

Derecho, Razón y Emoción



Mortimer Sellers

University System of Maryland y University of
Baltimore, Estados Unidos

doi: <http://dx.doi.org/10.18273/revfil.v18n2-2019012>



Derecho, Razón y Emoción*

Resumen: el derecho, la razón y la emoción tienen una larga, estrecha y complicada relación en la historia de la filosofía y de la justicia. Esta discusión sugiere que el derecho gana legitimidad y eficacia cuando une la razón con la emoción, que la razón y la emoción humana son los valores rectores de cualquier sistema jurídico justo, que todos los sistemas jurídicos dicen ser justos y que todos los sistemas jurídicos y todos los académicos del derecho hacen uso de estas ideas, ya sea que las reconozcan o no. Este artículo busca aclarar los conceptos “derecho”, “razón”, “emoción”, “justicia”, “eficacia” y “Estado de derecho”, con el fin de comprender mejor cómo se relacionan entre ellos y así establecer la agenda para un mayor diálogo entre los mismos. Para lo anterior, el primer paso sería considerar cómo estas palabras han sido y deberían usarse para una mejor comprensión y un eventual mejoramiento del derecho y la sociedad. Razón y emoción son los pilares gemelos del derecho, que hacen que este último sea legítimo, justo y eficaz cuando se toman debidamente en cuenta. Nadie puede entender correctamente el derecho sin hacer referencia tanto a la emoción humana como al propósito con el que el derecho existe para servir, que es el bienestar racional de todos y cada uno de los miembros de la sociedad.

Palabras clave: Derecho, razón, emoción, justicia, Estado de derecho, legitimidad, eficacia.

Law, Reason and Emotion

Abstract: Law, reason, and emotion have a long, close, and complicated relationship in the history of philosophy and justice. This discussion suggests that that law gains legitimacy and effectiveness when it marries reason with emotion, that reason and human emotion are the guiding values of any just legal system, that all legal systems claim to be just, and that all legal systems and all legal scholars make use of these insights whether they acknowledge them or not. The project here in the first instance is one of definition: “law”, “reason”, “emotion”, “justice”, “effectiveness”, and “the rule of law” all require specification to better understand how they relate to one another and set the agenda for further conversation. The first step is to consider how these words have been and should be used for the better understanding and eventual improvement of law and society. Reason and emotion are the twin pillars of the law, which make the law legitimate, just, and effective when they are properly taken into account and otherwise not. No one can properly understand law without reference both to human emotion and to the purpose law properly exists to serve, which is the rational well-being of each and every member of society.

Keywords: Law, reason, emotion, justice, rule of law, legitimacy, effectiveness.

Fecha de recepción: 26 de marzo de 2019

Fecha de aceptación: 24 de abril de 2019

Forma de citar (APA): M. N. S. Sellers. (2019). Derecho, Razón y Emoción. (G. Arias, trad.). *Revista Filosofía UIS*, 18(2), doi: 10.18273/revfil.v18n2-2019012

Forma de citar (Harvard): M. N. S. Sellers. (2019). Derecho, Razón y Emoción. (G. Arias, trad.). *Revista Filosofía UIS*, 18(2), 235-260.

Mortimer Newlin Stead Sellers: estadounidense. Profesor Regente de la Universidad System de Maryland. Director del Centro para el Derecho Internacional y Comparado de la Universidad de Baltimore, Profesor de la Facultad de Derecho de esta misma Universidad y Presidente de la Asociación Internacional para la Filosofía del Derecho y la Filosofía Social (IVR).

Correo electrónico: mortimer.sellers@gmail.com

ORCID: 0000-0001-6648-6937

*Este artículo es una traducción del texto “Law, Reason and Emotion” (Sellers, 2017, pp. 11-31).

Traductor: Giuseppe Arias. Revisado por: Juan David Almeyda y Andrés Botero Bernal.

Derecho, Razón y Emoción

La Razón y La Emoción son los mejores puntos de partida para cualquier conversación acerca del derecho porque juntas proveen las bases de la justicia, la legitimidad y la efectividad del derecho —los tres atributos más importantes de cualquier sistema jurídico exitoso—. Este debate tratará sobre el derecho, la razón, la emoción, la justicia, la legitimidad y la eficacia pues estas se relacionan entre sí y con los propósitos del derecho¹. Una contemplación de los primeros principios revela que el derecho obtiene legitimidad y eficacia cuando vincula a La Razón con La Emoción, que la razón y la emoción humanas son los valores rectores de cualquier sistema jurídico justo, que todos los sistemas jurídicos dicen ser justos, y que todos los sistemas jurídicos y todos los estudiosos del derecho hacen uso de estas ideas ya sea reconociéndolas o no como fundamentales. Este estudio también describirá y descartará las falacias “tecnocráticas”, “románticas”, “posmodernas” y “totalitarias” del derecho, como ejemplos de cómo las percepciones erróneas sobre la razón y la emoción producen resultados desafortunados.

1. Definición

La claridad argumentativa requiere definiciones, y las definiciones revelan el propósito y los supuestos subyacentes detrás de las preguntas en cuestión. En este caso, nuestro tema es el derecho, y este último, o conceptos similares, están presentes en todas las sociedades y todos los idiomas, con leves pero reveladoras diferencias en cuanto a matices y connotaciones. El autor de este artículo desarrolló sus ideas en inglés y en un entorno de habla inglesa. Pero aún en inglés, todos los conceptos considerados aquí tienen orígenes romanos y latinos, lo cual es útil debido a que el derecho romano y el *Civil Law*^{*} siguen proporcionando los sistemas jurídicos más elaborados que el mundo haya visto hasta ahora, y tienen una profunda influencia en el uso del derecho en todo el mundo. La práctica del derecho y el significado del vocabulario jurídico también han sido influenciados

¹ Una versión anterior de estos pensamientos puede encontrarse en (Bisaz, 2015).

*N. del T. Para evitar confusiones entre los conceptos *Civil Law* (referido a una forma particular en la que se ha concebido el derecho en Occidente) y derecho civil (entendido como la médula del derecho privado) no se tradujo en este apartado el concepto *Civil Law*.

por la subsecuente especulación de los académicos. Esta investigación revelará algunos de sus errores más engañosos.

La definición de ley (“*lex*”) más conocida y antigua en la tradición jurídica más desarrollada del mundo, estuvo bien enmarcada por Cicerón: “La ley es la razón suprema, ínsita en la naturaleza, exigiendo lo que debe hacerse y prohibiendo lo que sea contrario”³. Nótese la distinción implícita entre ley y moralidad: la ley es lo que *debe* hacerse, la moralidad es lo que *debería* hacerse. Más importante para nuestros propósitos: la ley afirma ser la expresión de la razón aplicada a la sociedad humana (Cicerón, *De legibus*, l.v. 16). Esta concepción de la ley es también la base de la tradición del *Common Law*, en la cual Sir Edward Coke definió de manera similar a la ley como la “*Summa Ratio*”, la “perfección artificial de la razón, obtenida por un largo estudio, observación y experiencia” (Coke, 2003, p. 97b). Aquí hay cierta diferencia sobre el procedimiento —cómo descubrimos qué requiere de nosotros la razón y el derecho— pero ninguna sobre el propósito. La esencia del derecho en estas y todas las demás tradiciones jurídicas es su reclamo por descubrir e implementar la razón correcta en beneficio de la sociedad como un todo⁴.

La “*Razón*” y las “*Emociones*” son tratadas como distintas en este contexto, porque *La Razón* comienza con axiomas, afirmados como verdaderos, mientras que *Las Emociones* comienzan con sentimientos, aceptados como reales (Cicerón, *De officiis*, l. iv. 11). Las “*emociones*” son aquellos sentimientos y apetitos que nos mueven a la acción por su propia cuenta (*ex + movere*), mientras que “*razón*” implica evaluaciones correctas sobre la naturaleza de las cosas (*reor, reri, ratus*). Ambos motivan la acción y, a menudo, se refieren a las mismas preguntas, pero la razón pretende guiar y regular las emociones⁵, determinando cuándo son útiles o apropiadas, y cuándo no lo son (Taylor, 1975). Esto, a su vez, implica un estándar, o propósito, a la luz del cual se evalúen las emociones, y tal vez así contar con traer respuestas emocionales más acordes con la razón y la realidad.

La *forma* común de la razón en el derecho es la *justicia* (Cicerón, *De legibus*, l. vi. 19) y la *forma* común de la justicia es el bienestar universal (e individual) de todos los miembros de la sociedad, tomando todo en cuenta y sin hacer caso de nadie en particular⁶. En aras de la simplicidad, he tomado estas definiciones de Cicerón, (no solo) por ser tan ampliamente conocidas, sino también porque

³(Cicerón, *De legibus*, l. vi. 18): “*lex est ratio summa insita in natura quae iubet ea, quae faciendae sunt, prohibetque contraria*” (cfr. Cicerón, *De re publica*, III. 22).

