



Rumbo al Bicentenario



PODER JUDICIAL
DEL ESTADO DE MÉXICO



Estructuras del razonamiento jurídico y judicial. Método del Caso para la Formación Judicial

Juan Abelardo Hernández Franco,
Cristina Santibáñez Bandala y Carlos Báez Silva

Estructuras del razonamiento jurídico y judicial

**MÉTODO DEL CASO
PARA LA FORMACIÓN JUDICIAL**

Con entrevistas a

Hans Kelsen
Noam Chomsky
y
Jerome Bruner

Juan Abelardo Hernández Franco
Cristina Santibáñez Bandala
Carlos Báez Silva

Estructuras del razonamiento jurídico y judicial

MÉTODO DEL CASO PARA LA FORMACIÓN JUDICIAL

Con entrevistas a

Hans Kelsen
Noam Chomsky
y
Jerome Bruner

Juan Abelardo **Hernández Franco**
Cristina **Santibáñez Bandala**
Carlos **Báez Silva**



Esta obra pertenece a la Colección Editorial Rumbo al Bicentenario. Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México. Calle Leona Vicario núm. 301, Col. Santa Clara C.P. 50090, Toluca, Estado de México Tel. (722) 167 9200, Extensiones: 16821, 16822, 16804. Página web: <http://www.pjedomex.gob.mx/ejem/>

Editor responsable:

DR. EN D. JUAN CARLOS ABREU Y ABREU
Director del Centro de Investigaciones Judiciales

Editora ejecutiva:

LIC. EN D. MARÍA FERNANDA CHÁVEZ VILCHIS

Asistente editorial:

LIC. EN D. JESSICA FLORES HERNÁNDEZ

Diseño de portada:

COORDINACIÓN GENERAL DE COMUNICACIÓN SOCIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO

© Poder Judicial del Estado de México

© Ubijus Editorial, S.A. de C.V.
Begonias 6-A, Col. Clavería, C.P. 02080
Azcapotzalco, Ciudad de México
www.ubijus.com
contacto@ubijus.com
(55) 53 56 68 91

ISBN: 978-607-8875-86-3

Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada o transmitida sin el permiso de la editorial. Como también, sin importar el medio, de cualquier capítulo o información de esta obra, sin previa y expresa autorización del autor, titular de todos los derechos.

Esta obra es producto del esfuerzo de los autores, especialistas en la materia, cuyos textos están dirigidos a estudiantes, expertos y público en general. Considerar fotocopiarla es una falta de respeto y una violación a sus derechos.

Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente reflejan la postura del editor.

2024

Consejo de la Judicatura del Estado de México

Magistrado Dr. Ricardo Alfredo Sodi Cuellar

Presidente

Magistrado Dr. A. J. Raúl Aarón Romero Ortega

Consejero

Magistrado Dr. en D. Enrique Víctor Manuel Vega Gómez

Consejero

Jueza Dra. en D. C. Astrid Lorena Avilez Villena

Consejera

Jueza M. en D. P. P. Edna Edith Escalante Ramírez

Consejera

M. en D. A. Cristel Yunuen Pozas Serrano

Consejera

M. en D. Pablo Espinosa Márquez

Consejero

Junta General Académica

Dr. Ricardo Alfredo Sodi Cuellar

*Presidente del Tribunal Superior de Justicia
y del Consejo de la Judicatura del Estado de México*

Dr. César Camacho Quiroz

*Profesor-Investigador de tiempo completo
de El Colegio Mexiquense*

Dr. José Ramón Cossío Díaz

*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y Miembro de El Colegio Nacional*

Dr. Juan Luis González Alcántara Carrancá

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Dr. Gerardo Laveaga Rendón

*Profesor del ITAM y Coordinador de la Comisión de Ciencia,
Cultura y Derecho de la Barra Mexicana Colegio de Abogados*

Dr. Diego Valadés Ríos

*Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM*

Escuela Judicial del Estado de México

Dr. Jaime López Reyes

Director General

Dra. María de la Luz Ruiz Beltrán

Coordinadora de Enlace Académico

Dr. Juan Carlos Abreu y Abreu

Director del Centro de Investigaciones Judiciales

Consejo editorial

Dr. en D. Juan Carlos Abreu y Abreu
Poder Judicial del Estado de México

Lic. en D. Mateo Mansilla-Moya
Revista Abogacía

Mtra. en D. María José Bernáldez Aguilar
Universidad Autónoma del Estado De México

Dra. en D. E. y S. María Solange Maqueo
Universidad La Salle

Dr. en J. C. y D. F. Rodrigo Brito Melgarejo
Universidad Nacional Autónoma de México

Lic. en H. y E. Iván Martínez Aguirre
Universidad Autónoma del Estado de México

Dr. en D. Manuel Jorge Carreón Perea
Instituto Nacional de Ciencias Penales

Dr. en D. José Ramón Narváez Hernández
Poder Judicial de la Federación

Dr. en D. Héctor Carreón Perea
Instituto Nacional de Ciencias Penales

Dra. en D. Fabiola Martínez Ramírez
Tecnológico de Monterrey

Lic. en D. María Fernanda Chávez Vilchis
Poder Judicial del Estado de México

Dr. en C. S. Luis Raúl Ortiz Ramírez
Universidad Autónoma del Estado de México

**Dr. en D. Javier Espinoza
De Los Monteros Sánchez**
Universidad Anáhuac

Dra. en D. Yaritza Pérez Pacheco
*Universidad Internacional
de la Rioja en México*

Dr. en D. José Antonio Estrada Marún
*Academia Interamericana
de Derechos Humanos*

Dr. en D. Hiram Raúl Piña Libien
Universidad Autónoma del Estado de México

Dr. en D. Rafael Estrada Michel
Poder Judicial del Estado de México

**Dr. en D. Francisco Rubén
Quiñónez Huízar**
Universidad Nacional Autónoma de México

Dr. en C. P. y S. Alfredo García Rosas
Universidad Autónoma del Estado de México

Lic. en D. María Gabriela Stramandinoli
*Tribunal Superior de Justicia
de la Ciudad de México*

Dr. en F. D. Juan Jesús Garza Onofre
Universidad Nacional Autónoma de México

**Dr. en D. Jorge Alejandro
Vásquez Caicedo**
Universidad Autónoma del Estado de México

Dr. en C. P. y P. C. Eliseo Lázaro Ruíz
Instituto Nacional de Ciencias Penales

Contenido

Presentación	15
--------------------	----

Primera parte

Historia de la psicología jurídica y judicial	17
--	-----------

1. Investigaciones psicológicas y filosóficas sobre la mente y el derecho antes de 1943..... 17
2. Cibernética y derecho..... 29
3. La revolución cognitiva y el razonamiento legal..... 45
4. Constructivismo y razonamiento jurídico-judicial..... 51
5. Rumbos contemporáneos entre psicología, filosofía y derecho

67

Segunda parte

Contexto del descubrimiento	71
--	-----------

1. La creatividad jurídico-judicial y el inconsciente adaptativo
- 71
2. La razonabilidad judicial opera casos concretos.....
- 74

CONTENIDO

3. Razonamiento jurídico-judicial: momentos conscientes y del inconsciente adaptativo.....	85
Tercera parte	
Contexto de la justificación	99
1. La abducción judicial	99
2. Nociones o conceptos indeterminados	107
Cuarta parte	
La coherencia de un razonamiento no garantiza la calidad de la respuesta jurídica	113
Quinta parte	
Razonamiento judicial y argumentación jurídica	121
Anexo 1	143
Entrevista de K. R. Eissler a Hans Kelsen	
Anexo 2	163
Entrevista de Juan Abelardo Hernández Franco a Noam Chomsky	
Anexo 3	169
Entrevista de Juan Abelardo Hernández Franco A Jerome Bruner	
Método del Caso para la Formación Judicial.....	179
I. Introducción.....	179
II. Cómo estructurar y redactar un caso.....	195

III. Cómo prepararse para la sesión en aula.....	205
IV. Cómo trabajar la sesión en aula.....	206
V. Habilidades de planeación de la sesión.....	214
Aprender con el método del caso	221
Introducción	221
Centro de Estudios Saavedra Fajardo.....	222
Pautas para elaborar un caso piloto.....	223
La discusión	223
Retos presentes	225
El Rey del Tomate	227
Introducción	227
Antecedentes	227
Promoción de juicio constitucional	228
Pruebas que presenta el PRI.....	229
Puntos de controversia.....	231
Resolver en los márgenes normativos	233
Lecturas complementarias.....	235
Caso Zacatecas: portación ilegal de armas	237
Introducción	237
Código Nacional de Procedimientos Penales.....	238
Testimonio de Víctor Manuel López Andrade, teniente del 97 Batallón de Infantería del Ejército Mexicano	238
Entrevista con Antonio Eduardo Pérez Rivera.....	240
Pensión para adultos mayores	243
Introducción	243
Antecedentes del acto reclamado	244

CONTENIDO

Respuesta de la autoridad responsable	246
Respuesta del quejoso	248
Dworkin sobre la justicia en Rawls y Nozick	251
Un velo de ignorancia.....	252
La crítica de la derecha y de la izquierda	253
El estado velador	254
La crítica a Nozick	256
La posición de Dworkin y el siguiente paso.....	257

Presentación

La obra que tiene en sus manos y que se incorpora a la Colección editorial “*Rumbo al bicentenario*” del Poder Judicial del Estado de México, se presenta como una herramienta esencial para quienes desean comprender los intrincados caminos de la lógica y el pensamiento dentro del sistema judicial. Con la autoría de Cristina Santibáñez Bandala, Carlos Báez Silva y Juan Abelardo Hernández Franco, esta obra no es simplemente un compendio de teorías abstractas, sino una guía que traduce la complejidad del razonamiento jurídico en herramientas prácticas y accesibles. A través un enfoque especial en el método del caso, los autores nos invitan a sumergirnos en la forma en que los jueces y abogados enfrentan y resuelven problemas reales, esos mismos que marcan el rumbo de la justicia en la vida cotidiana.

Esta es, sin duda, una obra pensada para quien se ha preguntado alguna vez qué sucede en la mente de un juez al analizar un caso o qué habilidades necesita un abogado para presentar argumentos sólidos y persuasivos. La obra se adentra en el origen y la evolución del razonamiento jurídico, abordando no solo los elementos lógicos, sino también aspectos de la psicología y la filosofía que influyen en la toma de decisiones. Noam Chomsky, Hans Kelsen y Jerome Bruner son algunas de las mentes brillantes que,

a través de entrevistas incluidas en el texto, aportan una perspectiva más humana y reflexiva sobre el acto de juzgar.

Como parte de la colección “*Rumbo al Bicentenario*”, este libro también tiene una dimensión histórica que enriquece su contenido. Nos invita a ver el derecho como algo vivo, en constante diálogo con otras disciplinas y con la realidad social que lo rodea. A través de sus páginas, sentimos que no solo estamos estudiando el derecho, sino también entendiendo las fuerzas humanas y culturales que lo moldean.

Para estudiantes, académicos y practicantes del derecho, esta obra representa una oportunidad de mejorar su propia práctica y de reflexionar sobre el impacto de sus decisiones. Es un recordatorio de que el derecho no es solo un sistema de normas, sino un proceso que requiere comprensión, empatía y rigor intelectual.

RICARDO ALFREDO SODI CUELLAR

Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de México

Primera parte
Historia de la psicología
jurídica y judicial

1. INVESTIGACIONES PSICOLÓGICAS
Y FILOSÓFICAS SOBRE LA MENTE
Y EL DERECHO ANTES DE 1943

En Europa, el primer laboratorio enfocado exclusivamente en estudios de psicología fue fundado en 1879 en la ciudad de Leipzig por Wilhelm Wundt (1832-1920). El objetivo principal de Wundt era descubrir los procesos que generaban la consciencia. Pretendía detectar las formas y las conexiones que empíricamente la describían.

Uno de los discípulos más destacados 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. Sus investigaciones, expuestas en el coloquio, despertaron el interés del psicólogo y filósofo norteamericano William James, quien lo invitó a permanecer en el país para trabajar juntos en el Laboratorio de Psicología de la Universidad de Harvard ubicado en Emerson Hall. La invitación fue aceptada y durante los siguientes años Münsterberg desarrolló y perfeccionó una teoría de la consciencia a partir

de las investigaciones de James.¹ Entre sus trabajos, destaca uno que nos es de particular interés; y probablemente sea el primer estudio dedicado a vincular la psicología con el campo del derecho. El libro, de 260 páginas, se titula: *En el estrado de los testigos: ensayos sobre psicología y derecho penal* (*On the Witness Stand. Essays on Psychology and Crime*).² Aborda aspectos psicológicos que el derecho debería tomar en cuenta durante el interrogatorio a un testigo. Cuestiones sobre sus emociones y su memoria, confesiones falsas y sugerencias. En la introducción 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 advertirles de la existencia de un campo de estudio absurdamente descuidado y que exige toda la atención de la comunidad social.³

En los Estados Unidos las investigaciones jurídicas vinculadas con la psicología y la mente fueron abordadas por

¹ 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 39 años experimentaba una profunda depresión, salió de su retiro y su viaje a América revivió sus investigaciones.

² Editado en 1908.

³ Hugo Münsterberg, *On the Witness Stand: Essays on Psychology and Crime*, en Christopher D. Green, *Classics in the History of Psychology*, York University, Toronto, Ontario, 1997.

algunos de los más importantes pensadores en este país. El 8 de enero de 1897 el juez Oliver Wendell Holmes dio una conferencia en la Escuela de Derecho de la Universidad de Boston, *El sendero del derecho*” (*The Path of the Law*). Lo sorprendente de esta conferencia fue que Holmes, siendo miembro de la Suprema Corte de Justicia del Estado de Massachusetts, comentaba problemas jurídicos tomando en cuenta aspectos psicológicos. Por ejemplo, Holmes afirma:

Hablamos de un contrato como un acuerdo de las *mentes* de las partes. De allí se infiere que en varios casos no exista ningún contrato porque las *mentes* [de los contratantes] no se han puesto de acuerdo. [Lo sabemos] porque vemos que cada uno ha previsto diferentes cosas [para el mismo contrato] o bien, porque una de las partes no ha conocido del consentimiento de la otra.⁴

Esta forma de pensar del juez Holmes se gestó durante el periodo en que formó parte del grupo *The Metaphysical Club* (1872) en el que tuvo largas y profundas pláticas con sus amigos William James y Charles Sanders Peirce padres del pragmatismo norteamericano. Todos ellos fueron influidos fuertemente por el positivismo renovado de Ernst Mach.⁵

Prácticamente al mismo tiempo que los trabajos de Holmes y Münsterberg impactaban en el campo jurídico, el filósofo y psicólogo John Dewey (1859-1952) publicó, en 1910, el ensayo *Cómo pensamos* (*How we Think*), 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 proble-*

⁴ O. W Holmes, “The Path of the Law (1897)” en *Collected Legal Papers*, Dover Publications, Inc., Nueva York, 2007, p. 177.

⁵ Autor de *Conocimiento y error* (*Erkenntnis und Irrtum*) 1905. Esta obra también tendrá un fuerte efecto en el pensamiento de Hans Kelsen.

mas en la lógica y la ética del derecho” que despertaron la inquietud de varios académicos. Entre ellos, Nathan Isaacs quien decidió desarrollar las propuestas de Dewey en el campo del razonamiento jurídico. Producto de sus investigaciones es el artículo “*Cómo piensan los abogados*” (“How Lawyers Think”).⁶ 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 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.

Al ver el efecto que tuvo su trabajo, Dewey publicó en 1924 *Método lógico y Derecho* (*Logical Method and Law*). En esta obra indaga la posible existencia de un método lógico jurídico de razonamiento. Su investigación concluye que en el caso del Derecho las normas generales y los principios hipotéticos de trabajo debían estar constantemente probándose y por consiguiente debían redefinirse y revalorizarse en cada nueva situación concreta por parte del operador de la ley. Instó a los tribunales a “confiar a una lógica experimental” en el que “los principios generales surgen como manifestación de formas genéricas útiles para tratar casos concretos”. Dewey estaba de acuerdo con Holmes en que no existía una especie de lógica jurídica en la que los términos se relacionaran entre sí, independientemente de las consecuencias de su aplicación a los asuntos concretos de la realidad.⁷

Del otro lado del Atlántico, entre 1911 y 1922, antes de que se publicara su *Teoría pura del derecho*, Hans Kelsen

⁶ *Columbia Law Review*, vol. 23, núm. 6, junio, 1923, pp. 555-563.

⁷ *Cfr.* Jerome Frank, “Modern and Ancient Legal Pragmatism. John Dewey & Co. vs. Aristotle: I”, en *Notre Dame Lawyer, A Quawerly Law Review*, vol. XXV, núm. 2, invierno, 1950, p. 211.

llevó a cabo sus propias investigaciones sobre psicología y derecho. En 1911 conoce personalmente Sigmund Freud cuya obra estudia bajo su dirección. De hecho, se tiene registro de su asistencia a las reuniones del primer círculo psicoanalítico de Viena.

El 13 de diciembre de 1911 Hanns Sachs (1881-1947) —amigo personal de Kelsen— lo 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. 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 Freud⁸ y será considerado, desde el 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 las reuniones. Ese día, en específico, se llevó a cabo una charla sobre el “tabú”. Muy probablemente Freud presentó aquella noche los primeros avances de su entonces inédito libro *Tótem y Tabú* (1913).⁹

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. Es hasta principios de la década de 1920 que volvemos a tener un registro de sus encuentros. En agosto de 1921 Freud vacacionaba en Seefeld, un pequeño poblado al norte del Tirol —cerca de la frontera bávara—. En aquella ocasión,

⁸ H. Nunberg y E. Federn (eds.), *Protokolle der Wiener Psychoanalytischen Vereinigung*, vol. III (1910-1911), at XIV, Fischer TB, Frankfurt, 1967, p. 331.

⁹ *Ibidem*, p.102.

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, uno de los hombres más cercanos a Freud, registró uno de los tantos paseos de aquellos días. Su fuente fue una entrevista inédita que realizó K. R. Eissler a Hans Kelsen el 19 de diciembre de 1953.¹⁰

Kelsen publicará en la revista *Imago*¹¹ —órgano de difusión del grupo de Freud— “El concepto de Estado y análisis de la psicología social (teniendo como referencia especial la teoría de las masas según Freud)” en 1922¹² y “El amor platónico” en 1933 (1942 en *The American Imago*). Al mismo tiempo que escribió su primer artículo en *Imago*, Kelsen 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.¹³

Ante el arribo de Adolfo Hitler al poder en la Alemania de 1933, Hans Kelsen busca refugio en Suiza. Ahí imparte algunas conferencias en el Institut Universitaire de Hautes Études Internationales. Durante un viaje en tren, camino

¹⁰ Esta entrevista se encuentra en el anexo 1.

¹¹ Hans Sachs era coeditor de la misma.

¹² Ese año de 1922 en Berlín se llevó a cabo —entre el 24 y el 28 de septiembre—, el Séptimo Congreso Internacional de Psicoanálisis, bajo la presidencia de Ernest Jones. 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.

¹³ Hans Kelsen, “La concepción del Estado y la psicología social. Con referencia especial a la teoría del grupo, de Freud”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (número especial. Estudios en memoria de Hans Kelsen, IJ-UNAM, Nueva serie, año VII, núm. 19, enero-abril de 1974. Este texto se publicó en *The International Journal of Psycho-Analysis*, vol. 5, enero, 1924.

a un congreso de sociología, conoce y entabla amistad con Jean Piaget (1896-1980), entonces profesor de sociología en las universidades de Ginebra y Lausanne. En esta última también impartía psicología experimental.

Piaget, desde 1918 estudiaba en los laboratorios Binet, en París, la forma en que se daba el conocimiento de niñas y niños. Ahí descubrió que, en diferentes etapas de crecimiento, la mente humana construye formas de pensamiento distintas sobre la misma realidad percibida. De hecho, Piaget en su libro *Criterio moral en el niño*, de 1932, muestra que existe un razonamiento jurídico elemental que se genera en las mentes menos abstractivas. Este tema impactó a Kelsen al grado de referir como características del pensamiento primitivo humano a las equivalentes del razonamiento “concreto infantil”. En su libro *Derecho y naturaleza* (1943) Kelsen afirma:

La idea de que los hechos están determinados por leyes de la naturaleza y el concepto de principio de causalidad se hayan enteramente fuera del alcance del hombre primitivo. [...] Como un niño acepta la cadena de los hechos sin pensar en ella. [...] El pensamiento del hombre primitivo está dominado por la idea de retribución y no por la ley de causalidad. [...] Lo que le interesa no es el hecho causa de la muerte de su pariente, sino el individuo responsable.¹⁴

Kelsen detecta dos formas racionales básicas manifiestas en la psique jurídica humana.¹⁵ Las ideas de retribución y reciprocidad.¹⁶ Ambas se encuentran claramente en las

¹⁴ Hans Kelsen, *Derecho y naturaleza*, Depalma, Buenos Aires, 1945, p. 11.

¹⁵ Y probablemente de todo primate. Esta afirmación la sostengo con base en los hallazgos de Frans de Waal y de Jane Goodall sobre sus estudios en el comportamiento de los chimpancés.

¹⁶ Esta idea la encontramos también en los trabajos de Wilhelm Wundt y Émile Durkheim y en los de Claude Levi-Strauss y Jean Piaget.

maneras de razonamiento jurídico primitivo. En ellas se encuentra la evaluación mental de todo actuar humano desde el punto de vista jurídico. Tal vez el fundamento de la ley del Talión donde lo importante es quien será recompensado y quien será sancionado por sus actos.

Kelsen afirma que la psique del hombre primitivo se caracteriza esencialmente por el hecho de que el componente racional, está muy por debajo del emocional, que nace del sentimiento y la voluntad. La tendencia emocional-normativa domina su mundo interior.

Influido por los trabajos de Ernst Cassirer y Wilson Dallam Wallis refiere:

Para la psique las cosas existen para el yo sólo cuando se tornan efectivas emotivamente. Es decir, causan emociones de esperanza, temor, deseo, satisfacción o desilusión.

[...]

El ser humano actúa antes de pensar racionalmente. Las actitudes emocionales preceden a la lógica. Obra y a continuación se percata de su conducta y de su sentido. Las actitudes emocionales son primarias. Las apreciadas inducciones lógicas son secundarias y derivadas. La razón es profundamente influida por actitudes emocionales precedentes o concomitantes. Ellas la guían; su carácter determina a gran escala el objetivo y el énfasis racionalizados.¹⁷

Hans Kelsen es, sin duda alguna, uno de los primeros juristas que expone la relevancia de las emociones en el pensamiento humano y jurídico. Las primeras formas con las que respondemos ante cualquier situación, mucho antes de un pensamiento racional, son primordialmente emocionales.

¹⁷ Ernst Cassirer, *Filosofía de las formas simbólicas, II: El pensamiento mítico*, 1925, p. 193 y Wilson D. Wallis, *Religion in Primitive Society*, 1939, p. 316. Las citas están en Hans Kelsen, *Derecho Y Naturaleza*, Depalma, Buenos Aires, 1945, pp. 9 y 10.

Piaget introduce a Kelsen en la teoría del constructivismo, donde el conocimiento no es una actividad del receptor pasivo ante los estímulos de un objeto exterior activo. Para el constructivismo, el conocimiento es producto de una conformación entre el objeto exterior y la estructura mental del observador. La forma de comprensión de una cosa depende del momento de desarrollo del cerebro y las condiciones cognitivas del individuo. Siguiendo los postulados del *principio de incertidumbre* de Heisenberg, el objeto observado depende del observador en un momento y una circunstancia específica.

Esta idea llevada al campo del razonamiento jurídico, mostrará que toda controversia se genera por las maneras en que las partes comprenden, significan y simbolizan los elementos que hay en un asunto. En este contexto la actividad de los jueces consistirá en verificar que las formas cognitivas de las partes coincidan o encuadren con la mecánica de hechos y la interpretación adecuada de los ordenamientos jurídicos.

Uno de los temas fundamentales en el diálogo entre Kelsen y Piaget es en el que acuerdan la naturaleza del conocimiento científico jurídico. Piaget explica el tipo de naturaleza de la ciencia del derecho y lo distingue de otras ciencias. Al derecho se le considera como un saber que estudia hechos de la conciencia, en los cuales no existe la relación esencial de causalidad. Los hechos de la conciencia se caracterizan, fundamentalmente por contener *significaciones* y *simbolizaciones* subjetivas sobre hechos de eventos acontecidos en la realidad. Kelsen llama a estas designaciones “imputaciones”.¹⁸

¹⁸ Jean Piaget, “Los dos problemas principales de la epistemología de las ciencias del hombre”, en *Tratado de lógica y conocimiento científico*, vol. 6: *Epistemología de las ciencias del hombre*, pp. 197 y 198; y vol. 7: *Clasificación de las ciencias y principales corrientes de la epistemología contemporánea*, p. 40. Ambos textos editados por Paidós, Buenos Aires en 1979.

Hay realmente muy poca documentación sobre la relación Kelsen-Piaget. Por esta razón, en 2012, se hizo una entrevista al psicólogo cognitivista Jerome Bruner, un testigo de una de las reuniones entre ambos autores.¹⁹ Bruner cuenta que a finales de 1950 conoció a Hans Kelsen en la casa de Jean Piaget, en Suiza. En aquella ocasión —afirma Bruner—, Piaget y Kelsen coincidieron en afirmar que el derecho y la mente del jurista eran como dos estelas de humo generadas por dos cigarros. La forma aleatoria de una humareda era como la forma mental de una persona en un momento específico. La otra línea de humo equivalía a la forma redactada de la ley y su interpretación generalizada en ese momento determinado. Cuando un asunto legal se presentaba, las dos formas humeantes coincidían en una figura común a partir de la cual se conocía el asunto y se resolvía. Pero esa forma de conexión entre ambas estelas de humo, nunca jamás volvería a presentarse tal cual, porque su figura era producto de una serie de circunstancias únicas y contingentes. Por esta razón, al llegar cualquier otro asunto, por más parecido que fuera al anterior, no se podría resolver del mismo modo. Razón y ley están en constante proceso de construcción y reconstrucción con cada nuevo asunto.²⁰

Piaget hizo una enorme contribución a nuestro entendimiento de la mente del niño y de cómo crece y, en realidad, a nuestro entendimiento de la mente en general. Y pienso que lo hizo de manera muy similar a como Claude Lévy-Strauss realizó su aportación a nuestro entendimiento de la cultura humana: insistiendo en su estructura y su conexión, en sus reglas profundas, sus estructuras derivativas.²¹

¹⁹ La entrevista se encuentra en el anexo 3.

²⁰ Entrevista personal con Jerome Bruner realizada el 29 de noviembre de 2010.

²¹ Jerome Bruner, *En busca de la mente. Ensayos de autobiografía*, FCE, México, 1985, p. 228.

En los Estados Unidos, entre 1930 y 1940, los miembros del realismo jurídico norteamericano trabajaron sin duda alguna el factor cognitivo en el proceso judicial, lo que dio un gran auge a estas investigaciones. En particular, debemos señalar a Jerome Frank y a Karl Nickerson Llewellyn. Ambos autores coinciden en que, al momento de fijar los objetivos de la investigación jurídica, siempre se apela a juicios de valor. En el caso de Llewellyn estas valoraciones dependen de la cultura jurídica de los operadores de las normas: su clase social, educación, socialización, etcétera.

En el caso de Frank las valoraciones dependen de sus condiciones psicológicas,²² sus intuiciones y corazonadas (*hunches*), tal y como las llamaba el juez Hutcheson Jr.²³ Pensar el derecho como un sistema lógico riguroso, sería un gran error.

El pensador jurídico nunca debe creer que está tratando con matemáticas puras y pensar que las deducciones lógicas de los postulados legales deben cuadrar con los fenómenos observables. Si así fuera, seguramente sus postulados estarían equivocados.²⁴

Jerome Frank descubre la importancia de la intuición judicial en su obra *Law and the modern mind* (1930). En los capítulos “The judging process” y “Mechanistic law”, muestra la relevancia de la experiencia judicial como “*generadora de hipótesis y conjeturas*” a partir de las cuales se

²² Enrique Pedro Haba, *Axiología jurídica fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico*, Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José de Costa Rica, 2004, pp. 204-206.

²³ También en esta línea se encuentra el juez J. C. Hutcheson Jr., *cfr.* “The Judgement Intuitive: the Function of the Hunc in Judicial Decision”, *Cornell Law Quarterly*, vol. 14, núm. 3, 1929, pp. 274-288.

²⁴ Frank, Jerome, “Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking”, *Cornell Law Quarterly*, 1932, p. 578. Este texto se presentó como conferencia en el Cornell Law Club, Curia, el 22 de diciembre de 1931.

resuelven problemas jurídicos. Este factor es clave en toda construcción del razonamiento judicial.

Entre sus obras también destacan: *Lo que los tribunales harán de hecho* (*What the courts will do in fact*, 1932) y *Tribunales en juicio* (*Courts on Trial*, 1949). En esta última aborda la incertidumbre y la falibilidad de los procesos judiciales.

Frank llamaba a su postura filosófica “escepticismo ante los hechos” (*fact-skepticism*). Básicamente consistía en darse cuenta de que el solo estudio de las normas jurídicas no permitía predecir de forma precisa las decisiones futuras de los casos, cuyas sentencias se fundaran en ellas. A partir de una misma norma las decisiones judiciales pueden variar. Efectivamente, Frank se percató de que por más intentos de lograr que las normas jurídicas fueran definidas y precisas —y además se pudieran descubrir ciertas uniformidades tras estas reglas formales—, era imposible, desde ellas, predecir las decisiones futuras en la mayoría de los casos que todavía no existían. Frank exhortaba a tomar en cuenta aquellos hechos que se dejaban fuera del proceso lógico-deductivo de razonamiento jurídico.

Después de las indagaciones realizadas por los miembros del realismo jurídico norteamericano, las investigaciones posteriores sobre el razonamiento jurídico decaen. Ciertamente, los trabajos posteriores de los expertos en derecho, poco o nada abordan la parte cognitiva del razonamiento jurídico. Los textos que se publican en torno a este tema son 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 1940 aparecieron dos obras destacadas. Un trabajo que abordó directamente —desde un punto de vista cognitivo— el problema sobre cómo razonan los expertos en derecho, fue el de Edward H. Levi: *Una Introducción al razonamiento legal* (*An Introduction to Legal Reasoning*). Y aunque no resuelve el tema de cómo funciona la

mente creativa que resuelve problemas jurídicos, 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 consiste en una serie de conferencias que aparecieron con el título de *El derecho como lógica y experiencia (Law As Logic and Experience)*. 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 líneas de investigación más conservadoras.

Entre 1943 y 1944 un grupo de científicos desarrollaron un nuevo paradigma científico que denominaron cibernética. Es la época en la que comienzan a fabricarse las primeras computadoras y algunos investigadores afirmarán que la mente humana puede programarse como un sistema informático. De la mano de estas ideas, la psicología conductivista reforzará varias de estas ideas. Las investigaciones sobre el razonamiento jurídico y judicial se verán inmersas en esta nueva corriente. Para visualizar a fondo el cambio de investigación sobre la mente jurídica, revisemos cómo surge y se desarrolla este nuevo paradigma científico.

2. CIBERNÉTICA Y DERECHO

A partir de los avances tecnológicos ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial, un grupo de científicos norteamericanos, encabezados por el matemático Norbert Wiener (1894-1964),²⁵ desarrollan las bases de una nueva ciencia

²⁵ Wiener estudió en Cambridge, Inglaterra, con Bertrand Russell (1872-1970) y en Gotinga, Alemania, con Edmund Landau (1877-1938) y David Hilbert (1862-1943). En 1916, trabajó en Harvard con Alfred North Whitehead (1861-1947) y en 1919 ingresó como profesor al departamento de matemáticas del Instituto Tecnológico de Massachusetts.

llamada cibernética. Su objeto de estudio es el funcionamiento y posibilidad de control de máquinas y seres vivos, asumiendo que ambos operan a partir de principios y axiomas comunes. Wiener junto con el fisiólogo mexicano Arturo Rosenblueth (1900-1970) y el ingeniero Julian Bigelow (1913-2003) darán cuenta de la semejanza entre el sistema nervioso de un ser vivo y el cableado eléctrico de una máquina. Incluso, llegaron a considerar que el cerebro opera de manera semejante a como lo hace una computadora.

El estudio de la autocorrelación²⁶ de las ondas cerebrales no es el único campo en el que se centraron mis intereses matemáticos y los intereses fisiológicos de Rosenblueth. La analogía original que encontramos entre las retroalimentaciones humanas y las de las máquinas fue complementada una y otra vez al hallar nuevas analogías que descubrimos entre el sistema nervioso y las máquinas computadoras o de control. Desde el principio mismo me impresionaron las similitudes entre el sistema nervioso y la computadora digital. No quiero que se piense que sostengo que estas analogías son totales, ni que puedan examinarse exhaustivamente las propiedades del sistema nervioso considerándolo como una computadora digital. Simplemente deseo sugerir que ciertos aspectos de su comportamiento están muy cercanos a los de dichas computadoras.

Cuando un impulso alcanza el final de una fibra nerviosa, se combina con otros diversos impulsos que han llegado al mismo nivel, con el objeto de determinar si la fibra nerviosa siguiente va a descargar a su vez. En otras palabras, la fibra nerviosa es una máquina lógica en la que la última decisión es tomada sobre la base de la salida de un cierto número de decisiones adoptadas previamente. Éste es, esencialmente, el modo de operación de un elemento en una máquina computadora.²⁷

²⁶ Autocorrelacionador, aparato destinado al estudio de las ondas cerebrales y otras oscilaciones semejantes.

²⁷ Wiener, Norbert, *Soy un matemático*, Conacyt, México, 1982, p. 316.

Arturo Rosenblueth afirma que, desde el enfoque científico experimental observable, no podría darse distinción entre el funcionamiento animal, humano o de máquina. Si existiera algo no observable, no podría considerarse válido, como podría ser la idea de una mente no producto de estímulos fisiológicos.

Pienso que los conocimientos actuales de la fisiología de los centros nerviosos no justifican la conclusión de que no hay estado mental alguno que no sea concomitante de la actividad de algunos elementos nerviosos; cuando menos en principio, esta actividad constituye un comportamiento observable. En caso de que hubiese estados mentales en otras personas absolutamente exentos de cualquier concomitante objetivo, para los propósitos de la observación y análisis científico estos estados no existirían hasta tanto fueran reportados, es decir hasta que formaran parte de una exhibición de comportamiento.

[...]

El hombre y otras especies animales son como las máquinas desde el punto de vista científico porque los únicos métodos fructíferos para el estudio del comportamiento humano son los que también se aplicables al comportamiento de los animales, así como el de las máquinas.²⁸

John von Neuman,²⁹ otro de los colegas de Wiener y Rosenblueth sostiene la identificación del cerebro como

²⁸ Arturo Rosenblueth, *La psicología y la cibernética*, UNAM, México, 1987, pp. 2-3 y 10. La cita se incluyó en el discurso presentado durante el seminario del martes 17 de mayo de 1955 en el Instituto Nacional de Cardiología en México.

²⁹ John von Neumann (1903-1957), otro de los grandes matemáticos cercanos a Wiener, formó parte de los participantes del Simposio Hixon (1948), organizado por el Instituto Tecnológico de California. El tema central de las conferencias fue “Los mecanismos cerebrales de la conducta”. En aquella ocasión Von Neuman sostuvo que, sin duda alguna, el funcionamiento del cerebro es análogo al de una computadora y que el razonamiento lógico era la base de ambos razonamientos.

una especie de ordenador en su libro *La computadora y el cerebro* (*The Computer and the Brain*).

La observación más inmediata con respecto al sistema nervioso es que su funcionamiento es, *prima facie*, digital [digital debido a que los impulsos nerviosos pueden ser considerados como un marcador binario: la ausencia de un impulso representa, por ejemplo, el valor 0 y su presencia el 1].

El componente básico de este sistema es la célula nerviosa, la neurona, y la función normal de una neurona es generar y propagar un impulso nervioso. Este impulso es un proceso más bien complejo, con una variedad de aspectos eléctricos, químicos y mecánicos. Parece, sin embargo, que constituye un proceso definido, es decir, es casi el mismo bajo cualesquiera condiciones, y representa una respuesta unitaria, esencialmente reproducible, a una variedad amplia de estímulos”.

[...]

[Estas] observaciones muestran que el sistema nervioso, cuando se le considera como un autómatas, debe tener tanto una parte aritmética como una parte lógica, y que las necesidades de aritmética son tan importantes como las de lógica. Esto significa que estamos de nuevo tratando con una máquina de calcular en el sentido estricto y que resulta apropiado un análisis en términos de los conceptos familiares de las máquinas de calcular.³⁰

Wiener convocó, en 1944, a una reunión en Princeton, a la que asistieron neurofisiólogos e ingenieros en comunicación y en sistemas para participar en un seminario extraoficial. Todos los presentes quedaron sorprendidos al descu-

³⁰ John von Neumann, *El ordenador y el cerebro*, Antoni Bosch, Barcelona 1980, pp. 59-60 y 82-83. Neuman fue invitado por la Universidad de Yale a dictar en las Silliman Lectures una serie de conferencias sobre la semejanza entre los ordenadores y el cerebro humano. Preparó un manuscrito que nunca pudo leer debido a que fue diagnosticado con cáncer, y estuvo en el hospital hasta el día de su muerte. Sin embargo, su texto fue publicado en 1958.

brir que hablaban un mismo lenguaje científico, aunque su vocabulario contenía términos de ciencias diferentes. En esta reunión se autorizó la palabra “memoria” para generalizar los distintos métodos para conservar datos. También, se trasladó de la electrónica el término “reacción” o “realimentación” al estudio de los seres vivos. Finalmente, todos los asistentes convinieron en que se debía medir la cantidad de datos por medio del “bit”.³¹ Wiener apuntó: “Considero que esta reunión fue la cuna donde nació la nueva ciencia de la cibernética, que es la teoría de la comunicación y del control en las máquinas y en los organismos vivientes”. La obra de Wiener que consolidó el rumbo de esta línea de investigación lleva por título *Cibernética o el control y la comunicación en animales y máquinas* (*Cybernetics, or Control and Communication in the Animal and the Machine*). Escrita en 1947 y publicada en 1948.³²

Los alcances de la cibernética tuvieron un impacto importante en las ciencias sociales. Sobre todo, en el campo de la psicología, la sociología y la antropología.

Uno de mis colegas había persuadido a la Fundación Mancy, de Nueva York, para que organizara una serie de reuniones dedicadas a este tema. Las series sucesivas se prolongaron a lo largo de varios años. En ellas se reunieron los miembros de un grupo de psiquiatras, sociólogos, antropólogos y otros por el estilo, con neurofisiólogos, matemáticos expertos en comunicación y con los diseñadores de máquinas computadoras, con el objeto de ver si podrían llegar a encontrar una base común de pensamiento.³³

³¹ *Binary term*. El término refiere a la unidad mínima de dígito binario: 0 o 1. La palabra fue acuñada por Claude Shannon quien la presentó en su libro: *A mathematical theory of communication* (Una teoría matemática de la comunicación).

³² La introducción de la obra es firmada por Wiener en el Instituto Nacional de Cardiología, en la Ciudad de México en noviembre de 1947.

³³ Norbert Wiener, *Soy un matemático*, Conacyt, México, 1982, p. 310.

El núcleo de nuestras reuniones ha sido el grupo que se había reunido en Princeton en 1944, sin embargo, los doctores McCulloch y Fremont-Smith han visto correctamente las implicaciones psicológicas y sociológicas del tema, y han incorporado al grupo a varios psicólogos, sociólogos y antropólogos destacados. La necesidad de incluir psicólogos había sido evidente desde el principio. El que estudia el sistema nervioso no puede olvidar la mente, y el que estudia la mente no puede olvidar el sistema nervioso. Gran parte de la psicología del pasado ha resultado ser en realidad nada más que la fisiología de órganos de algún sentido especial; y todo el peso del cuerpo de ideas que la cibernética está introduciendo en la psicología se refiere a la fisiología y anatomía de las áreas corticales altamente especializadas que se conectan con los tres órganos de los sentidos especiales. Desde el principio, hemos anticipado que el problema de la percepción de la Gestalt o de la formación perceptiva de los universales, resultaría ser de esta naturaleza. ¿Cuál es el mecanismo por el cual reconocemos un cuadrado como cuadrado, independientemente de su posición, su tamaño y su orientación? Para ayudarnos en tales asuntos e informarles de cualquier uso que pudiera hacerse de nuestros conceptos para su ayuda, teníamos entre nosotros psicólogos como el profesor Klüver de la Universidad de Chicago. El difunto Dr. Kurt Lewin del Instituto Tecnológico de Massachusetts y el Dr. M. Ericsson de Nueva York. En cuanto a la sociología y la antropología, es manifiesto que la impotencia de la información y la comunicación como mecanismos de organización va más allá del individuo hacia la comunidad. Es completamente imposible comprender comunidades sociales como las de las hormigas sin una investigación exhaustiva de sus medios de comunicación, y tuvimos la suerte de contar con la ayuda del Dr. Schneirla en este asunto. Para los problemas similares de la organización humana compramos la ayuda de los antropólogos Dr. Bateson³⁴ y Margaret Mead, mientras que el Dr. Morgenstern del Instituto de Estudios Avanzados fue nuestro asesor en el

³⁴ Gregory Bateson fue esposo de Margaret Mead. En 1951 publicó junto con Jurgen Ruesch *Comunicación. La matriz social de la psiquiatría* (*Communication. The Social Matrix of Psychiatry*).

importante campo de la organización social perteneciente a la teoría económica. Su muy importante libro sobre teoría de juegos en coautoría con el Dr. Von Neumann, por cierto, representa un estudio muy interesante sobre la organización social.³⁵

En cuanto al derecho, Norbert Wiener en su libro *Cibernética y sociedad*, dedicó un apartado al razonamiento y la comunicación en el derecho. Ahí sostenía que el derecho podría operar como un sistema claro en una computadora, siempre y cuando manejara un lenguaje claro y sin ambigüedades.³⁶

Además de los principios de la justicia, la ley debe ser tan clara que cada ciudadano pueda estimar de antemano sus derechos y deberes, aun cuando parezcan estar en conflicto con los otros. Debe ser capaz de establecer con una certeza razonable lo que opinará el juez o un jurado en su posición. Si no puede hacer esto, el código legal, por muy bien intencionado que sea, no le permitirá llevar una vida libre de litigios y confusiones. [...] El primer deber de la ley consiste en cuidar que las obligaciones y los derechos de un individuo en una cierta situación, carezcan de ambigüedad. [...] “A” anuncia el compromiso de efectuar un cierto servicio que, en general, será de ventaja para “B”, mientras que éste, a su vez se compromete al otro a hacer un pago ventajoso para “A”. Si se expresa claramente, sin ambigüedad, en qué consiste cada tarea y cada pago; si ninguna de las partes para imponer su voluntad a la otra aplica métodos que son extraños al contrato mismo, puede quedar al libre arbitrio de las partes decidir si el intercambio de servicios es equitativo o no. Si

³⁵ Norbert Wiener, *Cybernetics, or the Control and Communication in the Animal and the Machine*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1948, p. 18.

³⁶ Esto, por supuesto no será posible porque, tal como lo veremos más adelante, el derecho, al igual que todas las ciencias sociales, opera mediante un lenguaje de conceptos indeterminados o nociones, y no de conceptos determinados. El impedimento mismo inicia en una incomprensión del lenguaje de las ciencias sociales en general.

es claramente injusto, podemos suponer que por lo menos una de las partes contratantes está en situación de rechazar la totalidad del convenio.³⁷

La influencia cibernética alcanzó al derecho, pero de manera parcial. Entre 1959 y 1966 la American Bar Association encabezó el proyecto MULL: *Modern Uses of Logic in Law*, con el objeto de desarrollar modelos de resolución jurídica siguiendo lenguajes analíticos como el de la lógica. Se llevaron a cabo publicaciones periódicas que completaron un total de siete volúmenes. Sólo a modo de ejemplo, entre los artículos publicados destaca:

1. Layman E. Allen, “Lógica Aletica” (“Alethic Logic”) que aborda temas de necesidad, posibilidad y contingencia en el campo de la lógica modal.³⁸
2. F. G. Awalt Jr., “Problemas legales corporativos asociados con las computadoras” (“Corporate legal problems associated with computers”).³⁹
3. Reed C. Lawlor, “Análisis y predicción de decisiones judiciales informe informal de progreso” (“Analysis and prediction of judicial decisions informal progress report”).⁴⁰

Las investigaciones mostraron con el paso del tiempo que el saber jurídico implicaba otro tipo de destrezas cognitivas no analíticas. En el último número de MULL, el artículo de John D. Menke —Facultad de Derecho de Yale— “Lógica simbólica y comunicación judicial” (“Symbolic logic and judicial communication”) se muestra que el lenguaje analítico de la lógica simbólica, debe ser un auxiliar

³⁷ Norbert Wiener, *Cibernética y sociedad*, Conacyt, México, 1981, pp. 93-94.

³⁸ Diciembre de 1959.

³⁹ MULL: *Modern Uses of Logic in Law*, vol. 6, núm. 3, septiembre, 1965.

⁴⁰ *Idem*.

del razonamiento jurídico. Pero de ninguna manera el pensamiento legal era de orden diagramático o esquemático como el de una computadora. La lógica puede ayudar al razonamiento judicial, pero de ninguna manera, el pensamiento jurisdiccional puede encontrarse limitado a razonamiento analíticos.

Hasta la fecha, varios autores han sugerido que la lógica simbólica puede ser útil para detectar y controlar ambigüedades sintácticas en estatutos, contratos, testamentos, trasposos, reglamentos, constituciones y en normas internas y acuerdos nacionales. Otros sugieren que la lógica simbólica puede ser útil en el proceso judicial mismo, en la predicción de casos a través del análisis de hechos y en la comparación de declaraciones o reglas jurídicas. La tesis de este trabajo es que la familiaridad con los conceptos de la lógica simbólica también puede ser útil para detectar ambigüedades en el lenguaje de las sentencias judiciales, especialmente en aquellos casos en los que un tribunal delimita o establece criterios o pruebas judiciales para regir determinadas áreas de controversia. Que la literatura hasta ahora casi siempre haya extraído sus ejemplos de estatutos y documentos similares no ha sido un accidente, ya que los estatutos probablemente presentan los casos de ambigüedad más frecuentes y más complicados. Incluso en el campo de la interpretación legal, sin embargo, se han presentado argumentos contundentes de que la lógica simbólica no proporciona criterios para elegir entre interpretaciones alternativas de un pasaje ambiguo. McDougal, por ejemplo, ha argumentado lo siguiente: “El objetivo principal de toda interpretación legal es determinar y dar deferencia a las expectativas genuinas y compartidas de las partes particulares de un acuerdo. No es inusual que los tomadores de decisiones descubran lo que consideran contradicciones lógicas, ambigüedades o lagunas cada vez que someten el contenido de un acuerdo focal a un análisis lógico. Pero esto no resuelve el problema del intérprete. Queda la pregunta de si en el uso contemporáneo al acuerdo estas ambigüedades se consideraban comúnmente como inequívocas. Por lo tanto, las distinciones reveladas por los métodos lógicos modernos pueden ser irrelevantes para las expectativas de los que

hacen el acuerdo.” Summers ha argumentado que la lógica simbólica no es útil porque “no puede determinar si una instancia de ambigüedad sintáctica es legalmente significativa”. Debido a estas y otras objeciones, se ha concedido que el entrenamiento en lógica simbólica es más relevante para la prevención de ambigüedades sintácticas en los estatutos que para la subsiguiente interpretación de ambigüedades involuntarias en los estatutos. El punto a enfatizar aquí es que estas objeciones y concesiones no son tan pertinentes para la interpretación de las normas o reglas impuestas judicialmente como lo son para la interpretación de las leyes.⁴¹

A partir de 1966, y hasta 1996, MULL se transformó en *Jurimetrics journal*, y se publicaron un total de 36 volúmenes. En su primer número, el artículo de L. E. Allen y M. E. Caldwell, *Las ciencias de la comunicación y el derecho (Communication Sciences and the Law)*, tiene una notable importancia para comprender la asimilación cibernética en el campo del derecho y su limitación cognitiva.

