred North Whitehead, W.V. Quine y el sociólogo Talcott Parsons, entre muchos otros.

En este periodo se creó el *Departamento de Relaciones Sociales* que, bajo las innovadoras ideas de Talcott Parsons estableció líneas de investigación en el que los estudios de Psicología se subordinaban a la Sociología. Para muchos esta tendencia estaba equivocada y por esta razón en 1962 se creó un nuevo centro

¹⁴⁰ Cellier, Guy, Incidencias de la epistemología de Jean Piaget sobre la teoría de los fundamentos del Derecho, en Goldmann, Lucien, et al, *Jean Piaget y las Ciencias Sociales*, Sígueme, Salamanca, 1974, p. 91.

exclusivamente dirigido a las investigaciones en el campo cognitivo. Dicho centro recibió el nombre de Center for Cognitive Studies y albergó las investigaciones de antropólogos, filósofos, lingüistas, psicólogos y ocasionalmente los de algunos juristas como Paul Freund, a quien, en palabras de Bruner:

[...] lo invitamos a dar una conferencia en el simposio que semanalmente organizaba el Centro de Estudios Cognitivos, sobre la relación entre el derecho y la actividad mental. Y fue interesante lo que dijo. En efecto, lo que es interesante es que la costumbre mental afecta a la ley, pero también es cierto que la ley se abre paso de regreso en la manera de pensar de las personas. Es decir, como lo recuerdo, Freund tomó dos ejemplos: uno de ellos tenía que ver con la prohibición en Estados Unidos. Es decir, la prohibición de todas las bebidas alcohólicas [en los años 1930]. Cuando de pronto llegó a ser un pecado; un crimen, el beber licor; cambiando el punto de vista a una cosa por el estilo. Y el otro ejemplo, tenía que ver con un patrón cambiante de la ley de divorcio que ha cambiado la forma en que se piensa el matrimonio. Por un lado asumía que había una separación entre la ley y la costumbre, y por otra parte afirmaba que entre ambas existía una interacción todo el tiempo. Fue parte de su tarea como académico, el explorar la relación entre ambas y ver cómo

*interactuaban, de tal forma que pudiera detectar qué era lo que producía presiones para el cambio. No era solo cambiar la ley, sino cambiar la manera en que los seres humanos se perciben mutuamente. Por lo tanto, separar el derecho y la psicología es un poco como tratar de separar la economía del comercio.*¹⁴¹

Un punto común de interés entre todos estos científicos era el comprender cómo las reglas afectan a la acción humana. Y tal como podemos percatarnos, este tema abarcaría desde las reglas de gramática y científicas, hasta las normas jurídicas. El objeto de estudio fundamental de las investigaciones del centro de estudios cognitivos, fue sin duda las investigaciones sobre el *significado* como algo distinto de la *información*. Esta distinción era fundamental, porque la información es indiferente con respecto al significado. La información comprende un mensaje que ha sido codificado previamente en un sistema. El significado se asigna a los mensajes con antelación. Para el campo del Derecho este estudio es importante. Si la ley tuviera una interpretación absoluta y exegética, sería sólo informativa. Pero tal como hemos visto la ley, en su carácter de tipo jurídico no puede ser informativa, sino objeto de asignación de significados. De ahí la relevancia del estudio de la Mente Jurídica, como avanzada a la informática jurídica. Sobre la influencia que el jurista norteamericano Paul Freund tuvo en los investigadores del Centro de Estudios Cognitivos, Bruner recuerda:

¹⁴¹ Entrevista personal a Jerome Bruner, realizada el 2 de abril de 2012.

Muchas de nuestras ideas provienen de allí. Hablamos con esas personas. Y quiero decir, había la sensación de alguna manera, que era absurda la idea de que la psicología estuviera separada de las cosas constantes que controlan el comportamiento humano y el sistema legal (y cosas así). Era ridículo que los psicólogos estuvieran tratando de alguna manera de aislarse del mundo.

¿Cómo se puede ver, usted sabe, al hombre por sí mismo? El hombre vive en el mundo social, sus nociones de cómo construimos el mundo y cosas así, vienen de las costumbres de esa sociedad. Por lo tanto, decidimos que necesitábamos un centro de estudios cognitivos que constara no solo de los psicólogos que sabían todo acerca de cómo funciona el cerebro, sino también de personas que sabían cómo funcionaba la sociedad. Así que tuvimos antropólogos, psicólogos, sociólogos; y fue muy interesante cuando finalmente se encontraron en el mismo lugar todos ellos. Como un ejemplo típico, solíamos tener un almuerzo todos los días, donde la gente hablaba de cosas así, y esto fue en la Universidad de Harvard. Y en Harvard las clases de la tarde comenzaban a las dos en punto. Diez minutos después de las dos o algo por el estilo, era terriblemente difícil conseguir que dejaran de hablar en el almuerzo y fueran a impartir sus

*clases. Ahora sabemos que hablábamos en realidad de estudios socioculturales y estudios psicosociales. Eran estudios en oposición al tipo de psicología pura. Aquella que trata a la persona como si viviera en una especie de vacío biológico. Estos estudios se refiere principalmente a tratar de averiguar cómo funcionan las cosas en el cerebro. Pero en nuestra opinión, incluso eso no funciona. Porque resulta que el cerebro tiene cinco veces más células en sí mismo, que estrellas, una galaxia.*¹⁴²

El vínculo entre Europa y América se unificó en este período, aunque no fue por mucho tiempo. Las visitas a Cambridge de la Dra. Bärbel Inhelder, colaboradora de Jean Piaget (y posteriormente la de Alexander R. Luria) concluyeron en un intercambio de investigadores entre Ginebra y Harvard, patrocinado por la fundación Ford.¹⁴³ Las reuniones generaron varias inquietudes, e incluso había surgido la propuesta de analizar el funcionamiento mental de forma semejante a la de una computadora. Es decir estudiar más la información que el significado.

El año de 1956 se volvió un punto clave en los estudios cognitivos. Y es que se considera que, precisamente fue el 11 de septiembre de 1956 cuando nacieron las *ciencias cognitivas* en el Instituto Tecnológico de Massachusetts, durante el segundo día del *Segundo Simposio sobre la Teoría de la Información*.

¹⁴² *Idem.*

¹⁴³ Bruner, Jerome, *Desarrollo Cognitivo y Educación, Op. Cit.*, pp. 241-251.

A partir de entonces nombres como el de Noam Chomsky, Ivor Armstrong Richards, Alexander Luria, Jean Piaget, Daniel Kahneman, entre muchos otros, han dominado el ambiente de los llamados *estudios de la mente*, en sustitución por la informática jurídica y la epistemología filosófica tradicional. Este mismo año aparece el primer libro de Jerome Bruner¹⁴⁴ titulado el *Estudio del Pensamiento*. Es importante comenzar a seguir el rastro de Bruner ya que en algunos años se convertirá en la cabeza de las investigaciones del razonamiento mental jurídico de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York.

A principios de los años 1960 la epistemología, la teoría del conocimiento y la misma psicología vinculada con el saber filosófico comienzan a ser objeto de críticas y de abandono por parte de los científicos cognitivos. Sólo a modo de ejemplo recordemos que en 1962 el psicólogo y filósofo francés Jacques Lacan le pidió a René Zazzo que le contactara con el círculo de psicólogos rusos discípulos de Lev Vygotski. Zazzo recordaba:

[Lacan] quería ir a la URSS. No como turista, sino como invitado. No por unos días, sino por varios meses. Se trataba de dar a conocer a los soviéticos lo que era verdaderamente el psicoanálisis, de organizar un seminario. ¿Podría yo ayudarlo? Ese proyecto me

¹⁴⁴ Bruner fue uno de los participantes en este coloquio.

*pareció condenado al fracaso. Se lo dije, pero prometí hablarle a de
ello a Leontiev durante su próximo viaje a Paris.*¹⁴⁵

Lacan no fue reconocido como un científico serio ni por Leontiev ni tampoco por el resto de los psicólogos científicos.¹⁴⁶ La escisión entre psicología filosófica y psicología científica fue cada vez más radical.

En 1965 apareció el libro *Sabiduría e Ilusiones de la filosofía* de Jean Piaget - entonces director del Centro Internacional de Epistemología Genética de Ginebra-. En esta obra su autor plantea que para llevar a cabo un estudio avanzado en cuestiones de epistemología es necesario separar la psicología científica de la psicología filosófica, marginando a esta última de las observaciones fundamentales, pues mientras que en la primera se piden pruebas y experiencias controlables por cualquiera, según reglas; en la segunda se opera con reflexiones e introspecciones no posibles de verificar.

La diferencia establecida por Piaget entre psicología científica y psicología filosófica causó gran controversia entre varios filósofos. En Francia esta distinción fue discutida ante el mismo Piaget, en mayo de 1966 durante un debate organizado por la Unión Racionalista en el anfiteatro Richelieu, de la Sorbona. El

¹⁴⁵ Zazzo, René, « Nécrologie de A. Léontiev », *L'Année psychologique*, 82, 1982, p.541.

¹⁴⁶ Roudinesco, Elisabeth, *Lacan Esbozo de una vida...*, *Op. Cit.*, pp. 407-408.

debate fue presidido por René Zazzo, entonces profesor de la Facultad de Letras y Ciencias Humanas de Nanterre. En este debate participaron Paul Ricoeur, Francis Jeanson, Yves Galifret y Paul Fraisse.¹⁴⁷ Piaget, finalmente conciliador concede al final de la reunión que la filosofía permite plantear problemas y ser guiado por cuestiones que no se vislumbrarían sin ella, pero se llega al conocimiento efectivo a condición de salir de ella, ya que si la reflexión conduce a renovar las preguntas, en sí misma no implica ninguna verificación.

El año siguiente al debate, Piaget publicó su obra *Lógica y Conciencia Científica*, y en este nuevo libro Piaget afirmaba que la filosofía había encontrado ciertamente un lugar y una labor específica junto a la psicología científica. Sin embargo, pese a las palabras de Piaget, la presencia de los filósofos fue modesta –por no decir que casi nula– durante la reunión del 9 de agosto de 1966 en Moscú. Ese día se inició el XVIII *Congreso Internacional de Psicología* en el cual participaron Alexander Luria, Jean Piaget, Roman Jakobson, René Zazzo, Aleksei Leontiev y Jerome Bruner, entre muchos otros. En esa ocasión Bruner presentó en el Hotel Ukrayina su libro *Estudios de crecimiento cognoscitivo*, en el cual concilió –por primera vez– algunas posturas de Piaget con las de Vygotski. Ante el descontento de Piaget, Bruner rompe su relación con él.

¹⁴⁷ Este debate se encuentra documentado en la obra *Debates sobre psicología, filosofía y marxismo*. Editado por Amorrortu, Buenos Aires, 1971.

En una entrevista a Jerome Bruner, recordó que algunos años antes, en Ginebra, Suiza, había tenido un encuentro con Luria y Piaget.

Esta anécdota nos muestra la idea que desarrolló sobre ambos autores, incluyendo a Vygotski.

Permítame volver a Piaget y Vygotski. Particularmente recuerdo una ocasión en la cual tuvimos una conferencia en Ginebra, en la que los dos primeros oradores fueron Alexander Luria y Jean Piaget y, el tercer orador era yo. Y yo tenía de alguna manera que señalar el grado en que ellos eran dependientes el uno del otro. Y en alguna forma, siempre encontré a Vygotsky particularmente interesante desde el punto de vista de que él era un estudiante clásico de lo que era posible, lo que se incluía en el rango de la posibilidad humana; y Piaget, por el contrario, estaba interesado en qué era lo que limitaba a la posibilidad. Esto es, las etapas de desarrollo que tenían que ver con cómo, algo más y más se hace posible para nosotros en la medida que nos desarrollamos. Sobre las nuevas formas de representar el mundo.

En un primer momento, se pensó que eran posiciones irreconciliables, pero no. Resultó que sus diferentes puntos de vista resultaron complementarios. Puedes tomar tanto la perspectiva que habla sobre las posibilidades y también aquella que trata sobre las restricciones. Puedes poner esas dos cosas juntas.

Ninguno de los dos prestó suficiente atención a los detalles del otro. Fue una lástima, porque la psicología es siempre X contra Y, ya sabes. Y el hecho es que, en este caso, X y Y encajaban muy bien juntos. Estoy en ese tipo gracioso de posición de escribir prefacios a sus libros, en que yo era una generación nueva en progreso, y ellos eran mi generación paterna. Me gustaría tratar de mostrar la forma en que la capacidad generativa de los seres humanos, es decir, por medios metafóricos, por medio de la lógica, ese tipo de cosas, siempre se limitan, ya sea por la constante o por modos formales del pensamiento, y que la interacción entre los dos es lo que esencialmente produce el gran paso adelante.

Ya sea que me estoy metiendo demasiado en el ámbito de la ley, pero es la verdad de la ley, era una verdad temprana de nuestra manera de criar a los hijos y al resto de todo, así, que hay que tener estas dos psicologías una con la otra, cada una de ellas condena a la otra de ir demasiado lejos, y de no ir lo suficientemente lejos, pero

*las dos se restringen mutuamente y, al mismo tiempo, hacen una asociación extremadamente importante en términos de dar a la psicología su disciplina. Las dos juntas. Y sigo pensando así. Actualmente estoy tratando de introducir esta noción en nuestra forma de enseñanza del derecho aquí en la Universidad de Nueva York.*¹⁴⁸

Al igual que en Moscú, tampoco fue muy vistosa la participación de filósofos analíticos durante la reunión del 10 al 13 de octubre de 1975 en la abadía de *Royaumont* en la cual los grandes investigadores de la epistemología científica se reunieron en torno a las figuras de Jean Piaget y Noam Chomsky. A partir de esta reunión se definieron claras líneas de investigación científico-epistemológica que han avanzado hasta nuestros días. Una vez visto esto, queda claro que la epistemología filosófica queda muy rezagada del razonamiento jurídico. Sobre todo, porque asume sólo la parte de introspección subjetiva en orden a descubrir contenidos objetivos, ontológicamente establecidos en las normas jurídicas. Es decir, en otras palabras, los grandes avances de la ciencia epistémica, dejaron en condiciones de rezago a la pura psicología filosófica que estudia la ontología de las normas. Considero que es misión de los estudios sobre la Mente Jurídica el llevar a cabo una actualización de los estudios cognitivos aplicados al campo del razonamiento jurídico. Sólo de esta forma, el Derecho podrá nuevamente encontrarse al mismo nivel de los grandes avances del resto de las ciencias.

¹⁴⁸ Entrevista personal a Jerome Bruner, *Op. Cit.*

¿Existe entre la Psicología y el Derecho un itinerario común?

Pregunté a Jerome Bruner. Él contestó:

Eso todavía no es un itinerario común, pero pienso que lo será muy pronto. Porque el hecho de la cuestión es que solo ahora hemos examinado la función del derecho en la sociedad. Sin embargo la función del derecho también tiene una dimensión de estudio desde sólo el ser humano.¹⁴⁹

3.2 El estudio de la mente jurídica como propuesta frente a la epistemología jurídica

De acuerdo a lo señalado en el apartado anterior, ya no es posible pensar que sólo existe un pensamiento objetivo sobre la realidad sin intervención alguna de aspectos subjetivos en el operador del Derecho. La ontología jurídica pura debe reconocer aspectos subjetivos en el proceso epistémico. Sobre todo si la norma jurídica se estructura a modo de un tipo ideal o jurídico. Por esta razón no se puede seguir pensando que la interpretación jurídica consiste solamente en una exégesis de la ley y su aplicación a un caso concreto. Debe considerarse en la

¹⁴⁹ *Idem.*

Ciencia del Derecho, más que una exégesis, una eiségesis.¹⁵⁰ Para poder adentrarnos en un razonamiento jurídico legítimo debemos incluir aspectos cognitivos y psicosociales.

*Por lo tanto, el estudio de los fenómenos cognoscitivos se transforma ahora en el estudio de las relaciones dinámicas entre el contexto y los entes cognoscentes. Dicho de otro modo, en el caso particular de los seres humanos no podemos ya intentar definir o describir nuestros procesos cognitivos sin situar este análisis conforme al campo de interacciones donde se suscitan dichos procesos, a saber, nuestro entorno sociocultural. De ahí que hoy en día el hablar de procesos cognitivos es también hablar de los procesos culturales y de organización social, así como evolutivos que llevan a la conformación de determinadas arquitecturas neurocognitivas, y por lo tanto de ciertas expresiones de comportamiento humano.*¹⁵¹

La idea de una interpretación puramente exegética de las normas legales en los contextos de las nuevas investigaciones en materia cognitiva, quedó en una posición muy débil. Después de los grandes avances que se habían hecho sobre

¹⁵⁰ La *exégesis* “*explica*” o extrae el sentido contenido en un texto. La *eiségesis* inserta una interpretación personal en el texto. Cfr. Merriam-Webster dictionary. Enciclopedia Britannica Co. 2010.