⁴“*Lex...est recta ratio in iubendo et vetando*” (Cicerón, *De legibus*, l. xii. 33).

⁵(Cfr. Cicerón, *De officiis*, l. xxviii. 101): “*Duplex est enim vis animorum atque naturae; una pars in appetitu posita est, quae est ὁρμή Graece, quae hominem huc et illuc rapit; altera in ratione, quae docet et explanat, quid faciendum fugiendumque sit. Ita fit, ut ratio praesit, appetitus obtemperet*”.

⁶Veáase, v.gr., (Platón, *República*, l. xv. 342 E); (Platón, *Leyes*, IV. 715 B); (Aristóteles, *Política*, III. iv. 7; XII. ii. 10). Veáase, también, (Cicerón, *De officiis*, l. xxv. 85).

son útiles. Cicerón identificó las bases del derecho y la justicia en la sociedad universal de toda la humanidad⁷ y la innata simpatía humana por otros seres humanos⁸. Esto nos lleva de vuelta a las emociones humanas: los sentimientos de generosidad (“*liberalitas*”), amor (“*caritas*”) y lealtad (“*pietas*”), que anima el deseo, ampliamente compartido, de ser justos y útiles para los demás, es lo que apoya las instituciones de la sociedad humana (Cicerón, *De legibus*, l. v. 16). La justicia también puede existir *dentro* de grupos más pequeños, excluyendo a los no-miembros. Tales comunidades de justicia locales o parroquiales pueden ser apropiadas para algunos propósitos, pero lo tomaré como axioma que todos los seres humanos merecen justicia, y que nadie debería ser oprimido (Sellers, 2012).

Cuando las normas de derecho propuestas satisfacen la *forma* común fijada propiamente para ellas (*La Justicia*), o los cánones de justicia propuestos alcanzan la forma establecida correctamente para ellos (el bien común), entonces logran la “legitimidad”, lo que significa una conformidad de la práctica con la regla apropiada. Los sistemas jurídicos afirman encarnar la justicia o la razón correcta acerca de lo que debería ser requerido o prohibido por la autoridad pública, porque si así lo hicieren, de hecho, estarían cumpliendo el propósito que les corresponde, *sub-especie aeternitatis*, y por tanto serían legítimos, de acuerdo con la *forma* común de legitimidad. Todas las autoridades jurídicas confían en la pretensión (implícita y, a menudo, explícita) de servir a la razón y a la justicia correctas, ya sea que, de hecho, lo hagan (o incluso les importe hacerlo) o no. Incluso las autoridades jurídicas corruptas o malintencionadas hacen esta pretensión, porque la legitimidad conferida por creer que sirven a la razón y a la justicia correctas aumenta vastamente la obediencia voluntaria de los destinatarios del derecho. Es más probable que respetemos y obedezcamos las leyes que creemos son legítimas (lo que es decir, justas), porque la justicia es la *forma* última de valor en el derecho.

El derecho y los sistemas jurídicos que se perciben como legítimos también son usualmente más *eficaces* de lo que sería el caso contrario. “Eficaz” aquí significa que las leyes marcan una diferencia en la práctica y tienen un efecto en el mundo real (*ex + facere*). Los legisladores desean que sus leyes sean eficaces y aseguran esta eficacia al afirmar que sus leyes son justas. Las leyes también serán más eficaces cuando estén más o menos en consonancia con otras emociones humanas, las cuales no siempre coinciden exactamente con la justicia. Así, los sistemas jurídicos pueden ser eficaces sin ser justos de hecho, y justos en la realidad sin ser enteramente eficaces. Pero la eficacia en sí misma sigue siendo un componente significativo de la justicia. Los sistemas jurídicos deben tener un efecto real para ser útiles, y para ser eficaces deben respetar la realidad de las emociones humanas. Por tanto, la eficacia requiere atender no solo las emociones pro-sociales, sino también las emociones que apoyan directamente menos a la sociedad.

⁷(Cicerón, *De legibus*, l.v.16): “fons legum et iuris”.

⁸(Cicerón, *De legibus*, l. xv. 43): “quia natura propensi sumus ad diligendos homines, quod fundamentum iuris est”.

Al estudio del derecho en su sentido más amplio le atañe la cuestión de qué es o qué no es, o qué debe o no debe ser requerido en cualquier situación. Aplicado más estrechamente, a la estructura de las asociaciones humanas, la jurisdicción se convierte en la distribuidora adecuada de los derechos y los deberes, y los beneficios y las cargas en la sociedad (“justicia”); en la afirmación de alguna autoridad de lo que la justicia requiere, al momento de prohibir o permitir algo como “ley”. El *sentido de la justicia* es en sí mismo una emoción, extensamente sentida, que responde a la percepción de opresión, de corrupción o de injusticia en la sociedad. La justicia puede ser tanto un sentido inarticulado, informado por nuestras proclividades sociales, como un juicio razonado que llega a las mismas (o diferentes) conclusiones. Habrá brechas y diferencias entre la percepción emocional y la percepción racional de la justicia, y lo mismo se puede decir de todas las emociones humanas. Uno puede tanto sentir una emoción como considerar si uno tiene una base racional para sentirse tal cual como uno se siente. Esto invita a dos preguntas paralelas para estudiantes acerca del derecho y la emoción: 1) ¿Qué emociones sienten realmente las personas? (El sentido de justicia puede no coincidir siempre con la justicia misma). 2) ¿Cuándo y cómo son o deberían ser estas emociones guiadas o moldeadas por el derecho? (Las emociones formadas o educadas se conforman a los propósitos de una sociedad justa).

Supongamos que el axioma fundacional postulado para la *justicia racional* es que todo ser humano tiene valor y que todos merecen apoyo y estímulo para vivir vidas dignas y satisfactorias en sociedad con otros seres humanos. Esta fórmula (que también se aproxima a nuestro sentido emocional de la justicia) validaría ciertas emociones experimentadas realmente por miembros de la sociedad y desaprobaba otras. Tales juicios variarían en tiempo y lugar a la luz de circunstancias históricas y de otro tipo. Lo que se cuenta como “valioso” y “satisfactorio” según esta norma dependería tanto de la gama de emociones disponibles para los seres humanos reales, como del estado y las circunstancias fácticas de las sociedades en las que se encuentran ellos mismos. Sin embargo, a pesar de tales variaciones y condiciones esta fórmula nos da un estándar para determinar cuándo un sistema jurídico o una sociedad es justo y cuándo no lo es.

Filósofos, desde Aristóteles y Cicerón, han postulado *el imperio de la ley* (“*legum imperium*”) como el garante definitivo de la justicia práctica. El “imperio de la ley y no el de los hombres” (como es más obsequiosamente descrita) requiere un estándar externo, más allá de la voluntad humana, para proteger a los sujetos del derecho y a la sociedad del control arbitrario de cualquier otra persona. La *forma* de la razón correcta de Cicerón traza la línea tradicional entre “el imperio de la ley”, el cual respeta este estándar externo de legitimidad, y el “gobierno del hombre”, el cual no lo hace. Esto no significa que el derecho deba ignorar las emociones, sino que el derecho debe incorporar y dirigir las emociones humanas hacia sus propósitos apropiados, que incluyen la construcción y el mantenimiento de la justicia en la sociedad. El imperio de la ley, como lo glorifican Aristóteles,

Cicerón y los fundadores del gobierno constitucional moderno con su concepto de Estado de Derecho, requiere la guía constante de la emoción, la razón y la justicia en toda norma, y en la interpretación y el cumplimiento del derecho.

La mejor legislación, así como la más interesante y persuasiva filosofía e interpretación del derecho, es la que tiene en cuenta nuestras emociones humanas, ya que se relacionan con la posibilidad de una *buena vida* y con las reglas de una sociedad justa. Los conceptos centrales que se discutirán en este contexto, para comprender mejor el derecho y su lugar en la sociedad, son los que ya se mencionaron en la introducción de este debate: *derecho, razón, emoción, justicia, legitimidad* y *eficacia*. Estos serán abordados en el orden en que se enumeran aquí. Las emociones son maleables y deben ser cultivadas o no según su valor y efectos probables, a la luz de la razón y la justicia. No podemos y no debemos negar al derecho su reclamo de razón en apoyo de la sociedad, pero las emociones siguen siendo la primera y última base de la justicia y el fundamento último del derecho.

2. El Derecho

Las asociaciones habituales y generales hechas entre derecho, razón, justicia y emoción han sido desafiadas en cuatro frentes principales. Los defensores de la razón han disputado el papel de la emoción en el derecho. Los defensores de la emoción han disputado el papel de la razón en el derecho. Los defensores del poder han disputado el papel de la justicia en el derecho. Y los defensores de la autoridad han desafiado a todos los anteriores. Llamemos a esto las falacias *tecnocráticas, románticas, posmodernas* y *totalitarias* del derecho, enumeradas aquí en orden ascendente en relación con el daño que causan a una comprensión adecuada del derecho y la sociedad, siendo la falacia totalitaria la peor de todas, porque es la más invasiva, tanto en el alcance de sus afirmaciones como en la influencia que ha tenido en el discurso jurídico.

