

La respuesta jurídica

The Legal Answer

Por JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA
Universidad de Cantabria

RESUMEN

Se aborda el derecho desde su capacidad para dar respuesta a problemas. Se plantea qué significa responder, en el sentido más exigente del término. El esquema pregunta-respuesta se distingue de otros como causa-efecto o estímulo-reacción. La respuesta jurídica no opera con señales: trabaja con signos y símbolos. Maneja expectativas, toma decisiones, está institucionalizada. Una respuesta automática es insuficiente: la máquina reacciona pero no responde; puede encontrar el resultado correcto pero no la respuesta adecuada. Responder jurídicamente requiere facultades específicamente humanas, relacionadas con el buen juicio y la prudencia. Se trata de activar la capacidad generativa del derecho. Para ello hace falta creatividad. Responder es, en mayor o menor medida, inventar.

Palabras clave: *Respuesta, reacción, inteligencia, decisión, juicio, prudencia.*

ABSTRACT

Law is considered from the point of view of its capacity to give an answer to problems. It is raised here what does answer mean, in the most exigent sense of this term. The question-answer schema differs from others, such as cause-effect or stimulus-reaction. Legal answer does not work with signals

but with signs and symbols. It manages expectations, takes decisions and is institutionalized. An automatic answer is insufficient: the machine produces a reaction but does not give an answer. It can find the correct result, but not the adequate answer. Legal answer requires specifically human faculties, connected with good sense and prudence. It is necessary to activate the generative capacity of law. To get it, man needs creativity. To give an answer means, to some extent, an inventive task.

Keywords: Answer, reaction, intelligence, decision, judgement, prudence.

SUMARIO: 1. PREGUNTA Y RESPUESTA. – 2. REACCIÓN Y RESPUESTA. – 3. RESPUESTA Y EXPECTATIVA. – 4. RESPUESTA INTELIGENTE. – 5. RESPUESTA INSTITUCIONAL. – 6. RESPUESTA AUTOMÁTICA. – 7. CAPACIDAD DE JUZGAR. – 8. RESPUESTA ADECUADA.

SUMMARY: 1. QUESTION AND ANSWER. – 2. REACTION AND ANSWER. – 3. ANSWER AND EXPECTATION. – 4. INTELLIGENT ANSWER. – 5. INSTITUTIONAL ANSWER. – 6. AUTOMATIC ANSWER. – 7. THE CAPACITY OF JUDGEMENT. – 8. ADEQUATE ANSWER.

1. PREGUNTA Y RESPUESTA

En la medida en que el derecho se pregunta cómo dar respuesta a los problemas de la convivencia, su estructura básica adopta el *esquema pregunta-respuesta*. Está enraizado en la pregunta y busca la respuesta inteligente¹.

La respuesta se sitúa en relación directa con una pregunta o *problema*, y no con un imperativo². La respuesta al mandato de la ley se

¹ Cuando no se parte del dinamismo de la pregunta sino de la «proposición jurídica», como ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Granada, Comares, 2001, en vez de respuesta aparece la «consecuencia jurídica», con carácter estático (cfr. pp. 11 ss.). Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «La inteligencia artificial jurídica» [RTI2018-096601-B-100 (MCIU/AEI/FEDER, UE)], del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad.

² VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, trad. de L. Díez-Picazo, Madrid, Taurus, 1986, ha destacado que el pensamiento jurídico «se orienta hacia el *problema*» (p. 53). Es un «pensamiento problemático», en el que el problema actúa como «guía» (p. 54). Problema es «toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta» pero «a la que hay que buscar una única respuesta como solución» (p. 55). También POPPER, K. R., *El mito del marco común. En defensa de la ciencia y la racionalidad*, trad. de M. A. Galmarini, Barcelona, Paidós, 1997, insiste en que «la ciencia comienza con problemas, ya sea prácticos, ya sea teóricos» (p. 99). Cfr. también pp. 154 ss. Hay un problema cuando no sabemos qué hacer: la palabra *problema* expresa «la tensión entre nuestro conocimiento y nuestra ignorancia» (p. 104). DEWEY, J., *Cómo*

denomina cumplimiento. Pero no se trata tanto de cumplir como de responder a un problema para el que todavía no hay normas (en el caso del legislador) o habiendo normas no se sabe cuál es la *respuesta adecuada*. Y puede que esa respuesta ni siquiera sea la *solución*, pues hay problemas que pueden tratarse pero no resolverse.

El derecho se desentiende de muchos problemas. No le incumben porque no están juridificados, por graves que sean y aunque merezcan un tratamiento jurídico. Pero necesariamente tiene que dar respuesta a los problemas seleccionados como jurídicos. El juez no puede denegar justicia. El silencio administrativo es una respuesta.

Ante el derecho se formulan preguntas: *quaestio facti*, *quaestio iuris*. Términos como demanda y apelación tienen un claro sentido interrogativo. El derecho surge de la interpelación. La jurisprudencia se ha formado a partir de *quaestiones*. El decir propio de la jurisdicción consiste en responder. El derecho romano nace como *responsa prudentium*. Pero no a todos se les reconoce el *ius respondendi*.

Hay distintos modos de preguntar. Podemos distinguir entre el «simple preguntar» y el «cuestionamiento»³. En el primer caso se trata de averiguar algo. La respuesta está ya prevista. Solo hay que encontrarla. Este modo de preguntar es buscar o investigar. El derecho se ha anticipado a nuestra pregunta. Responder es solo *contestar*. Pero en el segundo caso la interrogación impacta sobre lo preguntado y lo sacude. La respuesta es el resultado de la interpelación. Preguntar es *provocar* y *suscitar*. El derecho no tiene la respuesta ya dispuesta para la pregunta. Se le pone en cuestión, en trance de responder, y tiene que elaborarla. Es preciso hacer efectivamente la pregunta para que pueda haber respuesta. La pregunta interactúa con lo preguntado y lo transforma. Algo cambia después de la pregunta. La respuesta añade algo nuevo. El primer modo de preguntar es repetitivo y descriptivo: señala la respuesta correcta. El segundo es productivo: genera la respuesta adecuada.

La pregunta productiva tiene la «estructura lógica de la apertura». Aquí «preguntar quiere decir abrir» y «la apertura de lo preguntado consiste en que no está fijada la respuesta». Mediante una «pregunta abierta» lo preguntado se pone en «situación de suspensión». El derecho se abre, queda en suspenso, en tensión, a la búsqueda de respuesta. Se despeja un «horizonte del preguntar» orientado hacia la posibilidad: pueden aparecer varias «respuestas posibles»⁴.

pensamos. La relación entre pensamiento reflexivo y proceso educativo, trad. de M. A. Galmarini, Barcelona, Paidós, 2007, distinguía entre la mera «tarea asignada», que sabemos cómo realizar, y el «problema», que provoca una «situación inquietante», supone una «dificultad» (p. 118) y requiere «actividad reflexiva» (p. 119).

³ Sigo libremente la distinción de HEIDEGGER, M., *Ser y tiempo*, trad. de J. E. Rivera, Madrid, Trotta, 2003, p. 28.

⁴ GADAMER, H. G., *Verdad y método*, trad. de A. Agud y R. de Agapito, Salamanca, Sígueme, 2007, pp. 439, 440 y 448. En *id.*, *El problema de la conciencia histórica*, trad. de A. Domingo Moratalla, Madrid, Tecnos, 2007, dice que «la esencia de la interrogación es poner al descubierto las posibilidades y mantenerlas abiertas» (p. 112).

El esquema pregunta-repuesta es típicamente humano: tiene lugar en una relación interpersonal⁵. Se distingue claramente del esquema físico causa-efecto. La causalidad es propia de la ley natural, pero no de la ley jurídica⁶. Preguntar y responder no es como apretar el botón de una máquina para obtener un resultado programado. No es activar el mecanismo de un *contestador automático*.

Se distingue también del esquema estímulo-reacción, que despierta un determinismo instintivo. Responder no equivale a *reaccionar*, aunque se hable de «reacción jurídica» ante una infracción. La reacción pertenece al ámbito de la naturaleza; la respuesta al ámbito de la libertad. Los animales, aunque tengan aptitudes para la comprensión, atienden a señales y obedezcan órdenes, serían incapaces de responder⁷.

2. REACCIÓN Y RESPUESTA

La contraposición entre *reacción animal* y *respuesta humana* es un tema persistente⁸. Veamos algunos planteamientos que pueden interesar al jurista.

⁵ Para referirlo al derecho es preciso desvincular el esquema pregunta-respuesta de su carácter interpersonal: alguien pregunta, alguien responde. Lo personal se ha difuminado. El derecho no es básicamente una relación intersubjetiva y cumplirlo no es obedecer a nadie en concreto. Las decisiones jurídicas no se sustentan en la voluntad sino en la ley. El derecho se ha convertido en una entidad abstracta. El «gobierno de la ley» implica que estamos gobernados por el derecho más que por personas. La norma jurídica ya no es una orden o un mandato (en la inmediatez del cara a cara) sino una «proposición prescriptiva». No funciona como acto de voluntad sino como «deber (*Sollen*)» (cfr. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, p. 24), o como «imperativo independiente», en expresión de OLIVECRONA, K., *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. de L. López Guerra, Barcelona, Labor, 1980, p. 126 ss.

⁶ Cfr. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 90 ss. La norma jurídica vincula «condición» y «consecuencia» mediante una relación de «imputación». La condición no es «causa» ni la consecuencia «efecto» (p. 105). Para Díez-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3.^a edición corregida, Barcelona, Ariel, 1993, «solo puede hablarse de un “efecto jurídico” en un sentido figurado» y «acaso sea más exacto hablar de una “respuesta jurídica” al estímulo de unos actos o de unos hechos o de un “tratamiento jurídico” del caso» (p. 60).

⁷ DERRIDA, J., *El animal que luego estoy si(gui)endo*, trad. de C. de Peretti y C. Rodríguez Marciel, Madrid, Trotta, 2008, ha cuestionado estas distinciones. Cfr. pp. 48 s., pp. 100 ss. y pp. 147 ss.