¹⁵¹ Chao Rebolledo, Cimenna, “Cultura y Cognición”, en Dominnguez Espinoza, Alejandra del Carmen (comp.) *Lecturas introductorias a la psicología cultural, transcultural y etnopsicología*, UIA, México, 2011, p.43.

cómo funciona nuestra mente, difícilmente podría considerarse que una lectura de las leyes puede ser puramente objetiva. Hoy sabemos que las interpretaciones están cargadas notablemente de criterios subjetivos. Por esta razón no es extraño que desde finales de los años 1960 y principios de los 1970 surgieran en el campo del Derecho investigadores que más adelante conformarán al grupo que llevará por nombre *Critical Legal Studies*. Este movimiento que surge oficialmente en un congreso de la Universidad de Wisconsin, Madison en 1977 consideró, (al igual que como lo hicieron los realistas jurídicos americanos) que las decisiones que tomaban los jueces dependían en gran medida de sus predilecciones, su ideología y su posición social. Y esto es debido a que es imposible hacer una lectura neutral y avalorativa de las leyes. La postura de estos juristas es que siempre hay una interpretación de orden político.

¿Dónde parte la idea de la imposibilidad de una lectura absolutamente objetiva? La explicación parte de varios orígenes. En primer lugar podemos mencionar los trabajos de Jean Piaget, quien científicamente ha demostrado que nuestro conocimiento es en parte objetivo y en parte subjetivo. Por un lado, todas nuestras acciones son provocadas por los objetos, y en este sentido hay algo de objetivo. Pero por otra parte, nuestro conocimiento no está modelado directamente por las cosas que observamos, sino que siempre interpretamos con nuestras propias estructuras. Para Piaget los objetos por sí mismos no significan nada hasta que se haga algo con ellos, pero ellos mismos provocan nuestras acciones. Por esta razón siempre hay una interacción entre objetos y sujetos.

La teoría del conocimiento que se fundó a partir de esta doble percepción es la *constructivista*. Esta postura sostiene que el conocimiento no está realizado completamente. Cada uno de nosotros estamos continuamente creando nuestro propio conocimiento. Constantemente estamos actualizando lo que sabemos. Como si construyéramos y reconstruyéramos nuestro conocimiento. En el campo del Derecho en México, cabe señalar el destacado trabajo de investigación sobre constructivismo jurídico que ha realizado el Dr. Enrique Cáceres.

Por otra parte, hacia finales de los años 1950 y principios de los 1960, apareció en los Estados Unidos una corriente psicológica conocida como el *New Look*, encabezada por Jerome Bruner y Leo Postman. Esta corriente desplazó definitivamente la idea de la posibilidad de adquirir un pensamiento puramente objetivo de la realidad.¹⁵² Esta teoría completaba, de alguna manera la desarrollada por la corriente *Gestalt*,¹⁵³ afirmando –de la misma manera que lo hizo Jean Piaget en Europa–, que la cognición es un fenómeno en parte objetivo y en parte subjetivo.

¹⁵² Bruner, Jerome, *En busca de la mente, ensayos de autobiografía*. México, FCE, 1985, p.116. Entre los primeros trabajos que aparecieron desde esta perspectiva se encuentra el de Jerome Bruner y Cecile Goodman titulado “*El valor y la necesidad como factores organizativos de la percepción*”.

¹⁵³ Escuela psicológica que cuenta entre sus principales integrantes a Kurt Lewin, Max Wertheimer y a Kurt Koffka.

Trasladando estos avances cognitivos al campo del razonamiento jurídico, debemos finalmente dejar ir la idea de que la indagación judicial obtendrá una verdad objetiva de los hechos ocurridos en sí mismos. *El mundo considerado externamente nunca podría ser autónomo desde la perspectiva del que lo contempla*, en frase atribuida a Einstein. Y esto es en razón de que nuestras percepciones externas y lo que se nos dice del mundo y de los hechos indagados, no están libres de las cadenas de los hechos internos: actitudes, valores, esperanzas, defensas, etc. Todos estos elementos que forman parte del ser humano chocan contra la percepción externa.

El estudio de la percepción humana revela cuán profundamente limitado está nuestro sistema perceptivo por este sabio principio. Los umbrales, la cantidad de tiempo e información necesaria para ver o reconocer un objeto o un acontecimiento, están regidos estrechamente por la expectativa. Cuanto más esperado es un suceso, mayor será la facilidad con que se lo verá u oirá... Cuanto más inesperada es la información, mayor es el espacio de procesamiento que se requiere. Todo esto resulta bastante trivial, pero no sucede lo mismo con sus implicaciones. Porque significa que la percepción es, en un grado no especificable, un instrumento del mundo estructurado según nuestras expectativas. Además, es una característica de los procesos perceptivos complejos que tiendan,

*cuando es posible, a asemejar cualquier cosa vista u oída a lo que está previsto.*¹⁵⁴

A este respecto hay que señalar que en México, al igual que varios países de Latinoamérica, existe el prejuicio y la idea de que es posible hacer una interpretación completamente exegética de la ley. Varios profesionales del Derecho consideran que es posible descifrar una serie de contenidos en un norma positiva y, más aún, inferir todas las posibles deducciones aplicables en los diversos casos. Pero no debemos engañarnos. En realidad estamos ante los efectos de la *dogmática jurídica*;¹⁵⁵ es decir, de la aceptación incuestionable de determinadas interpretaciones por voces consideradas de autoridad; o bien por ciertos métodos que presentan algunas corrientes como el Análisis Económico del Derecho¹⁵⁶ o el Neoconstitucionalismo.¹⁵⁷

Estas formas dogmáticas sólo restringen el pensamiento jurídico a un cierto grupo de categorías. Las formas interpretativas con las que operan no agotan la gran

¹⁵⁴ Bruner, Jerome, *Realidad Mental y mundos posibles*, *Op. cit.*, p.56.

¹⁵⁵ Dogma es la proposición doctrinal asentada como principio de una creencia. Más que un dato comprobado por la experiencia es un parecer, una opinión. Por medio del dogma se sustenta la infalibilidad de una doctrina o saber. Carlos Santiago Nino distingue la ciencia del dogma al afirmar que “mientras la aceptación científica de la verdad de una proposición empírica supone que se cuente con pruebas de validez intersubjetiva, la creencia dogmática se integra con la mera convicción subjetiva, la fe”. (Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, México, 1974, p. 17). Dada esta distinción, se dice que por dogmática jurídica debe entenderse la corriente que pone de manifiesto la aceptación incuestionable de determinados presupuestos en la actividad jurídica. A partir de ellos, los creyentes en dichos dogmas sostienen la construcción de complejos sistemas de carácter formal y doctrinal.

¹⁵⁶ Cfr. Posner, Richard, *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

¹⁵⁷ Carbonell, Miguel, *et al*, *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2003.

diversidad de casos a considerar por la mente jurídica con experiencia. Porque sobre todo, la función de la interpretación está en el operador del Derecho y por la forma en que su mente opera. No puede limitarse y operar exclusivamente a dogmas específicos con un sentido cerrado. Operar así en la realidad a un juez o a cualquier experto en Derecho le sería imposible y, además estaría cometiendo constantes imprecisiones. Por esta razón las normas jurídicas no pueden ser consideradas como verdaderas o falsas; sino sólo como convenientes o inconvenientes, oportunas o inoportunas, o bien como razonadas o caprichosas.¹⁵⁸

En México, con la intención de ayudar a los tribunales a hacer mejores interpretaciones de las normas jurídicas, se ha dispuesto la implementación del *control difuso*¹⁵⁹ y el *control concentrado*. Pero estos dispositivos sólo son procedimientos de orden administrativo. En lo absoluto se ocupan de buscar herramientas mentales para los operadores jurídicos.

Esto no es extraño y tampoco puede haber un reproche legítimo a los cuerpos jurídicos por no brindarlos. Estos factores instrumentales mentales no son de su competencia jurídica directa, ni entran en el campo de su conocimiento. Por lo menos hasta ahora. La operación administrativa que persigue el fin de auxiliar los

¹⁵⁸ Hernández Franco y Castañeda y G., *Curso de Filosofía del Derecho, Op. Cit.*, p. 29.

¹⁵⁹ El control difuso asume que la norma constitucional es la Norma Suprema y que se debe proteger. Un juzgador puede desestimar cualquier norma en orden a que viola algún precepto constitucional. En el control concentrado el tribunal constitucional puede hacer interpretación abstracta de las normas, sin atender a un caso concreto específico y establecer una forma obligada de interpretar las normas en cuestión. Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, Porrúa - Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006.

criterios interpretativos es de índole técnica y se conforma de la instrucción del procedimiento procesal en la que se emplean formulas legales de orden general.

La llamada *Epistemología Jurídica* en la actualidad es explicada por algunos autores como el Dr. Juan de Dios González Ibarra¹⁶⁰ o el Dr. Paolo Comanducci,¹⁶¹ como el saber que nos permite -ontológicamente hablando- desentrañarse objetivamente el sentido de las normas. En este sentido la Epistemología Jurídica asume que es posible llevar a cabo una interpretación exegética con éxito.

El equívoco no es nuevo. Para autores como Hans Kelsen¹⁶² la Ciencia del Derecho pertenece al campo de las Ciencias Sociales y desde su origen establece la distinción de una norma jurídica como distinta de una norma valorada desde la política o la filosofía. Por otra parte autores como Mario de la Cueva o Eduardo Pallares consideran que el Derecho es valorativo y, en ese contexto, consideran que autores como Hans Kelsen cometen un grave error al considerar al Derecho desde una perspectiva despolitizada o desvalorizada. Los juristas mexicanos y, en general los latinoamericanos, consideran que esta postura avalorativa aleja al operador del Derecho de la realidad en la que opera. ¿Cómo pensar una teoría del Estado sin política o una teoría del Derecho sin valores

¹⁶⁰ González Ibarra, Juan de Dios, *Epistemología jurídica*, Porrúa, México, 2001.

¹⁶¹ Comanducci, Paolo, "Epistemología Jurídica", en *Isotimia. Revista internacional de teoría política y jurídica*, No. 1, Febrero, Monterrey, 2009.

¹⁶² Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, cap. 3, Porrúa, México, 2009.

filosóficos? Precisamente en ello radica la terrible confusión con la que se ha interpretado al Derecho Positivo. Estas posturas muestran que nuestro país todavía no ha alcanzado a convertirse plenamente, en un auténtico Estado de Derecho.

Tal como podemos ver una ontología jurídica sólo tiene sentido siempre y cuando los juristas creen que existen específicos valores implícitos en cada una de las normas legales. Pero esta postura ontológica traería graves consecuencias que en la práctica se han detectado. La interpretación jurídica vinculada a valores específicos convierte la justicia empírica en una justicia “racionalista”, y no “racional”. Para poder operar efectivamente la norma jurídica en el campo de la realidad, debe predominar la “libre discreción” en los casos individuales, precisamente para poder ajustar el espíritu de la ley a los casos concretos. El positivismo jurídico precisamente termina con la “libre discreción”, sin parámetro de control. Aquellos que interpretan la norma ciertamente tendrán un límite interpretativo, pero tampoco están sometidos a una sola forma de interpretación normativa. La interpretación de la norma permite maniobrarla en márgenes relativamente amplios, pero no sesgados de una sola forma.

El positivismo jurídico en su naturaleza, dentro de un Estado de Derecho, responde a los más profundos intereses humanísticos y para poder servir a ellos, precisamente requiere expulsar toda valoración en sus contenidos. En este

sentido me parece que es muy adecuada –aunque no la mejor– la explicación que desarrolla Luigi Ferrajoli, en su artículo *La formación y el uso de los conceptos en la ciencia jurídica y en la aplicación de la ley*,¹⁶³ en la que pretende definir los parámetros epistemológicos empleados en el Derecho Positivo.

Ferrajoli, sin escapar al formalismo jurídico, considera que las leyes deberían estar redactadas de tal forma que pudieran interpretarse en razón de la estricta legalidad. Es decir, de tal forma que, conforme al caso concreto, se pueda aplicar sin la menor duda de su sentido.¹⁶⁴ Sin embargo, en la mayoría de los casos esto no ocurre, pues la estricta legalidad de las leyes no es nunca perfecta. Entonces, la norma prescriptiva se vuelve un *ordenamiento jurídico de referencia* a partir del cual el operador del Derecho puede asumir o “inferir” los diversos sentidos en los que la norma podría ser significativa para el caso concreto a resolver.

La llamada la Epistemología Jurídica si quisiera permanecer como válida en este contexto, tendría que aceptar que es posible esta operación y que tales sentidos se desprenden lógicamente de la norma positiva. Pero esta postura nos sumerge en el misterio de ¿cómo es posible que dichos sentidos inferidos puedan aparecer? Esta es una cuestión que la ontología filosófica difícilmente podría resolver. Además tal como se ha expuesto la gran diversidad de estudios en

¹⁶³ Ferrajoli, Luigi, *Epistemología jurídica y Garantismo*, México, Fontamara, 2004, pp. 99-101.

¹⁶⁴ *Idem*.

materia de cognitivismo muestran claramente que una interpretación absolutamente objetiva es imposible.

En este sentido me parece oportuno afirmar que el conocimiento del Derecho Positivo avalorativo, es absolutamente una ciencia. Responde a los parámetros científicos establecidos para las Ciencias Sociales. Por otra parte, la carga valorativa que los operadores del Derecho desplazan en la interpretación de las normas jurídicas avalorativas son una actividad *jurídica* y como tal, no pertenece propiamente al campo de la *Ciencia del Derecho*, sino del *Ars Iuris* (arte o práctica jurídica). Por esta razón, podemos distinguir claramente que la actividad jurídica (*Ars Iuris*) emplea como instrumento las leyes positivas que corresponden a la *Ciencia del Derecho*. Y esto no debe extrañarnos, pues es por la práctica jurídica, que almacenamos una vasta experiencia en nuestro conocimiento lógico operativo.

El razonamiento jurídico, al momento de resolver problemas no consiste en un razonamiento silogístico formal ni *apodíctico*.¹⁶⁵ En todo caso, tal y como lo he dicho ya, la lógica auxilia en el paso de nuestras ideas a una expresión formal de observación objetiva. Pero ello sólo se puede realizar, una vez que se han generado los pensamientos, mediante el empleo de las propias *lógicas operativas*,

¹⁶⁵ El razonamiento *apodíctico* es aquel que emplea proposiciones demostrativas como “dos más dos son cuatro”. Elí de Gortari, en su *Diccionario de Lógica* lo define así: Apodíctico: Lo que tiene validez de un modo necesario o incondicionado. Demostrativo, convincente, que no admite contradicción.”

producto de la experiencia de cada operador del Derecho y del contexto cultural en el que se haya desarrollado.

Todo el conocimiento adquirido por los operadores del Derecho ha sido ajustado, con el paso del tiempo, a su actuación diaria en el foro. En el trabajo real que realizan los jueces y los abogados en los tribunales. Si esta lógica operativa emplea –intuitivamente– algún tipo de reglas, estas son sin duda alguna:

- 1) Las conformadas personalmente como producto del ejercicio cotidiano que se ha realizado en el trabajo diario.
- 2) Aquellas que por su naturaleza de empleo, en lo absoluto son rígidas. Sino que pueden reconstruirse. Las reglas de la experiencia son semejantes a las reglas de la gramática, es decir, más flexibles y dependientes de las circunstancias de su empleo.

Estas características “[...] son las propias del pensamiento jurídico y sin duda alguna las que han conformado la “jurisprudencia”;¹⁶⁶ tal y como lo exponía el jurista norteamericano Paul Freund¹⁶⁷ en sus visitas al *Centro de Estudios Cognitivos* de Harvard. Centro en el cual trabajaban conjuntamente el filósofo W.V. Quine, el psicólogo Jerome Bruner, el lingüista Roman Jakobson y el historiador H. Stuart Hughes, entre otros.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Bruner, Jerome, *En busca de la mente, Op, Cit.* p.123.

¹⁶⁷ Entre los estudiantes de Freund destacará H.L.A. Hart.

¹⁶⁸ *Annual Report of the Harvard University Center for Cognitive Studies*, Cambridge, Mass., 1961-1969; citado en Bruner, Jerome, *Actos de Significado, Op. Cit.*, p. 21.

3.3. El fundamento de la mente jurídica se encuentra en las bases de la racionalidad judeo-cristiana desde la interpretación neokantiana de la Escuela de Marburgo.

La propuesta estructural del Derecho Positivo, presenta una complejidad más allá de la mera forma estudiada por lo general en la Teoría del Derecho. La estructura, a diferencia del formalismo, nos revela la manera de las relaciones entre las partes del sistema. El modo en que se articulan y se oponen sus elementos. Nos expone la razón de sus operaciones, más allá de la descripción de su forma.