El *locus classicus* de la falacia “totalitaria” del derecho está en las obras de Thomas Hobbes. Hobbes se propuso específicamente atacar la creencia tradicional de que el derecho legítimo y los sistemas jurídicos deben tratar de reflejar la razón correcta al momento de permitir o prohibir una conducta, en beneficio de la sociedad en su conjunto (Hobbes, 1980, p. 217). Hobbes afirmó que “la ley es la palabra de él, que [...] tiene dominio sobre los demás” (1980, p. 131), y que “las nociones de lo correcto y lo incorrecto, la justicia y la injusticia no tienen lugar” donde no hay “poder” para decirnos lo que son (Hobbes, 1980, p. 103). “Es evidente, en primer término, que ley en general no es consejo, sino orden; y no orden de un hombre a otro, sino solamente de aquel cuya orden se dirige a quien anteriormente está obligado a obedecerle” (Hobbes, 1980, p. 217)*.

*N. del T. Si bien el autor cita la versión original de Hobbes, aquí hemos usado la traducción de Manuel Sánchez Sarto que es de las más usadas en el mundo hispanoamericano.

La concepción totalitaria del derecho de Hobbes es una falacia, primero porque no logra captar el uso real de la palabra “derecho”, incluso en los Estados totalitarios, y también porque la nueva concepción de Hobbes no sería útil ni siquiera en caso de que fuera aceptada como verdadera, y socavaría los propósitos del derecho incluso para aquellos que buscan establecer su propio gobierno totalitario. Si el derecho y la justicia fueran, como los filósofos totalitarios a veces sugieren que son, simplemente “la voluntad y el apetito del Estado” (Hobbes, 1980, p. 558), entonces no habría impulso a la obediencia, más allá de la coerción constante, que no podría sostenerse en el tiempo. Hobbes es el más lúcido de los totalitarios, pero al final él también recurre a argumentos basados en la razón y el bien común. Para ser persuasivos, los totalitarios deben argumentar (como lo hizo el propio Hobbes) que la sociedad *está mejor*, en general, cuando los sujetos se esclavizan a sí mismos ante sus gobernantes (Hobbes, 1980, pp. 142-150). Así, Hobbes argumenta sobre los peligros de la anarquía, las terribles consecuencias de las contiendas por el poder y los beneficios finales del orden, casi a cualquier costo (Hobbes, 1980, p. 176). Para justificar el totalitarismo, los totalitarios deben argumentar desde la razón y la justicia. Esto lleva a que la disputa ya no sea desde un conflicto sobre los primeros principios sino sobre problemas más fáciles sobre la autoridad y el procedimiento: ¿qué razón o qué procedimiento de razonamiento prevalecerá? Jacobo I de Inglaterra afirmó que “él tenía razón tanto como los jueces” (Coke, 1607, p. 63). Sus súbditos no estaban convencidos*.

La falacia posmoderna del derecho es menos perniciosa que la falacia totalitaria, porque tiene mejores intenciones, pero al final es presa de la misma incoherencia. Cuando la falacia totalitaria del derecho niega la posibilidad de cualquier norma independiente de justicia y otorga toda autoridad al soberano para asegurar la paz¹¹, la falacia posmoderna niega la posibilidad de una razón equilibrada acerca de la justicia, y desafía a *toda* autoridad jurídica, pues considera que toda autoridad apoya la pretensión o el ejercicio del poder despótico en bruto, para el beneficio de aquellos que ejercen la autoridad (v.gr. Unger, 1983). La sensibilidad posmoderna en su mejor momento desafía las ofuscaciones de la ortodoxia y las falsas afirmaciones presentadas por los sistemas jurídicos injustos de que implementan la razón y la justicia, pero al hacerlo, la falacia posmoderna niega la posibilidad de la razón en sí misma, y excluye el mejor argumento para la reforma de los sistemas injustos.

*N. del T. Jacobo I de Inglaterra (y VI de Escocia) fue un gobernante que rigió los destinos de Escocia, Inglaterra e Irlanda. En lo que respecta a Inglaterra, tuvo fuertes choques con el Parlamento, a un punto tal que la historiografía inglesa moderna lo suele retratar como un gobernante autoritario y despótico, que sentó las bases de una forma de gobernar que seguiría su hijo Carlos I y que llevaría a este último a la Guerra Civil Inglesa (1642-1651) y a su ejecución.

¹¹ Cfr. *Digest* I.3.31: “princeps legibus solutus est”.

Al negar la posibilidad de estándares detectables de razón correcta en el derecho, la falacia posmoderna se deja a sí misma sin una respuesta con la cual pueda oponerse a la tendencia totalitaria que supuestamente existe en el medio. El derecho necesita alguna base para ser eficaz y los críticos de las promulgaciones injustas necesitan algún estándar para realizar sus críticas. Si bien los críticos posmodernos de los sistemas jurídicos existentes prestan un servicio útil al cuestionar la legitimidad de la fuerza y el fraude en el derecho, no tienen nada que ofrecer en su lugar. O recurren a argumentos de la justicia social o distributiva, que vicia su reclamo original contra la razón. La práctica misma de la crítica y la argumentación sobre el derecho en sí implica la posibilidad de un consenso intersubjetivo acerca de cuestiones jurídicas, y al hacerlo destruye el desafío posmoderno a la razón en el derecho. La negación posmoderna frente a la razón correcta, en relación con el derecho, colapsa de la misma manera que la falacia totalitaria a la que se opone.

La falacia romántica del derecho intenta resolver la auto-refutación del escepticismo jurídico post- (o pre-) moderno ofreciendo la emoción en lugar de la razón como la base de la realidad intersubjetiva. Hay una verdad considerable en esto, pero no en la forma en que los románticos suponen. Si bien los estudios interculturales revelan consistencia en la moral y otras emociones a través de las barreras de tiempo y lugar, como se refleja en las expresiones físicas de la emoción y las similitudes en el comportamiento humano (v.gr. Haidt, 2003), estas emociones a menudo son mutuamente contradictorias y, en cualquier caso, están profundamente arraigadas en la práctica social, las cuales pueden variar de un lugar a otro. Las personas experimentan enojo, disgusto, desprecio, vergüenza, culpa, gratitud y así sucesivamente de la misma manera en todas partes, pero no siempre por las mismas razones, a menos que coordinen su respuesta. La coordinación requiere un estándar, más allá de la experiencia inmediata de la emoción misma. Las reglas emocionales no declaradas de la interacción humana proporcionan de hecho una base muy útil para la sociedad humana, siendo una base que puede mejorarse bastante aplicando la razón humana a las cuestiones de justicia.

El derecho no puede depender de la emoción no mediada porque las emociones surgen de manera diferente en cada persona, de acuerdo con sus propios intereses, situación y circunstancias. Las personas desarrollan sus emociones a través de la educación, y las formas de educar difieren: pueden ser defectuosas o incompletas y, en cualquier caso, requieren un propósito o estándar más allá de la aislada emoción en sí misma. No todas las emociones tienen la misma influencia en las cuestiones de justicia (y, por tanto, del derecho) y muchas emociones, como la lujuria, la codicia y la envidia, pueden ser antitéticas a la justicia. La diferencia entre las emociones mediadas por la razón y las emociones no mediadas en el juicio jurídico y moral se percibe fácilmente al distinguir las preguntas “¿Qué quiero?” del “¿Qué sería correcto para mí?”. Los legisladores y

los jueces deben preguntarse a sí mismos: “¿Qué derecho es el correcto en esta circunstancia?”, no “¿Qué desearía que fuese el derecho?” (lo que a menudo daría una respuesta diferente). En el mejor de los casos, la falacia romántica recurre al pluralismo de grupos de interés o al gobierno de la mayoría simple. Más a menudo sucumbe al nacionalismo, al racismo u a otras expresiones emocionalmente ricas, pero expresiones socialmente perniciosas de los peligrosos deseos humanos.

La falacia tecnocrática del derecho es la imagen espejo del romanticismo. Cuando los románticos abrazan la emoción compartida en lugar de la razón en el derecho, los tecnócratas buscan eliminar la emoción del derecho por completo, redefiniendo el razonamiento jurídico como mera lógica o deducción. Los tecnócratas, como los posmodernos y los románticos, perciben que, si bien todos los sistemas jurídicos afirman servir a la justicia, no todos sirven a la justicia en la realidad. Esto los lleva, como los totalitarios, a tratar de eliminar la justicia del derecho. Los tecnócratas no niegan la posibilidad de justicia, sino que ven a la justicia como una cuestión completamente separada del derecho. Los tecnócratas a veces reconocen que la justicia es lo que el derecho *debería* estar promoviendo, en un mundo ideal, pero el derecho es (para ellos) lo que el sistema jurídico dice que es —y muchas veces es injusto—. Los tecnócratas afirman ser capaces de separar el derecho de la emoción para implementar una “ciencia” más rigurosa de la ley.