Este volumen presenta las reflexiones posteriores a la “Conferencia sobre las implicaciones de los desarrollos en las ciencias de la comunicación para la educación jurídica en la próxima década”. La conferencia fue patrocinada por el Comité de Jurimetría de la Association of American Law Schools, en septiembre de 1963, en la Facultad de Derecho de Yale. De acuerdo con los objetivos del Comité de poner a las facultades de derecho en estrecho y estimulante contacto con los desarrollos científicos y tecnológicos actuales, la conferencia cubrió los siguientes temas de discusión: lógica moderna, métodos cuantitativos y teoría de la decisión, tecnología de procesamiento de la información, instrucción programada, y lingüística. Los participantes se refirieron a “lógica moderna” como los sistemas lógicos deductivos que usan notación matemática, que se desarrollaron en los últimos cien años, y de los cuales el álgebra booleana es una representación especial. La utilidad de la lógica moderna

⁴¹ MULL: *Modern Uses of Logic in Law*, vol. 7, núm. 2, junio, 1966.

para los lectores y redactores de documentos legales se demostró mediante ejemplos que muestran que funciones tan importantes como la explicación de textos inequívocos o la revelación de ambigüedades pueden realizarse con la lógica moderna como herramienta. Se hizo hincapié en que ningún sistema de lógica proporcionará criterios para la elección de valores entre objetivos contrapuestos, sino que simplemente ayudará a aclarar las implicaciones asociadas a la elección de uno u otro. El análisis jurídico y las técnicas de investigación también se verán influidos favorablemente por la exposición de los especialistas jurídicos a los métodos y el rigor sintáctico que exige el estudio de los sistemas formales de lógica simbólica. El papel de la lógica normativa (deóntica) también se discutió y criticó, ya que no se ha demostrado ninguna aplicación real de la lógica deóntica a ningún problema de nivel.⁴²

El artículo de Walter Probert —de la universidad de Florida—, “Derecho, ciencia y comunicaciones: algunas facetas nuevas del empirismo” (“Law, Science, and Communications: Some New Facets to Empiricism”), abordó temas que ese mismo año, 1969, trataron Paul Watzlawick, Janet Beavin y Don Jackson en su *Teoría de la comunicación humana*. Tal como se muestra, el mundo jurídico anglosajón transitó de la influencia meramente cibernética, a la asimilación del constructivismo y la teoría cognitiva.

Teoría de la comunicación

Durante años, los líderes en el enfoque *jurimetrics* han mostrado un creciente interés en la teoría de la comunicación. [...] Aunque es la más joven de todas las ciencias del comportamiento, la teoría de la comunicación ha demostrado ser indispensable no sólo para las ciencias sino también para las artes. [...] Muchos expertos están a favor de dividir el estudio del lenguaje en tres partes: sintáctica, semántica y pragmática. La sintáctica tiene que ver con la relación de las palabras dentro, por así decirlo, del lenguaje como un todo: las reglas

⁴² *Jurimetrics Journal*, vol. 8, núm. 1, septiembre, 1966.

del uso gramatical de las palabras, las reglas del orden de las palabras y la puntuación. La fonética del uso del idioma puede incluirse aquí. Si generalmente no se siguen las reglas sintácticas, no hay significado ni sentido. Dentro de esta tríada, la semántica viene a ser el estudio de las palabras y el lenguaje como un sistema de símbolos, para referirse en última instancia a observables fuera de la palabra-lenguaje. Los símbolos, las palabras son sustitutos, generalmente de no-palabras. Si las palabras no se usan de manera preferencial, los puntos de vista semánticos previos suponían que se usaban de manera expresiva, demostrando emociones o sentimientos subjetivos, estados de ánimo y actitudes. La pragmática se ocupa de la relación del uso de las palabras con el comportamiento humano [...] A menudo, por supuesto, el uso de palabras es en sí mismo un comportamiento. [Nota: esta afirmación la establece Charles Morris en su obra *Signos, lenguaje y comportamiento* (*Signs, Language and Behavior*, 1946) siguiendo al filósofo Ch.S. Peirce].⁴³

Charles Morris, el autor al que se refiere Probert en su artículo, sostiene que “los signos se describen y diferencian en función de las disposiciones de conducta que provocan en sus intérpretes”. En este sentido sigue la idea de “conducta” considerada por autores como John Dewey, Edward C. Tolman y Clark L. Hull. Cree que hay estados mentales privados interiores que no tienen un carácter fisiológico, contradiciendo —de este modo— a los grandes teóricos de la cibernética. Su libro fue revisado y comentado por el lingüista Ivor Armstrong Richards y el psicólogo Edward C. Tolman. En algunos capítulos recibió la asesoría de Max Black (padre del concepto pensamiento crítico), el lingüista Leonard Bloomfield, el psicólogo y sociólogo Erich Fromm y Hans Reichenbach (el hombre que distinguió el contexto del descubrimiento del contexto de la justificación, lo que dio un marco teórico a la *argumentación jurídica*). Esta obra, sin duda alguna, está en un tránsito

⁴³ *Jurimetrics Journal*, vol. 10, núm. 2, diciembre, 1969. Sobre el libro de Morris,

importante entre la cibernética y la consideración de los teóricos cognitivistas.

En cuanto a la Universidad de Harvard cabe decir que, desde 1988, comenzó a publicar el *Harvard Journal of Law & Technology*. Es una publicación muy distinta a la de la American Bar Association. Atiende a temas de tecnología y derecho. En particular, temas de propiedad intelectual, privacidad de datos personales, biotecnología, derecho informático, cibercriminosos, telecomunicaciones, internet y comercio electrónico. Tal como puede verse, son temas tecnológicos informáticos sobre los que el derecho resuelve asuntos, pero de ninguna manera equipara el pensamiento jurídico con el razonamiento analítico digital de una computadora.

A pesar de los resultados, algunos investigadores como Donald Broadbent (1926-1993) siguieron intentando comprobar que el pensamiento humano era semejante al de una computadora. Broadbent fue el primer psicólogo en emplear un diagrama de flujo para representar los procesos del pensamiento humano. Describió en forma lineal esquemática las secuencias de recepción de datos por los sentidos, su selección adecuada, la manera en que esta información se filtra y se almacena en la memoria. Afirmó que los procesos cognitivos son secuencias ordenadas en varias etapas, que en ellas, fluye información en el sistema mental de manera semejante a lo que hace una computadora. Desde su perspectiva, la mente humana y la computadora operan de la misma manera.⁴⁴

Por su parte Herbert A. Simon (1916-2001), ganador del premio Nobel, en su libro *La nueva ciencia de la decisión gerencial* sostiene que las computadoras podrán hacer cualquier trabajo que pueda hacer un ser humano, a partir de la premisa de que los seres humanos trabajan mentalmente

⁴⁴ Cfr. Donald Broadbent, *Percepción y comunicación*, Debate, Madrid, 1958.

como lo hacen las computadoras; es decir, operan mediante símbolos como letras, dibujos, números o palabras. Desde 1955, trabajó en una computadora que pudiera razonar y resolver problemas como lo hacen los seres humanos. Tanto él como Broadbent y el resto de los cibernéticos consideraron que la mente humana sólo opera racionalmente en forma analítica bajo esquemas lógicos y modelos diagramables.

En nuestros días, con el alto desarrollo tecnológico, algunos piensan que el razonamiento humano será superado por las computadoras. Se habla de sistemas inteligentes como el caso de Ross, un abogado digital desarrollado en la Universidad de Toronto con la tecnología de un ordenador Watson, creado por la International Business Machines Corporation (IBM). Ross es capaz de acelerar procesos de búsqueda de datos de sentencias, jurisprudencias y normas legales. Puede, incluso, bajo ciertos algoritmos calcular riesgos y brindar respuestas correctas en el orden de los márgenes legales. Se dice que aprende en la medida que interactúa con los humanos.⁴⁵

En 2019 se anunció que el gobierno de Estonia contrató a un joven de 28 años, llamado Ott Velsberg, para llevar a cabo la implementación de inteligencia artificial en procesos judiciales menores. Es decir, en aquellos litigios hasta por un monto de 7 000 euros. El objeto es que con la inteligencia artificial se pueda acelerar la atención en los procesos y acabar con rezagos. En China, desde 2021 hay un sistema informático judicial que detecta conductores peligrosos, dictamina fraudes con tarjetas de crédito y dicta veredictos en asuntos de robo.⁴⁶

⁴⁵ Cfr. Estudio de Blue Hill Research sobre Ross en comparación con Wetslaw y LexisNexis, en: [<https://legaltechies.es/2017/09/20/que-es-y-para-que-sirve-en-verdad-ross-intelligence/>]

⁴⁶ Entrevista a Ott Velsberg, Chief Data Officer del gobierno de Estonia: jueces robot, inteligencia artificial y el futuro de la digitalización, junio 18 de 2019 en: [<https://www.thetechnolawgist>].

En todos estos casos es claro que se trata de asuntos meramente administrativos y mecánicos, en los que se carece de “criterio y valoración circunstancial”. También es cierto que las siguientes instancias en las que se pelean estos asuntos, todos ellos son atendidos por seres humanos que resuelven ante la incertidumbre, cuestiones imprevistas.

Desde nuestro punto de vista la forma racional de la mente jurídica, aquella que lleva a cabo la indagación de resolución de un problema jurídico, no es un proceso verificable de manera fisiológica. Pertenece a un campo de procesos mentales que pueden inferirse como existentes, pero no observarse directamente. Es decir, puede comprobarse que una persona ha resuelto un problema legal por su respuesta, aunque no hay un diagrama claro de procesos neurológicos y fisiológicos determinados que indique cómo se realiza una respuesta legal o una estrategia jurídica.

2.1 Cibernética y conductismo

Entre los científicos cibernéticos más destacados se encuentra Walter Bradford Cannon, fisiólogo autor de *La sabiduría del cuerpo* (*The Wisdom of the Body*) de 1932. En esta obra se habla de la homeostasis como mecanismo para conservar la estabilidad de un organismo frente a procesos entrópicos fisiológicos y de la retroalimentación como sistema de reforzamiento y comunicación del cuerpo. Ambas ideas se tomarán desde la cibernética como procesos comunes entre sistemas mecánicos, electrónicos y vivientes.

En este punto la cibernética encuentra un lugar común con la fisiología y la psicología conductista. Más que una relación meramente teórica, Cannon entabló una gran

[com/2019/06/18/entrevista-a-ott-velsberg-chief-data-officer-el-gobierno-de-estonia-jueces-robot-inteligencia-artificial-y-el-futuro-de-la-digitalizacion/](https://www.gub.ri.com/2019/06/18/entrevista-a-ott-velsberg-chief-data-officer-el-gobierno-de-estonia-jueces-robot-inteligencia-artificial-y-el-futuro-de-la-digitalizacion/)

amistad con el fisiólogo ruso y padre del conductismo Iván Pavlov (1849-1936) quien en 1923 viajó a Boston por invitación de Cannon. En 1929 volvieron a encontrarse personalmente durante el XIII Congreso Internacional de Fisiología, en Estados Unidos, y en agosto de 1935, en el XV Congreso Internacional de Fisiología, en Leningrado.⁴⁷ Ciertamente, cibernética y conductismo encontraron un camino común iniciado por Cannon y Pavlov.

En Estados Unidos John Broadus Watson y Burrhus Frederic Skinner dominaron la escena de la psicología con sus teorías conductistas. Skinner en su obra de 1938, *La conducta de los organismos. Un análisis experimental* (*The behavior of organisms: an experimental análisis*), afirmó que se podría lograr que animales o individuos tuvieran ciertos comportamientos, condicionándolos a actuar en un medio contingente específico.

La cibernética y el conductismo dominaban en ese momento los estudios sobre el razonamiento humano. Durante los siguientes años se expandió la idea de que, en la medida que se avanzara en el desarrollo de la programación de computadoras, se avanzaría también en el campo del conocimiento del cerebro y del pensamiento de los seres humanos.

Todo ello parecía que revelaba una verdadera ciencia en la que se tendría control sobre seres humanos, animales y máquinas. La cibernética prometía gobernar el comportamiento de todos los seres humanos mediante el manejo de información y ambientes contingentes. Había un aparente campo unificado en el que todos los seres vivos operaban de manera análoga a un ordenador o a un sistema digital.

Sin embargo, el sueño cibernético parecía determinante hasta que comenzó a leerse un libro que el psicólogo

⁴⁷ P. J. Kuznick, *Beyond the Laboratory: Scientists as Political Activists in 1930's America*, University of Chicago Press, Chicago, 1987.

conductista Edward Chace Tolman (1886-1959) escribió en 1932: *Conducta propositiva en animales y en humanos* (*Purposive behavior in animals and men*). Esta obra es de suma importancia ya que en ella afirma que, a pesar de comprobar que los ratones en su laboratorio habían sido condicionados (como “programados” al igual que una computadora) a actuar de ciertas formas, también comprobó que existe cierta capacidad creativa y comprensiva en ellos. Tolman precisa que los ratones de su laboratorio no sólo reaccionan ante estímulos externos que los programan o condicionan, sino que son capaces de generar pensamiento propio y propositivo.

El conductismo, que sólo consideraba estímulos externos y reacciones internas en seres vivos como si fueran máquinas programables, se enfrentó con los descubrimientos de Tolman que afirmaban la existencia de estímulos internos ante los estímulos externos. Con ello se detectó científicamente la existencia de una mente que era capaz de tomar decisiones no condicionadas. Con este descubrimiento, se abrió la puerta a la que será conocida como la *revolución cognitiva*. Y también, tal como lo veremos más adelante, el saber jurídico no se seguirá viendo como una mera programación a partir de las leyes. Ni tampoco un razonamiento limitado a ellas.

3. LA REVOLUCIÓN COGNITIVA Y EL RAZONAMIENTO LEGAL

Tal como se ha señalado, nuestra postura no asume que el razonamiento jurídico en principio sea de carácter analítico, posible de operar como un diagrama de flujo y ser observable como fenómeno fisiológico. Aunque es cierto que puede ayudarse de ciertos métodos analíticos, no opera a partir de ellos. Noam Chomsky, George Miller y Jerome Bruner, a mediados de la década de 1950, mostrarán la existencia de procesos mentales internos no observables

como procesos fisiológicos, dando inicio a la llamada *revolución cognitiva* y desarrollo del constructivismo.

Entre el 10 y el 12 de setiembre de 1956, se llevó a cabo el Simposio sobre Teorías de la Información, en el Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT). El martes 11 de setiembre la primera mesa inició a las 9:30 de la mañana. El título era Information Sources con J. B. Wiesner del laboratorio de investigación como moderador. En esta mesa participaron V. H. Yneve con la ponencia “Gap Analysis and Syntax”, Noam Chomsky con “Three Models for the Description of Language”, y W. F. Schreiber con “The Measurement of Third Order Probability Distributions of Television Signals”.

Hacia las 2 p. m. inició la segunda mesa: Information Users, moderada por M. J. DiToro, del Polytechnic Research and Development Company. Las ponencias presentadas fueron “Some Studies in the Speed of Visual Perception”, de G. C. Sziklai, “Human Memory and the Storage of Information”, de George A. Miller, y “The Human Use of Information III. Decision-Making in Signal Detection and Recognition Situations Involving Multiple Alternatives”, de J. A. Swets y T. G. Birdsall. Ese mismo día en el MIT Faculty Club, el padre de la cibernética, el Dr. Norbert Wiener dirigió unas palabras después de la cena.

Las ponencias de George Miller (1920-2012) y de Noam Chomsky (1928) marcaron la diferencia en un mar de conferencias cibernéticas. Desde su punto de vista (psicología y lingüística, respectivamente), ambos autores mostraron que, efectivamente, hay un factor mental que es ajeno totalmente a los condicionamientos conductuales y fisiológicos. Se trata de razonamiento mentales propositivos holísticos, distintos a los procesos de razonamiento analítico. Una computadora, al igual que un ser humano puede realizar razonamientos lógicos, diagramáticos y lineales. Sin embargo, el pensamiento humano, no se limita a ese tipo de procesos racionales. Factores como la atención, la sim-

bolización de eventos, el desarrollo de la imaginación, memoria y su recuperación, no son propios ni posibles de una computadora. A partir de ese momento se dice que comenzó la *revolución cognitiva* y el redescubrimiento de la mente ante la idea cibernética y conductista del pensamiento que negaban su existencia.

El 16 de diciembre de 1960 el profesor Jack Douglas de la Universidad de Oklahoma le escribió a Norbert Wiener —quien se encontraba en Suecia en ese momento— para proponerle un nuevo *simposio interdisciplinario en teoría de la comunicación*, en el que podría debatir directamente con Noam Chomsky. En la propuesta destacan títulos provisionales para sus conferencias: Chomsky, Teoría de la información y comunicación humana; Wiener, Cibernética en la sociedad humana. Aunque en 1961 se llevó a cabo dicho simposio con apoyo de la División de Investigación de la Fuerza Aérea norteamericana, no hay registros de que se presentaran ambas conferencias.⁴⁸

En 1957, con la publicación del libro *Verbal Behavior* de B. F. Skinner, se desataron las ideas de que es posible manipular y condicionar el comportamiento de los seres humanos. Frente a esta postura, Chomsky respondió a Skinner con la afirmación de que, si ello fuera posible, se dejaría a todas las personas en posibilidad de ser prisioneros de una nueva y sofisticada forma de campo de concentración. Pero esto no es posible. Si así fuera, no harían falta guardias en las prisiones, porque podría condicionarse a la gente para que no deseara escapar de su prisión.

Por otra parte, Skinner también afirmaba que la adquisición del lenguaje se debe al funcionamiento de mecanismos de estímulo y respuesta. A esto, Chomsky respondió en su libro *Lingüística cartesiana* (1966) que los seres humanos tienen un tipo de organización mental que no puede atribuirse a órganos exteriores ni relacionarse con la

⁴⁸ Correspondencia en Archivos de Norbert Wiener en el MIT.

inteligencia general, sino que se manifiesta en un “aspecto creador”.

La diferencia esencial entre el hombre y el animal la exhibe del modo más claro el lenguaje humano, en particular la facultad del hombre de formar enunciados nuevos que expresan nuevos pensamientos y que se adecúan a situaciones nuevas.⁴⁹

Chomsky expone en esta obra y en *Lenguaje y entendimiento* (1968) que, además de los trabajos de Descartes, hay antecedentes sobre el descubrimiento de la mente propositiva y creativa humana en obras como el *Examen de ingenios* (1575) de Juan Huarte de San Juan y en la *Gramática de Port-Royal —Grammaire générale et raisonnée—* (1676) de Antoine Arnauld y Claude Lancelot.

Uno de los aspectos más reveladores y fascinantes de los descubrimientos de Noam Chomsky es que la mente no se debe considerar como un sistema uniforme sino que se trata de un sistema altamente diferenciado. Así como el cuerpo humano es un sistema de facultades y órganos, la mente es un sistema de facultades entre las que se encuentran el lenguaje y el sentido musical, la comprensión del espacio y la afectividad humana. Estas facultades crecen en la mente, de manera análoga a como crecen los sistemas físicos del cuerpo. Coincide con Piaget en que la interacción entre el mundo y nuestra mente es un cierto estado genético determinado programado, pero que se desarrolla con el tiempo.⁵⁰

En la búsqueda de mayor comprensión sobre el descubrimiento de la mente y la fascinación de leer *Lingüística*

⁴⁹ Noam Chomsky, *Lingüística cartesiana. Un capítulo de la historia del pensamiento racionalista*, Madrid, Gredos, pp. 78-80, **¿año de edición de la cita?** n. 9. ¿?

⁵⁰ Brian Magee, “Las ideas de Chomsky, diálogo con Noam Chomsky”, en *Los hombres detrás de las ideas, algunos creadores de la filosofía contemporánea*, FCE, México, 1982, p. 229.

cartesiana y Lenguaje y entendimiento (Language and Mind, 1968) de Noam Chomsky, llevé a cabo una entrevista en 1998.⁵¹

3.1. Jerome Bruner el cognitivista en la escuela de derecho

Los llamados cognitivistas se ocupan del estudio de las representaciones internas, atención y memoria de los individuos. Asuntos que la psicología conductista no puede observar claramente, pero su presencia se puede detectar. Además, sostienen que la mente humana no procesa los problemas de manera lineal, tal como lo hace una computadora o el razonamiento lógico. La mente procesa los problemas a partir de la simbolización subjetiva. El conocimiento humano no es un espejo de la realidad, sino una reconstrucción cerebral a partir de signos captados y codificados por las personas. Por esta razón cada individuo percibe la realidad desde su propio punto de vista y la significación subjetiva que construye sobre ella.

Sin duda alguna, el máximo representante del cognitivismo en el área jurídica es Jerome Brunner (1915-2016), quien trabajó los últimos 15 años de su vida en la escuela de derecho de la Universidad de Nueva York investigando acerca de la forma en que los juzgadores y los profesionales del derecho construyen sus razonamientos jurídicos.

Brunner reúne esencialmente tres líneas de investigación sobre el pensamiento cognitivo. Por un lado, la tradición de Jean Piaget y sus estudios de psicogénesis. En segundo lugar, la tradición de Lev Vygotski y Alexander Luria. En tercer lugar, la influencia de los grandes teóricos de la psicología social y la antropología social como Malinowski, Boas y Claude Levi-Strauss, al cual conoció en

⁵¹ Esta entrevista se encuentra en el anexo 2.

una cena en 1945 en casa del Consul General de Francia en Nueva York, sobrino del lingüista Ferdinand de Saussure.⁵²

En 1956 Jerome Bruner publicó *El estudio del pensamiento*, obra que sienta las bases del naciente cognitivismo. En 1962 Bruner junto con George Miller fundó en Harvard el Centro de Estudios Cognitivos (Center for Cognitive Studies) en el número 61 de la calle Kirkland, antigua residencia del presidente Eliot. Este grupo de investigadores encabezado por Jerome Bruner, George Miller y John Garder, se formó en una época en la que el ambiente de la universidad de Harvard permitió coincidir en los mismos espacios a Alfred North Whitehead, Ivor Armstrong Richards, Samuel Eliot Morison, Joseph Schumpeter, Walter B. Cannon, Alexander Romanovich Luria, Claude Levi-Strauss y Jean Piaget. A sus reuniones asistían W. V. Quine, Noam Chomsky, Roman Jakobson, Goodman, Bärbel Inhelder, Daniel Kahneman y Emos Twersky.

El gran constitucionalista de los Estados Unidos, el jurista Paul A. Freund, también acudió a estas reuniones. En una ocasión —recuerda Bruner— discutieron acerca del derecho y la actividad mental. Freund afirmó en aquella ocasión que la actividad mental afecta al derecho, pero también el derecho se abre paso, de regreso, en la manera de pensar de la gente. Freund ilustró su idea con dos ejemplos. Por un lado, la prohibición del alcohol, entre 1920 y 1933, en los Estados Unidos generó la conciencia social de que tomar alcohol era prácticamente un pecado. Por otra parte, Freund habló de los patrones cambiantes de divorcio, que fueron transformando la idea que se tenía del matrimonio. La presencia de Freund en el Centro de Estudios Cognitivos fue relevante ya que mostró sus investigaciones sobre la interacción entre el derecho y las costumbres sociales, al hacer visible la forma en que una transformaba a otra a lo largo del tiempo. Jerome Bruner consideró que el dere-

⁵² Jerome Bruner, *En busca de la mente*, FCE, México, 1985, p. 225.

cho y la psicología eran dos saberes que se encontraban tan unidos como la economía y el comercio.

El profesor Bruner se vinculó con la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York en la década de 1980, donde trabajó las relaciones entre derecho, cultura y sociedad. Desde 1991 impartió clases como Meyer Visiting Professor, en colaboración con el juez y profesor emérito Anthony Amsterdam. En 1998, por su trayectoria académica, y con más de ochenta años de edad, fue nombrado profesor universitario de Teoría jurídica y colaboró en seminarios, así como en el coloquio de cultura y derecho. Murió en 2016 con 100 años de edad, siendo miembro activo de la universidad.

Bruner sostiene que las pretensiones de las partes en los asuntos jurídicos son construcciones mentales cuya forma exterior se manifiesta claramente en las narrativas que se presentan. Y es, precisamente, en el estudio de tales narrativas que los operadores jurisdiccionales deben centrar su atención. Cada relato es la expresión de un mundo posible en el que los hechos se dieron de tal o cual manera. La defensa o contraparte también construye un mundo posible con su narrativa para proteger sus intereses personales. Sobre estos asuntos hay dos textos fundamentales de Bruner: *Minding the Law* (2002) y *La fábrica de historias, derecho, literatura y vida* (2002).

4. CONSTRUCTIVISMO Y RAZONAMIENTO JURÍDICO-JUDICIAL

La revolución cognitiva abrió las puertas a una nueva forma de humanismo que valora las operaciones mentales humanas, libres de condicionamientos. Para el campo del derecho, también significó el reconocimiento de la prudencia y la discrecionalidad a partir de principios aplicados contextualmente y pautas de experiencia. Fenómenos no medibles fisiológicamente hablando.

Aún más, con estos descubrimientos se perfilará la diferencia entre “información” —proceso de orden cibernético y conductista— y “significado” —forma en que nuestras mentes simbolizan y dan sentido a lo observado—. Es decir, hay ciertos aspectos en los que la cibernética no se equivoca. Hay varios procesos de información en los seres humanos, producto de operaciones fisiológicas y conductistas. Éstas últimas generadas a modo de respuesta respecto a ciertos estímulos. Sin embargo, también es notable que estos procesos de información pueden ser retroalimentados mediante una carga simbólica o significativa que la mente de los seres humanos incluye de manera propositiva.

Gregory Bateson dejó de ser un teórico de la cibernética⁵³ y sentó las bases de una nueva teoría sobre el conocimiento de la realidad. El conocimiento de ella no es la realidad misma. Aunque hay un estímulo externo, dicha percepción también se retroalimenta con una simbolización o significación del sujeto observador. Con ello, nacen los primeros elementos de la teoría constructivista. En su libro *Steps to an Ecology of Mind*, de 1972, muestra como el conocimiento no es sólo el fenómeno observable, producto de estímulos externos, sino también de una especie de retroalimentación interior de orden mental.

Niveles y tipos lógicos:

[...]

Lo que conocemos mediante los sentidos puede llegar a ser conocimiento en la mente. “Yo conozco el camino a Cambridge” puede significar que yo estudié el camino en el mapa y puedo darles a ustedes las indicaciones. También puede significar que recuerdo detalles a lo largo de toda la ruta. Puede significar que cuando conduzco mi automóvil por ese camino reconozco detalles, aunque sólo podría recordar al-

⁵³ Participó en 1942 en las conferencias de cibernética auspiciados por la fundación Macy.

gunos pocos. [Ahora bien] existe una forma especial de conocer que por lo general se considera como una **adaptación** más que como una **información**.

[...]

Un tiburón tiene una forma muy bella para desplazarse por el agua, pero el genoma del tiburón no contiene información sobre la hidrodinámica. En todo caso el genoma contiene información que complementa la hidrodinámica. Es lo que la hidrodinámica requiere. Un ave migratoria posiblemente no conozca el camino que la lleva a su punto de destino en ninguno de los sentidos de “conocer” esbozados hasta aquí, pero el ave puede tener en sí las instrucciones complementarias necesarias para hacerlo volar en línea recta. “El corazón tiene sus razones que la razón no percibe en absoluto”. [...] La insistencia de Samuel Butler en que, cuanto mejor “conoce” algo un organismo, tanto menos consciente se torna de su conocimiento, es decir, que existe un proceso mediante el cual el conocimiento (o el “habito”, sea una acción, de percepción o de pensamiento) desciende hasta niveles cada vez más profundos de la mente. Este fenómeno, que ocupa un lugar central en la disciplina Zen (véase Herrigel, *Zen in Art of Archery*) se da también en todas las formas de arte y de habilidad.

[...]

El organismo consciente no precisa conocer **cómo** percibe, sino sólo conocer **qué** es lo que percibe. [...] En verdad, nuestra vida es de tal naturaleza, que sus componentes inconscientes se encuentran presentes de manera permanente en la totalidad de sus formas múltiples. Se sigue que en nuestras relaciones intercambiamos continuamente mensajes sobre esos materiales inconscientes y resulta importante intercambiar también metamensajes mediante los cuales nos decimos los unos a los otros qué orden y especie de inconsciencia (o consciencia) asignamos a nuestros mensajes.⁵⁴

⁵⁴ Gregory Bateson, *Pasos hacia una ecología de la mente. Una aproximación revolucionaria a la autocomprensión del hombre*. Lohlé-Lumen, Buenos Aires, 1991, pp. 105-108.

Bateson, emplea la frase: “el mapa no es el territorio”⁵⁵ para explicar que mientras que una computadora puede hacer un rastreo físico de los elementos perceptibles de algo, no puede significar y simbolizar los territorios en el mapa.⁵⁶ Los teóricos Gestalt muestran imágenes, pero donde algunos ven una joven, otros ven una anciana. Donde unos ven dos perfiles de personas, otros ven una copa.

Cuando el constructivismo entra en el campo del derecho positivo, las coincidencias son mayores que las diferencias. Desde el punto de vista de la teoría del derecho, un hecho o un acto no es necesariamente jurídico o no jurídico. Se convierte en jurídico sólo cuando entran en juego derechos y aspectos procesales. Es decir, no hay un asunto objetivo, en sí mismo real que sea jurídico. Los hechos y los actos se simbolizan jurídicos cuando entran en relación con derechos.

En el campo jurídico las partes en conflicto se presentan ante un juez para exponer sus pretensiones, y afirmar que ha ocurrido tal o cual cosa: fraude, un robo, un acto del cual una contraparte debe hacerse responsable, etc. En realidad, tales pretensiones son formas con las que partes significan los eventos que han acontecido en la realidad, en razón de sus intereses. Las partes simbolizan hechos que construyen bajo categorías jurídicas determinadas que defienden con sus alegatos y litigan en juzgados y tribunales. Precisamente será función de los jueces, dirimir si tales construcciones mentales de las partes, con las cuales han simbolizado la realidad, responden a una mecánica de hechos y por lo tanto son legítimas.

⁵⁵ La frase se atribuye a Alfred Habdank Skarbek Korzybski (1879-1950). Los teóricos de la Gestalt la emplean de manera que uno ve la imagen, pero puede simbolizarla de distintas maneras.

⁵⁶ Gregory Bateson, *Pasos hacia una ecología de la mente. Una aproximación revolucionaria a la autocomprensión del hombre*. Lohlé-Lumen, Buenos Aires, 1991, p. 306.

Esta visión del naciente constructivismo afecta en áreas jurídicas tan relevantes como la valoración de pruebas. Santiago Sentís Melendo,⁵⁷ en una obra de 1978, afirma sobre materia probatoria algo que podemos atisbar como una importante perspectiva constructivista: “Los hechos no se prueban. Los hechos existen en sí mismos. Lo que se prueba son las afirmaciones que refieren a los hechos”. Es decir, no debo de probar que hay un cadáver, sino la afirmación: “X mató a Y”. No se prueba que hubo movimientos de una cuenta bancaria a otra, sino que tales movimientos son fraudes.⁵⁸

Donald Jackson, colaborador de Bateson funda en 1959, en la ciudad de Palo Alto, California, EUA, el Mental Research Institute. Centro de investigaciones donde se desarrollarán las ideas de Gregory Bateson. A principios de la década de 1960 se incorporará a este grupo de investigadores Paul Watzlawick (1921-2007). Su trabajo nos llevará a observar que las relaciones jurídicas —y en general todas las humanas—, son precisamente construcciones que no tienen una existencia cosificable, sino comprensible.

Las relaciones humanas no son fenómenos que existen objetivamente, es decir, como cosas por sí mismas y cuyas propiedades deberían ser *posibles igualmente en consenso*. [...] Las relaciones, los contenidos de nuestra realidad pragmática interpersonal no son reales en el mismo sentido que los objetos; éstas tienen realidad más bien en la visión del interlocutor y esta misma realidad es sólo más o menos compartida por los otros en el caso más favorable.⁵⁹

⁵⁷ Santiago Sentís Melendo, “La prueba es libertad”, en *La prueba*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 12.

⁵⁹ Watzlawick Paul, *La coleta del barón de Münchhausen. Psicoterapia y realidad*, Herder, Barcelona, AÑO, p. 15.

4.1. Proceso judicial oral, constructivismo y teoría de la comunicación

En 1969, Watzlawick junto con Janet Beavin y Don Jackson publican *Teoría de la comunicación humana*, obra que presenta los fundamentos del pensamiento constructivista. En ella vinculan las ideas cibernéticas con la visión del constructivismo. Se distinguen dos modalidades en la comunicación humana: a) la expresión verbal (modalidad digital), y b) la comunicación (modalidad analógica o no verbal). En esta segunda se implican tonalidades de sonidos, gestos corporales, señas, etc. Todo ello sesga en diferentes sentidos lo que se afirma de manera verbal.

Este aspecto es verdaderamente relevante para el mundo jurídico. Una declaración de un perito, de un testigo, de una de las partes, no sólo es expresión verbal, sino que también lleva implícito, sesgos de intención generados por entonaciones o variaciones de sonidos y gestos. Su descripción puede partir de aspectos fisiológicos, pero la forma en que se significan corresponden a procesos cognitivos internos. Es decir, lo que brinda de sentido a lo manifiesto es un proceso mental interno no observable fisiológicamente hablando.

La primera gran lección que impartió el profesor Bill Hunt, durante un Taller de técnicas de litigio en la Emory Law School de Atlanta, fue: *aprender a escuchar*. A descubrir diversos sentidos de una misma frase, con base en la acentuación que se hace en las distintas palabras que hay en ella.⁶⁰ El profesor Hunt nos pidió que repitiéramos la frase: “Yo no prometí darle dinero”; pero primero acentuando sólo la palabra “yo”, luego repetir la frase acentuando solamente la palabra “no”. Siguieron los acentos en las palabras

⁶⁰ El Dr. Juan Abelardo Hernández Franco participó en la capacitación que impartió la Escuela de Derecho de la Universidad de Emory, en 2009, para capacitadores del entonces nuevo sistema penal acusatorio en México.

“prometí”, “darle” y finalmente sólo acentuando “dinero”. La lección fue evidente. Aunque la frase “yo no prometí darle dinero” tiene un sentido semántico —en donde todos los que hablamos el idioma entendemos cada una de las palabras—, semióticamente⁶¹ —en una situación práctica— el sentido del enunciado varía. “Yo, no prometí darle dinero” es distinto a decir: “Yo no prometí darle, **dinero**”.

En la primera frase se puede inferir que la persona que habla, “no prometió a otro, darle dinero”. Pero deja abierta la posibilidad de que hubiera una tercera persona que si lo hubiera hecho. En la segunda frase, la persona que habla nos dice que ella, no prometió darle “dinero”, pero podría haberle prometido “darle” cualquier otra cosa.

Según la forma narrativa y su enunciación, se determina lo que es posible inferir lógicamente de lo expresado por alguien. Basta con un cambio de entonación en una misma frase, para que cambie la lógica de lo que se puede inferir y subsumir de ella.

Otro ejemplo de este mismo fenómeno lo vemos con la frase: “Pedro come patatas”. El sentido varía dependiendo de la forma en que se enuncie:

—Pedro, ¡come patatas! (Aquí se le da una orden directamente a Pedro)

—¿Pedro come patatas? (Es como si se le preguntara a una tercera persona)

—Pedro ¿come patatas? (Se le pregunta directamente al mismo Pedro)

Etcétera...

En una audiencia, los juristas expertos, jueces o litigantes, deben aprender a escuchar. La forma en que se enuncian las frases y las palabras de un testigo o de un litigante,

⁶¹ Es decir, en un uso práctico.

se circunscribe a sentidos específicos y circunstanciales. La oralidad conecta la mente de aquellos que hablan y escucha a la realidad espacio temporal en la que transcurren los eventos.

Las palabras habladas o fonemas orales son instrumentos invisibles que permiten hacer inteligible algo tangible o intangible. La humanidad, antes de la escritura evocaba cosas directamente en lo que los psicólogos llaman el *espacio acústico*,⁶² espacio propio de la palabra hablada.

Por el solo hecho de ser nombrada, la cosa está simplemente allí. El espacio acústico es un campo dinámico o armónico. Existe en tanto persisten la música o el sonido. Y el oyente es uno con él, como con la música. El espacio acústico es el espacio mundo del hombre primitivo. Aún su experiencia visual está muy subordinada a su auditorio y al mágico dominio en el que no hay centro ni margen ni punto de vista.⁶³

En árabe *amr* no es sólo algo que se dice; es también algo que se materializa, y es, en este sentido que significa “asunto” o “cosa”. Como la palabra *res* en latín. Cosa (*shai*) y querer (*sha a*) son palabras de la misma raíz. La cosa es un querer materializado, una voluntad que se ha abierto paso desde la nada a la existencia.⁶⁴ Esta idea ya la había explorado Kelsen en *Derecho y naturaleza* al afirmar que en la psique del hombre primitivo el componente racional, está muy por debajo del emocional. En el sentimiento y la voluntad irradia la interpretación humana.

En la opinión de Eduardo Nicol, “el principio del hombre es sonoro”.⁶⁵ La voz humana al dar *nombre* a las cosas

⁶² Cfr. M. McLuhan, *Contraexplosión*, Paidós, Buenos Aires, 1969, p. 79.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ Vicente Haya, *El arameo en sus labios*, Fragmenta, Barcelona, 2013, p. 29.

⁶⁵ Cfr. Eduardo Nicol, *Formas de hablar sublimes. Poesía y filosofía*, UNAM, México, 1990, p. 49.

¾con los sonidos de la palabra¾ da razón a las cosas: *logon didonai*. Y en este sentido la palabra es el ofrecimiento sonoro del ser.⁶⁶

Materialmente hablando, la articulación de voces se refiere a la mecánica de los órganos de fonación del ser humano y consiste en la operación de composición de sonidos.

Cada voz tiene su propio timbre y tesitura, y, como el instrumento musical; es capaz, lo mismo que éste, de producir diversas inflexiones. De suerte que el sentido no se define aparte, por pura lógica, sino que puede alterarlo el sonido. Hay infinitas maneras de decir la misma cosa con las mismas palabras: según las inflexiones orales.⁶⁷

El gran lingüista Roman Jakobson en sus *Seis Lecciones sobre el sonido y el sentido* (1976) lo explica también, de manera más específica.

No hay duda de que varios medios fónicos como el tono, sus modulaciones, el acento, la intensidad, los matices de articulación de sonidos, el ritmo, nos permiten modificar el valor de la palabra. Pasando del aspecto motor de la palabra a su aspecto acústico, un pequeño número de movimientos vibratorios son necesarios para percibir la palabra. [...] Basta un mínimo fónico. El misterio de la palabra, del símbolo lingüístico, del logos, un misterio que pide ser dilucidado.⁶⁸

Cuando hablamos cantamos despacio. Stefan Koelsch afirma que la música es un medio por el cual se afecta y moldea la memoria, el movimiento y las emociones de los seres humanos.

⁶⁶ Eduardo Nicol, "El origen sonoro del hombre", *Revista de la Universidad de México*, vol. XXXIX, Nueva época, núm. 29, septiembre, 1983, p. 30.

⁶⁷ *Idem* p. 31.

⁶⁸ Roman Jakobson, *Seis Lecciones sobre el sonido y el sentido*, Gredos, Madrid, 1976.

Somos de forma innata, desde lo más profundo de nuestra naturaleza, criaturas musicales, muy musicales, todos nosotros. Y hay una buena razón para ello: [...] necesitamos esas capacidades para aprender a hablar. Cuando nacemos, no sabemos qué significa “pechos”, “leche”, “beber” o “sorber”, pero aprendemos a hablar al escuchar los sonidos musicales del lenguaje y así es como los niños aprenden a hablar, escuchan la música del habla y al hacerlo también entienden el lenguaje. [...] los adultos se entienden mucho mejor cuando no hablan con una voz monocorde, sino que le ponen una cierta entonación y ritmo. [...] Sabes, sólo con escucharte —“increíble”, “¿acaso no es fantástico?”—, ya hay un cierto ritmo y, además, tienes una voz muy melódica, tu voz sube y baja, sabes, me muestras, subiendo y bajando el tono, yendo más rápido y más despacio, dónde están los límites de las frases, dónde se acaba la frase, cómo te sientes, cuánto deseas que algo ocurra, qué deseas, cuáles son tus intenciones, y cosas semejantes. [...] Con la música podemos comunicar información incluso sin que se vea distorsionada por las palabras.⁶⁹

Parece ser que en las formas de sonido o en la manera en que hacemos sonar las palabras de un discurso o un razonamiento desplazamos más del cincuenta por ciento del significado que buscamos transmitir. En este contexto, es importante precisar que el sonido no trae consigo un significado, sino que, en todo caso, nuestra mente desplaza un significado a través del sonido. Tal y como lo especifica Noam Chomsky: “el lenguaje no es sonido con significado”, sino “significado con sonido”.⁷⁰

Gracias a estas formas sonoras en el lenguaje, es que se pueden transmitir ideas mucho más complejas, que van

⁶⁹ Entrevista de Eduard Punset con Stefan Koelsch, profesor de Psicología de la música de la Freie Universität Berlin. Berlín, 8 de junio de 2011, en *Redes*, Título: “Música, emociones y neurociencia” —emisión 105 (09/10/2011)— temporada 16.

⁷⁰ Noam Chomsky, *¿Qué clase de criaturas somos?*, Ariel, México, 2017, p. 38.

más allá de la sola significación semántica de las palabras que integran una oración. Mediante formas sonoras y distintas modulaciones —de modo análogo al de las notas musicales— es como intentamos decir algo, pero no propiamente como si fuera un concepto específico, sino más bien, “sugerir ciertas ideas” en aquellos que nos escuchan.⁷¹

El significado en música es algo curioso. Cuando se pregunta “¿Qué significa (una melodía)?”, en realidad se está preguntando: “¿Qué intenta contarme?” o “¿Qué ideas me sugiere?”. Lo mismo ocurre con las palabras. Al oír palabras, obtienes ideas de ellas.⁷²[...]

Y ahora podemos comprender realmente cuál es el significado de la música. “Es lo que te hace sentir cuando la escuchas” [...] Y lo más maravilloso de todo es que no hay límites para los diferentes tipos de sentimientos que la música puede provocarte. Algunos de estos sentimientos son tan especiales que no existen palabras para describirlos. A veces podemos poner nombre a lo que sentimos: alegría, tristeza, amor, odio o tranquilidad. Pero hay otros sentimientos tan profundos y especiales que no tenemos palabras para ellos, y es ahí, donde la música es especialmente prodigiosa. Pone nombre a los sentimientos, sólo que con notas en lugar de con palabras.

Todo reside en la manera en que la música se mueve. No debemos olvidar nunca que la música es movimiento, siempre se dirige a algún lugar, cambia, se transforma, y va de una nota a otra. Ese movimiento puede decirnos mucho más de cómo sentimos, que un millón de palabra. Por ejemplo, si

⁷¹ Leonard Bernstein, *El maestro invita a un concierto*, Siruela, Madrid, 2002, p. 30. Parece que, aproximadamente, nuestra comunicación humana opera en un 10% por medio de las palabras y sus significados convencionales, 40% por medio de la voz entonada de distintas maneras y 50% por medio del lenguaje no verbal, el cual abarca gestos, posturas, formas de mirar, prolongación de silencios y hasta por la temperatura. Sobre estas formas no verbales pueden revisarse los trabajos de la psicóloga social Amy Cuddy.

⁷² Bernstein, Leonard, *El maestro invita a un concierto*, Siruela, Madrid, 2002, p. 30.

tocas sólo una nota durante un espacio de tiempo largo, no tiene en sí misma ningún significado; no se mueve. Pero si después se toca otra nota, inmediatamente, ya tenemos un significado.⁷³

Walter Benjamin encuentra en el ritmo de la lectura el vínculo entre la mente humana que interpreta y el texto a interpretar.

El ritmo, esa velocidad en la lectura o en la escritura que apenas se puede separar de este proceso, sería ya algo así como el esfuerzo, o quizá como el don, para lograr que pueda participar el espíritu en esa concreta medida de tiempo en que las semejanzas vienen a relucir por un instante a partir del flujo de las cosas, para volver después a sumergirse.⁷⁴

4.2 La escucha: elemento clave del análisis judicial y comunicación humana

Según el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española, “comunicar” es hacer partícipe a otra persona de una información. Manifestar, dar a conocer. Conversar. *Identifica dos acciones: el habla y la escucha.* Entendemos que la comunicación humana tiene los componentes del habla y la escucha, dos actos lingüísticos básicos que permiten las infinitas conversaciones que tenemos con las y los otros. Un otro que recibe el habla; aquellas palabras que tiene una dirección, un ánimo, entonación e intención y, será el otro quien las interprete, les dé (o no) sentido y existencia.

Bajo estos dos actos lingüísticos básicos que señala el diccionario, el escuchar deja de ser un acto pasivo, unila-

⁷³ *Ibidem*, pp. 51-53.

⁷⁴ Walter Benjamin, “Doctrina de lo semejante”, en *Obras*, libro II, vol. 1, Abada Editores, 1996, p. 212.

teral y simple, idea que data desde la época de Aristóteles, quien en su *Retórica* define los tres componentes de la comunicación: el orador, el discurso y el auditorio. Así, el orador es el emisor, el discurso el mensaje y el auditorio el receptor. Este modelo tradicional de Aristóteles ha sido cuestionado por abordar la comunicación en una sola vía, es decir, de emisor a receptor, sin tener en cuenta la respuesta de este último —el cual no es un ente pasivo—. Así, podemos hablar de un modelo que sigue vigente en esencia, pero que ha sido superado por otros que entienden de una manera más completa el acto comunicativo.

La moderna teoría funcionalista ha cambiado este paradigma. Esta teoría, principalmente expuesta por Harold Lasswell (político y profesor de derecho en la Escuela de Leyes de la Universidad de Yale) se publicó por primera vez en 1948, en el artículo “*Estructura y función de la comunicación de masas*”. Aquí, Lasswell aumenta a la visión aristotélica los elementos del código y el canal. **El modelo de comunicación de Lasswell, o fórmula de comunicación de Lasswell, es la descripción de un acto básico de comunicación** con el principal propósito de abordar y analizar los componentes que forman parte de una acción comunicativa.

