

Michael S. Moore. *The semantics of judging* (pp. 167-179)

Traducción de David L. Medina

Este artículo tiene dos objetivos. Primero intentará demostrar los desperfectos del formalismo legal como una teoría de la adjudicación ya para explicar ya como para justificar las decisiones de los jueces. Esta demonstración será realizada examinando las teorías semánticas en las cuales el formalismo habría de descansar si el formalismo pudiese realmente explicar cómo los jueces decidan o deberían decidir los casos. Intentará también extraer -en el argumento contra el formalismo- el tipo de conocimiento del lenguaje en el cual un juez se apoyaría al decidir casos bajo cualquier teoría de la adjudicación. Esto será realizado examinando aquellas teorías semánticas en sí mismas.

El primer objetivo puede que requiera alguna justificación a la luz de la creencia contemporánea que el formalismo ha sido ya completamente desacreditado. El segundo objetivo, sin embargo, puede justificarse de manera más sucinta. Ninguna teoría de la adjudicación que reemplace al formalismo puede razonablemente exigir a los jueces ignorar ya la lógica o el significado de las palabras que aparecen en las reglas que deben interpretar o aplicar. Si la lógica y el significado hacen una diferencia en el manejo de casos de cualquier teoría de la adjudicación plausible, entonces cualquier teoría tal debe dar una respuesta respecto de cuales significados son, y cuan cercanos a la certeza deductiva los jueces pueden estar en su aplicación del lenguaje autoritativo. Las alternativas al formalismo ofrecidas hasta ahora se han asemejado a nada más que vagas metáforas en estos problemas. Holmes, por ejemplo, argumentó que “los jueces legislan y deben legislar, pero solo pueden hacerlo intersticialmente; están confinados por movimientos molares a moleculares”. Similarmente, Cardozo reconoció que los jueces deben legislar, pero solo entremedio de los vacíos. De acuerdo con Cardozo, los jueces “llenan los espacios abiertos en la ley”. Las metáforas más recientes, pero igualmente vagas de Dworking afirman que las palabras en un *estatuto* “proveen un límite a [las] de otro modo... ilimitadas” decisiones políticas “que el estatuto habría tomado,” que el lenguaje de una *regla de Derecho Común (Common Law)* tiene solo “fuerza gravitacional” y que las palabras en la *Constitución* representan conceptos sobre los cuales puede haber más específicas pero disputadas “concepciones.” Incluso H.L.A. Hart, generalmente un maestro de la claridad, derivó en nociones vagas de un “núcleo” y una “penumbra” al dar su clásica proposición sobre estos problemas. En las áreas de “penumbra” los jueces tienen discreción para decidir por sus propios criterios, mientras que en las áreas de “núcleo” los jueces están obligados a seguir el lenguaje.

Para desarrollar una teoría de la adjudicación superior a aquellas de estas y otras metáforas familiares, es necesario trabajar a través de una teoría de lo que las palabras significan y cómo los jueces pueden saber cuándo aplicarlas. Así, aquellos que se mantengan no convencidos por la discusión que sigue (sugiriendo que las posibles ventajas del formalismo aún merecen consideración), pueden leer este artículo como un necesario primer paso a una teoría de la adjudicación que pueda reclamar suceder al formalismo.

Esta crítica comienza definiendo el formalismo legal. El formalismo es esencialmente una teoría de la adjudicación. Una pregunta perenne de la teoría del derecho americana (*American jurisprudence*) se ha concentrado en qué es lo que hace un juez y qué debería hacer cuando decide un caso. Cualquier respuesta a esta pregunta puede ser llamada una teoría de la adjudicación. Tal teoría debería hacer tres cosas; (1) Describir qué hacer los jueces realmente cuando deciden un caso; (2) recomendar qué deberían hacer cuando deciden de tal forma; y (3) realizar asunciones respecto de qué es posible para los jueces hacer cuando deciden casos, para dar una descripción precisa y recomendaciones adecuadas. Así, cualquier teoría de la adjudicación completa llevará a

cabo la tarea tripartita de señalar qué es el caso, qué debe ser el caso, y qué puede ser el caso en la toma de decisiones judiciales.

¿Qué abarca una teoría de la adjudicación? ¿Incluye la adjudicación tirar los dados para decidir casos? ¿O se extiende a sumergir a los litigantes en agua, tal que el vencedor depende en alguna variación particular del principio de Arquímedes? Lon Fuller definió adjudicación como “una forma de decisión que define la participación de la parte afectada como aquella que ofrece pruebas y argumentos razonados.” Porque este derecho de participación es ejercido significativamente solo si una parte apela a principios mediante los cuales sus argumentos pueden ser juzgados correctos o incorrectos, y porque Fuller tomó a una demanda soportada por principios como la esencia de una reivindicación de derecho, Fuller concluyó que cualquier “problema intentado frente a un adjudicador tiende a convertirse en reivindicaciones de un derecho, o en acusaciones de falta.”. Consecuentemente, tirar los dedos, sumergir a los litigantes, y otras formas arbitrarias de tomar decisiones que no poseyeran dichas características no merecerían el nombre de “adjudicación.”

Aún cuando uno adopte el argumento de Fuller o no, su conclusión es claramente correcta. La adjudicación se refiere a la aplicación de un estándar a eventos que ya han ocurrido. Los experimentos judiciales respecto a si una parte litigante flota, o si puede vencer a su oponente en un combate mano a mano, o si sus testigos pueden repetir sus relatos sin variación, no son adjudicación. Tales situaciones no requieren un juicio en el que una parte merezca ganar y otra perder, basándose en los derechos que fueron fijados antes que las partes ingresaran a la sala de la Corte.

El foco de la teoría del derecho (*jurisprudence*) en la teoría de la adjudicación se deriva de los ideales políticos abarcados en el concepto de la regla de derecho. Los más importantes de estos ideales son los siguientes: (1) El principio democrático sosteniendo que los representantes electos deberían hacer leyes y que los funcionarios (*officials*) no representativos (como los jueces) deberían meramente aplicarlas (2) el principio de justicia formal que manda que casos similares deben ser tratados de la misma manera; y (3) el principio de equidad sustantiva (*substantive fairness*) que requiere que se informe lo que la ley ordena a aquellos que deben obedecer la ley, con un respaldo protector basado en la promesa implícita de consistencia y predictibilidad proyectada en un sistema de derecho. Estos ideales sobre la regla de derecho dependen en ciertas respuestas a la pregunta tripartita sobre qué hacen los jueces efectivamente, qué deberían hacer, y qué ellos pueden hacer cuando deciden caso. La preocupación americana con la teoría de la adjudicación es una inquietud comprensible respecto de si estos ideales pueden ser realizados.

La teoría de la adjudicación que dichos ideales parecen recomendar es el formalismo. La teoría formalista de la adjudicación afirma que las disputas legales pueden ser, deberían ser, y son resueltas recurriendo a reglas legales y principios, y por los hechos de cada disputa particular. Así, un juez formalista tiene un set extremadamente limitado de materiales a considerar como relevantes para su decisión en un caso particular- las reglas y los hechos. Su decisión debe ser lógicamente deducida de aquellos dos ítems, por sí solos.