Muchos autodenominados positivistas jurídicos son víctimas de esta falacia tecnocrática. Su percepción fundamental es correcta: no todos los sistemas jurídicos son justos. Muchos tecnócratas incluso están de acuerdo en que el propósito principal de la academia jurídica debe ser corregir e identificar estas injusticias. Pero la falacia tecnocrática falla como las demás, según sus propios términos, porque no puede describir con precisión cómo funciona de hecho cualquier sistema jurídico existente. Al reclamar justicia, todos los sistemas jurídicos incorporan estándares de justicia y razón correcta en numerosos puntos en su administración del derecho. Ya sea que logren la justicia o no (ninguno lo hace), todos los sistemas jurídicos hacen referencia constante a sus requisitos. La demanda de justicia es la esencia del derecho —es lo que da al derecho su interés y fuerza—, y la justicia descansa, en última instancia, en las emociones humanas. Los tecnócratas pierden de vista el punto central del derecho.

La falacia tecnocrática del derecho es la menos perniciosa de las cuatro que se discuten aquí porque, aunque reduce la definición del derecho demasiado en la búsqueda inútil de claridad y seguridad jurídica, sigue siendo compatible con la justicia, o casi. Los totalitarios, los posmodernos y los románticos, todos en diferentes formas, niegan la posibilidad de la razón en el derecho. Los tecnócratas adoptan la razón, lo cual es preferible, pero al hacerlo restringen su definición hasta el punto de que la razón pierde gran parte de su virtud. Al establecer los

axiomas de la justicia sobre los cuales el derecho descansa fuera de la jurisdicción del derecho y la razón (como los definen ellos), los tecnócratas se pierden las preguntas más interesantes e importantes en el estudio del derecho.

3. Razón

La razón difiere de la emoción como un motivo para la acción, porque la razón comienza con axiomas, afirmados como verdaderos, mientras que la emoción comienza con sentimientos, aceptados como reales. Las emociones expresan una condición personal. La razón busca una realidad externa o, más bien, la razón busca aproximarse a la realidad, porque los axiomas de la razón no son demostrables y están sujetos a revisión, si resultan ser falsos. La razón difiere de la emoción en que busca la verdad, pretende aproximarse a la verdad lo más cerca posible (dado el estado actual del conocimiento) y acepta que debe modificarse si se demuestra no ser cierta. Dado que todos los sistemas jurídicos afirman que pretenden llevar a cabo la verdad sobre la justicia y, por tanto, merecen nuestra obediencia, estos también afirman actuar de acuerdo con la razón, como se hace explícito en las definiciones tradicionales del derecho. En la medida en que el derecho no es razonable, no es legítimo y, en consecuencia, no es digno de nuestra obediencia o atención.

La *esencia* común de la razón es la verdad, pero no todas las verdades son fácilmente evidentes, o quizás nunca evidentes, a pesar de la investigación más persistente. Esto deja abierta la posibilidad de una concepción más estrecha de la razón, que consiste en argumentos que son verdaderos de acuerdo con sus propias premisas, pero que no son universales u objetivamente verdaderos. Aplicadas al derecho, estas concepciones de la razón (que he llamado la “falacia tecnocrática”) ignorarían todas las referencias en el derecho a lo que es “razonable” o “justo”, excepto en referencia a la concepción anteriormente articulada de lo que contará como “razonable” o “justo” en un conjunto particular de circunstancias. La determinación de tales preguntas podría entonces ser entendida como un poder sin restricciones en manos de las autoridades públicas identificables. Esta forma tecnocrática de ver las cosas exagera el alcance de la autoridad arbitraria, al tomar los axiomas fundamentales de la razón fuera de la autoridad del derecho, pero captura una verdad fundamental, la cual es que todo sistema jurídico debe tener algún modo de especificar lo que el derecho requiere en circunstancias particulares.

Al respecto, recordemos la diferencia entre las concepciones de la razón en el *Common Law* y el *Civil Law* en relación con el derecho. Esta distinción es más histórica que la actual, y en cualquier caso una simplificación excesiva, pero que se hará a modo de ilustración. Tanto el *Common Law* como el *Civil Law* entienden el derecho como “*summa ratio*” (la máxima perfección de la razón), pero el *Common Law* encuentra esta razón en el trabajo de precedentes, “purificado y

refinado por un número infinito de hombres serios y cultos" (Coke, 2003, p. 97b), en su mayoría jueces, mientras que el *Civil Law* encuentra la razón en la *responsa*, a veces incluso la de profesores de derecho, lo que sería inaudito en el mundo del *Common Law*. El punto aquí no es preferir un sistema del derecho a otro, sino simplemente ilustrar una diferencia. Los diferentes sistemas tendrán diferentes formas de encontrar e implementar los requisitos de la razón en el derecho.

Una de las preguntas más interesantes de la ciencia jurídica siempre será qué procesos funcionan mejor para especificar lo que la razón requiere en el derecho. Esta pregunta surge en dos niveles: primero, a nivel constitucional, que crea las estructuras públicas que especificarán el contenido del derecho en circunstancias particulares; y segundo, a nivel individual, ya que las autoridades ejercen sus deberes de interpretación y deliberan dentro de sí mismos. La estructura constitucional está más allá del alcance de esta investigación, por lo que debemos dejarla de lado, excepto para observar que el surgimiento del constitucionalismo con la modernidad jurídica, es en sí mismo, la expresión de una mayor atención a los roles de la razón y la legitimidad en el derecho. El constitucionalismo surgió para resolver el primer problema de la legislación práctica: "Qué combinación de poderes en la sociedad o qué forma de gobierno obligará a la formación de leyes buenas e iguales, una ejecución imparcial y una interpretación fiel de ellas, para que los ciudadanos puedan disfrutar constantemente del beneficio de ellas, y estar seguros de su continuidad" (Adams, 1787, p. 128).

Totalitarios, tecnócratas, posmodernos y románticos confunden el propósito central del derecho cuando minimizan la razón como la medida de legitimidad jurídica. Los constitucionalistas reconocen con razón los buenos procedimientos como la clave de la racionalidad jurídica, pero incluso los constitucionalistas también deben reconocer el papel del juicio en la búsqueda y el mantenimiento del derecho. Esto constituye la segunda y más directa respuesta de la razón a la emoción, a nivel personal de interpretación, que siempre debe complementar los procesos más amplios de la racionalidad sistémica. Los diseñadores de constituciones y los redactores de las leyes deben considerar la armonía de la sociedad humana, los axiomas de la razón humana y los canales de la emoción humana para maximizar la justicia. Pero aquellos que interpretan, implementan, hacen cumplir y obedecen el derecho también deberán aplicar su razón para comprender su deber.

La razón en ambas instancias requiere más que la aplicación mecánica de las reglas, predeterminada por otros. La razón, en su mejor y habitual función como la *summa ratio* del derecho o cualquier otra disciplina, requiere una comprensión correcta de la naturaleza de este ejercicio, entendiendo las restricciones dentro de las cuales debe operar, en este caso, la emoción humana. Esto significa entender

correctamente los axiomas de la razón y aceptar sus implicaciones necesarias¹². Como los seres humanos comparten la razón y la emoción, también comparten la justicia, la cual es la aplicación de la razón a la emoción humana en la búsqueda del bien común¹³. Los filósofos desde Cicerón y Aristóteles han identificado esta razón suprema con la armonía del universo en su totalidad¹⁴, pero la mayoría de los sistemas jurídicos domésticos pueden arreglárselas con un estándar de justicia mucho más parroquial.

El objeto de la razón es la realidad, y la realidad más importante en el derecho es la arquitectura de la emoción humana. Si el objeto del derecho es la justicia y el objeto de la justicia es el bien común, entonces la razón debe considerar lo que es bueno para la humanidad, que es en gran parte una cuestión de la emoción humana. La naturaleza y el propósito de la emoción humana es una realidad que la razón humana puede descubrir mediante la observación y la experiencia. La naturaleza humanista de la justicia es un axioma de la razón que debe aceptarse como verdadero antes de que alguien pueda entender o interpretar el derecho. La razón da sentido a las emociones y, en el contexto del derecho, debe provocar una armonía de las emociones, de modo tal que todos los miembros de la sociedad puedan vivir vidas que valgan la pena y que los satisfagan.