El Derecho Positivo, tal como fue desarrollado por Kelsen (y como se emplea por la mente jurídica), debe estudiarse, en primer lugar, a la luz de la influencia de los filósofos neokantianos de la universidad de Marburgo.¹⁶⁹ Un grupo de pensadores, fundamentalmente judíos, dirigidos por Hermann Cohen. La llamada Escuela de Marburgo llevó a cabo una interpretación del pensamiento de Kant, enfocándolo desde una perspectiva religiosa. Mientras que Kant llegó a considerar que incluso la religión se encontraba bajo los límites de la razón; los seguidores de Cohen afirmaban que la razón, en realidad, era la que se encontraba bajo los límites de la religión. Por esta razón podemos detectar en la obra de Cohen estudios sobre

¹⁶⁹ Por ejemplo, en Schmill, Ulises, "Algunas influencias de Hermann Cohen en Hans Kelsen", en *ISONOMÍA*, No. 21, octubre, 2004, pp.117-155.

judaísmo que muestran la “razón ilustrada” kantiana, operando en realidad bajo las perspectivas del pensamiento religioso judeo cristiano.¹⁷⁰

La propuesta epistemológica de Hermann Cohen parte de la idea de que la propia mente de los individuos lleva a cabo la producción de su objeto de percepción. Abandona la importancia del noúmeno para dar preponderancia a las formas *a priori*. Su teoría es propiamente un antecedente del constructivismo,¹⁷¹ que sin duda alguna, vinculado con la tradición religiosa asentará la concepción de que la producción de las ideas está sujeta a dichas formas de experiencia.

*[...] la razón ve en el conocimiento exacto de la naturaleza sólo aquello que ella misma produce de acuerdo con su dibujo. “No está afuera [...] está en ti”; pero tampoco está en ti como algo que estuviera acabado para simplemente mostrarlo, sino: “tú lo produces eternamente”. Tal producción del objeto es la experiencia, tal como se lleva a cabo, en un progreso que jamás termina, en la ciencia genuina, en la acción humana auténtica en toda cultura auténtica. [...]*¹⁷² Los objetos se originan como contenidos de la intuición, del

¹⁷⁰ Sobre este tema puede consultarse Cohen, Herman, *El concepto de religión en el sistema de filosofía, Op. Cit.*, II, 28.

¹⁷¹ Más con rasgos de idealismo, aunque no absoluto.

¹⁷² Natorp, Paul, *Hermann Cohens philosophische Leistung unter dem Gesichtspunkte des Systems (La pureza filosófica de Hermann Cohen bajo el punto de vista del sistema)*, Berlín, 1918, p. 8. Citado en Kohnke, Klaus, *Surgimiento y auge del neokantismo*, México, FCE-UAM, 2011, p. 287.

*pensamiento, proceden de las fuentes interiores, es decir, de la intuición y el pensamiento puros que dan unidad estricta.*¹⁷³

Por otra parte, Cohen reconoce una fuerte y determinante influencia platónica en su pensamiento. De hecho, en su escrito de juventud *La doctrina platónica de las ideas, desarrollada psicológicamente*¹⁷⁴ (1867) nos permite atisbar la alusión de que su interpretación kantiana tiene visos de platonismo. El gran descubrimiento de Sócrates, según Cohen consistirá en haber descubierto cómo las nociones ponen en movimiento el pensamiento dirigiéndolo a una construcción para cada caso *ad hoc*. Esta idea será determinante en el papel del jurista quien tendrá que construir los contenidos de las nociones y los conceptos indeterminados para aplicarlos a cada caso concreto.

En cada caso, parecerá que en realidad el prudente debe construir los contenidos adecuados para resolver *ad casum*. El argumento que apoya la idea de Cohen sobre que la construcción de las ideas es subjetiva, en el campo de la resolución jurídica puede verse claramente. Toda respuesta judicial o del experto en Derecho, siempre se apoya en su propia experiencia, aunque tome como fundamento la norma legal. A partir de la experiencia propia es como el profesional del Derecho, interpreta las normas jurídicas. El gran ejercicio enseñado por Platón, a través de la boca de Sócrates, consiste en poner en marcha el pensamiento a

¹⁷³ *Ibidem*, pp.9 y ss. Citado en Kohnke, Klaus, *Surgimiento y auge del neokantismo*, Op. Cit., p. 289.

¹⁷⁴ *Die platonische Ideenlehre, psychologisch entwickelt.*

partir de los términos imprecisos, expuestos a modo de hipótesis.¹⁷⁵ Con ello Platón se convierte en el *patriarca de la intuición intelectual del idealismo trascendente*.¹⁷⁶

*Platón ha dicho: cuando, indeciso entre la categoría del ser y la del devenir, miro todo cuanto existe, lo que, de acuerdo con la instrucción de Sócrates, debe tener un concepto. Entonces este ser conceptual, este concepto que es, contemplado a la luz no es ninguna otra cosa sino lo que veo, como en su espíritu ve el poeta sus formas, el artista sus creaciones, y crea de acuerdo con este mirar; como el artesano, el carpintero y el tornero mismos miran primero en su espíritu las figuras de acuerdo con las cuales fabrican los objetos.*¹⁷⁷

Pero las consideraciones de Cohen van más allá de una mera interpretación platónica de Kant. Ciertamente también se sabe que tuvo influencia del filósofo y psicólogo Johann Friedrich Herbart. De este autor tomó la teoría de la derivación de los fenómenos psíquicos a partir de las representaciones.

¹⁷⁵ En el *Fedro* 263 a –b, Platón pone el siguiente ejemplo: Cuando alguien dice el nombre de hierro o de plata, todos pensamos lo mismo, pero cuando se dicen términos como justo o injusto cada uno piensa algo diferente.

¹⁷⁶ Cohen, Hermann, *Kants Theorie der Erfahrung* (Teoría kantiana de la experiencia), Berlín, 1987, p. 53. Citado en Kohnke, Klaus, *Surgimiento y auge del neokantismo*, Op. Cit., p. 290.

¹⁷⁷ *Ibidem*, pp.52 y ss. Citado en Kohnke, Klaus, *Surgimiento y auge del neokantismo*, Op. Cit., p. 290.

Cohen, que en su examen de doctorado todavía había sostenido la tesis “omnem philosophiae progressum in psicología constitum esse” (todo progreso de la filosofía está constituido en la psicología) y cuyos primeros escritos habían tenido un contenido tomado de la etnopsicología, había no solo rechazado de manera definitiva la interpretación psicológica de Kant, sino que incluso se encontró camino de la construcción de su propio sistema de filosofía.¹⁷⁸

Hans Kelsen visitó a Hermann Cohen en el verano de 1913 en Marburgo. Sobre su influencia, el mismo Kelsen escribió en su autobiografía:

[...] me dediqué al estudio de los kantianos de Marburgo, especialmente de Cohen, cuya teoría del conocimiento me influyó persistentemente [...] Con la profundización en la corriente de Marburgo de la filosofía kantiana, tendiente a la más elevada pureza metódica, se agudizó mi visión sobre las numerosas y muy graves perturbaciones experimentales por la teoría jurídica a través de las tendencias políticas conscientes o inconscientes de los autores.¹⁷⁹

Kelsen, notablemente influenciado por Cohen, llegó a considerar que varias interpretaciones teóricas del Derecho carecen de una objetividad científica clara y pura y que, en general, son objeto de ideologías que sesgan a la ciencia del

¹⁷⁸ *Idem.* Citado en Kohnke, Klaus, *Surgimiento y auge del neokantismo*, Op. Cit., p. 292.

¹⁷⁹ Kelsen, Hans, *Autobiografía*, Colombia, Universidad del Externado de Colombia, 2008, pp. 56-57.

Derecho. El hecho de dogmatizar el formalismo jurídico “perturba” su verdadera función. En este aspecto, Kelsen coincide con Max Weber sobre la necesidad de lograr la objetividad de las ciencias sociales y sus elementos mediante un estado de avalorización.

A encontrar el punto de vista epistemológico decisivo, sin el cual no habríamos podido llegar a enfocar certeramente los conceptos de Estado y Derecho, nos ayudó la interpretación que Cohen da a la doctrina de Kant, principalmente en su Ethik des reinen Willens. Una crítica de mi obra, publicada en 1912 en los Kant-Studien y en que se reconocía esta obra nuestra como un plausible esfuerzo para aplicar a la ciencia del derecho el método trascendental, llamó nuestra atención hacia el marcado paralelismo existente entre nuestro concepto de la voluntad jurídica y los planteamientos de Cohen, que hasta entonces no había tenido yo ocasión de conocer. A partir de ahora y como una consecuencia consciente y clara del enfoque epistemológico de Cohen, según el cual es la dirección del conocimiento la que determina el objeto del conocimiento, de tal modo que éste es creado partiendo de un origen lógico, empezamos a darnos cuenta de que el Estado en cuanto objeto del conocimiento jurídico no puede ser otra cosa que derecho, ya que el conocer o el concebir jurídicamente no significa nunca sino algo como derecho.¹⁸⁰

¹⁸⁰ Kelsen, Hans, *Problemas Captales de la Teoría Jurídica*, México, 1987, prólogo a la segunda edición, p. L.

La influencia Hermann Cohen en Hans Kelsen parte del estudio de la *Ethik des reinen Willens* (*Ética de la voluntad pura*) (1904). Esta obra, además de constituirse en la fundamentación trascendental de la filosofía del Derecho, transmite cierta dogmática religiosa de tipo judaico.¹⁸¹ Más que sobre los libros mosaicos, se trata de la influencia de los libros proféticos,¹⁸² dando lugar a la visión mesiánica judía y a la idea de unificación moral de la humanidad. De ahí que Cohen haga referencia a textos como *Amos*, 5, 4; *Isaías*, 33,15 o 56, 1; y *Miqueas* 6,8.¹⁸³

Para comprender cómo repercute esta obra en Kelsen hay que analizar el contexto en que se elabora la *Ética de la Voluntad Pura*. Para ello debemos ubicarnos históricamente ante el siguiente problema: entre 1880 y los inicios del siglo veinte se presentaron en Europa una gran cantidad de movimientos nacionalistas y xenofóbicos. Ante este panorama ¿Cómo se pueden integrar los extranjeros en la propia comunidad nacional que los rechaza? Hermann Cohen, miembro de la comunidad judía, se percata que en su momento histórico existe notable antisemitismo en Alemania, provocado por la creencia de que los otros pueblos siempre son una amenaza para la propia comunidad.¹⁸⁴ Y por esta razón nunca habría que mantener una convivencia pacífica con los países vecinos.

¹⁸¹ Sobre esta cuestión existe un importante trabajo de Hartwig Wiedebach titulado *Die Bedeutung der Nationalität für Hermann Cohen*, Georg Olms Verlag, Hildesheim-Zürich-New York, 1997.

¹⁸² Cohen, Hermann, *Ethik des reinen Willens*, Bruno Cassirer, Berlín 1907, p. 214.

¹⁸³ Cohen, Hermann, *Die Nächstenliebe Im Talmud; Ein Gutachten Dem Königlichen Landgerichte Zu Marburg Erstattet*, NG Elwert Verlagsbuchhandlung, Marburg, 1888.

¹⁸⁴ Este tema, en la Prusia de Kant, fue analizado por Moses Mendelssohn en su obra *Jerusalém o Acerca del poder religioso y judaísmo*.

En la opinión de Cohen, esta actitud trae consigo una fuerte alineación psicológica de la gente que conforma una comunidad. Una alienación producto de sus propias construcciones formales *a priori*.¹⁸⁵ Ante ello la única cura es la religiosidad, pues la mayor riqueza que puede ofrecer cualquier religión es la liberación del hombre respecto de cualquier forma *idolátrica* o ideológica. Es la idolatría la que conduce a los individuos al egoísmo y a la alienación de las demás personas con las que convivimos.¹⁸⁶ La visión de los profetas nos enseña que no se puede amar a la propia comunidad y al propio pueblo, sin antes aprender a amar a la humanidad.

El problema del otro aparece en la literatura profética en la figura del extranjero, que debe ser incluido en la comunidad. El otro se convierte entonces en la condición del yo, porque este último no puede ser una persona moral si no entra en una determinada relación intersubjetiva con el otro. Es decir que el extranjero no vulnera a esta comunidad universal que debe representar al Dios único de la humanidad, sino que más bien es una condición necesaria. De este modo, el extranjero debe ser tratado como si fuera nativo, es decir como si perteneciera al pueblo de Israel y compartiera su misma fe. En este contexto Cohen hace referencia a la institución del derecho público del “noájida” (hijo de Noé, o extranjero residente), que aparece en los textos más antiguos de la

¹⁸⁵ En este sentido Cohen no cree en un innatismo de tales formas.

¹⁸⁶ Otro discípulo de Hermann Cohen que desarrollará este tema de forma extraordinaria y clara es Erich Fromm. Sugiero la lectura de *Las cadenas de la ilusión*.

Mishná.¹⁸⁷ *Al extranjero residente se le prohibía blasfemar, ser idólatra, practicar el incesto, asesinar o robar, así como ingerir alguna parte de un animal que todavía estuviera vivo. A pesar de estas condiciones, en ningún momento se le exigía que se le convirtiera a la fe del judaísmo para permanecer en el territorio. Como afirma Cohen, el noájida no era un miembro de la comunidad religiosa, sino más bien un ciudadano.*¹⁸⁸ *Por esta razón se trata de un hecho único en la historia política, que puede explicarse solamente como un producto de la fuerza moral de la idea del monoteísmo.*¹⁸⁹

En este momento histórico, Cohen buscaba establecer la unificación del idealismo alemán con el judaísmo ilustrado, a través del idealismo kantiano, para terminar con el antisemitismo alemán. Sin embargo, los ataques contra los judíos y sus ideas continuaron hasta el enfrentamiento con el antisemita Heinrich von Treitschke, el cual se originó gracias a que Cohen promovía la unión entre cristianos y judíos dentro de Alemania para desarrollar la construcción de un espacio público. Para ello propone la figura legal del Estado como persona jurídica, para, con ello fundamentar las categorías centrales de la *ética pura*.

¹⁸⁷ Cohen señala que en el *Talmud* los *noájidas* son denominados como los “justos de las naciones del mundo”, o como “los piadosos de las naciones del mundo” (Tosefta Sandedrín 13), Cohen, Hermann, *Die Nächstenliebe Im Talmud... Op. Cit.*, p. 19.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 18.

¹⁸⁹ Arresé Igor, Héctor, “La recepción filosófica del monoteísmo judío en la *Ética de la voluntad pura* de Hermann Cohen”, en *El títere y el enano, Revista de Teología Crítica*, Año 2010, Vol. 1. Buenos Aires, p. 56.

Se trata de una voluntad artificial puramente jurídica, que es análoga a una persona física, porque puede realizar muchas operaciones similares, tales como comprar o vender, endeudarse, premiar determinados comportamientos o castigar a otros, etc.¹⁹⁰ Pero lo característico, desde el punto de vista de Cohen, es la capacidad que tiene de regular sus acciones por medio de disposiciones establecidas por sus mismos integrantes. El modelo de persona jurídica que Cohen tiene en mente es el de la cooperativa, considerada por Gierke como perteneciente a la tradición propia del derecho alemán. [...] Cohen considera que el Estado puede convertirse en la mediación de la comunidad moral universal de la humanidad, denominada por él como “autoconciencia” (Selbstbewusstsein), es decir como la conciencia de una forma particular de subjetividad¹⁹¹ (Selbst).¹⁹²

A partir de la persona jurídica cooperativa, Cohen infiere existencia de una mediación entre la individualidad y la universalidad de la humanidad. Esta mediación recibirá el nombre de: *autoconciencia moral* y consiste en la forma en que la razón pura práctica y la voluntad pura se realizan en el Derecho. Con esta personalidad jurídica, Cohen piensa que puede consolidarse la idea del Estado libre de consideraciones ideológicas que beneficia a ciertos grupos de poder.

¹⁹⁰ Cohen, Hermann, *Ethik des reinen Willens*, Op. Cit., p. 229.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 258.

¹⁹² Arresé Igor, Héctor, “La recepción filosófica del monoteísmo judío...”, en *El títere y el enano*, Op. Cit., p. 58.

De hecho, cuando se funda el Estado en el pueblo, se rechaza la idea de una autoconciencia de la voluntad estatal. Es decir, el hecho de que la voluntad radique en el pueblo evita que se consolide una filosofía o una doctrina estatal, tal como lo pensaron en su momento Savigny y los miembros de la Escuela Histórica del Derecho. Mientras que la perspectiva historicista piensa a los individuos como integrantes involuntarios de un pueblo, la postura de Cohen es antinacionalista y propone un universalismo moral estatal que trate a todos los ciudadanos como iguales respetándolos y considerándolos. Su posición se manifiesta contra la homologación de una sola creencia y de vida cultural de la patria.¹⁹³ Con su planteamiento se comienza a hablar históricamente del *Estado de Derecho* o como persona jurídica.¹⁹⁴

El Estado, en tanto que persona jurídica, consiste en la declaración misma de una voluntad puramente jurídica, que consiste en la promulgación y aplicación de una serie de leyes, esto es, de normas de aplicación universal e irrestricta. Ahora bien, la estructura del acto de la legislación tiene, en la teoría de Cohen, un carácter contractual, es decir que tiene la forma de un acuerdo entre adultos consintientes. La razón de esto es que la legislación es el producto

¹⁹³ No se pierda el punto de vista de que este texto se realizó en un periodo de notable antisemitismo en Alemania.