Un ejemplo puede resultar de ayuda. En *Interstate Commerce Commission v. Kroblin*, donde un mensajero no certificado (Allen Kroblin) transportaba pollos congelados destripados entre Estados. Un estatuto requería a los mensajeros obtener certificados de la Comisión de Comercio Interestatal (*Interstate Commerce Commission*) salvo que los mensajeros estuviesen transportando bienes de agricultura (*agricultural commodities*), en vez de productos manufacturados. La Corte decidió que los pollos destripados eran bienes de agricultura, no productos manufacturados, y que Kroblin estaba, consecuentemente, exento de los requisitos de certificación. Una reconstrucción formalista del razonamiento de la Corte sería como la expondré. La premisa

mayor (basada en una versión simplificada del estatuto que ignora los requisitos no problemáticos) sería así:

1. Objetos que no sean productos manufacturados pueden ser acarreados sin un certificado de la Comisión de Comercio Interestatal.

La premisa menor es obtenida de los hechos del caso. La corte decidió que los pollos destripados son bienes de agricultura, no productos manufacturados. Entonces:

2. Estas cosas (pollos destripados) no son productos manufacturados.

Desde estas dos premisas, la conclusión de la Corte se sigue—los pollos destripados pueden ser acarreados por Kroblin sin tener un certificado de la Comisión de Comercio Interestatal.

Lo que una teoría de la adjudicación tal excluye como impropio de consideración por el juez es impactante. Las consecuencias de su decisión sobre las partes en la acción y sobre el público general deberían ignorarse. Los principios éticos no jugarían ningún rol. Las políticas sociales generales que serían frustradas o avanzadas por la regla que resulta de la decisión del juez no son granos aptos para el molino judicial. Más bien, el rol del juez es decidir solo sobre la base del significado de las reglas legales aplicadas a los hechos frente a él.

Dos ítems requieren más clarificación en esta definición del formalismo jurídico. Uno es hasta donde el formalismo está comprometido con la tesis de que hay una sola respuesta correcta en todo caso. El otro es hasta donde el formalismo está comprometido con una estructura deductiva que existe detrás del derecho positivo, de tal forma que las reglas desde las cuales las decisiones son deducidas son, por sí mismas, deducibles de principios más generales.

“Formalismo” como se usará en este artículo, denota una teoría en la que un juez puede deducir una sola respuesta en al menos algunos, sino todos, los casos. Para argumentar contra el formalismo, consecuentemente, uno debe demostrar que no hay ningún caso “fácil” o “evidente” en el que tal resultado pueda deducirse. La idea de un singular, único resultado puede ser en sí misma poco clara. La discusión que sigue asume que un buscador de hechos (*fact-finder*) es presentado con una decisión simple: él está de acuerdo o en desacuerdo con alguna proposición sobre el caso presentado. En *Kroblin*, por ejemplo, el buscador de hechos ya afirma o niega que los pollos destripados son productos manufacturados. La falta de claridad de tal idea, y de la asunción detrás de ella, puede ser rápidamente apreciada cuando se recuerda que todos los términos legales son dispositivos por naturaleza. Esto es, los términos legales miran tanto a los estados de hecho que describen y las consecuencias legales que producen. Por ejemplo, “no ser un producto manufacturado” es una frase que describe tanto ciertos objetos y que, usada en una regla legal, prescribe que se obtenga un cierto resultado legal, esto es, que el ítem puede ser transportado por un mensajero no certificado. Esta característica dual (*Janus-like*) de las palabras utilizadas en las reglas legales garantiza que un juez tiene más que decidir que si los hechos ante él corresponden a alguna descripción legal. Adicionalmente, el juez debe decidir si el remedio contemplado resulta en consecuencias legales prescritas por la regla. En *Kroblin*, incluso si el juez decide que los pollos destripados son productos manufacturados, él debe aun llegar a la determinación que prohibir a Kroblin de llevar tales cosas es *el* remedio que la regla prescribe. Dadas tanto la indeterminación del lenguaje en la descripción de las consecuencias legales y la licencia muchas veces explícita de discreción de los jueces para elegir entre remedios alternativos, muchas veces ningún remedio singular *puede* plausiblemente decirse que es requerido por la regla.

Así, la asunción de que un juez tiene solo una alternativa, a la cual responde que sí o no, es plenamente irrealista; toda adjudicación de hecho tiene varias alternativas valorables (de remedios), y no es solamente una decisión bivalente (de aplicar alguna descripción). Una discusión del formalismo sin tales asunciones simplificadoras es innecesaria, de todos modos. Los problemas de significado encarados por un juez formalista al determinar si algún concepto dispositivo legal efectivamente describe los hechos ante el son los mismos que los problemas que afectan su decisión en lo que respecta a la propiedad del remedio que se propone otorgar. Esta asunción especial permitirá entonces la crítica para proceder sin duplicar innecesariamente el argumento.

El segundo ítem que requiere mayor clarificación en esta definición de formalismo es la estructura deductiva pensada por muchos formalistas que existiría detrás del derecho positivo. Este es un aspecto separable de la teoría formalista que merece especial atención. C.C. Langdell, el formalista arquetípico (*archformalist*) para muchos, pensaba que la ley, no menos que las ciencias naturales, tiene una estructura deductiva detrás, en la cual las teorías que ocupaban términos no ordinarios sin referencia a objetos físicos- términos como “Estado”, “título” y “reunión de mentes”- podrían encontrarse. La justificación para tales términos y teorías que los utilizaban era para Langdell la misma que la justificación de la empresa similar en la ciencia. Tales palabras son necesarias para predecir y explicar “la evidencia,” que en la ley son las decisiones de los jueces y las reglas que aplican.

La clasificación del derecho de Langdell como una ciencia parece asumir que el razonamiento legal puede ser reconstruido propiamente para incluir no solo reglas y hechos, sino que también afirmaciones teóricas, más generales. La ciencia, también, se ocupa no solo de leyes que conectan eventos observables, sino que a la vez de teorías más generales que explican estas leyes. Un ejemplo es la regla legal que dice que la aceptación de una oferta es efectiva desde su realización (*dispatch*) mientras que la revocación de una oferta es efectiva cuando es recibida. Aunque Langdell reconoce que puede haber argumentos regulatorios para apoyar tal regla, para él la verdadera justificación descansa en la deductibilidad de la regla de un principio más general y teórico del derecho de contratos: Ningún contrato existe a menos que haya una reunión de las mentes. La habilidad para deducir una regla desde un principio más general vuelve a los argumentos regulatorios irrelevantes.

Aún cuando en abstracto los formalistas no necesitan suscribir a esta concepción de teorías en el derecho, deben hacerlo en el contexto de un sistema legal familiar. Los sistemas con los cuales somos familiares tienen tal escasez de reglas que algún reconocimiento de las teorías detrás de las reglas es necesario para enriquecer los materiales estrictamente legales disponibles para el juez. De acuerdo con ello, esta afirmación separable ha sido incluida como parte de una teoría formalista de la adjudicación. Así construida, el formalismo afirma no solo que existe en todos o algunos casos un solo resultado deducible de las reglas y los hechos, sino que también que las reglas en sí mismas pueden ser deducidas de afirmaciones teóricas más generales.