4. La Emoción

Las emociones son esos sentimientos y apetitos que nos mueven a la acción dentro de sus propias posibilidades. Esto puede suceder directamente, como en la ira o el disgusto, pero también menos directamente, como a través de ciertos sentimientos de felicidad, armonía o justicia, los cuales buscamos lograr porque los aceptamos como buenos. Hay una vasta literatura que se remonta a los estoicos, y más allá de la naturaleza de las emociones, a la universalidad y ciencia de las emociones humanas. No hay espacio para exponer todo esto aquí, excepto para llamar la atención sobre una conclusión general que ha sido tomada como obvia desde Aristóteles: muchas emociones humanas promueven la cooperación social y el servicio al bienestar de otros seres humanos¹⁵.

¹²(Cicerón, *De legibus*, I. vii. 23): “Est igitur, quoniam nihil est ratione melius eaque est et in homine et in deo, prima homini cum deo rationis societas; inter quos autem ratio, inter eosdem etiam recta ratio communis est; quae cum sit lex, lege quoque consociati homines cum dis putandi sumus”.

¹³(Cicerón, *De legibus*, I. vii. 23): “inter quos porro est communio legis, inter eos communio iuris est; quibus autem haec sunt inter eos communia, et civitatis eiusdem habendi sunt”.

¹⁴(Cicerón, *De legibus*, I. vii. 23): “ut iam universus hic mundus sit una civitas communis deorum atque hominum existimanda” (cfr. Aristóteles, *Política* III, 1287a).

¹⁵Dos ejemplos muy recientes se encuentran en la útil serie *Nomos* sobre filosofía social y jurídica: Fleming & Levinson (2012) y Fleming (2013).

La emoción humana preeminente en cualquier discusión jurídica es el sentido de la justicia. Este sentimiento se refiere al orden correcto de la sociedad, y surge ante la injusticia, la opresión, la explotación o cualquiera de las muchas otras transgresiones a través de las cuales alguien puede violar el precepto según el cual todos los miembros de la sociedad deberían tener la oportunidad de vivir vidas satisfactorias y que valgan la pena. Así, el sentido de la justicia surge más a menudo en respuesta a la injusticia, que puede haberse practicado contra otros, así como contra uno mismo. El sentido de la justicia y la injusticia patrulla las fronteras de la cooperación entre aliados, al proteger las reglas que hacen posible trabajar juntos en la búsqueda de un fin común. El sentido de la justicia también puede ser movilizado contra los forasteros, justificando la acción violenta al identificar su comportamiento como "injusto". Esto ilustra el lado peligroso de hacer afirmaciones sobre la justicia. Justifican la acción fuerte o violenta.

Los académicos a veces hablan de "las emociones morales", como el desprecio, la ira o el disgusto, cuando se dirigen a otros, o la vergüenza, la pena y la culpa, cuando se dirigen hacia uno mismo (Haidt, 2003). Este rango de sentimientos puede ser altamente matizado, pero todos se aplican o pueden aplicarse al comportamiento humano, lo cual también es quitar espacio al objeto de estudio del derecho. Esto hay que ponerlo en una luz menos favorable: los seres humanos están sujetos a apetitos, lo que hace que persigan fines (*ad + petere*), que pueden o no promover el bienestar de los demás. Las emociones surgen de estos apetitos. Todos queremos comida, bebida y compañerismo. Todos necesitamos ejercicio y descanso. Queremos vivir, aprender, jugar, experimentar la belleza, la amistad y el amor. O podemos querer el honor o la gloria, la dominación, o incluso disfrutar del dolor o la humillación de los demás. El sentido de la justicia ayuda a determinar cuándo estos apetitos y emociones son apropiados y cuándo no lo son.

El sentido de la justicia, como todas las demás emociones humanas, se desarrolló en primera instancia a través de los caprichos de la selección natural (Hauser, 2006). Como una emoción entre muchas, el sentido de la justicia puede no siempre predominar, pero su propósito, cuando prevalece, es facilitar la cooperación humana, guiando o regulando nuestros otros apetitos y emociones. Uno puede sentir enojo o desprecio por aquellos que dañan a otros al tomar más de lo que les corresponde. Uno también puede sentirse culpable o avergonzado cuando transgrede negando a otros la oportunidad de vivir vidas satisfactorias y que valgan la pena. El sentido de la justicia mide nuestro acceso a la comida, la bebida y el goce sexual, y nuestra capacidad para hacer ejercicio, descansar, aprender, jugar, asociarse y amar. Estamos sujetos a los sentimientos de justicia de los demás, pero también a los nuestros.

El sentido de la justicia regula nuestras otras emociones morales, nuestros apetitos y nuestras pasiones al juzgar su relativa legitimidad, a la luz de nuestro proyecto común de sociedad. Todos los demás apetitos y emociones surgieron, como el sentido de la justicia, para servir a algún propósito evolutivamente útil, pero casi todos ellos, llevados al extremo, tendrían el efecto contrario. El sentido de la justicia ayuda a mantener las otras emociones en proporción, juzgando sus efectos en otras personas y en la sociedad como un todo. Hablando de "justicia" se subsume de esta manera una serie de emociones relacionadas con los demás. Esto no disminuye la importancia de la generosidad, la lealtad y el resto de emociones. El sentido de la justicia permanece aquí como representante de los demás. Como todas las emociones morales, el sentido de la justicia tiene un efecto social, en este caso el efecto del fortalecimiento la sociedad humana.

El punto aquí no es que el sentido de la justicia sea siempre correcto, útil o productivo en el estado actual de la sociedad humana. Tampoco se deduce que el sentido de la justicia se debe aplicar sin restricciones o sin educación o mediación, más de lo que cualquier otra emoción pueda o deba dejarse tal y cual como la encontramos. Tampoco es necesario que el sentido de la justicia sea una emoción única o uniforme. El sentido de la justicia puede describirse mejor como una familia de emociones, donde todas tienen un propósito similar al coordinar las relaciones humanas. La importancia del derecho para el sentido emocional de la justicia es el motivo que le da a los humanos para crear y mantener sistemas jurídicos, y las actitudes que les da cuando se asumen a presunciones de legalidad. Los seres humanos están motivados por el sentido de la justicia para respetar o resistir las leyes, y las leyes son más efectivas cuando coinciden hasta cierto punto con el sentido predominante de justicia.

La importancia primordial de las emociones para el derecho, incluido el sentido emocional de la justicia, es el motivo que dan para la acción humana y los apetitos humanos que reflejan, que siempre exigirán ser satisfechos. Las emociones son, en primer lugar, la expresión natural (y no mediada) de reglas de acción e interacción social generalmente integradas que el derecho mejora o busca mejorar mediante la aplicación de la razón a los problemas de la sociedad humana. Las emociones tienen una aplicación mucho más amplia que el derecho. También abarcan la moralidad y todos los aspectos de la condición humana, y se extienden más allá de la humanidad a todas las criaturas que se benefician de simples reglas de acción. Las emociones proporcionan la base última del derecho. Animán el propósito de nuestras vidas.

5. Justicia

La justicia racional es la expresión razonada del sentido emocional de la justicia y sirve al mismo propósito el cual es mantener el bienestar de la sociedad en su conjunto, incluidos todos sus miembros. Expresado de esta manera, la justicia es un axioma de la razón, cuyo valor se toma como evidente. “Justicia” significa la estructura adecuada de derechos y deberes, beneficios y obligaciones, restricciones y libertades en la sociedad, cuando el propósito a ser servido es el bien común, teniendo en cuenta a todos por igual (Platón, *República*, I. xv. 342E), (Platón, *Leyes*, IV. 715B), (Aristóteles, *Política*, III. iv. 7; VII.iii.10), (Cicerón, *De república*, I. xxv. 39) y (Cicerón, *De officiis*, III. vi. 26). Ningún sistema jurídico niega este propósito y todos los sistemas jurídicos pretenden promoverlo, ya sea que lo hagan o no. La justicia racional difiere del sentido emocional de la justicia porque es considerada y reflexiva. Dado el propósito de vidas satisfactorias y que merezcan la pena para todos, la justicia determina qué emociones deben cultivarse y cuáles deben modificarse o negarse.

La gran amplitud y variedad de apetitos y emociones humanas es una de las bellezas de la sociedad humana. Todos tenemos vastas oportunidades para el autocultivo y tantas posibilidades satisfactorias que merecen la pena en la vida, que varios miles de vidas no pueden satisfacerlas a todas. También podemos ampliar nuestra experiencia viviendo indirectamente a través de nuestros amigos y vecinos, y saboreando la diversidad. La sociedad cultiva los frutos de la diversificación. Uno no necesita ser un zapatero para tener zapatos, o un atleta para disfrutar del torneo. La justicia contempla y fomenta esta libertad, la cual todos desean. Todos somos, hasta cierto punto, los autores de nuestras propias vidas. La justicia establece pues los límites de esta autonomía. Muchas expresiones de emoción o apetito deben ser constreñidas, porque amenazan el bienestar de los demás o de la sociedad en su conjunto. Se deben alentar otras emociones, debido a la alegría que aportan a la existencia humana.