¹⁹⁴ Para mayor análisis se recomienda la lectura de Arresé Igor, Héctor, *Autoconciencia moral, Estado y Nación en la ética de la voluntad pura de Hermann Cohen*, ponencia expuesta durante las IV Jornadas de investigación en filosofía, 7 al 9 de noviembre de 2002, Revista de Filosofía y Teoría Política, Anexo, 2004.

*de la actividad de los representantes elegidos por el pueblo en el poder legislativo, mediante la cual los ciudadanos se autolegislan, es decir que se dan a sí mismos las normas que más tarde se comprometerán a cumplir. El sufragio universal es, entonces, la clave para que el Estado ponga en relación a cada individuo con la universalidad moral por medio de la legislación en el Parlamento.*¹⁹⁵

El Estado de derecho que propone Cohen y que asumirá Kelsen, tendría como finalidad lograr la integración de la diversidad de grupos étnicos y religiosos un mismo Estado. El sistema buscaba una suerte de ecumenismo o de gobierno mesiánico, en el que la humanidad coexistiría en su diversidad. Sin embargo, Cohen detecta que el cambio no será fácil.

Un grave sentimiento de odio podría pasar sobre nuestra ética, porque ésta orienta la autoconciencia al Estado, cuando el Estado empírico corresponde tan poco a este ideal, y tan a menudo e insistentemente desprecia este ideal. Sin embargo, de acuerdo con la lógica de su intencionalidad, la ética tiene necesariamente, como forzada a ello, que pagarle impuestos y acatarlo; corriéndose el peligro de que las palabras sean puro alarde. El Estado empírico es por supuesto el Estado de las posiciones sociales y las clases dominantes; no es Estado de derecho. El Estado fundado en el

¹⁹⁵ Arresé Igor, Héctor, “La recepción filosófica del monoteísmo judío...”, en *El títere y el enano*, *Op. Cit.*, p. 59.

*poder puede convertirse en Estado de derecho sólo perfeccionando el derecho, de acuerdo con la idea del Estado, no de acuerdo con el interés de las posiciones y las clases sociales. Éstas son las comunidades relativas.*¹⁹⁶

El Estado en este contexto cumple ciertas funciones mesiánicas al ser el instrumento de la unificación moral de la humanidad. *Dios y Estado* tanto en el pensamiento de Hermann Cohen como en el de Hans Kelsen se identifican plenamente, y no tanto por su naturaleza ontológica, sino por la forma en que la psique humana los percibe.

*[...] Estas indagaciones –afirma Hans Kelsen– me aportaron también el conocimiento de la amplia analogía que existe entre el concepto de Estado y el concepto de Dios y con ello entre los problemas y métodos de la Teoría del Derecho y del Estado, de una parte, y los de la teología, de la otra parte.*¹⁹⁷

La similitud psicológica de las actitudes religiosas y sociales son explicables, según el punto de vista de Freud,¹⁹⁸ por lo menos por el hecho de que tales nexos se retrotraen a una y la misma experiencia

¹⁹⁶ Cohen, Hermann, *Ethik des reinen Willens*, Op. cit. p. 530. Citado en Kohnke, Klaus, *Surgimiento y auge del neokantismo*, Op. Cit., p. 309.

¹⁹⁷ Kelsen, Hans, *Autobiografía*, Op. cit., p. 59.

¹⁹⁸ Freud, Sigmund, *Totem y Tabú*, Alianza, España, 1920.

*psíquica, que es igualmente efectiva en relación tanto con la autoridad religiosa como en la social.*¹⁹⁹

Kelsen consideró que el estudio del Estado y el Derecho podía realizarse en los límites de las investigaciones teológicas o religiosas ya que, como el mismo Kelsen lo señala: “en sus aspectos fundamentales la situación psíquica en ambos casos es la misma”.²⁰⁰ Incluso Kelsen encontrará fundamento a estos planteamientos a la luz de obras como *Totem y Tabú* y la *Psicología de las Masas*, de Sigmund Freud, a quien conoció personalmente a partir de 1911 y con quien mantendrá una relación los años siguientes.

*De igual manera que el primitivo, en ciertas épocas, cuando se coloca la máscara del animal totémico, que es el ídolo de la tribu, puede cometer las transgresiones que de otra manera se encuentran prohibidas por normas estrictas, de igual manera el hombre civilizado, detrás de la máscara de su Dios, su nación o su Estado, puede dar rienda suelta a todos esos instintos que, como simple miembro del grupo, tiene que reprimir dentro de él.*²⁰¹

¹⁹⁹ Kelsen, Hans, “Dios y Estado”, en *Ensayos sobre jurisprudencia y Teología*, México, Fontamara, 2003, p. 50.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 45.

²⁰¹ Kelsen, Hans, *Gott und Staat*, “Logos”, 11, Band, Tübingen, 1923, pp. 261-284. La traducción al español de Ulises Schmill se encuentra en *Ensayos sobre jurisprudencia y teología*, Fontamara, México, 2003, p. 52.

Kelsen dictó el 30 de noviembre de 1921, a petición del mismo Sigmund Freud, una conferencia titulada “El concepto de Estado y la psicología de las masas”. En ella, Kelsen aborda temas de *Tótem y Tabú* (1913) y de *Psicología de las masas* (*Massenpsychologie*) (1921), obra que Freud había publicado unos meses antes y en la que afirma que “la masa” es la exteriorización producto de la fascinación afectiva y que sólo se da cuando hay una figura carismática de *Führer* o líder. Mientras preparaba esta conferencia, Kelsen escribió al mismo tiempo “La noción sociológica y jurídica de Estado” (*Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*) (1922). En esta obra desarrolla una idea clave sobre la psicología de los grupos sociales y busca extender la idea del totemismo freudiano.

La fundamentación filosófico-psicoanalítica de la teoría del Estado y de la teoría jurídica se consolidará en *Dios y Estado* (1923), obra en la que Kelsen afirma que la experiencia psíquica de la religión y lo social es la misma: el *tótem*. Es el espíritu protector que resguarda e instaura las relaciones de respeto y de mutua consideración entre los miembros del clan totémico. No queda lugar a duda que la idea de Kelsen tiene una notable influencia de la *Ética de la voluntad pura* de Cohen.

Nunca ha existido un creyente que se haya contentado con estar con Dios en la soledad; siempre se han sometido a un Dios, para poder someter a los demás a ese Dios. Y entre más profunda es la propia subordinación, entre más fanática sea la propia renuncia religiosa,

más poderosa es exaltada la deidad, más apasionada es la lucha por esta deidad, más ilimitado es el impulso para dominar a los demás en su nombre y más triunfante en su victoria, porque es la victoria del guerrero de la fe que se identifica con su deidad. Esta no es, sin embargo, la psicología del hombre religioso; es simplemente la psicología del hombre social: autosujeción a la autoridad del grupo, para que los demás, de igual manera, se sometan. Precisamente aquellos que no quiero se encuentren sobre mí. A los que, cuando mucho, soporto en un plano igual al mío y sean iguales a mí, y a quienes, como no puedo dominarlos directamente, puedo hacerlo indirectamente, en tanto que los veo sometidos a la autoridad que yo he escogido y se doblegan ante mi bandera. Mi autoridad no es sólo la autoridad ante la que me inclino porque la reconozco, sino la autoridad en la que yo soy.²⁰²

A raíz de este contexto podemos inferir que las formas de razonar el empleo de las leyes positivas, avaladas por el Estado, será semejante al empleado para las formas de las leyes positivas divinas. Pues en ambos casos, la estructura en que las normas y sus operadores se vinculan es exactamente la misma.

Debemos partir de la idea de que “[...] *la moralidad no se desarrolla en forma abstracta separada de la realidad vivida en la que nacen los seres humanos. La vida –ya sea social, económica o cultural– alimenta nuestro sentido moral y nuestra conciencia, y no necesariamente lo hacen los libros y la educación*

²⁰² *Ibidem*, p. 51.

formal."²⁰³ La interpretación de las normas legales sean positivas en un Estado de Derecho o positivas avaladas por un único Dios, se caracterizan por presentarse con cierta ambigüedad al momento de aplicarse. En el caso de la tradición judaica tal vaguedad es clara y consciente entre sus operadores.

*La tradición interpretativa, que definió al Judaísmo en el pasado, estaba familiarizada con la ambigüedad y la controversia. De hecho, la mejor descripción que se puede dar del judaísmo rabínico es como una osada cultura interpretativa en medio del desacuerdo.*²⁰⁴

Se entiende que el texto bíblico contiene múltiples estratos de sentido y sutileza. La Torá, no menos que la naturaleza, transporta la inmensidad y la riqueza de la realidad divina. No ha de sorprendernos, entonces, que no sólo el significado semántico de las palabras en sí fuera objeto de la interpretación, sino también su función sintáctica, e incluso su forma física. Rabí Akiva se destacaba por sus interpretaciones imaginativas e ingeniosas no sólo del sentido de las palabras y las oraciones del texto bíblico, [...] examinaba la escritura manual, las formas de las letras, y las marcas de cada página, siempre en procura de señales y pistas que condujeran a significados ocultos y mensajes secretos. Para usar

²⁰³ Harman, David, *La tradición interpretativa*, Argentina, Altamira, 2004, pp. 19-20.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 22.

*terminología moderna: el medio se convirtió en parte del mensaje, transmitiendo la rica y sutil complejidad de la palabra divina.*²⁰⁵

*Este es, así pues, el legado distintivo de la tradición interpretativa talmúdica: una comprensión de la revelación en la que Dios te ama cuando descubres ambigüedades en su palabra. [...] La revelación no es siempre “lisa y llana”, sino que puede ser compleja y escabrosa.*²⁰⁶

Para comprender la naturaleza de esta condición humana respecto de la ley, debemos revisar las condiciones en que la misma religión ubica al ser humano. Leo Strauss, discípulo de Ernst Cassirer, considera que la explicación radica en la propia naturaleza humana otorgada por Dios. Es la única creatura que puede cambiar sus hábitos y por consiguiente puede optar por la decisión de dejar de estar bajo el gobierno de Dios y buscar su propia forma de gobierno.

El primer día, Él creó la luz, el segundo, el cielo; el tercero, la tierra, los mares y la vegetación; el cuarto, el sol, la luna y las estrellas; el quinto, los animales acuáticos y las aves, y el sexto, los animales terrestres y el hombre. [...] El sol, la luna y las estrellas preceden a las cosas vivientes porque son inanimadas: no son dioses. Lo que pierden las luminarias celestiales lo gana el hombre, porque es el

²⁰⁵ *Ibidem*, pp. 26-27.

²⁰⁶ *Ibidem*, pp. 43-44.

punto culminante de la creación. Las criaturas de los tres primeros días no pueden cambiar de lugar; los cuerpos celestiales cambian de lugar, pero no de curso; los seres vivientes cambian de rumbo, pero no sus hábitos. Sólo los hombres pueden modificar sus hábitos. [...] Según la Biblia, la creación se completó con la creación del hombre, culminó con la creación del hombre. Sólo después de la creación del hombre, Dios “vio todo lo que había hecho y lo contempló y vio que era muy bueno” ¿Cuál es, entonces, el origen del mal o lo malo? La respuesta bíblica parece ser que, puesto que todo lo que es de origen divino es bueno, el mal es de origen humano. Sin embargo, si bien la creación de Dios es muy buena en su conjunto, no se deduce que todas sus partes sean buenas o que la creación como un todo no contenga mal alguno: Dios no encontró que todas las partes de su creación fueran buenas [...] El hombre fue creado para una vida sencilla. Por consiguiente, Dios le permitió comer los frutos de todos los árboles, excepto los del árbol del conocimiento del bien y del mal (lo malo), “porque el día que los comas, ten por cierto que morirás”. Al hombre no se le negó el conocimiento; sin conocimiento no hubiera conocido el árbol del conocimiento, ni a la mujer ni a las bestias: tampoco hubiera comprendido la prohibición. Se le negó el conocimiento del bien y del mal, es decir, el conocimiento suficiente como para guiarse a sí mismo y guiar su vida.²⁰⁷

²⁰⁷ Strauss, Leo, “Jerusalén y Atenas: algunas reflexiones preliminares”, en *Estudios de filosofía política platónica*, Buenos Aires, Amorrortu, 2008, pp.216-220.

Esta interpretación filosófica política no se aparta de las interpretaciones rabínicas ni religiosas del mundo judío. El rabino David Harman afirma sobre el mismo pasaje bíblico:

La historia del Génesis comienza con un Dios como Señor de la Creación, arquitecto único y omnipoderoso de la vida y la naturaleza. El jardín del Edén es el hogar perfecto para los seres humanos; inocentes criaturas totalmente dependientes de Dios, totalmente conscientes de su presencia, totalmente sensibles a su voluntad. Pero este mundo idílico, sin embargo es el sueño de Dios. Cuando la inocencia se vuelve rebelión, Dios tiene grandes dificultades en aceptar que su Creación no haya resultado como él lo había planeado. La desobediencia y la ambivalencia humana lo hacen enfurecer, y en un momento de enojo decide destruir el mundo debido a la corrupción humana.²⁰⁸

En la tradición judeo cristiana el hombre al intentar llevar su propia vida, en orden a su inexperiencia comete muchos errores. Estos desatan la ira de Dios y por esta razón encontramos pasajes del antiguo testamento en los que Dios azota a la humanidad. Sin embargo, parece que decide hacer un pacto con los hombres para que entre ambos puedan encontrar un camino común y el ser humano pueda

²⁰⁸ Harman, David, *La tradición interpretativa*, Op. Cit., pp. 53-54.

dirigir su vida en orden a los planes divinos. En este contexto aparece el sentido de la religión.

Es el recién advenimiento de Abraham que cambia la respuesta de Dios al fracaso y la decepción, emergiendo entonces una teología del pacto en vez de una teología del Dios Creador. En lugar de ira divina y uso unilateral del poder, Dios “admite” que el Señor de la Creación no puede llegar a ser el Señor de la Historia a menos que los seres humanos sean responsables de sus actos.²⁰⁹

En este caso parece ser que Dios toma la decisión de compartir la responsabilidad de la historia con los seres humanos. No queda como un redentor unilateral de la historia, sino que comparte la responsabilidad moral. En este caso los hombres aceptan seguir los mandamientos y las leyes de Dios, y también asumen la responsabilidad para interpretar la palabra de Dios. Es decir, más allá de cumplir la palabra de Dios, los hombres deberán extender su estudio sobre la sagrada escritura para poder determinar concretamente su sentido y su contenido. Así, se incorpora la revelación al ámbito de la responsabilidad humana, por lo que la línea entre autor divino e intérprete humano, alguna vez tajante, se borrará paulatinamente²¹⁰

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 54.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 56.

Entra en juego en la religión un concepto abstracto que se identifica con los dos únicos conceptos tradicionales de la religión: Dios y el ser humano. Este giro histórico está constituido por la conocida sentencia del profeta Miqueas: "Hombre, Dios ya te ha enseñado lo que es bueno".²¹¹ Aquí están unificados los tres conceptos: apareció el ser humano, entro en lugar del israelita. Y Dios lo ha llamado para instruirlo. ¿En qué? ¿En él? ¿O en el ser humano? En ninguno de los dos. La instrucción se refiere a algo completamente diferente, a un concepto nuevo, a un concepto que tiene el peso y la gravedad de la abstracción: el bien [...] En este concepto nace la religión y, por cierto, como monoteísmo. Al parecer, este concepto hace que pasen a un segundo plano tanto Dios como el ser humano: como si los dos tuvieran y recibieran derecho a la existencia sólo por medio del concepto del bien. La frase de Miqueas es sólo la fórmula en la que se recapitula completo todo el profetismo, con todas sus metas concretas. El discernimiento, contemplación y la acción de los profetas no se orientan a Dios, tampoco al ser humano en su existencia empírica, como pueblo y Estado, sino es el ser humano nuevo, la humanitas, y el que se convierte en su concepto del ser humano. Y con este concepto nuevo del ser humano reducen a la nada el politeísmo y descubren y revelan al Dios Único de la Humanidad Una. Lo que es el bien debe enseñarlo Dios. Para esto llama al ser humano. ¿Qué es, pues, el bien? Sin aducir literalmente

²¹¹ Miq. 6, 8.

*la respuesta de Miqueas, podemos estar seguros de coincidir con ella si respondemos: para los seres humanos, el bien es la humanitas; y podemos explicarlo de la siguiente manera: para Dios, a su vez, el bien es también sólo humanitas, el concedérsela y garantizársela al ser humano. Esta es la quintaesencia del profetismo.*²¹²

El bien radica en la práctica de las virtudes, donde no bastan las prácticas meramente externas de culto en orden a agradarle. Pero ¿cómo enseñar la virtud? ¿Es algo que puede enseñarse? Leo Strauss recurre al *Menón* de Platón para responder a esta pregunta y fundamentar el saber de la filosofía política, frente a las ciencias positivas. Estas últimas sólo nos señalan la verdad de hechos, pero no pueden mostrar lo que es bueno y malo en la organización social humana.