Como menciona el filósofo chileno Rafael Echeverría, la comunicación prevaleciente en nuestros días se basa en la noción de transmisión de información. Esta noción tiene su origen en la ingeniería de la comunicación entre máquinas. Es esta idea concebida para las comunicaciones entre objetos (máquinas) la que incorpora los conceptos de transmisión y receptor. Sin embargo, esto resulta insuficiente para comprender la comunicación humana.⁷⁵

Tal como ha visto Echeverría, a menudo las ciencias sociales atraen conceptos o distinciones de la física para

⁷⁵ Rafael Echeverría, *Ontología del lenguaje*, Granica, Buenos Aires, 2018, p. 139

aplicarlas a los fenómenos humanos. Este caso no es la excepción. Al acercarnos a estas teorías observamos que la comunicación descansa en el habla, en la capacidad de una persona de transmitir sus ideas, inquietudes, declaraciones, reclamos, promesas, etc. La paradoja de este paradigma es que olvida a la persona que escucha. Como dice el biólogo Humberto Maturana: “El fenómeno de la comunicación no depende de lo que se entrega, sino de lo que pasa con el que recibe”⁷⁶

El escuchar le da sentido al habla. Para comprender este enunciado, pensemos primero en el escritor y en el lector, tal como los describe Roland Barthes en *La muerte del autor* (1968). Aunque el autor hubiera tenido un sentido y una intención al escribir su obra, para el lector, descubrir y conocer este sentido e intención es difícil o imposible. Su obra tiene sentido cuando es leída con el sentido del lector. De igual modo, el habla existe en cuanto es escuchada por el que “escucha”. Ahora bien, en toda escucha existe y media un observador diferente, que interpreta el habla del otro y lo hace de la única manera que le es posible, desde su historia y sistema personal; es decir, desde su particular modo de observar y construir el mundo. En este sentido, podemos afirmar que en la escucha e interpretación hay, sin duda, una conducta propositiva del que escucha.

De esta manera, podemos concluir que decimos lo que decimos y los demás escuchan lo que escuchan. Decir y escuchar son fenómenos diferentes.⁷⁷ En este punto se asoman algunas de los retos de la comunicación humana. Entendemos que no somos máquinas que envían mensajes perfectamente codificados para que quien los reciba los comprenda y valide de manera simple y lineal. Reconoce-

⁷⁶ Humberto. Maturana, *Emociones y lenguaje en educación y política*, Dömen, Santiago de Chile, 2001.

⁷⁷ *Idem.*

mos que la escucha es una interpretación de un observador que no es una entidad neutra o un libro en blanco, sino una persona que posee experiencias previas, historias y sistemas únicos. Las conversaciones cotidianas y las complejas pasan por este tamiz interpretativo y el terreno de la oralidad jurídica no es la excepción.

Todos los días se presentan ante los diversos órganos jurisdiccionales narrativas construidas por las partes. Cada una presenta un argumento que considera válido; una afirmación que presenta como cierta y es la autoridad jurisdiccional quien las escucha, quien las interpreta y valida o no las valida. Pero no únicamente escuchara la autoridad, también lo harán las partes tratando de encontrar las inconsistencias que permitan refutar lo dicho y también refutar lo escuchado.

Escuchar supone la apertura hacia el misterio que es el otro y que se devela en el acto de hablar, las palabras no son solo palabras, sino que cuentan historias, muestran posturas, creencias, valores, abren o cierran posibilidades. Así el habla y la escucha permiten generar conversaciones humanas. En el caso de las personas que participan en espacios jurisdiccionales, éstas buscan que una tercera persona declare la validez de la narrativa contada por cada uno de ellos. La colisión de derechos se encuentra frente a la persona con la autoridad, quien debe escuchar y declarar la verdad jurídica. Es decir, las conversaciones en el espacio jurídico son en todo caso de colisión, contradictorias, en muchas ocasiones imposibles de conciliar o de que se hayan producido ambas narrativas de manera verosímil. Todo esto le da un matiz especial a la escucha en este espacio. Escuchar de manera activa requiere ciertas competencias conversacionales.⁷⁸

⁷⁸ Rafael Echeverría, 2017. En: [<https://www.newfieldconsulting.com/la-distincion-de-competencias-conversacionales/>].

Es importante reconocer que escuchamos como somos. Es decir, desde nuestras narrativas y estados de ánimo. Interpretamos el mundo desde nuestra mirada. Por eso, en la escucha es necesario regular y bajar el volumen de nuestra conversación privada, entendiéndola como las ideas que surgen en nuestra mente de manera ilimitada mientras oímos a otros. Una vez hecho esto, debemos aumentar el volumen a la escucha del otro para que, con este acto, podamos comprender, descifrar coordenadas y obtener información de primera mano sobre el sentido y la intención del hablante. Esto es posible si evitamos los siguientes errores comunes: escuchar para invalidar al otro, para tener la razón, para contestar de inmediato sin reflexionar en la conversación que se abre o se cierra, no escuchar los silencios —los cuales también comunican— e, interrumpir el habla sin escuchar totalmente la narrativa del otro.

Escuchar supone un acto consciente no solamente de oír, como acto biológico, sino de escuchar e interpretar. Con base en lo anterior es importante validar la escucha, es decir, verificar que escucho lo que dice el otro en su intención y sentido. De este modo reconocemos la brecha entre el que habla y el que escucha, y no sólo la reconocemos, sino que nos hacemos cargo de ella.

Pensemos en la relevancia que tiene este acto de validar con escucha, en un momento procesal como el interrogatorio y contrainterrogatorio. Constituye una herramienta muy poderosa parafrasear lo que acaba de afirmar el otro: testigo, perito, indiciado, etc. A partir de lo que ha hablado, se le puede llevar a contradicción o bien acordar retóricamente hechos específicos y actos realizados. La persona al hablar cree lo que dice. Y eso es lo que deberá cotejarse con una mecánica de hechos en materia procesal. Validar el habla y la escucha de otros, da claridad sobre afirmaciones, creencias, juicios y dudas en un juicio. Por ello la capacidad de escucha es tan relevante en el campo del derecho, aún más en el actual sistema de oralidad.

5. RUMBOS CONTEMPORÁNEOS ENTRE PSICOLOGÍA, FILOSOFÍA Y DERECHO

El vínculo entre Europa y América se unificó en este periodo, aunque no fue por mucho tiempo. Las visitas a Cambridge de la Dra. Bärbel Inhelder, colaboradora de Jean Piaget (y posteriormente de Alexander R. Luria) concluyeron en un intercambio de investigadores entre Ginebra y Harvard, patrocinado por la fundación Ford.⁷⁹ Las reuniones generaron varias inquietudes, incluso surgió la propuesta de analizar el funcionamiento mental de forma semejante a la de una computadora. Es decir, estudiar más la información que el significado.

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 se discutió ante el mismo Piaget, en mayo de 1966, durante un debate organizado por la Unión Racionalista en el anfiteatro Richelieu, de la Sorbona. El debate fue presidido por René Zazzo, profesor de la Facultad de Letras y Ciencias Humanas de Nanterre. En este debate participaron Paul Ricoeur,

⁷⁹ Jerome Bruner, *Desarrollo cognitivo y educación*, Morata, Madrid, 2018, pp. 248-253.

Francis Jeanson, Yves Galifret y Paul Fraisse.⁸⁰ 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* en el que afirmaba que la filosofía había encontrado 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.

Al igual que en Moscú, tampoco fue muy vistosa la participación de filósofos analíticos en 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 ocasión se definieron claras líneas de investigación científico-epistemológica que han avanzado hasta nuestros días. En palabras de Chomsky, en aquella reunión nunca hubo debate, sino perspectivas diversas sobre los mismos asuntos. Perspectivas complementarias unas con otras.

⁸⁰ Este debate se encuentra documentado en Jean Piaget, Paul Ricoeur, R. Zazzo, *Debates sobre psicología, filosofía y marxismo*, Amorrortu, Buenos Aires, 1971.

En 1976, Robert Alexy (1945) presentó su tesis doctoral en Gotinga, que será publicada un par de años más tarde, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. La tesis está inspirada en una resolución de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal Alemán, del 14 de febrero de 1973. En ella se establece que las decisiones de los jueces deben “basarse en argumentos racionales”. Alexy señala que el objeto de su investigación en específico consiste en definir *qué hay que entender por argumentación jurídica racional* y con qué alcance, es ella posible.⁸¹

A partir de este pasaje, Alexy distingue el razonamiento jurisdiccional, que opera mediante fórmulas, lo que Hans Reichenbach llama *contexto del descubrimiento*, de la argumentación jurídica racional, que el mismo Reichenbach ubica en el *contexto de la justificación*. Esta distinción abona de algún modo cierta diferencia entre el razonamiento analítico y el razonamiento mental propositivo. A partir de este trabajo de Alexy, se ha dado una eclosión sobre la importancia de justificar analíticamente el razonamiento jurisdiccional de orden operativo mental.

Durante la década de 1990 nuevamente se vinculó el razonamiento jurídico con la lógica. Así aparecieron algunas obras como *Derecho y lógica (Law and Logic)* de Joseph Horowitz, *Lógica y experiencia (Logic and Experience)* de William P. LaPiana, o bien *La filosofía del razonamiento legal (The Philosophy of Legal Reasoning)* obra colectiva en la que se encuentran textos sugeridos por Robert Nozick de Ilmar Tammelo, Dennis Lloyd, John Dewey y Layman E. Allen entre muchos otros.⁸²

En los últimos años han aparecido algunos estudios que han revivido el tema sobre el razonamiento jurídico, pero no

⁸¹ Cfr. Prefacio.

⁸² Norberto Bobbio, en esta misma línea, escribió en 1961 el ensayo *Derecho y lógica*.

abordan la operatividad mental del experto en derecho. Sin embargo, sus contenidos de alguna forma complementan las investigaciones psicológico-jurídicas. Entre estas obras destacan dos editadas en 2008: la de Richard A. Posner, *Cómo razonan los jueces (How Judges Think)* y la de Antonin Scalia y Bryan A. Garner, *Preparando su caso (Making your case)*. Un año después apareció *Piense como un abogado: una introducción al razonamiento legal (Thinking like a Lawyer: an introduction to legal reasoning)* de Frederick Schauer.

A partir de la segunda década del siglo veintiuno, en los países de Hispanoamérica han aparecido libros con artículos que abordan el tema del derecho y su vinculación con las neurociencias como *Neurociencia y proceso judicial*, coordinado por Michele Taruffo y Jordi Nieva Fenoll (2013) y *Derecho y neurociencia* (2022), coordinado por Gabriel Uscamayta y Jhonatan Peña. En esta última obra destacan los artículos de Schauer y de Daniel González Lagier. En 2022, apareció el libro del argentino Rodolfo Luis Vigo, *La reconciliación del derecho con la razón y las emociones*, obra en la que rescata la vertiente de la razón práctica y las emociones. En esta misma línea se encuentra el texto *Emociones, argumentación y argumentos*, editado por Cristian Santibañez (2022). Finalmente, en esta lista no podemos dejar de mencionar el texto de Gerardo Laveaga Leyes, *Neuronas y hormonas* (2021).

Todos brindan alguna luz sobre el tema, pero difícilmente resuelven el enigma de cómo opera la mente jurídica. Se centran en aportaciones de las ciencias y su posible conflicto con el quehacer jurídico. 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 frecuentemente con una metodología, 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.

Segunda parte Contexto del descubrimiento

1. LA CREATIVIDAD JURÍDICO-JUDICIAL Y EL INCONSCIENTE ADAPTATIVO

Para medir o identificar las cosas de nuestro mundo y todo lo que nos ocurre en él casi no contamos más que con nuestras respuestas emocionales internas.

LEN CHALONER

Para resolver problemas propios del campo jurídico y del derecho, el pensamiento de los profesionales en esta área **no parte** de operaciones analíticas ni lógico-formales, tampoco de métodos claramente definidos. El saber de los juristas no es un saber sistemático en su origen, aunque posteriormente echen mano de razonamientos formales para expresarlo. El razonar jurídico inicia a partir de conjeturas que la propia mente de los juristas plantea a modo de hipótesis, con la sola garantía de la experiencia acumulada a lo largo de los años de vida profesional, académica y experiencial. Todo el bagaje de conocimientos, aptitudes y actitudes asimilados por nosotros mismos⁸³ se integra

⁸³ Lo que incluye normas, reglas y principios.

como un “fondo acumulado de saber”. A este bagaje es al que se acude cuando nos enfrentamos a cualquier problema; incluso aquellos problemas del orden jurídico. La mente de los profesionales del derecho opera mediante lo que los cognitivistas y epistemólogos denominan actualmente *inconsciente adaptativo*.⁸⁴ Ahí es donde se ejecuta lo que Friedrich Stein llama el “conocimiento privado del juez” y lo que Edward Tolman denomina “conducta propositiva humana”.

Aunque el término lo enunció por primera vez Daniel Wegner, los estudios más específicos sobre el **inconsciente adaptativo** los realizó Timothy D. Wilson. En su artículo “Saber cuándo preguntar. Introspección e inconsciente adaptativo” (“Knowing When To Ask, Introspection and the Adaptive Unconscious”), publicado en el *Journal of Consciousness Studies*, en 2003, señala que, aunque no es algo que se pueda observar por introspección, se puede inferir mediante otros métodos.

También hay un inconsciente adaptativo omnipresente que es inaccesible a través de la introspección. [...] Para entender este enigma, debemos preguntarnos qué está haciendo la gente cuando reflexiona y a qué está accediendo. Desarrollando ideas más claras sobre los límites de la capacidad de las personas para acceder a sus procesos cognitivos y emocionales sabremos mejor qué pedir a las personas que informen y qué es mejor no pedir que hagan.

[...]

Una generación antes de Freud, un grupo de médicos y filósofos británicos del siglo XIX plantearon la existencia de un tipo diferente de inconsciente, uno que tuvo una notable similitud con la visión actual de un conjunto de procesos mentales penetrantes, adaptativos y sofisticados que son críticos

⁸⁴ Término acuñado por Daniel Merton Wegner (1948-2013). Es la parte de la mente que organiza los pensamientos para resolver problemas y llevar a cabo la toma de decisiones.

para la supervivencia humana, pero que operan en paralelo a la conciencia. Laycock,⁸⁵ Hamilton,⁸⁶ y Carpenter,⁸⁷ señalaron a la existencia de poderosos procesos no conscientes que analizan el mundo y comportamiento directo de forma automática, y no son sólo el depósito de amenazas, impulsos infantiles que son empujados fuera de la conciencia, como argumentaría Freud en breve.

El crédito por el resurgimiento del mentalismo en psicología a menudo se atribuye a la revolución cognitiva de la década de 1950; de hecho, los psicólogos experimentales regresaron con vigor al estudio del procesamiento humano de la información. Una razón para este renacimiento fue el desarrollo de nuevos métodos que podrían estudiar el procesamiento mental con precisión, sin depender demasiado de informes introspectivos (principalmente tiempo de reacción).⁸⁸

El inconsciente adaptativo opera a través de las emociones, las cuales abren el camino a toda percepción y desarrollo del pensamiento. Las emociones son factores básicos de nuestros pensamientos. Lo que sentimos en el momento de un hecho o la interpretación que le damos entonces (por ejemplo ver cómo se resuelve una situación jurídica) gravitará en nuestro bagaje de experiencia acumulada. Y, ante una nueva situación, nuestra memoria experiencial evocará emocionalmente aquello que sentimos igual. Gracias al inconsciente adaptativo rodeamos nuestra experiencia con la trama de nuestros sentimientos e interpretaciones y, enton-

⁸⁵ T. Laycock, *Mind and Brain: The Correlations of Consciousness and Organization*, Simpkin, Marschall, & Co., Londres, 1860.

⁸⁶ W. Hamilton, *Lectures on Metaphysics*, vol. 1, Gould and Lincoln, Boston, 1865.

⁸⁷ W. B. Carpenter, *Principles of Mental Physiology*, D. Appleton & Co., Nueva York, 1874.

⁸⁸ Timothy Wilson, "Knowing When To Ask, Introspection and the Adaptive Unconscious", *Journal of Consciousness Studies*, vol. 10, núm. 9-10, 2003. Valerie Gray Hardcastle, University of Cincinnati, 2003, pp.131-140. **¿A qué se refiere?**

ces, evocamos el contexto análogo, a modo de conjetura o hipótesis. A partir de ella, la argumentación jurídica buscará justificar su sentido con argumentos racionales, evocando los principios y reglas jurídicas. Una idea o una emoción nos lleva invariablemente a otra nueva asociada con ella.

Las operaciones del razonar jurídico son prácticas y se manifiestan en un primer momento como si fueran intuiciones emocionales. En realidad, se trata de hábitos aprendidos y procesos de *lógica operativa* (no formal) que lleva a cabo de manera racional el *inconsciente adaptativo* mediante emociones. Y, efectivamente, hay que señalar que el *inconsciente adaptativo* opera estos procesos racionalmente simbolizando situaciones. El hecho de ser operaciones inconscientes no anula su carácter de racionales y humanas.

2. LA RAZONABILIDAD JUDICIAL OPERA CASOS CONCRETOS

La mente del experto en derecho razona siempre sobre hechos de experiencia concretos, no sobre ideales y principios abstractos atemporales. Por esta razón, recurre a sus experiencias acumuladas y no a modelos formales abstractos. Los expertos en derecho no operan con conceptos unívocos, sino que calculan con símbolos fácticos en asuntos con circunstancias reales. En esos casos el razonar deductivo es inadecuado, no porque brinde respuestas erróneas, sino porque —aunque puedan ser correctas— pueden no ser *pertinentes*. El profesional de la impartición de justicia debe tomar en cuenta una infinitud de variables circunstanciales, ponderarlas e interpretarlas. De este modo el trabajo del razonamiento judicial requiere, además de un saber lógico formal, un sentido de juicio y una finalidad de comprensión.⁸⁹

⁸⁹ Cfr. Douglas Hofstadter, *Gödel, Escher, Bach. Un eterno y grácil bucle*, Tusquets, México, 2013, p. 622.

El logos de lo razonable posee una dimensión intensiva desconocida por la lógica tradicional, esto es por la lógica de la ciencia matemática y de las ciencias de la naturaleza. La lógica de lo razonable se encuentra transitada por juicios de valor, por estimaciones. [...] Está rigurosa y estrictamente fundada; pero sus expresiones no tienen ni pueden tener una exactitud de tipo matemático. En las valoraciones compendiadas bajo el nombre de “prudencia”, se da la posibilidad de gradaciones [...] (en las que se) reflejan las enseñanzas de la experiencia práctica.⁹⁰

La formación profesional de personas expertas en derecho y especializadas en impartición de justicia en juzgados y tribunales debe estar dirigida a desarrollar “pensamiento crítico”, que desemboca en lo que el realista norteamericano, Jerome Frank denominó *hunch*.⁹¹ La mente lo observa en las manifestaciones externas y lo formula como “la ley invisible” de donde procede.⁹²

En realidad, se trata de una “intuición intelectual”, en la que no interviene ningún impulso ajeno a la razón, no hay componentes fortuitos, ni tampoco factores de azar.⁹³

Jerome Frank concluye sobre la importancia de la intuición judicial en su obra *Law and the modern mind* (1930).

⁹⁰ Luis Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la técnica jurídica*, Ediciones Coyoacán, México, 2012, pp. 20-21.

⁹¹ Jerome Frank, “Why Not a Clinical Lawyer-School?”, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, vol. 81, núm. 8, junio, 1933, p. 911. En: [<http://www.jstor.org/stable/3308391>]. Traducción del Dr. Juan Abelardo Hernández Franco.

Cfr. Joseph C. Hutcheson Jr., “Judgment Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision”, *Cornell Law Review*, vol. 14, núm. 3, abril, 1929. En: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol14/iss3/2>.

⁹² Jerome Frank, *Law and Modern Mind*, Stevens and sons Limited, Londres, 1949, p. 97

⁹³ Luis Recaséns Siches, *op. cit.*, p. 34.

En los capítulos “The Judging Process” y “Mechanistic Law”, muestra la relevancia de la experiencia judicial como generadora de hipótesis y conjeturas a partir de las cuales se resuelven problemas jurídicos. Este factor es clave en toda construcción del razonamiento jurídico.

El gran matemático Kurt Gödel en los años 1930 desarrolló dos teoremas en los cuales demostraba que la racionalidad no se podía producir en ningún sistema, si no parte de una intuición. Y esta idea definitivamente puede aplicarse al razonamiento jurídico. Toda construcción de resolución parte precisamente de esa “intuición intelectual”, producto de la experiencia acumulada del operador jurisdiccional.⁹⁴ Es una habilidad que debe desarrollarse en todas aquellas personas que aspiren a ocupar cargos de jueces o magistrados. También todos aquellos que deseen ser barristas y litigantes.

En el modelo argumentativo de Stephen Toulmin, esta intuición se refleja en el primer momento del razonar jurídico, con el nombre de “pretensión” o “propuesta de sentencia”. Su origen se estudia por el “razonamiento legal” o por lo que Hans Reichenbach llama, el “contexto del descubrimiento”. En un segundo momento, la argumentación jurídica, que se ubica en el “contexto de la justificación” se encargará de buscar todo discurso analítico y lógico formal que sustente la conjetura de experiencia del operador jurisdiccional o de los litigantes. Charles Sanders Peirce denominó *abducción* a este proceso de realizar conjetura intuitiva y, posteriormente, justificación argumentativa. El neokantiano Hermann Cohen lo explica claramente de la siguiente manera:

La hipótesis, [o la conjetura generada por el inconsciente adaptativo]⁹⁵ por consiguiente, es lo primero en todo pen-

⁹⁴ En este bagaje están las reglas y principios del derecho que se han aprendido y comprendido a lo largo de la vida.

⁹⁵ Esta equivalencia entre hipótesis (pretensión) o intuición del inconsciente adaptativo es nuestra.

samiento. 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.⁹⁶

2.1 Razonamiento judicial de circunstancias y microfísicas jurídicas

Toda situación, objeto del análisis judicial, reúne en sí misma sus propias circunstancias y contextos. En el derecho no hay principios universales que operen en todos los casos de la misma manera. En el siglo XIII Tomás de Aquino daba cuenta sobre ello al afirmar que:

[...] la razón especulativa trata principalmente sobre cosas necesarias, que no pueden comportarse más que como lo hacen, y por eso tanto sus conclusiones particulares como sus principios comunes expresan verdades que no admiten excepción.⁹⁷ 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 cier-

⁹⁶ Hermann Cohen, *El concepto de religión en el sistema de filosofía*, op. cit., II, 29, p. 38. **No está. Completar ficha.**

⁹⁷ Esto se puede aplicar a conceptos absolutos.

ta 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.⁹⁸

No debemos buscar el mismo grado de certeza en todas las cosas; en materias contingentes —como son las cosas humanas—.⁹⁹ [...] la naturaleza del hombre es mutable. Y, por esto, lo que es natural al hombre puede variar a veces.¹⁰⁰

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.¹⁰¹

En esta línea hay que ubicar a Michel Foucault,¹⁰² y en particular su *Microfísica del poder*. A diferencia del siglo pasado, donde todavía se buscaba la lógica y la comprensión del mundo como un “todo” regido por una sola física; en la actualidad, cada situación parece responder a sus propios principios situacionales y circunstanciales. Cada situación responde a su propia *Microfísica*, y para comprenderla deben de investigarse los principios y reglas del propio asunto.

⁹⁸ Thomas Aquino, *Summa Theologica*, I-II q. 94, art. 4. Esta afirmación me parece que da lugar a una cierta forma de constructivismo. Biblioteca de Autores Cristianos, 1973.

⁹⁹ *Ibidem*, q. 96, art.1, ad.3.

¹⁰⁰ Thomas Aquino, *Summa Theologica*, II-II q. 57, art. 2. Biblioteca de Autores Cristianos.

¹⁰¹ Thomas Aquino, *Summa Theologica*, I-II, q. 104, art. 3, ad. 1. Biblioteca de Autores Cristianos.

¹⁰² Y tal vez me gustaría decir; “en esta tradición”. No sólo —en los últimos años de su vida— se encerraba a trabajar en la biblioteca del convento dominico de Saulchoir, sino que, en su trabajo sobre la *hermenéutica de sí*, muestra un amplio conocimiento de la inteligencia católica.

to en sí mismo. No debemos “jamás aceptar nada como definitivo, intocable, evidente, inmóvil. Nada de lo real debe erigirse para nosotros en una ley definitiva e inhumana.”¹⁰³

Por ejemplo, en el campo de la medicina, una enfermedad se reconoce por ciertos síntomas y características. Sin embargo, no se manifiesta de la misma manera en las mismas partes del cuerpo. Depende de la forma en que cada cuerpo la padece.

La enfermedad, que puede señalarse en el cuadro, se hace aparente en el cuerpo. Allí encuentra un espacio cuya configuración es del todo diferente: es éste, concreto, de la percepción. Sus leyes definen las formas visibles que toma el mal en un organismo enfermo: la manera en la cual se reparte, se manifiesta, progresa alterando los sólidos, los movimientos, o las fusiones, provoca lesiones visibles en la autopsia, suelta, en un punto u otro, el juego de los síntomas, provoca reacciones y con ello se orienta hacia un resultado fatal, o favorable. Se trata de estas figuras complejas y derivadas, por las cuales la esencia de la enfermedad, con su estructura en cuadro, se articula en el volumen espeso y denso del organismo y toma cuerpo en él.¹⁰⁴

En el campo del derecho el fenómeno es semejante. Para ilustrar esta misma idea, mostramos un caso que se presentó —en algún lugar de la República mexicana— en la primera década del siglo XXI.

En una agencia del Ministerio Público se presentó una persona transexual, con notables lesiones en su cuerpo. Dijo que acudía a denunciar violación de su persona por dos sujetos que le atacaron sorpresivamente en una calle.

¹⁰³ Entrevista a Michel Foucault el 3 de noviembre de 1980, en Foucault, Michel, *El origen de la hermenéutica de sí. Conferencias de Dartmouth, 1980*, Siglo XXI, Argentina, 2016, p. 143.

¹⁰⁴ Michel Foucault, *Nacimiento de la clínica*, Siglo XXI, México, 1981, p. 26

El agente del Ministerio Público le pidió ser examinada por una médico legista. Al terminar la revisión, el informe que se presentó al agente señalaba que esta persona había nacido con sexo masculino y había sido sometida a un procedimiento quirúrgico conocido como vaginoplastia.

El ministerio público revisó el informe y se dirigió a la persona transexual y apuntó: “No puedo señalar como delito la violación”. El código penal en nuestro país dice en su artículo 265 que: “Comete el delito de violación quien por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo [y] Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo”.

Una vez dicho esto, le mostró que el *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua Española señala que vagina es: “Conducto muscular y membranoso de las hembras de los mamíferos que se extiende desde la vulva hasta la matriz”. Y le especifica: “Por su declaración no tuvo penetración oral ni anal. Sólo vaginal. Y usted no es una hembra, no tiene matriz y su vagina es una construcción artificial. Por lo tanto, no hay tipo penal que se aplique a la violación en usted”.

Esta es una conducta muy característica de algunos operadores jurídicos. Asumen las situaciones jurídicas como si tuvieran una naturaleza ontológica en sí mismas y jamás las consideran como tales en el contexto del constructivismo. Y en particular el de Paul Watzlawick, al cual ya nos hemos referido.

Las relaciones humanas no son fenómenos que existen objetivamente, es decir, como cosas por sí mismas y cuyas propiedades debería ser posible igualmente en consenso. [...] Las relaciones, los contenidos de nuestra realidad pragmática interpersonal no son reales en el mismo sentido que los objetos; éstas tienen realidad más bien en la visión del interlo-

cutor y esta misma realidad es sólo más o menos compartida por los otros en el caso más favorable.¹⁰⁵

Efectivamente, nos encontramos en un caso en el que no debe hacerse una valoración abstracta, sino contextualizada y circunstanciada. Hay en este asunto una microfísica jurídica. Los sujetos activos y la víctima no son abstractos ni atemporales. Incluso, a pesar de lo que dice la Real Academia de la Lengua Española, para todos ellos, aquella vaginoplastia es en realidad una vagina.

Esta lógica del sentido particular construida por los participantes del evento jurídico fue observada por un tribunal mexicano en mayo de 2019,¹⁰⁶ en la tesis: ESTEREOTIPOS SOBRE ROLES SEXUALES. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEBEN ANALIZAR EL LENGUAJE EMPLEADO EN LAS DIVERSAS PROMOCIONES REALIZADAS POR LAS PARTES PARA ADVERTIR SI SUS PETICIONES ESTÁN BASADAS EN CONCEPCIONES DE AQUÉLLOS.

Ninguna sociedad vive al margen de su lenguaje, sino más bien existe en él. De allí que todas las posibilidades de acciones y coordinaciones posibles entre los seres humanos estén registradas en el lenguaje y, por tanto, den cuenta de la realidad en que están viviendo los hombres y las mujeres de una determinada cultura. A la vez, el lenguaje también genera realidad en tanto constituye la principal forma de relacionarse con otros(as) y de coordinar acciones para la convivencia entre unos(as) y otros(as).

Un hecho notable, sobre todo en el campo del derecho y la impartición de justicia, consiste en que en el análisis de cada caso hay circunstancias y contextos específicos que de-

¹⁰⁵ Paul Watzlawick, *La coleta del barón de Münchhausen. Psicoterapia y realidad, op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁶ *Semanario judicial de la Federación*, Décima Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito. Tesis aislada, Tesis VII.2o. C58 K (10a).

ben ser analizados para que se logre adecuar la ley a los casos particulares. A casos en sus propias lógicas microfísicas.

En términos de Baruch Spinoza,¹⁰⁷ lo que hizo el ministerio público del caso fue una interpretación de *convenientia*, es decir, redujo la realidad a un conocimiento abstracto y convencionalmente establecido. Sin embargo, cuando la ley se aterriza a las circunstancias de cada caso, la interpretación es una *adaequatio*. En ella, precisamente, la ley se adecua a los contextos de la realidad particular.

Foucault y Deleuze distinguieron al “intelectual específico” del “intelectual total” o “tradicional”. El intelectual “específico” atiende a puntos concretos, en lugares determinados. El “total” construye un sistema abstracto y absoluto. Esta distinción es igualmente válida entre juristas. El teórico tradicional o total razona con principios abstractos y reglas generales; en cambio el jurista específico razona asuntos particulares en contextos específicos.¹⁰⁸

Para el jurista Jerome Frank, lo verdaderamente esencial a considerar en una formación profesional jurídica, debería ser el estudio de casos específicos, en los que, más que atender a reglas de procedimientos o tesis judiciales que resuelven asuntos, el aprendizaje jurídico debería realizarse mediante el análisis de circunstancias particulares en situaciones concretas. Porque en la realidad, a partir de ellas, es que los jueces reales emiten decisiones reales.

Dado que las opiniones, y los trabajos de aquellos comentaristas que discuten opiniones, son explicaciones emasculadas de decisiones, son de ayuda limitada para el ejercicio jurídico real. No solo revelan simplemente una parte fraccionaria de cómo se toman las decisiones, sino que, si el experto en derecho las

¹⁰⁷ Baruch Spinoza, *Ética demostrada al modo geométrico*, Alianza, Madrid, 2014. Definición 4 libro II.

¹⁰⁸ Michel Foucault y Gilles Deleuze “Los intelectuales y el poder”, en la revista *L'Arc*, núm. 49, 1972.

toma como explicaciones adecuadas de cómo se toman las decisiones, actuará con un falso sentido de certeza al redactar instrumentos o cualquier otro trabajo que tenga que realizar.¹⁰⁹

Efectivamente, no pensamos formulando premisas mayores ni premisas menores, ni estructurando silogismos o condicionales. Ante los problemas jurídicos nuestra mente se pone en movimiento espontáneamente, 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. Experiencia de asuntos llevados, casos estudiados, comprensión de reglas y principios jurídicos o bien experiencias transmitidas. El *inconsciente adaptativo* de la mente jurídica posee una conciencia práctica del mundo conformada por sus propios productos de experiencia.

Se puede decir —en todo caso— que la mente de un experto en derecho puede emplear las fórmulas lógicas para expresar de una forma objetiva y coherente su razonamiento intuitivo. Pero el que se puedan expresar mediante ellas no significa que se opere a partir de ellas.¹¹⁰ Desde la primera edición de su *Teoría de la argumentación*, Robert Alexy dejó en claro que las formulaciones permiten expresar las formas de resolución jurídica. Pero la resolución no parte de las fórmulas o las expresiones formales. Por esta razón el científico Hans Reichenbach¹¹¹ consideró

¹⁰⁹ Jerome Frank, *Why Not a Clinical Lawyer-School?*, *op. cit.*, Traducción del Dr. Juan Abelardo Hernández Franco.

¹¹⁰ Incluso, se puede inferir inductivamente que los razonamientos se vinculan a ciertos principios filosóficos o ideológicos. Pero esto no quiere decir que deductivamente los principios dirijan los razonamientos operativos mentales. ¿Cómo sería posible explicarlo experimentalmente?

¹¹¹ Hans Reichenbach, *Experience and Prediction: An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge*, University of Chicago Press, Chicago, 1938.

importante distinguir el *contexto mental del descubrimiento* del *contexto mental de la justificación*. Es decir, la operación mediante la cual resolvemos un problema jurídico es distinta de las operaciones de justificación del mismo.

Nuestro pensar jurídico no inicia sus operaciones con esquemas estrictamente formales. De hecho, gran parte de las operaciones mentales que se realizan para poder resolver un problema jurídico, ni siquiera son conscientes. Y no por este hecho dejan de ser operaciones racionales. Los psicólogos Julian Jaynes de la universidad de Yale, el profesor Gerd Gigerenzer del instituto Max Planck¹¹² y Timothy D. Wilson de la universidad de Virginia han señalado que varios de los tipos elementales de razonamiento ocurren sin conciencia.¹¹³

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.¹¹⁴

La mente actúa con más eficacia relegando al inconsciente gran cantidad de pensamientos elaborados de alto nivel, igual que un *reactor moderno vuela sirviéndose del piloto automático, con escasa o nula intervención del piloto humano “consciente”*. *El inconsciente adaptativo se las arregla estupendamente para hacerse una composición del lugar que nos rodea, advertirnos de*

¹¹² Gerd Gigerenzer, *Decisiones instintivas. La inteligencia del inconsciente*, Ariel, Barcelona, 2008.

¹¹³ El periodista Malcolm Gladwell, en su libro *Blink. Inteligencia intuitiva*, reúne también los estudios de varios investigadores sobre este mismo tema.

¹¹⁴ Julian Jaynes, *El origen de la conciencia en la ruptura de la mente bicameral*, FCE, México, 1987, p. 48.

*los peligros, establecer metas e iniciar acciones de forma elaborada y eficaz.*¹¹⁵

3. RAZONAMIENTO JURÍDICO-JUDICIAL: MOMENTOS CONSCIENTES Y DEL INCONSCIENTE ADAPTATIVO

El razonar jurídico es un complejo conjunto de operaciones mentales. Si quisiéramos comprender cómo nuestro inconsciente adaptativo inicia el pensar jurídico, podríamos auxiliarnos de las investigaciones de Julian Jaynes. Este psicólogo detectó que al resolver problemas nuestra mente lleva a cabo tres momentos racionales conscientes y un momento racional inconsciente. Éste último lo lleva a cabo el inconsciente adaptativo.

3.1 Primer momento consciente

Es aquel en el que el experto en derecho **lleva a cabo la comprensión del problema a resolver**. Al leer un expediente, una demanda o, en general, al estudiar cualquier asunto jurídico; nuestra atención es enteramente consciente. Incluso, en este proceso de comprensión de problemas, para que nuestra mente pueda visualizarlos claramente nos auxiliamos mediante dibujos y gráficos que nos permitan representar el asunto en cuestión. Mediante estos dibujos es como logramos visualizar los asuntos jurídicos en una forma espacio temporal. Esto nos permite llevar a cabo un análisis ordenado de los mismos.

Esta especialización 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,

¹¹⁵ Timothy D. Wilson, “Extraños a nosotros mismos”, en Malcolm Gladwell, *Inteligencia Intuitiva*, Taurus, Madrid, 2005, pp. 19-20.

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.¹¹⁶

3.2 Segundo momento consciente

Una vez que se ha comprendido el problema, el *segundo momento consciente* en el que nuestra mente opera de forma plenamente consciente, es aquel en el que **dirige su atención al análisis de los elementos o los materiales mediante los cuales debemos de fundar nuestras respuestas**. La conciencia debe trabajar detallada y profundamente en esta etapa ya que, lo fundamental para responder a un problema es, ante todo, comprender precisamente de qué se trata ese problema y los márgenes categoriales en los que debemos responderlo. Si no se entiende esto, cualquier respuesta es inútil. El uso de jurisprudencias, precedentes y tesis es esencial en este momento consciente. Analizar las normas jurídicas y sus posibles interpretaciones es un factor clave a considerar aquí. Incluso aspectos doctrinales podrían ser útiles.

El uso de herramientas como la lógica y la tópica podrían ser útiles para precisar lo que racionalmente puede inferirse de premisas acordadas. Pero sólo a modo de instrumentos de apoyo. No como condiciones de control

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 63.

definitivas. A veces una respuesta analítica correcta no es necesariamente pertinente en la realidad.

3.3 Momento del inconsciente adaptativo

Una vez que nuestra mente: 1) comprendió y definió conscientemente el problema a resolver, y 2) analizó los elementos que debe considerar para resolverlo; nuestra consciencia se dirige a otros asuntos. Ocasionalmente, regresa a la revisión del problema que debe resolver y de los elementos que debe considerar para hacerlo. Lo más sorprendente entre todos los procesos que realiza la mente jurídica es que **después de estas dos etapas de conciencia, las operaciones clave para resolver los problemas, no son ejecutadas de forma consciente.** Nuestra mente jurídica entra en una especie de trance inconsciente, pero ella no deja de ser racional. 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, comemos y hacemos un sinnúmero de actividades mientras conscientemente atendemos otros asuntos y hacemos otras cosas.¹¹⁷ A la hora de escribir nuestras ideas, la consciencia se encuentra en ellas y no en cómo las vamos escribiendo. Esta es una facultad innata. El hombre primitivo razonaba antes de tener un lenguaje consciente. Este proceso pertenece al inconsciente adaptativo. Las personas al ubicarse en un espacio y un tiempo, de alguna manera reconocen el entorno y se “adaptan” a él. Su mente se ajusta a sus circunstancias y opera las facultades conscientes sesgando el sentido de su operación.

¹¹⁷ No deja de ser curioso que haya un ejercicio del budismo zen que obliga a la gente a ser conscientes de los actos que suelen realizar inconscientemente. El ejercicio dice: cuando comas, come y no hables de cosas con la gente con la que estás. Cuando te bañes, concéntrate en bañarte y no pienses en otras cosas.

¿Por qué sostenemos que la respuesta no la obtenemos conscientemente? Basta con observar la experiencia misma para avalar lo dicho. Muchas veces al tratar de resolver una cuestión, la respuesta se nos ocurre mientras la conciencia atiende a otros asuntos. Incluso, mientras dormimos o hacemos cualquier otra actividad. Son esos momentos en los que despertamos, a medianoche y decimos: “¡Eureka!”. Sin estar atentos la mayor parte del tiempo sobre cómo resolvemos los problemas, de repente se nos ocurren las respuestas. Tal vez el **término** adecuado que debería emplearse para describir este hecho es que “las respuestas se nos “ocurren” o bien “incurren” en nuestra conciencia.”¹¹⁸ Nuestra mente responde, mediante el inconsciente adaptativo, hasta diez segundos antes de que nuestra conciencia pueda darse cuenta de la respuesta.¹¹⁹ Plantear el problema y definir con qué resolverlo son operaciones racionales conscientes. La respuesta al problema acontece de forma racional inconsciente. Y como veremos más tarde, su justificación será racional consciente en el campo de la argumentación jurídica.

[...] la reacción del cerebro para ejecutar un comportamiento, al parecer es temporalmente anterior —en un número variable de milésimas de segundo, dependiendo de cada investigación— a la propia expresión de la voluntad del sujeto, o al menos con respecto a su sensación de voluntad.¹²⁰

¹¹⁸ A este momento de generación de conjeturas o hipótesis, David Perkins lo llama *incubación* de ideas. Cfr. David Perkins, *La bañera de Arquímedes y otras historias del descubrimiento científico. El arte del pensamiento creativo*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 207 y ss.

¹¹⁹ Esto es lo que ha comprobado John-Dylan Haynes al experimentar toma de decisiones en una cámara de resonancia magnética. Cfr. “Científicos descubren que la mente toma decisiones antes de que se sea consciente de ello”, *El País*, 14 abril, 2008.

¹²⁰ Jordi Nieva Fenoll, “Proceso judicial y neurociencia: Una revisión conceptual del derecho procesal”, en Michele Taruffo y Jordi Nieva Fenoll (dirs.), *Neurociencia y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 170.

Los experimentos de [Benjamin] Libet son bastante sencillos. Cuando tomamos la decisión de realizar un movimiento simple, por ejemplo: flexionar un dedo, el córtex motor del cerebro envía una señal eléctrica a los nervios motores implicados en el movimiento. En unos experimentos anteriores se había descubierto que previamente a ese proceso se puede detectar ya cierta actividad eléctrica en el cerebro, cuya función parece ser preparar el movimiento. A esta actividad se le denomina “potencial de preparación”.¹²¹

En el 2008 John-Dylan Haynes y sus colaboradores detectaron hasta siete segundos antes de la decisión consciente pautas cerebrales que permitían predecir cuál sería la acción de un sujeto enfrentado a la elección entre presionar uno u otro botón, obteniendo un sesenta por ciento de aciertos en la predicción.¹²²

Nuestra mente ya ha medido incluso la distancia a la que moverá el brazo para alcanzar un vaso de agua, milésimas de segundo, antes de que manifestemos conscientemente nuestra voluntad de tomar agua. Este hecho por supuesto no niega directamente la existencia de la libertad y la voluntad humana. Nuestra mente toma decisiones, aunque no directamente en la conciencia. El hecho de que tarde en llegar a la conciencia una toma de decisión, no suprime la idea de que el proceso inconsciente sea racional y libre. Pensemos que muchos de nuestros comportamientos encuentran su origen en el inconsciente, tal y como lo mostró Jacques Lacan en sus investigaciones sobre el caso Aimée y el de las hermanas Papin.

Quentin Reynolds, al describir la vida del jurista norteamericano Samuel S. Leibowitz, nos cuenta que siempre tenía a la mano, al lado de su cama, una libreta. La tenía

¹²¹ Daniel González Lagier, “¿La tercera humillación? (sobre neurociencia, filosofía y libre albedrío)”, en Michele Taruffo y Jordi Nieva Fenoll (dirs.), *Neurociencia y proceso judicial*, op cit., p. 27.

¹²² Daniel González Lagier, “¿La tercera humillación? (sobre neurociencia, Filosofía y libre Albedrío), op cit., pp. 27-28.

ahí precisamente porque hacía anotaciones en los momentos en que, repentinamente, despertaba por las noches con buenas ideas para resolver los asuntos que llevaba. Incluso, Leibowitz estaba convencido de que muchos casos “los había ganado en la cama.”¹²³

¿Qué ocurre mentalmente en esos momentos racionales e inconscientes que generan respuestas? Desde la perspectiva de la psicología constructivista lo que ocurre es que el experto en derecho intenta ubicar inconscientemente el asunto que desea resolver y adaptar alguna de sus experiencias o categorías mentales previas, para enfrentarlo. Su mente conserva *un fondo* de experiencia acumulada a lo largo de su vida universitaria y profesional. Los casos que ha estudiado y aquellos en los que ha participado constituyen un gran bagaje de conocimiento que le sirven para 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.

En la opinión de Arthur Koestler, en su libro *The Act of Creation* (1964), la mente descubre o plantea respuestas cuando logra abandonar los marcos de referencia o de paradigma con los que trabaja. Parece que la mente creativa opera cuando logra combinar otro marco de referencia o paradigma. Darwin —explica Koestler— llevó a cabo un avance crucial de sus ideas sobre la selección natural mientras leía por entretenimiento el *Ensayo sobre la población* de Robert Malthus.

En septiembre de 1838, hacía quince meses que Charles Darwin había regresado del famoso viaje en el H. M. S. Beagle. Durante su itinerario encontró en las Islas Galápagos pruebas acuciantes de la realidad de la evolución. Convencido de la existencia de ésta, Darwin buscó un mecanismo. Si la

¹²³ Quentin Reynolds, *Courtroom. In the Criminal Courtroom with Samuel S. Leibowitz, Lawyer and Judge.*, Farrar, Straus and Giroux, Nueva York, 1950, p. 29.

evolución era un hecho, ¿por qué se producía? Darwin llenó sus cuadernos de notas con conjeturas, algunas un tanto curiosas, acerca del modo en que la evolución podía tener lugar. El avance crucial sobrevino durante un momento en que se había apartado del problema. Darwin encontró la famosa obra de Malthus *Ensayo sobre el principio de la población*. El texto se refería a la manera en que la desenfadada expansión exponencial de las multitudes humanas conduce a un desastre por obra de la superpoblación. Reflexionando sobre la tesis de Malthus, Darwin comprendió que los organismos mejor capacitados sobrevivirían y transmitirían a la prole sus rasgos. Eso podría proporcionar un mecanismo para la evolución. Primera edición. p. 34.

En el campo del derecho, tanto juzgadores como abogados ante un asunto, revisan jurisprudencias, precedentes, casos vinculados o temas relacionados con él. Todo ello con la finalidad y la esperanza de que se “encontrará algo” que ayude a resolver el asunto. Las resoluciones más creativas suelen acontecer cuando los profesionales del derecho logran resolver problemas difíciles, gracias al razonamiento análogo de factores de otros campos del conocimiento.

Nuestra mente articula ciertas estructuras sintácticas que tienen por objeto transmitir dependencias y relaciones mutuas causales, espaciales, temporales, condicionales y de contraposición, entre muchas otras.¹²⁴ 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.

Las estructuras sintácticas del pensamiento constituyen una especie de lógica operativa. O, mejor dicho, un “sentido común” preformado por un conjunto de descrip-

¹²⁴ Cfr. Lev Vigotski, “Conferencias sobre psicología”, en *Obras Escogidas*, tomo II, Visor-Antonio Machado Libros, Madrid, 2001, p. 397.

ciones 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.¹²⁵ 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.¹²⁶ Es la lógica de lo que Wilhelm Dilthey llamó el *Geisteswissenschaft* (el saber del hombre basado en la cultura).¹²⁷

Nuestra mente jurídica busca establecer una relación de datos en orden a sus formas mentales. Esta 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 psique 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 psicobiológico (o psicogenético) y las formas culturales asimiladas por cada sujeto. La inteligencia es por definición la “adaptación” a situaciones nuevas y, por consiguiente, reconstruye continuamente sus estructuras.¹²⁸ Establece nuevas ca-

¹²⁵ Bruner las llama “psicología intuitiva” o “psicología popular”. Cfr. Jerome Bruner, *Actos de significado, más allá de la revolución cognitiva*, Alianza, Madrid, 1991, p. 53.

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 43 y 58.

¹²⁷ 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 sus padres.

¹²⁸ Jean-Claude Bringuier, *Conversaciones con Piaget. Mis trabajos y mis días*, Gedisa, Barcelona, 2004, pp.78-79.

tegorías a partir de las cuales puede resignificar el mundo experimentado.¹²⁹ 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.¹³⁰

Sólo, a modo de ejemplo, pensemos que hace unos cincuenta años las categorías de género para contraer matrimonio eran hombre y mujer. En la actualidad han surgido nuevas identidades como transexuales, homosexuales, lesbianas, etc. Cuando los jueces tuvieron que concebir estas nuevas formas de matrimonio, tuvieron que recategorizar la forma en que su mente lo concebía.¹³¹

Un asunto jurídico se asimila primero bajo las categorías del operador jurídico, pero enseguida, ante las características circunstanciales de cada asunto; la mente lleva a cabo una recategorización para comprender el asunto bajo la nueva 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.

La experiencia es un proceso que nos ofrece constantemente un nuevo material para digerir. Gestionamos este material intelectualmente a través de un conjunto de creencias que ya

¹²⁹ Anthony Amsterdam y Jerome Bruner, *Minding the Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, pp. 27-28.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 27.

¹³¹ Sobre la aparición de nuevas categorías en el campo social, se recomienda la lectura de Berger y Luckmann, *La construcción social de la realidad*.

poseemos, las cuales nos permiten asimilarlo, rechazarlo o reestructurarlo de diverso modo.¹³²

¿Emplea alguna forma lingüística en particular la mente al realizar todas y cada una de estas operaciones? En la opinión del psicólogo experimental Steven Pinker, la mente opera en su propio lenguaje, al cual llama “mentalés”,¹³³ y sólo hasta que busca expresar los resultados finales en forma consciente, recurre a formas narrativas en el lenguaje de los operadores.