El formalismo, así definido, ha sido largamente parodiado y ridiculizado en la teoría del derecho americana (*american jurisprudence*). Desde el ataque de Holmes a veces aforístico, pasando por el asalto celebrado de Pound sobre la “jurisprudencia mecánica,” hasta los desdenosos rechazos por aquella vaga asamblea de personas algunas veces llamados “legalistas reales” (*Legal Realists*), el formalismo ha sido despreciado como teoría de la adjudicación. Sin embargo, el formalismo es un eje central en nuestras ideas sobre el derecho, el formalismo no es meramente una teoría de la adjudicación. Tiene todas las apariencias de ser la teoría de la adjudicación que permite fidelidad para aquellos ideales comprendidos en el concepto de la regla de derecho. Una legislatura electa puede realizar su función de representar la voluntad popular solo si la ley limita su discreción judicial. Similarmente, la división funcional del gobierno -la separación de poderes-

solo puede existir si los jueces realizan un trabajo distinto de aquel de la legislatura. En su decisión suspendiendo la construcción de la casi completada “Telisco Dam” avalada en \$100 millones de dólares, la Corte Suprema nos recordó de la relación entre el formalismo e ideales políticos básicos:

“Nuestro sistema de gobierno es, después de todo, uno tripartito, con cada rama teniendo ciertas funciones definidas delegadas a ella por la Constitución [...] Aquí somos requeridos para revisar que la ley sobre especies protegidas [(*Endangered Species Act*)] “razonablemente”, para así determinar un remedio “que se corresponda con algún módico de sentido común y el bien público” [...] pero ¿Es esa nuestra función? [...] Nuestra apreciación individual de la sabiduría o falta de esta de un curso de acción particular conscientemente seleccionado por el congreso debe ser dejado a un lado en el proceso de interpretar un estatuto. Una vez que el significado de una regulación (*enactment*) es discernido y su constitucionalidad determinada, el proceso judicial termina. No somos un comité de revisión, ni tampoco tenemos atribuido el poder de veto. [...] [En] nuestro sistema constitucional el compromiso a la separación de poderes es muy fundamental para nosotros como para que vaciar de antes la acción parlamentaria decretando judicialmente lo que corresponde con “el sentido común y el bien público”. Nuestra constitución sitúa dicha responsabilidad en las ramas políticas”.

Similarmente, un vínculo existe entre el formalismo y otros ideales políticos reflejados en las reglas de derecho. La intervención de la ley en las conductas privadas solo es predecible si las reglas tienen implicaciones determinadas. Fundarse en aquellas reglas es algo protegido solo si los jueces no tienen discreción para ignorarlas. Esto es reconocido de la forma más dramática en la negativa de aplicar estatutos criminales cuando la vaguedad de su formulación deja a los ciudadanos con la incertidumbre respecto de lo que se demanda de ellas. Finalmente, parecería que el objetivo de tratar casos similares de manera similar -el ideal de la justicia formal- puede ser obtenido solo a través de reglas legales que especifican las características relevantes que hacen un caso “similar” a otro. Fácticamente, todos los casos son como *todos* los otros casos al menos en un respecto, y distintos a *todos los demás* en los otros respectos.

Sin importar cuan deseable lo dicho arriba lo sea, parece ser que el Realismo Legal ha demostrado que nada de ello es  *posible*. Pero una examinación de la literatura del Realismo no parece apuntar a tal conclusión. En primer lugar, parte de esta literatura se ha referido al carácter deseable del formalismo más que a su posibilidad. Los argumentos de que las reglas deberían ser dejadas abiertas para revisión cuando las circunstancias cambian, o situaciones inesperadas aparecen, son normativos. Como tales, están sujetos a ser balanceados contra los argumentos normativos discutidos arriba a favor del formalismo, y ello no puede ser conclusivo. Un juez podría bien admitir la fuerza de tales argumentos normativos, pero decidir varios casos en razones formales porque los ideales políticos detrás del formalismo no son fácilmente dados vuelta.

En segundo lugar, los realistas han señalado varias veces que solo *algunos* casos no pueden o no deberían ser decididos sobre la base de reglas y hechos. Para los casos de “rutina”, “sencillos” o “fáciles” un juez puede y debería aplicar el significado literal de las palabras en una regla a los hechos para luego deducir el resultado. Cardozo, comúnmente reconocido como un “ancestro” de los Realistas, mantenía esta mirada: “En innumerables litigios, la ley es tan clara que los jueces no tienen discreción. Tienen el derecho para legislar dentro de los vacíos (*gaps*) pero muchas veces no hay vacíos.” Cardozo pensó que tales casos “sin vacíos” (*gap-less*) constituirían la mayoría de las decisiones de la Corte. La reconstrucción de H.L.A. Hart de las reflexiones

realistas asumen similarmente que no hay discreción en los que podrían ser llamados “casos fáciles”, aún si hay discrepancia para los casos difíciles. Hart vio la deducción de la decisión desde las reglas y los hechos en los casos fáciles como el “corazón” del razonamiento judicial.

En tercer lugar, como Hart mismo señaló, los Realistas tienden a confundir los problemas de poder y rectitud (*correctness*). Tendían a cubrir el argumento de que los jueces constantemente tienen el poder para interpretar las leyes como quieren sin corrección por otros, con el argumento, bastante diferente, que los jueces no tienen un estándar de rectitud con el cual decidir. Decir que los jueces pueden tener el poder para decidir incorrectamente y hacer sus decisiones vinculantes no es decir que no hay estándares mediante los cuales uno podría juzgar una decisión como correcta o incorrecta.

En cuarto lugar, cierta literatura realista se enfrentó con estrategias para *alcanzar* decisiones, más que con los estándares para validar esas decisiones. Un juez podría bien rehuir realizar deducciones conscientes como un procedimiento para tomar decisiones, así como un científico podría evitarlo también para formular hipótesis en ciencia. De hecho, esperar por “corazonadas” como guías tanto para realizar decisiones legales como descubrimientos científicos podría ser preferible. Sin embargo, la eficacia de tal forma de tomar decisiones de manera “no deductiva” es irrelevante cuando el problema es la justificación misma de la decisión como correcta. Uno podría fácilmente seguir las “corazonadas” para alcanzar una decisión (confiando en el conocimiento intuitivo de uno mismo de la lógica y el lenguaje) y el formalismo para validar las decisiones obtenidas así.

En quinto lugar (y de manera menos caritativa) una buena parte del trabajo en la posibilidad del formalismo está más allá del nivel de sofisticación lingüística del Realismo. Los argumentos basados en el lenguaje hechos por los Realistas normalmente no eran más que teorías contextualistas simplistas llevadas a un extremo. Debido a esa falta de sofisticación, las preguntas discutidas en el cuerpo de este artículo son, en su mayor parte, sin referencia en la literatura Realista.