Dios brinda una ley que es positiva para guiar a los hombres, pero debido a que el hombre se encuentra en la historia y acumula un bagaje de propia experiencia, la interpretación de la aplicación de las normas divinas se vuelve ciertamente ambigua. A esta situación la visión rabínica explica:

Pero aun así Dios, el legislador, hubiera de intervenir en un debate legal entre estudiosos y hubiera de revelar que esta interpretación era correcta o que aquella fórmula legal debía volverse ley, los rabíes pondrían reparos diciendo: “Perdón Dios. No puedes interrumpir y

²¹² Cohen, Herman, *El concepto de la religión en el sistema de la filosofía*, Op. Cit., pp.41-42.

*clausurar las discusiones entre los estudiantes de la Torá. Si nuestra mente aprecia y concibe la ambigüedad de las situaciones humanas en las que hay que aplicar tu palabra, no puedes interferir y modificar nuestra mente. La Torá no está en el cielo.*²¹³

Ante esa situación es como se explica la posibilidad de la interpretación de la sagrada escritura. La actividad propia del jurisperito no consiste en seguir la ley de una forma abstracta y general, sino el poder hacerla viva para las circunstancias propias de cada caso. La ley dada por Dios no es algo que Dios haya establecido, independientemente de los criterios humanos. El plan de dirección no es unilateral sino que existe una responsabilidad compartida junto con el hombre. De ahí que sea fundamental la lectura y el estudio de la ley.

Se puede decir, casi sin dudar, que el estudio de la Torá²¹⁴ era y es la preocupación central de la tradición judía a lo largo de su historia. En la tradición interpretativa el estudio implica una continua revelación de la enseñanza de la Torá. La lectura es interactiva, demanda una interpretación y una respuesta, no es una actividad individual, sino grupal. Se lee la Torá en voz alta y se le estudia y discute en grupos, generando un verdadero diálogo. En las discusiones es como si las opiniones del pasado saltaran al presente y los alumnos y maestros del presente discutieran de igual a igual

²¹³ Harman, David, *La tradición interpretativa*, Op. Cit., p. 44.

²¹⁴ Los primeros cinco libros de la Biblia Hebrea, el Pentateuco. Su significado literal es "enseñanza".

con los sabios del pasado. Todos pueden expresar lo que piensan o sienten con la misma validez que esos sabios, y así se vuelve un texto viviente, actual, que nos habla, nos conmueve y enseña. No es una actividad de lectura solitaria y silenciosa en una biblioteca. El maestro, más que aquel que sabe, se lo elige por su sabiduría, es aquel que puede darle vida a lo que sabe. Esto implica que hay varias opiniones y formas posibles de interpretar la Torá. Durante toda la historia del pueblo del libro siempre hubo varias corrientes interpretativas, muchas veces opuestas entre sí. Ya en el siglo I de la era común había un disenso entre dos escuelas muy conocidas: la de Shammai y la de Hillel. En semejante situación, “donde lo que una escuela prohíbe, la otra lo permite, lo que una descalifica, la otra considera válido, pregunta un alumno: ¿cómo se puede aprender la Torá? La respuesta que da el Talmud es: “Las escrituras dicen: Estas palabras, [...] aquellas palabras [...] todas las palabras han sido dadas por un pastor [...] y provienen del Señor de la creación, bendito sea, así que procúrate un corazón de muchos cuartos para albergar las palabras para albergar las palabras de la escuela de Shammami y las palabras de la escuela de Hillel” (Talmud de Babilonia, Tosefta, Sotá 7:12).²¹⁵

Para el hombre la verdad absoluta es inalcanzable, no hay exclusividad en la comprensión de las palabras de Dios. Si alguno se

²¹⁵ Calles, Roger, en Harman, David, *La tradición interpretativa*, Op. Cit., Introducción, pp. 8-9.

empeña en que únicamente “estas palabras” son las palabras de Dios, ¿por qué hemos de creerle o por qué hemos de rechazar todas las palabras? Aquellos que sostienen que únicamente “estas” son las palabras de Dios y no también “aquellas”, van en contra del espíritu interpretativo del Talmud y fomentan el desencuentro y la incomprensión. Lo importante para la tradición interpretativa es estudiar el texto del Dios Viviente, permitir las interpretaciones que sean necesarias para que cada lector pueda llenarlo de sentido y apropiarse de sus valiosos tesoros y de su sabiduría. Cada uno puede formar su propia opinión y tiene la libertad de elegir los maestros, los sabios y las escuelas con los que siente afinidad. Uno se nutre del libro, el libro sigue siendo nuestro hogar. Según el Zohar²¹⁶ la Torá abre sus secretos más íntimos sólo a aquellos que la aman.²¹⁷

La prueba de excelencia del estudio de la Torá era la habilidad de leer y analizar un texto talmúdico, de explicar y defender las dos posturas de una discrepancia proponiendo razones imaginativas y contundentes a favor de ambas. El interés y la competencia del estudiante a la hora de reproducir convincentemente tanto un argumento como su contra argumento con frecuencia se basaba en

²¹⁶ Libro central de la *Cábala*, escrito en el siglo XIII por Moshé de León.

²¹⁷ Calles, Roger, en Harman David, *La tradición interpretativa*, Op. Cit., pp. 9-10.

*una apreciación genuina de la complejidad moral e intelectual del asunto.*²¹⁸

*El Talmud no ofrecía ninguna de las certezas de las clásicas apelaciones a lo evidente por sí mismo y la demostración lógica, pero proveía abundantes ilustraciones de cómo poder mantener y vigorizar una tradición en medio de las discrepancias, las argumentaciones y las reinterpretaciones.*²¹⁹

La esencia de la cosmovisión religiosa que estoy discutiendo se puede resumir así: me causa alegría servir a Dios en este mundo incompleto, fragmentario. El único Dios que conozco es el Dios mediado en los ritmos cotidianos del mundo temporal.²²⁰

Podemos ver claramente dos tendencias en autores clásicos de la interpretación de la *Torá*. Aquellos que ven una ley que debe ser comprendida como atemporal y otros que intentan hacer la ley viva en el contexto circunstancial e histórico en el que se debe aplicar. Por un lado el célebre filósofo Maimónides, quien propone una forma de enseñanza en la que los judíos podrían concebir a Dios independientemente de los contextos de la historia humana y de cualquier forma imaginaria de orden antropomórfico. Busca expresar la esencia divina, independientemente de cualquier contexto. Por esta razón, el pasaje del Éxodo en el que Dios se manifiesta afirmando que es: “*Ehie asher ehie*”, lo traduce como:

²¹⁸ Harman, David, *La tradición interpretativa*, Op. Cit. 84, pp.44-45.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 59.

²²⁰ *Idem*.

“Soy el que soy”. Como diciendo “Soy el ser cuya existencia no depende de nada”. Tal como lo podemos ver se trata de una traducción sustancial. Se aborda en ella la esencia misma de Dios de una forma eterna y atemporal. Por otra parte leudá Halevi, afirma que es sólo mediante la historia que se puede acceder a la realidad divina por parte de los hombres. La lectura que hace de lo dicho por Dios en el Éxodo tiene un sentido ajeno a la sustancia. Halevi traduce “*Ehie asher ehie*”, desde una perspectiva histórica de tal forma que se expresa: “Estaré presente para ti en el futuro, tal como lo he estado en el pasado” Dios le dice a Moisés: “Yo soy el que está presente, el que estará presente cuando me busques”.²²¹

La gran lección de la tradición interpretativa del judaísmo radica en que precisamente las formas hermenéuticas no se desprenden objetivamente del texto, sino de la forma en que el intérprete las asume. Puede hacerlo desde una perspectiva atemporal o bien desde una perspectiva temporal. Esta misma lección también es aplicable al Derecho. Las leyes pueden interpretarse desde una dimensión atemporal, como concebidas al alto vacío o bien, también podrían interpretarse en el contexto en el que deberían ser aplicadas para resolver un caso específico en un tiempo determinado.

Para los judíos ortodoxos Dios es una evidencia incuestionable. La historia presente no es significativa, en tanto lo realmente importante ya fue revelado y se actualiza en el cumplimiento de los mitzvot (mandamientos divinos) [...] Para muchos judíos no religiosos lo que

²²¹ *Ibidem*, p. 76.

hay que hacer es olvidarse de la tradición, llevar una vida normal y vivir como las demás personas del mundo moderno. Según David Hartman, la tradición judía alberga una enorme riqueza, en tanto es portadora de valores universales y de un profundo humanismo. Dentro de esta tradición se encuentra lo que él llama “la tradición interpretativa, la cual está por encima del sectarismo dogmático y es capaz de crear puentes de comunicación entre las distintas corrientes del judaísmo.”²²²

La forma interpretativa del universo religioso talmúdico parece que traslada por medio de la genialidad de Kelsen al Derecho positivo de un Estado de Derecho. Tal como podemos verlo en el siguiente pasaje de la *Teoría Pura del Derecho* que se analizará con mayor detalle en otro apartado.

La interpretación jurídico-científica no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica. Como conocimiento de su objeto, no puede adoptar ninguna decisión entre las posibilidades expuestas, teniendo que dejar esta decisión al órgano jurídico competente, según el orden jurídico, para aplicar el Derecho. El abogado que, en interés de su parte, sólo invoca ante el tribunal una de las varias interpretaciones posibles de la norma jurídica aplicable al caso; el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única

²²² Calles, Roger, en Harman David, *La tradición interpretativa*, Op.Cit. pp. 7-8.

*correcta, no cumplen una función científico-jurídica, sino una función jurídico-política. Tratan de ganar influencia sobre la producción del Derecho. Naturalmente ello no les puede ser negado. Sólo que no deben hacerlo en nombre de la ciencia del Derecho, como suele suceder con harta frecuencia. La interpretación científico-jurídica tiene que evitar, con el mayor cuidado, la ficción de que una norma jurídica siempre admite sólo un sentido, el sentido “correcto”. Se trata de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica. Dada la multiplicidad de sentidos de la mayoría de las normas jurídicas, este ideal sólo puede cumplirse aproximadamente. No se negará que esta ficción del sentido unívoco de las normas jurídicas puede tener grandes ventajas desde algún punto de vista político. Pero ningún prejuicio político puede justificar que se haga uso de esa ficción en una exposición científica del Derecho positivo, al proclamarse una interpretación, que desde el punto de vista subjetivo-político, es más deseable que otra interpretación, lógicamente igualmente posible como la única correcta desde un punto de vista científico-objetivo. Puesto que así se presenta lo que sólo es un juicio de valor político, falsamente como una verdad científica.*²²³

²²³ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, VIII, 47.

Capítulo IV

EJEMPLOS DE RAZONAMIENTO JURÍDICO EN LOS PROCESOS JUDICIALES

La mente jurídica resuelve problemas jurídicos. Y lo hace mediante una lógica operativa que hemos analizado en la primera parte de este texto. No existe una sola forma de razonar jurídicamente. De hecho nuestra mente jurídica se abre paso en los distintos sistemas procesales. A continuación se exponen algunos límites formales en los que la mente jurídica se ve obligada a maniobrar y desarrollar su creatividad. A propósito de esto:

Nicolai Hartmann ha descrito de una manera muy gráfica la contraposición que existe entre el pensamiento problemático y el pensamiento sistemático. Sin embargo, no es posible desconocer que entre problema y sistema existe una serie de conexiones, a las que es necesario aludir con algún detalle. Para nuestro fin puede llamarse problema a toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere, necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta o solución. El desarrollo se puede describir abreviadamente del siguiente modo: al problema, a través de una formulación adecuada,

*se le introduce en una serie de deducciones más o menos explícitas y más o menos extensas, a través de la cual se obtiene una contestación. Si a esta serie de deducciones la llamamos sistema, entonces podemos decir, con una fórmula más breve, que para encontrar una solución, el problema se ordena dentro de un sistema.*²²⁴

La mente jurídica se abre paso en la diversidad de sistemas jurídicos. Resuelve problemas y se ajusta a las formas de los sistemas procesales. La actividad jurídica es la misma, pero las herramientas procesales pueden variar. Tal como se mostrará a continuación, se podrá distinguir que la mente jurídica sigue siendo creativa y que, tan sólo los elementos procesales y lógicos, sirven para formalizar sus operaciones, que son finalmente producto de los hábitos y la experiencia.

4.1. RAZONAMIENTO JURÍDICO EN EL SISTEMA INQUISITORIAL

La metodología procesal para el desarrollo del conocimiento jurídico, por lo menos hasta antes del siglo XVIII, seguía el modelo dialéctico formulado en la *Tópica* de Aristóteles²²⁵ y la de Cicerón, que con el paso del tiempo se depuró en la edad media con autores como Tomás de Aquino. ¿Cómo funcionaba? Veamos las siguientes reglas mediante las que opera este método.

²²⁴ Viehweg, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964, pp.50-51.

²²⁵ Aristóteles, *Tópicos*, 162 a, 18.

En el caso de la materia civil el razonamiento dialéctico consiste en presentar, en primer lugar una tesis o un planteamiento como una verdad. Por ejemplo: “Luis debe pagar una deuda.” Diríamos que aquel que lo afirma toma una posición sobre Luis y la deuda. El que acusa o demanda el pago, en este caso, el señor X, toma la posición de decir como una verdad que “Luis debe pagar una deuda”.

Frente a esta posición, puede plantearse una antí-tesis. Es decir, un planteamiento que en *oposición*, toma lugar frente a la tesis. En este caso, el ejemplo sería: “Luis no debe pagar esa deuda”. El defensor M, quien es el que lo afirma, tomó posición frente a la afirmación del señor X.

Una vez que han tomado lugar las dos posiciones, el juzgador decide llevar a cabo la indagación de la verdad. Para ello el procedimiento dialéctico de la *Tópica* –o del sistema inquisitorial– consiste en que aquel que afirma, tiene la carga de la prueba.²²⁶ Y aquel que ha afirmado la antí-tesis, le bastará con negar lo dicho por el que intenta probar. Esta forma de proceder se sigue en atención a guardar un cierto orden en el procedimiento judicial.

Ejemplo de este procedimiento en el mundo jurídico romano lo encontramos en el discurso de Cicerón en defensa de Aulo Cecina. En él podemos ver de forma clara la metodología dialéctica de la *Tópica*. El que presenta la antítesis, no tiene que probar su dicho. Le basta con negar lo que afirma el que presenta la tesis.

²²⁶ Este orden es en materia civil y mercantil En materia penal varía.

Si [los testigos de la contraparte] son hombres honrados, me apoyarán, diciendo bajo juramento lo que yo afirmaba sin necesidad de jurarlo. Si no lo son, no han de dañarme, porque, o se les cree, y en tal caso hay que dar crédito a lo mismo que defendemos, o no se les cree y entonces, no merecen fe los testigos de la parte contraria.²²⁷

En este pasaje Cicerón –quien representa al demandado Aulo Cecina– muestra que aquellos testigos que se presentan en apoyo a la tesis de Sexto Ebucio (el demandante), no lo dañarán porque si atacan su postura –y los jueces les creen– a él, siendo el que plantea la antítesis, le bastará con negar lo dicho por los testigos del oponente. Procesalmente no tiene que argumentar más. Y si los jueces no les creen a los testigos del demandante que presenta la tesis, se les desechará inmediatamente.

En el caso de la materia penal, el procedimiento dialéctico parece variar. En México, antes de la reforma constitucional del 18 de junio del 2008, el sistema inquisitorial se manifestaba de la siguiente manera: si a una persona se le detenía por sospecha de haber cometido un delito, el Ministerio Público tenía un plazo de hasta 72 horas para integrar un expediente en el cual reuniera los elementos que establecieran la culpabilidad del detenido. Transcurrido el plazo, si no se contaba con los elementos suficientes, se le liberaba. Por otra parte, si se integraba el

²²⁷ Cicerón, *Defensa de Aulo Cecina*, I.

expediente con los elementos suficientes, al detenido se le consignaba ante un juez. En este momento podemos decir que dialécticamente el Ministerio Público presentaba su tesis. La cual afirmaba como una verdad que el detenido era culpable de los hechos que se le imputaban.

El juez, ante la “tesis” del Ministerio Público, calificaba la detención y tomaba la declaración preparatoria al detenido. En ella el juez le explicaba porque razones se le había detenido, de qué se le acusaba y le preguntaba cómo se consideraba ante lo dicho en la tesis del Ministerio Público.

Si el detenido afirmaba que era inocente de los cargos que se le imputaban, podemos ver claramente que está presentando una anti-tesis. Es decir, tomó posición dialéctica frente a la posición del Ministerio Público. En ese momento, el juez iniciaba el procedimiento de indagación de la verdad causal mediante de el método dialéctico. ¿En qué forma se hacía?