Una vez que se ha llevado a cabo este proceso de asimilación y de ajuste, la mente del jurista propone —para resolver racionalmente los problemas analizados— una respuesta a modo de conjetura. En un sentido podemos decir que *creamos* la respuesta, pero en otro sentido también podemos decir que la *encontramos*. Desde el momento en que nos planteamos tal conjetura, “no podemos menos que tratarla como si fuera verdadera de antemano”.¹³⁴

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, es 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.¹³⁵

En mi opinión esta “iluminación” es, ciertamente, producto de veloces e inmediatas inferencias racionales in-

¹³² William James, *El significado de la verdad*, Marbot, Barcelona, 2011, pp. 65-66.

¹³³ Steven Pinker, *El Instinto del lenguaje*, Alianza, Madrid, 2012.

¹³⁴ William James, *El significado de la verdad*, *op cit.*, p. 87.

¹³⁵ No debe pasarse por alto que el término *insight* lo enunció por primera vez Wolfgang Köhler.

conscientes que se desarrollan en el inconsciente adaptativo.

Jean Piaget lo llama “la comprensión terminal en el momento de la terminación de la estructura”. En el análisis de Bernard Lonergan, del fenómeno del pensamiento llamado *insight*, se trata 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.

Esta respuesta intuitiva, producto de la asimilación y acomodación de categorías mentales **no** se nos presenta como una estructura claramente definida en nuestra mente. Tampoco 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.¹³⁶ La conjetura generada aparece ante nuestra consciencia como un dibujo enorme. Como una extensa y difusa imagen mental en la que de algún modo percibimos una respuesta.

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.¹³⁷ Sin embargo, también contamos con la capacidad de revisar nuestros planteamientos y aprender de nuestros errores y corregirlos. Nuestras respuestas se ratifican y canalizan gradual-

¹³⁶ Cfr. Lev Vigotski, “Pensamiento y Lenguaje”, en *Obras Escogidas*, tomo II, Visor-Antonio Machado Libros, Madrid, 2001, cap. VII, p. 341.

¹³⁷ Jerome Bruner, *La fábrica de historias, derecho, literatura y vida*, FCE, Buenos Aires, 2003, p. 49.

mente en los procesos mentales.¹³⁸ La mente en la medida que se retroalimenta, va puliendo sus conjeturas.

3.4 Tercer momento consciente: argumentación jurídica

Para expresar de una forma clara su idea total, los operadores jurídicos organizarán simbólicamente —de manera analítica— los términos del lenguaje y llevarán a cabo una justificación de su respuesta. A este ejercicio de justificación se le llama “**argumentación**” y por lo menos debe constar de dos maneras para ser plenamente sustentable: una justificación o exposición narrativa y una justificación lógico formal. Es decir, una vez obtenida la conjetura que brinda una respuesta a un problema jurídico, el operador deberá argumentar narrativa y lógicamente su justificación para sustentar su respuesta. **Este proceso argumentativo es el tercer momento pleno en el que opera nuestra conciencia**, según Julian Jaynes.

Robert Alexy en el prefacio de su tesis doctoral (que luego se convertirá en su libro *Teoría de la argumentación jurídica. Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 1978), señala:

La Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal ha exigido en su resolución de 14 de febrero de 1973, que las decisiones de los jueces deben **basarse en argumentos racionales** [...] El objeto de esta investigación es la cuestión de qué haya que entender por **argumentación jurídica racional**, así como la de si, y con qué alcance, es ella posible.

Con ello, Alexy reconoce que las personas operadoras jurisdiccionales, en un primer momento, resuelven los

¹³⁸ Nelson Goodman, *Fact, fiction and forecast*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1955, pp. 89-90. También en Noam Chomsky, *Conocimiento y libertad*, Ariel, Barcelona, 1972, p. 39.

asuntos judiciales de una manera operativa no analítica. Y posteriormente debe realizarse una “**argumentación jurídica racional**”. Este momento corresponde al “**contexto de la justificación**”, en términos de Hans Reichenbach y su libro *Experience and Prediction* (*Experiencia y predicción*, 1938). De ahí la pertinencia de terminar este capítulo con la definición etimológica de la palabra *argumentar*.

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 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).¹³⁹

¹³⁹ Juan Abelardo Hernández Franco, *Argumentación Jurídica*, Oxford University Press, CDMX, 2010, p. 32.

Tercera parte

Contexto de la justificación

Hay tantas geometrías, tantas lógicas, tantas hipótesis físicas y químicas, tantas clasificaciones, todas ellas útiles para ciertas cosas, pero ninguna para todas.

WILLIAM JAMES¹⁴⁰

1. LA ABDUCCIÓN JUDICIAL

Esta forma de proceder en la que *primero se plantea una conjetura intuitiva expuesta por medio de una narrativa* y posteriormente se busca *avalarla con argumentos racionales en un lenguaje de control analítico, como la lógica formal*, ha sido estudiada por el filósofo norteamericano Charles Sanders Peirce. A este proceder le llamó *lógica abductiva*. El procedimiento consiste en suponer una respuesta (producto de la experiencia) y, a partir de ella, verificar su validez formalmente. Es decir, primero se da una respuesta a modo de conjetura, y luego se desarrollan argumentos para justificarla.¹⁴¹

¹⁴⁰ William James, *El significado de la verdad*, Marbot, Barcelona, 2011, p. 64.

¹⁴¹ La abducción es distinta de la inducción y de la deducción. Parte de una conjetura, no de varios particulares para ir a un universal, ni tampoco de un universal para llegar a casos particulares.

En la opinión de Jerome Bruner, estas dos operaciones —narrativa y lógica— son distintas, pero también complementarias. Por una parte, la *narración* brindará un relato que nos hará ver la conjetura propuesta como algo verosímil. Por la otra, la *lógica formal*, en su carácter de lenguaje justificatorio, mostrará la conjetura como coherente en categorías de verdad y falsedad. La narrativa 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. La narración, ciertamente, sigue el panorama de la conciencia y los valores de los involucrados.¹⁴²

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 procedimientos que permiten establecer una prueba formal y empírica. En el otro no se establece la verdad sino la verosimilitud. Se ha afirmado que uno es un perfeccionamiento o una abstracción del otro.¹⁴³

Efectivamente, es fácil percatarse de que cualquier experto en derecho, cuando sugiere una respuesta a un problema legal o jurídico, responde de manera narrativa. Nunca emplea premisas lógico-formales. Siempre relata una explicación que parecerá verosímil para responder al planteamiento presentado. En todo caso, posteriormente se le podrá pedir a un experto en lógica su ayuda para formular como premisas lógicas los datos aportados en la narración. Esto con el fin de demostrar, mediante procedimientos me-

¹⁴² Jerome Bruner, *Realidad mental y mundos posibles. Los actos de la imaginación que dan sentido a la experiencia*, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 25.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 23.

todológicos, que lo inferido de modo verosímil también se puede inferir de forma lógica con categorías de verdad. Es decir, la formalización operaría como prueba formal bajo categorías de verdad de algo verosímil.

Mediante la formalización lógica de una narrativa verosímil se puede cambiar la categoría de “verosímil” a “verdad”. Y así —como dice William James— hacer que la verdad sea algo que le acontezca a nuestros pensamientos expresados mediante una narración.

La verdad de una idea no es una propiedad estancada inherente a ella. La verdad es algo que le *ocurre* a una idea. Se vuelve *verdadera*, se *hace* verdadera a través de los acontecimientos. Su verdad es de hecho un acontecimiento, un proceso, a saber: el propio proceso de verificarse, su *verificación*. Su validez es el proceso de su *validación*.¹⁴⁴

1.1 Forma narrativa y formulación lógico-jurídica

Es importante precisar que cada narrativa verosímil se puede expresar como un razonamiento estructurado y formalizarse en un lenguaje lógico. De hecho, de acuerdo con Vladimir Propp, el modelo formal lógico de un razonamiento depende de cómo se lleve a cabo una narración.¹⁴⁵ Se pueden plantear distintas formas lógicas de un mismo suceso si se cuenta con distintas narrativas sobre el mismo.

El mismo Hans Kelsen, en la primera edición de la *Teoría pura del derecho* (1934), explicó el paso de la enunciación de una norma jurídica a una proposición jurídica. Es decir, de una formulación legal a una proposición de orden lógico jurídico.

¹⁴⁴ William James, *El significado de la verdad*, op. cit., pp. 9-10.

¹⁴⁵ Vladimir Propp, *Morfología del cuento*, Akal, Madrid, 1985.

La norma de derecho (Rechtsnorm) se transforma en proposición jurídica (Rechtssatz). La ley del derecho vincula la condición jurídica con la consecuencia jurídica (imputación, no causalidad).¹⁴⁶

El término jurídico *imputación* no expresa sino el enlace formal entre los hechos condicionante y condicionado, y se distingue claramente como la relación normativa.¹⁴⁷

Según el planteamiento de G.W. Leibniz, todo enunciado normativo puede pasar a proposición jurídica mediante una formulación a modo de condicional. Es decir, si se establece un condicionante y un condicionado.

Ejemplo 1 Norma: artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. “A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”.

Proposición: *Si perjudica a alguna persona, entonces a ninguna ley se le dará efecto retroactivo.*

Ejemplo 2 Norma: artículo 22 del Código Civil Federal de México: [...] desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley.

Proposición: *Si un individuo es concebido, entonces entra bajo la protección de la ley.*

Es labor del experto en lógica, precisamente, encontrar el modelo de inferencia que avale formalmente lo expresado por la narrativa. Si un silogismo no lo permite, tal vez una proposición condicional lo haga, o cualquier otra forma lógica. Difícilmente no se encontraría un modelo lógico que posibilite expresar los razonamientos operativos de la mente del experto en derecho.

¹⁴⁶ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 11b. Editorial Trotta, España, 2019, p. 24.

¹⁴⁷ Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*, op. cit., Porrúa, México, 1974, p. 17, III, 10, C, pp. 64-65.

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.¹⁴⁸ En este orden de ideas, el psicólogo norteamericano Mark Turner presentó sus investigaciones sobre la mente humana en *The Literary Mind* (1996), en la que afirma de manera concluyente que la mente opera en sí misma de forma narrativa.

Luego de la expresión argumentativa narrativa, la verificación lógico formal tiene un papel relevante, ya que permite expresar, formal y objetivamente hablando, cómo razonó un experto en derecho en un caso concreto. Sin embargo, no se debe considerar que tal razonamiento se convertirá inductivamente en una regla universal que sirva para todos los asuntos semejantes. Paul Feyerabend ha mostrado que cada sociedad y cada cultura, e incluso cada creencia sigue su propia lógica autónoma. Por esta razón, el pensamiento social no tiene reglas universales. Si por casualidad ocurrieran eventos parecidos, se tomarían como parámetros que podrían llegar a formularse como *reglas generales*. Y por tener tal carácter, deben tenerse en cuenta incluso algunos casos de excepción en ciertas circunstancias.¹⁴⁹

Así pues, las conjeturas intuitivas (los relatos enunciados por nuestra *lógica operativa*, no formal) no cumplen con el requisito de verificabilidad que exigen las ciencias exactas o experimentales. En las ciencias sociales no hay leyes universales de causación, sino la idea de imputación. Mediante una formalización, se cumple con un mínimo de expresión de coherencia claramente objetiva por la que se imputa una acción, cierta reacción o consecuencia. La cre-

¹⁴⁸ Esta misma idea la expresan George Lakoff y Mark Johnson en su libro *Metaphors We Live by*, University of Chicago Press, Chicago, 1980.

¹⁴⁹ Una regla universal, por su naturaleza, no contempla excepciones. Por eso es universal y no general. En esta última sí hay atenuantes y excepciones. *Cfr.* Sexto Empírico, *Adversus Mathematicos*, I, 221-226. Editorial Gredos, Madrid, 1984.

dibilidad de una narración se funda en premisas diferentes de las que rigen la credibilidad de una teoría física, en la que se postulan leyes universales. Por eso sería absurdo aplicar los criterios de falsación de Karl Popper a una narración jurídica.¹⁵⁰ El criterio de verificación de este tipo es totalmente inadecuado para la ciencia jurídica.¹⁵¹

1.2 La respuesta hipotética judicial se presenta como un todo

La respuesta conjetural brinda una imagen del asunto como un todo.¹⁵² No se trata de un discurso lingüístico lineal. De hecho, cuando se concibe, se capta por secciones y se asume que está integrada como una totalidad, pero que no es posible revelarla expresamente de forma absoluta. Para externarla, se manifiesta narrándola por secciones. Como, por ejemplo, cuando se observa un mural de Diego Rivera en el que hay muchos temas. No se describe tal cual, como una sola cosa, sino que se ve por partes. Así también es la respuesta conjetural que nuestro inconsciente adaptativo arroja como hipótesis o conjetura para resolver un asunto. De hecho, se elabora en un lenguaje interno que no corresponde a formas lingüísticas lineales. Steven Pinker llama a tal lengua *mentales*.¹⁵³

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

¹⁵⁰ Cfr. Karl Popper, *Lógica de la investigación científica*, 2a. ed., Tecnos, Madrid, 2008.

¹⁵¹ Jerome Bruner, *Realidad mental y mundos posibles...*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁵² Cfr. Lev Vygotsky, "Pensamiento y lenguaje", *Obras...*, *op. cit.*, Obras Escogidas, Tomo IV, Antonio Machado Libros, España, 1989, p. 21 p. 340. ¿Véase? Entrevista de Eduard Punset con Gerd Gigerenzer... *op. cit.*, 13. Homo heuristicus: Why biased minds make better inferences G Gigerenzer, H Brighton - Topics in cognitive science, 2009 - Wiley Online Library.

¹⁵³ Steven Pinker, *El instinto del lenguaje*, Alianza, Madrid, 2012.

miento no está 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.¹⁵⁴

El experto en derecho, al exponer su idea fuera de su mente, desplegará dicha imagen mental de forma *discursiva lineal* empleando, en primer lugar, el lenguaje narrativo. De este modo, el operador del derecho irá conformando una narración que sentará las bases de sus argumentos. El “asunto” o el “tema” de las palabras con las que narramos está situado exactamente detrás de ellas y hacia donde parece que las empujamos mentalmente.¹⁵⁵ La narración lineal es una manera de la que 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 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.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Lev Vygotsky, “Pensamiento y lenguaje”, *Obras...*, *op. cit.*, p. 341.

¹⁵⁵ *Cfr.* William James, *El significado de la verdad*, *op. cit.*, p. 44.

¹⁵⁶ *Cfr.* Lev Vygotsky, “Conferencias sobre psicología”, *Obras...*, *op. cit.*, pp. 84-85.

En las narraciones se establecen ciertos antecedentes y consecuentes arbitrariamente conforme a nuestra experiencia y *sentido común*. Y esto es posible porque en todas las lenguas conocidas existen “marcadores de caso” mediante los cuales, en una narración, se detecta al agente que actúa, el objeto, la dirección, etc.¹⁵⁷ De hecho, tal como lo señala Propp, las partes de una historia narrada son funciones. Por esta razón las narraciones sirven como los primeros interpretantes de las proposiciones lógicas.¹⁵⁸

Como se ve, la narración argumentativa la construye la mente del experto en derecho al 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 sean lo más claros posible en la transmisión de la idea compleja. Dependiendo del lenguaje que usen y de cómo estructuren su narración, los expertos en derecho generarán a su vez, con cierto sentido, la imagen de su idea en otras personas. Sobre este tema los trabajos de Edward Sapir y Benjamin Lee Whorf son sumamente reveladores. Ambos autores afirman que el lenguaje determina la percepción individual de la realidad. Según se narren las cosas, la gente desarrollará una idea de lo expuesto.¹⁵⁹ Aunque esto es cierto, también lo es que, a partir de las narrativas que se expresan, se comprende cómo las personas construyen su percepción de los eventos de la realidad.

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

¹⁵⁷ Cfr. Lev Vygotsky, “Pensamiento y lenguaje”, *Obras...*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁵⁸ Vladimir Propp, *Morfología del cuento*, *op. cit.*, 1985.

¹⁵⁹ Cf. también las investigaciones de Daniel Kahneman. Se pueden consultar las referencias en Juan Abelardo Hernández Franco, *Argumentación jurídica*, Oxford University Press, México, 2011, pp. 49-50.

de explicación, como la lógica y el lenguaje técnico jurídico, para complementar y sustentar su discurso narrativo. Acorde con la forma narrativa, se desprende también la forma lógica que sustenta dicha narración. Un mismo evento puede tener distintas lógicas que lo justifiquen en razón de los diversos modos en que se lleve a cabo su narración.

En los últimos años, gracias a los estudios de Jerome Bruner y Anthony Amsterdam, sabemos que, en el campo del razonamiento jurídico, el primer medio empleado para expresar el pensamiento es la narración en lenguaje coloquial. Sólo se emplean, posteriormente, los lenguajes de tipo lógico formal (en cualquiera de sus variaciones) para comprobar la coherencia de nuestros planteamientos en tales modalidades explicativas.

Las narraciones permiten desplegar la imagen mental contemplativa en que nos presentamos a nosotros mismos una primera respuesta a las cuestiones jurídico-legales, la cual se construye conforme a nuestra experiencia y a todos aquellos datos acumulados vinculados con la legislación: sentencias, jurisprudencias, teorías y las diversas interpretaciones que conocemos de ellas.

2. NOCIONES O CONCEPTOS INDETERMINADOS

A partir de una distinción técnica en el vocabulario empleado en las obras de George Simmel (1858-1918) y de Wilhelm Dilthey (1833-1911) se diferencian los conceptos de las nociones (o conceptos indeterminados). Esta distinción es esencial para comprender los trabajos de Max Weber y, por consiguiente, del mundo jurídico de principios del siglo XX, en el que destaca Hans Kelsen. Una visión en que la ciencia emplea conceptos, mientras que la política (y toda ciencia social) utiliza nociones o conceptos indeterminados.

La narrativa ofrece un medio flexible y de fácil acceso para tratar los inseguros factores de los proyectos y las expectativas en los que se trabaja.¹⁶⁰ Y esto es así debido a que en el derecho no se maneja un conocimiento preciso ni exacto como el empleado en las matemáticas. Sin embargo, esto no significa que no se aproxime a un conocimiento formal científico. Utilizamos *nociones o conceptos indeterminados* para el campo de las ciencias sociales y las humanidades. Tales términos no pueden ser llamados propiamente *conceptos*.¹⁶¹

Los *conceptos* son términos absolutos que no varían en ninguna circunstancia. Por ejemplo, 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 en ninguna situación. Las ciencias exactas operan con *conceptos*, no con *nociones*.¹⁶² El derecho —que no es una ciencia exacta—¹⁶³ opera mediante el empleo de *nociones o conceptos indeterminados*. El significado de estos términos varía dependiendo de las circunstancia y experiencias de sus operadores.

¿Qué es ser rico? ¿Qué es exceso de legítima defensa? ¿Qué es la buena fe? Podemos dar definiciones generales, pero cada ejemplo variará según sus circunstancias. A diferencia de los conceptos, las nociones no son determinaciones absolutas. Las *nociones* sufren cierta adaptación en su contenido material para aplicarse a un caso concreto real de manera casi objetiva. La *noción* cuenta con cierta flexi-

¹⁶⁰ Cfr. Jerome Bruner, *La fábrica de historias, derecho, literatura y vida*, FCE, Buenos Aires, 2003, p. 49.

¹⁶¹ Juan Abelardo Hernández Franco y José Antonio Lozano Díez, *Sociología general y jurídica*, Oxford University Press, México, 2011, pp. 140-144. Las nociones son llamadas por algunos autores “conceptos Indeterminados”. Los “conceptos”, en razón de lo anterior, reciben el nombre de “conceptos determinados”.

¹⁶² También son nociones los llamados “conceptos indeterminados”.

¹⁶³ Es una ciencia según los parámetros de Max Weber.

bilidad que el *concepto* no tiene. Esta maleabilidad la emplea la mente del operador jurídico junto con su experiencia acumulada. Por eso el lenguaje de nociones o conceptos indeterminados permite adecuar ideas a casos concretos en circunstancias específicas.

Wilhelm Dilthey,¹⁶⁴ al igual que Max Weber¹⁶⁵ y Husserl¹⁶⁶ distinguen —con términos muy específicos— el modo en que la mente humana asimila conceptos y nociones. Los conceptos se “explican” y la mente los “entiende” (*Vernunft*). Por otra parte, las nociones requieren ser expuestas mediante “discursos argumentativos” para ser “comprendidas” (*Verstehen*) por aquellos que escuchan los argumentos. Las *nociones* —como los términos jurídicos— son un medio para que la mente jurídica adecue las leyes y sus criterios.

Es posible que se confunda lo *objetivo* del derecho con *absolutos* dogmáticos. Para comprender esto hay que distinguir lo objetivo de lo absoluto.¹⁶⁷ 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 que la norma no sea *absoluta* permite que el operador jurídico resuelva casi objetivamente un asunto jurídico o legal. Porque el sentido casi objetivo de la norma es algo que el operador ha construido empleando su conocimiento acumulado junto con la rea-

¹⁶⁴ Wilhelm Dilthey, *Psicología y teoría del conocimiento*, FCE, México, 1978, p. 197.

¹⁶⁵ Max Weber, *Economía y sociedad*, FCE, México, 1956, pp. 5 y 6.

¹⁶⁶ Distinción entre noético y noemático. Cfr. Edmund Husserl, *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica. Libro primero*, trad. José Gaos, FCE, México, 1997, parágrafos 85, 86 y 96.

¹⁶⁷ Este tema lo aborda con claridad Erich Fromm, *Ética y psicoanálisis*, FCE (Breviarios), México, 1952, p. 28.

lidad misma del asunto. Con su microfísica. Mientras más experiencia acumule el operador de las normas, más desarrollará el hábito de la comprensión objetiva de la realidad jurídica. La realidad no se comporta siempre igual y de la misma manera. Por eso la noción permite al experto en derecho ajustar su pensamiento a cada caso en su contexto y, de ese modo, ir “adecuando” la ley, sus principios y reglas a los asuntos con mayor objetividad.

El razonamiento jurídico emplea la narración porque en ella opera con *nociones*. La narración le permite flexibilizar su conocimiento para adecuarlo a cada una de las nuevas circunstancias a las que se enfrenta en cada caso. La narrativa que emplea *nociones* admite la expresión de la experiencia acumulada. Tal como lo señala el jurista Max Radin¹⁶⁸ las *nociones* —a diferencia de los *conceptos*— permiten expresar las experiencias acumuladas de los operadores de las palabras. De esta forma, se resuelven con la mayor objetividad posible los problemas jurídicos reales.

Esta afirmación es un hecho que se puede 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 asimila lo examinado e intenta ajustarlo mentalmente con sus experiencias. Por eso el filósofo Jean-Paul Sartre afirmaba que la noción “es una definición en interioridad, y que comprende en sí misma no solamente el tiempo que supone el objeto del cual hay noción, sino también su propio tiempo de conocimiento. Dicho de otra manera, es un pensamiento que introduce en sí mismo al tiempo”. La noción es un pensamiento que introduce el tiempo en ella.¹⁶⁹

Es un proceso distinto al de los individuos que trabajan empleando —la mayor parte del tiempo— *conceptos*. Estos

¹⁶⁸ Max Radin, *Law as Logic and Experience*, VIII, Yale University Press, New Haven, 1940.

¹⁶⁹ SIC, *Le Monde*, 14 de mayo de 1971, p. 20.

últimos no pueden modificar el dato exacto, duro y absoluto con el que trabajan. Son valores universales. Si sumamos 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 este modo puede abordar de manera casi objetiva un asunto y ajustar su pensamiento a las circunstancias específicas de cada caso. Si empleara las normas jurídicas como absolutos, se equivocaría notablemente en sus resoluciones la mayor parte del tiempo. Por esto, Radin afirmaba que, a través de la experiencia acumulada en las nociones, es posible formular nuevas hipótesis. Lo que no ocurre mediante el trabajo mental realizado sólo con *conceptos* absolutos.

Cuarta parte

La coherencia de un razonamiento no garantiza la calidad de la respuesta jurídica

El filósofo Bernard-Henri Lévy, durante una visita a México,¹⁷⁰ afirmaba que el pensamiento no es garantía contra la violencia y la tontería. No es un talismán ni una visa para evitar actos terribles.¹⁷¹ Los nazis y los estalinistas tuvieron muchas razones que formalmente podían ser consideradas como válidas y lógicamente coherentes, pero eso no les daba el carácter de correctas en la práctica. Las categorías de verosímil y verdadero no necesariamente coinciden con las de *pertinente* y *adecuado*.

El que una idea se exprese formalmente sólo garantiza que la forma coherente de su expresión sea comprensible, pero de ninguna manera avala finalmente una decisión ju-

¹⁷⁰ Participación en México durante el coloquio *El pensamiento: barbarie y sentido*, 20 de octubre de 2010.

¹⁷¹ 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 que 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.

dicial. Expresar formalmente una idea y demostrar su coherencia no asegura que sea la decisión adecuada. En este sentido, lo verosímil de una narración jurídica se debe apreciar también desde la perspectiva de los contextos particulares y adecuar la ley a la naturaleza y microfísica de los casos particulares. La narrativa del pensamiento operativo de la mente jurídica está siempre contextualizada y circunstanciada. La respuesta jurídica de calidad queda, pues, en manos de quienes analizan las construcciones narrativas de las partes en los asuntos jurídicos y cotejan su congruencia con la mecánica de los hechos verificables en la realidad.

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 operadores jurídicos, 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 inerte lógica, el pensamiento quedaría en el solipsismo.¹⁷² Por eso los pensamientos del experto en derecho se encuentran vinculados inseparablemente a sus criterios de experiencia y simbolización. La interpretación de las normas (o tipos jurídicos) avalorativas, al ser interpretadas por los operadores del derecho, cargan de criterios personales de experiencia tales variables. En este contexto, se ve claramente que lo positivo del derecho positivo sólo es la

¹⁷² George Santayana, *La vida de la razón*, Nova, Buenos Aires, 1954, p. 48.

formulación de las normas jurídicas, no su interpretación ni su simbolización para adecuarlas a la realidad de los casos.

Los significados de los términos que conforman el texto de una norma legal los direccionan sus usuarios al organizar sus elementos y orientarlos con cierto sentido intencional propositivo. Sólo así, la idea que el experto en derecho tiene para resolver un problema se expresará argumentativamente. Los términos en las normas pueden tener *usos semánticos* invariables, pero, en conjunto, los que conforman el texto de la norma adquieren un sentido por parte de los operadores de las normas y, de ese modo, son resignificados. El sentido con el que se aplican las normas jurídicas no está en el significado semántico, sino en la *intención semiótica* que las personas expertas desplazan en la normatividad.

El trabajo jurídico consiste en resolver problemas y expresarlos mediante la conformación de sentidos en los significados presentes en las normas. Propiamente, el operador desplaza el sentido de sus razonamientos a través de los términos de las normas jurídicas. En ellos, casi de forma inconsciente, también construye sentidos político-jurídicos, como los designa Kelsen en su teoría de la interpretación,¹⁷³ y emplea la maquinaria objetiva de la ley, que es avalorativa, en el Estado de derecho.

La observación avalorativa de las ciencias sociales —y entre ellas el derecho— es meramente instrumental. Su aplicación y direccionamiento a los casos concretos, al operar desde la narrativa mental subjetiva, se conecta invariablemente con la cultura y los valores que nos han sido inculcados por ella. Por eso la lectura de una conceptualización se encuentra comprometida en la dirección de la interpretación.¹⁷⁴

¹⁷³ Última parte de la *Teoría pura del derecho*, Ed. Porrúa, México, 1a edición, 1974, p. 219.

¹⁷⁴ Cfr. Jean Piaget, *La equilibración de las estructuras cognitivas. Problema central del desarrollo*, Siglo XXI, México, 1978, p. 143.

Así es posible percatarse de que la lógica jurídica operativa —que constituye la lógica experiencial de los profesionales del derecho— implica sus estados intencionales, como expresar un significado vinculado a sus creencias y deseos. Y aunque el derecho, en su carácter de ciencia social sea avalorativo, la actuación del operador del derecho no lo emplea avalorativamente sino 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, la interpretación jurídica material es invariablemente valorativa. Ésta es una característica fundamental de las operaciones con nociones jurídicas: se les puede asignar valoraciones particulares para atender a situaciones específicas de manera adecuada. De la misma opinión fue Hans Kelsen. Lo científico jurídico es sólo la enunciación narrativa. La función jurídica política se refiere a la libre dirección del significado circunstancial y subjetivo (semiótico) del operador jurídico.

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 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 mucha 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 multipli-

cidad 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.¹⁷⁵

En este contexto, si interpretar es una función jurídico-política, se trata de dar un sentido particular al significado de ciertas normas. Esto es posible, puesto que las normas, en su carácter jurídico-científico, carecen de valores y sentidos en sí mismas. A pesar de tener un uso semántico general, son susceptibles de ser cargadas de sentidos valorativos. Dar sentido quiere decir desplazar cierto grado de creencia sobre los significados normativos. Estas creencias no son otra cosa que el producto de varios años de experiencia acumulada por los expertos en derecho. En términos filosóficos se llama “praxis jurídica” y sus aportaciones se han expresado en varios casos como máximas jurídicas, reglas y principios generales de derecho.

Al interpretar el sentido de las normas en los casos concretos, el operador del derecho expresa su discurso experiencial intuitivo mediante un lenguaje narrativo que relata su razonamiento jurídico operativo y que está direccionado, invariablemente, por su subjetividad y, por consiguiente, por sus valores culturales dirigidos por las formas mentales. 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 como lo explican Karl Mannheim en *Ideolo-*

¹⁷⁵ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, VIII, *op. cit.*, p. 47.

gía y utopía,¹⁷⁶ y Leo Strauss, al proponer el estudio de una sociología de la filosofía. Sólo con un estudio de este tipo se podrían detectar las fuerzas filosóficas y políticas que se ponen en práctica en las leyes.

El conocimiento de los hechos que percibimos es, en gran parte, un reflejo de la forma en que nuestra cultura valora. De esta forma se puede comprender también porque nuestro conocimiento varía conforme cambian las respuestas que la cultura da al mundo. Además de esto, nuestra percepción también se modifica dependiendo de nuestras construcciones mentales y de la manera en que se nos presentan los hechos por analizar.¹⁷⁷

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”.¹⁷⁸ Y a esto debemos agregar que el tipo de lenguaje cultural empleado brinda formas mentales que direccionan nuestra forma de razonar los eventos. Tal como lo señala Dan Slobin:

No es 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.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Karl Mannheim, *Ideología y utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*, FCE, México, 1941.

¹⁷⁷ Sobre este tema se sugiere revisar los estudios de Daniel Kahneman. *Cfr.* Juan Abelardo Hernández Franco, *Argumentación jurídica*, Oxford University Press, México, 2010, pp. 49-50.

¹⁷⁸ Thomas Nagel, *The View from Nowhere*, Oxford University Press, Nueva York, 1986. También en Jerome Bruner, *Actos de significado. Más allá de la revolución cognitiva*, Alianza, Madrid, 1991, p. 30.

¹⁷⁹ Dan I. Slobin, “Verbalized Events: A Dynamic Approach to Linguistic Relativity and Determinism”, *Current Issues in Linguistic Theory*, 198, 2000, p. 107.

Esta misma condición 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 (o sentencia) de los tribunales con absoluta neutralidad. Intentar hacerlo nos llevaría a considerar todas las maneras alternativas posibles con las cuales los tribunales podrían haber clasificado los temas en cada 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 todas las posibles perspectivas legales y políticas. Este tipo de algoritmos existen más allá de la capacidad humana ordinaria.¹⁸⁰

Estas ideas también responden parcialmente a la crítica expuesta por Duncan Kennedy (y los miembros de los Critical Legal Studies) al positivismo formalista de Kelsen y H. L. A. Hart sobre por qué, para los positivistas, inevitablemente hay un área de indeterminación para todas las normas.¹⁸¹ La respuesta es, primero, porque las normas no funcionan como conceptos con valores absolutos. En segundo lugar, porque la mayor parte de las normas son nociones. El razonamiento jurídico, para resolver problemas, emplea nociones en sus narraciones. Para fundar sus decisiones, la mente jurídica, al leer las nociones contenidas en una norma legal, las asimila y ajusta al caso concreto que debe resolver. Desplaza, entonces —a través del significado de los términos normativos—, el sentido que su experiencia propone para resolver un caso específico. Esto se lleva a cabo gracias a la base de experiencia acumulada que los profesionales del derecho han adquirido a lo largo del tiempo.

¹⁸⁰ Jerome Bruner y Anthony G. Amsterdam, *Minding the Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, p. 10.

¹⁸¹ Duncan Kennedy, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Siglo XXI, México, 2010, p. 86.

Mark Kelman¹⁸² —uno de los fundadores de los Critical Legal Studies— se percató de esta cuestión al afirmar que los materiales jurídicos por sí mismos eran considerados indeterminados, porque el lenguaje que empleaban era, asimismo, indeterminado. Pero al no indagar respecto a las operaciones mentales propias del razonamiento jurídico, Kelman se limitó a señalar que tal situación era la que permitía la toma de arbitrarias (y políticas) decisiones judiciales. Pero, como ya se expuso, se observa 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 manera objetiva. Es una forma mental de proceder 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 se observa claramente en materia contencioso-administrativa, tal como lo señala Luis José 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 administrativa.¹⁸³

He aquí los límites de cualquier método jurídico y la fascinante creatividad de la mente jurídica.

¹⁸² Cfr. Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Massachusetts, 1987.

¹⁸³ Luis José Béjar Rivera, *El acto administrativo y su finalidad*, Porrúa, México, 2011, p. 39.

Quinta parte

Razonamiento judicial y argumentación jurídica

Argumentar es una acción que consiste, según el diccionario, en sacar en claro, deducir como consecuencia natural, descubrir, probar, aducir, alegar y, finalmente, *poner* argumentos. Un argumento es un razonamiento que se emplea para probar o demostrar una proposición, o bien para convencer a otra persona de aquello que se afirma o se niega. De forma tal que argumentar consiste en emplear razonamientos para demostrar una proposición (algo que se afirma o se niega). La teoría de la argumentación jurídica tiene como objeto de estudio los razonamientos utilizados para demostrar una proposición jurídica, es decir, las razones que sirven para justificar una determinada decisión jurídica.

Las decisiones jurídicas necesitan ser justificadas fundamentalmente porque carecen de una certeza clara, manifiesta y tan perceptible que nadie dude racionalmente de ellas, es decir, no son evidentes. Un mismo caso se puede decidir en un sentido en primera instancia, atendiendo las pretensiones y razones de una de las partes; luego, en apelación, la decisión puede variar, en atención a lo esgrimido por la parte que recurrió; finalmente, en una instancia constitucional, la decisión puede cambiar. Un ejemplo cla-

ro de que las decisiones jurídicas, en especial las judiciales, no son evidentes, es tanto la contradicción de criterios entre órganos judiciales terminales y el propio cambio de criterio de órganos judiciales terminales.

Las decisiones jurídicas también necesitan ser justificadas porque no pueden ser arbitrarias, ya que, en virtud del principio de legalidad, deben tener su fundamento en lo que expresamente señale una norma jurídica, o en la interpretación que de ella se haga.

En el caso concreto de un conflicto de intereses calificado por la pretensión de una parte y la resistencia de la otra (un litigio), que dé lugar a un proceso, al cabo de éste, el juzgador está obligado a tomar una decisión jurídica con la finalidad de poner fin al litigio: tal decisión, que se ha de expresar en un enunciado normativo singular, no siempre se sigue directamente de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes (premisa normativa), juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados (premisa fáctica). Eso es así **básicamente por cuatro causas**:

- 1) El lenguaje jurídico, es decir, las palabras y frases con las que se expresan las normas jurídicas, es vago.
- 2) Las diferentes normas que se empleen en un caso concreto pueden entrar en conflicto.
- 3) El que sean posibles casos que necesiten una regulación jurídica, pero para cuya regulación no hay una norma ya vigente (lagunas jurídicas).
- 4) La posibilidad de decidir incluso contra la literalidad de una norma en casos especiales.

Se afirma que la aplicación de las normas jurídicas implica un razonamiento de tipo silogístico, en el cual la premisa mayor está constituida por la norma genérica; la menor, por el juicio que declara realizado el supuesto de

aquella, y la conclusión, por el que imputa a los sujetos implicados en el caso las consecuencias de derecho. Por ejemplo:

Premisa mayor: se impondrán de tres días a un año de prisión y de tres a setenta y cinco días multa, a quien, sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última, ejecute en ella un acto erótico sexual, sin el propósito directo ni inmediato de llegar a la cópula. Se impondrán de seis meses a dos años de prisión y de seis a ciento cincuenta días multa si se hiciera uso de la violencia física o moral.

Premisa menor: *X* ejecutó en *Y*, que es una persona púber, un acto erótico sexual sin su consentimiento, aunque sin el propósito directo ni inmediato de llegar a la cópula. Entonces, *X* cometió el delito de acto libidinoso. Luego,

Conclusión: a *X* se le debe imponer una sanción de prisión de entre tres días y un año de prisión, así como la de multa de entre tres a setenta y cinco días.

La conclusión de un silogismo jurídico que decide una controversia es, propiamente, un enunciado normativo, es decir, una expresión lingüística cuya finalidad dirigir el comportamiento de otra persona, o sea, se trata de inducir a alguien a que lleve a cabo determinada acción. Por lo tanto, es posible distinguir, en el acto de determinar las consecuencias jurídicas de un determinado caso, dos momentos distintos: por un lado, la comprobación de que un hecho actualiza o encaja en la hipótesis de una norma, y, por el otro, la atribución de consecuencias normativas a determinadas personas.

Lo anterior pudiera parecer sencillo, puesto que, una vez establecidas las premisas del silogismo, la conclusión se infiere directamente de ellas. Se diría, pues, que la determinación de consecuencias normativas de un caso concreto es una operación de lógica formal... lo cual está lejos de la verdad. Lo problemático de las decisiones jurídicas, y

en concreto de las judiciales, radica, no en el paso de una premisa a otra y de allí a inferir la conclusión, sino en la fijación misma de las premisas.

Cuando las premisas contienen la información necesaria y suficiente para llegar a la conclusión, argumentar es un proceso *deductivo*. Un argumento deductivo es aquel cuyas premisas pretenden proporcionar bases concluyentes para la verdad de su conclusión; un argumento deductivo será *válido* si es imposible que sus premisas sean verdaderas sin que su conclusión lo sea:

Premisa mayor: Todos los seres humanos son mortales.

Premisa menor: Guadalupe es un ser humano.

Conclusión: Guadalupe es mortal.

Para que este argumento deductivo sea válido, es decir, para que su conclusión sea verdadera, las premisas de las que parte deben serlo también: *a) ¿es verdad que todos los seres humanos son mortales?; b) ¿es verdad que Guadalupe es un ser humano?* Si, en efecto, a ambas preguntas se responde con “es verdad”, entonces *necesariamente* la conclusión (*Guadalupe es mortal*) es verdadera también. En el caso de un silogismo jurídico operaría la misma fórmula:

- a) ¿Es verdad que existe una norma aplicable al caso concreto que dicta que “se impondrán de tres días a un año de prisión y de tres a setenta y cinco días multa, a quien, sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última, ejecute en ella un acto erótico sexual, sin el propósito directo a inmediato de llegar a la cópula”?
- b) ¿Es verdad que Y es una persona púber?
- c) ¿Es verdad que X ejecutó en Y un acto erótico sexual sin su consentimiento aunque sin el propósito directo ni inmediato de llegar a la cópula?

Recaséns resaltó que el verdadero meollo de la función judicial no radica ni remotamente en el silogismo que pueda formularse, sino que consiste en la *elección de premisas* por parte de quien juzga. Una vez elegidas las premisas, la mecánica silogística funcionará con facilidad. Pero funcionará con idéntica corrección cualesquiera que sean las premisas que el juez haya elegido. La lógica formal de la deducción trata solamente de la corrección formal de la inferencia, pero no suministra ningún criterio para elegir entre las varias premisas que sean posibles.

¿Qué sucede cuando se está en presencia de casos que necesiten una regulación jurídica, pero para la cual no hay una norma ya vigente (lagunas jurídicas)? En términos de Kelsen, es posible que se presenten conflictos de intereses que el orden jurídico no previene, pues *ningún orden jurídico puede prevenirlos todos*. En el sistema jurídico mexicano, a pesar de que resulta imposible que prevenga todos los conflictos de intereses, hay disposiciones que obligan a los juzgadores a resolverlos, aun ante el silencio, oscuridad o insuficiencia de las normas jurídicas.

Es importante destacar la distinción entre la interpretación de las normas jurídicas (o de los textos normativos) y la integración del sistema jurídico. En el primer caso se está en presencia de “algo” que es susceptible de ser interpretado: un texto que contiene disposiciones jurídicas; en el segundo, se trata de una “ausencia”, es decir, no hay o no existe un “algo”. Hay técnicas para interpretar los textos normativos, de la misma manera que las hay para integrar un determinado sistema normativo. La finalidad de la interpretación es asignar o determinar el sentido o significado que un texto normativo específico tiene al ser aplicado en una situación concreta; la finalidad de la integración consiste en establecer o crear una norma jurídica específica aplicable a una situación concreta.

El artículo 16 constitucional prescribe que todo acto de molestia que realice una autoridad debe estar contenido en un documento expedido por la autoridad competente en el que se *funde y motive* la “causa legal del procedimiento” del acto de molestia. Los actos de privación, a los que hace referencia el artículo 14 constitucional, *con mayor razón* deben cumplir con los requisitos precisados en el artículo 16. En fin, todo acto de autoridad debe estar *fundado y motivado*, lo que constituye una de las características de la denominada seguridad jurídica y del principio de legalidad que conforma el concepto *Estado de derecho*.

“*Fundar*” es la expresión precisa del precepto legal aplicable al caso; la cita de los preceptos legales, sustantivos y adjetivos, en que se apoye la determinación adoptada. Por su parte, “*motivar*” implica expresar razonamientos lógico-jurídicos sobre el porqué la autoridad consideró que el caso concreto se ajustaba **a la hipótesis normativa**.

Cuando el artículo 16 constitucional establece la obligación para las autoridades de fundar y motivar sus actos, tal obligación se satisface, desde el punto de vista formal, cuando se expresan las normas legales aplicables y los hechos que hacen que el caso encaje en las hipótesis normativas. Para ello basta que quede claro el razonamiento sustancial al respecto, sin que se exija formalmente mayor amplitud o abundancia que la expresión de lo estrictamente necesario para que sustancialmente se comprenda el argumento expresado. Sólo la omisión total de motivación, o la que es tan imprecisa que no dé elementos al afectado para defender sus derechos o impugnar el razonamiento aducido por las autoridades, podrá motivar la concesión del amparo por falta formal de motivación y fundamentación. Pero si se satisfacen estos requisitos en forma tal que el afectado conozca la esencia de los argumentos legales y de hecho en que se apoyó la autoridad, de manera que quede plenamente capacitado para rendir

prueba en contrario de los hechos aducidos por la autoridad, y para alegar en contra de su argumentación jurídica, se podrá conceder, o no, el amparo, por incorrecta fundamentación y motivación desde el punto de vista material o de contenido, pero no por violación formal de la garantía de que se trata, ya que ésta comprende ambos aspectos.¹⁸⁴

De lo anterior se sigue que se parte del supuesto de que la decisión judicial adopta la forma de un silogismo. Un silogismo es un argumento deductivo en el que se infiere una conclusión a partir de dos premisas:

Ningún juez es corrupto.	Se impondrá x sanción a quien cometa el delito de adulterio.
Algunos abogados son corruptos.	S ¹ cometió el delito de adulterio.
Por lo tanto, algunos abogados no son jueces.	Por lo tanto, a S ¹ se le debe imponer la sanción x.

Si a “fundar” se le da el sentido de expresar de manera precisa el precepto legal aplicable al caso, consiste, entonces, en la fijación de la premisa mayor o normativa del silogismo. En principio, pareciera que motivar estriba en precisar “los hechos que hacen que el caso encaje en las hipótesis normativas”, es decir, en la construcción de la premisa menor o fáctica del silogismo. Desde un punto de vista *formal*, la fundamentación y la motivación consisten en el establecimiento de las premisas del silogismo que justifica la decisión de quien juzga. Sin embargo, ya se destacó que, en ocasiones, se puede estar ante la ausencia de norma

¹⁸⁴ “Fundamentación y motivación. Violación formal y material”, *Semanario judicial de la Federación*, Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito. 72 Sexta Parte, p. 158, Jurisprudencia, Materia(s): Común.

aplicable a un conflicto de intereses sometido al conocimiento de la persona juzgadora, la cual no puede abstenerse de decidir alegando tal ausencia.

Esquemáticamente, y sólo para efectos de la exposición, es posible mencionar los problemas a los que se enfrenta quien juzga y las decisiones que debe tomar cuando resuelve un conflicto de intereses:

- 1) Decisión en torno a la *validez* de las normas jurídicas potencialmente aplicables al caso.
- 2) Decisión en torno al *sentido* o *significado* del texto normativo potencialmente aplicable al caso (*interpretación*).
- 3) Decisión sobre los hechos tenidos por probados (*evidencia*).
- 4) Decisión en torno a si los hechos tenidos por probados caen o no en los supuestos o hipótesis normativas (*subsunción*).
- 5) Decisión sobre las consecuencias que deben seguir a los hechos probados y calificados conforme a las normas jurídicas (*consecuencias*).
- 6) Decisión final, o sea, los puntos resolutivos.

No necesariamente se presentan todos los problemas, es decir, es posible que no haya dudas en torno las normas jurídicas potencialmente aplicables al caso, pero sí sobre el sentido que habría que darles a algunas. En tal caso, se enfrenta un problema de interpretación únicamente. Los problemas no se presentan siempre: no hay dudas en torno a la norma jurídica potencialmente aplicable al caso, ni a su sentido, ni a los hechos que se tienen por probados, ni a las consecuencias derivadas de su calificación normativa. En otras palabras, se está ante un caso *fácil*.

Los problemas no necesariamente se presentan en ese orden: inicialmente no hay dudas en torno a la validez de

la norma potencialmente aplicable al caso; sin embargo, al atribuirle cierto sentido, tales dudas aparecen. Así, se puede generar un problema de validez a partir de la interpretación que se le dé a un texto normativo. Los problemas no necesariamente son independientes entre sí: la decisión sobre las consecuencias que deben seguir a los hechos probados y calificados conforme a la norma jurídica puede ser (o de hecho es) resultado del sentido atribuido a dicha norma jurídica. Es decir, la solución al problema de las consecuencias está influida poderosamente por la solución al problema de la interpretación.

La palabra *caso* se emplea con el sentido de “toda cuestión planteada a un órgano jurisdiccional”. Los casos difíciles serán aquellos en los cuales existen desacuerdos en torno a alguna de las decisiones que debe tomar quien juzga: ¿por qué se ha decidido aplicar la norma jurídica Na y no la norma jurídica N°, por ejemplo. ¿Por qué el hecho Ha se ha tenido por probado conforme a la norma jurídica Na y el hecho H°, no, conforme a la misma norma jurídica?

Es decir, estamos ante un caso difícil cuando la construcción de alguna de las dos premisas del silogismo judicial no es pacífica o no hay consenso en torno a ella: existen diversas interpretaciones posibles de la norma aplicable o diversas calificaciones para un mismo hecho. Al contrario, hay casos en los que no se generan discrepancias en torno a las premisas del silogismo; se puede tratar del caso de una persona que confesó y está suficiente probado que ha cometido un delito, pero que argumenta una excluyente de responsabilidad o bien la operación de una atenuante de la pena.