El realismo está lejos de estar muerto, en parte debido al carácter inconcluso del ataque realista. De hecho, el formalismo personificado por Hart o Cardozo- donde la deducción es posible al menos en casos “sencillos” o “fáciles”- es probablemente la posición de sentido común prevalente entre la mayoría de los abogados, jueces y estudiosos del derecho hoy en día. Un ejemplo contemporáneo llamativo es dado por una recisión reciente de la Corte Suprema, discutida arriba, deteniendo la construcción de la represa de la autoridad del valle de Tennessee para la protección de una de varias especies de Percina tanasi (*snail darters*). La Corte vio la palabra “acción” como era utilizada en la sección 7 del Estatuto sobre Especies En Peligro (*Endangered Species Act*) de 1973 como plenamente aplicable a la construcción de la represa y, consecuentemente, se negó a sopesar las consecuencias de su decisión. La Corte notó que las cortes no tienen “autoridad para hacer [...] cálculos utilitaristas minuciosos” cuando el lenguaje es claro (*plain*).

La teoría del derecho contemporánea muchas veces presupone y, a veces, defiende explícitamente esta versión del formalismo. Aparte de la defensa explícita en el trabajo de Cardozo y Hart antes mencionado, uno puede ver tal teoría funcionando en análisis particulares, como el análisis reciente de Richard Epstein sobre la ley de ruido (*nuisance*). Epstein nota con aprobación que los jueces deciden y deberían decidir los casos sobre ruido guiados por el significado ordinario del término “invasión”:

“[I]nvasión’ no es utilizado como un sinónimo en cubierto para la conclusión legal de que las actividades del acusado son de la clase en la cual la responsabilidad civil [(*tortious liability*)] debería atacar, cuando la responsabilidad está al fondo impuesta para otras razones,

probablemente económicas. En cambio, el término ‘Invasión’ es *una descripción de un estado de cosas natural en el cual, en sí mismo, sirve como una justificación para imponer responsabilidad legal.*”

Epstein analiza “invasión” en términos de causación, siendo analizada en sí misma como descansando en dos paradigmas de la relación causal que Epstein halla en el pensamiento ordinario. Él distingue rigurosamente entre los casos donde la acción del acusado causa las moléculas en el aire moverse hacia el terreno de otro (una invasión) y aquellos donde la acción del acusado previene las moléculas de seguir su curso de movimiento normal a través del terreno de otro (no invasión). De acuerdo con Epstein, solo en el área de la “penumbra” de la aplicación de los paradigmas causales constitutivos del significado de “invasión” debería un juez considerar las consecuencias sociales de su decisión. En el área de “núcleo” donde los paradigmas causales son claramente aplicables de una manera o la otra, debería un juez ignorar las consideraciones de política social, tales como maximizar la utilización eficiente de recursos.

En un tratado reciente de derecho penal, es evidente un respaldo similar en formalismo en el argumento del autor contra las miradas utilitaristas de acto (*act-utilitarian*) del derecho penal, que permitirían a los jueces decidir problemas de culpa y castigo basándose en la necesidad de reforma legal, o en la peligrosidad, o en otras características de acusados particulares ante sí. Tales consideraciones deberían ser excluidas de procesos de decisión de los jueces aún si los objetivos justificando el castigo son la prevención del crimen o la reforma criminal. Los jueces deberían decidir de acuerdo a la “filosofía legalista” en la cual un principio central es que los procesos legales y administrativos son “radicalmente diferentes” y que su diferencia es precisamente si los objetivos generales del sistema guían decisiones en los casos particulares.” Para cualquier proceso de decisión que pretende ser un proceso *legal* “es importante que [...] las reglas sean interpretadas en los casos particulares sin advertir los objetivos generales del sistema [...]. Los argumentos para una interpretación sin atener a los propósitos hacen sentido solo si hay al menos algunos casos que pueden ser decididos solamente sobre la base del lenguaje de las reglas.

Las tendencias formalistas no están limitadas a los teóricos legalistas cuya filosofía social subyacente es deontológica. Los teóricos legales utilitaristas contemporáneos, como Calabresi, también comparten la fe en la habilidad de una regla para hacer decisiones bajo ella, diferentes a la decisión de tener la regla. El análisis económico del derecho es muchas veces un análisis de utilitarismo de regla que justifica las reglas con calculaciones de eficiencia y asume que tanto los privados (*private parties*) como los privados pueden aplicar aquellas reglas, utilizando su conocimiento del lenguaje, sin duplicar las consideraciones de eficiencia dadas para justificar las reglas inicialmente. Calabresi es mucho más explícito sobre esta última suposición en su detalle de las presuposiciones e inadecuaciones del sistema de culpa en responsabilidad por daños (*fault system in tort law*):

“Tales actos dañinos (*wrongful acts*) o actividades no pueden siempre ser descritas precisamente antes de un evento específico como podría ser un accidente. Pero deben al menos ser lo suficientemente definibles y definidos como para que un individuo normal pueda, si lo desea, aplicar la definición a una situación particular en la que el mismo se encuentra.”

Esta posibilidad lingüística debe existir también si los individuos deben ser “específicamente disuadidos” por indemnizaciones (*tort fines*) añadidas a reglas específicas, que es parte de la propia recomendación de Calabresi para la reducción de los costos por accidentes. Thebe haber al menos suficientes casos para contrapesar los costos “terciarios” de adjudicar los demás casos cuando tales actividades no están siendo disuadidas. La teoría de daños de Calabresi entonces presupone, al menos, la versión del formalismo que asume que “hay *algunos* casos fáciles”.

Otras versiones o aspectos del formalismo han sido también enfatizados en la teoría legal contemporánea. Ha habido un resurgimiento particularmente fuerte de la teoría Langdelliana (*Langdellian Theory*) de que existe una estructura deductiva habitando “detrás” del derecho positivo. Uno vería esto, por ejemplo, en la reivindicación de Richard Posner de que las reglas de derecho común (*common law*) en los casos de negligencia reflejan en buena parte el principio de que tales reglas deben lograr un nivel eficiente de accidentes y seguridad. Similarmente, otros han insistido en que las variadas reglas que tienen que ver con las diferentes excusas a la responsabilidad penal son reducibles al principio de que ninguna persona debiese ser penalmente responsable a menos que él pudiese haber elegido hacer otra cosa que aquella que él hizo.

Más llamativa que el resurgimiento de la teoría Langdelliana es, sin embargo, las aproximaciones más generales a tales teorías en la teoría del derecho contemporánea. Dos de las teorías más recientes, llevadas a cabo por Ronald Dworkin y Rolf Sartorius, han revivido la posición formalista más extrema de que solo hay una única solución correcta en *todos los casos*, incluso si un juez restringe su atención a estándares legales y hechos. De las dos teorías, Sartorius es el menos cauto en exponer la naturaleza formalista de su tesis normativa. Él señala que “cuando se adjudica una disputa, [una corte] debería no tener nada que ver con crear nuevas relaciones legales, o en acudir a algo más que no sean estándares legales. Aún cuando otros [...] podrían ser quizás ser concedidos, explícita o implícitamente, considerable discreción personal aplicando la ley, pero la adjudicación judicial no debería tener ninguna.” Sartorius es también directo acerca de sus reivindicaciones de descripción y posibilidad que subyacen su tesis normativa.