El juez asumía la declaración de inocencia como contra-tesis frente a la tesis (acusación del Ministerio Público). Ante petición expresa, el juez podía permitir al detenido la llamada duplicidad de término, que consiste en brindarle al acusado 72 horas para presentar pruebas de su inocencia; es decir, presentar objeciones contra la tesis. Quiero llamar la atención de que no se objeta la construcción de la acusación. En todo caso se le da oportunidad al acusado de intentar

probar su inocencia y mostrar que no es culpable. [No se le pide que demuestre un hecho negativo, sino que se le brinda la oportunidad de demostrar que lo integrado por el ministerio público no está correctamente conformado]. A diferencia del sistema anglosajón, en el que un sujeto es inocente hasta que no se demuestre lo contrario, en el sistema mexicano uno es presunto culpable hasta que no demuestre su inocencia.

Efectivamente, la tesis se presenta como la acusación sustentada en el expediente presentado por el Ministerio Público. Dicha tesis, como señala el Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez,²²⁸ no puede ser debatida en el sistema inquisitorial, sino que espera, en todo caso, a ser confirmada por el asentimiento del inculpado. Si se intentara cuestionar la forma en que integró la acusación, se rompería la dialéctica de la contradicción entre tesis y contra-tesis, lo cual debilitaría la posibilidad formal de confutación de la hipótesis acusatoria. [De hecho el juez al momento de admitir lo presentado por el ministerio público, lo hace considerando –conforme a su “razonabilidad” que hay elementos circunstanciales para asumir que el indicado es probablemente culpable, aunque no lo ha comprobado].

Como podemos ver, en el método dialéctico nunca se pueden cuestionar los elementos que llevaron a establecer la tesis; es decir,

²²⁸ Perfecto Andrés Ibáñez, “Sobre prueba y motivación”, en Taruffo, Andrés Ibáñez y Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fontamara-Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid-México, 2011, p.63.

en este caso, la integración del expediente por parte del Ministerio Público. Sólo se puede objetar la tesis presentada por el Ministerio Público, lo que permite ver claramente que la carga de la prueba se encuentra en el presunto responsable, dándole una notable ventaja al Ministerio Público, que nunca tuvo que probar²²⁹ los elementos mediante los cuales integró la acusación. Aplicado el método dialéctico en la indagación judicial, existe un desequilibrio probatorio notable. El juez, al igual que el inquisidor, una vez presentadas las acciones, sin necesidad de revisar las excepciones, puede descalificar cada una de ellas, si a su prudencia no son suficientes para desvirtuar la causa que el Estado tiene contra el acusado. Al igual que en el proceso dialéctico, una vez presentadas las pruebas de inocencia, el juez responde de forma general a lo expuesto. Entonces, puede descalificar las distintas objeciones que presenta el acusado para su defensa, salvo que éstas sean tan buenas, que lo hagan liberar al acusado.²³⁰

En este modelo procesal, la mente jurídica debía limitarse a un modelo dialéctico que la obligaba a operar más en orden de los términos formales técnicos procesales, en lugar de operar en orden a los contenidos jurídicos del proceso.

²²⁹ En todo caso el Ministerio Público sólo los demostró. Para ver claramente la distinción entre probar y demostrar, cfr. Viehweg, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Op. Cit., p. 62: “Cosa distinta de legitimar o de probar una premisa es demostrarla o fundamentarla. Esta última es una operación puramente lógica que reclama un sistema deductivo, pues exige que la proposición utilizada como premisa pueda ser reconducida a otra, y por último a una proposición central o nuclear, o bien, al revés, que pueda ser reducida partiendo de aquella o que pueda ser de cualquier modo, definida ella misma como proposición central.”

²³⁰ Hernández Franco y Lozano Díez, *Sociología General y Jurídica*, Op. Cit., pp. 164-165.

Las formas establecidas asumían con valor de verdad las declaraciones y los testimonios. No se sometía a valoración de la contraparte para avalar su consistencia. De hecho, esto sólo quedaba en manos del juez, quien en lugar de sopesar y medir las posiciones de las partes, sólo daba ventaja argumentativa a una de ellas, dejando a la otra en posición de sólo defenderse procesalmente en las formas y no en los contenidos, sin poder analizar los contenidos que conformaban las acciones de la contraparte. Por esta razón no era extraño que ante una acusación formal por parte del Ministerio Público, a los indiciados, en materia penal, sólo les quedara pedir el “amparo”, en lugar de litigar jurídicamente los contenidos en el proceso.

4.1.1. Valoración de la prueba circunstancial

Dentro de la diversa variedad de formas de razonamiento con los que la mente jurídica opera en el sistema inquisitorial, me interesa destacar la conocida como la “*valoración de la prueba circunstancial*”. Mediante ella podemos percatarnos que –independientemente de los argumentos de la defensa del detenido– el juzgador puede concluir la culpabilidad del presunto responsable, sólo por el hecho de considerar una coherencia contundente de las pruebas y declaraciones presentadas por el Ministerio Público.

Tal como se ha señalado más arriba, citando al Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez,²³¹ en el sistema inquisitorial no se debate la forma en que se integró la acusación. La defensa del acusado a pesar de presentar pruebas y testimonios, queda desamparada si pretende poner en duda lo señalado el ministerio público. A la parte acusadora le basta con negar lo declarado por la contraparte. Por esto la mente del operador jurídico puede sólo desplazarse considerando los elementos presentados por la parte acusadora como definitivos.

En México contamos una jurisprudencia en materia penal que nos brinda una clara forma de concebir la valoración de la prueba circunstancial:

*PRUEBA CIRCUNSTANCIAL, VALORACIÓN DE LA. La prueba circunstancial se basa en el valor incriminatorio de los indicios y tiene como punto de partida, hechos y circunstancias que están probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido, esto es, ya un dato por completar, ya una incógnita por determinar, ya una hipótesis por verificar, lo mismo sobre la materialidad del delito que sobre la identificación del culpable y acerca de las circunstancias del acto incriminado.*²³²

²³¹ Perfecto Andrés Ibáñez, "Sobre prueba y motivación", en *Consideraciones...*, *Op. Cit.*, p. 63.

²³² Mendoza Montes, Miguel, "La Lógica en la Argumentación Judicial", Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 19, 2005, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial, México, 2005, Tomo II, Materia Penal, p. 200.

El juez Miguel Mendoza Montes en su artículo titulado *La Lógica en la Argumentación Judicial* nos presenta un ejemplo muy claro de cómo procede la mente jurídica mediante esta forma de razonamiento. Tal como veremos las declaraciones de los testigos de la parte acusadora y las pruebas que esta presenta, no pueden ser sometidas a comprobación. El Ministerio Público expone los elementos para demostrar que existe razón para culpar al indiciado. La defensa no puede someter a prueba la integración de la acusación. Por lo tanto sólo le quedaría intentar descalificar la demostración del Ministerio Público.

Canuto negó tener intervención con el homicidio.

En el momento del cateo se encontró en el domicilio de Canuto un revólver calibre 32.

A Canuto se le practicó una prueba de rodizonato de sodio y se halló positiva, se encontraron residuos de pólvora en las zonas más frecuentes de manipulación de un arma de fuego.

Del dictamen de necropsia resultó que la causa de la muerte se debió a un impacto con un proyectil de arma de fuego que interesó el corazón y produjo un shock hipovolémico.

Del dictamen de balística apareció que la bala que penetró el cuerpo de Carmelo corresponde a un proyectil calibre 32.

Javier Ramírez manifestó que Canuto tenía un pleito anterior con Carmelo por el amor de Delfina, quien se había casado con Carmelo.

Delfina reconoció el cadáver de Carmelo, quien dijo se trataba de su marido y corroboró que entre Carmelo y Canuto existían rencillas.

Jacinto manifestó haber visto que Canuto portaba, al cinto, un revólver que coincide con el encontrado en el domicilio de éste.

De la relación lógica de los anteriores indicios se puede concluir que Canuto es responsable del homicidio de Carmelo porque en su domicilio se encontró un arma, tipo revólver calibre 32; se le practicó una prueba de rodizonato de sodio y resultó positiva; el cuerpo de Carmelo se encontró que la causa que le provocó la muerte fue un impacto de bala calibre 32 que le corresponde con el calibre del arma que se encontró en el domicilio de Canuto; Javier Ramírez y Delfina fueron coincidentes en señalar que Canuto tenía pleitos anteriores con Carmelo y Jacinto vio que Canuto el día de los hechos portaba al cinto, un revólver que coincide con el arma que se encontró en el domicilio de Canuto.²³³

Tal como podemos ver, todos los elementos apuntan a la culpabilidad de Canuto. Sin embargo nunca se logra probar que él haya cometido el homicidio personalmente y tampoco se somete a comprobación la declaración de Javier Ramírez y Delfina. Podrían haber ocurrido un sin fin de eventos que pudieran modificar la creencia de la prueba circunstancial. Por ejemplo, podría haberse comprobado que el arma fue disparada varias veces, pero eso no quiere decir que Canuto haya disparado en todas las ocasiones. Podría haberse pedido que a

²³³ *Ibidem*, pp.136-137.

Javier Ramírez y a Delfina también les hubieran hecho una prueba de rodizonato de sodio y tal vez hubiera salido positiva. Lamentablemente en el sistema inquisitorial el procedimiento está limitado.

El sistema adversarial, a diferencia del sistema inquisitorial, se caracteriza por permitir la comprobación de la forma en que se integra la acusación. Y a su vez, la fiscalía también puede someter a comprobación lo dicho por la defensa. De esta manera el razonamiento jurídico del operador del Derecho entra en una dinámica diferente. La mente jurídica en el sistema acusatorio descalificará los testimonios y las pruebas que no logren comprobar claramente los hechos controversiales.

En los Estados Unidos existe el cargo de Jefe de la Oficina de Investigaciones de la Corte. Este cargo consiste en llevar a cabo precisamente indagaciones que pudieran auxiliar al juez en lo expuesto por las partes en los juicios. Los jueces antes de dictar una sentencia definitiva consultan las observaciones que esta oficina aporta. En términos técnicos es un área auxiliar que complementa con investigaciones científicas todos los elementos que se van desarrollando en los procesos. Probablemente debería darse un sesgo de este tipo a ciertas ponencias en la Corte en nuestro país.

4.2. RAZONAMIENTO JURÍDICO EN EL SISTEMA ADVERSARIAL

4.2.1. Origen del sistema adversarial

El sistema acusatorio como lo conocemos en la actualidad fue desarrollado a mediados de la década de los 1730 en Inglaterra. Antes de este periodo, no se les permitía a los criminales procesados por casos graves contar con un abogado. Sin embargo a partir de 1696, algunos jueces lo permitieron, pero éste abogado defensor no podía interrogar a los testigos que presentaban los fiscales.

El primer caso inequívoco del que se tiene registro, en el que un abogado defensor llevó a cabo un contraexamen (en inglés *cross examination*) a testigos en un proceso judicial, data del año 1734. Existen varios casos más registrados con posterioridad inmediata. Dos en 1735 y nueve en 1736.²³⁴ Aunque se tienen registrados estos casos, hay que señalar que no se había vuelto un uso definitivo este actuar de los abogados en los procedimientos judiciales. La gran revolución del sistema judicial acusatorio se inició sobre todo en los juicios de instrucción, previos, de preparación o en inglés *pretrial*.

²³⁴ Langbein, "Lawyers", en *Years at the Old Bailey were reckoned from December of the previous calendar year, following the mayoral years of the City of London. Hence, the December 1735 sessions began the 1736 year*, p. 312, n. 161. Referenciado en Langbein, John H., *The Prosecutorial Origins of Defence Counsel in the Eighteenth Century: The Appearance of Solicitors*, en *Cambridge Law Journal*, 58(2), July 1999, Great Britain, pp. 318.

A principios del siglo XVIII varias oficinas gubernamentales en Inglaterra, para poder llevar sus asuntos a juicio crearon la figura del fiscal. Este funcionario sería el responsable de hacer las investigaciones correspondientes para integrar un expediente y representar a las oficinas de gobierno en la corte. Fueron llamados: Procurador de la Casa de la Moneda, procurador del Tesoro, Procurador para el Banco de Inglaterra, y el Procurador de la Ciudad de Londres, entre muchos otros. Estos procuradores fueron los primeros fiscales en la historia moderna del proceso.

La labor de fiscal, tal como podemos ver, era un deber designado a un funcionario público al que sólo le interesaba cumplir con sus funciones administrativas. Para evitar la excesiva carga de trabajo varios de estos funcionarios buscaron la posibilidad de delegar a profesionales del Derecho esta actividad de fiscal. Entre las primeras iniciativas de delegar a los abogados estas funciones de representación e investigación de los casos, destaca la del ilustre físico Sir Isaac Newton. Entre 1696 y 1699 la procuraduría de la Casa de la Moneda en Inglaterra estuvo en sus manos. Newton fastidiado por las investigaciones que debía realizar, consideró que este trabajo debía llevarse a cabo por abogados y no por funcionarios públicos. Ya siendo director de Casa de Moneda, Newton fue el primero en llevar a la corte la fiscalía con preparación de abogados.

El proceso judicial en Inglaterra, y más tarde en los Estados Unidos, fue modificándose y depurándose hasta el punto que se permitió llevar a cabo el interrogatorio de testigos, tanto por el fiscal como por el abogado defensor, con la finalidad de poder eliminar testimonios imprecisos o viciados. Aunque parezca extraño, desde 1728 los jueces anglosajones se dieron cuenta que los abogados podían viciar respuestas en la forma de interrogar a los testigos. Gracias al diario *Old Bailey* de Inglaterra, se ha podido llevar un registro relativo de los cambios en las formas de los procesos judiciales en el mundo anglosajón. Sobre los detalles de estos cambios puede revisarse en interesante artículo de John Langbein titulado *The Prosecutorial Origins of Defence Counsel in the Eighteenth Century*.²³⁵

4.2.2. El proceso adversarial permite razonar las hipótesis jurídicas como acciones sociales.

Podemos ver claramente que las respuestas generadas en un interrogatorio, en el sistema adversarial, no conforman una fórmula lógica argumentativa. Sino un relato construido. Se trata de una narración en la que las implicaciones no se encuentran estrictamente definidas, y tampoco la relación de causalidad responde directamente a una verdad universal. En un relato expuesto por un testigo – durante un interrogatorio– las conexiones entre dos sucesos son probables. No demostrables apodícticamente. El derecho, durante el proceso judicial debe de descubrir lo que fue posible que ocurriera. No puede lograr con exactitud confirmar

²³⁵ En *Cambridge Law Journal*, 58(2), July 1999, Great Britain, pp.325.

los hechos exactos. En ese sentido no es una actividad científica. No puede detectar hechos absolutos y contundentes, ni verdades. Lo declarado por los testigos y las partes, puede ser verdad. Es posible que lo sean, pero no puede decirse que lo sean con absoluta certeza. No se cuentan con hechos exactos. De hecho un interrogatorio puede mostrar que lo declarado por una persona puede contener varias incongruencias e inconsistencias.

El objeto del proceso no es descubrir la verdad, porque sencillamente ésta, en un proceso judicial no se puede obtener. La verdad es objeto de la ciencia, la cual puede dar hechos. En un juicio, no se dan hechos. Se brindan testimonios y pruebas que pueden llevar a establecer conjeturalmente una creencia sobre lo que ocurrió en un momento dado sobre algo. Pero nunca, se pueden establecer hechos contundentes. Las pruebas circunstanciales, son eso precisamente, circunstanciales, pero no verdades absolutas.

El Derecho en estas operaciones, no es una actividad de la razón consciente que indague la verdad, sino praxis. Indaga sobre o que estuvo bien o mal. Y para eso se hace llegar de información posible. Pero la verdadera actividad jurídica se encuentra en juzgar sobre la información posible. Su razonamiento es sobre lo que posiblemente ocurrió y sobre lo que posiblemente ocurrirá con las partes de un asunto, dependiendo de su decisión.

En el Derecho no establecen verdades absolutas. La lógica podría ayudar a establecer formalmente la coherencia de tales conexiones probables, como posibles. Sin embargo, la formalización siempre es posterior a la estructuración del relato generado por las respuestas en un interrogatorio. Tal vez por ello el juzgador no emplea formulaciones silogísticas al momento de juzgar y sólo las emplea para verificar la coherencia de su razonamiento lógico-operativo.

A continuación pretendo mostrar el empleo de ciertas herramientas narrativas y no de lógica formal para llevar a cabo el interrogatorio en el sistema adversarial. Ello permite a la Mente Jurídica operar y direccionar los relatos hacia lo verosímil o no. Mediante estas herramientas, el operador del Derecho encontrará un instrumento idóneo para proceder a resolver, con su experiencia acumulada, los casos que se le presenten. Posteriormente podría emplear un modelo formal lógico para avalar la coherencia de sus razonamientos lógico-operativos.

El interrogatorio del sistema adversarial no sigue un modelo lógico, sino narrativo. El argumento siempre es posterior a la causalidad relatada. Por esta razón, el que interroga debe saber dirigir las preguntas de tal forma que deje delimitado el campo narrativo para que en aquellos márgenes establecidos, pueda posteriormente formularse lógicamente un discurso argumentativo.

En un interrogatorio nos encontramos frente la expresión de narraciones que esperamos llenen nuestras expectativas para apoyar o desacreditar una situación.