Los seis tipos de problemas y respectivas decisiones que debe tomar el juzgador al aplicar una norma de derecho se resumen conforme al siguiente cuadro:

<i>Silogismo judicial</i>	<i>Problemas que debe resolver el juzgador</i>
Premisa normativa: texto normativo válido con un sentido o significado preciso y suficiente para calificar los hechos que se consideran probados.	1) De validez: ¿qué norma aplicar? 2) De interpretación: ¿qué sentido tiene el texto normativo que se aplicará?
Premisa fáctica: afirmaciones en torno a hechos que se consideran probadas.	3) De prueba: ¿qué hechos se consideran suficientemente probados?
Conclusión: consecuencias normativas que deben seguir tras calificar los hechos probados y conforme a la norma jurídica.	4) De consecuencias: ¿qué consecuencias se generan a partir de que los hechos suficientemente probados configuran la hipótesis de la norma por aplicar?

El problema de la validez (¿qué norma aplicar?) tiene diferentes fuentes: a) existe una norma jurídica aplicable; b) existe *más* de una norma jurídica aplicable; c) no existe norma jurídica alguna aplicable. Es aquí, esquemáticamente, el lugar o el momento en el que se enfrenta el problema de las *lagunas* normativas. Las lagunas se colman o el sistema se integra mediante diversas técnicas previstas en cada ordenamiento. En el sistema jurídico mexicano, por ejemplo, la Constitución prescribe el recurso de la analogía, de la mayoría de razón (ambas en todos los casos, excepto en los que impliquen imposición de penas) y de los principios generales del derecho.

Por otra parte, a diferencia de los argumentos deductivos, los argumentos o razonamientos *inductivos* no pretenden demostrar la verdad de sus conclusiones como consecuencias necesarias de sus premisas, sino sólo apoyarlas como probables o como probablemente verdaderas. La analogía es el argumento o razonamiento *inductivo más*

común, útil tanto para describir como para explicar: “La ciencia se construye con hechos, como una casa con ladrillos. Pero una colección de hechos no es más una ciencia de lo que una pila de ladrillos es una casa”.¹⁸⁵

Alguien podría decir que si se oye como gato, se ve como gato, huele como gato, entonces es un gato, pero lo que se estaría afirmando no es que *verdaderamente* sea cierto que estemos en presencia de un gato, sino que resulta altamente *probable* que estemos ante un gato. El uso de la analogía responde, pues, a probabilidad, no a verdad.¹⁸⁶ En términos generales, un argumento analógico contiene premisas que afirman, primero, que dos cosas o situaciones son similares en dos aspectos, y segundo, que una de esas cosas o situaciones tiene una característica adicional, de lo cual se extrae la conclusión de que la segunda cosa o situación tiene también esa otra característica.

Toda inferencia analógica parte de la similitud entre dos o más cosas en uno o más aspectos, para concluir la similitud de esas cosas en algún otro aspecto:

a, b, c y d tienen los atributos *X* y *Z*.

a, b y c tienen, además, el atributo *Y*.

Por lo tanto, *d* probablemente tiene también el atributo *Y*.

En el ámbito jurídico, el argumento analógico es uno de los más antiguos y utilizados, inspirado en la máxima latina *Ubi eadem ratio, idem ius*. Se puede definir al argumento por analogía como el procedimiento que justifica el traslado de la solución prevista para un determinado caso a

¹⁸⁵ Poincaré, citado por Irving M. Copi y Carl Cohen, *Introducción a la lógica*, Limusa, México, 2004, p. 445.

¹⁸⁶ De aquí que se haya empleado en ocasiones el término “abducción”, que se refiere al silogismo cuya premisa mayor es evidente y la menor menos evidente o sólo probable.

otro caso distinto no regulado por el ordenamiento jurídico, pero que se asemeja al primero en cuanto que comparte con aquél ciertas características esenciales o la *misma razón*.¹⁸⁷

Así, lo que justifica tal traslado es la *semejanza* o la *identidad de razón*. Puede tener diversos sentidos: *a)* como *finalidad*, se trata del para qué de la norma; *b)* como *principio*, estriba en el porqué, y *c)* como *objeto* de la norma, consiste en el *qué*. Es posible identificar los cuatro elementos básicos del argumento por analogía:

- 1) Una norma N^a que regula el supuesto S1, al que le aplica la consecuencia jurídica C.
- 2) Un supuesto S2 no regulado por ninguna norma.
- 3) Los supuestos S1 y S2 son *semejantes*.
- 4) Entre los supuestos S1 y S2 se aprecia *identidad de razón*.
- 5) Por lo tanto, se justifica la aplicación de la consecuencia C al supuesto S2.

En este sentido, es muy conocido el ejemplo siguiente:

- a)* En la entrada a una estación de ferrocarriles se localiza un letrero que claramente prescribe: “Prohibido entrar con perros”.
- b)* Un hombre pretende ingresar, o de hecho ingresa a la estación de ferrocarriles llevando consigo un caballo.
- c)* Un guardia ordena al hombre abandonar la estación en virtud de que le está prohibido entrar con su caballo.

¹⁸⁷ Ana Escusol y Ma. Pilar García, “Argumentación analógica y argumentación a contrario”, en Manuel Calvo (ed.), *Interpretación y argumentación jurídica*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1995, p. 125.

- d) El hombre del caballo le revira al guardia diciéndole que lo que está prohibido es ingresar con perros, mas no con caballos.
- e) Resulta evidente que el guardia ha hecho un razonamiento analógico para justificar la orden que le ha dado al hombre del caballo.

La pregunta es ¿qué habría pasado si en lugar de haber entrado a la estación de trenes con un caballo, el hombre lo hubiera hecho con un pollo o con una tortuga? Hay que resaltar que el problema fundamental del argumento analógico es la apreciación de la semejanza o de la identidad de razón, es decir, de la relevancia de la semejanza.¹⁸⁸ Lo ilustra lo sostenido en la sentencia correspondiente al recurso de apelación SUP-RAP-018/2000, dictada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación:

INELEGIBILIDAD. CUANDO SE ACREDITA RESPECTO DE UN CANDIDATO, DEBE OTORGARSE UN PLAZO RAZONABLE PARA SUSTITUIRLO ANTES DE LA JORNADA ELECTORAL. Cuando en un medio impugnativo jurisdiccional queda demostrada la inelegibilidad de un candidato con posterioridad a su registro, y el plazo para que el partido lleve a cabo sustituciones libremente ya concluyó, lo procedente es ordenar que la autoridad administrativa electoral conceda al partido o coalición postulante un plazo razonable y específico, para que sustituya al candidato que resultó inelegible, siempre y cuando sea antes de la jornada electoral. Lo anterior deriva de la interpretación analógica del artículo 181, apartado 2, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, que permite la sustitución en caso de fallecimiento o incapacidad total permanente, pues estas circunstancias impiden que el candidato pueda contender en el proceso electoral, sin que tal hecho sea imputable al ente político que lo postula, situación que también se presenta cuando después de registrado

¹⁸⁸ Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, *La argumentación en la justicia constitucional española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1987, p. 49.

surge o se constata su inelegibilidad, con lo cual se actualiza el principio justificativo de la analogía, que consiste en que, cuando se presentan dos situaciones jurídicas que obedecen a la misma razón, de las cuales una se encuentra regulada por la ley y la otra no, para la solución de la segunda debe aplicarse el mismo criterio que a la primera, lo cual se enuncia como: *Cuando hay la misma razón, debe haber la misma disposición.*

- 1) El artículo 181, apartado 2, del entonces Cofipe, preveía el supuesto en el que se permitía la sustitución en caso de fallecimiento o incapacidad total permanente, pues estas circunstancias impiden que el candidato pueda contender en el proceso electoral, sin que tal hecho sea imputable al ente político que lo postula (supuesto S1).
- 2) El siguiente supuesto no estaba regulado: cuando en un medio impugnativo jurisdiccional quedaba demostrada la inelegibilidad de una persona candidata con posterioridad a su registro y el plazo para que el partido llevara a cabo sustituciones libremente ya había concluido (supuesto S2).
- 3) Entre el supuesto S1 y el supuesto S2 existía semejanza: falta de persona candidata ya registrada por causas no imputables al partido que le registró.
- 4) Entre el supuesto S1 y el supuesto S2 existe *identidad de razón*: para que el partido que registró a la persona candidata que falta, por causa no imputable al propio partido, pueda registrar a otra candidata y pueda participar en el proceso correspondiente.
- 5) Por lo tanto, se justifica el traslado de la consecuencia prevista en el supuesto S1 al supuesto S2: cuando en un medio impugnativo jurisdiccional queda demostrada la inelegibilidad de una persona candidata con posterioridad a su registro, y el plazo para que el partido lleve a cabo sustituciones libremente

ya concluyó, lo procedente es ordenar que la autoridad administrativa electoral conceda al partido o coalición postulante un plazo razonable y específico para que sustituya a la persona candidata que resultó inelegible, siempre y cuando sea antes de la jornada electoral.

Otro ejemplo, ahora extraído del *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tomo XIII, mayo de 2001. Tesis XIV. 2º, 40 K, p. 1225:

REVISIÓN, ESCRITO DE. EL TRIBUNAL COLEGIADO ESTÁ FACULTADO PARA REQUERIR SE SUBSANE SU IRREGULARIDAD. Si en términos del artículo 178 de la Ley de Amparo, el Tribunal Colegiado está facultado para examinar las demandas de amparo y prevenir o requerir para que se llenen los requisitos omitidos, porque la *ratio legis* de dicho numeral consiste en no dejar en estado de indefensión al promovente, no debe existir obstáculo para que este dispositivo pueda ser aplicable por analogía al escrito de expresión de agravios en la revisión, en el que no existe secuencia ni en contenido, ni en la numeración de hojas, a fin de prevenírsele para el efecto de que se aclare la omisión, con el apercibimiento que de no subsanarla, se abordará el estudio con los elementos que se deduzcan en dicho memorial, pues sólo así se le garantiza el derecho que tiene de que se revise su escrito de expresión de agravios en su integridad.

El artículo 178 de la Ley de Amparo preveía el supuesto en el cual el Tribunal Colegiado estaba facultado para examinar las demandas de amparo y prevenir o requerir para que se llenen los requisitos omitidos; no existía norma que previera el supuesto que consiste en que el escrito de expresión de agravios en la revisión no tuviera secuencia ni en el contenido, ni en la numeración de hojas; los dos supuestos anteriores son semejantes y en ambos opera la misma razón: no dejar en estado de indefensión a quien promueve. Por lo tanto, se justificaba el traslado de la con-

secuencia prevista en el primer supuesto al segundo: el tribunal puede prevenir o requerir para que se llenen los requisitos omitidos.

Ezquiaga, tras analizar las sentencias del Tribunal Constitucional español a finales de la década de 1980, identificó algunos límites que el **órgano impuso al uso de la analogía**:

- a) No es posible utilizarla cuando los supuestos no guardan semejanza o similitud.
- b) Su aplicación es imposible cuando el legislador ha pretendido regular restrictivamente una materia.
- c) No cabe usarla para restringir el derecho.
- d) Es incapaz de suplir la falta de desarrollo legislativo.
- e) Debe existir un **“ámbito de analogía”**.

Por lo que se refiera al argumento *a contrario*, se define como el que dado un *enunciado normativo que predica una calificación normativa de un término perteneciente a un enunciado destinado a un sujeto o a una clase de sujetos, se debe evitar extender el significado de aquel término de tal modo que comprenda a sujetos no estricta y literalmente incluidos en el término calificado por el primer enunciado normativo*,¹⁸⁹ en otras palabras, se basa en la presunción de que si el legislador ha regulado expresamente una hipótesis, entonces esa regulación se refiere a esa hipótesis y sólo a ella: “En todo caso, el artículo 314 de la legislación electoral local dispone clara y directamente que durante el proceso electoral todos los días son hábiles, precepto que, interpretado *a contrario sensu*, significa que fuera del proceso electoral, no todos los días son hábiles”.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Tarello, *apud* Ezquiaga, *La argumentación en la justicia...*, *op. cit.*, p. 165.

¹⁹⁰ Sentencia dictada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SUP-JDC-600/2003.

Un ejemplo más:

El inciso *c*) del artículo en cita, proporciona un elemento significativo que pone de manifiesto que, al hacerse la asignación, no necesariamente debe quedar colmado el tope de regidurías previsto, pues establece que una vez que se han repartido regidurías por el principio de representación mínima y se ha descontado de la votación de los partidos políticos el valor de la regiduría asignada, y queden todavía regidurías pendientes de asignar, se otorgarán al partido o coalición con mayor número de votos sobrantes, siempre y cuando este resto equivalga al 1.5% de la votación válida, disposición que aplicada *a contrario sensu* implica que cuando el *resto* de votos no equivalga al 1.5% de la votación válida, no se hará la asignación de las regidurías restantes.¹⁹¹

Por medio de este tipo de argumentos se rechaza cualquier otra hipótesis distinta a la expresamente contemplada por quien creó la norma, lo que incluye la hipótesis contraria e implica que la regulación no se extienda a las demás especies del mismo género no mencionadas en el texto.

Se ha sostenido que la relación entre el argumento por analogía y el argumento *a contrario* es tal que en los supuestos en que se razona por analogía aparece la posibilidad de argumentar *a contrario* y viceversa, pues ambos mecanismos se utilizan para colmar lagunas normativas.¹⁹² Cuando éstas se presentan, se puede optar por el uso de una analogía (“si el legislador hubiese regulado el supuesto en cuestión, lo hubiere hecho de manera similar a la regulación *expresamente* prevista para otro supuesto semejante”) o de un argumento *a contrario* (“si el legislador ha regulado supuestos semejantes en un determinado sentido y en este

¹⁹¹ REGIDORES POR EL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. NO NECESARIAMENTE DEBEN ASIGNARSE EN SU TOTALIDAD (Legislación de Guerrero). Tesis S3ELJ 48/2002.

¹⁹² Manuel Atienza, *Sobre la analogía en el derecho*, Civitas, Madrid, 1986, p. 191.

caso concreto se ha abstenido de hacerlo, es porque así lo ha querido de manera implícita”).

En ese sentido, este tipo de argumento puede ser utilizado tanto para *interpretar* una norma como para *integrar* el sistema normativo. Guastini afirma que se hace un uso productor de este tipo de argumento cuando se sostiene que una disposición de la forma “si F1 entonces G” debe entenderse en el sentido de que “sólo si F1 entonces G” y, por lo tanto, se excluye que la misma consecuencia jurídica G se produzca también en presencia de un supuesto de hecho F2. Lo anterior conduce a la nueva norma “si F1, entonces no G”.¹⁹³

Conforme a un uso del argumento a contrario como el anterior, la idea que subyace no es que exista una laguna donde la ley no dice nada, sino que, donde la ley no dice nada, existe una norma implícita de contenido opuesto al de la disposición que se interpreta; en esto consiste, precisamente, el uso productor del argumento *a contrario*.¹⁹⁴

Por lo regular, se predicán las siguientes características del argumento a contrario:

- 1) Se considera un instrumento de interpretación lingüística o literal, puesto que se evita salir del texto interpretado y se le guarda un respeto importante a lo que textual o literalmente expresa el documento interpretado.
- 2) Sirve para hacer funcionar la interpretación restrictiva, es decir, aquella que restringe o circunscribe el significado *prima facie* de una disposición excluyendo de su campo de aplicación algunos supuestos de hecho que podrían entrar dentro de él.

¹⁹³ Ricardo Guastini, *Estudio sobre la interpretación jurídica*, Porrúa, México, 2000, p. 29.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 30.

- 3) Para ser utilizado, se requiere estar en presencia de un silencio de la ley, de una laguna jurídica.
- 4) Se justifica su utilización en atención a la presunta voluntad del “legislador racional”.

Finalmente, el argumento *a fortiori* se define como el procedimiento discursivo por el que, dada una norma jurídica que predica una obligación u otra calificación normativa de un sujeto o de una clase de sujetos, se debe concluir que valga otra norma que predique la misma calificación normativa de otro sujeto o clase de sujetos que se encuentran en situación tal que merecen, con mayor razón que el primer sujeto o clase de sujetos, la calificación que la norma dada establece para el primer sujeto o clase de sujetos.¹⁹⁵ Se trata de que los motivos que inspiraron una determinada norma jurídica pueden presentarse de manera más palpable y evidente en supuestos de hecho no regulados por norma jurídica alguna.

A diferencia de lo que sucede con el argumento por analogía, en el que opera la semejanza y la igualdad de razón, en este caso no se presenta la similitud o semejanza, sino la razón que informa a la norma; por ello no es necesario que la conducta a la que se extiende el significado del enunciado sea semejante o análoga a la que sin duda el enunciado ya se refería, basta con que la primera *meretca con mayor razón* la calificación normativa reservada a la segunda. El argumento *a fortiori* tiene dos esquemas o formas: a *maiori ad minus* (de mayor a menor) y a *minori ad maius* (de menor a mayor).

Entre las principales características de este tipo de argumento jurídico destacan:

- 1) Que exige, como condición de utilización, un silencio legislativo, es decir, una laguna normativa respecto de una hipótesis dudosa.

¹⁹⁵ Tarello, *apud* Luis Javier Fernández Abad y Raúl Estremera Cebrián, “Argumentación apagógica, *a fortiori* y económica”, en Manuel Calvo, *Interpretación y argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 96.

- 2) Más que un argumento interpretativo, es un argumento productor de nuevas normas, es decir, es útil para integrar el sistema normativo.
- 3) El uso de este tipo de argumentos se funda en la *mayor razón* y en la presunta voluntad del legislador, ya que considera que la conclusión obtenida por medio del argumento refleja la voluntad implícita del legislador.

Véase algunos ejemplos:

PODER OTORGADO POR LA ASAMBLEA GENERAL DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL ES INNECESARIO QUE LA ESCRITURA PÚBLICA EN LA QUE SE HAGA CONSTAR CONTenga LA INSERCIÓN RELATIVA A LAS FACULTADES DEL OTORGANTE. El artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala que en la protocolización de actas que contengan poderes otorgados por dichas sociedades, los notarios públicos harán constar, mediante la relación, inserción o el agregado al apéndice de las certificaciones de los documentos que al efecto se le exhiban, que acreditan las facultades del órgano social que acordó el otorgamiento del poder, conforme a los estatutos de la sociedad. De ahí que la finalidad de exigir los requisitos destacados no puede ser otra que la de dejar constancia de que el poderdante efectivamente goza de las facultades y calidad con que se ostenta, y de que legal y estatutariamente está autorizado para otorgar el poder de referencia, con lo que se brinda seguridad jurídica a terceros que celebren actos jurídicos con las sociedades mercantiles, a través de quien se ostente como su apoderado. Por lo anterior, es indudable que cuando es la asamblea de socios, en manifestación de la voluntad de sus integrantes, quien otorga el poder, es innecesario que se acredite con los estatutos que dicho órgano cuenta con facultades para ello, porque no se trata de una facultad delegada —como sería el caso en que el poder fuera otorgado por el órgano de administración— sino del ejercicio directo de esa facultad, por la propia sociedad mercantil; máxime si el artículo 78 de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala que la asamblea de socios tiene facultades amplias de autodeterminación de la sociedad mercantil, entre otras, las

de nombrar y remover a los gerentes, modificar el contrato social e, incluso, decidir sobre la disolución de la sociedad; pues en esos términos, si las facultades de la asamblea de socios son tan amplias que sus decisiones pueden repercutir, incluso, en su subsistencia o insubsistencia, con mayor razón aquélla puede decidir lo relativo al nombramiento de apoderados, siendo aplicable al respecto el principio jurídico consistente en que “quien puede lo más puede lo menos”.¹⁹⁶

USUCAPIÓN. LA CAUSA GENERADORA DE LA POSESIÓN PUEDE ACREDITARSE CON UN TÍTULO CON APARIENCIA DE SER OBJETIVAMENTE VÁLIDO. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA). En términos de los artículos 1152 y 1187 del Código Civil para el Estado de Tlaxcala, la persona que plantea la usucapión, expresando la causa generadora de su posesión, debe probar la existencia de su título, ya sea objetiva o subjetivamente válido, el cual por su propia naturaleza debe ser traslativo de dominio, como la compraventa, donación, permuta, etc. Ahora bien, si la citada legislación sustantiva civil, permite adquirir por usucapión al poseedor que tiene un título subjetivamente válido, con mayor razón podrá adquirir a través de ese medio, quien tiene un título que en apariencia es objetivamente válido; lo anterior, en observancia al principio lógico jurídico que dice: “El que puede lo más, puede lo menos”. Es cierto que si el actor en un juicio de usucapión tiene un título perfecto, carecería de sentido el ejercicio de tal acción; sin embargo, cuando se exhibe un título que en apariencia es objetivamente válido, el juzgador no puede por este solo hecho declarar improcedente la acción, puesto que la ley sólo exige que el demandante pruebe la causa generadora de la posesión, no pudiendo en consecuencia aquél desestimar la acción por no encontrar vicio alguno en el título, máxime si se considera que existen vicios que no pueden detectarse por la sola lectura del documento.¹⁹⁷

¹⁹⁶ *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Primera Sala, tomo XX, julio de 2004. Tesis: 1a/J.46/2004, Jurisprudencia, Materia(s): Civil, p. 163.

¹⁹⁷ *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tomo III, marzo de 1996. Tesis: V1.3º.29 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil, p. 1041.

FRONTÓN. LEY FEDERAL DEL IMPUESTO SOBRE LOTERÍAS, RIFAS, SORTEOS Y JUEGOS PERMITIDOS, ANTERIOR A LA REFORMA DE 1966. NO SON CAUSANTES DEL IMPUESTO, LOS APOSTADORES QUE OBTENGAN GANANCIAS EN LOS JUEGOS DE FRONTÓN. Tratándose de apostadores, de conformidad con la Ley del Impuesto sobre Loterías, Rifas, Sorteos y Juegos Permitidos, anterior a la reforma de 1966, el único caso en que deben pagar el tributo correspondiente se presenta cuando apuestan y obtienen una determinada cantidad de dinero como ganancia en las carreras de caballos, no así en los juegos de frontón, toda vez que en dicha ley no existe precepto alguno que determine que el público apostador que obtenga alguna ganancia por apostar en los juegos de frontón, debe cubrir el impuesto de referencia; en consecuencia, no pueden quedar comprendidas dichas personas en la fracción II del artículo 11 de la ley invocada, que establece que son causantes del impuesto quienes obtengan premios en los casos especificados por esta ley; y, por tanto, los empresarios no tienen la obligación de retener cantidad alguna para cubrir el impuesto, y menos aún puede aceptarse que sean responsables solidarios del pago de ese impuesto.¹⁹⁸

¹⁹⁸ *Semanario judicial de la Federación*, Sexta Época, Instancia: Segunda Sala, Tercera Parte, tomo CXXVIII. Tesis Aislada, Materia (s): Administrativa, p. 20.

Anexo 1

ENTREVISTA DE

K. R. EISSLER A HANS KELSEN

Traducción de Juan Abelardo Hernández Franco

Introducción

El psicólogo Kurt Robert Eissler llevó a cabo una entrevista el 19 de diciembre de 1953 a Hans Kelsen por encargo de los *Sigmund Freud Archives, Inc.* Actualmente el documento se encuentra en la Biblioteca del Congreso en Washington, D.C., en la caja 120, junto con una entrevista a C. G. Jung. Por restricciones de la Biblioteca, la entrevista a Kelsen no se podría fotocopiar sino hasta el 2020; sin embargo, era posible consultarla y citarla. Mario G. Losano escribió en 1977 un artículo titulado *I rapporti tra Kelsen e Freud*,¹ en el que refiere parte de su contenido.

A continuación se presenta la traducción al español de esta entrevista. Quiero agradecer al doctor Emanuel E. García, albacea literario de K. R. Eissler, por otorgar la autorización para la publicación de esta entrevista en español. También agradezco el apoyo de Louis Rose, directora

¹ “Relaciones entre Kelsen y Freud”, publicado en *Sociologia del Diritto*, núm. 1, 1977.

ejecutiva de los Sigmund Freud Archives y de Margaret McAleer, miembro de la Biblioteca del Congreso por sus amables gestiones para obtener los permisos.²

Juan Abelardo Hernández Franco

Dr. KELSEN

19 de diciembre de 1953

Kelsen: Por lo que puedo recordar, entré en contacto personal con el profesor Freud en el verano de 1921 o 1920, cuando pasamos un verano juntos en Seefeld, en el Tirol. En esa ocasión, a menudo salía a caminar con él.

Eissler: Creo que dijo que lo conoció por primera vez en el seminario, *Herr* profesor.

Kelsen: ¡Sí! La primera vez fue ahí. Entonces lo conocí personalmente. Fue en el seminario que dio en la universidad sobre psicoanálisis.

Eissler: ¿Dónde fue eso, profesor?

Kelsen: No recuerdo si fue en la universidad o en un lugar privado de la Sociedad Psicoanalítica. No lo visualizo con claridad... Fue en un tiempo cercano a la Primera Guerra Mundial.

² Correo recibido el jueves 11 de agosto de 2022.

Dear Dr. Franco,

Dr. Emanuel García has approved your request as described in your permission form. Please be sure to provide Dr. García with a copy of the publication.

I'm very glad Hans Kelsen's interview will be available in Spanish. Please let me know if I can provide any further assistance.

With best regards,

Louis Rose

Executive Director, Sigmund Freud Archives

Professor emeritus, Modern European History

Otterbein University

Westerville, OH 43081

lrose@otterbein.edu

Eissler: ¿Y eso fue todo un semestre? ¿Una vez por semana? O...

Kelsen: Eso fue una vez a la semana, por lo que puedo recordar, durante un semestre.

Eissler: ¿Y usted fue invitado, profesor? ¿O por qué estaba ahí?

Kelsen: ¿Por qué? No recuerdo. Pero no creo que me haya invitado personalmente. Creo que le expresé mi interés por el psicoanálisis y le pedí asistir al seminario.

Eissler: ¿Cómo fue eso? ¿Lo visitó usted? O...Kelsen: Sólo tengo un recuerdo muy vago de ese seminario.

Eissler: Y luego, años más tarde, ¿se encontró por casualidad con el profesor Freud en Seefeld?

Kelsen: Eso fue pura coincidencia, ¡sí! [Mi esposa y yo] pasamos el verano en Seefeld y descubrimos que Freud estaba allí. A menudo salíamos a caminar juntos y platicábamos. Tengo una anécdota particular de la que tengo vívidos recuerdos.

Uno de mis colegas, profesor de economía —pero no en la Universidad de Viena—, vivía en un pueblo vecino. En una ocasión, cuando lo visité, me dijo:

—Sé que estás interesado en la interpretación de los sueños, y tengo uno muy extraño. Quizá puedas interpretarlo para mí. Veo este sueño muy a menudo.

—¡Cuéntame ese sueño! —le respondí.

—El sueño trata sobre la muerte de mis hijos. En él mis hijos mueren.

Tuvo tres hijos, tres niños pequeños, ¿sabe? Comenté entonces:

—Y, claro, eso te molesta mucho.—¡No! —respondió—, lo raro es que no me molesta en absoluto. Por ejemplo, anoche soñé que un hombre venía a mí y me decía: “Profesor,

sus hijos han muerto”. Y entonces le dije: “¡Está bien, méte-los en el congelador!”.

—¡Es un sueño extraño! —le respondí—, y realmente no sé qué explicación darle. Pero justo mañana tengo una cita con el profesor Freud y, cuando salgamos a caminar juntos, le contaré este sueño.

Cuando me reuní con Freud, le conté el sueño y me dijo: “Por supuesto que no se puede analizar un sueño tan a la distancia. Pero, en general, éste es un sueño muy típico. Es el sueño de un hombre que vive en un matrimonio infeliz, que quiere divorciarse de su esposa, pero el divorcio no se lleva a cabo porque hay hijos. Es un deseo de muerte inconsciente”.

En el momento en que me dijo eso, supe que ésa era la única interpretación correcta del sueño. Este colega mío me contó que tenía una aventura con una de sus secretarias y ella le había pedido que se divorciara de su esposa y se casara con ella. Evidentemente, la esposa no le daría el divorcio porque tenía hijos.

En ese momento pensé que si Freud me hubiera hablado del caso, no en relación con la interpretación absolutamente correcta del sueño, lo habría considerado absurdo. Pero en relación con la interpretación del sueño, es perfectamente correcta. Por supuesto, Freud no tenía idea de quién era el sueño. Así que me dije a mí mismo: “¡Algo debe haber!”.

Lo gracioso de este sueño es el chiste sobre el que me llamó la atención Freud, a saber, que dice: pon a los niños en una hielera. Más tarde los sacaré de nuevo, ¡para luego usarlos nuevamente!

En la misma ocasión, Freud me contó un caso que atendió en su consultorio. Lo publicó más tarde... o antes. Era el caso de un hombre que acudió a él con graves trastornos neuróticos. Y el análisis mostraba que estas perturbaciones partieron de un evento aparente y completamente inofensivo. El hombre estaba jugando con su hijo. Lo levantó tan

alto que su cabeza llegó a tocar el candelabro. Al niño no le pasó nada en absoluto, no se hizo el más mínimo daño. Pero a partir de ese momento el hombre perdió completamente el equilibrio. Freud me dijo que eso fue sólo un intento de asesinato inconsciente. Y eso explica los graves disturbios.

En otra de estas tantas ocasiones en que nos reunimos, le dije a Freud cuán grande era mi admiración por su logro; el cual considero uno de los más importantes en el campo de la psicología. Sin embargo, también le manifesté mi escepticismo respecto al éxito terapéutico del psicoanálisis. En esa ocasión, Freud me respondió algo que me impresionó muy profundamente. No recuerdo la conexión puntual. Pero recuerdo exactamente lo que me respondió: “Tenemos que acercarnos a las personas como médicos para realmente aprender de ellos, lo que realmente está pasando dentro de ellos”.

Al escuchar esas palabras llegué a la conclusión de que ese hombre era ante todo un erudito, un investigador. Y que él, sólo en segundo lugar, era un doctor. Yo también soy doctor, pero lo que es mucho más importante para mí —antes que cualquier otra cosa— es experimentar; saber qué pasa en las personas. Un erudito, y en segundo lugar un doctor.

Eissler: ¿Dijo algo Freud sobre su apreciación de los efectos terapéuticos del análisis?

Kelsen: Por lo que puedo recordar, me dio a entender que el psicoanálisis es uno de varios métodos y, de ninguna manera, el único. Mi impresión fue que él —al igual que yo— no valoraba tanto el aspecto terapéutico como la función científicamente explicativa del psicoanálisis. Mi impresión fue que, básicamente, compartía mi visión de que la gran importancia del psicoanálisis radica en el campo de la ciencia explicativa y no tanto en el campo de la medicina terapéutica. Que compartía conmigo este punto de vista. No quiero decirlo abiertamente, pero no se opuso en lo absoluto.

Eissler: Sí. Señor profesor, ¿por qué pensó que el efecto terapéutico del análisis no es muy bueno?

Kelsen: Antes que nada, yo estaba al tanto de un caso en el que el paciente terminó suicidándose.

Eissler: ¿Quién estuvo en análisis con Freud? ¿Ha conocido pacientes que fueron tratados por Freud?

Kelsen: He conocido algunos en terapia, pero no estaban con Freud. Sólo conocí pacientes que eran de otros. Nunca a un solo paciente tratado por el mismo Freud. Sólo de otros. Mi impresión general fue que mientras la gente estaba en psicoanálisis, había una mejora evidente, pero en el momento en que ya no se aplicaba el psicoanálisis, la cura, el método o la condición no era significativamente mejor que antes.

Eissler: Sí.

Kelsen: Quiero decir que no he seguido las cosas tan de cerca. Esa fue mi impresión general. Personalmente, me sentí un lego en esta área, y mi sensación fue que, sin duda, puede tener un efecto curativo. Sin embargo, hay gente que ha tenido efectos contrarios.

Eissler: ¿Freud le dio ejemplos de la práctica freudiana?

Kelsen: Este ejemplo que le conté sobre el padre que juega con su hijo es un ejemplo de práctica freudiana.

Eissler: Sí, entiendo.

Kelsen: A partir de ese momento mostró graves trastornos neuróticos que Freud interpretó a modo de análisis como un intento inconsciente de asesinato.

Eissler: ¿Y de qué hablaba principalmente con Freud durante esos paseos? Si eran casi todos los días.

Kelsen: Lo fueron. Salí a caminar con él varias veces. Ni siquiera puedo recordar con qué frecuencia, cómo y dónde. Estas cosas pasaron hace mucho tiempo. Por favor, eso fue

en 1920 o 1921. Eso fue hace más de 30 años. Cómo podría yo...Eissler: Sí, sí.

Kelsen: Puedo recordar que, en ese entonces, a menudo hablábamos con Anna Freud. Especialmente hablaba con mi esposa, que estaba muy interesada en el análisis infantil y en las cuestiones pedagógicas. Teníamos dos niñas pequeñas y, por supuesto, mi esposa estaba muy interesada, y creo que habló a menudo con Anna Freud sobre esto. Pero tampoco puedo recordar exactamente eso.

Eissler: ¿Habló con el propio Freud sobre los niños?

Kelsen: ¡No! Yo no pienso lo mismo de mis hijas, no.

Eissler: ¿Le pidió que salieran a caminar? ¿O cómo fue?

Kelsen: Tampoco recuerdo como fue.

Eissler: Pero ocurrió.

Kelsen: Pero en todo caso accedió. Si yo lo pedí o él me lo pidió, ya no lo sé.

Eissler: Luego usted impartió una conferencia en la asociación, ¿no es así? ¿Y no fue una disputa con Freud sobre Platón?

Kelsen: ¡No! Eso no fue una conferencia. O no recuerdo que fuera una conferencia. Sólo recuerdo que publiqué dos ensayos: uno en *Imago*, el de “Sobre el amor platónico”, y otro en otra revista psicoanalítica sobre psicología social y análisis de masas, siguiendo los libros de Freud.

Eissler: Creo que eso también está en *Imago*, ¿no? Creo que fue un artículo en inglés en *American Imago*.

Kelsen: El artículo de *American Imago* es una traducción de mi artículo.

Eissler: ¡Oh! ¿Esto es una traducción?

Kelsen: No, este ensayo sobre el... Puedo decirle exactamente dónde se publicó, quiero un... Sí, “El concepto de Es-

tado y la psicología social con especial referencia a la teoría de masas de Freud”, en *Imago. Journal for the Application of Psychoanalysis to the Humanities*, vol. 8, 1922. Eso apareció luego en traducción al inglés. Sí, en *The International Journal of Psychoanalysis*.

Eissler: ¡Oh! ¡Ahí está la traducción!

Kelsen: Sí, “La concepción del Estado y la psicología social con especial referencia a la psicología del grupo de Freud”. Ésta es la traducción del mismo ensayo.

Eissler: ¿Y eso no llevó a una discusión con Freud?

Kelsen: No que yo recuerde.

Eissler: ¿Y tampoco correspondencia?

Kelsen: ¡No, no! No, no. Por lo que recuerdo, ¡no!

Eissler: ¿No vio al profesor después de Seefeld?

Kelsen: No puedo recordar. ¡No, no puedo recordar! Es posible, pero no puedo recordar.

Eissler: ¿Y tampoco recibía noticias de él? ¿Nada especial? ¿Estaba en contacto con gente cercana a él?

Kelsen: Sí.

Eissler: ¿En contacto?

Kelsen: Estuve en contacto constante con psicoanalistas. Creo que mi esposa vio a Anna Freud frecuentemente. Yo estuve en contacto constante con psicoanalistas. Era muy buen amigo de ellos y seguí escuchando y escuchando sobre Freud. Por supuesto, siempre he tenido un gran interés en él. No hay correspondencia. Sólo le escribí una carta y él nunca me escribió una.

Eissler: ¿Y cuál fue su impresión personal, profesor?

Kelsen: Mi impresión personal, la que obtuve especialmente en Seefeld, fue la de una persona —me gustaría decirlo— fría, no apasionada. De una persona que está esencialmente

determinada por su mente. Que persigue su objetivo con gran energía. Que podía no ser muy escrupuloso en la elección de sus discípulos.

Eissler: Sí.

Kelsen: Le bastaba con que alguien asumiera su teoría y le representara. Si el discípulo era un erudito mayor o menor no era tan importante para él. Lo que más le importaba era que su teoría se difundiera. Entre sus seguidores conocí a algunos que no me parecieron muy importantes, cuya única justificación era que se limitaban a abrazar la teoría de Freud.

Eissler: Sí. Kelsen: ¡Ésa fue mi impresión! Pero, por supuesto, podría estar equivocado al respecto.

Eissler: ¿Habló con Freud sobre esta cuestión?

Kelsen: ¡No, no!

Eissler: ¿No dijo nada sobre los discípulos?

Kelsen: ¡No! ¡No! ¡No! ¡No! No lo hizo, no dijo nada sobre ninguno de sus seguidores más cercanos. El psicoanalista del que fui un gran amigo es Hanns Sachs.³

Eissler: Sí.

Kelsen: A quien conocía desde mucho antes de que él (Sachs) se convirtiera en psicoanalista.

Eissler: ¿Sí?

Kelsen: Éramos amigos. Yo era muy amigo de su familia. De su hermana, la señora Balves (?). Muy buenos amigos. Y fue a través de ella como lo conocí y... Lo conocí siendo abogado en la Facultad de Derecho donde yo también estudié.

Eissler: ¿Tiene alguna idea de por qué Hanns Sachs se adentró en el psicoanálisis? ¿Por qué en realidad...?

³ Uno de los hombres del círculo cercano de Sigmund Freud. Fue analista, por poco tiempo, de Erich Fromm.

Kelsen: Una de las razones fue que Hanns Sachs no estaba satisfecho de ninguna manera con su profesión de abogado. Siempre fue un hombre de letras. Un hombre muy literario. Era una persona que estaba muy interesada en la literatura y, sólo por eso no estaba satisfecho con la jurisprudencia un tanto sobria. Sobria y respecto a la práctica de un abogado. No sé por qué se acercó al psicoanálisis en particular.

Eissler: ¿Habló de política con Freud? ¿Y sobre temas cercanos a su propia profesión?

Kelsen: Puede ser, pero no lo recuerdo, ¿sabe? Este episodio con el sueño me hizo una impresión muy fuerte. Lo guardé en mi memoria, pero eso otro se ha desvanecido.

Eissler: Sí.

Kelsen: Le conté de las dificultades que tenía mi amigo con la secretaria con la que tenía una aventura y que la mujer no quería el divorcio.

Eissler: ¿Y qué dijo a eso?

Kelsen: No le causó la más mínima impresión. Por supuesto que lo tomó por sentado.

Eissler: Ésta es una solución muy elegante para el sueño.

Kelsen: En este caso no hay duda alguna, ésa era, ésa era la única solución, la respuesta a la pregunta. ¡No puede haber ninguna duda en absoluto! Lo dio por sentado.

Eissler: ¡Pero Freud tuvo suerte! ¡Porque podría haber sido diferente!

Kelsen: ¿Qué pudo haber sido?

Eissler: También podría haber sido que quería divorciarse sin tener novia. Lo bueno es que era muy descarado y usted estaba al tanto.

Kelsen: Es que yo no dije eso. La cosa estaba tan bien, porque... Esta interpretación que ahora comentas queda descartada porque, curiosamente, esta secretaria vivía con él

en la misma casa. Tontamente la invitó a pasar el verano con ellos. Y esta situación era muy tensa como resultado.
Eissler: Sí.

Kelsen: Es porque ella estaba presente.

Eissler: Sí.

Kelsen: Y sí, quizá también tuviera el deseo de alejarse. De divorciarse de su esposa. Divorciarse por otras razones. En este caso, definitivamente fue esa la razón.

Eissler: Sí.

Kelsen: A través de la presencia constante.

Eissler: ¡Sí, sí, seguro! ¿Le hablaste de tu amigo?

Kelsen: ¡No puedo recordar!

Eissler: ¿Tu amigo nunca conoció a Freud?

Kelsen: ¡No, no! ¡No, no! Este hombre y su esposa entraron luego en tratamiento. No con un psicoanalista, sino con otra persona.

Eissler: ¿Adler?

Kelsen: ¡No Adler! Un vienés. Olvidé su nombre.

Eissler: ¿Schulhof?

Kelsen: ¡No, no! Bueno, mi esposa, mi esposa seguramente sabrá el nombre. Definitivamente recordará el nombre. Yo también lo conocí.

(Llama): ¡Gretel, Gretel! ¿Cómo se llamó el psicólogo o psiquiatra que atendió a aquella mujer?

Sra. Kelsen: Doctor Neutral.

Eissler: Sí, estuvo en Baden, cerca de Viena.

Kelsen: ¿Perdone usted?

Eissler: Estuvo en Baden, cerca de Viena.

Kelsen: ¡Sí, sí! La esposa de mi amigo fue primero a verle a él. Tenía el método para que aumentara la confianza en

sí misma. Y, así, la mujer se ha convertido en insoportablemente autoritaria. ¡Ése fue el resultado!

Eissler: ¡Sí!

Kelsen: Luego, él también fue. El resultado de este trato fue que el matrimonio se mantuvo unido y todavía se mantiene fuerte. Pero sólo Dios sabe si ese matrimonio es feliz.

Eissler: ¡Sí!

Kelsen: Sí, este Neutral siempre tuvo algo. Su fórmula era que “el equilibrio del placer debe estar activo”. ¡El equilibrio del placer activo! Y eso es lo que hizo esta mujer, tratando sistemáticamente de aumentar su confianza en sí misma. La mujer era una persona bastante inculta y limitada que no tenía ninguna relación interna con el hombre intelectualmente de alto rango. ¿Por qué se casó con ella? Ésa es otra cuestión.

Eissler: ¿Conocía a otras personas que pertenecían al círculo de Freud?

Kelsen: Sí, al doctor Hitschmann,⁴ con quien tenía muy buena relación. Era mi amigo. Sin embargo, sobre todo, a Hanns Sachs, a quien el doctor Federn...

Eissler: ¿Federn?

Kelsen: Federn, sí, Paul Federn,⁵ sí.

Eissler: Sí. Kelsen: Con la larga barba negra.

Eissler: ¿Y colegas? ¿O personas de su círculo que pueden haber estado en contacto con Freud aunque fuera temporalmente?

⁴ Eduard Hitschmann era un médico judío muy cercano al grupo de banqueros de Viena. Paul Federn lo presentó con Freud en 1905.

⁵ Otro de los fundadores de la Sociedad Psicoanalítica de los miércoles. Conoció a Freud en 1903 y le ayudó con sus crisis depresivas. Era hermano del jurista Karl Federn y del economista Walther Federn. Fueron psicoanalizados por él Wilhelm Reich y August Aichhorn.

Kelsen: ¿De mi propio círculo?

Eissler: Sí.

Kelsen: ¡Ninguna! Bueno, una de las experiencias más extrañas que he tenido fue ésta:

El primer presidente de la república de Austria, el doctor Hainisch,⁶ tuvo el palco del emperador en la ópera y en el Burgtheater. Y cuando no lo estaba usando —y creo que lo usaba muy pocas veces—, invitaba a los profesores de la universidad a usarlo. Y había cierta rotación entre los profesores. Y un día también fui invitado al palco del Burgtheater. En esa época yo era el decano de la Facultad de Derecho.

Fue una representación de la obra de Werfel: *Mirror Man*. Sentados a mi lado estaban otros dos profesores de la Universidad de Viena. No de mi facultad. Creo que de la Facultad de Filosofía. Ya no recuerdo quiénes eran, pero sí muy bien que en un intermedio comenté:

—¡Extraño cómo Werfel dramatiza la teoría freudiana! El hombre del espejo. ¡Obviamente está escrito bajo la influencia del psicoanálisis freudiano!—¿Eso es de una teoría? —preguntó entonces mi vecino.

—¡La teoría de Freud! —le respondí. —¿De un amigo? —preguntó él.

—¡No! ¡De Freud! —respondí yo.

—¡Sí, sí! Cuando estaba en Estados Unidos, todos me preguntaban por Freud. ¿Qué clase de teoría es esa? —dijo entonces.

Eissler: Sí. Kelsen: Era un profesor de intercambio que fue a Estados Unidos. Pero él no sabía que había un Freud. Freud no era un profesor, después de todo. Freud era un docente privado. Sólo más tarde recibió el título de profesor. En los

⁶ Michael Hainisch.

círculos académicos hay una gran diferencia entre un profesor y un profesor asociado que sólo lleva el título. Pero él no tenía idea de que Freud importaba en absoluto entonces... ¡ni idea!

Eissler: Sí.Kelsen: Aparentemente, sólo escuchó el nombre en Estados Unidos. Freud, sí. Dijo: “Cuando estaba en Estados Unidos, todo el mundo me preguntaba por él. ¿Qué clase de teoría es esa?”.

Eissler: Sí.Kelsen: Eso fue así en la primera década después de la Primera Guerra Mundial.

Eissler: Profesor, si no hubiera sabido de Freud, de su obra, y lo hubiera conocido, ¿habría tenido la impresión de que era una persona muy importante?

Kelsen: Hubiera tenido la impresión de que era un hombre que concentraba toda su energía en su trabajo, en la ciencia. Que eso era lo más importante en la vida para él.

Eissler: No, sí, ¡pero hay mucha gente así! ¿Qué impresión le dio?

Kelsen: Que él estaba en todas las áreas, además de la suya. Que había dicho algo importante o significativo para mí. No puedo recordar más.

Eissler: Es decir, ¿tuvo la impresión de que Freud fue un gran hombre? Digamos, algo así como un genio, ¿o algo? ¿O...? Porque, digo, alguien que por su profesión se dedicaba a investigar la verdad, ¡eso es lo que hacen muchas personas después de todo! Pero pocos realmente logran crear algo nuevo.

Kelsen: No tengo la impresión de que Freud aportara algo grande ¡No tuve esa impresión!

Eissler: Sí, pero el significado. ¿Cree que era un genio que había creado una nueva doctrina?

Kelsen: Eso es muy difícil de decir. Yo sólo una vez en mi vida conocí a una persona que me dio la impresión de ser un

genio. Pero esta impresión fue creada por el hecho de que había hecho cosas inusuales en tantos campos diferentes a una edad muy temprana. Ese era mi amigo Otto Weininger.

Eissler: Sí. Kelsen: Escribió ese famoso libro *Género y carácter*. Se suicidó a los veintitrés. Él tuvo también relación con Freud.

Eissler: Sí. ¿Sabes algo de esa relación?

Kelsen: ¡No sé nada! Curiosamente, no me dijo nada sobre su relación con Freud. Hablamos de Freud, y especialmente de Fliess,⁷ que de alguna manera estaba relacionado con Freud en ese momento. Weininger estaba muy interesado en ese periodo de Fliess. Sé, pero no por él, que visitó a Freud y que Freud no obtuvo una opinión particularmente favorable de él. Sé que Freud no juzgó muy favorablemente las ideas que le presentó, ya fuera por escrito o de otra manera.

Eissler: ¡Pero Weininger le dio la impresión de ser un genio!

Kelsen: Weininger me dio la impresión de ser un genio.

Eissler: Quiero decir, ¿incluso si no supiera acerca de sus obras?!

Kelsen: Aunque no supiera nada de él. Sólo por... Es cierto que discutí incomparablemente más e intensamente con Weininger que con Freud. Y Weininger tenía más o menos mi edad, unos dos años mayor que él. Weininger era un genio de los idiomas, un verdadero genio de los idiomas. No sólo estaba en la escuela secundaria, sino que era el mejor en latín y griego. Era más hábil y sabía más griego que su profesor. Tuvo un inglés, un francés... Daba lecciones en español. Hablaba noruego porque admiraba a Knut Hamsun. Y fue a Noruega para conocerlo.