⁸ La distinción tajante entre animal y ser humano es una exageración simplificada. No obstante puede tener interés como un modo de suscitar *contrastes*. Se trata de generar una *polaridad* productiva que provoque ideas y perfile posiciones, estableciendo puntos de referencia para abrir espacios de argumentación, pero sin pretensión de conferir rango ontológico a las diferencias, al modo de HEIDEGGER, M.; *Los conceptos fundamentales de la metafísica. Mundo, finitud, soledad*, trad. de A. Ciria, Madrid, Alianza, 2007, que define al animal como un ser «pobre de mundo (*weltarm*)» (pp. 235 ss.), cautivo y absorbido por su entorno (cfr. pp. 291, 301 y 302). MACINTYRE, A.; *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos*

Señala Cassirer que todo organismo dispone de un sistema «receptor», que recibe los estímulos externos, y de un sistema «efector», que reacciona ante ellos. Están estrechamente enlazados, como eslabones de una cadena. Pero en el ser humano se produce un «cambio cualitativo»: entre ambos se intercala, como un eslabón intermedio, un «sistema simbólico». En el animal «una respuesta directa e inmediata sigue al estímulo externo»; en el hombre «la respuesta es demorada, es interrumpida y retardada por un proceso lento y complicado de pensamiento»⁹.

El hombre ya no vive en un puro universo físico, en un mundo de meros hechos, sino en un «universo simbólico». Entre él y la realidad se interpone un «medio artificial». Ya no afronta la realidad de modo «inmediato» sino mediante su «actividad simbólica». Se ha convertido en «animal simbólico»¹⁰. Su inteligencia es simbólica. Su espacio de pensamiento y su campo de acción son simbólicos.

Hay que distinguir entre *señales* y *símbolos*. El animal capta señales, que son «estímulos indirectos o representativos» (piénsese en los reflejos condicionados), pero no símbolos. Las señales son «parte del mundo físico del ser», mientras que los símbolos son «parte del mundo humano del sentido». Las señales son «operadores», pero los símbolos son «designadores». Las señales tienen «una especie de ser físico o sustancial», mientras que los símbolos «poseen únicamente valor funcional»¹¹.

El mundo simbólico está dotado de plasticidad. La señal se relaciona con su referente «de un modo único y fijo». Pero el símbolo es «extremadamente variable». No se caracteriza por su «uniformidad» sino por su «variabilidad»; no es «rígido o inflexible» sino «móvil»¹². Está abierto a interpretaciones.

necesitamos las virtudes, trad. de B. Martínez de Murguía, Barcelona, Paidós, 2001, ha rechazado las conclusiones «radicales» de Heidegger (p. 61), su «exageración retórica» (p. 66) que «malinterpreta e impide ver con claridad» (p. 65), que generaliza sobre la animalidad como si fuera una condición homogénea. El desarrollo de las facultades humanas «es una extensión y una derivación de capacidades y facultades animales compartidas con miembros de algunas otras especies inteligentes» (p. 67). El ser humano es «un animal reencauzado y rehecho» mediante «un conjunto de transformaciones parciales» (p. 68). De ahí «la importancia de la continuidad y de las semejanzas entre algunos aspectos del comportamiento inteligente de los animales» y «la racionalidad práctica, moldeada por el lenguaje, del ser humano» (p. 69). Términos como «respuesta» no son más que «formas abreviadas de aludir a una amplia gama de diferentes movimientos reactivos» (p. 30). Hay animales que tienen «capacidad para dar una variedad de respuestas distintas» ante un mismo objeto o individuo (p. 37), y su entorno «no es un mero conjunto de restricciones y de estímulos» sino resultado de «sus exploraciones y descubrimientos» (p. 66).

⁹ CASSIRER, E.; *Antropología filosófica. Introducción a una filosofía de la cultura*, trad. de E. Imaz, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 46 y 47.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 47, 48 y 49.

¹¹ *Ibidem*, p. 57. El paso de la *sustancia* a la *función* es una de las grandes aportaciones de Cassirer, que influyó poderosamente en Kelsen.

¹² *Ibidem*, p. 64. Para BERGSON, H., *La evolución creadora*, trad. de M. L. Pérez Torres, Madrid, Espasa-Calpe, 1985, «el signo instintivo es un signo “adherente”, el

Para sostener estas distinciones no es preciso reducir la conducta animal a automatismos. Hay animales superiores con una capacidad de «visión», con «una inteligencia relativamente muy desarrollada», incluso con «una imaginación creadora o constructiva». Sin embargo «ni esta inteligencia ni esta imaginación son de tipo específicamente humano» pues el animal posee «una imaginación y una inteligencia prácticas», mientras que solo el hombre ha desarrollado «una *inteligencia y una imaginación simbólicas*»¹³.

Rompiendo una «existencia inmediata», en relación directa su entorno, la «reflexión libre» da origen a la cultura. La «relación inmediata» con las cosas va dando paso a una «relación mediata», en un proceso de «mediación creciente». Se manifiesta entonces la «productividad del espíritu» y su tendencia a «disolver toda receptividad en espontaneidad»¹⁴. El hombre *se enfrenta* a la «realidad objetiva» desplegando «un mundo de signos e imágenes de creación propia»¹⁵. De este modo la transforma.

En consecuencia, la respuesta jurídica se caracteriza por naturaleza simbólica. El derecho *no es una máquina* de señales sino *creación y manejo de símbolos*. Es ejercicio de mediación frente a una inmediatez insoportable o insuficiente. Es *construcción de sentido*: busca sentido frente al sinsentido, restablece el sentido o proporciona un sentido mejor. Toda respuesta jurídica, en su pretensión de sentido, se sitúa en un ámbito elástico, variable, moldeable, susceptible de distintas plasmaciones e interpretaciones. Siempre habrá un debate abierto sobre el sentido del derecho.

La aportación de Zubiri permite seguir perfilando la peculiaridad de la respuesta humana. Al animal las cosas le están «puestas», pero al hombre le están «propuestas» para que se *proponga* hacer algo con ellas. Mientras que el animal se limita a «*estar* viviendo» el hombre «*está haciendo* su vida»¹⁶.

El animal se encuentra en «estrecha relación de inmersión o articulación con las cosas». Las cosas son «estímulos» y sus actos «reacciones». Pero el hombre es capaz de ganar libertad y se sitúa «a *distancia* de ellas» y «frente» a ellas. Sus actos no son reacciones sino «proyectos», en el sentido etimológico de algo que «arroja sobre las cosas». Por eso «no responde directamente». No hay una reacción sino una

signo inteligente es un signo “móvil”». Sin el lenguaje «la inteligencia habría quedado ligada a los objetos materiales», mientras que la palabra «está hecha para ir de una cosa a otra». Es «desplazable y libre» (p. 147).

¹³ CASSIRER, E., *Antropología filosófica*, cit., p. 59.

¹⁴ *Id.*, *Esencia y efecto del concepto de símbolo*, trad. de G. Gerhard, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, pp. 123, 124 y 125.

¹⁵ *Ibidem*, p. 163. La imagen deja de ser algo «recibido desde fuera» para convertirse en algo «conformado desde dentro, en el que rige un principio fundamental de configuración libre» (p. 165).

¹⁶ ZUBIRI, X., *Naturaleza, Historia, Dios*, Madrid, Alianza Editorial, 1987, pp. 283 y 199.

decisión que determina «lo que hay que hacer y cómo hay que hacerlo»¹⁷. Las cosas no le están «dadas» sino «ofrecidas». Son «instancias» que le plantean problemas y le proporcionan «recursos» para resolverlos. Están *disponibles* como «posibilidades» y «resistencias»¹⁸.

Para el animal las cosas son «unidades complejas de estimulación» que se le presentan en forma «afectante», como «puro estímulo». Pero el hombre pasa de la «cosa-estímulo» a la «realidad estimulante»¹⁹. Realidad *estimulante* es la que requiere una intervención porque es insatisfactoria. Necesita ser regulada, organizada, transformada. Es una *provocación* para una inteligencia jurídica inconformista, que se despierta y se pone en marcha. Y la respuesta *no es reactiva sino proyectiva*. Se apropia de la realidad para darle forma, para conformarla. Responder jurídicamente es rectificar la realidad, recrearla e incluso generar una nueva realidad. La realidad descubre sus posibilidades. Y nos sitúa en posición creativa.

Aranguren dirá que en el animal «los estímulos suscitan respuestas en principio perfectamente adecuadas». Hay un «ajustamiento perfecto» con su medio, que está «dado» y «se produce de realidad a realidad –de estímulo a respuesta– directamente». Pero el hombre queda «en suspenso» y tiene que buscar la «respuesta adecuada o ajustada». El ajustamiento se producirá «indirectamente, a través de la *posibilidad* y de la *libertad*», pasando por la «irrealidad» del pensamiento. Sobre las «referencias» traza sus «preferencias». La realidad ya no se presenta como «medio» sino como «mundo», en el que «tiene que *hacer ese ajustamiento*, tiene que *iustum facere*» y además «*justificar*» lo que hace²⁰. Su respuesta tiene que ser *responsable*.

La justicia es respuesta ante lo que está desajustado, restablecimiento del orden, conjunción que reúne y unifica. Es ajuste, acuerdo, articulación²¹. Pero también hay una justicia crítica que provoca el desajuste, la disyunción, la discrepancia. Es la que hace preguntas al derecho y cuestiona lo establecido; la fuerza de ruptura que problematiza, que desenchaja la realidad presente en busca de un mundo mejor²².

¹⁷ *Ibidem*, pp. 372 y 373. La respuesta jurídica requiere lo que denomina LUCKMANN, T., *Teoría de la acción social*, trad. de F. Ballesteros, Barcelona, Paidós, 1996, «fantasía proyectiva» (p. 61) y «pensamiento proyectivo» (p. 73).

¹⁸ ZUBIRI, X., *Naturaleza, Historia, Dios*, cit., pp. 374 y 375.

¹⁹ *Id.*, *Sobre la esencia*, Madrid, Alianza, 1985, pp. 392, 393, 394 y 414.