*La narrativa nos ofrece un medio flexible y de fácil acceso para tratar los inseguros resultados de nuestros proyectos y de nuestras expectativas.*²³⁶ Y esto así, debido a que en una serie de interrogatorios no sabemos lo suficiente y, por otra parte, modelamos conocimiento sobre la base de nuestros deseos y miedos.

4.3 HERRAMIENTAS PARA LLEVAR A CABO INTERROGATORIOS²³⁷

Varios de los instrumentos y herramientas que se presentan a continuación, son empleados por el Instituto Nacional de Abogados Litigantes (NITA) en los EUA para capacitación de profesional del Derecho. Algunos complementos, producto de la presente investigación, son incluidos para ampliar tales herramientas.

4.3.1. Objeto y fin del *interrogatorio directo y contra interrogatorio*

La finalidad de los interrogatorios es el lograr establecer hechos claros y contundentes de un evento, mediante los testimonios de testigos, peritos y la presentación de pruebas. Los testigos sólo deben dar testimonio de lo que les consta. No sobre lo que especulan.

²³⁶ Bruner, Jerome, *La fábrica de historias...*, *Op. cit.*, p. 49.

²³⁷ En este apartado quiero agradecer a los profesores del Taller de Técnicas de Litigio que se imparte en la Emory Law School: Paul Zwier, Bill Hunt, Matt McCoyd, Reuben Guttman, Beatrice Butchko, Bradford Kessler, Al Amado, Alejandro Lockwood y sobre todo a Alex Barney.

El resultado de los interrogatorios, en su conjunto, permitirá al juez establecer una hipótesis o una conjetura sobre el evento que debe juzgar. Los interrogatorios *directo* y *contrainterrogatorio* (*Cross examination*) funcionan de manera conjunta en el proceso judicial, pero los objetivos que pretenden alcanzar cada uno de ellos son distintos entre sí.

El *objeto del interrogatorio directo* es el consolidar una *teoría del caso*. Es decir, una narración de hechos que establezcan claramente una situación. Mediante lo declarado por el testigo, se establecerán y definirán los elementos que integran el asunto a juzgar; así como el orden y la posición que guardan entre sí.

Desde este punto de vista, la teoría del caso se va construyendo conforme lo declarado. El fiscal y el abogado pueden llegar al proceso, con una teoría del caso aproximado, pero no con un caso exacto. Es inútil intentar ajustar lo declarado por los testigos y los peritos en un caso armado en gabinete. En todo caso debe consolidar un caso, mediante lo declarado por sus testigos y los de la contraparte.

El que interroga en forma directa no puede partir de una conjetura, ni preguntar suposiciones sobre lo que “podría ser” algo. No debe preguntarle al testigo sobre lo que podría inferirse de algo que él sabe. Sólo el juez debe plantear conjeturas. En otras palabras, no se puede considerar como evidencia el que el fiscal o el

abogado argumenten con el testigo al que interrogan. Asumir un hecho no es una evidencia. Si llegara a presentarse en el proceso, la contraparte puede con legitimidad hacer objeciones.

Por esta razón no puede preguntar por ejemplo: “¿Por qué cometió este delito?”, “¿por qué hizo el fraude?” o, “Diga usted qué estaba haciendo en la calle 5 y avenida 11 a las 18 horas del día de ayer.” Preguntar por qué hizo algo que no está probado es partir de una conjetura o hipótesis. Lo que se busca en un interrogatorio directo es establecer hechos, no obtener confesiones a partir de prejuicios por parte de la fiscalía. Por otra parte, pedir que declare algo, estableciendo nosotros los parámetros y el contexto de la narración, sólo muestra que nosotros ya estamos validando que efectivamente la persona estaba en tal lugar a tal hora. El interrogatorio directo debe permitir al testigo exponer los hechos por él mismo. Por esto, una forma adecuada de interrogar es: “Diga donde estuvo el día de ayer entre las 17:30 y 18:30 horas.” De esta forma el testigo podrá exponer como un hecho que estaba en la calle 5 y avenida 11 entre las horas señaladas.

El objeto del contra interrogatorio (*Cross examination*) es el comprobar la veracidad de lo declarado por un testigo en el interrogatorio directo. Por esta razón el contra interrogatorio debe enfocarse en revisar lo declarado por el testigo más que buscar ampliar la declaración de éste.

El que interroga puede presentar imágenes del lugar donde se llevaron a cabo los hechos para poder establecer tiempos y momentos y circunstancias.

4.3.2. Interrogatorio Directo: Luces, cámara y acción

El interrogatorio directo consiste en llevar a cabo preguntas que generen respuestas descriptivas. Respuestas que permitan construir una historia en aquellos que la escuchan. El que pregunta es como un director de escena o de película, el cual debe ir haciendo que el testigo vaya narrando hecho tras hecho de tal forma que los oyentes puedan formular conjeturas específicas. Se debe ir preguntando como si se estuviera construyendo cada escena de una película.

De la misma forma en que un director de cine comienza por ubicar la escena de los hechos, aquel que lleva a cabo el interrogatorio directo debe hacer que el testigo diga: “¿Qué lugar era?, ¿era parecido a esto que ahora se le presenta en imagen gráfica? ¿Qué hora era?, explique qué acción ocurrió.”

Sobre todo no hay que olvidar que en este sentido todo interrogatorio directo debe cubrir las preguntas básicas: quién, qué, cómo, cuándo, dónde, etc.,

fundamentales para comprender una historia con sus personajes y los eventos en los que están involucrados, ya sea por sus actos o por acciones circunstanciales.

Al llevar a cabo el interrogatorio directo es muy importante revisar qué verbos y cómo se está utilizando. Las respuestas deben estar en orden a los tiempos en que se formulan las preguntas. El que interroga debe estudiar en qué tiempo y orden verbal se hacen las preguntas y en qué tiempo y orden verbal responde el testigo.

4.3.2.1 Herramientas para el interrogatorio directo:

1) *Qué y quien describe*

Para construir un esquema claro de los hechos mediante los testimonios que se lleven a cabo, debemos establecer categorías y posiciones de los testimonios. Debemos definir quién va a dar su testimonio y qué es lo que nos interesa que testifique.

2) *Un hecho por pregunta*

Para lograr un esquema mental claro, es preciso que los testimonios sólo hagan referencia a un hecho por pregunta. Si se pidieran dos o más hechos en una pregunta, no quedaría claro si el testimonio se refiere a la primera o a la segunda cuestión que se está planteando en la pregunta. Por esta misma razón debe procurar emplear palabras simples y sencillas.

Preguntar un solo hecho por pregunta hace más fácil definir la respuesta del testigo. En cambio plantear dos o más cuestiones en una sola pregunta, requerirá un mayor esfuerzo de la persona a la que se interroga y, por otra parte, también se le pone en condiciones de confundir los hechos que narrará.

Una buena secuencia es seguir el listado de preguntas: Quién, qué, cuándo, cómo, dónde y por qué. Una vez hecho esto puede proceder a preguntar: Explique [...], describa [...] tal o cual.

Procure no usar más de diez palabras. Incluso puede practicar empleando menos palabras, cada vez que vaya preguntando.

3) ***Selección de palabras (Word choice)***

Pensemos que se está interrogando a una persona que es acusada de haber atacado a un cajero en un banco. Si se quiere establecer si es posible que el detenido pudiera haber realizado un ataque personal, el fiscal bien podría preguntar a un testigo: “¿Qué tan cerca estaba del cajero el que ahora está detenido?”.

En oposición a la posición del fiscal, el abogado defensor puede plantear la misma pregunta al testigo, pero seleccionando otras palabras que den lugar

a una nueva interpretación, como por ejemplo: “¿qué tan lejos se encontraba de el cajero?”.

4) Doble directa o retroalimentación.

Debe repetir en la siguiente pregunta, una parte de la respuesta que el testigo ha dado en la pregunta anterior. Tal como si continuara la narración a partir de cierto punto clave. Esta herramienta permite enfatizar lo que se considera la parte más importante de una respuesta trascendental dada por el testigo interrogado.

Esta herramienta no debe usarse indiscriminadamente. En todo caso hay que considerar su empleo sólo para los testimonios más relevantes. La razón de ello es que una pregunta que emplea elementos de una respuesta dada, es “argumentativa”. Esto quiere decir que, no es que se busque nueva información, sino que se emplea para enfatizar o argumentar hechos ante el juzgador o a un jurado (en caso de que lo hubiera).

Ejemplo:

Pregunta: ¿Qué estaba haciendo en ese momento?

Respuesta: Sacó un cuchillo.

Ante esta respuesta podría continuar el interrogatorio con la pregunta:

Pregunta: ¿Qué pasó entonces?

Pero si emplea la pregunta de retroalimentación o doble directa puede preguntar conforme a las siguientes opciones:

A) Pregunta: ¿Y qué pasó cuándo sacó el cuchillo?

B) Pregunta: ¿Y cuando sacó el cuchillo, qué fue lo que hizo?

C) Pregunta: ¿Y cuando sacó el cuchillo, qué reacción hubo por parte de los otros?

5) Transición

Se trata de dirigir la descripción de los hechos de un momento a otro. Preguntar de forma tal que queden claramente establecidos horas, puntos de inicio y de acción. Se debe buscar que el testigo logre describir acciones y reacciones claramente.

-Primera pregunta: Diga usted dónde estaba el día 21 de julio de 2011 a las 12:35.

Respuesta: En el banco HSBC de la Av. de la Paz, en la ciudad de México.

-Segunda pregunta: ¿Qué observó usted que pasó en ese momento?

Respuesta: La persona X estaba delante de mí frente al cajero y comenzó a discutir con él.

-Tercera pregunta: ¿Durante cuánto tiempo discutieron?

Respuesta: A mí me pareció que estuvieron discutiendo un poco más de cinco minutos.

-Cuarta pregunta: Y a los cinco minutos transcurridos, ¿qué fue lo que había pasado con el Sr. X y la persona que estaba atendiendo la caja?

Respuesta: El Sr. X lanzó algo al cajero por debajo de la ventanilla. No sé que era, pero el cajero se echó para atrás y le gritó. Entonces el Sr. X se alejó de la ventanilla.

-Quinta pregunta: Cuánto se movió el Sr. X.

Respuesta: De la ventanilla del cajero se dirigió a donde estaba el gerente del banco.

-Sexta pregunta: ¿Qué fue lo que vio que pasó en ese tránsito?

Etc.

4.3.3 Contrainterrogatorio

En el contra interrogatorio, lo que buscamos establecer son inconsistencias en lo dicho por el declarante. Por esta razón los expertos asumen que se revise lo declarado por las partes analizando a detalle lo que ha afirmado. Debe ir repreguntando de tal forma que el testigo sólo responda preguntas con los monosílabos “sí” y “no”. Porque con ello no se deja lugar a ambigüedades.

4.3.3.1. Herramientas para el contra interrogatorio

1) Congele imágenes

Para desarrollar un punto, hay que congelar ciertos aspectos o eventos de la narración. Enfatizándolos como relevantes en la argumentación. Recordemos la idea de que en el interrogatorio directo se está describiendo una historia como si estuviéramos viendo una película. Cada cosa que se dice integra un cuadro de toda la extensa película. El abogado o el fiscal que quiere señalar un cierto evento como relevante y precisar todo lo acontecido en él, debe pensar que debe cuidar el análisis de cada cuadro de la escena a analizar. De esta forma, al describir cuadro a cuadro toda una escena, puede revelar actos, emociones y hasta pensamientos de los personajes en un transcurso específico.

Ejemplo de Cross examination:

Preguntas cortas que describan hechos específicos:

¿Metió la mano en su bolsa? Respuesta: sí

¿Tenía una pluma en su bolsa? Respuesta: sí

¿Sacó la pluma de su bolsa? Respuesta: sí

¿Y tiró la pluma de la bolsa? Respuesta: sí.

Posteriormente comienza a relacionar ciertas emociones o pensamientos posibles. Es decir, sugiriéndoles un tema que enfatice el momento descrito. Por ejemplo:

¿Está usted agitado en ese momento?

¿Su corazón latía fuertemente?

¿Pasó su vida ante sus ojos?

Puede comenzar a establecer sobre lo declarado creencias precisas y otras dudosas como por ejemplo al preguntar:

¿Vio usted tal cosa? Respuesta: sí.

¿Pero no pudo ver tal otra cosa? Respuesta: no, eso tal vez no claramente.

Con una respuesta así, podemos establecer que se debe considerar más a ciertas cosas, pero otras las dejamos en el campo de la duda razonable.

Pueden hacerse preguntas directas en un contrainterrogatorio. Pero esto sólo para reforzar lo declarado por la parte, y para establecer que puede haber ciertas incongruencias. Por ejemplo, durante un contra interrogatorio se le puede preguntar:

Pregunta: ¿Estaba en el parque a las 11 horas?

Respuesta: sí.

Pregunta: ¿Y usted dice que llegó a su casa a las 11:05 caminando desde el parque?

Respuesta: Así es, eso dije.

¿A qué distancia está su casa del parque? Nota: Aquí se insertó una pregunta directa en un interrogatorio indirecto o contra interrogatorio. ¿Por qué? Porque si la casa esta como a 4 kilómetros ¿cómo es posible que caminara esa distancia en 5 minutos? Entonces ante el juez puede terminar por establecer lo declarado preguntando otra pregunta abierta en el contra interrogatorio.

Pregunta: ¿Puede decirme cómo es que alguien en sus condiciones caminó 4 kilómetros en 5 minutos?

2) Énfasis en palabras

Cuando se contra interroga el abogado o el fiscal narran los hechos y esperan afirmación o negación del testigo. Ahora bien, al preguntar pueden poner mayor acento en ciertas palabras para que el testigo sólo responda sobre un elemento muy concreto de lo declarado por él. Por ejemplo:

No es lo mismo preguntarle a alguien que ha dicho: “Me prometió darme dinero”, en un conainterrogatorio: “¿Le **prometió** darle dinero?” que “¿le prometió darle **dinero**? O incluso: “Le prometió **darle** dinero?” En cualquiera de los casos el contra interrogatorio muestra que puede revisar a detalle una declaración, con tan sólo esperar las respuestas monosilábicas “sí” o “no”.

3) Cómo comprobar que un testigo está mintiendo

De acuerdo a los estudios realizados por Aldert Vrij en la universidad de Portsmouth en Inglaterra, se sugiere llevar a cabo el contra interrogatorio con las siguientes estrategias para, de ese modo, lograr establecer con mayor seguridad que el testigo ha declarado sin mentir en el interrogatorio directo. Estas estrategias consisten en incrementar su trabajo cognitivo ya que una persona que no miente, muestra ahorro psíquico. Es decir, se cansa menos explicando algo.²³⁸

1.- Preguntar al testigo los detalles de su declaración en orden inverso al que los fue narrando. Es decir, en lugar del pasado hacia el futuro, como es la secuencia natural en al que todos contamos algo, solicitar la narración de futuro hacia el pasado. Los estudios realizados por Vrij muestran que las personas que han inventado algo en su declaración, les cuesta más trabajo sostener lo dicho al narrarlo de forma regresiva.

²³⁸ Herbert, Wray, “The burden of Laying. Fibbing is tough on the brain. New strategies expose liars by adding to the load”, en *Scientific American Mind*, Volume 22, Number 4, September/October 2011, New York, 2011, pp. 66-67.

Efectivamente, las personas que mienten, cuando han narrado una historia inventada o modificada, agotan sus recursos cognitivos. El solicitar que narren nuevamente lo que han inventado o modificado, en orden inverso, es una práctica que les será totalmente extraña, pues no están acostumbrados a realizarla. Es un ejercicio mental poco familiar para ellos y que les requerirá de mayor esfuerzo. Más del que necesitaría una persona que ha narrado con convicción de verdad un testimonio.

2.- Pedirle que grafique la escena como se llevaron a cabo los hechos, después de haberlos narrado oralmente. Esta estrategia ha resultado sorprendentemente efectiva. Solicitar a los testigos que brinden información espacial, pone en estado de indefensión a los mentirosos. Es algo para lo que no están preparados cuando cuentan sus historias tergiversadas. Esta actividad les implica un mayor esfuerzo, pues al modificar los eventos en su interés, agotan recursos cognitivos. Las descripciones verbales no encuadran con aquello que dibujan, exponiendo de esta forma las inconsistencias de sus mentiras.

Para llevar a cabo este experimento, Vrij y sus colegas reunieron a un grupo de personas en su laboratorio. A la mitad de ellas se les pidió que mintiera y a la otra mitad que contara con convicción de verdad. Los resultados mostraron que tanto individuos de uno como de otro grupo brindaban la misma cantidad de detalles, al

describir oralmente los lugares donde trabajaban. Sin embargo, cuando se les dio papel y lápiz, y se les pidió que los dibujaran los mismos lugares que habían descrito en forma verbal; los mentirosos dibujaron menos detalles que aquellos que decían la verdad. Las descripciones de los mentirosos no encajan, usualmente con sus dibujos.