Eissler: Sí.

⁷ Wilhelm Fliess fue un gran amigo de Sigmund Freud y muchas de sus ideas fueron incorporadas a la teoría del psicoanálisis.

Kelsen: Era matemático. Lo era originalmente. Había estudiado ciencias naturales, biología, y luego cambió a la filosofía.

Eissler: Sí.

Kelsen: Me refiero a que realmente era un individuo universalmente dotado y a que estaba lleno de ideas. Él era la única persona que me dio la impresión de ser un genio por la universalidad de su talento.

Eissler: En ese momento hubo una disputa con Fliess.

Kelsen: Sí.

Eissler: Fliess tiene un litigio por temas de prioridad de ideas. ¿Recuerda cómo era eso?

Kelsen: En el círculo, en el que el centro era Weininger, Swoboda desarrolló la teoría de los periodos y, por ello, entró en conflicto con Fliess. Hermann Swoboda también fue profesor de filosofía en la universidad.⁸

Eissler: Sí. Kelsen: Aún está vivo. Ya muy viejo... Ya no puedo recordar los detalles. Sólo puedo recordar vagamente que hubo una disputa de prioridad de algún tipo.

⁸ Después de doctorarse en Derecho en 1897 y en Filosofía en 1901, Swoboda se ocupó del estudio de la psicología. Se conserva su correspondencia con Otto Weininger de 1899 a 1902. Sus ideas ayudaron al libro *Carácter y género* (1903). Años después del suicidio de Weininger en 1903, Swoboda escribió *La muerte de Otto Weininger* (1911). Fue psicoanalizado por Freud, quien considerándolo un discípulo cercano, le comentó a Swoboda la idea sobre la condición de cierta bisexualidad en las personas. Al escuchar las razones de esta cuestión, Swoboda le hizo a Weininger estos planteamientos, que fueron desarrollados en *Género y carácter*. En 1906, Wilhelm Fliess acusó a Freud de ayudar a Weininger a plagiar sus ideas sobre la bisexualidad y a Swoboda de robarle sus ideas sobre los periodos de la vida de los seres humanos. Este pleito fue por la publicación de Swoboda "La periodicidad en la vida del organismo humano" (1904), en el que explicaba que las personas tienen ciclos biológicos de tres clases: uno físico de 23 días; otro emocional de 28, y un tercero intelectual de 33 días.

Eissler: ¿Eso fue después de la muerte de Weininger? ¿O antes de su muerte?

Kelsen: ¡Ya me estás pidiendo demasiado!

Eissler: ¿Pero Weininger no te habló de eso?

Kelsen: Sobre esa disputa de prioridad no creo que pueda recordar. Pero, bueno, hablamos sobre la teoría periódica de Fliess. No hay duda en absoluto.

Eissler: ¿Y habló positivamente de Freud?

Kelsen: Lo hizo.

Eissler: ¿Quiero decir que reconoció a Fliess? Kelsen: ¡Sí, sí! Habló de Fliess con mucho respeto. Lo citó repetidamente en su libro *Género y carácter*.

Eissler: ¿Conoció usted a Fliess?

Kelsen: ¡No! ¡No! ¡No! No conocí a Fliess. Por cierto, si mira para allá. Si mira para allá, verá un busto de Dante.

Eissler: Sí. Kelsen: Éste es un regalo que recibí del padre de Otto Weininger.

Eissler: Sí.

Kelsen: ¡Sí! Publiqué mi primer libro en 1905 con el nombre de *Die Staatslehre des Dante Alighieri*. Pero, para entonces, Weininger ya estaba muerto. Su padre, Leopold Weininger, que era muy amigo mío, me regaló este pequeño busto de plata y marfil. Ése fue un caso muy interesante. Este Otto Weininger, su padre y toda su familia. Pero eso no tiene mucho que ver con Freud.

Eissler: Tuvieron la impresión.

Kelsen: Aunque hubiera sido muy apropiado un psicoanálisis de Otto Weininger.

Eissler: ¿Pero no estaba bajo el tratamiento de Freud?

Kelsen: ¡No, no! ¡No sé eso! ¡No!

Eissler: Él tendría, ¿quería ser tratado?

Kelsen: No sé. ¡No lo creo! Creo que por su forma de pensar y por toda su actitud, habría estado en contra. Pero eso ¡no lo sé!

Eissler: ¿También habló de psicoanálisis con usted?

Kelsen: No puedo recordar. Porque en ese momento, ya sabe, eso fue en 1901, 1902, 1903 y Freud todavía era prácticamente desconocido.

Eissler: Sí. Kelsen: Así que es sorprendente que, en su mayor parte, Weininger conociera a Freud y acudiera a él. ¡Eso es muy asombroso!

Eissler: Sí. Kelsen: Porque en ese momento Freud sólo era conocido en círculos muy estrechos.

Eissler: ¿Por qué?

Kelsen: Pero es posible que él, Weininger, se encontrara con Freud a través de Fliess.

Eissler: Sí. Kelsen: ¡Es posible!

Eissler: ¿Conoció a Freud por medio de Sachs? ¿O a través de Weininger?

Kelsen: ¡No lo sé!

Eissler: ¿Puede recordar?

Kelsen: No puedo recordar. Tuve un gran interés por el psicoanálisis y muy específicamente por la interpretación de los sueños. Me interesaba mucho porque, por otras razones, los sueños siempre son una cosa muy extraña para mí. Esta doble vida del hombre en los sueños y en la realidad. Eso me mantuvo muy ocupado.

Eissler: ¿Incluso antes de saber acerca de Freud?

Kelsen: Antes sabía de Freud. Pero cuando escuché que Freud tenía una teoría de los sueños, me atrajo en particular. Fue principalmente su análisis de los sueños lo que hizo que me interesara por Freud.

Eissler: ¿Y la teoría del sueño le dejó algo claro?

Kelsen: Tenía sentido para mí. Y tengo que decirle que muy pronto me involucré con la esencia de los primitivos, porque estaba interesado en las ideas sociales y religiosas de los primitivos. Y he encontrado, dejando a los freudianos, que ciertos símbolos con los que Freud jugaba en el análisis de los sueños indudablemente tienen el mismo papel en la mitología primitiva. Y, como supe más tarde, Freud asume cierto paralelismo entre la vida psíquica del hombre primitivo y la vida psíquica de los neuróticos.⁹ Mucho más tarde comprobé esa tesis suya en mis estudios en la psique primitiva.

Eissler: Sí. Kelsen: Considero que el psicoanálisis freudiano es un aporte muy valioso para comprender la mentalidad primitiva. Un aporte muy valioso.

Nothnagel dijo una vez: “Sólo una buena persona puede ser un buen médico”. Freud no era de ese tipo. Freud fue un gran erudito. Tal vez no tan buen hombre como un escolar. En sus textos eso no es nada nuevo. Quiero decir que todos pueden ver eso de sus escritos. De ellos se desprende que fue un típico hijo del siglo XIX, que estuvo fundamentalmente influido por la filosofía pesimista de Schopenhauer. No hay duda al respecto. Pero eso no dice mucho.

Eissler: Sí.

¡Gracias, profesor!

⁹ Cfr. Sigmund Freud, *Totem y tabú*, 1913.

Anexo 2

ENTREVISTA DE JUAN ABELARDO HERNÁNDEZ FRANCO A NOAM CHOMSKY¹

Introducción

Juan Abelardo Hernández salió de la estación Kendall Square en Cambridge, Massachusetts poco antes de las cuatro de la tarde. A sólo unos cuantos pasos de allí se encuentra la calle Hayward, donde en el número 55 se ubicaba el Departamento de Lingüística y Filosofía del MIT (Instituto Tecnológico de Massachusetts). Pasando junto al café Rebecca's, unas escaleras conducían al segundo piso. Ahí se encontraba la oficina del profesor Avram Noam Chomsky. En ese momento, su equipo de trabajo se encontraba investigando la forma de razonamiento de las computadoras. Analizaban las coincidencias y diferencias entre el razonamiento humano y el de un ordenador.

La conversación comenzó con algunas preguntas directas sobre su libro *El lenguaje y el entendimiento*, específicamente sobre las referencias que hace sobre Juan Huarte de San Juan, escritor barroco y autor del *Examen de ingenios*. Huarte

¹ Entrevista realizada en 1998.

aborda cierto tipo de innatismo y coincide con los trabajos de Baltasar Gracián, sobre todo en su libro *Arte de ingenio*.

J.A.H. Franco: ¿Lo ha leído? ¿No tuvo dificultad con el vocabulario barroco? Ciertamente hay una teoría cognitiva en estos autores, pero es un poco oscura. ¿qué piensa sobre ello?

N. Chomsky: Mi principal acercamiento a Huarte de San Juan ha sido a través de Roman Jakobson. Él ha sido quien me ha dado la pista sobre este autor y el contenido de su obra. Ha sido un estudioso de su pensamiento. Yo, personalmente, no he revisado a Gracián.

J.A.H. Franco: Sé que uno de sus grandes maestros fue Zellig Harris, fundador del primer Departamento de Lingüística en Estados Unidos. Bruria Kaufman, su esposa, fue asistente de Albert Einstein. Quiero preguntarle si Einstein influyó en tu trabajo. Él tiene unos breves ensayos sobre lingüística y...

N. Chomsky: No, no, no. En lo absoluto. No hay conexión. Es algo diferente. Vamos a otra cosa.

J.A.H. Franco: A lo largo de la historia se ha hablado de diversas formas de control sobre los seres humanos. ¿Cuál es su opinión sobre el control de la conciencia?

N. Chomsky: El control trabaja con algunos tipos de fuerza, como el miedo y la violencia. Trabaja con propaganda, intimidación o asustando a la gente. Se asusta a la gente con ideas de una guerra fría, crimen, drogas, etc. Todas estas cosas son instigadas, muy conscientemente, por medio de la propaganda. Esto asusta a la gente. Y la gente asustada no hace preguntas.

J.A.H. Franco: El miedo es un medio para obtener el control. ¿Puede explicar esta idea?

N. Chomsky: La población en general es un peligro porque siempre está dispuesta a hacer cosas por su cuenta. La gente que es gobernada verdaderamente tiene el poder. Uno de

los principios básicos del gobierno es controlar la opinión de la población. Lo que hace el gobierno es inducir la opinión, y una de las vías es el miedo. Como lo que ocurría en la Alemania nazi.

J.A.H. Franco: Este tipo de violencia con miedo ¿es aplicable a la actual situación de Chiapas² y a la masacre de Tlatelolco en 1968?

N. Chomsky: En Tlatelolco hubo una severa violencia. En Chiapas podría no haberla. Inmediatamente después de la aparición de los zapatistas, el gobierno mexicano, a mi parecer, guiado por el gobierno de Estados Unidos, se preparó rápidamente para empezar las negociaciones. Retiraron la violencia evidente presionados por la reacción popular dentro y fuera del país. Lograron atraer la atención de las cámaras de televisión de todo el mundo para que la gente viera lo que estaba sucediendo. Bajo la mira de las cámaras de televisión no se mata a la gente, sería un error.

J.A.H. Franco: Pero sigue el miedo en la población.

N. Chomsky: Es un terror de bajo nivel. No puedo probar esta estrategia, aunque existe documentación a partir de la cual la puedes inferir.

J.A.H. Franco: ¿Cree que exista alguna intervención de los intelectuales en la generación del miedo?

N. Chomsky: Piensa en la Biblia. Ahí se habla de los intelectuales. Los llaman profetas. En esa época la gente respetaba y seguía a sus intelectuales. Considera también lo que les ocurría, eran encarcelados o martirizados.

J.A.H. Franco: ¿Qué tipo de fuerza mueve a los profetas —o intelectuales— a actuar de ese modo?

N. Chomsky: Sólo son individuos con honestidad e integridad que toda sociedad tiene.

² Era la época en la que el levantamiento zapatista de 1994 todavía estaba vigente.

J.A.H. Franco: ¿Es el caso de Foucault o de Marcuse?

N. Chomsky: Foucault no estaba tan envuelto. Marcuse fue un gran sujeto. Estuvo apoyando durante el movimiento estudiantil. Estuvo comprometido y apoyó a mucha gente que estaba en la lucha durante los años sesenta. Gente cuyos nombres no se conocen, porque la historia sólo recuerda los nombres de los que la gente llama sus líderes.

J.A.H. Franco: ¿Podemos incluir en este grupo de líderes no conocidos a José Córdoba Montoya y a Jacques Attali?

N. Chomsky: Córdoba Montoya y Attali son demasiado conocidos. En todo sistema, el poder siempre se encuentra en niveles mucho más altos. Siempre hay algo mucho más arriba. La información diaria y la historia sólo citan ciertos nombres. Nunca se habla de los que verdaderamente tienen el poder.

J.A.H. Franco: La verdadera fuerza siempre pasa oculta ante los ojos. A principios de la década de 1970 usted aparece con Michel Foucault y Fons Elders en la televisión holandesa. Uno de los temas fue el poder. ¿cuál es su recuerdo sobre aquel encuentro?

N. Chomsky: Pasé con Foucault gran parte del día porque la entrevista era por la tarde. Fue un poco difícil, porque yo no sé francés, pero traté de darme a entender lo mejor posible. Por su parte, él intentó comunicarse conmigo en inglés. Hablamos, sobre todo, de los temas que él trataba en esa época. Ese programa de televisión no fue tan serio como se vio. En camino al programa, Foucault metió al auto una pequeña caja con una peluca ridícula. Tú sabes que él era calvo y la peluca le quedaba muy bien. Durante la entrevista con Elders, con la gente enfrente, Foucault tenía la peluca escondida y me decía con una risita burlona: “Póntela, póntela”. Hubo muchas cosas durante la entrevista en las que no estuvimos de acuerdo. Finalmente, me dio la impresión de inmoral. Estaba interesado en preguntas sobre el poder, pero no en preguntas sobre lo correcto o

incorrecto. Sólo le interesaba cómo funcionaba el poder. Una de las preguntas planteaba si colaboraríamos con una revolución. Foucault afirmó sin titubear que lo haría. Yo dije que no, que tendría que ver primero si eso contribuiría a la justicia y a la libertad, cosa que Foucault pensaba que era irrelevante. Fue un desacuerdo amigable. No lo volví a ver porque nuestros pensamientos eran muy distintos.

J.A.H. Franco: También conoció a Jacques Lacan. ¿Coincidieron en sus ideas sobre la estructura profunda y el inconsciente lacaniano?

N. Chomsky: Conocí a Lacan en el MIT cuando, invitado por Roman Jakobson, vino a dar unas conferencias. Pienso que los primeros estudios de Lacan son sumamente interesantes, pero posteriormente fue muy pretencioso. En el trabajo de los intelectuales franceses hay mucho de actuación. Siempre están frente a las luces. En Estados Unidos no se toma en serio a los intelectuales, lo cual es muy bueno. Cuando se toma en serio a alguien, se exaltan sus peores características. En Francia ser un intelectual significa ser una estrella de Hollywood.

J.A.H. Franco: ¿Existe alguna relación entre el poder y la estructura profunda en la mente de la gente?

N. Chomsky: Déjame plantearlo de este modo. Hay una conexión, pero es transparente. Parte del trabajo de los intelectuales es presentarlo todo como complicado. Éste es un modo de ganar prestigio. Si el público en general ve que este tipo de cosas son complicadas, entonces acude a los expertos. En realidad, no hay nada difícil de comprender. Cualquier persona ordinaria lo puede entender. Para muchos es mejor mantener estos conceptos oscuros.

Anexo 3

ENTREVISTA DE JUAN ABELARDO HERNÁNDEZ FRANCO A JEROME BRUNER¹

Introducción

Tuve la oportunidad de visitar un par de veces al profesor Bruner en la Universidad de Nueva York. Una en 2010 y la segunda en 2012. Su conversación clara y sencilla me permitió descubrir el impacto inmediato de la Revolución cognitiva en el campo del derecho. A continuación presento la transcripción de la entrevista que le hice en 2012, con una pequeña inserción de la realizada en 2010 para contextualizar la conversación.

J.A.H. Franco: Creo que es asombroso ver como la psicología y el derecho convergen en los primeros años del siglo XX.

J. Bruner: ¿Las facultades de derecho y psicología?

J.A.H. Franco: Me refiero a los trabajos de Münsterberg sobre los testigos. También a ese libro de Nathan Isaac sobre cómo piensan los abogados, siguiendo los libros de John Dewey y Charles Morris. ¿Qué opina de estas conexiones?

¹ Nueva York, 2 de abril de 2012.

¿Cree que hay un itinerario común entre el derecho y la psicología?

J. Bruner: Ése todavía no es un itinerario común, pero creo que lo será muy pronto. Porque es un hecho que recientemente hemos observado la función de la ley en la sociedad y la función de la ley —por lo tanto—, en el caso del ser humano.

Vivimos en sociedades que tienen sus costumbres y medios consuetudinarios. Hay ciertas cosas que se hacen y cierto tipo de cosas que no se deben hacer. Pero llega un momento en el que la costumbre no parece prevalecer en la sociedad, y en esas circunstancias lo que tenemos que hacer es convertir la costumbre en algo obligatorio. No algo que simplemente quieras hacer, sino algo que tengas que hacer y estás obligado. Entonces, en esas circunstancias, la costumbre se convierte en obligación, la obligación se convierte en ley, y lo que queremos decir con ley es que no nos referimos al establecimiento arbitrario de estándares. Lo que queremos decir es que tú y nosotros estamos en una ley, representando lo que siempre ha sido el derecho. Hemos establecido un límite específico a lo que es posible. Y con el fin de mostrar su gravedad, también se tendrá que introducir una noción de sanción por la violación de la ley. También hay pena por violar la costumbre, pero eso no está centralizado y eso no es autoridad.

Cuando introducimos nuevas leyes y un nuevo tipo de decisión, mostramos que no es nueva, que ha habido una versión de ella. Ahora estuve muy involucrado, como sabes, en el famoso caso *Brown v. Board of Education*, caso que eliminó la discriminación. Dieron un primer paso para eliminar la discriminación en Estados Unidos.

Y lo que hice al presentarlo fue mostrar la manera en que las cosas ante la corte, en *Brown v. Board of Education*, también habían sido consideradas en otro caso en la década de 1880. Hubo casos en la década de 1880 que decían: en efecto, “deben brindarse las mismas facilidades”.

En una ocasión en la que tuve que presentar evidencia relacionada con el asunto de *Brown v. Board of Education*, me di cuenta de hasta qué punto todo era realmente inspirador. Estás viviendo en la tradición estándar de una sociedad, pero tratando de avanzar dentro de ella, de explorarla. Así que ahí está la ley.

J.A.H. Franco: La última vez que tuvimos una entrevista me platicó de un encuentro entre Hans Kelsen y Jean Piaget.

J. Bruner: Tuve un encuentro con Kelsen una vez. En la casa de Piaget, en Suiza. Y sabía que conocía muy bien a Piaget. Y la verdad nunca entendí qué era lo que sacaba de esa relación, excepto por el hecho de que estaba de acuerdo con Piaget en que la mente se guía por una serie de reglas mentales económicas. Y que las reglas del derecho, así como las reglas del pensamiento, deberían estar en sincronía y ser congruentes entre sí. Que el derecho no podría hablar de manera contraria a las ideas del pensamiento. Y el pensamiento debía tomar en cuenta y considerar las formas institucionales que existen en la ley.²

J.A.H. Franco: ¿Me contaría algo de su relación personal con el abogado Paul Freund y el Centro de Estudios Cognitivos?

J. Bruner: Era profesor en Harvard en ese momento, sí.

J.A.H. Franco: Sí. También estaba interesado en estas áreas cognitivas, o...

J. Bruner: Fue algo interesante. Lo único que te quiero contar es que 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 interesante es que la costumbre mental afecta a la ley, pero también es cierto que la ley se abre paso de regreso en la

² Este párrafo corresponde a una entrevista previa realizada el 29 de noviembre de 2010. Primera visita a Jerome Bruner.

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, la prohibición de todas las bebidas alcohólicas [en la década de 1930], cuando de pronto llegó a ser un pecado, un crimen, beber licor, y cambió el punto de vista a una cosa por el estilo. El otro ejemplo tenía que ver con un patrón cambiante de la ley de divorcio que cambió la forma en que se piensa el matrimonio. Por un lado, asumía que había una separación entre la ley y la costumbre, y por otro, afirmaba que entre ambas existía una interacción todo el tiempo. Fue parte de su tarea como académico 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 sólo 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.

J.A.H. Franco: A principios de la década de 1960, usted y otros científicos crearon el Centro de Estudios Cognitivos después de dejar el Departamento de Relaciones Sociales, que era el que dirigía el doctor Parsons. ¿Este divorcio se originó por la diferencia entre información y significado? ¿Tiene relación con la reunión del 11 de septiembre de 1956 en el MIT sobre el congreso de teorías de la información?

J. Bruner: ¿Que si estaba relacionado con eso?

J.A.H. Franco: Sí.

J. Bruner: Muchas de nuestras ideas provienen de él. Había la sensación de que era absurda la idea de que la psicología estuviera separada de las cosas constantes que controlan el comportamiento humano y el sistema legal. Era ridículo que los psicólogos estuvieran tratando de aislarse del mundo de alguna manera.

¿Cómo se puede ver al hombre por sí mismo? El hombre vive en el mundo social; sus nociones de cómo construi-

mos 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 sólo 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 abogados. Fue muy interesante cuando finalmente se encontraron en el mismo lugar todos ellos. Ahora sabemos que hablábamos en realidad de estudios socioculturales y estudios psicosociales. Eran estudios en oposición al tipo de la psicología pura. Aquella que trata a la persona como si viviera en una especie de vacío biológico. Estos estudios se refieren 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.

Y eso es básicamente de lo que se trata la evolución humana. Hacer que el hombre dependa del mundo social para lidiar con la ambigüedad. Lo que sucede en la evolución es que la especie llega a ver más posibilidades, pero no puede simplemente vivir de las posibilidades. Tiene que haber alguna manera en la que algunas cosas sean posibles y factibles, y otras sean posibles, pero no factibles, no puedes hacerlas. Así que constantemente estás tratando de explorar el límite de la posibilidad. Y tenemos abogados que hacen eso, pero ésa es también una de las funciones de la poesía y la literatura. Mirar el rango de lo posible, ver qué es posible y cuáles son las consecuencias de ejercer esa posibilidad. Eso es lo que son para ti nuestros grandes novelistas. Estabas mencionando a Jean-Paul Sartre y a Simone de Beauvoir, esas son todas las conversaciones que he tenido con ellos sobre exactamente eso, el rango de lo posible. Quién afecta ese rango, ésa es la cosa. Entonces, me preguntaste qué tipo de novelas leo. ¿Qué tipo de libros leo? Buenos retratos, cosas así. Tuve un tipo de cosa interesante. Ayer tuve un invitado que me trajo un libro que acababa de pu-

blicar la BBC de Gran Bretaña, en el que le pedían a la gente que enviara el nombre de su poema favorito, y luego la BBC seleccionó los cien más populares en Gran Bretaña y los sacó en un libro; y es asombroso. ¿Y de qué trata el libro, de qué trata la poesía? De posibilidad. Y ésta es una de las razones por las que, a veces, echamos a los poetas y los enviamos al desierto. No nos gusta su manera de aprender de lo posible.

J.A.H. Franco: Es un punto muy interesante el que toca, porque en el derecho no hay verdad. ¿O hay una verdad jurídica o es posible?

J. Bruner: La noción de verdad jurídica es una convención.

J.A.H. Franco: O si vas a mandar a una persona a la cárcel toda la vida, 60 años, 20 años...

J. Bruner: Sí, pero toma un tema que está ahora en nuestra corte suprema en este momento, o lo estará en breve. Es la cuestión de si alguien menor de 17 años que comete un asesinato debería ser encarcelada por el resto de su vida. ¿Se consideró el periodo de crecimiento o cuáles son los límites de crecimiento? ¿Está permitido el asesinato? ¿Está permitido el robo? ¿Cómo concibes el castigo? Es esencialmente regular lo que pensamos que los seres humanos son capaces de hacer, lo que es posible para ellos.

Entonces, quiero que se haga más y más énfasis en explorar cómo definimos la posibilidad. Mencioné la poesía; la poesía es la forma clásica de explorar lo posible, y el poeta te lleva a un círculo que no es convencional más allá de eso. Pero lo que yo también miro en la ley es eso. De esa manera, quiero decir, en qué medida la sobreseveridad en la ley recorta las posibilidades para el desarrollo humano, para la expresión humana.

J.A.H. Franco: Déjeme pasar a otra pregunta. Es muy interesante lo que dice, pero no tenemos mucho tiempo. Hablemos del Congreso de Moscú en agosto de 1966. Era el Congreso Internacional de Psicología. Ahí usted presentó

su libro sobre estudios sobre el *Crecimiento cognitivo*. En esa época, y en este libro, conecta algunas ideas de Piaget con las de Vygotsky. ¿Podría decir algo sobre estas increíbles reuniones? ¿Qué ha encontrado en los diálogos con estos neurocientíficos y biólogos que trabajan la mente y el cerebro?

J. Bruner: ¿Estás hablando de Luria?

J.A.H. Franco: Sí. De Alexander Luria.

J. Bruner: Lo conocí, sí, pero nunca llegamos a conocernos bien. Era un tipo interesante. Permite que regrese primero a Piaget y Vygotsky. Recuerdo especialmente una ocasión en la que tuvimos una conferencia en Ginebra, en la que los dos primeros oradores fueron Alexander Luria y Jean Piaget. El tercero fui yo. Y de alguna manera iba a señalar hasta qué punto dependían unos de otros. Y siempre encontré a Vygotsky particularmente interesante desde el punto de vista de que él era el estudioso clásico de lo que era posible. Es decir, de lo que entraba en el rango de la posibilidad humana. Piaget, por otro lado, estaba interesado en qué era lo que restringía la posibilidad. Sus estudios sobre las etapas de desarrollo tenían que ver con cómo se hizo posible cada vez más para nosotros a medida que desarrollamos nuevas formas de representar el mundo. Y puedo hablar aquí sobre la representación como un tipo de cosa muy importante.

En un principio se pensó que sus posturas eran opuestas, pero resulta que, en cierto modo, se trata de dos perspectivas diferentes que puedes tomar desde una situación dada específicamente. Una perspectiva habla de posibilidades, la otra de limitaciones, y lo más importante que puedes hacer es juntarlas. Por otro lado, también es cierto, como dije en un libro reciente que está saliendo en Ginebra para celebrar el 50 aniversario del Instituto George Jacob, donde Piaget...

El libro saldrá en un par de meses. Ninguno de los dos prestó nunca suficiente atención a los detalles del otro. Fue una gran lástima, porque la psicología siempre es *x* contra *y*. Ya

sabes. Y el hecho es que x e y encajan. Estoy en ese tipo de posición divertida al escribir prefacios para sus libros. Yo era una nueva generación que venía. Ellos eran mi generación paterna. Trataría de mostrar la forma en que la capacidad generativa de los seres humanos, es decir, por medios metafóricos, por medios lógicos, cosas así, siempre estaría restringida por modos de pensamiento constantes o formales, y eso —la interacción entre ambos— es lo que esencialmente produce el gran paso adelante.

Si quieres que regresemos al tema del derecho y la ley, es cierto que, desde el principio de nuestra forma de criar a los niños, y el resto de todo, debes tener estas dos psicologías mezcladas. Cada una de ellas condena a la otra por ir demasiado lejos y por no ir lo suficientemente lejos, las dos se limitan mutuamente y forman una asociación en extremo importante en términos de dar a la psicología su disciplina las dos juntas. Y todavía lo creo, y estoy tratando de introducir esa noción en nuestra forma de enseñar derecho aquí en la Universidad de Nueva York.

J.A.H. Franco: Una última pregunta, profesor Bruner. Al hacer historias y cuidar la ley, podemos ver cómo los abogados trabajan con narraciones. ¿Cree necesario que en la educación jurídica se aprenda a construir una historia? ¿Deben los estudiantes de derecho leer argumentos legales para construir en su mente diferentes formas con las que construir historias? ¿Cómo nosotros, los educadores jurídicos, podemos construir o introducir formas mentales en los estudiantes para convertirlos en abogados?

J. Bruner: Bueno, es algo interesante, porque, como saben, he estado trabajando en esto durante los últimos diez años con Tony Amsterdam: La forma en que impartimos nuestros cursos. Una de las cosas más importantes que puede hacer un estudiante es tomar una novela o una obra de teatro. La más reciente que salió fue la *Dama pintada*. Debemos mostrarle la forma en que puede convertir la historia en un conjunto de argumentos legales opuestos. Pero, al

mismo tiempo, puedes tomar argumentos legales, convertirlos en la subestructura narrativa que tienen y, esencialmente, llevar a uno a pensar en las posibles formas en que afectarían al mundo dada una decisión. Sí o no. Lo que es tan interesante de la ley es que se trata de decisiones de culpabilidad o no culpabilidad, lo hizo o no lo hizo, considerando que lo importante de la vida es explorar lo que sí podría o no ser posible, con qué consecuencias, y si estoy dispuesto a aceptar el sacrificio.

Creo que es tan importante para nuestros estudiantes de derecho aprender las formas narrativas de la literatura como lo es aprender su conexión. Porque esos dos tienen que encajar juntos. ¿Y qué haces cuando un cliente entra en tu oficina, te cuenta sus problemas y dices “¡Ah! Eso es interesante”? Lo replanteas en términos de la forma en que un abogado lo miraría desde el punto de vista del tema conflictivo, lo conviertes en otra narrativa menos personal. Lo conviertes en una narrativa legal. Y, entonces, la narrativa legal, con sus restricciones procesales habituales, puede ser presentada ante un tribunal de justicia. Pero es un doble enfoque interesante de la vida cuando alguien dice: “¿Necesitamos un doble enfoque?”. A lo que mi respuesta es “sí, y es posible que incluso necesitemos más de un doble enfoque”. Y el mismo tipo de restricciones se aplica a cosas como la educación, y siento que ambos hemos estado muy involucrados en esto a lo largo de los años. Entonces, estamos creciendo, creo, espero.

J.A.H. Franco: Estaba leyendo una conferencia de Lev Vygotsky en la que decía que, para encontrar una respuesta a algún problema, nuestra mente percibe de manera intuitiva la situación como una pintura, y luego empieza a hacer algo como escanearla en una narración para explicar la forma. Y no dices nada al respecto, pero cuando leo a Vygotsky y te leo a ti, pienso ¿crees que la mente elabora esta respuesta y luego la conciencia comienza a hacer la narración para construir la historia o la narración de la respuesta que intuitivamente propone?

J. Bruner: No sólo lo hacemos, no podemos evitar hacerlo. Tenemos que hacerlo, es la forma natural de pensar. Es muy interesante para mí. Cuando presenté por primera vez la idea de que la narrativa era un tema importante en psicología, muchos de mis colegas que querían ser pequeños opositores naturales dijeron: “¿Historias narrativas?, ¿qué tiene eso que ver con la psicología?”.

Pero es una de las cosas cruciales al respecto. Y la forma en que uno explica formas alternativas de narrativa es contando historias sobre ellas. Así que tenemos otra. Presento dos. Lo que llamo dos modos de pensamiento. Uno era esencialmente el analítico-lógico, por un lado, y el narrativo, por otro. A veces, la narrativa podría convertirse en algo analítico-lógico, como hacemos con mucha frecuencia cuando vamos ante un tribunal de justicia. Pero, el *quid* de la cuestión es que ambos nos hacen ricos, ambiguos y con un interesante tema de conversación, e interesante para estar con ellos. Quiero decir, no me importa si estás hablando de dos amigos casuales, o de un esposo y una esposa, si no pueden comunicarse en esta puerta... ¿Dónde están?

J.A.H. Franco: Profesor Brunner, muchas gracias. Realmente espero verle pronto en México.

J. Bruner: Eso espero, lo espero con ansias.³

³ Bruner viajó a México un poco después, invitado por una escuela que en su honor se llamó “Descubridores”. Estuvo en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), pero ya muy cansado, y decidió suspender sus actividades y regresar a Nueva York.

Método del Caso para la Formación Judicial

I. INTRODUCCIÓN

La enseñanza del método del caso es el arte de manejar la incertidumbre...

CHRIS CHRISTENSEN
Maestro del método del caso

La doctora Carol S. Dweck, en las primeras páginas de su libro *Mindset*, narra una anécdota que revela prácticamente toda la esencia del método del caso: el conocimiento se genera cuando enfrentamos retos y logramos superarlos, o bien comprender dónde hemos fallado para resolverlos. Mientras estudiaba cómo los niños enfrentaban el fracaso comentó:

decidí estudiarlo observando a los alumnos mientras intentaban resolver problemas difíciles [...] Esperaba que hubiera ciertas diferencias entre los niños y en el modo en que afrontaban las dificultades, pero vi algo que no me hubiera esperado nunca. Un chico de diez años, que se enfrentaba con los rompecabezas difíciles, acercó su silla, se frotó las manos, chasqueó los labios y dijo en voz alta: “¡Me encantan los retos!”.

Otro, que sudaba mientras intentaba resolver uno de los más complicados, miró hacia arriba con una expresión complacida y dijo con autoridad: “¿Sabes? ¿Estaba esperando que fuera un juego didáctico!”.

¿Pero qué les pasa? Me preguntaba [...] Es evidente que sabían algo que yo ignoraba [...]

Sabían que las cualidades humanas, como las habilidades intelectuales, pueden cultivarse por medio del esfuerzo, y eso es lo que hacían: volverse más listos. No es que les desanimara el fracaso, es que ni siquiera pensaban que estuvieran fracasando: creían que estaban aprendiendo.¹

El aprendizaje —no la enseñanza— empleando el método del caso trata precisamente de presentar desafíos a los participantes. De cultivarse por medio de su esfuerzo para resolver problemas imprevistos. De hecho, hace más de cincuenta años se contempló que la nueva educación consistiría en capacitar a las personas para que se enfrentaran a situaciones futuras, desconocidas para todos.² Por esta razón se debe formar a las personas en el desarrollo de sus capacidades de adaptación para que puedan buscar en sí mismos nuevas soluciones a nuevos problemas en nuevas situaciones.³

Roland Chris Christensen, la máxima autoridad mundial en la enseñanza del método del caso y uno de los fundadores del campo de la estrategia empresarial, describe la enseñanza del método como el arte de manejar la incertidumbre. Es un proceso de búsqueda de soluciones a problemas del mundo real, en el que los principios y técnicas

¹ Carol S. Dweck, *Mindset*, Sirio, Málaga, 2006, pp. 11 y 12.

² Un buen ejemplo es el caso que se vivió en 2020 a nivel mundial. Nunca antes en la historia de la humanidad se había registrado una pandemia con las características del covid-19 ni se tenían protocolos de actuación para situaciones de este tipo.

³ *Cfr.* Entrevista a Gaston Mialaret, *La nueva pedagogía*, Salvat, Barcelona, 1975, p. 16.

se desarrollan a través de la colaboración y cooperación con amigos y colegas, y mediante la autoobservación y la reflexión.⁴

Hoy, en América Latina, la formación y la capacitación tradicional de los saberes jurídicos se ha caracterizado por estar dirigida exclusivamente a la verbalización como “saber”. Difícilmente se ha considerado el desarrollo de habilidades y destrezas de orden cognitivo del “saber hacer” y “saber ser”. Entender la ciencia jurídica y las normas no es igual a comprender cómo saber hacer lo que hace una abogada o un juzgador. El verbalismo educativo y los manuales se han convertido en verdaderos obstáculos para el desarrollo de hábitos creadores cognitivos en el campo del derecho.

En este contexto, la capacitación jurídica debe dirigirse al fortalecimiento de aptitudes mentales más que a la adquisición de conocimientos. Estudiar no sólo ideas, sino acontecimientos. Comprender que, a pesar de la coherencia lógico formal de los enunciados, puede ser que su congruencia no sea pertinente. Es importante ejercitarse para desarrollar la capacidad de análisis, comparación y síntesis. Eso se logra mediante el diálogo, la crítica y la disciplina de observar y escuchar con atención.

Los actuales modelos psicopedagógicos muestran evidentemente que el aprendizaje significativo arranca con la manipulación, la experimentación, la invención y el descubrimiento por parte de los individuos. El aprendizaje sólo se adquiere con la experiencia dirigida por el docente, quien más que informar debe presentar los elementos y los datos de un problema para estimular y motivar la búsqueda de la información: El maestro no es quien informa, sino el que estimula y motiva para la búsqueda de la información,

⁴ Christensen Center for teaching & learning, Harvard Business School. En <https://www.hbs.edu/teaching/case-method/Pages/default.aspx>

el que ayuda al hallazgo, contribuye a su crítica y facilita la reflexión personal del alumno para la integración de la información recibida.⁵

El método del caso es una innovación educativa norteamericana de finales del siglo XIX, desarrollado en el XX y que ha evolucionado notablemente en las dos primeras décadas del XXI. Su origen se encuentra en el seno de la escuela de derecho de Harvard y posteriormente se extendió a la escuela de medicina y a la de administración y negocios de esta misma universidad. Su influencia impactó a principios del siglo XX en el resto de las universidades de Estados Unidos.

Hay que decirlo claramente desde este punto. No hay un solo modelo de método del caso. La elaboración de un caso depende del área de conocimiento que se quiera aprender y de las habilidades y competencias que se quieran desarrollar. En las escuelas de derecho su estudio ha tenido tres manifestaciones muy marcadas en los últimos 150 años.

La primera es lo que podemos llamar método de estudio del caso, que consiste en analizar sentencias. El objetivo principal es comprender las razones por las que las y los jueces resolvieron los asuntos presentados de una u otra manera. Una segunda manifestación del método del caso se da con la sola presentación de hechos y problemas por resolver. Este es propiamente el actual método del caso que busca que los participantes desarrollen habilidades propositivas de resolución de problemas jurídicos. La tercera manifestación se presenta mediante la simulación de audiencias en juicios orales. Las y los participantes juegan roles de demandantes o demandados. De fiscales o defensas. El caso consiste en presentar los elementos de conflicto de un asunto. También declaraciones de participantes en las

⁵ José Pallach, *La explosión educativa*, Salvat (Biblioteca de grandes temas), Barcelona, 1975, p. 125.

audiencias, a partir de las cuales el alumnado que colabora en la simulación de roles toma pautas para ampliar sus intervenciones en las audiencias.

El presente texto sólo aborda el estudio del método del caso en sus primeras dos manifestaciones. Para conocer la tercera forma se recomienda el documento *Elementos para trabajo con el método del caso*, editado por el Instituto de la Judicatura Federal en 2014.⁶ En él se incluyen las pautas desarrolladas por el Instituto Nacional de Litigación en Estados Unidos para el desarrollo de habilidades y destrezas en los diversos roles en juicios orales.

Christopher Columbus Langdell y el origen del método del caso en las escuelas de derecho

El estudio del método del caso en el campo del derecho tiene sus antecedentes más remotos en el *Digesto* de Justiniano, un compendio de casos y respuestas de juristas diseñado para la formación de jurisconsultos medievales, aunque en realidad no contaba con un método de enseñanza. A lo largo de la historia encontramos una lista grande de precursors; sin embargo, fue Cristopher Columbus Langdell quien sistematizó e institucionalizó el método del caso en una universidad como método de enseñanza.

Langdell nació el 23 de mayo de 1826. Ingresó a la Exeter Academy (New Hampshire) en la primavera de 1845, una escuela de alto rendimiento que educaba a jóvenes aspirantes a la Universidad de Harvard. Langdell buscó obtener una beca, y aunque la recibió tarde, tuvo que cederla para ayudar a su padre a pagar grandes deudas. Finalmente, logró ingresar a Harvard en 1847, donde se graduó en

⁶ Se puede consultar en <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/13939>

1851. Ese mismo año comenzó a trabajar en la biblioteca de la escuela y continuó tres años de estudios en el College. En 1854 se graduó en la maestría con honores. De 1854 a 1870 llevó a cabo prácticas profesionales en la ciudad de Nueva York. Se especializó en la redacción de contratos y elaboró artículos para el *Diccionario Legal Bouvier*. En 1870, Charles William Eliot fue nombrado rector de la Universidad de Harvard. Invitó a Langdell a tomar el cargo de director de la Escuela de Derecho y a dar la cátedra Dane Professor of Law. Langdell, a sus 44 años, regresó a Cambridge, donde permaneció hasta su muerte en 1906.

Sobre la cátedra Dane Professor of Law, hay que decir que no era cosa menor. La habían ocupado algunos grandes profesores, como el juez Story, que tomó dicho nombramiento en 1829 y lo mantuvo hasta su muerte en 1845. Cuando Langdell regresó a Cambridge, no tenía experiencia como docente, y ocupar la cátedra en la que los eseñantes presentaban asuntos resueltos por ellos, era una gran responsabilidad. Finalmente decidió preparar sus cursos con casos obtenidos de los compendios judiciales y explicar al detalle las resoluciones de los jueces. En 1871 publicó un primer volumen con el título *Cases on Contracts*. El segundo volumen vio la luz en 1879; en 1872, *Sales of Personal Property*, y en 1878, *Cases in Equity Pleading*. En el prefacio de la primera edición de *Cases on Contracts* (Casos sobre contratos) señala:

El derecho considerado como ciencia consiste en ciertos principios o doctrinas. Tener dominio sobre ellos para aplicarlos con facilidad y certeza en la madeja siempre enredada de los asuntos humanos es lo que constituye a un verdadero abogado. Adquirir ese dominio debe ser la principal actividad de todo estudiante serio de derecho. Cada una de estas doctrinas ha llegado al presente a través de un lento proceso; en otras palabras, creciendo y extendiéndose en muchos asuntos tratados a lo largo de los siglos. Este crecimiento debe rastrearse principalmente a través de una serie de casos; y la forma más breve y mejor, si no la única, de domi-

nar la doctrina de manera efectiva es estudiando los casos en los que se incorpora. Sin embargo, los casos útiles para lograr este objetivo, en la actualidad son muy pocos. La gran mayoría son inútiles para cualquier propósito de estudio sistemático. Además, el número de doctrinas jurídicas fundamentales es mucho menor de lo que comúnmente se supone. La misma doctrina se presenta de muchas formas diferentes y en gran medida los tratados jurídicos se repiten entre sí causando muchos malentendidos. Si estas doctrinas pudieran clasificarse y ordenarse de tal manera que cada una de ellas se encontrara en su lugar apropiado, y en ningún otro lugar, dejarían de ser formidables por su número.⁷

Sobre su personalidad y carácter, el juez William Schofield, quien había sido docente en Harvard, lo describe de la siguiente manera: Lo vi como maestro de la materia de contratos en el otoño de 1880 en el inicio de cursos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard. En aquel entonces tendría cincuenta y cuatro años, con plenitud física y mental. Estatura media, cabeza alargada, bien formada y puesta sobre sus hombros. Cabello oscuro sin calvicie alguna y con una barba bien poblada. Ojos cafés y voz suave y baja. Comenzó su clase subiendo al segundo piso del viejo Dane Hall y comentó algunos aspectos básicos sobre la naturaleza de los contratos. Entonces solicitó a un alumno que presentara el caso *Payne vs. Cave* e hiciera una introducción sobre él. Este caso era el primero de su colección de casos.⁸

El alumno se paraba frente a setenta u ochenta alumnos y exponía el caso bajo la supervisión de su profesor. Y después de presentar la respuesta judicial, el profesor Langdell le preguntaba: “¿Nos puede proponer alguna razón por la

⁷ Christopher Columbus Langdell, *Preface to Cases on Contract* (1871). Traducción e interpretación al español de los autores.

⁸ William Schofield, “Christopher Columbus Langdell”, *The American Law Register* (1898-1907), vol. 55, núm. 5, vol. 46, New Series, mayo de 1907, pp. 273-274.

que se haya resuelto de esa manera?”. En ese momento se detonaba una interesante discusión entre los participantes.

Otro aspecto que caracterizaba sus clases es que pedía a los alumnos ser claros y puntuales en el uso de los términos. A lo largo del debate se decían palabras como “ofrecer”, “aceptar”, “consentir” o “considerar”. Ocasionalmente, el profesor Langdell pegaba en su mesa y les decía: “Caballeros, me gustaría mayor precisión en sus términos”. Al final de algunas clases reconocía públicamente a los participantes que habían hecho aportaciones importantes y la forma en que abordaban los asuntos.

El método Langdell es totalmente pragmático. En una ocasión, mientras estaban en clase debatiendo contratar por medio de una carta, en el caso *Adams v Lindsell*, un alumno le mostró un pasaje del libro *Conflicto de leyes* de Savigny. En él mostraba cómo resolver el asunto. Langdell tomó el libro y leyó el pasaje con cuidado. Al terminar dijo: “Este asunto no depende de la reputación de Savigny”.⁹ Langdell siempre estaba en la búsqueda de nuevas soluciones, aunque los problemas fueran los mismos. Su objetivo era lograr que los estudiantes tuvieran un conocimiento propositivo sobre los problemas jurídicos, porque incluso muchas nuevas respuestas eran mejores que aquellas con las que algunos tribunales habían resuelto los asuntos.

Esta anécdota recuerda aquella otra en la que el asistente del profesor Albert Einstein le preguntó sobre un examen que habían aplicado a sus estudiantes: “Profesor, ¿este examen no fue el mismo que aplicó en el curso anterior? ¿No teme que los estudiantes hubieran estudiado las respuestas que calificó el curso pasado?”. Einstein respondió: “No tema, el examen es el mismo, pero las respuestas han cambiado”.

Sobre si Langdell empleaba el método socrático, esta afirmación, en parte, es cierta. Al inicio de la enseñanza

⁹ *Ibidem*, p. 276.

con el método del caso, se empleó la mayéutica; sin embargo, a principios de 1880 el mismo Langdell encontró ciertos defectos que se fueron incrementando con el tiempo. Finalmente, abandonó el método socrático como medio de instrucción y se enfocó en analizar los casos en sí mismos. Langdell comenzó a desarrollar capacidades analíticas en sus estudiantes. Al revisar los casos, todo planteamiento pertinente se debatía. Se distinguieron los aspectos colaterales de los esenciales. Se establecieron problemas primarios, secundarios y seudoproblemas. Todo ello fue conformando lo que hoy se conoce como el sistema Langdell con grandes ventajas sobre el método socrático.

Durante los primeros tres años de la administración de Langdell como cabeza de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, la matrícula universitaria bajó de 165 a 117 estudiantes. La Universidad de Boston, que todavía trabajaba con el método tradicional de enseñanza con clase magistral, tomó la cabeza de la educación en Estados Unidos. Pese a esta situación, el rector Eliot siguió apoyando a Langdell. En 1895, los egresados de Harvard mostraron destrezas y habilidades que ninguna otra escuela de derecho proveía. Fue entonces cuando universidades como Yale, Columbia y Chicago asumieron el método del caso, y hacia 1920 la educación legal fue formalmente dominada por este método.

Jerome Frank y el paso del *método de estudio de caso al método del caso*

Langdell pensó que, al analizar los razonamientos vertidos en las resoluciones judiciales, los estudiantes podrían inferir los principios de la práctica jurídica y las reglas de derecho que rigen el sistema jurídico anglosajón. El método de estudio de casos estudia las formas de resolución de los casos bajo tales reglas y principios. El objetivo es analizar criterios judiciales. Este método es útil cuando se bus-

ca formar jueces que sigan las reglas de derecho generadas como tesis o precedentes. Se observa, por ejemplo, como los operadores jurisdiccionales inaplican un artículo de la ley al incorporar ciertos criterios de convencionalidad.