La única cosa que salva esta tesis de “siempre hay una respuesta correcta” de ser salvajemente implausible de partida es la tesis acompañando de Dworkin/Sartorius diciendo que hay principios que “subyacen” los estatutos y las reglas para decidir de las Cortes. Se piensa que tales principios enriquecen los estándares que un juez debería emplear lo suficientemente como para que el vaya siempre ser capaz de encontrar un único y singular resultado.

El formalismo es, entonces, no una teoría anticuada de interés meramente histórico. Las propuestas de estos teóricos contemporáneos no son instancias aisladas de una educación legal empobrecida. El formalismo sobrevive porque es, a primera vista, la teoría de adjudicación requerida por nuestros ideales sobre la regla de derecho. Ninguna teoría de la adjudicación puede ser exitosa a menos que tome dichos ideales con más seriedad que los Realistas Legales, que parece que a veces ven la supuesta imposibilidad de alcanzar dichos ideales como una causa para celebrar. Cualquier teoría descriptiva y normativa de la adjudicación debe comenzar con el formalismo, aún cuando la teoría no termina ahí. Cualquier teoría que asevera que los jueces deben ignorar la lógica o el significado ordinario de las palabras difícilmente podría ser objeto de consideración seria porque tendría que ignorar los ideales políticos que le dan sentido a la regla de derecho. Cualquier teoría de la adjudicación debe responder la pregunta que es el tópico central de este artículo: SI los jueces están restringidos en sus premisas a estándares legales de autoridad (reglas y principios), aseveraciones de hecho y verdades del significado (*meaning-truths*) ¿Es posible la deducción de decisiones en lo absoluto, o siquiera en algún caso? Y si hay casos ¿Cuáles casos? Si, como argumenta este artículo, la deducción de una decisión desde tales premisas restringidas no es posible en *ningún* caso, tal teoría debe indicar “que tan cerca” uno podría llegar. Los ideales políticos referidos como la regla de derecho sugieren una teoría que es tan cercana al formalismo como el conocimiento del lenguaje permitiría.

## I. LAS PRESUPOSICIONES DEL FORMALISMO LEGAL SOBRE EL SIGNIFICADO.

### A. LA TEORÍA REFERENCIAL DEL SIGNIFICADO

La teoría del formalismo y las opiniones de sus proponentes son similares a muchas otras. Menos familiares son las presuposiciones que deben ser verdaderas si la teoría formalista de la adjudicación puede ya ser una descripción verdadera o una recomendación aceptable. Las presuposiciones discutidas abajo tienen algo que ver con el “significado”, siendo el significado una de las búsquedas perennes de la filosofía. El tratamiento estándar del significado en “este siglo” es dividirlo en dos aspectos: La referencia o extensión de la palabra, y su sentido o intención.

La extensión de un predicado es la clase de todas cosas de las cuales el predicado es verdad. La extensión del predicado “es un perro” es la clase de todos los perros, la de “es rojo” es la clase de todas las cosas rojas, y así. Todas las palabras relevantes para la investigación presente serán palabras que pueden ser usadas para predicar de alguna cosa particular que posee la propiedad, relación, pertenencia de clase, característica, etcétera, que las palabras describen. Una manera de reformular el problema general del formalismo es si la cosa (objeto, acción o evento) ante la corte está dentro de la extensión del predicado legal relevante.

El sentido de la intención de una palabra es lo que queda del significado una vez que uno ha determinado la extensión de la palabra. Para un positivista lógico el sentido de una expresión está comprendido en la lista de criterios utilizados para definirlo. Así, la intención de “es un perro” podría bien ser “es un mamífero carnívoro con garras no retráctiles.”

Esta división apenas es paralela a aquella más familiar, introducida por Mill pero desde hace mucho adoptada en el lenguaje cotidiano, entre la “connotación” y la “denotación” de una palabra. Una palabra denota cuando se refiere a algo, y su denotación es la cosa o clase de cosas a las cuales se refiere; una palabra connota cuando sugiere otras ideas, y su connotación es la idea que sugiere. “Connotación” es entonces una noción mucho más amplia y más subjetiva que el “sentido” o “intensión” porque la connotación de una palabra podría variar de una persona a otra dependiendo de las asociaciones mentales que cada uno hace.

Para ilustrar los paralelos entre estas dos teorías del significado, la oración “Fido es un perro” puede ser considerada. La denotación de la palabra “perro” como su extensión es la clase de cosas a la cuales se refiere, esto es, todos los perros. Pero la connotación de “perro” no se refiere a un set de criterios objetivos; más bien, depende de lo que la palabra “perro” sugiera para cada individuo que utilice la palabra. Un antropólogo para el cual la palabra “perro” connota mamíferos carnívoros con garras no retráctiles estaría de acuerdo con la aseveración “un guepardo es un perro.” Pero para un niño cuyas ideas podrían estar fuertemente basadas en las apariencias físicas, la palabra “perro” denotaría algo más bien como un Lassie o la mascota familiar. Utilizando la connotación de un niño, un guepardo obviamente no es un perro.

Una manera de clasificar las teorías del significado es por su énfasis en uno u otro de estos dos aspectos del significado. Uno de las teorías más directas del significado es la referencial, o teoría del nombre (*naming Theory*), que identifica el significado de una palabra con la cosa o cosas que designa (*name*). Los nombres propios son los ejemplos más fáciles de esta teoría; por ejemplo, el significado de la palabra “Fido” es Fido en sí mismo.

Porque el formalismo está interesado en la clasificación de cosas una teoría del significado extensional, como la teoría referencial, parece ser la más adecuada para las necesidades del formalismo. Tal teoría se refiere directamente al problema del formalismo: la clasificación de partículas fácticas como estando dentro de la extensión de algún predicado legal por el significado de dicho predicado por sí solo. Por supuesto, mucho más tendría que ser dicho

sobre la epistemología de tal teoría del significado: Incluso si el significado de “producto manufacturado” es la clase de todos los productos manufacturados ¿Cómo puede un juez saber si la cosa en frente de él está o no está dentro de la extensión de las palabras o la frase? La teoría referencial del significado no sería una teoría viable aún sin esos problemas. Muchos argumentos contra tal teoría son levantados continuamente en la mayoría de los libros contemporáneos de filosofía del lenguaje. Cuatro de estos argumentos merecen mención. Primero, las oraciones no están construidas solo por designaciones (*names*), sino que una oración contiene preposiciones, conjunciones y otros elementos que no pueden “referirse” plausiblemente a nada. Segundo, está el argumento de ejemplos como “bruja” o “Pegaso”: Si el significado de una palabra es la cosa o cosas a las cuales la palabra se refiere, las palabras son carentes de significado porque no se refieren a nada. Pero, entonces, la aseveración “no existen las brujas” no es una aseveración verdadera, ni tampoco sería una falsa “existen las brujas”: Ambas son carentes de significado. Tercero, las palabras pueden tener diferentes significados, pero aún así tener el mismo referente físico. Utilizando el ejemplo utilizado por Gottlob Frege, la frase “la estrella de la mañana” y la frase “la estrella de la noche” se refieren a la misma cosa física: El planeta Venus. Sin embargo, no “significan” lo mismo. Si lo hicieran, el descubrimiento de que lo que era percibido en la mañana y noche era el planeta Venus no habría sido un descubrimiento empírico de los astrónomos Babilónicos, sino que una verdad analítica que cualquiera podría haber percibido en tanto conocieran el significado de las dos frases. Cuarto, está la inversión del argumento de Frege: Puede haber distintos referentes de una palabra en las diferentes ocasiones del uso de la palabra, pero es contraintuitivo pensar que tiene diferentes significados en cada ocasión. El significado de la palabra “Yo” no parece variar por cada interlocutor, aún cuando a quien se refiere depende de quien está hablando.