Algunos parámetros de la justicia son universales, como se expresa en documentos tan ampliamente aceptados como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que comienza con reconocer la dignidad inherente y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, protegidos por el Estado de derecho¹⁶. Los derechos a la vida, la libertad y la seguridad de la persona, las prohibiciones contra la servidumbre, la tortura o el arresto arbitrario, estos y muchos otros atributos de una sociedad justa (United Nations, 1948, Arts. 1-20) son “evidentes por sí mismos”, para usar un vocabulario anticuado¹⁷, porque atienden necesidades humanas tan obvias¹⁸. Otros aspectos

¹⁶ Véase el preámbulo de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948).

¹⁷ *The Declaration of Independence of The United States of America* (1776).

¹⁸ Véase, por ejemplo, *The International Covenant on Civil and Political Rights* (1966).

de la justicia son más ambiciosos, pues deben lograrse progresivamente, dentro de las limitaciones que imponen los recursos económicos y culturales existentes¹⁹.

La justicia racional es universal, en el sentido de que las emociones humanas son universales, pero también es variable, ya que las expresiones de las emociones son variables, dadas las diferencias entre las sociedades en su historia y circunstancias. Algunos sistemas jurídicos y sociedades serán más justos que otros, debido a las diferencias en el diseño o la administración de justicia. Otros serán más (o menos) justos, por las limitaciones de la cultura o la historia. La justicia surge en la sociedad en la interfaz de la cultura y el diseño institucional. Las emociones y las sensibilidades de los ciudadanos y los funcionarios públicos deben cultivarse y mejorarse tanto como las propias leyes, y uno de los principales propósitos del derecho es educar a los ciudadanos de esta manera.

La justicia depende de la emoción, porque la armonización de los apetitos y las aversiones —expresada en emociones—, es el propósito primordial de la sociedad humana racional. Nuestros deseos de vivir, aprender, jugar y experimentar la belleza, la amistad y el amor (por ejemplo) pueden ser más fáciles de armonizar con el bienestar de los demás que los deseos de lastimar o dominar a los que nos rodean. No todas las emociones no educadas o no formadas sobrevivirán al escrutinio de la justicia racional, en tanto se enfrenten o no con el estándar de bien común. Algunas actitudes y apetitos con propósitos no sociales o antisociales pueden no merecer el mismo nivel de estímulo que las emociones más benéficas. Nuestros sentimientos importan, pero son capaces de mejorar a la luz de la razón.

El sentido humano de la justicia está profundamente arraigado en nuestra naturaleza social, presente en todos los seres humanos. Pero el alcance natural de nuestro deseo de justicia puede no ser muy amplio en absoluto. El progreso de la justicia en el mundo moderno ha sido la extensión gradual de la sociedad para abarcar comunidades cada vez más amplias de la humanidad. Cicerón nos consideraba a todos como ciudadanos de una gran sociedad de todas las criaturas y los dioses juntos (Cicerón, *De legibus*, I. vii. 23). Demasiado a menudo hemos tomado una visión más estrecha. Durante la mayor parte de la historia humana, las personas se reunieron en grupos pequeños, egoístas y mutuamente antagónicos, cada uno buscando justicia dentro de su propio grupo pequeño, pero en ventaja contra todos los demás. La paz, la prosperidad y la justicia han avanzado a medida que hemos ampliado el alcance de nuestras afinidades sociales.

La justicia más alta es cosmopolita, por eso es que las reuniones interculturales de académicos y estadistas de diferentes naciones son tan importantes. Las experiencias transculturales abren nuestros ojos a la naturaleza parroquial de las leyes locales, e incluso de la filosofía del derecho que difiere en las diferentes

¹⁹Véase, United Nations, *International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights* (1966), especialmente, el Art. 2.1.

comunidades. Esto no debe tomarse para considerar que el parroquialismo es algo malo; todo lo contrario. Mucho de lo que es más dulce en la vida surge de las experiencias y afinidades compartidas por medio de las experiencias y la cultura locales. Pero también nos beneficia distinguir lo que es parroquial y contingente en la justicia de lo que es cosmopolita y universal (Sellers, 2012). El deseo humano de justicia está “escrito por el dedo de Dios en el corazón del hombre”, como Coke lo explicó de manera extraña (siguiendo a Tomás de Aquino²⁰). Sentimos y hacemos uso de nuestras emociones morales, ya sea que lo deseemos o no.

Podría decirse, con otras palabras, que las verdades más profundas acerca de la justicia son universales y cosmopolitas; sin embargo, muchos aspectos de su aplicación en la práctica están gobernados por reglas locales y parroquiales, porque la historia local y las tradiciones compartidas son requeridas para determinar las circunstancias particulares de cada caso. Entonces, una de las primeras tareas de la ciencia del derecho es clarificar cuándo las circunstancias locales deben ser decisivas o no para evaluar la justicia en un caso concreto relacionado con lo jurídico.

6. Legitimidad

La legitimidad denota la conformidad con la norma de gobierno o reglas por las cuales medimos un estatus o práctica. Y la norma de gobierno de legitimidad de las leyes y de los sistemas jurídicos es la justicia. La legitimidad o ilegitimidad de las leyes y los sistemas jurídicos es importante, no solo por su propio bien (queremos que nuestras leyes sean justas), sino también porque la percepción de legitimidad fomenta el cumplimiento. No es suficiente decir que una ley es válida de acuerdo con los términos del sistema jurídico que la promueve. Las personas también deben aceptar que el sistema jurídico es en sí legítimo antes de que ellos mediten sobre su contenido. Los sistemas jurídicos que buscan esta legitimidad necesaria incorporan inevitablemente algunos estándares básicos de justicia en la estructura de sus normas jurídicas.

Ser legítimo es estar justificado de acuerdo con algún estándar externo (Tasioulas, 2012, p. 17) y para que una práctica sea legítima se requiere justificación. Las falacias totalitarias, tecnocráticas, posmodernas y románticas del derecho fracasan precisamente porque no ofrecen una justificación persuasiva para legitimar el sistema jurídico en su conjunto. La justificación totalitaria (“porque lo digo”) no tiene relación con la justicia y muy poca fuerza persuasiva. La explicación posmoderna (“la justificación es imposible”) no puede imponer restricciones significativas a la acción humana. La explicación romántica (“mis sentimientos son todo lo que importa”) tiene muy poco atractivo intersubjetivo.

²⁰(Coke, 1826, pp. 12a-12b). (Cfr. Agustín de Hipona, 1947, p. 1.5), cita presente en (Tomás de Aquino, 1993, 1-2.95.2).

Y el enfoque tecnocrático (“la legitimidad es una pregunta aparte”) pierde la naturaleza y el propósito del derecho que siempre reclama ser legítimo, justificado por su servicio a la justicia (Sellers, 2004).

Entonces, ¿qué podría justificar un sistema jurídico o darle autoridad legítima? Los sistemas jurídicos están justificados y, por lo tanto, son legítimos cuando dan mejores respuestas a las cuestiones de la justicia y el bien común que las respuestas que la sociedad podría, de otra manera, encontrar o implementar, sin la intervención del derecho. La legitimidad del derecho emerge como un continuo. Así, algunos sistemas jurídicos serán más legítimos que otros. Algunos serán legítimos para ciertos propósitos, pero no para otros. Algunos serán legítimos solo fugazmente y por casualidad, cuando cumplan con la forma de una separada y mejor medida de la justicia. El enfoque aquí será sobre la legitimidad procesal, sin hacer una investigación directa sobre la legitimidad sustantiva o material de resultados jurídicos específicos. Pero estos dos aspectos de la legitimidad están relacionados. La mejor medida de la legitimidad de cualquier procedimiento es la probabilidad de que produzca resultados sustancialmente legítimos.

Los sistemas jurídicos son legítimos cuando sirven bien a la justicia e ilegítimos cuando no lo hacen. Tales preguntas son una cuestión de grado, pero una humildad decente debería llevarnos a reconocer que los procedimientos de deliberación jurídicos bien diseñados darán mejores respuestas, y más precisas, a las cuestiones de justicia que nuestras propias reflexiones privadas, por muy sabios que seamos. Incluso si esto no fuera cierto, los sistemas bien diseñados de deliberación jurídicos coordinarán nuestra búsqueda colectiva de justicia mejor que cualquiera de nosotros sin ayuda alguna (Sellers, 1991). Los sistemas jurídicos son legítimos cuando hacen que las sociedades que guían sean más justas, y lo hacen mejor que cualquier sistema alternativo disponible de determinación jurídica.