Por ejemplo:

La esposa de un pescador se queda sola con sus hijos cuando su marido desaparece sin motivo alguno. Ella inicia un procedimiento para su búsqueda sin obtener respuesta. Al paso de dos años, quiere vender la casa, su único patrimonio, para mudarse y contar con un dinero para sus hijos. La ley establece que, para darse la declaración judicial de ausencia, deben pasar nueve años. Fue entonces cuando una jueza, aplicando protocolos internacionales de perspectiva de género, redujo el plazo para dar el beneficio a la madre.

Este tipo de criterios (como el de inaplicación de la ley) son lo que se busca enseñar a los participantes mediante el método de estudio del caso.

En junio de 1933, en la *University of Pennsylvania Law Review*, el juez y filósofo Jerome Frank, integrante del realismo jurídico norteamericano, esgrimió una dura crítica sobre el método de estudio de caso. Señaló que la metodología propuesta por Langdell consistía en armar casos de estudio dirigidos al aprendizaje de las opiniones judiciales con la idea de que tales criterios se constituían como principios legales del sistema jurídico. Esos principios son el conjunto de compilaciones organizadas y sistematizadas que se editan y publican en Estados Unidos bajo los títulos de reglas. En la opinión de los juzgadores, componen la axiomática del sistema jurídico norteamericano. Tales documentos establecen pautas de actuación en los procesos y se identifican como Reglas Federales de Evidencia (*Federal Rules of Evidence*) o Reglas Federales de procedimiento civil (*Federal Rules of Civil Procedure*), entre muchas otras.

Jerome Frank consideró que si solo se estudiaban reglas y principios, se dejaban de contemplar las verdaderas labores jurídicas que debían ser aprendidas para la práctica real. El desarrollo efectivo de destrezas y habilidades judiciales era algo prácticamente desconocido en la enseñanza tradicional del método de estudio de casos.

En consecuencia, el material con el que Christopher Columbus Langdell sustenta su llamada “inducción” es irremediablemente limitado. Aparentemente, los estudiantes debían estudiar casos. Pero no lo han hecho. Ni siquiera estudian los registros impresos de los casos (aunque eso sería poco), y mucho menos los casos como procesos vivos. Su atención se limita a las opiniones judiciales. Pero una opinión no es una decisión. Una decisión es un juicio específico, una orden o decreto ingresado después de un juicio de una demanda específica entre litigantes específicos. Hay una multitud de factores que inducen a un juez a resolver en un juicio. De esos numerosos factores, pocos se exponen en las opiniones judiciales. Y esos factores, no expresados en las opiniones, con frecuencia son lo más importante en la explicación causal real de las decisiones.¹⁰

Más Adelante, en este mismo texto, Frank señala:

Como se indicó anteriormente, el sistema Langdell (incluso en su versión revisada) concentra la atención en las llamadas normas y principios legales que se encuentran en las opiniones impresas. Ahora bien, ninguna persona sensata negará que el conocimiento de esas reglas y principios de cómo “distinguir” los casos y de cómo argumentar sobre la verdadera razón decisional de una opinión es parte del conocimiento indispensable con el que debe contar el experto en derecho. Pero tal conocimiento es una ayuda limitada para prever lo que se hará en los tribunales. Es cierto que, en los procesos

¹⁰ Jerome Frank, “Why Not a Clinical Lawyer-School?”, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, vol. 81, núm. 8, junio de 1933, p. 910. Véase <http://www.jstor.org/stable/3308391>. Traducción del doctor Juan Abelardo Hernández Franco.

jurisdiccionales, los argumentos que se esgrimen deben emplear terminología acorde con la suposición ficticia de que las reglas y principios son las bases principales de todas las decisiones. Pero, en la realidad, las tareas del jurista no giran en torno a esas reglas y principios. Su trabajo gira en torno a decisiones específicas en litigios definitivos.¹¹

Los más parecido en nuestro país a un catálogo de reglas federales son los criterios judiciales contenidos en el *Semanario Judicial de la Federación*, en los que se encuentran principios y reglas producto de las opiniones expertas de las y los jueces de distrito, magistrados/as de circuito y ministros/as de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El estudio de tesis y jurisprudencias que resuelven ciertos casos no deja de presentar los mismos vicios que tiene el estudio del método del caso a partir de las reglas federales en Estados Unidos. Es como intentar enseñar a sumar, restar o multiplicar enseñando los resultados de las sumas, restas y multiplicaciones. Esto en nada abona a la formación y desarrollo de un pensamiento de comprensión matemática. Mucho menos aprender las tesis jurisprudenciales enseña a resolver problemas jurídicos: Dado que las opiniones y los trabajos de aquellos comentaristas que discuten opiniones son explicaciones emasculadas de decisiones, son de ayuda limitada para el ejercicio jurídico real. No sólo revelan simplemente una parte fraccionaria de cómo se toman las decisiones, sino que, si el experto en derecho las toma como explicaciones adecuadas de cómo se toman las decisiones, actuará con un falso sentido de certeza al redactar instrumentos o cualquier otro trabajo que tenga que realizar.¹²

Para Jerome Frank, lo que verdaderamente es esencial considerar en una formación profesional jurídica es el estudio de casos específicos, en los que, más que atender a

¹¹ *Idem.*

¹² Frank Jerome, "Why Not a Clinical Lawyer-School?", *op. cit.*, p. 911.

reglas de procedimientos o tesis judiciales que resuelven asuntos, el aprendizaje jurídico debería realizarse mediante el análisis de circunstancias particulares en situaciones concretas.

Debe ponerse en manos de los estudiantes una situación en la que simulen roles del quehacer jurídico para descubrir cómo debe resolverse y aprender mediante la experiencia. La capacitación que adquieren los participantes mediante el simulacro de funciones en ambientes supuestos desarrolla destrezas y habilidades significativas. Porque el comportamiento que experimentan en el ejercicio —a pesar de ser simulado— “es real”. Y su proceso cognitivo asimila dicha experiencia y la integra a un bagaje acumulado. Más allá del aprendizaje “práctico”, se trata de uno “empírico”. Éste es, sin duda, el modelo más efectivo para la capacitación de los operadores judiciales, fiscales y expertos del derecho.

El sistema de casos debe ser revisado para que, en realidad, se convierta en un sistema de casos y no en un mero falso sistema de casos. Algunos de los tipos actuales de los llamados libros de casos deben conservarse para enseñar habilidades dialécticas en la redacción breve. Pero el estudio de casos que conducirá a una pequeña medida de comprensión real de cómo se ganan, pierden y deciden los casos, debe basarse en una medida muy marcada en la lectura y el análisis de registros completos de casos, comenzando con la presentación del primer documento, a través del juicio en el Tribunal de Primera Instancia y a través de los tribunales superiores.¹³

Con esta proposición se comenzaron a generar casos en los que solamente se presentaba el problema por resolver y las circunstancias que contextualizaban el asunto. Todo sin incluir resolución alguna o propuestas de respuestas. El objetivo era estimular la creatividad propositiva de la mente jurídica para resolver asuntos. A diferencia del método

¹³ *Ibid.*, p. 916.

de estudio de caso, los participantes no estudian las resoluciones judiciales, sino que ensayan el descubrimiento de respuestas pertinentes a partir del planteamiento de actos reclamados, quejas, demandas y actuaciones en diversas audiencias de procesos.

El método del caso en la Escuela de Negocios

Es importante hablar sobre el método del caso en la Escuela de Negocios de Harvard. La razón principal es que este modelo de enseñanza fue el que llegó a México y se expandió por toda América Latina gracias a las escuelas de negocios como el Instituto Panamericano de Alta Dirección de Empresas (IPADE). Las escuelas de derecho que han ensayado su implementación han tomado como ejemplo la estructura de los casos en el área de negocios.

La Escuela de Negocios de Harvard se fundó en 1908. No adoptó el método del caso sino hasta 1920. Su segundo decano —un graduado de la Escuela de Derecho— defendió su aplicación y convenció a un profesor de la carrera de mercadotecnia para que elaboraran juntos un primer libro de casos para la carrera de negocios.

En lugar de utilizar la jurisprudencia establecida, los profesores de negocios eligieron ejemplos de la vida real del mundo empresarial para resaltar y analizar los principios comerciales. Los estudios de caso al estilo de la Harvard Business School (HBS) suelen consistir en una narración breve (menos de 25 páginas), contada desde el punto de vista de un gerente o líder empresarial envuelto en un dilema.

Los estudios de caso brindan a los lectores una descripción general del problema principal; antecedentes de la institución, la industria y las personas involucradas, y los eventos que llevaron al problema o la decisión en cues-

ción. Los casos se basan en entrevistas o fuentes públicas; a veces, los estudios de caso son versiones disfrazadas de eventos reales o compuestos basados en la experiencia y el conocimiento del tema de los autores de la facultad. Los casos se utilizan para ilustrar un conjunto particular de objetivos de aprendizaje; como en la vida real, rara vez hay respuestas precisas al dilema que nos ocupa.

Diferencia entre clase magistral del modelo tradicional y el método del caso

La clase magistral, modelo que ha dominado la enseñanza en las escuelas de derecho en México en los últimos 130 años, se centra en las y los profesores. Con este método sólo conocemos a las y los docentes. En una clase magistral no importa quién sea el auditorio, lo relevante es lo que presenta el expositor en la sala al marcar lo que los alumnos deben saber. A partir de la idea de que la comunicación emitida por el docente es la misma que se recibe en el estudiantado, el modelo de enseñanza asume un aprendizaje pasivo. La principal herramienta del alumno es la memoria y el propósito es acreditar evaluaciones individuales al recordar lo enseñado.

En contraste, al emplear el método del caso debemos conocer al alumnado. Con él se guía al estudiantado para que aprenda a través de descubrimientos. Se facilita el aprendizaje en un entorno basado en debates. Por eso hay que conocer al auditorio, porque los propios estudiantes llevan el flujo de la discusión. Ellos son los que deben preparar las sesiones mejor que el docente. Se les puede pedir que tomen una decisión, que desarrollen una postura, o bien que presenten un punto de vista. De cualquier manera, deben estar preparados para defender su posición en el caso por analizar.

Se debe intentar vincular el material de la sesión con las personas que participan, emplear las experiencias del

alumnado y sus conocimientos. En los posgrados es importante saber:

- ¿Quién tiene experiencia en materia penal, laboral, civil, mercantil?
- ¿Quién es servidor público y quién trabaja en sector privado?
- ¿Quién puede aportar ciertas ideas sobre ciertos asuntos que se van a abordar?
- ¿Quién podría hacer comentarios que den enseñanzas a sus otros compañeros de clase?

En el caso de la licenciatura o estudios de pregrado, no es necesario tomar en cuenta estas condiciones. A los estudiantes se les debe incluir en los casos material complementario, como leyes, jurisprudencias, artículos y doctrina, con el cual se auxilien para resolver los casos, o bien señalar los recursos disponibles en la red para su consulta.

Tal como se ve, el método del caso, a diferencia de la cátedra magistral, asume un aprendizaje activo al centrarse en el alumnado, que debe generar soluciones. Los participantes tienen que contrastar posibles soluciones con las de otros. De este modo se les entrena en el trabajo colaborativo y toma de decisiones en equipo. Parte del aprendizaje significativo, donde la principal herramienta del alumno es la comprensión de una experiencia simulada que proviene de situaciones de la vida real.

A diferencia de las conferencias magistrales, las clases basadas en el método de caso se desarrollan sin un guion detallado. Tal como se analiza más adelante, los docentes exitosos administran simultáneamente el contenido y el proceso, y deben prepararse rigurosamente para ambos.

Las y los profesores del método del caso aprenden a equilibrar la planificación y la espontaneidad. En la práctica, buscan oportunidades y “momentos de enseñanza” que surgen a lo largo de la discusión y guían hábilmente a

los estudiantes hacia el descubrimiento y el aprendizaje en múltiples niveles. Los principios y técnicas se desarrollan, dice Christensen, “a través de la colaboración y cooperación con amigos y colegas, y mediante la autoobservación y la reflexión”.¹⁴

II. CÓMO ESTRUCTURAR Y REDACTAR UN CASO

Una vez que se ha reunido la información necesaria para elaborar un caso, debe bosquejarse un borrador en el que se incluyan secciones generales, las cuales pueden diferir según la naturaleza del caso particular. En general, todo caso debe contar con los siguientes apartados y contenidos:

a) Introducción

Después de escrito el título, todo caso se debe iniciar con un párrafo introductorio que contextualice una situación con un punto de inflexión. En este espacio se incluye información general sobre el caso. Esto no es un resumen de los hechos, sino un primer acercamiento a la situación y a los objetivos que se persiguen con el estudio de este caso en particular. La finalidad es que el estudiantado cuente con una idea general del material para su posterior lectura. El contexto en que debe presentarse debe ser el de un punto de inflexión en el que un personaje se enfrenta a un problema por resolver.

Además de la narrativa de un punto de inflexión, deben plantearse preguntas detonantes, elemento muy importan-

¹⁴ Cfr. *Teaching by the Case Method. Case Method in Practice*, Christensen Center For Teaching & Learning, Harvard Business School, en <https://www.hbs.edu/teaching/case-method/Pages/default.aspx>

te del contenido del caso. Las preguntas tienen como finalidad orientar al estudiantado en el estudio de la problemática, lo que le permitirá enfocar mejor su preparación para la sesión en la que se discutirá. El grado de especificidad dependerá de los objetivos de aprendizaje planteados para cada caso. Pueden ser tan generales como ¿qué derechos se encuentran en conflicto? O bien, cada caso se puede acompañar de preguntas mucho más específicas que sirvan como guía para las y los estudiantes, como ¿existe una relación de poder entre una y otra persona? Ésta es una competencia importante para el estudiantado, saber elaborar preguntas, desarrollar su capacidad de indagación sobre la naturaleza de los hechos, tanto de manera vertical, horizontal, transversal y ortogonal:

- La *indagación horizontal* tiene por objetivo situar las características de las partes del caso. Es decir, los datos básicos y preliminares que permiten conocer cada una de ellas. Quiénes son, qué edad tienen, grado de estudios, posición económica, si pertenecen a algún grupo de atención prioritaria, etcétera.
- La *indagación vertical* busca profundizar en las pretensiones e intereses que cada una de las partes protege. Es un acercamiento a los hechos en el que se revisa con máximo detalle la narrativa de las partes para comprender sus intereses. Saber el origen del derecho que ostentan, el origen de la relación comercial o jurídica, la situación jurídica de las partes y posibles terceros involucrados, decisiones jurisdiccionales previas, etcétera.
- La *indagación transversal* identifica el contexto, la congruencia y la coherencia de lo narrado en tiempo, modo y lugar. Se contrasta con la mecánica de hechos de tal manera que se puedan localizar contradicciones, imprecisiones y disonancias cognitivas.

- La *indagación ortogonal* (del griego “ortos”, correcto) plantea preguntas pertinentes para clarificar contradicciones, puntualizar y clarificar hechos, así como precisar términos y puntos de acuerdo. Busca las piezas faltantes del rompecabezas.

Al redactar las preguntas detonantes, hay que cuestionarse dos cosas: ¿atiende a los objetivos de aprendizaje? Si no es así, se debe verificar que los objetivos sigan siendo los mismos, o si quizás hay más valor pedagógico en uno nuevo. Luego planteemos: ¿el caso permite responder estas preguntas?

- Ejemplo:

Con mucho cuidado y puntual atención, la jueza Daniela Hernández estudiaba los argumentos esgrimidos por la defensa del indiciado, quien razonaba que la forma en que fue detenido su cliente violó el principio de debido proceso, ya que se le obligó a caminar por más de ocho horas seguidas con pocos descansos. Esta situación se presentó como notable tortura del detenido. De ser así, ella debería liberar inmediatamente al detenido. Sin embargo, por otra parte, el sargento a cargo del batallón de la Guardia Nacional que llevó a cabo la detención sostenía que el indiciado, que fue capturado en flagrancia, debía ser puesto a disposición inmediata de las autoridades con base en las leyes respectivas. El sargento afirmó que, debido a que el auto en el que se transportaban se descompuso a medio camino —en un lugar de la sierra de Guerrero—, le ordenaron al indiciado caminar para ponerlo a disposición inmediata de la autoridad más cercana. Ésta se encontraba a ocho horas caminando. Una sola hora en auto. Y tomó esta decisión en razón de las siguientes disposiciones:

Código Nacional de Procedimientos Penales

Artículo 147. Detención en caso de flagrancia

Cualquier persona podrá detener a otra en la comisión de un delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al detenido a la autoridad más próxima, y ésta, con la misma prontitud, al Ministerio Público.

Y

TESIS: ORDEN DE APREHENSIÓN. ORIGEN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL QUE ORDENA INMEDIATEZ EN SU que puntualiza que “la autoridad ejecutante no puede justificar el retraso apelando a argumentos vagos sobre, por ejemplo, el debido cumplimiento de deberes administrativos u otras razones vinculadas con alguna supuesta búsqueda y/o hallazgo de indicios. La duración de la puesta a disposición sólo permite justificación en estricta relación con la distancia recorrida”.

Este criterio judicial indica que “el respeto al mandato de inmediatez debe valorar si el número de minutos u horas transcurridas guarda una proporción directa y razonable con la distancia que existe entre el lugar de la aprehensión y la ubicación del juez ante el cual la persona es puesta a disposición.

La jueza Hernández debía determinar si calificaba como legal la detención o no. De ello dependía la libertad o el inicio del proceso de una persona detenida en flagrancia.

- Como se puede ver, en la introducción deben exponerse problemas y cuestiones relevantes cuya resolución sea clave para solucionar el caso.
- En una o dos oraciones debe formularse una conjetura que permita detonar cuestionamientos sobre el caso. En el ejemplo, se encuentra al final de la introducción.

b) Antecedentes o *background* y preparación del escenario

En este apartado deben presentarse sobre todo los hechos y se refiere propiamente la situación problemática. La redacción debe incluir hechos relevantes y distractores sobre la problemática jurídica por analizar, con la intención de que el estudiantado aprenda a distinguir entre la problemática central y las cuestiones periféricas. En algunos casos será necesario dividir la narrativa de los hechos en diferentes apartados.

En los casos en los que nuestra fuente de información sea una sentencia, es importante recordar que no buscamos que el estudiantado aprenda a partir de las decisiones judiciales, sino de problemas reales, cuya solución se dio por la vía judicial. En este sentido, no proporcionamos al estudiantado el resultado final del litigio, sino los detalles suficientes que le permitan conocer por qué se originó el problema, qué sucedió en el plano jurídico y el contexto en el cual el problema está inmerso. Esto permite que construyan sus propios argumentos y fundamenten sus afirmaciones, en oposición a que repliquen los argumentos utilizados por un tribunal.

- En esta parte se debe presentar información histórica de los hechos del caso.
- Plantear antecedentes del entorno o las instituciones donde ocurran los hechos el caso.
- Resumir hechos relevantes, temas importantes y hallazgos del estudio.
- Presentarlos cronológicamente.
- Tener en cuenta las suposiciones posibles. Es probable que los participantes no cuenten con toda la información que les gustaría tener. Las supo-

siciones posibles pueden ayudar a desarrollar el debate.

- Ejemplo:

El 23 de diciembre de 2022, a 60 kilómetros de la cabecera del ayuntamiento de Alcozauca, municipio de la región de la Montaña Roja, el sargento Samuel Báez López dirigía un batallón de la Guardia Nacional que patrullaba la zona. En las faldas de la montaña se localizó un plantío de amapola en el que trabajaba un grupo de campesinos. Al preguntar por el responsable del sembradío, el grupo refirió a una persona con el nombre de Nicolás Heralde, el cual se presentó ante el batallón y dijo: “Aquí no tienen nada que hacer. Este sembradío está autorizado por la máxima autoridad y está bajo mi responsabilidad”. En ese momento, el cabo López Juárez y el guardia Luis Santos, por instrucciones del sargento Báez, detuvieron a Nicolás Heralde. Se ordenó que subiera al vehículo de la Guardia Nacional para ser puesto a disposición inmediata de la autoridad más cercana, localizada a 60 kilómetros del lugar, en la cabecera del ayuntamiento de Alcozauca, Guerrero. Sin embargo, a los 15 minutos del viaje, el vehículo se descompuso. El batallón de la Guardia Nacional no lograba comunicarse con otra unidad para recibir apoyo debido a la compleja zona geográfica donde se encontraban. Por esta razón, el sargento Báez ordenó al detenido emprender la marcha para ser puesto a disposición inmediata de la autoridad. La zona urbana más cercana se encontraba a menos de una hora viajando en auto, y entre siete y ocho horas si se hacía caminando. Etcétera.¹⁵

¹⁵ Todos los nombres que se utilicen en la elaboración del caso deben ser ficticios.

c) Descripción de desafíos o lo que hay que seguir para enfrentarlos

En este apartado se deben señalar los hechos y los aspectos que entran en controversia. Debe ser una sección donde se dé espacio a la reflexión. Es decir, se invita al estudiantado a meditar sobre la relación entre el contexto en el que se desarrollan los hechos y los hechos como consecuencia o manifestación del contexto. Se puede abordar de distintas formas, quizás a partir de temas como la ponderación de derechos, la opinión pública del caso o su exposición mediática, la efectividad del derecho, los efectos que tuvo el caso en el mundo jurídico, entre otros.

Ejemplo:

La normativa presentada con la que la fiscalía pretendía sostener su caso fue la siguiente:

1) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Artículo 16 [...]

Párrafos 5º, 6º y 7º. Cualquier persona puede **detener** al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, **poniéndolo sin demora** a **disposición de la autoridad** más cercana, y ésta, **con la misma prontitud**, a la del **Ministerio Público**. Existirá un registro inmediato de la detención.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el **Ministerio Público podrá**, bajo su responsabilidad, ordenar su **detención**, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de **urgencia** o **flagrancia**, el juez que **reciba la consignación** del **detenido** deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

[...]

2) Código Nacional de Procedimientos Penales

Artículo 147. Detención en caso de flagrancia

Cualquier persona podrá detener a otra en la comisión de un delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al detenido a la autoridad más próxima, y ésta, **con la misma prontitud, al Ministerio Público.**

Por su parte, la defensa del indiciado sostenía que los guardias nacionales podrían haber retrasado la presentación de su cliente —sin torturarlo— en razón de que los aprehensores, después de la detención y el aseguramiento de las evidencias, no cometerían falta alguna si retrasaban la entrega del detenido de forma injustificada ante el Ministerio Público. Con ello podrían haber enviado a un guardia a pedir ayuda y solicitar otro transporte para el indiciado. De este modo, no se habría dado el acto de tortura de caminar por más de siete horas. El argumento presentado tiene fundamento en la tesis siguiente:

3) Convención Americana sobre Derechos Humanos Artículo 5. Derecho a la integridad personal

Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

4) TESIS: DETENCIÓN EN FLAGRANCIA. LA DEMORA INJUSTIFICADA DE LA PUESTA DEL DETENIDO A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO NO IMPLICA QUE AQUÉLLA SEA ILEGAL.¹⁶

¹⁶ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 24, Décima Época, Registro: 2010491, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, noviembre de 2015, tomo I, Materia(s): Constitucional, Penal, Tesis: 1a. CCCLXII/2015 (10a.), p. 972.

La detención de una persona y la inmediatez de su puesta a disposición ante el Ministerio Público son actos diferentes, por ello, es importante considerar que ambos supuestos tienen autonomía y deben analizarse en ese contexto; es decir, se trata de dos acciones que, si bien tienen una relación causal y sucesiva, mantienen independencia fáctica y sustancial. Así, en el supuesto constitucional de detención en flagrancia, la primera acción que deben realizar los policías es la detención; y la siguiente es presentar de inmediato al detenido ante el Ministerio Público para el efecto de que éste defina su situación jurídica. Sin embargo, el hecho de que la policía demore injustificadamente la presentación no implica que pueda afirmarse jurídicamente que la persona fue detenida de forma ilegal; esto es, si la detención se ajustó a los parámetros constitucionales, no existe razón jurídica por la que deba afectarse la declaratoria de validez constitucional que se realice de ésta. Consecuentemente, la prolongación injustificada de la puesta a disposición del detenido ante el Ministerio Público es una condición fáctica sucesiva e independiente; de ahí que en caso de flagrancia, aquélla tendrá que calificarse de legal por estar apegada a los parámetros constitucionales, sin perder validez jurídica, a pesar de que los aprehensores, después de la detención y el aseguramiento de las evidencias, retrasen la entrega del detenido de forma injustificada ante el Ministerio Público. Ello, porque la violación se suscita con posterioridad a la detención que fue legal, por lo que el impacto deberá reflejarse a partir de que la retención del detenido se torna injustificada. Etc...

d) Retos presentes

En este apartado hay que elaborar un párrafo de cierre, en el que se diga qué cosas se están enfrentando ahora o qué desafíos vendrán.

Ejemplo:

La decisión de la jueza Daniela Hernández puede traer varias consecuencias. Por un lado, debe determinar si ha-

cer caminar al detenido por más de siete horas afecta el derecho humano a la integridad personal. Por otra parte, debe establecer si en el recorrido realizado se presentaron actos de tortura o se dieron condiciones para dar descansos adecuados y buen trato.

En caso de que, efectivamente, se considerara la decisión del sargento Báez de hacerlo caminar con pocos descansos como violación a los derechos humanos, la jueza debería dejarlo en libertad. Ello con base en el artículo 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por violación al debido proceso.

La aplicación de la convención debe hacerse con claridad. El dejar en libertad a un importante miembro del crimen organizado dedicado a la producción de droga, puede tener repercusiones importantes nacional e internacionalmente.

Materiales adicionales

Se recomienda que los casos vayan acompañados de materiales adicionales para consulta, los cuales son necesarios para entender y analizar el caso. Algunos ejemplos son: legislación y reglamentación relevante, tratados internacionales aplicables, criterios jurisprudenciales, doctrina, artículos académicos y otros documentos relevantes para analizar los hechos y las problemáticas planteadas en el caso. Esto es especialmente importante cuando se trata de casos que nos permitirán explorar contenido teórico con el que no cuenta previamente el estudiantado.

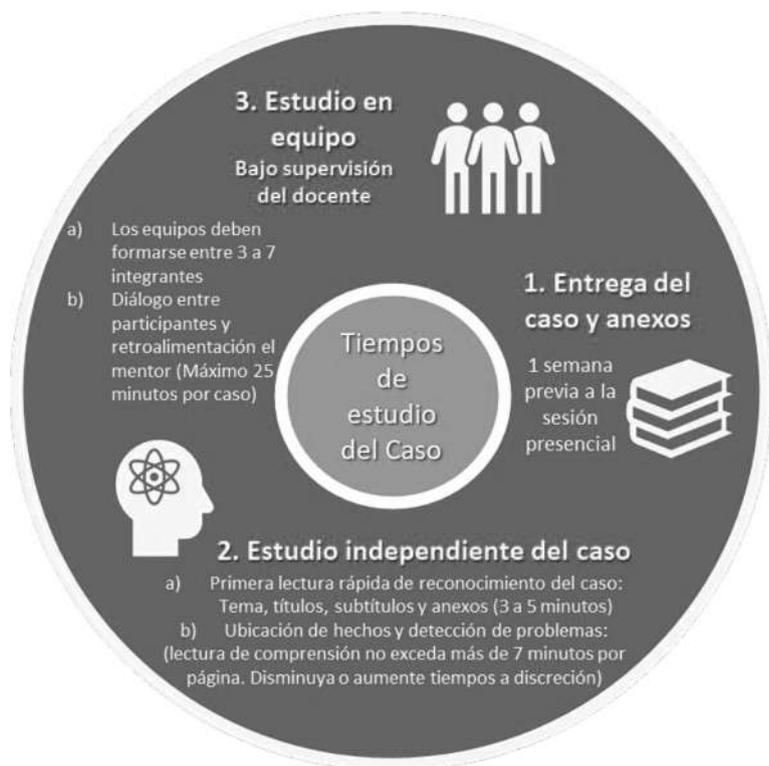
Pautas sobre el estilo

El caso debe ser escrito en un estilo contundente, sin ambigüedades, ya que debe ser persuasivo. La estructura de un estudio de caso es muy similar a la narración. Tiene un protagonista principal que enfrenta un problema e intenta resolverlo. Puede redactarse como en actos: introducción, una acción ascendente, un clímax, una acción descendente y una propuesta de solución.

Por lo general, la extensión de un caso tiene entre 900 y 2 000 palabras. Entre dos y siete páginas con letra a 11 o 12 puntos. Puede haber variaciones en estos márgenes. No es recomendable exceder las ocho páginas.

Una lectura rápida del caso debe llevarle a cada participante un tiempo de entre 15 y 30 minutos. El estudio detallado varía en cada participante.

III. CÓMO PREPARARSE PARA LA SESIÓN EN AULA



IV. CÓMO TRABAJAR LA SESIÓN EN AULA

Las y los docentes del método del caso deben abordar en sus sesiones tres momentos fundamentales:

- 1) Análisis de hechos.
- 2) Detección de problemas.
- 3) Propuesta de soluciones.

De ser posible, si se cuenta con tres pizarrones en el aula, el docente debe asignar a cada uno de ellos el tipo de datos que se verterán en la sesión. Es decir, un pizarrón para señalar hechos, otro para enunciar problemas, y el tercero para enumerar posibles soluciones.

Es muy importante intentar agotar cada momento de la sesión antes de pasar al siguiente. No debemos pasar a las preguntas sin antes agotar la enumeración de los hechos relevantes, y tampoco pasar a las posibles soluciones sin agotar el listado de preguntas.

1. Análisis de hechos

Después de hacer una breve introducción sobre el caso o lo que deberá aprenderse a partir de él, el docente debe pedir al alumnado que señale los principales hechos del caso. Este momento puede darse mediante una lluvia de ideas por parte del alumnado.

Ejemplo:

Docente: ¿Qué hechos relevantes presenta el caso?

Estudiante 1: Habla sobre una detención en la sierra de Guerrero.

Docente: ¿Puedes ser más específico?

Estudiante 1: La Guardia Nacional estaba patrullando en la Montaña Roja, en la Sierra de Guerrero y detuvieron a una persona que controlaba un campo sembrado de amapola.

Docente: De acuerdo. ¿Algún otro hecho?

Estudiante 2: Se le subió a una unidad móvil para transportarlo a un lugar donde se le pusiera a disposición de la autoridad.

Docente: Bien, ese es otro hecho importante.

Mientras el alumnado señala estos puntos, el docente debe ir escribiendo cada uno de los hechos en el pizarrón a modo de lista.

Es muy importante que el docente distinga los hechos de los problemas. Es muy probable que algunos alumnos o alumnas, en la etapa de mencionar hechos, enuncien problemas. En ese caso, debe pedir al alumnado que espere a que se transite a la etapa de problemas, o bien comenzar un listado de problemas. Esta acción puede orientar al resto para terminar de abonar hechos y comenzar a señalar problemas.

Ejemplo:

Docente: ¿Algún otro hecho?

Alumno 3: Se trata de un conflicto entre disposiciones jurídicas.

Docente: Esto que señalas no es un hecho, estás enunciando un problema. ¿Puedes ser más específico?

Alumno 3: Parece que se viola el debido proceso.

Docente: Bien, anotaré eso en la lista de problemas.

2. Detección de problemas

El docente debe enlistar problemas que el alumnado señale. Ya no deben considerar hechos, sobre todo si, a criterio del docente, el listado ha agotado todo lo pertinente por abordar.

Mientras se hace el listado de problemas, el docente podría irlos dividiendo, establecer cuáles parecen problemas esenciales, cuáles secundarios, e incluso hacer una lista de seudoproblemas.

El objetivo de hacer la lista de problemas y su análisis es que el alumnado descubra que responder algunos no soluciona de fondo el problema. De ese modo distinguirán problemas esenciales de secundarios, y también seudoproblemas que, aunque aparentemente sean problemas, no tiene caso considerarlos.

Ejemplo:

Docente: ¿Qué problemas detectan?

Alumno 1: Que el coche se descompuso.

Docente: Bueno, eso más que un problema es un hecho que debe ir en el pizarrón de hechos. Tal vez, a partir de ese hecho se generó un problema más importante.

Alumno 1: Tal vez debían decidir si quedarse a esperar ayuda o llevar al detenido caminando.

Docente: Bien, ese es un problema. Lo pondré en una columna.

Alumno 2: Hay que determinar si llevarlo caminando siete horas es un acto de tortura.

Docente: Bien, anotaré eso en la primera columna como “¿es un acto de tortura llevarlo caminando ocho horas?”

Alumno 3: ¿Se violó el debido proceso o no?

Docente: Bien. Ahora, si no hay nadie más, veamos qué debemos resolver para solucionar el problema y qué cosa no lo hace. Escucho sus comentarios.

3. Propuesta de soluciones

En este momento el docente debe ir llevando a las y los participantes a conclusiones sobre el caso mismo. Exhortarlos a ser propositivos, o bien a proponer acciones para buscar soluciones.

Docente: Una vez que vimos preguntas esenciales, secundarias y sacamos las seudopreguntas, díganme qué soluciones proponen.

Alumno 4: Creo que la jueza debe pedir un examen médico para determinar si hubo daño físico en el detenido que caminó ocho horas. A partir de eso, ver si hay violación o no.

Alumno 3: Yo considero que, con base en los artículos señalados, la Guardia Nacional cumplió en poner a disposición inmediata al detenido. Y coincido en que ayudaría el dictamen médico que señalo el compañero 4.

Alumno 2: A mí me parece que deben liberarlo inmediatamente. En cualquier contexto, ese acto de ponerlo a caminar es inhumano. Si no lo sueltan, podría llevar el asunto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ganarlo.

Etcétera.

3.1. *Tableros o pizarrones*

Se ha dicho que cada momento debe tener su propio pizarrón para ir distinguiendo los elementos con los que se trabaja un caso en el aula. Los expertos de Harvard señalan que cada aspecto enunciado en los momentos son como

pastizales y que, en realidad, el diálogo con los participantes es como ir paseando de un pastizal a otro. Gracias a esta distinción de momentos en cada pizarrón, los docentes pueden usarlos para:

- Sintetizar conceptos discutidos.
- Resaltar ideas que deben ampliarse en el próximo pastizal.
- Ilustrar las áreas de análisis que faltan.
- Enmarcar un nuevo pastizal.

Una vez que se completa la discusión del pastizal anterior, es importante configurar el siguiente segmento. La transición puede incorporar muchos de los mismos elementos que la apertura:

- Recordar a las y los estudiantes el contexto del caso.
- Abordar si el cronograma ha avanzado o si hay nueva información disponible.
- Plantear un rompecabezas o una pregunta de conexión que vincule los dos pastizales.
- Cuando se usan minirresúmenes como parte de una transición, los docentes experimentados a menudo hacen referencia a los comentarios hechos por los estudiantes durante la discusión anterior. Este enfoque ayuda a fundamentar la transición en las propias contribuciones de los participantes y resuena más poderosamente con los estudiantes que un resumen preparado con anticipación por el docente.

4. Transiciones entre los momentos de la sesión

- La persona docente debe llevar la estructura, la secuencia y el tiempo de los segmentos de discusión sobre el caso.

- El docente debe organizar cuánto tiempo le deben dedicar a cada parte del caso y los debates. Hay que medir durante cuánto tiempo estaremos paseando por determinado pastizal.
- Debe visualizar cómo se verán los temas en una pizarra y los comentarios de los estudiantes.
- Las sesiones deben contar con participaciones espontáneas y cortas.
- Los segmentos en los que se organiza la sesión deben ser flexibles.
- Algunos pueden ser más cortos (5 minutos), otros más largos (30 minutos).
- El y la docente debe medir el interés de los participantes. Debe observar dónde está el interés, la energía, pero sobre todo las experiencias.
- Por esta razón, el docente debe ir ajustando y reajustando constantemente, en tiempo real, para terminar a tiempo.
- Se debe tener un itinerario o un diagrama de los temas y aspectos por abordar. De esta manera, el docente puede ir señalando aspectos suficientemente abordados y dar aviso de la transición a otro punto en el itinerario de análisis. De este modo, los participantes ven el flujo que lleva el asunto y no se sorprenden por cambios repentinos. Un flujo a buen ritmo hace ágil el avance de la discusión.

4.1. ¿Cómo señalar las transiciones?

El docente puede señalar los cambios de momentos de dos maneras:

a) Verbal

1. Con frases como:
 - “Analicemos un comentario más antes de continuar” o
 - “Retrocedamos un momento y reflexionemos sobre lo que hemos hecho”.
2. Con preguntas de control de comprensión:
 - “¿Nos hemos perdido algo importante?”
 - “¿Algún comentario final antes de continuar?”
3. Con preguntas que permitan transitar de un pastizal a otro:
 - “Antes de entrar en [x], ¿hay más preguntas?”
 - “¿Todos se sienten cómodos pasando a [...]?”
4. Resumir los puntos esenciales o sintetizar aspectos relevantes de lo visto en una parcela permite transitar al siguiente punto de conexión.

b) No verbal

1. Se dirige a otra parte del pizarrón y comienza con otro aspecto.

5. *Feedback* o Retroalimentación

Posteriormente a la comprensión del asunto, la revisión de hechos, el reconocimiento de problemas, el planteamiento de posibles respuestas y el debate que se ha llevado a cabo en el aula, los participantes han desarrollado una experiencia y una perspectiva propia del caso analizado.

En esta etapa de retroalimentación, los participantes deben dar cuenta de cuáles fueron las dificultades, retos

y problemas a los que se enfrentaron. Que mencionen las habilidades que desarrollaron mediante el ejercicio y qué áreas de oportunidad tienen. Es una etapa de autoevaluación colaborativa.

En la etapa de *feedback* se puede presentar o no cómo se resolvió el caso en la realidad. Lo esencial es llevar a cabo un análisis crítico bajo la guía del docente. El alumnado compara y contrasta la resolución jurisdiccional con su experiencia en las diversas etapas del estudio del caso.

Competencias por desarrollar:

- Demostrar conciencia crítica en el análisis de la decisión judicial.
- Evaluar si contó con los suficientes datos para adoptar una decisión pertinente y sustentada en derecho.
- Reflexionar críticamente sobre las capacidades cognitivas y formales para resolver un asunto.
- Autoevaluación

6. Entregables sugeridos

Se refiere a los productos que evidencien la ruta crítica de los procesos cognitivos por medio de los cuales los participantes resolvieron caso. Pueden ser:

- Mapas mentales.
- Mapas conceptuales.
- Diagramas de flujo.
- Infografías.
- Reseñas.
- Bitácoras.
- Otros.

V. HABILIDADES DE PLANEACIÓN DE LA SESIÓN

La persona docente deberá:

1. Seguir el principio de *menos es más*.

Chris Christensen —el maestro del método del caso en Harvard— estableció como el principio más importante en la enseñanza: “Menos es más”. Menos quiere decir: menos puntos, menos temas, menos preguntas y menos problemas. Por lo general, los docentes intentan incluir muchos temas en sus sesiones. Esto es un grave error. Debemos preferir abordar tres temas que se puedan abordar de manera amplia en lugar de siete de manera corta. De este modo, se logra un mejor aprendizaje, comprensión y profundidad. Si queda tiempo, pueden considerarse algunos como opcionales.

Las y los docentes experimentados procuran no empantanarse con minucias. Deben observar los objetivos básicos de aprendizaje. Preguntarse:

- ¿Qué debe aprenderse en la sesión?
- ¿Este caso es representativo de un fenómeno más general?
- ¿Es un arquetipo?
- ¿Cuál es la “teoría del caso” subyacente?
- ¿Cómo se relaciona el caso con otros casos y otros ejemplos del mundo real?

Al responder a estas preguntas, el docente estará mejor posicionado para diseñar y ejecutar un plan que permita que el “bosque” emerja de los “árboles” de la discusión en clase.

2. Saber preguntar, escuchar y responder

a) El docente debe detonar la discusión con preguntas que pueden ser:

- Preguntas abiertas o cerradas.
- Preguntas enfocadas y precisas.
- Preguntar a un participante sobre el comentario de otra persona.

Esto obliga al alumnado a escucharse unos a otros con atención, porque saben que pueden ser interrogados sobre las posturas de otros.

- Todo docente debe estar atento a las participaciones en tiempo real.
 - ✓ ¿Quiénes están de acuerdo con cierta postura?
 - ✓ ¿Dónde hay un fuerte contenido emocional o de interés?
- Cuando se hacen preguntas al docente, puede ser contundente o bien callar. A veces una respuesta puede ser una aclaración o un gesto físico. Finalmente, la respuesta debe seguir generando participaciones de los estudiantes.
- Debe llevar preparados los tipos de preguntas y ubicar cuándo y entre qué asuntos debe hacerlas para llevar a cabo las transiciones de un asunto a otro.
- Sostener los silencios para la reflexión. Esto abona en el proceso mental complejo, contrario al pensamiento reactivo.

b) La escucha del docente

El docente debe escuchar a cuatro niveles:

- Escuchar el contenido de lo que se dice, no interrumpir ni adivinar las frases.
- Escuchar cómo se dicen las cosas. El cómo a veces revela intenciones o emociones. Una clase puede despegar a partir de ello.
- Escuchar lo que no se dice, pero es relevante para la sesión y, por lo tanto, hay que guiar la sesión en tal dirección.
- Escuchar desconexiones. Ante una pregunta o participación, otro participante puede responder o comentar con un tema que no se conecta con la pregunta o comentario inicial. Hay que llevar al grupo a estar en sintonía de los asuntos que se abordan.

El alumnado

Se espera que el alumnado:

1. Lea y examine detenidamente el asunto.
2. Establezca los hechos relevantes que encuadran el asunto.
3. Enfoque su análisis en la distinción de los siguientes aspectos:
 - ¿Quiénes son las partes en conflicto?
 - Narrativa de los hechos.
 - Pretensión, acto reclamado, queja o causa de pedir.
 - Pruebas.
 - Constancias en autos.
 - Informe justificado o respuesta.
4. Elabore notas en las que detecte el problema esencial del asunto, problemas secundarios y seudoproblemas aparentes.

5. Distinga:
 - ¿Por qué existen tales problemas?
 - ¿Cómo impactan
 - ¿Quién es responsable de ellos?
6. Considere cuáles son:
 - Pruebas relevantes y fuertes.
 - Pros y contras.
 - Aspectos dudosos.
 - Posibles soluciones.

Por otra parte, el estudiantado debe preparar el caso para trabajar en tres momentos específicos:

1er momento. Trabajo individual

El estudiantado debe desarrollar la habilidad de fragmentar en instantes temporales cada momento de lo expuesto en el caso y el sentido que tiene cada uno de tales instantes. Este proceso recibe el nombre de *tópica*, en cuanto a llevar a cabo un inventario de las partes de un asunto, tal como si fueran cuadros de una secuencia de película.

La actividad que más trabajo cuesta a los participantes al analizar un asunto es averiguar dónde están los puntos de controversia esenciales y distinguirlos de los problemas secundarios.

Para lograrlo, se debe revisar y analizar el asunto por segmentos o fragmentos y distinguir con precisión dónde está el principal punto de debate.

- ¿Dónde hay una oportunidad fuerte y dónde no?
- ¿Dónde se puede avanzar?
- ¿Dónde debemos detenernos y contener la actuación?

El estudio en esta etapa se lleva en un primer momento de manera individual; los participantes tendrán una semana para estudiar el caso.

El alumnado en esta etapa de preparación desarrollará las siguientes competencias

- Desarrollar pensamiento crítico y creativo.
- Desarrollar la capacidad de autogestión.
- Identificar problema principal y delimitar problemas secundarios.
- Comprender y analizar los problemas desde contexto y circunstancias particulares.
- Formalizar de manera lógica los asuntos para encuadrar y entender el caso jurídico.
- Respetar los puntos de vista diversos y controvertidos de otros participantes.

2do momento. Trabajo en equipo

En un segundo momento, estudiarán los casos en equipos de trabajo bajo la supervisión del docente. En este momento debe darse una retroalimentación entre los integrantes del equipo para tratar de llegar a conclusiones sobre el caso. Una vez establecida la definición de hechos relevantes, problemas a tratar y soluciones pertinentes, se pasará al tercer momento.

3er momento. Debate en sesión plenaria

El alumnado se reúne en sesión plenaria en la que se lleva a cabo el desarrollo de la sesión planteando hechos, problemas y soluciones.

- Mediante el docente, se revisan los distintos aspectos de un asunto y se dirige el debate en distintos tiempos entre los participantes para distinguir los aspectos principales y los secundarios.

- Se presentan resoluciones, opiniones, reflexiones y opciones alternativas para resolver el problema principal y los secundarios.

Competencias por desarrollar:

- Reflexionar con pensamiento crítico las aportaciones de otros participantes.
- Escuchar con atención las propuestas de otros participantes.
- Manifiestar argumentos jurídicos de forma oral.
- Expresar de manera ordenada hipótesis o conjeturas que infiere a partir de los datos vertidos en el debate en aula.
- Aportar soluciones creativas y disruptivas, correctas y pertinentes sobre el asunto por resolver.
- Formular preguntas relevantes para solucionar el caso.



Aprender con el método del caso

INTRODUCCIÓN

Con gran preocupación y notable intranquilidad, mientras estudiaba los documentos y manuales para elaborar “casos” y la forma de impartir sesiones con el método del caso, la profesora Daniela Hernández, secretaria académica de la Universidad Regia, pensaba en todas las propuestas y argumentos que se habían discutido en la última reunión del Comité Académico. La sesión había transcurrido sin ninguna discusión hasta que la directora de proyectos propuso que debía emplearse el método del caso para la impartición de cursos del siguiente semestre. Esto implicaría modificar la capacitación del profesorado, comprender cómo debían elaborarse los casos y llevar a cabo su redacción. Las opiniones sobre qué acciones debían llevarse a cabo estaban divididas. Por un lado, el sector de investigadores sostenía que debía contratarse a una empresa que capacitara al personal y auxiliara en la elaboración de los casos durante ocho meses. Tiempo que dicha empresa requería para cumplir sus objetivos. Por otra parte, el sector académico

* Caso elaborado por el doctor Juan Abelardo Hernández Franco y la doctora Cristina Santibáñez para servir de base de discusión y no como ilustración de la gestión educativa adecuada o inadecuada de una situación determinada.

afirmaba que el equipo de docentes ya había participado en programas con método del caso y sólo era un asunto de ensayar su redacción.

Al haber sido nombrado líder de proyecto, Everardo debía tomar la decisión final y decidir cómo deberían construirse los casos. Ambas posiciones eran muy buenas y agregaban valor; sin embargo, tenían a su vez algunas limitantes. Básicamente, se preguntaba: ¿qué estructura debía tener un caso?, ¿cuáles son los elementos con que se debe contar en cada parte?, ¿cuál es la forma en que debe ser redactado?, ¿de dónde salen los contenidos para hacer un caso?

CENTRO DE ESTUDIOS SAAVEDRA FAJARDO

El Centro de Estudios Saavedra Fajardo nació como una propuesta del doctor Alejandro Maya Piedra durante la contingencia sanitaria por covid-19 en 2020. Se creó una institución virtual que impartía conferencias y cursos vía *on line*. De esta manera, docentes y participantes que no podían asistir físicamente a clases daban conferencias y cursos cortos por medio de la plataforma *zoom*. Desde su inicio, Everardo fue invitado por su maestro, el doctor Alejandro Maya, quien lo nombró coordinador académico y le asignó el liderazgo de proyectos de innovación de la institución.

El Centro de Estudios compartía con todo el alumnado, vía digital, las láminas en *power point* empleadas durante las sesiones, y también se compartían artículos con los contenidos de lo expuesto en clase. Hacia finales de 2022, las restricciones sanitarias fueron disminuyendo y el Comité consideró la oportunidad para cambiar su metodología de enseñanza y llevar a cabo clases presenciales, considerando que ya contaban con instalaciones físicas sin estrenar. En la última sesión del Comité se aprobó el cambio para la implementación del *método del caso* en todos los programas. Al contar con un profesorado experto en sus materias,

bastaba con solicitarle un caso por tema en cada una de las sesiones. El grupo docente consideró importante, además de elaborar los casos, mantener el sistema de envío de presentaciones de clase y artículos especializados.