Tales preocupaciones sobre los fracasos de la teoría referencial han mejorado la plausibilidad de una teoría alternativa del significado: el positivismo lógico. El positivismo lógico asevera que el significado de una palabra se encuentra en su sentido, o intención, no en su referencia o extensión. Eso no quiere decir que la palabra no tiene extensión; el positivismo lógico asume que lo tiene, sino que la extensión está determinada por la intención de la palabra (que habría sido previamente definida como su criterio objetivo). Para determinar si el objeto frente a uno está dentro de la extensión de “pollo” por ejemplo, uno enlista el set de propiedades necesarias y suficientes para cualquier cosa para ser un pollo y empíricamente verifica si el objeto dado tiene tales propiedades. Luego, una manera de describir la teoría positivista del significado es por el eslogan “intención determina extensión”; esto es, si un término tiene los mismos criterios que otro término, entonces la clase de cosas en la extensión de los dos términos es la misma. En contraste, la teoría referencial podría caracterizarse por el eslogan “extensión determina intención.” La discusión precedente ha demostrado que este no es necesariamente el caso. Lo que la teoría positivista del significado asevera precisamente, y cómo ayuda al formalismo en construir sus tesis, se discute abajo.

## B. LA TEORÍA DEL SIGNIFICADO DEL POSITIVISTA LÓGICO

### 1. *Verdades analíticas*

La primera presuposición requerida por el formalismo es que hay tales cosas como verdades analíticas, afirmaciones que son verdaderas solamente en virtud del significado de las palabras que aparecen dentro de ellas. De acuerdo con el positivismo lógico, la mayoría de las

aseveraciones verdaderas lo son porque son verificadas por observaciones fácticas. Algunas afirmaciones, sin embargo, son verdaderas sin importar cuales son los hechos porque la verdad de tales afirmaciones es una función solamente del significado y no del significado y los hechos. Un ejemplo estándar es la afirmación: “Un soltero es un hombre no casado” Esta afirmación se dice que es verdadera solamente en virtud de los significados de “soltero”, “no casado” y “hombre”. No es necesaria la observación fáctica para demostrar que tal afirmación es verdadera.

La existencia de verdades analíticas está presupuesta por el formalismo. Para reformular, por ejemplo, el silogismo derivado del caso *Kroblin* de la introducción, un juez razonando bajo una estructura formalista procedería como sigue:

- i. Objetos que no son productos manufacturados podrían ser llevados sin un certificado de la ICC.
- ii. Estas cosas no son productos manufacturados.
- iii. Por lo tanto, estas cosas podrían ser llevadas sin un certificado de la ICC.

Es evidente que tal proceso deductivo, aún cuando es impecable en materia de lógica, parece ignorar el problema básico a decidir en el caso: ¿Tienen que ser clasificados los pollos eviscerados como productos manufacturados o no? La segunda premisa del silogismo asume una respuesta a esta pregunta difícil. Así, el silogismo es de poco uso para entender que es lo que un juez hace, y debería hacer, cuando decide el caso.

Caracterizando los hechos en el ejemplo arriba de una de una forma no tanto en formato de “preguntas” (*question-begging way*), el proceso deductivo formalista podría volverse más claro. Así, la segunda premisa podría leerse tal que:

- ii. Estas cosas son pollos eviscerados.

Ahora, sin embargo, es claro que desde ambas premisas disponibles para nosotros -la regla y los hechos- que nada, en absoluto, puede ser deducido. Esto es,

- i. Objetos que no son productos manufacturados podrían ser llevados sin un certificado de la ICC, y
- ii. Estas cosas son pollos eviscerados.

Nada se sigue en lo absoluto. Lo que se necesita es alguna conexión entre el predicado “son pollos eviscerados” y el predicado “no son productos manufacturados”. Una tercera premisa de la siguiente forma permitiría la deducción:

- iii. Todos los pollos eviscerados no son productos manufacturados.

Ahora, por lógica formal se podría deducir la conclusión de la corte.

El problema, por supuesto, es como un formalista podría justificar la inserción de la tercera premisa. No es una afirmación sobre los hechos del caso, sino más bien una afirmación general sobre todas las cosas que resultan ser pollos eviscerados. No es una regla legal, porque no hay autoridad legal que la haya establecido como verdadera. Tampoco puede uno acudir a la lógica, pues no hay ninguna licencia en la lógica para crear cualquier premisa que resulta que uno necesita. Una alternativa para un formalista es aseverar que la tercera premisa es una verdad analítica -esto es, que siempre es verdadera solamente en virtud del significado de las frases “productos manufacturados” y “pollos eviscerados.” Un formalista debería, luego, sostener la

creencia en la existencia de las verdades analíticas cerca de su corazón. Tal creencia es necesaria para que el pueda generar la necesaria clase de verdades analíticas particulares para que funcione el formalismo legal.

### *2. La teoría del significado basada en criterios*

Una segunda presuposición requerida por la teoría del formalismo es la teoría del significado basada en criterios (*criterial Theory of meaning*). Es aparente que la primera presuposición, la tesis de las verdades analíticas, demanda que el formalista desarrolle alguna teoría del significado. Para afirmar que las aseveraciones son verdaderas solo en virtud del significado de las palabras que aparecen dentro de ellas presupone la existencia alguna teoría sobre qué son los significados. Más allá, un formalista no puede simplemente escanear la historia de la filosofía y producir una teoría del significado justificable que le sea útil; un formalista necesita una teoría que esté detrás del significado de tal forma que el tipo de verdades analíticas que el formalismo requiere puedan existir.

La teoría del significado más popular en la filosofía de este siglo, la teoría del significado basada en criterios sirve exactamente a sus necesidades. La teoría del significado basada en condiciones sostiene que el significado de cualquier palabra es el criterio, las condiciones necesarias y suficientes, que gobiernan la aplicación de dicha palabra. El significado, por ejemplo, de la palabra “soltero” es la conjunción de dos condiciones, cada una individualmente necesario y solo suficiente en conjunto, esto es, que la cosa en cuestión es un hombre y no está casada.