²⁰ ARANGUREN, J. L. L., *Ética*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2009, cap. VII, pp. 56 y 57.

²¹ Cfr. HEIDEGGER, M., «La sentencia de Anaximandro», en *Caminos de bosque*, trad. de H. Cortés y A. Leyte, Madrid, Alianza, 1995, pp. 319 ss.

²² Cfr. DERRIDA, J., *Espectros de Marx. El Estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva internacional*, trad. de J. M. Alarcón y C. de Peretti, Madrid, Trotta, 1995, pp. 37 ss.

3. RESPUESTA Y EXPECTATIVA

El concepto de expectativa es central. El derecho «busca la respuesta más adecuada para las expectativas legítimas»²³. La respuesta jurídica maneja expectativas, lo que supone la posibilidad de anticipar y de orientarse por acontecimientos esperados. Las expectativas abren una dimensión temporal y se formulan en un contexto social. No se responde a señales sino a expectativas, y a su vez la respuesta genera expectativas²⁴.

Para actuar en sociedad hay que disponer de un *sistema de expectativas*. Parsons observa que «es una propiedad fundamental de la acción no consistir en “respuestas” *ad hoc* a “estímulos” particulares de la situación» sino que «el actor desarrolla un *sistema* de ‘expectativas’ en relación con los diferentes objetos de la situación», que le permiten anticipar cual será «la *reacción probable*» de los otros. A diferencia del esquema «estímulo-respuesta» la interacción requiere una «orientación hacia el desarrollo futuro de la situación»²⁵.

Es preciso pasar de la «orientación de signo», propia de una «situación-estímulo inmediatamente presente», a una «simbolización» (diferente de la mera «utilización de signos») en la que «el significado de un signo tiene que ser abstraído de lo particular de la situación». Se constituye «un *orden* compartido de significados simbólicos» hecho de «convenciones», relativamente estable e independiente de la situación particular. El sistema simbólico sirve de «criterio para la selección entre las alternativas» que se presentan «intrínsecamente abiertas» en cada situación. Y «los actos no se realizan individual y separadamente» sino que «están organizados en sistemas»²⁶.

Los actores obtienen su mapa cognitivo de un marco de referencia compartido y abstracto, que les permite elaborar expectativas entrelazadas. No emiten respuestas a señales sino que se orientan mediante complejos de significado, a través de estructuras simbólicas. La res-

²³ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 2011, p. 123.

²⁴ Apunta WITTGENSTEIN, L., *Observaciones filosóficas*, trad. de A. Tomasini, México, Universidad Nacional Autónoma, 1997, que «la expectativa está conectada con la búsqueda» (I, 28, p. 4). La *capacidad de expectativa* está relacionada también con la capacidad de ilusión y de sorpresa, que es variable en las personas y en las sociedades. El pensamiento jurídico depende de estos factores. Si no se busca, si no se espera, si no hay perspectivas de futuro ni ilusiones, el derecho reduce sus potencialidades.

²⁵ PARSONS, T., *El sistema social*, trad. de J. Jiménez y J. Cazorla, Madrid, Alianza, 1999, pp. 18, 19 y 21. El animal «tiene alternativas entre las que puede elegir y desarrolla expectativas que pueden ser “desencadenadas” por ciertos signos o “señales”». Aquí «el signo es parte de una situación que es estable con independencia de lo que el animal hace», con lo que «el único problema que se le presenta al animal es el de si puede “interpretar” el signo correctamente». Pero en la sociedad las posibles «reacciones» entre los actores son muy variadas y están entrelazadas (p. 23).

²⁶ *Ibidem*, pp. 23, 24 y 20.

puesta jurídica no se encuadra en el esquema estímulo-reacción: es un modo de construir expectativas.

Luhmann dirá que «las estructuras sociales no son otra cosa que estructuras de expectativas». Los sistemas proporcionan una «multiplicidad de expectativas» sobre situaciones, acontecimientos y comportamientos, y también expectativas de sentido. Efectúan una «consolidación de las expectativas», que se condensan por más que estén en «continua reorganización». Alcanzan el «metanivel» de expectativas referidas a otras: de «expectativas de expectativa». Los valores y los derechos son «abreviaturas simbólicas» que representan «situaciones de expectativa altamente complejas»²⁷.

Los sistemas no actúan mecánicamente. Disponen de factores productores de incertidumbre, con lo que «se impide que los sistemas sociales se formen a la manera de simples reacciones en cadena en las cuales un acontecimiento provoca de modo más o menos previsible el siguiente». Un sistema mecánico se desorientaría enseguida y dependería de rectificaciones *a posteriori*, de «correcciones a acontecimientos ya irreversibles»²⁸.

Son sistemas *autopoieticos* que no funcionan con el esquema mecanicista *input-output*. No están determinados por su entorno y se organizan por sí mismos. Producen sus propios elementos y estructuras. Así, el derecho determina en qué circunstancias y de qué modo «reacciona» a las irritaciones procedentes de su entorno, o si permanece indiferente. Es uno los sistemas «endógenamente inquietos» que son capaces de estructurar la sociedad porque modifican su estado constantemente y se autorregulan²⁹.

Los problemas despiertan la «generatividad organizadora» del sistema³⁰. Todo depende de la «sensibilidad de respuesta del sistema (*Responsivität*)»³¹. Las respuestas realmente importantes son «gene-

²⁷ LUHMANN, N., *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. de S. Pappe y B. Erker, Barcelona, Anthropos, 1998, pp. 267, 107-108, 157, 279. Las expectativas son formas de orientación con las que los sistemas sondean su entorno y se exponen a la complejidad y contingencia del mundo (cfr. p. 246). En el caso de los sistemas sociales son «formas con sentido» de carácter abstracto, sin naturaleza psicológica (p. 269). En *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987, aborda el derecho desde el problema de la formación de expectativas. Las normas aparecen como «expectativas de comportamiento estabilizadas contrafácticamente» (p. 43) y el derecho como una «generalización congruente de expectativas normativas de comportamiento» (p. 99).

²⁸ *Id.*, *Sistemas sociales*, cit., p. 278.

²⁹ *Id.*, *La sociedad de la sociedad*, trad. de J. Torres Nafarrate, México, Herder, 2007, pp. 47 y 77. Advierte que «la recursividad de la *autopoiesis* de la sociedad no está organizada a través de resultados causales (*outputs* como *inputs*)» (p. 105).

³⁰ Cfr. MORIN, E., *Sociología*, trad. de J. Tortella, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 105 ss.

³¹ LUHMANN, N., *El derecho de la sociedad*, trad. de J. Torres Nafarrate y otros, México, Universidad Iberoamericana, 2002, p. 447.

rativas», no meramente repetitivas sino productoras de novedades³². La generatividad del lenguaje jurídico produce nuevos significados.

La respuesta del derecho puede orientarse hacia las *premisas* o hacia los *resultados*. La dogmática clásica pone el centro de gravedad en el tratamiento jurídico de los casos y en las posibilidades de decisión. Se desentiende de los efectos que produce en las personas y en la sociedad. Solo le interesan los «efectos jurídicos», las repercusiones en el propio sistema. Pero otras tendencias promueven una orientación hacia las consecuencias: la jurisprudencia de intereses, la interpretación teleológica, el realismo jurídico, la preocupación por la efectividad, la exigencia de un compromiso sociopolítico de los juristas³³. Esto sitúa al derecho en el terreno incontrolable de las expectativas, las repercusiones, las consecuencias de consecuencias, los efectos colaterales. Lo desplaza hacia un ámbito extrajurídico que apenas puede manejar³⁴. Cuando se relativiza el formalismo se puede acabar procediendo de manera «oportunista», con «criterios indeterminados y mudables en cada caso y solo para cada caso», con respuestas *ad hoc* que comprometen la racionalidad y la seguridad jurídicas³⁵.

Por otra parte se ha advertido que la dinámica expansiva del Estado social «sobrecarga» el sistema jurídico. Surgen expectativas excesivas sobre el rendimiento del sistema. Se plantean exigencias que desbordan su capacidad de respuesta. Se tiende a una «hiperjuridificación» que traslada al derecho asuntos a los que no puede responder adecuadamente³⁶. No todo problema es susceptible de tratamiento jurídico. No siempre las respuestas jurídicas contribuyen a resolver los problemas.

También hay que señalar que la respuesta jurídica es contingente: todo puede ser replanteado. El sistema trabaja con «operaciones sin certeza última»³⁷. La respuesta fluctúa, evoluciona, lo que dificulta formar expectativas a largo plazo. El derecho depende de su *capacidad de modificar la respuesta*, incorporada como una posibilidad en el sistema. De otro modo quedaría bloqueado en un mundo cambiante. Para ello combina variedad y redundancia, en constelaciones transitorias, en la precaria seguridad de una «estabilidad dinámica». Y no hay progreso lineal sino una «evolución diferencial», de «transformaciones no planeadas», que «no posibilita ningún pronóstico»³⁸.

³² La expresión se toma de MATURANA, H., *La realidad: ¿Objetiva o construida?*, vol. I: *Fundamentos biológicos de la realidad*, Barcelona, Anthropos, 1995, p. 4.

³³ Cfr. LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. I. de Otto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 47 ss. No es solo una tendencia jurídica: «la orientación a las consecuencias de la acción, y con ello la orientación a un futuro aún incierto, es característica dominante de la sociedad moderna» (p. 68).

³⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 90.

³⁵ *Ibidem*, p. 67.

³⁶ *Id.*, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, trad. de F. Vallespín, Madrid, Alianza, 1993, p. 154.

³⁷ *Id.*, *Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, trad. de C. Fortea, Barcelona, Paidós, 1997, p. 117.

³⁸ *Id.*, *La sociedad de la sociedad*, cit., pp. 337, 334 y 338.

4. RESPUESTA INTELIGENTE

La inteligencia «separa cada vez más la respuesta del estímulo»³⁹. Detiene la reacción automática, inhibe los movimientos reflejos para producir movimientos controlados. Intercala una pausa entre la percepción de la señal y la respuesta. Convierte las señales en *signos*⁴⁰. Adquiere la «facultad de desenganchar» las acciones de las pulsiones, de «crear un *hiato*» entre ellas. Logra «retener» las pulsiones y «ponerlas entre paréntesis»; las frena para producir un movimiento retardado. La contención, el aplazamiento del estímulo, deja un «espacio vacío» para la reflexión⁴¹.

El desarrollo de la inteligencia está ligado a la «reducción de los instintos». El ser humano no está adaptado rígidamente a su entorno y puede efectuar «la *transformación* inteligente» de la realidad⁴². La mayoría de las reacciones animales son inmediatas, pero el hombre suele ser más lento: se toma tiempo para responder. La «demora» en la respuesta es un logro evolutivo⁴³.

³⁹ MARINA, J. A., *Teoría de la inteligencia creadora*, Barcelona, Anagrama, 1994, p. 80. Cfr. también p. 288 y pp. 298 s.

⁴⁰ Para la evolución de la señal al signo cfr. PARIS, C., *El animal cultural. Biología y cultura en la realidad humana*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 246 ss.

⁴¹ GEHLEN, A., *El hombre. Su naturaleza y su lugar en el mundo*, trad. de F. C. Vevia, Salamanca, Sígueme, 1987, pp. 61, 62 y 394. La «frenabilidad» de las pulsiones está relacionada con su «plasticidad» (p. 62).

⁴² *Id.*, *Antropología filosófica. Del encuentro y descubrimiento del hombre por sí mismo*, trad. de C. Cienfuegos, Barcelona, Paidós, 1993, pp. 126 y 132. Señala MORIN, E., *El Método*, vol. III: *El conocimiento del conocimiento*, libro I: *Antropología del conocimiento*, trad. de A. Sánchez, Madrid, Cátedra, 1988, que el desarrollo de la inteligencia del ser humano, considerada como un GPS (*General Problems Solver*), tiene que ver con el hecho de que está «subconectado» y dispone de «posibilidades de desconexión», por lo que está abierto a nuevas conexiones (p. 125). MEAD, G. H., *Espíritu, persona y sociedad. Desde el punto de vista del conductismo social*, trad. de F. Mazía, Barcelona, Paidós, 1999, observaba que, a diferencia de la «inteligencia irracional» de los animales, que «reaccionan a ciertos caracteres con una precisión ajena a la capacidad humana» (p. 129), la «inteligencia reflexiva» del hombre «se distingue por su capacidad de analizar el campo de estimulación en forma de poder seleccionar un estímulo antes que otro y así aferrarse a la reacción que corresponde a ese estímulo, escogiéndola de entre otras y recombinándola con otras» (p. 130).

⁴³ BRONOWSKI, J., *Los orígenes del conocimiento y la imaginación*, trad. de E. Lynch, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 44 y 45. Si, como dice MEAD, G. H., *Espíritu, persona y sociedad*, cit., «la inteligencia es, principalmente, una cuestión de selectividad», un proceso de selección entre alternativas, «la reacción demorada es necesaria para la conducta inteligente». La «reacción selectiva» no es inmediata: «puede ser selectiva solo porque es demorada». De modo que «el proceso del ejercicio de la inteligencia es el proceso de demorar, organizar y seleccionar una reacción a los estímulos de la situación ambiental dada» (p. 135). WOLF, M., *Proust and the Squid. The Story and Science of the Reading Brain*, Cambridge, Icon Books, 2010, p. 214 s., alude a la importancia del retardo neuronal para la estructuración de la actividad cerebral y el desarrollo de la inteligencia, mientras que en las nuevas tecnologías prima la inmediatez y la aceleración de las conexiones.

El desarrollo de la inteligencia jurídica corresponde también a una liberación de factores desencadenantes inmediatos, que hace posible el distanciamiento y la respuesta retardada. Las normas no funcionan como señales sino como signos que es preciso interpretar. La dogmática «posibilita una toma de distancia» y la elaboración autónoma de complejos normativos⁴⁴.

En cuanto a la inteligencia artificial habrá que decir que *los autómatas reaccionan pero no responden*. No hacen más que obedecer a un programa, pero el hombre responde libremente. Solo él podría preguntar y responder. Sus preguntas dejan libertad para responder. Libertad y respuesta son nociones vinculadas. La respuesta inteligente no está programada. Y el que realmente pregunta no busca la repetición de lo que ya sabe. Pregunta porque no conoce la respuesta⁴⁵.

Solo la inteligencia humana sería capaz de formular preguntas y de ofrecer respuestas. Aún más, de complicar la relación entre ambos términos, planteando preguntas que pueden tener varias respuestas o que no se pueden responder, o dando repuestas que no agotan las preguntas, como ocurre en parte con la teoría de la justicia. El binomio pregunta-repuesta se convierte entonces en polaridad, en tensión productiva, uno de los modos más característicos del trabajo de la inteligencia.

La relación entre pregunta y respuesta no es una consecuencia lógica sino un enlace tenso y problemático. No es un bloque compacto sino una conjunción contingente y discutible en forma de secuencia. La pregunta está a la espera de respuesta. La respuesta puede ser prolongación de la pregunta. Puede que la arrastre consigo y se limite a reformularla o a encubrirarla. La respuesta se podrá convertir a su vez en pregunta, o dar origen a nuevas preguntas. Pasar de una a otra no es solo cuestión de conocimiento técnico sino de inteligencia práctica. Se puede saber mucho derecho pero no saber *dar respuesta* a un problema⁴⁶.

Dar respuesta exige un esfuerzo creativo. En la relación pregunta-respuesta se inscribe la posibilidad de la novedad. La respuesta puede añadir algo nuevo y provocar un desplazamiento. Ya no estamos en el mismo

⁴⁴ LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, cit., p. 29.

⁴⁵ Se puede recordar la ironía de KLEIST, H. von, «Sobre la paulatina elaboración de los pensamientos al hablar», en NOVALIS y otros, *Fragmentos para una teoría romántica del arte*, edic. J. Arnaldo, Madrid, Tecnos, 1987, sobre los exámenes memorísticos de las Facultades Derecho, que superan espíritus «vulgares» e «ignorantes» porque, aunque no piensen, tienen «una respuesta a mano» (p. 63). GADAMER, H. G., *Verdad y método*, cit., añade: «una respuesta “correcta” pueden encontrarla los ordenadores y los papagayos» (p. 201). En *id.*, *El giro hermenéutico*, trad. de A. Parada, Madrid, Cátedra, 1998, observa que en filosofía «uno se encuentra siempre ante la situación de que no sabe la respuesta, si es que se atreve realmente a pensar y no se limita a recurrir al acervo de conocimientos propio o ajeno, lo cual hace el ordenador mejor que nosotros» (p. 227). El jurista puede encontrarse también en esta situación.

⁴⁶ KANT, I., «En torno al tópic: “Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica”», trad. de F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, en *Teoría y Práctica*, Madrid, Tecnos, 1986, aludía a esos «juristas que han hecho bien sus estudios pero no saben cómo han de conducirse a la hora de dar un consejo» (p. 4).

lugar de la pregunta. Pues «si se ajustase perfectamente la respuesta a la pregunta, a la demanda o a lo que se espera» nos plantearíamos si en realidad «se estaría respondiendo» o se efectúa «solo la culminación de un programa, una operación calculable». La respuesta no está ya incluida en la pregunta, no se limita a extraer algo implícito en las premisas. En mayor o menor medida *responder es inventar*⁴⁷. La respuesta, para ser digna de este nombre, «debe *sorprender* por alguna novedad irruptiva». Responder es corresponder a la fuerza generativa y creadora de la pregunta. Por eso habrá un «desajuste» entre pregunta y respuesta⁴⁸.

5. RESPUESTA INSTITUCIONAL

La respuesta jurídica no es personal sino institucional: procede de un órgano. Y un órgano no es un *instrumento*, un utensilio o una máquina (por más que el término griego signifique herramienta). Lo propio del instrumento es la *disposición*, lo propio del órgano es la *capacidad*⁴⁹.

Un instrumento, por ejemplo un ordenador, está en disposición de escribir. Pero solo una persona es capaz de hacerlo. Un instrumento está instalado y dispuesto, pero un órgano está *facultado*, tiene *capacidad jurídica* o es *competente* para hacer algo, lo que nunca diríamos de una máquina. Un instrumento funciona; un órgano actúa. A diferencia de la máquina un órgano tiene cierta capacidad de autoproducción, autodirección y renovación. Está dotado de una cierta autonomía. Aunque la biología pueda considerar al organismo como una máquina, tendrá que dotarle de «funciones supramaquinales»⁵⁰.

Por otra parte la respuesta jurídica tiene pretensión de legitimidad. Pero las decisiones automatizadas no son respuestas sino *resultados*. Puede que sea fácil aceptarlas en una sociedad que da preferencia a soluciones técnicas, que por el hecho de que funcionan y parecen fiables «ahorran consensos»⁵¹. Encajan en la legitimidad legal-racional

⁴⁷ Se trata de «inventar una respuesta al problema», como dice WIGGINS, D., «La deliberación y la razón práctica», en Raz, J. (Ed.), *Razonamiento práctico*, trad. de J. J. Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 282.

⁴⁸ DERRIDA, J., *Papel Máquina. La cinta de máquina de escribir y otras respuestas*, trad. de C. de Peretti y P. Vidarte, Madrid, Trotta, 2003, p. 254.

⁴⁹ Cfr. para esta distinción HEIDEGGER, M., *Los conceptos fundamentales de la metafísica*, cit., p. 272. Resulta orientativa, aunque, a la vista de las nuevas máquinas, sea cuestionable.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 265.

⁵¹ LUHMANN, N., *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 410. Se dirá que «lo que funciona, funciona; lo que da resultados, ha dado resultados», y de este modo «se ahorra también la coordinación de las acciones humanas –siempre difícil y llena de conflictos» (p. 410). Y con la introducción de «máquinas calculadoras» sucede que «se da preferencia a los problemas que se resuelven recurriendo a ellas, mientras que otros problemas se dejan de lado». Se marginan hasta el punto de que «ya ni siquiera merecen la designación de “problema”» (p. 781).

de Weber y ocultan que la técnica es un medio para alcanzar objetivos que no son técnicos.

A un órgano se le reconoce *iniciativa* y un *margen* de actuación. Su proceder está sujeto a derecho, pero no predeterminado. Por eso no es superfluo: no es «mero trámite», simple engranaje transmisor de un proceso automatizado. Comienza funcionando como *interruptor*. La dinámica jurídica se detiene y se reanuda en cada órgano. Hay que pararse a pensar. Es un dispositivo de activación de inteligencia jurídica que abre un *intervalo*, retarda y difiere. No hay una mera pausa sino un espacio de indeterminación y articulación. Es un paso intermedio que distancia, provoca incertidumbre y sirve de enlace. Se intercala una fase flexible, elástica, abierta. Aplicar el derecho es recrearlo. Todo órgano ejecutor es en cierta medida creador. La distinción entre *legis latio* y *legis executio* es «relativa»⁵².

El órgano da la oportunidad de efectuar una «problematización», entendida como «organización *consecuente* de una cuestión». La *cuestión* se transforma en *problema*. Los hechos de la vida se convierten en hechos jurídicos y se traducen a una gramática y semántica peculiares. El problema es el «sustituto» de la cuestión. Ya no pone al derecho en cuestión. Designa aquello que «ponemos delante para protegernos» de lo que nos interpela y resulta amenazador o intratable. Los problemas son cuestiones manejables susceptibles de respuesta: son «posibilidades de respuestas». La problematización es «una organización articulada de la respuesta»⁵³.

Una teoría jurídica del órgano tiene que ser una teoría de la posibilidad y de la contingencia. El órgano procesa indeterminación. Hay distintos modos de hacerlo, por lo que hay que tomar una decisión. Es un órgano decisorio. Responder no es constatar sino decidir. Si no hay decisión no hay propiamente respuesta. La respuesta no está absolutamente predeterminada, no es un movimiento reflejo. Se podría haber decidido de otra manera. El órgano *resuelve*, aunque no solucione el problema. Efectúa un «acoplamiento flojo» entre las premisas de la decisión y la respuesta⁵⁴.

⁵² KELSEN, H., *Teoría general del Estado*, trad. de L. Legaz Lacambra, Granada, Comares, 2002, p. 385. Cfr. también p. 436.

⁵³ DERRIDA, J., *Papel Máquina*, cit., pp. 264-265. LUHMANN, N., *Fin y racionalidad en los sistemas. Sobre la función de los fines en los sistemas sociales*, trad. de J. Nicolás, Madrid, Editora Nacional, 1983, recuerda la estrategia de los sistemas de «convertir los problemas permanentes en problemas solubles» a través de «problemas sustitutorios» (p. 283). El habitual *problem solving* no conoce «auténticos problemas» (p. 284) sino «subrogados de problemas» (p. 286).

⁵⁴ LUHMANN, N., *Organización y decisión*, trad. de D. Rodríguez Mansilla, México, Herder, 2010, p. 262. Aquí «la relación de las premisas con la decisión no es de tipo lógico ni causal» (p. 262). Para la diferencia entre *tight coupling* y *loose coupling*, entre una conexión firme, perfectamente ajustada, y lo que queda poco apretado, holgado o suelto, cfr. también *id.*, *Sistemas sociales*, cit., p. 209; *Observaciones de la modernidad*, cit., p. 192; y *La sociedad de la sociedad*, cit., pp. 150, 328, 380, 415 y 416.

Cuando se aplica el derecho la respuesta no se improvisa. Está prevista en la *disposición* jurídica. En el derecho positivo, es decir *puesto*, está disponible, en los distintos giros de la expresión: dispuesta de antemano, propuesta como premisa, supuesta como base e impuesta como vinculante. En situaciones muy simples se responde mecánicamente, mediante una actividad reproductiva, de mero encaje. La respuesta es selección y asignación entre un repertorio de esquemas prefabricados, aunque haya que realizar una adaptación. Es mera transmisión que entrega o «da traslado» de una solución. Pero en los casos complejos no está a mano: hay que responder *con* el derecho, pero la respuesta no está *en* el derecho. Dar respuesta, *iuris-dicere*, se convierte en una actividad productiva. Hay una *resolución*: no es solo resultado de un proceso de búsqueda y de selección sino también de una *decisión*.

La respuesta no es mera cita de un dato normativo sino producto de una operación decisoria. Tiene que ser «conforme a derecho», «ajustada a derecho», pero no se limita a copiarlo. No es copia, reiteración, sino re-producción. La aplicación del derecho no pertenece a una estática sino a una dinámica productiva que lo recrea. Hay que inventar la decisión, y hacerlo en el marco de la legalidad. Encontrar la solución requiere un *ars inveniendi*, expresión que incorpora toda la ambigüedad semántica del término invención. *Inventio* era originariamente hallazgo, pero ha pasado a significar creación.

El derecho puede estar abierto a distintas posibilidades y no hay una única respuesta correcta⁵⁵. La resolución no es consecuencia necesaria de las premisas. Hay que tomar una decisión, que «se sigue» de las premisas, pero solo en un sentido amplio se puede decir que es consecuente, que procede «en consecuencia». La capacidad de dar respuesta no reside tanto en la racionalidad abstracta como en la capacidad de tomar decisiones. Una buena respuesta requiere *inteligencia ejecutiva*.

Las decisiones dependen cada vez más de organizaciones. Los individuos no pueden soportar exclusivamente la carga de la decisión. Se verían desbordados por los problemas. Necesitamos *instituciones inteligentes* que establezcan pautas y procedimientos que reduzcan la complejidad a un formato manejable, que proporcionen mecanismos de orientación⁵⁶. Dependemos de respuestas formuladas por sistemas inteligentes. No responden las personas: *responde el derecho*. La inte-

⁵⁵ Cfr. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 351 ss.

⁵⁶ Sostiene INNERARITY, D., *Política para perplejos*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2018, que «sistematizar la inteligencia, gobernar a través de sistemas inteligentes, debería ser la prioridad de todos los niveles de gobierno, instituciones y organizaciones» (p. 143). Se configura así una «inteligencia sistémica» que «no está en las personas, sino en los componentes constitutivos del sistema» (p. 156). Se trata de «sistemas en los que se sintetiza una inteligencia colectiva (reglas, normas y procedimientos)» (p. 155).

ligencia personal se incorpora a una inteligencia institucional⁵⁷. El derecho parece hablar por sí mismo: el jurista se presenta tan solo como su portavoz.

Los órganos trabajan con procedimientos cuyo desenlace no se puede conocer de antemano. El procedimiento tiene que ponerse en práctica para saber a dónde conduce⁵⁸. No es una serie de operaciones, como una demostración matemática que avanza por su propia lógica. No decide por nosotros: llega un punto en el que hay que tomar una decisión. Y los participantes son tan decisivos como los interlocutores en un debate. Los actores son siempre personas⁵⁹. No es un procedimiento de cálculo sino de interacción, incluso de comunicación y diálogo. Tiene una constitución intersubjetiva. La conclusión no es resultado de operaciones lógicas sino de comunicaciones. Por eso la respuesta es *discutible*. Por más que sea vinculante e inapelable, por más que sea una *respuesta concluyente*, no es más que *opinio iuris*. Y toda opinión crea un espacio de debate. La respuesta puede provocar, al menos teóricamente, una réplica. Puede transformarse en preguntas.

Esperamos la respuesta *razonable*, la que tiene razón, la que da la razón, la que hace entrar en razón, la que da razones. Y la racionalidad se va haciendo poco a poco. El derecho entendido como *ratio scripta* parecía un depósito que suministra razones ya confeccionadas. Pero dar respuesta es un esfuerzo por construir racionalidad, por ampliarla, por reinventarla. El pensamiento jurídico no es solo una manifestación sino una *ampliación de las posibilidades de la inteligencia*. En forcejeo con los problemas se produce una *invención de inteligencia*.

Y esperamos una respuesta *responsable*: capaz de responder de sí misma. La cuestión de la respuesta suscita muchas preguntas: qué significa responder, cómo responder, a qué o a quién y ante qué o ante quién responder (ante los destinatarios inmediatos de la decisión, ante otros casos futuros, pero también ante la sociedad, ante otras institu-

⁵⁷ Señalaba GEHLEN, A., *Antropología filosófica*, cit., que en las sociedades aparecen «estructuras con peso propio –las *instituciones*– que terminan por adquirir algo así como autonomía respecto de las personas» (p. 90). La respuesta institucional no es personal. El derecho es un ordenamiento impersonal. Pero las instituciones no piensan por sí mismas: son estructuras inteligentes manejadas por personas. La inteligencia del individuo ya no trabaja por su cuenta sino dentro una estructura que la decanta, la orienta, la potencia en cierta dirección, y en ocasiones la fuerza a la interacción. Apunta KAHNEMAN, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, trad. de J. Chamorro, Barcelona, Random House Mondadori, 2015, que «las organizaciones son mejores que los individuos cuando se trata de evitar errores porque, como es natural, piensan más lentamente y tienen poder para imponer procedimientos» (p. 543).

⁵⁸ Cfr. RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993, sobre lo que denomina «justicia puramente procedimental» (pp. 106 ss.).

⁵⁹ Cuando ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1997, pp. 34 ss., comparaba el derecho con el juego de ajedrez no pensaba que se podría jugar con una máquina que en esa situación puede ser más inteligente que un ser humano (pero no olvidemos que la hemos fabricado nosotros).

ciones, ante el derecho en su conjunto, ante uno mismo), de qué o de quién responder (en la medida en que hay que implicarse y hacerse cargo de un problema). Se entrecruzan distintas modalidades de respuesta: «responder a», «responder ante», «responder de». No merece el nombre de respuesta aquello que es simplemente una reacción, consecuencia o resultado, ante lo que no cabe plantear la cuestión de la responsabilidad.

6. RESPUESTA AUTOMÁTICA

La máquina capaz de dar «respuestas» nos hace replantearnos qué significa responder. Más allá de la relación interpersonal, nos sitúa en las fronteras de conceptos como comunicación, que es preciso repensar y redefinir.

Para la teoría de sistemas la comunicación no es mera transmisión de datos sino producción y procesamiento de sentido. Ya no se concibe como relación intersubjetiva. Los sistemas sociales (entre ellos el derecho) son sistemas de comunicación que desplazan y transforman incertidumbre. Pero no se puede confundir procesamiento electrónico de datos con comunicación, que es procesamiento de *sentido*, aunque dependa de redes computacionales⁶⁰. Los ordenadores manejan conocimientos, pero no los entienden⁶¹. Y la respuesta jurídica se sitúa en

⁶⁰ Cfr. LUHMANN, N., *Organización y decisión*, cit., pp. 432-433. La inteligencia es capacidad de *dar sentido*, lo que implica una tarea creativa pues el sentido tiene que regenerarse constantemente. No se puede extraer y suministrar de un almacén de sentido. No es un objeto sino un proceso de enlace. Y no es solo cuestión personal: la sociedad, el derecho, dan sentido. Cfr. *id.*, *Sistemas sociales*, cit., pp. 77 ss. Incorporar al derecho una norma nueva no es solo una cuestión de validez: es crear sentido. Aplicar una norma no consiste solo en ajustarse a derecho: es dar sentido. La dogmática jurídica es un laboratorio de sentido. La legitimidad es producción de sentido. La justicia es pregunta por el sentido. De ahí la insuficiencia de una inteligencia puramente computacional, reducida al «cálculo jurídico». La capacidad de proporcionar sentido plantea límites a la inteligencia artificial. *Id.*, *La sociedad de la sociedad*, cit., apunta que «las investigaciones sobre “inteligencia artificial” se ocupan de la manipulación de los ‘símbolos’, pero no de la formación de sentido» (p. 413).

⁶¹ BODEN, M. A., *La mente creativa. Mitos y mecanismos*, trad. de J. A. Álvarez, Barcelona, Paidós, 1994, cuestiona que un programa informático de preguntas y respuestas sea un «programa vacío» (p. 365) dado que sus símbolos «están completamente desprovistos de significado para el ordenador» (p. 366). Solo habría «sintaxis» pero no «semántica» puesto que el programa realiza «manipulaciones formales de patrones no interpretados». Se podría decir entonces que la máquina «no está *realmente* respondiendo» ya que «no puede comprender las preguntas» (p. 370). Efectúa simplemente un «cálculo lógico» mediante «reglas abstractas para comparar y transformar símbolos, no en virtud de su significado, sino meramente por referencia a su forma» (p. 371). Pero Boden objeta que lo que hace el ordenador «tiene una base en la semántica» (p. 373) y hay «un inicio de comprensión», aunque solo sea la que se requiere para «comparar dos estructuras formales» o «construir una nueva» siguiendo ciertas reglas (p. 374). En cuanto al problema del sentido VARELA, F. J., *Conocer. Las*

la dimensión del sentido. Con todo, nuestra relación con las máquinas va a exigir nuevas experiencias y teorías de la comunicación. Todavía no sabemos «las potencialidades de reacciones-respuestas que hoy podemos, y podremos cada vez mejor mañana, confiar a unas máquinas, a otro concepto de máquina»⁶².

El mismo derecho aparece como una maquinaria manejada por expertos. En vez de dar respuestas efectúa *prestaciones*. Su capacidad de respuesta depende de su capacidad operativa y es cuestión de rendimiento. Si se somete a una presión excesiva se recalienta, falla y puede bloquearse. Su *out-put* son los distintos productos que suministra. Presta un servicio que tiene que ser de calidad. El funcionario pasa a ser un *servidor* público. La prestación de servicios es más que una figura de derecho privado. La teoría del servicio público de los administrativistas se amplía a categoría general desde la que dar sentido a todo el derecho. Las instituciones se diseñan para ser cada vez más eficaces, más económicas, más rápidas, de más fácil manejo por ciudadanos convertidos en *usuarios* de programas. Las garantías jurídicas se parecen a controles de calidad.

Si el derecho es ya una máquina no extraña que se sirva de otras máquinas. La automatización de la toma de decisiones no es más que el avance consecuente de lo que comenzó llamándose técnica jurídica y se acabará convirtiendo en alta tecnología. La historia del derecho se concebirá entonces como un proceso de constante innovación e implantación de instrumentos de última generación. El pensamiento jurídico abandona su modelo dialógico y se presenta cada vez más como una *inteligencia computacional*, de carácter tecnocrático⁶³.

El derecho de una sociedad hipertecnológica está experimentando cambios profundos, que no han hecho más que iniciarse. No se trata tanto del surgimiento de nuevos problemas necesitados de regulación y de nuevos derechos como de una modificación sin precedentes de la

ciencias cognitivas: tendencias y perspectivas. Cartografía de las ideas actuales, trad. de C. Gardini, Barcelona, Gedisa, 1990, plantea un «enfoque conexionista», a diferencia de la «computación simbólica» que establece una «separación entre forma y sentido». En ésta el ordenador «respeto el sentido de los símbolos» y «solo manipula su forma», como si estuviera «vacía de sentido» (p. 78). Pero para el conexionismo «los ítems significativos no son símbolos sino complejos patrones de actividad entre las muchas unidades que constituyen la red» (p. 77). Aquí «el sentido no está localizado en símbolos particulares» sino que «está en función del estado global del sistema» (p. 78). Hay una «emergencia subsimbólica» de sentido, que no reside en los símbolos que lo componen sino «en complejos patrones de actividad que emergen de las interacciones de dichos componentes» (p. 79). La computación simbólica aparece en un nivel superior como descripción de «propiedades» que emergen del sistema subyacente y que no se entienden sin él (p. 80).

⁶² DERRIDA, J., *El animal que luego estoy si(gui)endo*, cit., p. 103.

⁶³ El derecho aparece entonces como un *servicio de respuesta* que funciona con algoritmos, con procesos y fórmulas preferiblemente automatizados, que *recibe preguntas y las convierte en respuestas* (expresiones tomadas de FINN, E., *La búsqueda del algoritmo. Imaginación en la era de la informática*, trad. de H. Castells, Barcelona, Alpha Decay, 2018, pp. 41 y 118).

forma mentis del jurista. La inteligencia jurídica está cambiando su estructura, su modo de pensar. Hasta ahora la inteligencia artificial ha pretendido imitar la inteligencia humana. A partir de ahora no será extraño que la inteligencia humana comience a imitar la de las máquinas. La respuesta jurídica, más que la conclusión de un razonamiento o el desenlace de un procedimiento, será el *resultado* de unas operaciones.

Todavía no sabemos cómo serán las máquinas que están por venir. La *tecnología de la inteligencia* inventará nuevas máquinas y surgirán nuevos modos de relacionarnos con ellas. En todo caso el porvenir del derecho está ya íntimamente asociado al de la máquina. No debemos recaer en los tópicos de denuncia de una deshumanización creciente de la sociedad o en la aversión a la técnica del existencialismo. Nadie que vea la historia del derecho en su conjunto puede sentir nostalgia del pasado. Tendremos que sortear peligros y no todo saldrá bien. Pero nuestros desafíos serán distintos de los del pasado y nosotros también seremos distintos.

Va a hacer falta mucha inteligencia jurídica para afrontar el futuro, e incluso para inventarlo, pues lo que vendrá depende también de los juristas. Siempre ha habido juristas-máquina. Los de la primera época de la mecánica fueron sustituidos por burócratas, más competentes y peligrosos, en la era industrial⁶⁴. Los actuales juristas autómatas serán sustituidos por máquinas de verdad y nuevos mecanicismos jurídicos.

El trato constante con máquinas favorece una *mentalidad orientada hacia la máquina*: nos convertimos en fabricantes y usuarios de máquinas. Algunos serán ante todo servidores de máquinas, profesionales dedicados al mantenimiento de la maquinaria jurídica. Pero lo que podamos delegar en la máquina deja espacio libre para lo más interesante. La descarga de actividades maquinales contribuye a despejar el campo de la inteligencia propiamente humana.

Un derecho implicado en los algoritmos de la inteligencia artificial requiere a la vez un pensamiento jurídico fuertemente desmecanizado. El esquema pregunta-respuesta opera también en la interconexión y «compatibilidad» del hombre y la máquina. Hay que trabajar con la máquina pero también hacerse preguntas y reflexionar sobre lo que plantea⁶⁵. Necesitamos un *jurista bilingüe*, que hable dos lenguajes: el

⁶⁴ WEBER, M., «Parlamento y gobierno en una Alemania reorganizada. Una crítica política de la burocracia y de los partidos», en *Escritos políticos*, trad. de J. Abellán, Madrid, Alianza, 1991, decía que el funcionamiento del Estado burocrático puede ser «calculado racionalmente sobre la base de normas generales fijas, igual que se calcula el rendimiento previsible de una máquina» (p. 129). El juez «es prácticamente una máquina automática de artículos jurídicos, en la que se introducen por arriba las actas y los costes y demás tasas, y sale luego por abajo la sentencia acompañada de los argumentos más o menos sólidos en que se basa», y es «en general calculable» (p. 131). Una organización burocrática es una «máquina viviente» (p. 144).

⁶⁵ Se corre el riesgo de *funcionar sin pensar* pues, como dice LUHMANN, N., *Fin y racionalidad en los sistemas*, cit., un algoritmo es «una regla decisoria que puede cumplirse esquemáticamente sin necesidad de plantearse a un tiempo el sentido del cumplimiento» (p. 287).

natural y el de la máquina. Y por lo tanto un *jurista traductor*, ya no solo entre el lenguaje de la calle y el del derecho, sino entre el pensamiento (*logos*) y el cálculo (*ratio*). Alguien capaz de ser a la vez programador y desprogramador, de afrontar el desafío de lo intraducible.

7. CAPACIDAD DE JUZGAR

Dar respuesta es formular un juicio. Para ello se requiere capacidad de juzgar, tanto si se trata de una cuestión que hay que regular (legislación) como de un caso que hay que resolver (jurisdicción). Hay que decidir, y una buena decisión requiere buen juicio.

La facultad de juzgar es una de las más complejas e importantes de la mente humana. Kant la definió como «facultad de pensar lo particular»⁶⁶. No es búsqueda abstracta de lo universalmente válido sino pensamiento concreto de lo contingente, pues todo lo particular «encierra algo contingente»⁶⁷. Y distinguía dos clases de juicio: el que consiste en subsumir un caso bajo una regla (juicio *determinante*) y el que, por carecer de criterio previo, deriva la regla de lo particular (juicio *reflexionante*)⁶⁸.

El *modus operandi* de la actividad de juzgar no es mecánico. Aunque se pueda orientar y encauzar *no se puede programar*. No se puede determinar, aunque se puede acotar en parte. Hay un *ars iudicandi* pero no fórmulas para la formación del juicio. Aun cuando haya reglas que aplicar, no las hay para saber cómo hacerlo. Se necesita «un talento peculiar que solo puede ser ejercitado, no enseñado», un «ingenio natural» que no puede ser transmitido ni aprendido. Los que no tienen el «talento natural del Juicio», la «disposición natural», pueden conocer muchas reglas, pero «no saben distinguir, a pesar de comprender lo universal en abstracto, si un caso concreto cae bajo tales reglas»⁶⁹. No saben qué hacer con ellas. Entre la teoría y la práctica hace falta «un término medio como enlace para el tránsito»: un «acto de la facultad de juzgar». Pero es un «don natural», y «puede haber teóricos que nunca en su vida serán capaces de convertirse en prácticos, porque carecen de la facultad de juzgar»⁷⁰.

Para juzgar se requiere en primer lugar una «experiencia imaginativa», una «apreciación imaginativa» del asunto sobre el que hay que pronunciarse. Al que juzga «se le exige tener la capacidad y el deseo

⁶⁶ KANT, I., *Crítica del juicio*, trad. de M. García Morente, Madrid, Espasa Calpe, 1991, Introducción, IV, p. 105.

⁶⁷ *Ibidem*, 76, p. 384.

⁶⁸ Cfr. *ibidem*, Introducción, IV, pp. 105 s.

⁶⁹ *Id.*, *Crítica de la razón pura*, trad. P. Ribas, Madrid, Alfaguara, 1989, A 133-134, B 172-174, pp. 179 s.

⁷⁰ *Id.*, «En torno al tópico: “Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica”», cit. pp. 3 s.

de poner ante sí mismo, en la imaginación, todos los intereses en conflicto, junto con todos los hechos relevantes del caso, y de prestarles, al evaluar cada uno de ellos, la misma atención que si esos intereses fueran los suyos»⁷¹.

El juicio es además una *actividad creativa*. No consiste en constatar ni en demostrar. No es descubrimiento, deducción ni inducción. No es una actividad meramente reproductiva. Emitir un juicio es generarlo, producirlo. Aunque cuente con premisas vinculantes no se deriva de lo ya conocido. Es obra de la «imaginación productiva», que concibe diversas posibilidades, las examina y discrimina entre ellas⁷².

La respuesta del derecho es siempre «creación de normas jurídicas», dentro de un ordenamiento dinámico que activa una «cadena de creación del derecho». No solo es creativa la legislación. La misma jurisprudencia «no posee un carácter meramente declarativo» sino «constitutivo», en la medida en que efectúa «la prosecución del proceso de creación del derecho desde lo general hasta lo individual»⁷³. Siempre se trata de *producción de normas*, en un derecho caracterizado por «regular su propia producción». Dar respuesta no es mero ejercicio de redundancia, no es *repetición* sino *re-producción* (nueva producción, producción de algo nuevo). La norma general «no puede predeterminar todos los momentos que justamente aparecerán con las peculiaridades del caso concreto». El derecho aplicable proporciona «un marco dentro del cual tiene que producirse la norma jurídica individual», que puede ser «más o menos estrecho o amplio»⁷⁴. La decisión puede estar preparada, prevista, predispuesta, pero no totalmente predeterminada.

Por otra parte el juicio no es una actividad particular (resultado de un *sensus privatus*) sino *social*, que apela a un sentido común (*sensus communis*) pues «se solicita la aprobación de todos los demás»⁷⁵. El buen sentido que lo sustenta no es privativo sino compartido. El derecho busca una *respuesta convincente*.

Se requiere un «modo de pensar» que sea «amplio». El que juzga no puede permanecer encerrado en sí mismo sino que «reflexiona sobre su propio juicio desde un punto de vista universal (que no puede determinar más que poniéndose en el punto de vista de los demás)». Lo hace «comparando su juicio con otros juicios no tanto reales como más

⁷¹ RAWLS, J., «Esbozo de un procedimiento de decisión para la ética», en *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, trad. de M. A. Rodilla, Madrid, Tecnos, 1999, p. 63. Es un «conocimiento simpatético» (p. 63).

⁷² Aunque se adopte la terminología de KANT, I., *Crítica de la razón pura*, cit., en este punto no se sigue fielmente su pensamiento. La imaginación *productiva*, a diferencia de la reproductiva, se caracteriza por su «espontaneidad» (B 152, p. 167).

⁷³ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, primera edición de 1934, trad. de G. Robles y F. F. Sánchez, Madrid, Trotta, 2011, pp. 84, 83, 93 y 94.

⁷⁴ *Id.*, *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, cit., pp. 232 y 254.

⁷⁵ KANT, I., *Crítica del juicio*, cit., 19, p. 175.

bien meramente posibles, y poniéndose en el lugar de cualquier otro, haciendo solo abstracción de las limitaciones que dependen casualmente de nuestro juicio propio»⁷⁶. Se pasa de lo privado a lo público, de lo meramente subjetivo a lo que presenta, no necesariamente validez universal, pero sí cierta objetividad: la de lo intersubjetivo.

El buen juicio tiene pretensión de validez intersubjetiva y es ejercicio de *razón pública*. No busca la verdad absoluta de lo racional sino la opinión compartida basada en «juicios razonables»⁷⁷. Para ello hace falta ser un «hombre razonable»⁷⁸. La «respuesta razonable» no se justifica simplemente con un «razonamiento válido» sino mediante «la argumentación dirigida a los otros», con premisas y conclusiones que pensamos que «razonablemente podrían aceptar»⁷⁹.

La respuesta jurídica se caracteriza además por la *búsqueda de justicia*. No se conforma con ser una respuesta correcta, conforme a las reglas. Pero nadie puede apropiarse de la idea de justicia, que no es tanto un saber como una *inquietud*⁸⁰. El *deseo* de justicia expresa la búsqueda de respuesta adecuada, satisfactoria, de la mejor respuesta posible. Para ello no cesa de hacer preguntas al derecho⁸¹.

8. RESPUESTA ADECUADA

La respuesta adecuada procede de una actividad prudencial. Prudencia no significa aquí significa moderación o cautela, sino sensatez o *buen juicio*. Y se presenta no tanto como virtud moral sino como

⁷⁶ *Ibidem*, 40, pp. 247 y 245. Kant pretendía la aprobación de toda la humanidad como comunidad juzgadora. PERO ARENDT, H., *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*, edic. de R. Beiner, trad. de C. Corral, Barcelona, Paidós, 2003, lo limita a una comunidad humana determinada. Por eso no traduce el «allgemein» kantiano por «universal» sino por «general». Cfr. p. 132, nota 155 (nota del editor).

⁷⁷ RAWLS, J., *El liberalismo político*, trad. de A. Domènech, Barcelona, Crítica, 1996, p. 87. Para la distinción entre lo racional y lo razonable cfr. *id.*, «El constructivismo kantiano en la teoría moral», en *Justicia como equidad*, cit., pp. 223 ss.

⁷⁸ Para *id.*, «Esbozo de un procedimiento de decisión para la ética», cit., el «hombre razonable» se caracteriza por su «disposición a encontrar razones a favor o en contra» de las distintas posiciones (p. 62), por su «mente abierta» (p. 63), dispuesta a reconsiderar sus opiniones, y por su capacidad para ser consciente y distanciarse de sus predisposiciones o prejuicios. Basta con que tenga una «inteligencia media» (p. 62).

⁷⁹ *Id.*, *El derecho de gentes y «Una revisión de la idea de razón pública»*, trad. de H. Valencia, Barcelona, Paidós, 2001, pp. 169 y 179.

⁸⁰ Ante la cuestión de si hay criterios de justicia precisa LARENZ, K., *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. de L. Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1990, que «si por “criterios” entendemos modelos para dar automáticamente una respuesta exacta, hay que contestar negativamente» (p. 47).

⁸¹ MARINA, J. A., *Teoría de la inteligencia creadora*, cit., advierte que «la inteligencia no es un ingenioso sistema de respuestas, sino un incansable sistema de preguntas» (p. 149).

«sabiduría práctica». Es un rasgo específicamente humano: el ordenador no es capaz de distinguir lo adecuado, lo conveniente, lo oportuno.

La prudencia es una forma de *inteligencia práctica* para desenvolverse en circunstancias concretas y variables. Es un *saber hacer*, una *habilidad* o destreza, y no un conocimiento solo teórico. Y tampoco es un mero empirismo que actúa sin criterio, ni una predisposición psicológica, sino un *modo de pensar* consecuente.

Es un saber pero *no es ciencia*, pues no se mueve en el dominio de lo necesario sino de lo contingente⁸². No es un saber demostrativo sino tentativo. No procede por derivación a partir de principios, pero requiere reflexión: examina posibilidades, baraja razones, exige una buena deliberación. Y no solo incluye un aspecto discursivo, sino también intuitivo, en la medida en que capta lo que es adecuado sin disponer de una argumentación concluyente.

Implica *buen tino* y *agudeza*⁸³. Pero *acertar* con la respuesta adecuada no es producto del azar sino de una acción consciente que sabe situarse en la buena dirección, que no habría que llamar astucia por lo peyorativo de este término. Y requiere *sentido de la oportunidad*, pues el espacio y el tiempo de la acción no son dimensiones homogéneas, indiferentes y abstractas.

El *razonamiento prudencial* no es especulativo: está estrechamente vinculado con la experiencia. Nace de la experiencia concreta que le ocupa y despierta la memoria de experiencias anteriores. Para juzgar bien es preciso tener «experiencia de las acciones de la vida», pues «los razonamientos parten de ellas y versan sobre ellas» y no simplemente sobre principios⁸⁴. El *juicio experimentado* no es un mero juego conceptual: se roza con la realidad y puede cuestionar las construccio-

⁸² Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, publicada conjuntamente con *Ética Eudemia*, trad. de J. Pallí, Madrid, Gredos, 1993, 1140b, pp. 274 y 275. La prudencia es una *virtud intelectual* que pertenece a la *parte racional* del alma, y dentro de ésta a la que «forma opiniones» (1140b, p. 274). En tanto que *virtud dianoética* concierne al pensamiento, y no solo al carácter. No es un pragmatismo ciego, que se orienta sin saber cómo, sino un tipo de conocimiento. Y «en saber discernir lo que es prudente radica el ser inteligente» (1143a, p. 283). AUBENQUE, P., *La prudencia en Aristóteles*, trad. de M. J. Torres, Barcelona, Crítica, 1999, la caracteriza como «inteligencia crítica» (p. 62), como un «intelectualismo existencial» que «particulariza, individualiza, relativiza la inteligencia, pero no renuncia al intelectualismo» (p. 63). Es un «intelectualismo práctico» (p. 165). KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de J. Mardomingo, Barcelona, Ariel, 1996, la considera solo como una «habilidad» (p. 165), un saber hacer pragmático que únicamente tiene «fundamentos empíricos» y solo puede formular «consejos (*consilia*)» pero no «mandatos (*praecepta*)» (p. 167). Cfr. también «Crítica del juicio», cit., *Introducción*, I, pp. 96 ss.

⁸³ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, cit., 1142a, pp. 279-280. Para HEGEL, G. W. F., *Enciclopedia filosófica para el curso superior*, trad. de M. Maureira y K. Wrehde, Buenos Aires, Biblos, 2009, la agudeza o perspicacia (*Scharfsinn*) «consiste en aprehender diferencias que no están a la vista, y en notar, a través de la reflexión, relaciones más finas y más profundas» (§ 169, p. 101).

⁸⁴ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, cit., 1095a, p. 132.

nes abstractas⁸⁵. La prudencia es una facultad práctica *relativizadora* del formalismo de la teoría. Es además un «“saber” humano, humano por sus límites, pero humano también por su atención al hombre»⁸⁶. Frente a una racionalidad autosuficiente ejerce la *sabiduría de los límites*. No busca lo absoluto sino lo *conveniente*.

De este modo se efectúa la transición de la justicia a la equidad, pues «el juicio es el discernimiento recto de lo equitativo»⁸⁷. Incorpora a la *rectitud* la capacidad de *rectificación*. Introduce *flexibilidad* (uno de los componentes de la inteligencia) frente a la rigidez de la norma. Como justicia del caso concreto practica una «corrección de la ley»⁸⁸. Es un mecanismo de *ajuste* que reconsidera la primera apreciación. Pone en práctica un «juicio comprensivo»⁸⁹. Adopta una posición *razonable* más que estrictamente racional⁹⁰.

En términos pascalianos, se trata del «espíritu de finura» frente al «espíritu de geometría»⁹¹. Hay un tipo de «rectitud» no geométrica que

⁸⁵ Lo refleja bien la antítesis entre la lógica y la vida en IHERING, R. VON, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. de E. Príncipe y Satorres, Granada, Comares, 1998: «La vida no debe plegarse a los principios, sino que éstos deben modelarse sobre aquélla. No es de ningún modo la lógica, es la vida, son las relaciones, el sentimiento jurídico, quienes reclaman lo que debe ser, y la necesidad o imposibilidad lógica nada tienen que ver con ello» (LXIX, p. 1020).

⁸⁶ AUBENQUE, P., *La prudencia en Aristóteles*, cit., p. 174.

⁸⁷ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, cit., 1143a, p. 282.

⁸⁸ *Ibidem*, 1137b, p. 263.

⁸⁹ *Ibidem*, 1143a, p. 282. No solo requiere comprender, sino ser *comprensivo* y manejar la «indulgencia» del juicio, en expresión de AUBENQUE, P., *La prudencia en Aristóteles*, cit., p. 173. Indulgencia no es aquí permisividad, favor ni disimulo, sino flexibilidad. Se situaría en la línea de ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit., que reclama «soluciones dúctiles» (p. 123). La *jurisprudencia* requiere «ductilidad constitucional» (pp. 14 ss.) y una «dogmática fluida» (pp. 17 ss.).

⁹⁰ Para AUBENQUE, P., *La prudencia en Aristóteles*, cit., el juicio «no es subsumir lo particular bajo lo universal» sino «penetrar con una razón más ‘razonable’ que ‘racional’ lo sensible y singular» (p. 173). Recasens Siches, L., *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1980, insistía en que «necesitamos la lógica de lo humano, la lógica de lo *razonable*, a diferencia de la lógica de lo racional» (p. 143). Cfr. también pp. 166, 173, 279, y 287 ss.

⁹¹ En PASCAL, B., *Pensamientos*, trad. de J. Llansó, Madrid, Alianza, 1994, se traduce *finesse* por «fineza» (p. 182), pero aquí se opta por finura. En *id.*, *Pensamientos. Opúsculos. Cartas*, trad. de C. R. De Dampierre, Madrid, Gredos, 2012, se opta por «sutileza» (p. 534). Se trata del fragmento núm. 1 de Brunschvicg (numeración por la que se citará en lo sucesivo). La finura (tanto como la *finesse* francesa o la *finezza* italiana) es una forma de *delicadeza*. En su aspecto cognitivo implica el detalle y la matización de la sutileza y la penetración de la agudeza. Tiene que ver también con la elegancia y se puede conectar con la *elegantia iuris*. No es solo cuestión estética, de «belleza jurídica», en la línea de IHERING, R. VON, epígrafe XLI de *El espíritu del derecho romano* sobre «La construcción jurídica», recogido en trad. de S. Sanjosé por P. Casanovas y J. J. Moreso (Eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 2000, pp. 96 ss., sino la capacidad de elegir adecuadamente. La *elegantia* se relaciona estrechamente con la *intelligentia*: es cuestión de *eligere*, como señala ORTEGA Y GASSET, J., «El mito del hombre allende la técnica», en *Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía*, Madrid, Alianza, 1996, pues «el hombre es inteligente, en los casos en que lo

deriva del «espíritu de justeza». No piensa abstractamente, sacando conclusiones de unos pocos principios, sino que penetra «viva y profundamente» en «cosas que tienen muchos principios» o aspectos a tener en cuenta⁹². Los geómetras razonan de modo demostrativo, en el terreno despejado de los «principios claros y elementales», pero su modo de proceder hace que «se pierdan en las cosas de finura, en donde los principios no se dejan manejar así». Y «la finura es parte del juicio»⁹³.

Hace falta «buen vista», una «vista bien clara» y un «sentido muy delicado y muy claro» para «juzgar recta y justamente». Hay que percibir detalles significativos, matices sutiles, con una mirada despejada y penetrante. Y también «ver la cosa de un golpe, de una sola mirada y no por progreso de razonamiento, al menos hasta un cierto punto», con una visión sinóptica, capaz de «juzgar de un solo vistazo». Pero no hay que conformarse con la captación meramente intuitiva del «golpe de vista». La finura no ahorra el esfuerzo de «buscar los principios»⁹⁴.

Además de calcular, operar o razonar, hay que tener *vista* y «ojo jurídico»⁹⁵. Manejar solo procedimientos mecánicos, fórmulas y algoritmos, puede ser como juzgar a ciegas. Y hay que tener también *tacto*, metáfora que apela a la *sensibilidad*. El buen sentido es una forma de sensibilidad. Sin sensibilidad no puede haber respuesta adecuada.

es, porque necesita elegir» (p. 106). La elegancia plantea también una cuestión de *estilo*. VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, cit., distingue entre método y estilo. Así, la tónica jurídica «no es un método, sino un estilo, que tiene, como cualquier otro estilo, mucho de arbitrio amorfo y muy poco de comprobabilidad rigurosa», y «con alguna aptitud se puede imitar y practicar». Como «actitud espiritual que se ejercita» puede alcanzar «un alto grado de perfección» (p. 115). El estilo es un rasgo exclusivamente humano. De una máquina o de un animal no puede decirse que tenga un buen o mal estilo. Se puede plantear una *estilística* jurídica, no referida solo al modo de expresión, sino ante todo a la forma de pensar y de proceder.

⁹² PASCAL, B., *Pensamientos*, trad. de J. Llansó, cit., 2, p. 181. El término original es *justesse*.

⁹³ *Ibidem*, 1 y 4, pp. 182 y 183.

⁹⁴ *Ibidem*, 1 y 3, pp. 182, 183 y 224.

⁹⁵ IHERING, R. VON, *El espíritu del derecho romano*, en P. Casanovas y J. J. Moreso (Eds.), *El ámbito de lo jurídico*, cit., XLI, p. 99. Se refiere también a la «agudeza jurídica» (p. 95), a la «intuición o percepción jurídica» (p. 98) y a la «*vista* jurídica» (p. 99). Romano, S.; *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. de S. Sentís y M. Ayerra, Granada, Comares, 2002, voz «Juristas», trata de «la particular vista o intuición que los médicos designan con la expresión de “ojo clínico” y los juristas con la expresión de “sentido jurídico”», que «la experiencia y el ejercicio puede aguzar y afinar, pero que en su mayor parte es innato y no se adquiere» (p. 162). No basta con tener el derecho a la vista: hay que «tener ojo» para «dominar y escrutar en las mínimas particularidades» el horizonte inmenso y cambiante de «la vida social entera» (p. 161).