Los estudiosos de la filosofía y los practicantes del derecho prestan un gran servicio al mundo cuando cuestionan o buscan mejorar la legitimidad de los sistemas jurídicos que les conciernen. Las teorías del derecho totalitarias, tecnocráticas, posmodernas y románticas subvierten el beneficio principal tanto de la empresa jurídica como de la académica cuando evitan cuestiones fundamentales de legitimidad en el derecho. Nuestras grandes universidades se desarrollaron primero en Bolonia, París, Oxford y en otros lugares precisamente para abordar esta pregunta: ¿qué es la justicia y cómo puede el derecho servirle? O como lo expresó un jurista anónimo en el siglo XII: “El derecho y la justicia deben ser lo mismo, y cualquier cosa que la justicia quiera, el derecho debería seguirlo”²¹.

²¹Jurista Anónimo, (1130 aprox.) en Cod. 1.13.2 s.v. Que religiosa mente, Paris, Bibliothèque Nationale de France, MS lat. 4517, fol. 18r (margen inferior); Ciudad del Vaticano, Biblioteca Apostólica Vaticana, MS. Vat. lat. 1427, fol 22r (al lado del Cod. 1.12.6.6-9). Citado por Pennington (2011, p. 233): “Iustitia est ius in effectu idem sunt vel esse deberent. Quid enim iustitia vult, idem et ius persequi studet”.

Los sociólogos y algunos abogados tratan de evitar las cuestiones sustantivas de legitimidad haciendo de la legitimidad un hecho sociológico más que normativo. Esto falla porque pierde el punto central de esta empresa humana. El hecho sociológico de la legitimidad percibida depende de los argumentos que los sistemas jurídicos plantean para su propia legitimidad normativa y de su aceptación como justa por parte de sus destinatarios. La legitimidad empírica o sociológica es parasitaria en la legitimidad real, la cual para el derecho se mide en referencia a la justicia. El propósito apropiado del derecho es la realización de la justicia, y el derecho tiene valor solo en la medida en que lo logre (Sellers, 2004). Esto permite decir de ciertas promulgaciones o decisiones judiciales que son “legales”, pero no “legítimas”. El derecho siempre reclama legitimidad, pero puede que no la posea de hecho.

La legitimidad del derecho surge de la razón correcta al permitir o prohibir, en la búsqueda del bien común. La justicia sustantiva importa²², pero, de hecho, debido a las diferencias en la percepción individual de la justicia, la medida más útil de la legitimidad se basa en los buenos procedimientos, los cuales encuentran las leyes y la justicia mejor que nosotros mismos (Adams, 1787, p. l. 128). Los académicos pueden atacar la injusticia en ambos frentes, desarrollando estándares de justicia sustantiva y perfeccionando los procedimientos de deliberación racional. Cuando se sabe que las normas y los sistemas jurídicos son legítimos, es más probable que sus súbditos los respeten, que sus magistrados sean más propensos a hacerlos cumplir, que la sociedad prospere y que la justicia reine.

7. Eficacia

El derecho y los sistemas jurídicos que se perciben como legítimos también son generalmente más eficaces que los demás. “Eficaz” aquí significa que las leyes tienen un efecto real. Los legisladores, los jueces y otras personas que enmarcan o interpretan las leyes generalmente quieren que las leyes que promulguen sean eficaces y enmarcan las leyes en parte para lograr este fin. Este deseo de ser eficaz empuja incluso a los regímenes jurídicos corruptos o despóticos a tomar en cuenta hasta cierto punto la razón, la emoción y la justicia al formular e interpretar las leyes. Quieren que sus ciudadanos perciban las leyes como justas y, por tanto, las hacen justas, al menos en parte*, para asegurar esta percepción.

El valor obvio de la efectividad también puede representar una amenaza para la razón y la justicia en el derecho, a través de la línea de argumentación desarrollada por Thomas Hobbes. El costo de la anarquía o de la guerra civil es tan

²²(Pope, *Essay on Man*, iii. 303): “For forms of government let fools contest; whate’er is best administer’d is best”.

*N. del T. Este aspecto en concreto, sobre cómo los gobiernos corruptos disfrazan sus normas como justas, está analizado en Botero (2004).

alto que casi cualquier régimen estable es preferible a los disturbios civiles. Dados los enormes costos de la ausencia de un derecho establecido, casi cualquier sistema jurídico existente merece cierta lealtad, en aras de la estabilidad, por muy injusto que pueda, de hecho, ser. Esto plantea la delicada cuestión de cuánto despotismo o injusticia debe aceptarse en interés de la paz, para mantener la efectividad del derecho, incluso cuando el derecho es injusto. El simple hecho de articular mejores formas de legitimidad puede amenazar la eficacia de los regímenes que derivan su poder de la ignorancia del pueblo o el fraude electoral.

Hasta ahora, la discusión ha enfatizado la estrecha conexión entre la razón y la emoción en el derecho, pero en la búsqueda de eficacia, las dos pueden divergir y el equilibrio se vuelve más complicado. Hay que recordar que el sentido emocional de la justicia puede diferir de la justicia misma. Lo mismo ocurre con muchas emociones morales. También están las emociones no-morales o incluso antisociales de violencia y dominación. El derecho, para ser eficaz, requiere apoyo emocional, pero no todas las emociones sirven a la justicia. Los sistemas jurídicos mantenidos para propósitos más allá o incluso en contra de la justicia y el bien común pueden sacar fuerza de fuentes emocionales más allá de su reclamo institucional de justicia. La demanda de justicia siempre se hará, pero la realidad puede ser muy diferente. Los regímenes profundamente injustos pueden mantener la eficacia en el sentido sociológico, manipulando las emociones en contra de los intereses de la justicia.

Esto les da prominencia a las emociones menos loables incluso en regímenes substancialmente justos, como es evidente en la distinción entre justicia y retórica. Desde la primera creación de la esfera pública, oradores y estadistas han estudiado la ciencia de la motivación, distinta de la ciencia del bien y el mal. Para lograr su propósito de justicia, el derecho debe ser eficaz, y para hacerse eficaz el derecho y los servidores del derecho deben tomar las emociones humanas en cuanto las encuentren. El derecho debe considerar no solo la distribución óptima de permisos y prohibiciones en la sociedad en interés de la justicia, sino también la distribución efectiva óptima de permisos y prohibiciones, que pueden ser diferentes. Las emociones tienen implicaciones para la eficacia más allá de su papel directo en la comprensión de los requisitos de la justicia. La mejor comprensión del derecho en su relación con la justicia incluirá su capacidad de ser eficaz y obedecida.

Lo que importa para asegurar la eficacia del derecho dependerá del estado de la sociedad, del desarrollo moral de sus miembros y de la cultura y las tradiciones a las que debe aplicarse el derecho. John Stuart Mill observó famosamente que “el despotismo es un modo legítimo de gobierno” en los “estados atrasados de la sociedad” y que “un gobernante lleno del espíritu de mejora está justificado en el uso de cualquier recurso que logre un fin tal vez alcanzable” (Mill, 1991, p. 31). Los gobiernos fuertes en las naciones menos desarrolladas frecuentemente dan estos argumentos para justificar su desprecio por la justicia procesal normal,

y este argumento puede tener cierta validez, siempre que se mantenga el objetivo final de justicia. Pero el argumento de la barbarie es, en última instancia, poco convincente. Ninguna persona debe permanecer en tutela de otro para siempre.

La emoción gobierna la eficacia porque la obediencia requiere motivación, pero la razón puede modificar la emoción dirigiendo la atención racional hacia el valor a alcanzar. La construcción de un sistema jurídico eficaz se convierte tanto en el trabajo de la razón como en la construcción y la comprensión de la justicia en sí misma, porque los sistemas jurídicos eficaces no solo respetarán, sino que también educarán las emociones, para mantener de mejor manera una sociedad bien ordenada, en la que todas las personas pueden prosperar. Las emociones nos llevan a acciones que, en muchos casos, pueden hacerse compatibles con las necesidades de los demás que nos rodean. Las leyes deben ser eficaces para hacer cualquier diferencia en absoluto²⁴.

8. Conclusión

La discusión expuesta aquí ha llevado a varias conclusiones sobre el derecho, la razón y la emoción. El *Derecho* afirma ser razón justa al momento de asignar permisos y prohibiciones. La definición proviene de Cicerón, pero todo sistema jurídico hace el reclamo, explícita o implícitamente, de “establecer la justicia”, “fomentar el Bienestar general” y “asegurar los Beneficios de la Libertad para nosotros mismos y para nuestra Posteridad”²⁵. El “imperio de la ley y no de los hombres”, tan a menudo elogiado por filósofos y estadistas, presume un estándar fuera y más allá de cualquier voluntad humana particular, para proteger a los sujetos de derecho y la sociedad del control arbitrario de cualquier otra persona. Este estándar en el derecho es la justicia, y todos los sistemas jurídicos la pretenden, para justificar así su autoridad para gobernar. La pretensión de justicia es lo que da al derecho su interés y fuerza. Y la justicia descansa, al final, en la emoción humana.