La importancia de la teoría del significado basada en criterios para el formalismo descansa en la deducción que hace posible desde una oración utilizando los criterios de una palabra hacia una oración utilizando la palabra en sí misma. Así, si sabemos que el ítem frente a nosotros es una persona hombre no casada podremos deducir -solamente desde los significados de las palabras- que es, de hecho, un soltero. Podríamos deducir “X es un soltero” desde “X es un hombre no casado” porque la última es una condición *suficiente* para la primera. Además, si sabemos que el ítem frente a nosotros no es un hombre (supóngase, por ejemplo, que es un pollo no casado) entonces podremos deducir que no es un soltero, porque el significado (criterios) de soltero es tal que alguna *necesaria* condición para ser un soltero es negada por el ítem de no ser una persona. Volviendo a *Kroblin*, supóngase que creemos que “producto manufacturado” tiene la condición *necesaria* (incluso si por sí sola no es suficiente) de que el ítem “cambie su naturaleza.” Si además creemos que un pollo, eviscerado o no, sigue siendo un pollo, esto es, que no ha cambiado su naturaleza, entonces podríamos deducir desde “pollo eviscerado” la conclusión “no es un producto manufacturado.” Si podemos hacer tal deducción solamente en virtud del significado de las palabras en cuestión, tendremos la verdad analítica que buscamos: Todo lo que es un pollo eviscerado no es un producto manufacturado.

Central para la materia, por supuesto, es encontrar significado para palabras generales tales como “producto manufacturado” de tal manera que ya una condición suficiente es satisfecha por alguna descripción de los hechos del caso (caso en el cual podríamos deducir que el ítem está manufacturado) o que una condición necesaria no se satisface (caso en el cual podríamos deducir que el ítem no está manufacturado). El criterio sugerido -cambio de naturaleza- tanto es claro en su significado ni libre de problemas como condición necesaria de un ítem que es un producto manufacturado, eso, sin embargo, para anticipar críticos posteriores. Su pertinencia aquí es solo para ilustrar.

### *3. La tesis empirista*

La tercera presuposición del formalismo, varias veces llamada el criterio verificacionista del significado, podría ser más breve y concisamente llamada la tesis empirista (*empiricist*). Esta tesis asevera que una afirmación no analítica tiene significado solo y solo si sus criterios están formulados como oraciones de observación (*observation sentences*), o en oraciones deducibles de oraciones de observación. Los positivistas lógicos utilizaron esta tesis para atacar a la metafísica como un sinsentido, porque las afirmaciones metafísicas no son reportes de observación, ni son deducibles de tales reportes. Más pertinente para esta discusión, es que la tesis llevó además a una concepción del significado de los términos teóricos en la ciencia. Las afirmaciones teóricas en la ciencia tendrían un significado solo si son reducibles a oraciones de observación. Tal reducción de las oraciones de la teoría científica se lograría reemplazando todas las palabras teóricas de tales sentencias por un set más complicado de oraciones de observación en cuyos términos las palabras teóricas serían definidas. De esta forma, los términos y afirmaciones teóricas utilizando tales términos podrían ser vistos como un atajo conveniente para las afirmaciones más complicadas que podrían siempre ser hechas en principio.

Esta tercera presuposición del positivista lógico se confunde frecuentemente con la segunda presuposición, la teoría del significado basa en criterios. Pero son, de hecho, bastante distintas. La teoría del significado basa en criterios asevera que el significado son los criterios, la teoría empirista añade que solo criterios verificables empíricamente podrían servir como criterios. En lo que se refiere a que las palabras ordinarias tengan objetos físicos o clases de objetos como sus referentes, la separación es menos importante. Con los términos teóricos, sin embargo, la tesis empirista debe separarse de la tesis de los criterios, por cuanto la tesis empirista hace una aseveración extra significativa, esta es, que los términos teóricos son meros atajos para, o abreviaciones de, algún set de afirmaciones de observación. Uno podría rechazar este aspecto reduccionista de la tesis empirista sin rechazar generalmente la teoría del significado basada en criterios.

En tanto que los estándares legales de autoridad usan términos teóricos que carecen de cualquier referente físico obvio, palabras tales como “malicia”, “título”, “derecho” y “estado” - un formalista legal debe también suscribir la tesis empirista con sus implicaciones reduccionistas; Por cuanto si todo lo que un juez tiene es una regla legal enmarcada con tales términos y hechos descritos con oraciones de observación, el necesita algún puente entre ambas. Él necesita, de hecho, un puente bastante fuerte, por cuanto le debe permitir lógicamente cruzar de los hechos al tipo de derecho más abstracto. Aparentemente, solo la tesis empirista le permitiría construir este puente, porque solo ella garantiza que incluso las más abstractas palabras legales tengan una conexión con descripciones verificables.

Supóngase que un estatuto sobre homicidio define “homicidio” como “matar a otra persona con malicia.” El juez tiene frente a sí un caso rico en hechos sobre la acción del acusado y su estado mental. ¿Cómo es que el juez va a *deducir* que la malicia estaba o no estaba presente? Para llegar a las verdades analíticas necesarias para hacer una deducción, el juez debe especificar el criterio de “malicia” en términos de observación -términos que se “adecuen a los hechos” (*meet the facts*). Sin embargo, malicia es un término conocido no ordinario en el derecho. No se refiere a ningún estado mental singular de quien actúa, como la “intención” o el “motivo de” si se referirían. El juez, para tener criterios para “malicia” que sean útiles, debe entonces reducir la palabra a términos más básicos.

El juez comenzaría con algo como la sección 188 del Código Penal de California, que señala que la malicia puede ser ya expresada o implícita (*express or implied*). Uno debería interpretar esto significando que hay dos condiciones independientemente suficientes para la malicia: X (un homicidio particular) es hecho con malicia, si y solo si, era hecho con malicia expresa o con malicia implícita. Usando los símbolos del cálculo de predicados, esto podría ser representado

como que: (x)  $[Mx \equiv (EMx \vee IMx)]$ . Para avanzar más allá de los términos técnicos a ambos lados del bicondicional, siguen siendo necesarias definiciones de “malicia expresa” (EM) y de “malicia implícita” (IM). La malicia expresa está definida en el Código Penal de California como un homicidio intencional; la malicia implícita se define como un homicidio a sangre fría (*depraved heart*) o un homicidio sin provocación. Si la malicia expresa se define como intencional (I), entonces I puede ser sustituida por EM en los criterios para malicia. Similarmente, si la disyunción entre depravado y maligno corazón (DH) o sin provocación ( $\neg P$ ) es la definición de malicia implícita, entonces su disyunción podría ser sustituida por la última oración.