3.- Mantener el contacto visual con la persona que lo está interrogando. Cuando una persona tiene que concentrarse para contar una serie de eventos de manera exacta, de forma típica alejan la mirada de puntos que motiven sus emociones, tal como la mirada de la persona con la que están conversando.

Mantener el contacto visual distrae si se está intentando inventar una historia y dificulta la narración de aquel que está dando testimonio.

Mentir requiere mayor esfuerzo porque implica el intentar hacer cuadrar o encajar plausiblemente una historia con todos los hechos conocidos. Este reto implica mucho esfuerzo mental, el cual una persona que cuenta la verdad no lleva a cabo. El recordar hechos y detalles en una historia fabricada o modificada y, evitar caer en contradicciones, es algo sumamente demandante. Las personas que conscientemente mienten se manifiestan preocupadas por logara la credibilidad de su historia.

El sistema adversarial implica el desarrollo del proceso dialógico de la expresión narrativa del razonamiento jurídico. Permite comprobar las hipótesis planteadas y desarrolla el razonamiento jurídico como una acción social. Por estas razones queda claro que es un sistema que permite desarrollar la virtud jurídica del razonamiento jurídico de una forma transparente y clara. El sistema inquisitorial era un sistema formal que por su estructura no permitía el análisis de fondo de los asuntos, clave determinante en el razonamiento jurídico.

La enseñanza del razonamiento jurídico vinculada con el ejercicio del proceso adversarial es importante para consolidar el desarrollo de hábitos jurídicos en los estudiantes de Derecho. El sistema inquisitorial es un sistema de orden formalista que no permite abordar cuestiones de fondo de manera directa en un proceso judicial. Uno de los grandes problemas de la formación humanística y de valores en el sistema jurídico inquisitorial es que, en ese sistema, las operaciones jurídicas son primordialmente formales técnicas. En ellas es poco relevante el razonamiento material de las cuestiones jurídicas. Por lo tanto los criterios de valor no encuentran lugar para su ejercicio propiamente jurídico.

Conclusiones

PRIMERA.- Existe la posibilidad de llevar a cabo un estudio propio y específico sobre las operaciones cognitivas de los expertos en Derecho. Este estudio debe considerar elementos constructivistas psicogenéticos, de sociología de la cultura y de psicología cultural. Del campo de la filosofía debe incluir sobre todo la lógica y la ética. La epistemología recomendable debe ser la platónica por ser de orden dialéctico.

SEGUNDA.- El razonamiento jurídico en parte es consciente y en parte es intuitivo inconsciente. La parte consciente primero comprende el problema y ve con qué elementos debe resolverlo. La parte inconsciente o intuitiva intenta resolver el problema a partir de una base de experiencia acumulada. Su resultado se expone al consciente como una conjetura o una hipótesis. La conciencia, entonces intenta justificar formalmente su razonamiento intuitivo mediante la argumentación, la retórica, la lógica y la erística. Estas son herramientas complementarias de la virtud y el razonamiento jurídico. No constituyen la base del razonamiento jurídico.

TERCERA.- El razonamiento hipotético mediante el cual se presume que se resolverá un problema jurídico, es evaluado en forma dialógica en un proceso judicial o en un diálogo. Esta dimensión del razonamiento jurídico es una “acción

social". No establece relaciones causales, sino imputaciones. La naturaleza avalorativa de los tipos jurídicos permiten que el razonamiento jurídico pueda resolver objetivamente problemas jurídicos fundando sus razonamiento en la ley.

CUARTA.- Los expertos en Derecho resuelven los problemas jurídico legales con base en su experiencia y conocimiento. A los estudiantes de Derecho se les debe:

- a) Dotar de las herramientas básicas: Legislación y teorías aplicadas muy elementales.
- b) Narrar casos para que comiencen a acumular experiencia
- c) Ejercitarlos mediante la resolución de problemas básicos y casos fáciles que puedan resolverse a partir de la experiencia asimilada por la narración de casos.
- d) El razonamiento jurídico individual arroja conjeturas, pero luego debe desarrollarse de forma dialógica. Es decir, generando el diálogo entre los estudiantes. El interrogatorio a testigos y peritos es una forma dialógica de razonar jurídicamente.

El aprendizaje y memorización de codificación y teorías complejas acumula datos, pero no genera conocimiento formativo. Para que el conocimiento se consolide, debe ser significativo. Y esto sólo ocurre cuando lo aprendido tiene un refuerzo de éxito aplicado. El exceso de enseñanza de teorías y de historias, si no se refuerzan con ejercicios prácticos, no podrán convertirse en aprendizaje

significativo. Tampoco será formativo. La enseñanza del Derecho en estos aspectos tiene una gran carga. Sin embargo el docente descuida el control sobre el aprendizaje de los estudiantes.

QUINTA.- Los modelos procesales no determinan los modelos de racionalidad jurídica. La manifiestan de formas distintas. La virtud o el razonamiento jurídico es una praxis que se adapta a cualquier sistema, pero dependiendo de éste, se manifiesta de forma distinta.

SEXTA.- Los trabajos de Hans Kelsen, bajo la influencia de Hermann Cohen y Max Weber; junto con sus investigaciones con Sigmund Freud y Jean Piaget, sientan las bases de una Ciencia del Derecho que permite el ejercicio de la virtud jurídica y con ello de la Mente Jurídica o racionalidad jurídica en el Derecho Positivo. Las lecturas positivistas contra el *ius* naturalismo son precisamente contra las posturas de la Escuela de Derecho Libre y el positivismo radical de la codificación napoleónica. García Máynez, Recasens Siches y Mario de la Cueva, entre otros, no enseñan el Derecho Positivo kelseniano de forma adecuada. Sus posturas responden más a la Escuela de Derecho Libre.

Bibliografía

ARISTÓTELES, *Tópicos*.

BALMONTE, ANA MARÍA, *Herencia, medio y educación*, Barcelona., Salvat, 1974, Biblioteca Salvat de Grandes Temas, Número 33.

BÉJAR RIVERA, LUIS JOSÉ, *El acto administrativo y su finalidad*, México, Porrúa, 2011

BLECUA, JOSÉ MANUEL, *Revolución en la lingüística*. Barcelona, Salvat, 1973, Grandes Temas, Número 87.

BOSCH, MAGDA, *ET AL, Freud y el psicoanálisis*, Barcelona, Salvat, 1973, Grandes Temas, Número 87.

BRINGUIER, JEAN -CLAUDE, *Conversaciones con Piaget, Mis trabajo y mis días*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2004.

BRUNER, JEROME, Y AMSTERDAM, ANTHONY G., *Minding the Law*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, London, England, 2000.

BRUNER, JEROME, *Actos de Significado, Más allá de la revolución cognitiva*, Madrid, Alianza, 1991.

BRUNER, JEROME, *Desarrollo cognitivo y educación*, Madrid, Morata, 1988.

BRUNER, JEROME, *La fábrica de historias, Derecho, literatura y vida*, Argentina, FCE, 2003.

BRUNER, JEROME, *Realidad Mental y mundos posibles, Los actos de la imaginación que dan sentido a la experiencia*, España, Gedisa, 2004.

BRUNER, JEROME, *En busca de la mente, ensayos de autobiografía*, México, FCE, 1985.

CÁCERES, ENRIQUE, *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho*, México, UNAM IJ, 2007.

CALLES, ROGER, *Introducción, en Harman, David, La tradición interpretativa*, Argentina, Altamira, 2004.

CARBONELL, MIGUEL, *et al*, *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2003.

CHOMSKY, NOAM, *Conocimiento y Libertad*, España, Ariel, 1972.

CICERÓN, *Defensa de Aulo Cecina*.

CLARK, A., *MIndware: An Introduction to the Philosophy of Cognitive Science*, New York, Oxford University Press, 2001.

COHEN, HERMANN, *El concepto de la religión en el sistema de la filosofía*, España, Anthropos, 2010.

DE FEO, NICOLA, *Introducción a Weber*, Buenos Aires, Amorrortu, 2007.

DE GORTARI, ELÍ, *Diccionario de Lógica*, Plaza y Valdés –UAM, México, 1988.

DILTHEY, WILHELM, *Psicología y Teoría del Conocimiento*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978.

DOMÍNGUEZ ESPINOZA, ALEJANDRA DEL CARMEN (comp.), *Lecturas introductorias a la psicología cultural, transcultural y etnopsicología*, México, UIA, 2011.

EVANS, RICHARD, *Jean Piaget, The man and his Ideas*, E.P.Dutton & CO., Inc. New York, 1973.

FERRAJOLI, LUIGI, *Epistemología jurídica y Garantismo*, México, Fontamara, 2004.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, Porrúa - Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006.

FICHTNER, G., *The Sigmund Freud-Ludwig Binswanger Correspondence 1908-1938*, Open Gate Press, incorporating Centaur Press, London, 2003.

FROMM, ERICH, *Sociopsicoanálisis del campesino mexicano*, México, FCE, 1973.

GOLDMANN, LUCIEN, ET AL, *Jean Piaget y las Ciencias Sociales*, Salamanca, Sígueme, 1974.

HARMAN, DAVID, *La tradición interpretativa*, Argentina, Altamira, 2004.

HERNÁNDEZ FRANCO, JUAN ABELARDO Y LOZANO DÍEZ, JOSÉ ANTONIO, *Sociología General y Jurídica*, México, Oxford University Press, 2011.

HERNÁNDEZ FRANCO, JUAN ABELARDO, *Argumentación Jurídica*, México, Oxford University Press, 2010.

HERNÁNDEZ FRANCO, JUAN ABELARDO, CASTAÑEDA Y G., DANIEL H., *Curso de Filosofía del Derecho*, México, Oxford University Press, 2009.

HERNÁNDEZ FRANCO, JUAN ABELARDO, *La Racionalidad en Marshall McLuhan y la Escuela de Toronto, Un estudio sobre los medios de comunicación y su influencia en la Grecia Clásica*, México, UP, 2004.

HIRSH-PASEK, KATHY Y MICHNICK GOLINKOFF, ROBERTA (eds.), *When action meets word: How children learn verbs*, USA, Oxford University Press, 2006.

HORKHEIMER, MAX, ADORNO, THEODOR, *Dialéctica de la Ilustración*, Madrid, Trotta, 2009.

González Ibarra, Juan de Dios, *Epistemología jurídica*, Porrúa, México, 2001.

INNIS, HAROLD ADAMS, *Empire and Communications*, Canada, University of Toronto Press, 1972.

JAYNES, JULIAN, *El origen de la conciencia en la ruptura de la mente bicameral*, México, FCE, 1987.

JONES, ERNEST, *Vida y Obra de Sigmund Freud*, Buenos Aires, Ed. Lumen-Hormé, 1997, Tomo III, Etapa final 1919-1930.

KAHNEMAN, DANIEL, *Pensar Rápido, Pensar Despacio*, Debate, México, 2012.

KELMAN, MARK, *A Guide to Critical Legal Studies*, Massachusetts, Harvard University Press, 1987.

KELSEN, HANS, *Autobiografía*, Colombia, Universidad del Externado de Colombia, 2008.

KELSEN, HANS, *Derecho y Lógica*, México, Cuadernos de Crítica, Instituto de Investigaciones Filosóficas - UNAM, 1978.

KELSEN, HANS, *Ensayos sobre jurisprudencia y Teología*, México, Fontamara, 2003.

KELSEN, HANS, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, México, Ediciones Coyoacán, 2009.

KELSEN, HANS, *Problemas Captales de la Teoría Jurídica*, México, 1987.

KELSEN, HANS, *Teoría general del Estado*, México, Ediciones Coyoacán, 2004.

KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 1986.

KENNEDY, DUNCAN, *Izquierda y Derecho, Ensayos de teoría jurídica crítica*, México, Siglo XXI, 2010.

KOHNKE, KLAUS, *Surgimiento y auge del neokantismo*, México, FCE-UAM, 2011.

LURIA, A. R., *Desarrollo histórico de los procesos cognitivos*, Madrid, Akal, 1997.

MAMHEIM, KARL, *Ideología y utopía*, México, FCE, 2004.

MCLUHAN, MARSHALL, *La Galaxia Gutenberg*, México, Origen/Planeta, 1985.

MÜNSTERBERG, HUGO, *On the Witness Stand: Essays on Psychology and Crime*, (1908), en Green, Christopher D.

NAGEL, THOMAS, *The View from Nowhere*, New York, Oxford University Press, 1986.

NINO, CARLOS SANTIAGO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1974.

ONG, WALTER J., *Oralidad y escritura, Tecnología de la palabra*, México, FCE, 1987.

PÉREZ PÉREZ, DINISIO, *Cerebro y conducta*, Barcelona, Salvat, 1973, Grandes temas, Número 30.

PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, "Sobre prueba y motivación", en Taruffo, ANDRÉS IBÁÑEZ Y CANDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid-México, Fontamara-Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2011.

PIAGET, JEAN, *ET AL*, *Estudios Sociológicos*, México, Ariel, 1977.

PIAGET, JEAN, *Génesis del pensamiento lógico*, en RICHOMOND, P. G. *Introducción a Piaget*, España, Ed. Fundamentos, 1970.

PIAGET, JEAN, *La equilibración de las estructuras cognitivas. Problema central del desarrollo*, México, Siglo XXI, 1978.

PIAGET, JEAN, *Lógica y Psicología*, Barcelona, A. Redondo, 1972.

PIAGET, JEAN, *The Moral Judgement of the Child*, Londres, Routledge y Kegan Paul, Ltd., 1932.

PIAGET, JEAN, GARCÍA, ROLANDO, *Psicogénesis e Historia de La Ciencia*, Siglo XXI, México, 1982.

PIAGET, JEAN, *Tratado de lógica y conocimiento científico*, Buenos Aires, PAIDOS, 1979, Clasificación de las ciencias y principales corrientes de la epistemología contemporánea, vol.7.

PIAGET, P., RICOEUR, P. ET AL, *Debates sobre psicología, filosofía y marxismo*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1973.

PLATÓN, *Fedro*.

POSNER, RICHARD, *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

PROPP, VLADIMIR, *Morfología del Cuento*, Madrid, Akal, 1985.

RADIN, MAX, *Law as Logic and experience*, Yale, University Press, New Haven, 1940.

RECASENS SICHES, LUIS, *Filosofía del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 1954.

RICHMOND, P.G., *Introducción a Piaget*, Madrid, Fundamentos, 1970.

ROUDINESCO, ELISABETH, *Lacan Esbozo de una vida, historia de un sistema de pensamiento*, México, FCE, 1994.

ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte general (Fundamentos. La estructura de la teoría del Delito)*, Civitas, Madrid, 1997.

SANTAYANA, GEORGE, *La vida de la razón*, Buenos Aires, Nova, 1954.

SLOBIN, DAN I., "Verbalized events: a dynamic approach to linguistic relativity and determinism", en *Current Issues in Linguistic Theory*, 198, 2000.

SCHOPENHAUER, ARTHUR, *El mundo como voluntad y representación*, Trotta, Madrid, 2005.

STRAUSS, LEO, *Estudios de filosofía política platónica*, Buenos Aires, Amorrortu, 2008.

VELAZQUEZ, HÉCTOR, (compilador), *Tomás de Aquino, Comentador de Aristóteles*, México, UP, 2010.

VIEHWEG, THEODOR, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964.

VIGOTSKI, LEV, *Obras Escogidas*, Madrid, Visor-Antonio Machado Libros, 2001, tomo II.

WEBER, MAX, *La objetividad de las Ciencias Sociales y de la política social*, México, Alianza, 2009.

WEBER, MAX, *La metodología de las Ciencias Sociales*, Barcelona, Planeta Agostini, 1993.

WEBER, MAX, *Economía y Sociedad*, México, FCE, 1956.

ZAZZO, RENE, "Nécrologie de A. Léontiev ", *L'Année psychologique*, 82, 1982

ZAZZO, RENÉ, "Entrevista a René Zazzo", en BALMONTE, ANA MARÍA, *Herencia, medio y educación*, Barcelona, Salvat, 1974, Biblioteca Salvat de Grandes Temas, Número 33.

ZAZZO, RENÉ, *La psicología norteamericana*, Buenos Aires, Paidós, 1964.

Hemerografía

ARRESÉ IGOR, HÉCTOR, "La recepción filosófica del monoteísmo judío en la Ética de la voluntad pura de Hermann Cohen", en *El títere y el enano*, Revista de Teología Crítica, Año 2010, Vol. 1. Buenos Aires.

COMANDUCCI, PAOLO, "Epistemología Jurídica", en ISOTIMIA. REVISTA INTERNACIONAL DE TEORÍA POLÍTICA Y JURÍDICA, No. 1, Febrero, Monterrey, 2009
Cambridge Law Journal, 58(2), July 1999, Great Britain.

Columbia Law Review, Vol. 23, No. 6 (Jun., 1923).

HERBERT, WRAY, The burden of Laying. Fibbing is tough on the brain. New strategies expose liars by adding to the load, en *Scientific American Mind*, Volume 22, Number 4, September/October 2011, New York, 2011.

MENDOZA MONTES, MIGUEL, "La Lógica en la Argumentación Judicial", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 19, 2005, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial, México, 2005.