PAUTAS PARA ELABORAR UN CASO PILOTO

El maestro Everardo reunió, revisó y estudió toda información a su alcance sobre la elaboración de documentos para trabajar con la metodología del *método del caso*. Después de buscar y definir los puntos esenciales con los que debía contar todo caso, sintetizó cinco pautas esenciales:

1. Debe iniciar con un párrafo introductorio que contextualice una situación con un punto de inflexión.
2. Elaborar una narrativa de hechos relevantes y de distractores sobre el problema.
3. Plantear de tres a cuatro preguntas que detonen la discusión.
4. Presentar antecedentes de la institución o del entorno donde ocurran los hechos del caso.
5. Describir desafíos o lo que hay que seguir para enfrentarlos.
6. Elaborar un párrafo de cierre en el que se diga lo que se está enfrentando ahora o los desafíos que vendrán.

LA DISCUSIÓN

Una vez definidas estas pautas, Everardo reunió a un grupo de profesores que habían participado en programas de Alta Dirección en el Instituto Panamericano de Alta Dirección de Empresa (IPADE) y comenzaron a trabajar en un caso piloto.

El documento comenzó con la narración de una historia inventada sobre una empresa que, supuestamente, había sido fundada en la década de 1970 y que presentaba algunos problemas (también inventados, pero inspirados en casos de la vida real de asuntos que conocían). Se habló de algunas condiciones económicas y políticas en general que se vivieron en esa época, pero sólo en ciertos meses de ciertos años.

La profesora Claudia Farjat dijo que era necesario incluir un apartado que permitiera la reflexión de los participantes sobre el caso. De este modo, tendrían oportunidad de exponer entre todos —después de enunciar los hechos principales— los temas por resolver. Los participantes ensayarían la identificación de los problemas principales, los secundarios y darían cuenta de los seudoproblemas. Lo importante en esta etapa sería comprender que, más que dar una respuesta verosímil, hay que saber qué preguntarse. De este modo se generaría un debate entre los participantes que llevaría a que unos aprendieran de otros.

Por su parte, el profesor José Antonio Lozada dijo que con los problemas inventados bastaba para generar el espacio de reflexión. Que no era necesario dar tanto la palabra a los alumnos. Los profesores podrían impartir cátedra magisterial explicar cómo se resolvió el problema y se daría oportunidad a los alumnos de tomar nota y aprender la solución.

Finalmente, la misma profesora Farjat sugirió que se anexaran datos complementarios para que los participantes contactaran con más información para ensayar la resolución del caso. A esto, el doctor Lozada respondió que, siendo casos inventados, sería complicado incluir datos complementarios, que lo mejor era dejar el documento redactado de esa manera.

Después de tres semanas de trabajo, el caso piloto fue presentado ante el Comité Académico. Se aprobó el modelo con la idea de que sería perfectible con la elaboración de cada nuevo caso.

RETOS PRESENTES

Actualmente, el maestro Everardo López Hernández ha logrado implementar entre uno y dos casos por curso, lo cual es un pequeño logro. La mayoría de sus docentes han trabajado más de 15 años con un método tradicional y no se sienten suficientemente capaces de elaborar casos como los que se les pide. La ambición de Everardo es que en el Centro de Estudios Saavedra Fajardo cada sesión cuente con un caso sobre el tema impartido. Para ello deberá elaborar un plan de trabajo, convencer a su academia y equipo de investigación, así como contar con una capacitación efectiva.

El Rey del Tomate

INTRODUCCIÓN

La magistrada Reina Aguilar de la Sala Superior del Tribunal Electoral tenía un dilema. Por un lado, si concedía el triunfo al candidato del Partido de la Revolución Democrática (PRD) con doble nacionalidad, estaría violando la Constitución, porque el cargo sólo podía ocuparlo una persona sin doble nacionalidad. Por otra parte, sólo el candidato del PRD podría solicitar la prueba idónea de su doble nacionalidad. Pero él no estaba obligado a probar nada en su contra. Y, sin embargo, cumplió todos los requisitos para ser candidato.

ANTECEDENTES

El 1 de julio de 2001 hubo elecciones de ayuntamientos en el estado de Zacatecas. El candidato del PRD, señor Andrés Bermúdez Viramontes, exhibió ante la autoridad electoral encargada de aprobar los registros su acta de nacimiento en la que se indica que nació el día 2 de julio de 1950 en El Cargadero, Jerez, Zacatecas.

* Caso elaborado por el doctor Juan Abelardo Hernández Franco y la doctora Cristina Santibáñez Bandala para servir de base de discusión.

El 4 de julio, el Consejo Municipal de Jerez, Zacatecas, efectuó el cómputo de la elección de ese municipio. La mayoría de votos la obtuvo la planilla postulada por el PRD, se declaró válida la elección y se entregó la constancia de mayoría correspondiente.

El 7 de julio, el Partido Revolucionario Institucional (PRI) interpuso un recurso de inconformidad mediante escrito presentado ante el Consejo Municipal del Instituto Electoral del Estado de Zacatecas. Tomaron posición en contra de la entrega de la constancia de mayoría al candidato a presidente municipal de la planilla ganadora: Andrés Bermúdez Viramontes.

24 de julio: la Sala de Primera Instancia del Tribunal Estatal Electoral de Zacatecas desestimó el recurso de inconformidad por considerar que no había causa ni motivo para negar la constancia de mayoría al candidato ganador para ser declarado presidente municipal. El PRI, entonces, interpuso en contra de tal resolución el recurso de apelación ante la Sala de Segunda Instancia del Tribunal Estatal Electoral de Zacatecas.

8 de agosto: la Sala de Segunda Instancia del Tribunal Estatal Electoral de Zacatecas dictó sentencia en la que confirmó la de primer grado.

Al no encontrar causa ni pruebas que dieran sustento para negar la entrega de constancia de mayoría, se podría seguir con el procedimiento para declarar presidente municipal al vencedor de las elecciones.

PROMOCIÓN DE JUICIO CONSTITUCIONAL

Ante esta segunda resolución, el PRI promovió Juicio de Revisión Constitucional Electoral contra el fallo citado de segunda instancia. El reclamo consistió en lo siguiente:

- a) El recurrente señala que el punto toral de su reclamo consiste en afirmar que el candidato a presidente municipal de Jerez, Zacatecas, postulado por el PRD, tiene la nacionalidad y la ciudadanía de Estados Unidos de Norteamérica, y que, en consecuencia, perdió la nacionalidad (y desde luego la ciudadanía) mexicana.¹
- b) Que no tiene la ciudadanía de Zacatecas, porque si se ha perdido la nacionalidad mexicana, en consecuencia también se pierde la ciudadanía zacatecana. Por esta razón, el actor sostiene que si el señor Andrés Bermúdez Viramontes adquirió la nacionalidad norteamericana, por ese solo hecho perdió la mexicana para ocupar un cargo público, como lo señala el artículo 37 de la Constitución federal.
- c) Con base en el segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución mexicana, para ocupar ciertos cargos que la Constitución y las Leyes del Congreso establecen, se debe cumplir el requisito de ser mexicano por nacimiento y no adquirir otra nacionalidad.

PRUEBAS QUE PRESENTA EL PRI

El PRI presentó las siguientes pruebas:

- 1) Copia fotostática simple de una nota publicada en el periódico *Imagen*, de Zacatecas, el martes 19 de diciembre del año dos mil, la cual obra en las fojas 25, 26 y 27 del expediente relativo al recurso de inconformidad.
- 2) Recorte del periódico *El Alacrán*, de Jerez, de fecha 13 de mayo del año dos mil uno.

¹ Artículo 37 de la Constitución federal que establece: “A) La nacionalidad mexicana se pierde: I. Por adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera”.

- 3) Recorte del periódico *Reforma*, de la Ciudad de México, de fecha 18 de junio del dos mil uno.
- 4) Recorte del periódico *Página 24*, de Zacatecas, de fecha 24 de junio del año dos mil uno.
- 5) Recorte del periódico *Página 24*, de Zacatecas, de fecha 11 de julio del año dos mil uno.
- 6) Recorte del periódico *Página 24*, de Zacatecas, de fecha 23 de julio del año dos mil uno.
- 7) Recorte del periódico *El Sol de Zacatecas*, de fecha 21 de julio del año dos mil uno, y
- 8) Recorte del periódico *Página 24*, de Zacatecas, de fecha 2 de julio del año dos mil uno.
- 9) Recorte del periódico *El Sol de Zacatecas*, de fecha 21 de marzo del año dos mil uno.

Sólo a modo de ejemplo, se transcribe parte de la entrevista de este último recorte: ²

“Sí, me fui hace 25 o 30 años. Con tristeza digo que las cosas no han cambiado, sigue siendo el mismo México de gobierno de transas, de un gobierno que engaña, sigue siendo la misma gente. En Estados Unidos interesa todo lo que pasa aquí, se está al pendiente...”

“Regresé a México en 1973 y me case. Un año después me llevé a mi esposa. Yo tenía un pasaporte ‘local’ que permite cruzar la pura frontera, pero como iba recién casado, no iba a dejar a la señora que se la llevara un desconocido, así que nos fuimos a ‘cajuelazo’, yo creía que llegando a Estados Unidos nos iban a bajar...”

“En Los Angeles (California, EE. UU.) trabajé dos meses en una fábrica... (después) con un rancharo en la pizca de chabacano, pero éste no sabía español y me agarró de intérprete, quedándome 14 años en el lugar”.

² Entrevista colectiva, p. 4A.

Pregunta: ¿Dónde es su zona de trabajo?

“Trabajo en el área de Sacramento y siembro todo, lechuga, tomate, chile. Hace tres años fui el segundo tomatero de todo Estados Unidos, con 2 800 hectáreas. Todo lo que se siembra en Estados Unidos está contratado de antemano, si no, no se hace el trabajo; ese año (1998) me aventé arriba de 259 000 toneladas de tomate, de ahí viene lo de *el Rey del Tomate*”.

“Al siguiente año (1999) no quise arriesgarme, ya que en el tomate se pierde o se gana todo en un año, ese año hice mucho dinero, me tocó suerte, pero decidí sembrar sólo 1 800 acres”.

“con el gobierno federal (de EE. UU.), hace año y medio que no agarro trabajo (octubre de 1999), pero para el estatal sígo, hay compañías que hacen contratos por producir diferentes cosas. En este momento (marzo de 2001) habrá arriba de 800 personas trabajando para mí”.

“Cuando llegué al municipio de Jerez, encontré que el municipio fue durante 72 años priista...”

“No, ahorita (marzo de 2001) hay una polémica por la carta de residencia. Tengo propiedades en Jerez, he estado aquí muchas veces en el último año y medio...”

PUNTOS DE CONTROVERSIA

La magistrada Reina Aguilar, junto con su equipo de secretaries, detectaron los siguientes puntos de controversia:

1. En todas estas notas periodísticas se presentan afirmaciones de los reporteros que señalan que el señor Andrés Bermúdez Viramontes vive en Estados Unidos de Norteamérica desde hace veinte años. Que en ese país tiene sus negocios y que, desde hace varios años, adquirió la nacionalidad y la ciudadanía de aquel país. También hay fragmentos en

que señalan que dicha persona les dijo que es ciudadano estadounidense.

2. Además, se señala que, para acreditar su estatus de nacional, el candidato sólo presentó el acta de nacimiento y su credencial para votar con fotografía, lo cual no es suficiente para una persona con sus características; no presentó su declaración de nacionalidad mexicana, ni el certificado de nacionalidad mexicana que se otorga a petición de parte y únicamente cuando para el ejercicio de los cargos y funciones se requiera ser mexicano por nacimiento y no haber adquirido otra nacionalidad.
3. El PRI afirma también que no puede presentar como prueba la constancia de doble nacionalidad debido a que ese documento sólo lo extiende la Cancillería mexicana a las personas que comprueben que, efectivamente, adquirieron otra nacionalidad antes de la reforma de marzo del año 1998 y que desean acogerse al beneficio de la no privación de la nacionalidad mexicana por nacimiento.
4. Ante esta situación, se preguntaron si el Consejo Municipal Electoral de Jerez, Zacatecas, debió exigirle al señor Andrés Bermúdez Viramontes su certificado de nacionalidad mexicana. También se preguntaron si la Sala de Primera Instancia debió solicitar a la Secretaría de Relaciones Exteriores del Gobierno de la República tal constancia. Aunque cabe mencionar que la Sala de Segunda Instancia, señaló que debía ser el promovente y no la Sala quien debía insistir en pedir dicho documento a Relaciones Exteriores.
5. Los operadores jurisdiccionales no admitieron las pruebas presentadas debido a que tales periódicos, considerados como documentales privados, sólo representan leves indicios de la veracidad de lo que en ellas se contiene. De ninguna manera son sufi-

cientes para acreditar que el candidato tenga la nacionalidad y la ciudadanía norteamericana.

6. Además, si el candidato llegó a Estados Unidos como mexicano por nacimiento, para adquirir esa otra nacionalidad por naturalización necesariamente debe haber un documento oficial emitido por la autoridad competente de tal país que así lo indique. En el expediente no aparece ni se aportó el documento en cuestión, no se exhibió carta de naturalización o algún documento análogo en el que la autoridad norteamericana manifieste o reconozca a dicho candidato como su nacional.
7. En efecto, no hay en autos elementos de prueba que demuestren que el referido candidato tiene la nacionalidad estadounidense, por tanto, tampoco los habrá para afirmar que perdió la nacionalidad mexicana y, en conclusión de lo anterior, tampoco estará demostrado que carece de la ciudadanía zacatecana.
8. De lo anterior, la Sala concluyó que, con lo existente en autos, no se demuestra que el señor Andrés Bermúdez Viramontes sea naturalizado y ciudadano de Estados Unidos de Norteamérica. A ello habrá que agregar el principio general recogido por el numeral 3 del artículo 297 del referido cuerpo legal, consistente en que el que afirma está obligado a probar, y el recurrente, por lo ya dicho, no demuestra su afirmación.

RESOLVER EN LOS MÁRGENES NORMATIVOS

La ponencia de la magistrada Reina Aguilar observa los siguientes elementos normativos a partir de los cuales la resolución final debe fundamentarse:

1. La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos tuvo una serie de reformas publicadas el día veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete en el *Diario Oficial de la Federación*. Estas reformas entraron en vigor el veinte de marzo del año siguiente. Entre ellas, se reforma el artículo 37 que establece en su inciso *a*) que ningún mexicano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad. Ante este supuesto, podría darse la posibilidad de que los ciudadanos pudieran adquirir una doble nacionalidad.
2. El segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución indica que los cargos que la Constitución y las Leyes del Congreso así lo indiquen, deben cumplir el requisito de ser mexicano por nacimiento; y que se reservarán exclusivamente para los mexicanos por nacimiento que no adquieran otra nacionalidad. Por consiguiente, tales cargos no podrán ser ocupados por mexicanos por nacimiento que tengan otra nacionalidad.
3. El inciso *b*) de la fracción III del artículo 118 de la Constitución local y el 7 del Código Electoral del Estado, establecen que para ser candidato y ocupar el puesto, en caso de ganar las elecciones, debe ser vecino del municipio, con residencia efectiva e ininterrumpida durante el año inmediato anterior al día de la elección.

Algunos de los cargos en que se exige exclusiva nacionalidad mexicana son:

- Diputado federal (artículo 55 fracción I).
- Senador de la República (artículo 58).
- Presidente de la República (artículo 82 fracción I) 7.
- Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (artículo 95).

- Consejero Electoral (artículo 76, 1, inciso *a*) del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales).
- Capitanes de embarcaciones mercantes mexicanas (artículo 22 de la Ley de Navegación).
- Director general del Instituto Mexicano del Seguro Social (artículo 267 de la Ley del Seguro Social).
- Director general de Entidad Paraestatal (artículo 21 fracción I de la Ley de Entidades Paraestatales).

LECTURAS COMPLEMENTARIAS

- Jurisprudencia. “Extranjeros, prueba de la calidad de los. La confesional es apta adminiculada con otras pruebas”.
- Jurisprudencia. “Elegibilidad de candidatos. Oportunidad para su análisis e impugnación”.
- Jurisprudencia “Vecindad y residencia. Elementos que deben acreditarse para tener por cumplidos los requisitos de elegibilidad”.

Caso Zacatecas: portación ilegal de armas

INTRODUCCIÓN

El interrogatorio a VÍCTOR MANUEL LÓPEZ ANDRADE, teniente del 97 BATALLÓN DE INFANTERÍA DEL EJÉRCITO MEXICANO, iba a comenzar. El fiscal Octavio Roberto le haría preguntas sobre los hechos ocurridos el día 1 de abril de 2015, sobre cómo una camioneta Chevrolet gris de la línea Cheyenne, en la que viajaban ANTONIO EDUARDO PÉREZ RIVERA, JOSÉ MARÍA AVIÑA GONZÁLEZ y un adolescente (no acusado por ser menor de edad al momento de los hechos), se impactó frente a la casa ubicada en el número doscientos cinco de la calle Fuente Cascada Nueva, colonia Las Fuentes en el municipio de Calera, Zacatecas. Le preguntaría sobre cómo, al momento de prestar ayuda a los tripulantes del vehículo, el jefe de la unidad militar se percató a simple vista de que había dos armas largas insertadas en los espacios entre los asientos de la camioneta Cheyenne. Armas que resultaron ser de uso exclusivo del Ejército. Por esta razón, procedieron a la inspección del vehículo con mayor detalle y a la detención de ANTONIO EDUARDO PÉREZ RIVERA y de JOSÉ MARÍA AVIÑA GONZÁLEZ.

* Caso elaborado por el doctor Juan Abelardo Hernández Franco y la doctora Cristina Santibáñez Bandala para servir de base de discusión.

El abogado defensor, Paulo Fernández-Romano, había notado algunas inconsistencias en la primera entrevista que se le hizo al teniente López Andrade. Durante el interrogatorio escuchó con atención cada afirmación que hizo, visualizando instante a instante todo lo relatado. Al momento del contrainterrogatorio, él estaría listo para mostrar que el testigo no es idóneo. Buscará demostrar que la detención no cumplió con el debido proceso.

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Artículo 337. El descubrimiento probatorio a cargo del Ministerio Público consiste en la entrega material, a la defensa, de copia de los registros de la investigación, así como acceso a la defensa respecto de las evidencias materiales recabadas durante la investigación (...)

Artículo 6. Principio de contradicción. Las partes podrán conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte, salvo lo previsto en este Código.

TESTIMONIO DE VÍCTOR MANUEL LÓPEZ ANDRADE, TENIENTE DEL 97 BATALLÓN DE INFANTERÍA DEL EJÉRCITO MEXICANO

El uno de abril de dos mil diecisiete, aproximadamente a las dieciséis horas con cuarenta y cinco minutos, me encontraba en compañía del sargento segundo Pedro Miranda Osorio y del soldado Arturo Dávila González, realizando reconocimiento de vigilancia y seguridad sobre la calle Panamá. Al dar vuelta sobre la calle Fuente Cascada Nueva, de la colonia popular Las Fuentes, del municipio de Calera de Víctor Rosales, Zacatecas, a una distancia aproximada de treinta metros tuvimos contacto visual con una camio-

neta marca Chevrolet de color gris, tipo *pick-up*. Los vidrios eran polarizados y no tenía placas de circulación. Al advertir el conductor del referido automotor la presencia militar, aceleró su marcha con actitud evasiva, por lo que di la indicación de darle seguimiento.

Aproximadamente ciento cincuenta metros más adelante, el conductor perdió el control del vehículo y se impactó contra un poste de alumbrado público. Se le dio alcance a fin de prestar auxilio, y se encontró a los tripulantes aturridos a bordo del automotor, sin heridas aparentes.

Ante esta circunstancia, solicité al conductor —quien dijo llamarse JOSÉ MARÍA AVIÑA FERNÁNDEZ— que descendiera del vehículo a efecto de realizar una inspección, a lo cual accedió de manera voluntaria. No se encontró nada ilícito en su persona. Por su parte, el sargento segundo Pedro Miranda Osorio y el soldado Arturo Dávila González pidieron al resto de los tripulantes —ANTONIO EDUARDO PÉREZ RIVERA y un adolescente que viajaba con ellos— que bajaran de la unidad. Les realizaron una inspección personal a la que también accedieron de manera voluntaria, sin encontrar nada ilícito en su persona.

Al mirar dentro del vehículo *pick-up*, a simple vista observé dos armas de fuego tipo fusil calibre 7,62 x 39 milímetros, por lo que ordené al sargento segundo Pedro Miranda Osorio que realizara una inspección en el interior del automotor, donde se encontraron atoradas entre los asientos del piloto y del copiloto, seccionado en tres partes, dos armas de fuego tipo fusil calibre 7,62 x 39 milímetros. Sobre el piso del lado derecho, localizaron una fornitura color negro con tres cargadores con un total de ochenta cartuchos calibre 7,62 x 39 milímetros. En la guantera inferior hallaron un arma corta tipo pistola, marca Pietro Beretta, calibre 9 milímetros, dos hojas con imágenes de personas mutiladas, y en la guantera superior, una granada de fragmentación y veinte dosis de un polvo blanco con las características de la cocaína.

Se procedió a tomar fotografías de los objetos encontrados y su localización, a llenar la cadena de custodia, embalar los objetos, elaborar las actas de inspección de vehículo e identificación de los detenidos. Posteriormente se inició su traslado a las instalaciones de la Fiscalía General de la República en Fresnillo, Zacatecas, a las que se arribó aproximadamente a las diecisiete horas con cuarenta minutos.

ENTREVISTA CON ANTONIO EDUARDO PÉREZ RIVERA

Antes de iniciar el contrainterrogatorio, el abogado defensor Paulo Fernández-Romano repasó lo dicho por su cliente.

Dijo llamarse ANTONIO EDUARDO PÉREZ RIVERA, sin ningún alias, ser de veinticinco años, soltero, de nacionalidad mexicana. Declaró que su ingreso semanal —cuando tiene trabajo— es de mil o mil quinientos pesos a la semana y que no tiene dependientes económicos. Que, en relación con los hechos, manifestó que el uno de abril de dos mil diecisiete, a las diez horas con treinta minutos, llegó al taller mecánico El corralón con su amigo JOSÉ MARÍA AVIÑA GONZÁLEZ en una camioneta Chevrolet para hacer un cambio de diferencial. Como a las trece horas, un mecánico revisó el vehículo. Alrededor de las catorce horas salieron rumbo al libramiento, cuando se dieron cuenta de la presencia de dos camionetas con soldados, por lo que dieron vuelta a la izquierda para evitar ser detenidos; posteriormente dieron más vueltas por la zona. Dijo portar una pistola que colocó en la guantera. Que eso era todo lo que traía como arma. A las catorce horas con quince minutos se impactó la camioneta en que viajaban, por lo que él y su acompañante bajaron corriendo, dieron vuelta sobre la cuadra a la derecha y se metieron a una estética en la que permanecieron veinte minutos. Luego se percataron de la presencia de soldados, por lo que brincaron a la parte de atrás, donde se

quedaron en el tercer piso, a donde llegaron los soldados y los golpearon a los dos, hasta que “JOSÉ MARÍA” dijo que se hospedó en la casa de su hermano, razón por la cual, a las quince horas con treinta minutos, arribaron a dicha casa, la cual catearon los soldados, y de ahí se los llevaron a Fresnillo. Pararon en la carretera y los soldados golpearon a los acusados mientras les preguntaban dónde estaban las armas, pero ellos no traían armas. Faltando diez minutos para las diecisiete horas, llegaron al hospital de Fresnillo, donde permanecieron media hora, y como a las diecinueve horas los trasladaron a la Fiscalía General de la República, donde les tomaron fotografías.

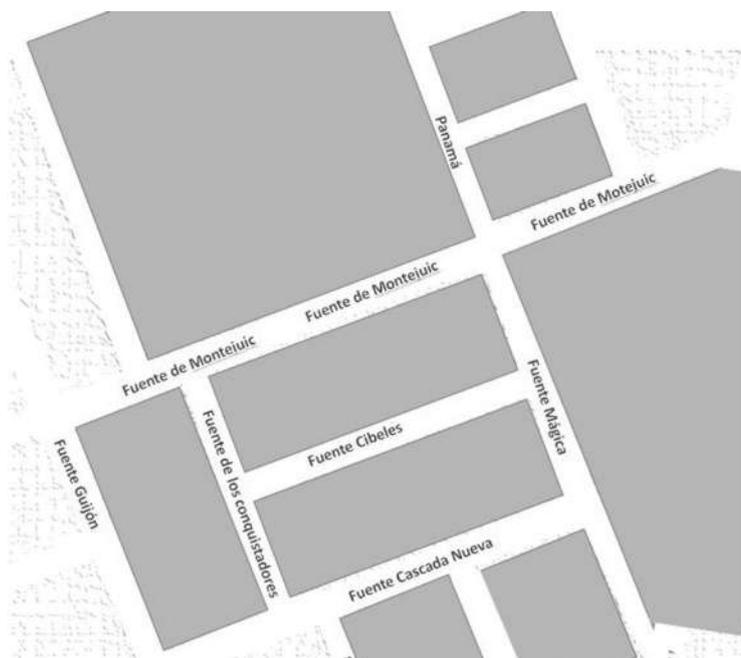
Paulo Fernández-Romano, una vez analizada la *dialéctica* de ambos testimonios, y habiendo estudiado la *tópica* del asunto y los acuerdos *retóricos* de las partes, procedió a llevar a cabo su contrainterrogatorio.

Nota:

La palabra *dialéctica* proviene del griego *dialektos*, compuesta por el prefijo *diá-*, que significa “a través”, y *lektos*, que se refiere al acto de seleccionar o escoger, pero también a la conversación y a lo que se ha escogido para decir. La *dialéctica*, en específico, alude al arte de definir una situación sobre algo que se dice, o bien de obtener cierto dato contextualizado durante el ejercicio de una conversación en la que se llevan a cabo un interrogatorio y su respectivo contrainterrogatorio. Cuando las partes de un diálogo sacan en claro una idea, ésta puede pasar al inventario de “considerandos” o elementos a considerar para la estructuración de un argumento.

El vocablo *tópica* remite a la invención de los argumentos y, en el caso particular de Cicerón, al arte de inventar los argumentos. La palabra *inventus* deriva, a su vez, de *invenio*, que se refiere al arte de inventariar (*ars inveniendi*) [...] En su origen, la *inventio* de los romanos consistía en realizar un “inventario de ideas”. Es decir, ubicar los razonamientos

de manera organizada para estructurar una argumentación sólida. Cicerón fue el primer autor en escribir sobre la *inventio* en relación con la tópica, y afirmó que por medio de esta *ars inveniendi* se pueden hallar los argumentos prácticos. Por su parte, Tomás de Aquino llamó *inventio* al proceso por el que se infieren juicios, para la razón práctica, a partir de los primeros principios. La tópica nos permite reunir, ubicar y ordenar de diversas maneras ideas, razonamientos o temas en un asunto. A partir de ello se visualiza lo que se tiene del asunto por resolver y los elementos que podrían hacer falta para ello, sobre lo que tiene ilación y coherencia, y sobre lo que no la tiene.³



³ Juan Abelardo Hernández Franco, Carlos Báez Silva *et al.*, *Argumentación jurídica*, Tirant, Valencia, 2023.

Pensión para adultos mayores

INTRODUCCIÓN

El miércoles 6 de enero de 2020 se recibió, en la oficina de correspondencia común de los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, la demanda de amparo del quejoso RAFAEL SOUSA CANTÚ. Se turnó al juzgado XXXX de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México. Dicha demanda ingresó a la Oficialía de Partes de ese órgano jurisdiccional el 7 de enero de 2020.

El secretario dio cuenta a la jueza, y vista la misma, se admitió a trámite la demanda de amparo promovida por el señor RAFAEL SOUSA CANTÚ, por propio derecho, en contra del acto del secretario de Desarrollo Social, por considerar que realizó actos violatorios de sus derechos. La demanda de amparo textualmente dice:

H. JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA
EN EL ***** CIRCUITO EN TURNO

RAFAEL SOUSA CANTÚ, promoviendo por propio derecho de la manera más atenta y respetuosa, comparezco para

* Caso elaborado por el doctor Juan Abelardo Hernández Franco y la doctora Cristina Santibáñez Bandala para servir de base de discusión.

interponer DEMANDA DE DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS en contra de los actos y omisiones del secretario de Desarrollo Social.

Acto reclamado: La omisión por parte de la autoridad responsable de proporcionar y depositar oportunamente la entrega del apoyo económico por la cantidad de \$1 200.00 cada dos meses conforme el programa social denominado Pensión para Adultos Mayores, toda vez que me encuentro en el padrón de dicho programa y la fecha de pago debió ser el día 20 de diciembre de 2019; al día de hoy no he recibido dicha ayuda, advirtiendo que es apremiante mi situación económica, ya que el apoyo del programa es el único ingreso económico que recibo, por lo que solicito el amparo de la Justicia para que se proporcionen oportunamente los depósitos por la cantidad de \$1 200.00 (mil doscientos pesos 00/100 M.N.) cada dos meses, respectivamente, conforme el programa denominado Pensión para Adultos Mayores, cuyo objetivo primordial es la protección mínima social al grupo vulnerable de adultos mayores para asegurar un ingreso mínimo.

ANTECEDENTES DEL ACTO RECLAMADO

- 1) Soy beneficiario del programa social denominado Pensión para Adultos Mayores, toda vez que me encuentro en el padrón de dicho programa, tal como lo señala la autoridad responsable en el informe respectivo.
- 2) Dicho programa social tiene cobertura nacional y su objetivo es la protección social al grupo vulnerable de personas referente a adultos mayores, para asegurarles un ingreso mínimo y apoyos de protección social a las personas mayores de 65 años de edad y en adelante que no reciben ingreso mensual superior a \$1 092.00 pesos por concepto de jubila-

ción o pensión de tipo contributivo. Cabe señalar que en el programa social citado el apoyo consiste en entregar la cantidad de \$1 200.00 (mil doscientos pesos 00/100 M.N.) cada dos meses.

- 3) Me presenté en las oficinas de la autoridad responsable para solicitar el pago del apoyo correspondiente y me dirigí al módulo de informes y/o atención al público, donde me confirmaron que no se había efectuado el pago del apoyo económico en el mes de diciembre, pero que posiblemente se realizaría en el siguiente bimestre, es decir, se harían de forma conjunta los dos pagos. Cabe advertir que esto también se lo estaban informando a las otras personas adultas mayores que se presentaban a preguntar. Derivado de que no se me ha proporcionado y depositado oportunamente la entrega del apoyo económico conforme el programa Pensión para Adultos Mayores, considerando que la fecha de pago debió ser el día 20 de diciembre de 2019 y que al día de hoy no he recibido dicha ayuda económica, solicito el amparo de la Justicia para que se proporcionen oportunamente los depósitos respectivos y subsecuentes que recibo por la cantidad de \$1 200.00 (mil doscientos pesos 00/100 M.N.) cada dos meses por concepto de Pensión para Adultos Mayores, máxime que es apremiante mi situación económica y que el apoyo de dicho programa es el único ingreso que recibo, aunado a que tengo una incapacidad física en mi pierna, por lo que solicito respetuosamente se considere que me encuentre en dicho programa, para que se dé cumplimiento oportuno por serme de suma importancia.

En la misma tesitura, y adicionalmente, se solicita respetuosamente que se considere el amparo para el grupo vulnerable social de personas adultas que se encuentran en el padrón de dicho programa.

En ese orden de ideas, lo procedente es que ese H. Juzgado conceda el amparo y protección de la Justicia Federal solicitado.

RESPUESTA DE LA AUTORIDAD RESPONSABLE

El jueves 7 de enero de 2020 se requirió a la autoridad responsable para que, dentro del término de 15 días, contados a partir del día siguiente al que surta sus efectos legales la notificación del proveído, rinda su informe justificado, en el que deberá exponer las razones y fundamentos legales que estime pertinentes para sostener la constitucionalidad del acto que se le reclama o la improcedencia del juicio. De igual manera, se le comunicó que si considera que el acto que se le imputa se ubica en el supuesto contenido en el último párrafo del artículo 117 de la Ley de Amparo, al rendir su informe con justificación, complementa la falta o insuficiencia de fundamentación y motivación de dicho acto que le reclama, y deberá informar a este órgano jurisdiccional esa circunstancia de manera expresa, a efecto de que, en su caso, se dé vista a la parte quejosa con una posible ampliación de demanda, en la inteligencia de que, de no hacerlo así, se entenderá que no es su deseo formular una complementación del acto reclamado y se procederá en la sentencia.

El 28 de enero de 2020 la autoridad requerida rindió su informe señalando que: “Respecto de los actos reclamados por el quejoso, NO ES CIERTO que la Secretaría de Desarrollo social haya incurrido en omisión alguna, como lo señala la demanda de garantías.

Cabe aclarar, que el director de Padrones, adscrito a la Dirección General de Atención a Grupos Prioritarios, mediante oficio XXXXX, informó que del sistema institucional ARGOS, se desprende que el beneficiario cuenta con

una tarjeta electrónica número XXXXX de la institución bancaria BBVA, la cual coincide con la fotocopia de la tarjeta del quejoso que agregó a su escrito de demanda, toda vez que el C. RAFAEL SOUSA CANTÚ fue incorporado al programa en el bimestre septiembre-octubre de 2019 y, del rubro “Emisión de Apoyos” se advierte que el monto de apoyo (es de \$1 200.00 M.N.) correspondiente al bimestre septiembre-octubre de 2019 fue liberado el 9 de octubre de 2019, y el 31 de diciembre de 2019 el relativo al bimestre noviembre-diciembre de 2019; lo anterior se acredita con la copia certificada de las pantallas del sistema ARGOS. (Se anexó).

Asimismo, se informó al juzgado que, mediante oficio número XXXX de fecha 15 de enero de 2020, la jefa de la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Delegación de la Secretaría de Desarrollo Social en la Ciudad de México, hizo del conocimiento del C. Rafael Sousa Cantú que los apoyos a los que tiene derecho como beneficiario del programa de Pensión para Adultos Mayores fueron debidamente depositados en su cuenta, oficio que fue notificado personalmente al hoy quejoso, y como se desprende del acuse de recibo que en su copia certificada se adjunta, en el que aparece su firma.

Por lo anterior, ese H. juez deberá decretar el sobreseimiento del juicio en que se actúa, al actualizarse irremediablemente la hipótesis prevista en el artículo 63, fracción IV de la Ley de Amparo, toda vez que no existe la supuesta omisión de la que se duele la parte quejosa, sirviendo de apoyo lo sostenido por la tesis jurisprudencial XXXX JUICIO DE AMPARO. IMPROCEDENCIA DEL ACTO RECLAMADO.

En mérito de lo expuesto es que, con fundamento en el invocado artículo 63 fracción IV de la Ley de Amparo, solicito que por ser infundados los conceptos de violación que hace valer el quejoso en su demanda de garantías, se decrete el sobreseimiento del presente juicio. Por lo anteriormente expuesto y fundado, a usted C. Juez, atentamente solicito:

ÚNICO: Tener por presentado en tiempo y forma el presente informe y, en su oportunidad y previos los trámites de ley, decretar el sobreseimiento del juicio de amparo en que se actúa.

RESPUESTA DEL QUEJOSO

El 8 de febrero de 2020, RAFAEL SOUSA CANTÚ advirtió cuestiones de hecho y de derecho respecto del informe justificado rendido por la autoridad responsable:

- 1) La autoridad responsable, en su informe justificado, fue omisa en informar a este H. juzgado si efectuó el depósito de la ayuda económica al grupo vulnerable social de personas adultas que se encuentran en el registro de su padrón en dicho programa social.
- 2) Tampoco refiere la fecha del depósito de la ayuda económica y fechas correspondientes a los subsecuentes depósitos.

Lo anterior es de suma importancia, ya que es claro que la ayuda económica es mínima y vital, pues, como se ha demostrado, el pago de dicha ayuda no había sido depositado oportunamente, y no solo ha sucedido en una ocasión o en un solo caso, por lo que evidentemente se pone en peligro y riesgo al grupo vulnerable de personas adultas registrado en el padrón de dicho programa social, máxime por el contexto social que actualmente viven, por lo que es apremiante, por cuestión de derechos humanos fundamentales sociales, cuando menos garantizar y tomar las medidas pertinentes para que sea cubierto el pago de forma oportuna, sin que se le ponga en mayor riesgo del que en realidad ya viven, por lo que no se puede estimar que han cesado sus efectos, ni que se actualice dicha causal, es procedente, buscar garantizar los derechos humanos y minimizar la incertidumbre: “cuándo les van a depositar la ayuda económica vital, con el temor de las cargas de la

miseria o de necesidades insatisfechas que limitan a dicho grupo vulnerable”. De tal manera que este derecho abarca todas las medidas positivas o negativas necesarias para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor como ser humano y con incertidumbre del depósito de dicha ayuda económica mínima, por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna y oportuna, por lo que, en la misma tesitura, de forma respetuosa se solicita que se tomen todas las medidas pertinentes y diligencias a efecto de garantizar oportunamente los derechos fundamentales del suscrito quejoso con el grupo vulnerable citado.

Dworkin sobre la justicia en Rawls y Nozick

Aquella noche de abril de 1978, la cadena de televisión BBC 2 transmitió una nueva entrega del programa *Men of Ideas* (Hombres de ideas), conducido por el filósofo inglés Bryan Magee. Cada semana se habían presentado entrevistas con importantes pensadores, intelectuales y filósofos, como Isaiah Berlin, Herbert Marcuse, Noam Chomsky y John Searle, entre muchos otros.

El invitado con el que Bryan Magee conversaría en esa ocasión era el joven jurista Ronald Dworkin (1931-2013), autor del libro, *Taking Rights Seriously* (Los derechos en serio, 1977). Sin embargo, y a pesar de su presencia, el tema principal del programa no se centraría en Dworkin, sino en dos filósofos del derecho y sus posturas filosófico políticas. Por una parte, el jurista norteamericano John Rawls (1921-2002), quien en 1971 saltó a la fama mundial con la publicación de su libro *A Theory of Justice* (Una teoría de la justicia), la cual vendió en su primera edición 300 000 ejemplares sólo en Estados Unidos. Por otra parte, Robert Nozick (1938-2002), autor de *Anarchy, State, and Utopia* (Anarquía, Estado y utopía, 1974).

* Caso elaborado por la doctora Cristina Santibáñez Bandala y el doctor Juan Abelardo Hernández Franco para servir de base de discusión.

En *Una teoría de la justicia*, Rawls busca definir los principios esenciales de la justicia, de tal manera que todo el mundo los asuman como tales. El método que propone para su indagación es una situación hipotética y abstracta, la cual, en opinión de Magee, nunca se ha dado en las realidades históricas de las que emergen las sociedades reales y con individuos reales. Ante esta consideración, Dworkin respondió que compartía el descontento, pero que, en este caso, no era importante la cuestión histórica. Lo verdaderamente relevante era preguntarse: “¿Qué se tiene que suponer, como teoría, para comprobar la existencia de tales principios en los derechos de los ciudadanos y los fundamentos de la justicia política?”

UN VELO DE IGNORANCIA

Después de una breve introducción sobre el tema de la justicia a partir de la Segunda Guerra Mundial, Magee presentó a Ronald Dworkin, quien señaló las principales líneas de investigación contemporáneas sobre este tema. Entonces Magee hizo un alto en la conversación y le dijo a Dworkin: “Sé que te voy a hacer una petición fuera de lo común, pero ¿sería posible que resumieras la tesis central de Rawls de manera que nos dé alguna idea de su influencia?”.

“Lo intentaré —dijo Dworkin y continuó—: Rawls dice que si deseamos descubrir las reglas y la estructura básica de una sociedad justa, debemos imaginar un congreso de hombres y mujeres que no pertenezca a ninguna sociedad particular, y que se hayan reunido en una especie de convención constitucional para escoger las reglas fundamentales para una sociedad en formación. Todas ellas son personas comunes, del pueblo. Tienen identidades, debilidades, fuerzas e intereses específicos. Pero *sufren de un tipo de amnesia de las más graves*. No saben quiénes son. No saben si son viejos o jóvenes, hombres o mujeres, blancos o negros, talentosos o tontos. En particular, y esto es muy importan-

te, no conocen sus propias creencias acerca de qué es valioso en la vida. Realmente cada uno tiene una concepción de cómo requiere que sea su vida, cuáles son sus preferencias acerca de la moralidad sexual y demás, *pero —en este contexto hipotético— nadie sabe, de hecho, cuáles son sus ideas acerca de esas cuestiones*. Así que, usando una expresión de Rawls, *es como si se encontraran separadas de sus propias personalidades por un velo de ignorancia*”.⁴

Con mayor detalle, Dworkin explica que, gracias a su extraña situación, estas personas amnésicas *actuando solamente con su razón* —y sin atender a ningún otro tipo de interés—, llegarán a la formulación de los *principios de justicia* como principios que deben regir una constitución política.

Una vez dicho esto, Dworkin señaló que Rawls concluye “dos principios de la justicia”. Pero tales principios sólo podrían darse en una sociedad con cierto desarrollo económico en la que hubiera comida suficiente para todos.

Los dos principios que señala Rawls son:

- Todo el mundo tiene libertades básicas.
- No se tolera la diferencia de riqueza.

En el primero se incluyen libertades políticas liberales convencionales, como libertad de votar, libertad de expresión y de conciencia. En cuanto al segundo principio, si hay riqueza, debe beneficiar a los sectores más desprotegidos. Estos dos principios se relacionan con lo que Rawls llama “principios de prioridad”.

LA CRÍTICA DE LA DERECHA Y DE LA IZQUIERDA

Bryan Magee apuntó que el libro de Rawls fue publicado en 1972 y que en sólo media docena de años se han publicado

⁴ Bryan Magee, *Los hombres detrás de las ideas. Algunos creadores de la filosofía contemporánea*, FCE, México, 1982, pp. 250-260.

varios libros sobre su propuesta: “Esto es extraordinario. No puedo recordar que tan rápidamente haya surgido toda una literatura a partir de un solo libro”.⁵

Dworkin apuntó que, de hecho, existen críticas tanto de la derecha como de la izquierda. Los intelectuales de derecha, por ejemplo, afirman que es absurdo preocuparse por el grupo en peores condiciones. Para ellos deben predominar los valores de la cultura, aunque haya una distribución desigual de la riqueza.

Por otra parte, los grupos de izquierda hacen énfasis en que, cuando hay conflictos entre las libertades básicas y la igualdad, debe predominar la igualdad. Sobre este tema, Rawls no está de acuerdo. Para él, la libertad debe predominar sobre la igualdad.

EL ESTADO VELADOR

Magee elogió la destreza de Dworkin para exponer la tesis de Rawls en un “espacio casi imposiblemente breve” y continuó con la siguiente petición: “Ahora me gustaría que consideráramos el libro *Anarquía, Estado y utopía*, de Robert Nozick. ¿Podría usted hacer con Nozick, quizá de manera aún más breve, lo que acaba de hacer con Rawls?”.

“Lo intentaré —nuevamente respondió Dworkin—. Nozick comienza su libro con una proposición maravillosa por su simplicidad. Esta proposición consiste en afirmar que todas las personas tienen derechos absolutos que impiden que se les dañe en su persona, libertad y propiedad sin su consentimiento”.

Magee escuchaba con atención la explicación de Dworkin. Sobre todo cuando escuchó que Nozick consideraba que, a pesar de que el Estado puede exigir el monopolio del uso

⁵ *Ibidem*, p. 265.

de la fuerza, todas las personas tienen derecho a recuperar la propiedad que les ha sido arrebatada.

“Estoy seguro de que cualquier Estado trataría de impedir que los ciudadanos hicieran justicia por su propia mano”, dijo Magee. Dworkin asintió lo dicho y complementó el comentario señalando que, para Nozick, es legítimo pensar en la existencia de un *Estado velador* que sólo debe proteger las propiedades y a las personas, con la función de castigar en nombre de otros. “De hecho, al cobrar impuestos, el Estado lo hace para pagar sueldos de policías y otros servicios semejantes”.

Ahora bien, para Nozick la justicia en la distribución de bienes consiste en la forma en que cada persona adquirió sus pertenencias. De manera lícita ocurre cuando otras personas se las regalaron o bien las intercambiaron. De manera ilícita ocurre como cuando las roban.

Ahora bien, imaginar que el Estado hiciera una distribución de una riqueza excedente a la población más pobre, no mantiene su finalidad, porque tan pronto como la población receptora de esa riqueza tome los bienes brindados, comenzaría a intercambiarla por otros bienes o servicios. De este modo, entrarían en la dinámica del uso de sus propias libertades.

“Supongamos que uno de los ciudadanos es Wit Chamberlain (un famoso jugador norteamericano de baloncesto). Otros millones de ciudadanos estarían dispuestos, cada uno de ellos, a pagarle 25 centavos para persuadirlo de que juegue al baloncesto y que ellos lo vean. Entonces, él se haría mucho más rico que cualquiera de ellos. Para impedirlo, se tendría que prohibir que la gente haga negocios que desea hacer. Se tendría que establecer una tiranía que interfiriera constantemente con la libertad de los ciudadanos.” Esta *teoría pautada* (como la llama Nozick) resultaría una excusa para la forma más sistemática de tiranía.⁶

⁶ *Ibidem*, p. 268.



BBC, *Men of Ideas*
Ronald Dworkin y Bryan Magee en 1978.

LA CRÍTICA A NOZICK

Dworkin cree que el hecho de que la gente tenga derechos propios no excluye otros derechos “prepolíticos fundamentales”, como el derecho a preocuparse por los otros en estado de desigualdad. Además, acusa a Nozick de tomar argumentos en el que “o se toma todo o no se toma nada”. Interferir el intercambio de aquellos que reciben bienes del Estado sería absolutamente injusto. En todo caso, debe haber grados de interferencia estatal.



BBC, *Men of Ideas*

LA POSICIÓN DE DWORKIN Y EL SIGUIENTE PASO

Dworkin reconoció que Rawls, Nozick y él mismo tenían teorías muy diferentes, aunque todos estaban elaborando una idea liberal básica en la que la justicia es independiente de cualquier idea de excelencia humana. El gobierno no debe imponer a los ciudadanos una concepción de una vida con calidad de buena. Su postura reconoce los derechos y el bienestar en el mismo nivel como fundamentales y axiomáticos. Hay que buscar un equilibrio entre ambos.

“Yo sólo he planteado un problema —dijo Dworkin—. No lo he resuelto. Me parece que el liberalismo es bastante débil en este punto, y necesita una teoría de la educación y una teoría de apoyo cultural que no tengo. Creo que esto responde en parte a la pregunta: ¿a dónde debe ir la teoría política? [...]

Lo que aún no ha sucedido por completo es la reintegración de la filosofía política al cuerpo de la filosofía en su conjunto. Ningún problema filosófico del que valga la pena hablar puede separarse del cuerpo general de la filosofía”.⁷

Magee, ante esta aseveración señaló: “Es asombroso que la mayoría de los máximos filósofos políticos del pasado: Platón, Aristóteles, Locke, Hume, Kant, no fuesen en manera alguna especialistas en filosofía política, sino filósofos generales cuya filosofía política era sólo parte de su filosofía general.” Entonces Dworkin lo miró y concluyó: “Sí. Ése es, precisamente, el siguiente paso”.⁸

⁷ *Ibidem*, p. 276.

⁸ *Idem*.



Estructuras del razonamiento jurídico y judicial
Método del caso para la formación judicial
se terminó de imprimir en la
Ciudad de México en octubre de 2024.
La edición consta de 1 000 ejemplares
más sobrantes para reposición.



ISBN 978-607-8875-86-3



9 786078 875863