El resultado es:

$$(x) [Mx \equiv (Ix \vee (DHx \vee \neg Px))]$$

Esto es equivalente a:

$$(x) [Mx \equiv ((Ix \vee DHx) \vee \neg Px)]$$

Un juez formalista en este punto tendría que solamente saber que esto no es lo que la sección 188 del Código Penal de California debería significar. La ausencia de provocación es un necesario, pero no una condición suficiente de la malicia. Por lo tanto, el último conector lógico no debería ser “o”, sino que debería ser “y”. La afirmación corregida entonces sería:

$$(x) [Mx \equiv ((Ix \vee DHx) \cdot \neg Px)]$$

Al leer los casos relevantes, el juez descubrirá que la formula de arriba no está completa. Se juzga que se mató con malicia: (1) Cuando tenían la intención de causar un daño físico grave (*grievous bodily harm*) (GBH); y (2) solo si no tienen una capacidad mental disminuida (*diminished mental capacity*) (DC). Una lectura correcta de tales casos le permitiría completar su formula de la siguiente manera:

$$(x) [Mx \equiv ((Ix \vee DHx \vee GBHx) \cdot (\neg Px \cdot \neg DCx))]$$

Podría discutirse que el juez ahora tiene un set completo de criterios para la malicia. Sin embargo, él no está aún en una posición para deducir malicia, o su ausencia, desde los hechos del caso frente a él, por cuanto todos los criterios para malicia están, en sí mismos, descritos en términos técnicos. Él necesita reducir términos como “intencional”, “sangre fría (*depraved heart*)” o “capacidad disminuida” a criterios que pueden ser verificados o falseados por los hechos. El más claro ejemplo de las dificultades que pueden aparecer en este proceso de intentar reducir el término al más cercano del lenguaje ordinario: “Intencional”.

Los casos podrían convencer al juez que hay dos condiciones suficientes independientes de un homicidio intencional: Si el propósito (PP) con el cual el acto fue hecho era para matar, o si el acto fue hecho con conocimiento a una certitud substancial (K) de que la muerte se seguiría. Si esto es correcto, entonces él podría sustituir “conocimiento o propósito” (K  $\vee$  PP) por I.

¿Puede reducir el juez los términos aún más? ¿Cuáles son los criterios para términos del lenguaje ordinario tales como “propósito” o “conocimiento”? “Propósito”, por ejemplo, suele analizarse muchas veces de tal forma que se imputa a un actor solo si tres criterios son satisfechos: (1) Si la consecuencia es deseada por el actor; y (2) el actor cree que su acto tiene alguna chance de traer tal consecuencia; y (3) la creencia/deseo causó al actor a actuar como lo hizo.

Esto podría aún no satisfacer a un juez formalista. Como los positivistas lógicos, él notará que términos mentales tales como “deseo”, “creencia” y “conocimiento” deben en sí mismos tener criterios verificables si debiesen ser tenidos por significativos por el criterio empírista del

significado. Ellos no pueden referirse a estados mentales inaccesibles y privados. Él deberá, correspondientemente, tener que reducir “deseo” por ejemplo, a ciertas observaciones sobre conductas observables. Como no hay descripciones de conductas actuales que sean plausibles como criterios de “deseo”, él descansará sobre términos de disposición (*dispositional terms*) - términos que no describen conductas, sino que describen disposiciones, o tendencias, de conducta. Su lista de criterios podría ser como sigue:

*A* desea el objeto *O* si y solo si:

1. *A* tiene una tendencia a actuar de tal forma que alcanza el objeto (*O*) del deseo;
- y 2. *A* tiene una tendencia a percibirse de *O* cuando está presente
- y 3. *A* tiene una tendencia a decir, en ocasiones privadas, “Yo deseo *O*”, etc.;
- y 4. *A* tiene una tendencia a expresar placer si *O* es alcanzado;
- y 5. *A* tiene una tendencia a expresar un displacer si *O* no es alcanzado.

Si un juez completa tal análisis para todos los demás términos legales que componen el criterio para “malicia”, él parece estar en una posición para deducir la presencia de este elemento requerido del homicidio desde los puros hechos. Por ejemplo, si uno asume por el momento que los criterios que aparecen inmediatamente arriba son independientemente necesarios y en conjunto suficientes para “desear” entonces en las circunstancias apropiadas él podría deducir que el acusado deseaba la muerte de la víctima *V* (esto es, el acusado actuó en numerosas ocasiones en una manera en que era probable matar a *V*; el acusado dijo en numerosas ocasiones que era su deseo matar a *V*; el acusado saltó de alegría con la noticia de la muerte de *V* en el hospital, etcétera). Si el juez podría deducir que el acusado quería la muerte de *V* y podría además deducir la necesaria creencia y la el curso causal, entonces él podría deducir que el acusado tenía como su propósito la muerte de *V*. Esto significa que el homicidio era intencional lo cual, si no era provocado o realizado por una persona con capacidades reducidas, significa que el homicidio fue con malicia.

Para sintetizar, el juez formalista tiene que ser capaz de reducir términos abstractos del derecho a afirmaciones de observación. Solo de esa manera puede él moverse desde los hechos del caso a una conclusión legal mientras utiliza solo los términos legales.

#### C. UNA ALTERNATIVA SUBJETIVISTA A LA TEORÍA DEL SIGNIFICADO DEL POSITIVISTA LÓGICO

Un formalista podría buscar defender una teoría del significado diferente que la teoría basada en criterios. Él podría adoptar ciertas teorías contemporáneas del significado que consideran el significado de una expresión (*utterance*) más como una función de la intención del interlocutor, más que un set de convenciones lingüísticas. Él será normalmente un “contextualista” de una raya u otra, o incluso insistiendo que las palabras como palabras no tienen ningún significado que no sea completamente dependiente del contexto particular de su expresión, y que el ítem más importante en el contexto en el cual se realiza una afirmación es la intención de la persona haciendo la afirmación.

En un marcado contraste con la teoría del significado basada en criterios, tal aproximación subjetivista no requeriría la existencia de condiciones necesarias y suficientes para la aplicación justificada de una palabra. No sería necesaria tampoco la existencia de verdades

analíticas que conecten los predicados legales a los predicados fácticos. Las primeras tres presuposiciones del positivista lógico no serían entonces necesarias. En su lugar estaría una teoría subjetivista del significado: El significado de cualquier palabra (incluyendo teóricas, o terminología legal) se encuentra en las intenciones de quien las usa en cualquier ocasión de su expresión. Para aseveraciones de reglas por legislaturas o cortes, tal teoría del significado dirigiría la atención del juez a la intención del legislador o a las intenciones de jueces del pasado que autorizaron ciertas reglas del derecho común.

Para un formalista, la ventaja de esta teoría alternativa es, al final, la misma que aquella de la teoría basada en criterios. En ambos casos la tercera premisa necesaria para completar la deducción es suplida sin acudir a la discrecionalidad judicial (*judicial originality*). La premisa es una verdad analítica. Para un formalista subjetivista, la premisa es el objeto de la intención del legislador al legislar, una cuestión de hecho que no requiere que un juez utilice sus propios valores. Para revertir el ejemplo de *Kroblin*, la deducción es idéntica salvo en cuanto a la forma mediante la cual la tercera premisa es legitimada. Si un juez encuentra que la legislatura buscaba que cada pollo eviscerado fuese un producto manufacturado, él podría deducir su resultado tal como antes. De esta forma, la teoría subjetivista del significado es una presuposición alternativa a las primeras tres presuposiciones del positivista lógico.