La *Razón* difiere de la emoción porque pretende buscar la verdad, siempre sujeta a revisión frente a mejores evidencias. La razón descansa sobre axiomas, afirmados como verdaderos, mientras que la emoción descansa sobre sentimientos, aceptados como reales. Una de las preguntas más interesantes en la ciencia jurídica siempre será qué procesos funcionan mejor para especificar lo que la razón requiere en el derecho. Totalitarios, tecnócratas, posmodernos y románticos confunden el propósito central del derecho cuando minimizan la razón como medida de legitimidad jurídica. El tema de la razón es la realidad, y la

²⁴ (Cicerón, *De re publica*, II. xlii. 69): “et quae harmonia a musicis dicitur in cantu, ea est in civitate concordia, artissimum atque optimum omni in re publica vinculum incolunitatis, eaque sine iustitia nullo pacto potest esse”.

²⁵ Cfr. *Constitution of the United States* (1787), preámbulo.

realidad más importante, en el derecho; es la arquitectura de la emoción humana. La naturaleza de la emoción humana es una verdad que la razón puede descubrir mediante la observación y la experiencia.

Las *Emociones*, en cambio, son esos sentimientos y apetitos que nos mueven a la acción de sus propias posibilidades. Estos apetitos o deseos pueden o no promover el bienestar de los demás, pero muchos lo hacen, incluido el sentido de la justicia, que valora a todos los miembros de la sociedad y desapueba la opresión. Este sentimiento surge en primera instancia, como todas las demás emociones humanas, de los caprichos de la selección natural, pero también proporciona la base para el sentido racional de la justicia, la cual persigue los mismos valores más deliberadamente. Para entender qué se debe exigir a las personas que hagan o se les prohíba hacer desde el derecho, primero debemos entender lo que quieren y sienten, según lo determinen las emociones humanas.

La *Justicia* racional es la expresión razonada del sentido emocional de la justicia y sirve al mismo propósito, que es el bienestar universal de la sociedad en su conjunto, incluidos todos sus miembros. La justicia racional es universal en el sentido de que las emociones humanas son universales, pero también variables, como las expresiones de emoción son variables, dadas las diferencias en la historia y las circunstancias. La justicia depende de la emoción porque la armonización de los apetitos y aversiones humanas —expresada en emociones— son el propósito principal de la sociedad humana racional. La justicia es el *estándar* universal de la razón en el derecho.

Todos los sistemas jurídicos afirman ser *legítimos*, es decir, dicen ser justos, porque la justicia es el estándar de legitimidad en el derecho. La legitimidad o ilegitimidad de las leyes y los sistemas jurídicos es significativa, no solo por su propio bien, sino también porque la percepción de legitimidad fomenta el cumplimiento. Las falacias totalitarias, tecnocráticas, posmodernas y románticas del derecho fracasan precisamente porque no ofrecen una justificación persuasiva para legitimar el sistema jurídico en su conjunto. Los sistemas jurídicos están justificados y, por lo tanto, son legítimos, cuando dan mejores respuestas a las cuestiones de justicia y al bien común de las que lo que la sociedad podría haber realizado sin la intervención del derecho. El propósito principal del derecho es promover la justicia, y el derecho tiene poco valor a menos que lo realmente haga.

Las leyes serán más *eficaces* cuando estén más o menos en armonía con otras emociones humanas, incluido el sentido de la justicia. La eficacia en sí misma es una virtud significativa del derecho, la cual justifica ciertas desviaciones de la justicia, en interés de la paz y la seguridad jurídica. La emoción gobierna la eficacia, porque la obediencia requiere motivación, pero ambas están mediadas por la razón, que puede moldear nuestras emociones, en interés de la justicia. La razón y la emoción son los pilares gemelos del derecho, que hacen que la ley

sea legítima, justa y eficaz cuando la razón y la emoción se toman debidamente en cuenta, de lo contrario la ley no lo será. Nadie puede entender el derecho sin hacer referencia tanto a la emoción humana como a la finalidad con la que el derecho existe para servir, la cual es el bien común de todos y cada uno de los miembros de la sociedad.

El derecho, la razón y la emoción son tres facetas relacionadas del deseo humano de justicia. El *derecho* pretende establecer la justicia. La *razón* se propone descubrir la justicia. Las *emociones* buscan y reconocen la justicia (entre otras cosas). Y para establecer realmente la justicia, las leyes deben ser *legítimas* y *eficaces* en el mundo real, lo que no siempre es fácil de conciliar. Nada de esto es original. Nada de eso es difícil. Todo está presente en todos los sistemas jurídicos que han regulado la sociedad humana, dondequiera y cuando las leyes hayan prevalecido. Sin embargo, estas conclusiones cuestionan mucho el discurso contemporáneo sobre el derecho. La *razón*, la *emoción*, la *justicia*, la *legitimidad* y la *eficacia* del derecho afectan todos los aspectos de la ciencia jurídica. Merecen nuestra cuidadosa atención y un examen mucho más pormenorizado de lo que es posible hacer aquí²⁶.

Referencias

- Adams, J. (1787). *A defense of the constitutions of government of the United States of America* (Vol. 1). London: C. Dilly.
- Agustín de Hipona (1947). De libre albedrío. En San Agustín. *Obras completas III*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Aristóteles (1998). *Política*. (M. García Valdés, trad.). Madrid: Gredos.
- Bisaz, C. (2015). Appropriate allocation of authority in diverse democracies. The boundary problem of democratic theory, societal diversity, and subsidiarity. *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 101(1), 60-74.
- Botero, A. (2004). La corrupción: tensión entre lo político y lo jurídico. *Opinión Jurídica*, 3(6), 37-58.
- Cicerón (1913). *De officiis*. London: London Heinemann.
- Cicerón (2006). De Legibus. En Cicerón, *De Re Publica, De Legibus, Cato Maior de Senectute, Laelius de Amicitia*. New York: Oxford University Press.

²⁶Duplex est enim vis animorum atque naturae. Una pars in appetitu posita est... Altera in ratione, quae docet et explanat, quid faciendum fugiendumque sit (Cicerón, *De officiis*, 1. xxviii. 101).

- Coke, E. (1607). Prohibitions Del Roy. En E. Coke. *Reports Vol. 12*, (p. 63).
- Coke, E. (1826). *Reports Vol 4*. London: Joseph Butterworth and Son.
- Coke, E. (2003). *The selected writings and speeches of Sir Edward Coke (Vol. 2)*. Indianapolis: Library Fund.
- Fleming, J. & Levinson, S. (2012). *Evolution and Morality*. New York: New York University Press.
- Fleming, J. (2013). *Passions and Emotions*. New York: New York University Press.
- Haidt, J. (2003). The moral emotions. En R. Davidson; K. Scherer & H. Goldsmith. *Handbook of Affective Sciences* (pp. 852-870). Oxford: Oxford University Press.
- Hauser, M. (2006). *Moral Minds: How Nature Designed Our Universal Sense of Right and Wrong*. New York: Harper Perennial.
- Hobbes, T. (1750). *The English Works (Vol VI)*. London: John Bohn.
- Hobbes, T. (1980). *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. (M. Sánchez, trad.). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Jefferson, T. (1776). *The Declaration of Independence of The United States of America*. Recuperado de <https://www.uscis.gov/sites/default/files/USCIS/Office%20of%20Citizenship/Citizenship%20Resource%20Center%20Site/Publications/PDFs/M-654.pdf>
- Mill, S. (1991). *On liberty*. New York: Routledge
- Platón (1988). *Diálogos Vol. IV (República)*. (C. Eggers, trad.). Madrid: Gredos.
- Platón (1999). *Diálogos Vol. VIII (Leyes I-VII)*. (F. Lisi, trad.). Madrid: Gredos.
- Pope, A. (1881). *Essay on Man*. Oxford: Oxford University Press.
- Sellers, M. (1991). The value and purpose of law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 11(2), 273-282.
- Sellers, M. (2004). The value and purpose of law. *University of Baltimore Law Review*, 33(2), 145-151.

Sellers, M. (2012). *Parochialism, Cosmopolitanism, and the Foundations of International Law*. New York: Cambridge University Press.

Sellers, M. (2017). Law, Reason, and Emotion. En M. Sellers (ed.), *Law, Reason, and Emotion* (pp. 11-31). New York: Cambridge University Press.

Tasioulas, J. (2012). Parochialism and the Legitimacy of International Law. En M. Sellers (ed.), *Parochialism, Cosmopolitanism, and the Foundations of International Law* (pp. 16-39). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9781139044165.003

Taylor, G. (1975). Justifying the Emotions. *Mind*, 84(335), 390-402.

Tomás de Aquino (1993). *Suma de teología I-II*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

Unger, R. (1983). The Critical Legal Studies Movement. *Harvard Law Review*, 69(3), 561-675.

United Nations (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Recuperado de http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

United Nations (1966). *International Covenant on Civil and Political Rights*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr.pdf>

United Nations (1966). *International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf>