

## | ARTÍCULO

## Derecho inteligente

### Smart Law

Jesús Ignacio Martínez García  
Departamento de Derecho Público  
Área de Filosofía del Derecho  
Universidad de Cantabria

Fecha de recepción 29/01/2018 | De aceptación: 06/06/2018 | De publicación: 27/06/2018

#### RESUMEN.

El derecho constituye una de las formas de inteligencia más necesarias y potentes, de la que depende el futuro de la humanidad. Es preciso conectar el pensamiento jurídico con el debate contemporáneo sobre la inteligencia. Se propone un enfoque integrador que abarca tanto la inteligencia artificial como la inteligencia institucional y la inteligencia emocional. Necesitamos juristas inteligentes, con nuevas formas de pensamiento, preparados para manejar un derecho que responde cada vez más a una dinámica de red. Conceptos clave de la racionalidad jurídica aparecen como componentes de la inteligencia. Las sociedades inteligentes dependen de sistemas inteligentes y las instituciones se presentan como objetos inteligentes. El derecho está modulando nuestro mundo mental y nuestra sensibilidad

#### PALABRAS CLAVE.

Inteligencia artificial, inteligencia institucional, inteligencia emocional, racionalidad jurídica.

#### ABSTRACT.

Law is one of the most necessary and powerful types of intelligence. The future of humanity depends on it. We should connect legal thinking with the actual discussion on intelligence. This article presents an integrative approach that embraces both artificial, institutional and emotional intelligence. We need smart jurists, provided with new forms of thinking and trained to manage a law working increasingly as a net. Key concepts of legal rationality are components of intelligence. Smart societies depend on smart systems. Institutions appear as smart entities. Law modulates our mental world and our sensibility.

#### KEY WORDS.

Artificial intelligence, institutional intelligence, emotional intelligence, legal rationality.

Índice: 1. La inteligencia en transformación, 2. Nuevas formas de pensamiento jurídico, 3. Creación de inteligencia jurídica, 4. Inteligencia y racionalidad, 5. El trato inteligente con la realidad, 6. Inteligencia institucional, 7. Inteligencia emocional.

El pensamiento jurídico necesita recibir constantemente estímulos conceptuales y algunos de los más potentes pueden venir del debate contemporáneo en torno a la inteligencia. La investigación sobre la inteligencia constituye un gran laboratorio de ideas, de propuestas innovadoras, de modelos y conjeturas, que no dejan indiferente al jurista<sup>1</sup>. Pues el derecho es

“producto de la inteligencia y de la voluntad de los hombres”<sup>2</sup>.

Es apasionante confrontarse con la teoría de la inteligencia para extraer factores de renovación de la racionalidad jurídica. La inteligencia interesa como un escenario de debate interdisciplinar que no cesa de interrogarse sobre las posibilidades y los límites de la mente y sobre cómo desarrollar nuevas formas de pensamiento<sup>3</sup>.

Se estudia la inteligencia para hacernos más inteligentes. No es un interés puramente teórico. Conocer la inteligencia es el primer paso para ver cómo se puede ampliar y potenciar. Para afrontar los desafíos de nuestro mundo hace falta una enorme “capacidad intelectual”, y las reservas

<sup>1</sup> Una primera impresión puede obtenerse en GARDNER, H.; *La nueva ciencia de la mente. Historia de la revolución cognitiva*, trad. de L. Wolfson, Barcelona, Paidós, 1988. El pensamiento jurídico no puede vivir sólo de sus propios recursos. De hecho en sus momentos más vigorosos ha estado en contacto con la vanguardia de la filosofía y de la ciencia de su tiempo. Por ejemplo, ciertos aspectos de la teoría kelseniana son afines a la teoría de la relatividad de Einstein. Adquiere así un relieve peculiar la concepción de KELSEN, H.; *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, sobre la “relatividad del valor moral” (p. 76), el que “norma y valor son conceptos correlativos” y todo “valor jurídico” (*Rechtwert*) es “un valor moral relativo” (p. 78).

<sup>2</sup> VECCHIO, G. del; *Filosofía del Derecho*, edic. de L. Legaz y Lacambra, Barcelona, Bosch, 1980, p. 492.

<sup>3</sup> Advertía DEWEY, J.; *La reconstrucción de la filosofía*, trad. de A. Lázaro Ros, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, que la inteligencia no es un órgano o facultad sino una “designación taquigráfica” (p. 12) para distintos métodos o “actividades inteligentes” (p. 60) con los que abordamos la realidad. Precisa MARINA, J. A.; *Teoría de la inteligencia creadora*, Barcelona, Anagrama, 1994, que en sentido estricto la inteligencia “no existe como capacidad independiente”, como una facultad especial y autónoma. Hablar de inteligencia es una “convención lingüística”, una forma de “substantivación”, pero se trata de un “adjetivo” que indica un modo de usar nuestras facultades: así hay un pensamiento inteligente, una acción inteligente, etc. (p. 24). De manera que “no es algo que se tiene o no se tiene, ni solamente es algo que se tiene

más o menos, sino que es, sobre todo, algo que se va haciendo o deshaciendo” (p. 210). Por eso la inteligencia “no es una propiedad del hombre, sino una posibilidad real que podemos desarrollar de distintas maneras, según el proyecto o modelo de inteligencia humana que nos parezca más inteligente” (p. 360). Para LUHMANN, N.; *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. de J. Torres Nafarrate y otros, Barcelona, Anthropos, 1998, el término inteligencia es una *reducción semántica*, una abreviatura para designar y abarcar de modo unitario una serie de fenómenos, reduciendo complejidad. No es un objeto ni un aspecto de la realidad, sino una perspectiva. No designa “un sustrato psíquico o incluso orgánico” (pp. 119-120) sino que es la construcción de un observador. Es un *artificio* (lo que no significa que sea algo ficticio o imaginario, una palabra hueca referida a un hecho inexistente) mediante el que “se interpreta lo no observable” (p. 120), un modo de aproximarse a algo que no se puede ver. Inteligencia designa “el hecho de que no se puede observar cómo se genera el que el sistema autorreferencial, en contacto consigo mismo, escoja una y no otra solución a un problema” (p. 119). Designa una zona opaca, una “complejidad no transparente” (p. 120). La persona inteligente, el sistema inteligente, a través de operaciones que no conocemos, intenta resolver sus problemas. Decimos que lo hace con su inteligencia y de este modo emerge un nuevo nivel de observación que genera una “transparencia relativa” (p. 120), pues la perspectiva de la inteligencia permite plantear relaciones y efectuar nuevas observaciones, incluso operaciones de autoobservación.

disponibles de inteligencia no siempre están a la altura de las circunstancias.

## 1. La inteligencia en transformación

La teoría del derecho de las últimas décadas ha experimentado un importante desarrollo por influencia, entre otras ramas del saber, de la filosofía analítica y de la teoría de la argumentación. Ahora nos situamos en una nueva fase tecnológica que algunos califican ya como cambio de paradigma: nuevas máquinas, pero sobre todo nuevos temas, nuevos objetivos, nuevos comportamientos, nuevas mentalidades. A la evolución de la técnica sigue siempre una reestructuración de la racionalidad.

Y toda transformación en el territorio de la inteligencia tiene repercusiones sociales. Un cambio en el panorama de la inteligencia provoca cambios en el plano social, económico y político. Uno de los efectos más preocupantes del desarrollo de la inteligencia artificial y de la robótica es su impacto en el ámbito laboral<sup>4</sup>. Algunas profesiones jurídicas van a desaparecer o van a quedar profundamente alteradas. Aparecerán otras

nuevas. Los modos de pensar de los profesionales del derecho ya están cambiando<sup>5</sup>.

La inteligencia artificial no sólo se añade a la “inteligencia natural” (que siempre es un producto social y cultural) sino que acaba modificándola. Provoca una nueva mentalidad, también entre los juristas. Siempre ha sido así con los grandes avances tecnológicos. Veamos algún ejemplo.

El trato con las máquinas acabó transformando al hombre de la revolución industrial, y por supuesto al profesional del derecho. La mente de un abogado de la Inglaterra victoriana tenía un dinamismo diferente de la de un jurista de Oxford en la época de Locke. No es sólo que el derecho vigente hubiera cambiado: habían cambiado las estructuras mentales.

Cuando Hobbes estaba trazando las grandes líneas del Estado absoluto planteó que lo primero que tenía que hacer el jurista no es leer libros de derecho sino observar el reloj mecánico, una de las máquinas más avanzadas de su tiempo<sup>6</sup>. El autómatas que aparece en las primeras páginas del *Leviatán* es un desafío intelectual formidable.

<sup>4</sup> CASTELLS, M.; *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, Vol. III: *Fin de milenio*, trad. de C. Martínez Gimeno y J. Alborés, Madrid, Alianza, 2001, distingue entre “trabajador genérico” y “trabajador autoprogramable”. El primero sólo dispone de “la capacidad de recibir y ejecutar señales” dentro de la tarea que le ha sido asignada, pero carece de “capacidad de reprogramación”. Se trata de “terminales humanos” que pueden ser “reemplazados por máquinas”. El otro puede “reprogramarse” y tiene “la capacidad de redefinir constantemente la cualificación necesaria para una tarea determinada” (p. 411).

<sup>5</sup> Cfr. GOODMAN, J.; *Robots in Law: How Artificial Intelligence is Transforming Legal Services*, London, ARK Group, 2016;

ASHLEY, K. D.; *Artificial Intelligence and Legal Analytics. New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; SUSSKIND, R.; *Tomorrow Lawyers. An Introduction to Your Future*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 184 y ss; ASIS, R. de; *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 23 y ss.

<sup>6</sup> HOBBS, T.; *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, trad. de M. Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, comienza con los “autómatas” o “artefactos que se mueven a sí mismos por medio de resortes y ruedas como lo hace un reloj” (Introducción, p. 3).

Sabía que el jurista que hace la experiencia de la máquina deja de ser un hombre medieval. Los ideales de la subsunción mecánica y del juez autómatas sólo pueden nacer en un mundo en el que las máquinas se han convertido en protagonistas.

Weber era consciente de que si no hubiéramos imitado a las máquinas y no pudiéramos funcionar en cierto modo como máquinas no sería posible el Estado de Derecho, gestionado por grandes aparatos administrativos y por una racionalidad burocrática<sup>7</sup>. ¿No va a pasar algo, a mayor escala y más rápidamente, con la inteligencia artificial?

## 2. Nuevas formas de pensamiento jurídico

El contacto con nuevas realidades y nuevos lenguajes acaba provocando nuevas formas de pensamiento (por ejemplo un derecho concebido, no ya como conjunto de normas ni como ordenamiento, sino como programa, del mismo modo que un ser vivo ya no se define como un conjunto de células ni de órganos sino por su genoma).

La mayoría de los estudios jurídicos sobre informática y robótica se orientan hacia una problemática técnica o instrumental, concibiendo la máquina como una herramienta útil. O bien se centran en una problemática ética o de tratamiento jurídico: protección de datos, comercio electrónico, administración electrónica, amenazas a la libertad, acceso y control de usuarios, cancelación y rectificación de información, ciberseguridad, etc. La inteligencia artificial se aborda desde el punto de vista de los nuevos ámbitos necesitados de regulación o de los riesgos que crea<sup>8</sup>. Pero aquí interesa como desafío conceptual. Va a tener un fuerte impacto en la *forma mentis* del jurista, y reclama un nuevo marco conceptual.

Por otra parte el lugar del hombre en el mundo, el futuro de la condición humana, que en otros tiempos se debatía en el marco de la religión, de la metafísica y de la ética, ahora se está dirimiendo también en el ámbito de la teoría de la inteligencia. Y esto acabará exigiendo una *política de la inteligencia*<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Señala WEBER, M.; *¿Qué es la burocracia?*, Trad. de R. Arar, Buenos Aires, Editorial Leviatán, 1985, que el funcionario forma parte de un “aparato” burocrático y generalmente “es un simple engranaje de un mecanismo siempre en marcha que le ordena ir en un sentido esencialmente fijo” (p. 79). Normalmente “no puede hacer arrancar ni detener el mecanismo” (p. 80). Su interés radica en “que el mecanismo siga funcionando” (p. 80). En “Parlamento y gobierno en una Alemania reorganizada. Una crítica política de la burocracia y de los partidos (1918)”, en *Escritos políticos*, trad. de J. Abellán, Madrid, Alianza, 1991, la organización burocrática aparece como una “*maquina viviente*” (p. 144). En principio el funcionamiento de la Administración puede ser “*calculado*

*racionalmente* sobre la base de normas generales fijas, igual que se calcula el rendimiento previsible de una *máquina*” (p. 129). Sería también como una *máquina calculadora*.

<sup>8</sup> PEREZ LUÑO, A.- E.; *Manual de informática y derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, sí que plantea explícitamente el problema de la inteligencia en pp. 181 y s.

<sup>9</sup> RAWLS, J.; *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 124, propone considerar la inteligencia como un “acervo común (*common asset*)”.

Pensemos en internet. No es sólo un nuevo espacio necesitado de regulación, un nuevo *objeto de derecho*. No basta con elaborar un “régimen jurídico de internet”. Lo que estamos planteando es que internet ejerce un *desafío epistemológico* que provoca la transformación de nuestros modos de actuar y de pensar, también como juristas<sup>10</sup>. El jurista está ya funcionando en red, y *pensando en red*. Esto acaba alterando las categorías jurídicas. Así el ordenamiento no aparece tanto como conjunto de normas sino como base de datos, la jerarquía normativa queda deformada por dinámicas circulares, el sistema de fuentes se sitúa en la perspectiva de *big data*, la interpretación se encuadra en una heurística, la jurisprudencia se comporta como la memoria del sistema, la dogmática transforma la indeterminación jurídica en alternativas de lógica binaria, el concepto de relación jurídica se aproxima al de conectividad informática, la teoría del sujeto de derecho se distorsiona para incorporar la personalidad electrónica, la racionalidad procedimental adquiere un perfil algorítmico, etc.

Y además las redes son *interactivas*, con lo que el trabajo con el derecho comienza a verse de otra manera. El sistema ya no se *aplica* sino que se *activa*. Se *opera* en un derecho que ya no se compone tanto de normas como de conexiones y que se recrea en cada una de sus operaciones. Las decisiones no son deducciones ni subsunciones sino acontecimientos de reducción de complejidad y procesadores de incertidumbre. Cada decisión puede modificar el estado del sistema. Las decisiones están encadenadas y nadie gobierna totalmente el proceso decisorio<sup>11</sup>. Ser jurista es ser experto en manejar circuitos normativos que dan un formato a la complejidad del mundo

El sistema, el gran ideal de la dogmática clásica, pretendía para el derecho los rasgos de orden (coherencia interna) y unidad (conexión entre sus partes)<sup>12</sup>. Ahora se difumina, se debilita o se va descomponiendo en fragmentos, que forman microsistemas a la deriva o dejan simplemente un rastro de conceptos sueltos, desperdigados en un universo jurídico policéntrico, en constante transformación y expansión.

<sup>10</sup> Sobre la red como nueva forma de organizar la realidad cfr. CASTELLS, M.; *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, Vol. I: *La sociedad red*, trad. de C. Martínez Gimeno y J. Alborés, Madrid, Alianza, 2001, pp. 549 y ss. Aunque “no todas las dimensiones e instituciones de la sociedad siguen la lógica de la sociedad red” es ahora la “lógica dominante” que “absorbe y somete gradualmente a las formas sociales preexistentes” (Vol. III: *Fin de milenio*, cit., p. 421). Cfr. también IZUZQUIZA, I.; *Filosofía del presente. Una teoría de nuestro tiempo*, Madrid, Alianza, 2003, pp. 160 y ss.

<sup>11</sup> Advierte LUHMANN, N.; *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, trad. de D. Rodríguez

Mansilla, Barcelona, Anthropos, 1997, que en los grandes aparatos organizativos articulados mediante decisiones puede suceder que los que deciden sobre las premisas de decisión de otros “no saben con seguridad lo que se decide antes de ellos, al mismo tiempo que ellos ni después de ellos; con mucha frecuencia no saben exactamente qué deciden ellos mismos ni qué será visto y trabajado como su decisión en el sistema” y “ni siquiera saben con seguridad suficiente ni con bastante exactitud qué decisiones o no decisiones provocan con su decidir” (p. 71).

<sup>12</sup> Cfr. CANARIS, C.-W.; *El sistema en la jurisprudencia*, trad. de J. A. García Amado, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 20 y 21.

No lo echamos en falta. Evoca un mundo cerrado, rígido, homogéneo, incluso presuntuoso en su afán por tener respuestas preparadas de antemano. Desconfiamos de la propensión sistemática, de las configuraciones conceptuales fijas y compactas. La morfología de la red está mejor adaptada para manejar un mundo fluido y cambiante.

La inteligencia jurídica ya no se concibe primariamente como soltura para el *encaje* sistemático, como habilidad para moverse en una estructura de conexiones preestablecidas. No es un pensamiento básicamente clasificatorio y tipológico. Es más bien destreza para poner en práctica una *lógica de la interconexión* en ámbitos poco estructurados, capaz de generar interacciones y de articular componentes dispares e incluso divergentes<sup>13</sup>. No se conforma con encasillar; pretende modelar y reconfigurar.

La dogmática estuvo obsesionada por la determinación, por la idea fija, por decantar el derecho en imágenes de alta definición. Pero una teoría jurídica “mecánica” no puede abordar la “textura abierta” del lenguaje jurídico. Tampoco sirve para explorar la lógica borrosa de los principios, en su interacción y metamorfosis. Necesitamos otra idea de precisión que nos haga

manejar el material normativo como si fuera un objetivo móvil, un dispositivo regulable. Sólo en los casos claros se produce un enfoque “automático”<sup>14</sup>. Antes se pretendía hacer el derecho *inteligible*. Ahora buscamos hacerlo *inteligente*.

Lo que hagamos con el derecho tiene que tener sentido. Pero el sentido no está disponible, preparado para extraerse del ordenamiento, considerado (al modo de cierta hermenéutica simplista) como un depósito de sentido. El sentido del derecho no es algo ya dado, constatable, aprehensible, sino un proceso que tiene que regenerarse y actualizarse. Hay que *dar sentido*, y esto significa generarlo, lo que llevará a un nuevo sentido<sup>15</sup>. Las operaciones jurídicas de una cierta entidad provocan desplazamientos del sentido. La inteligencia jurídica no es repetitiva sino productiva de sentido. Trabaja siempre dentro de unos límites del sentido que son variables y lo hace descubriendo posibilidades y creando diferencias.

Necesitamos hacer del pensamiento jurídico un observatorio sensible a los cambios que se están insinuando. La teoría del derecho tiene que convertirse en un *sensor* capaz de registrar ciertas señales y sacudidas, ciertos movimientos

<sup>13</sup> Para CASTELLS, M.; *La era de la información*, cit., la “lógica de interconexión” aspira a “estructurar lo no estructurado mientras se preserva su flexibilidad”, teniendo en cuenta que “lo no estructurado es la fuerza impulsora de la innovación en la actividad humana” (Vol. I, p. 104).

<sup>14</sup> Cfr. HART, H. L. A.; *El Concepto de Derecho*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, pp. 160 y 158.

<sup>15</sup> Explica LUHMANN, N.; *Sistemas sociales*, cit., que “el sentido en general sólo puede ganar realidad actual en la remisión a un sentido diferente” (p. 79). Presenta un “momento de inquietud” puesto que “el sentido se obliga a sí mismo al cambio” (p. 81).

significativos, que se están produciendo en todas las zonas del derecho.

Un rasgo distintivo de estos cambios es que se manifiestan en lugares secundarios e insospechados. No se producen exclusivamente en la cúspide de la pirámide kelseniana. A diferencia de las teorías clásicas de la evolución jurídica, las transformaciones decisivas no siempre se detectan en un nivel constitucional ni de jurisprudencia constitucional. Puede ser más importante una pequeña alteración en un lugar periférico, que aunque tenga escaso rango normativo logra infiltrarse por el ordenamiento con una estrategia de tipo *viral* y se apodera de zonas vitales del derecho. Un segmento o cápsula de racionalidad jurídica se pone en circulación y, al incorporarse a procesos que funcionan en red, los invade y los altera. Genera efectos transformadores que amplifican su repercusión y obligan a repensar ciertas categorías.

Necesitamos un pensamiento jurídico *puesto en forma*, capaz de dar respuestas adecuadas a los problemas de sociedades complejas expuestas a cambios muy acelerados. La

racionalidad jurídica tiene que reinventarse constantemente, con esquemas estimulantes y nuevas conexiones.

### 3. Creación de inteligencia jurídica

Hay que *poner a los juristas en el mapa de la inteligencia*. Y esto implica reconocer que el pensamiento jurídico no es sólo “inteligencia aplicada” sino *creación de inteligencia*<sup>16</sup>. La *inteligencia jurídica* es uno de los grandes logros del pensamiento humano<sup>17</sup>. El derecho es tanto el origen como el resultado de una forma peculiar de inteligencia. Pero ante un desarrollo sin precedentes de la ciencia y de la tecnología corremos el peligro de que se quede atrás. Es un riesgo que la sociedad actual no puede correr. Si el derecho no se da prisa y deja de ser un actor principal de la transformación de la realidad estamos arriesgando demasiado. Esto exige *un derecho cada vez más inteligente* y en condiciones de tratar con las nuevas formas de inteligencia que protagonizan las sociedades avanzadas<sup>18</sup>.

Para ello es preciso abandonar una visión meramente regulativa. El derecho no se limita a

<sup>16</sup> Leemos en SAVIGNY, F. C.; *Sistema del derecho romano actual*, trad. de J. Mesía y M. Poley sobre una versión francesa, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1878-1879, Vol. I, que el “penoso trabajo” del jurista, que se abre camino en lucha contra todo tipo de obstáculos, “desenvuelve las fuerzas de la inteligencia” (Prólogo, p. 52).

<sup>17</sup> Reconoce NINO, S.; *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Paidós, 1984, que “los derechos humanos son uno de los más grandes inventos de nuestra civilización”, con un impacto comparable al de los grandes avances científicos y tecnológicos. Se trata de creaciones “artificiales” que

son, “como el avión o la computadora, producto del ingenio humano” (p. 13). Habría que añadir que además se han convertido en factores configuradores de nuestro pensamiento, en *componentes* de nuestra inteligencia.

<sup>18</sup> Advierte JONAS, J.; *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, trad. J. M. Fernández Retenaga, Barcelona, Herder, 1995, que para responder adecuadamente a las exigencias de la sociedad futura hay que comenzar planteando “la pregunta de qué *inteligencia* o qué *saber de los valores* debe hacerlo” (p. 57).

regular la realidad. No podemos conformarnos con decir que va a remolque de la sociedad. El derecho es *constructor de realidad*<sup>19</sup>. La tecnología jurídica es capaz de crear *realidades artificiales* que transforman el mundo<sup>20</sup>. Son en cierto modo *realidades virtuales* (pertenecientes al ámbito espectral del “deber ser”, dicho en términos kelsenianos) que modifican la realidad y que en su interacción con la realidad de los hechos y producen algo parecido a eso que ahora se denomina *realidad aumentada*<sup>21</sup>. Siempre ha sido así: pensemos en el invento de la personalidad jurídica, que hizo posible un desarrollo económico sin precedentes; o en la categoría de derecho subjetivo, que abrió el camino para los derechos

humanos; o en el Estado de Derecho, que ha cambiado la historia.

La misma inteligencia es compleja y sólo un *jurista complejo* puede ser inteligente<sup>22</sup>. Disponemos de una *inteligencia múltiple*, que abarca todas las facetas del ser humano. Incluye tanto la razón como la imaginación y el sentimiento; concierne tanto al pensamiento como a la voluntad. El jurista se ha ocupado a fondo de su propia racionalidad, de las características específicas de la *ratio iuris*. La perspectiva integradora de una *inteligencia compleja* facilita ahora la conexión de la razón con las demás facultades del hombre.

<sup>19</sup> Así BELTRÁN, M.; *La realidad social*, Madrid, Tecnos, 1991, ha tratado de la “construcción administrativa de la realidad social” (pp. 163 y ss.).

<sup>20</sup> Cfr. por ejemplo RORTY, R.; *¿Esperanza o conocimiento? Una introducción al pragmatismo*, trad. de E. Rabossi, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001, sobre los derechos humanos como “construcciones sociales” (pp. 97 y ss.).

<sup>21</sup> QUÉAU, P.; *Lo virtual. Virtudes y vértigos*, trad. de P. Ducher, Barcelona, Paidós, 1995, ha intentado una aproximación al estatuto lógico de lo virtual. Los avances tecnológicos están desarrollando mundos virtuales con determinadas propiedades, programados para efectuar ciertas operaciones. Son lugares y objetos artificiales en los que podemos entrar, que ofrecen nuevas formas de representación e interacción. Modelan la realidad y “configuran mundos” (p. 11). Provocan procesos de hibridación que nos hacen replantear las fronteras de lo que entendemos por realidad. Modifican nuestra relación con el mundo y afectan a nuestro “sentido de la realidad” (p. 12). No se trata de la falsa apariencia o simulacro: “las realidades ‘virtuales’ no son irreales, poseen cierta realidad” y “no son simples ilusiones” (p. 17). Se crean representaciones digitales que “no son representaciones analógicas de una realidad ya existente, sino simulaciones numéricas de realidades nuevas” (p. 19). La “simulación virtual” (p. 20) puede contribuir a renovar la problemática de la realidad y la ficción jurídica, por ejemplo más allá de lo que planteaba ROMANO, S.; “Realidad jurídica”, en *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. de S. Sentís y M. Ayerra, Comares, Granada, 2002, pp. 259 y ss. La inteligencia jurídica despliega mundos virtuales, de alta tecnología conceptual,

para realizar sus operaciones. Cada vez más *se gestiona la realidad desde la virtualidad*.

<sup>22</sup> La teoría de la complejidad se ha hecho imprescindible en el debate contemporáneo. La inteligencia trabaja con complejidad. MORIN, E.; *El Método*, Vol. III: *El conocimiento del conocimiento*, Libro I: *Antropología del conocimiento*, trad. de A. Sánchez, Madrid, Cátedra, 1988, caracteriza la inteligencia como “aptitud para pensar, tratar, resolver problemas en situaciones de complejidad” (p. 193). Para ID.; *Introducción al pensamiento complejo*, trad. de M. Pakman, Barcelona, Gedisa, 1994, “la complejidad se presenta con los rasgos inquietantes de lo enredado, de lo inextricable, del desorden, la ambigüedad, la incertidumbre...” y “es un tejido (*complexus*: lo que está tejido en conjunto) de constituyentes heterogéneos inseparablemente asociados” (p. 32). Y decía en ID.; *El Método*, Vol. II: *La vida de la Vida*, trad. de A. Sánchez, Cátedra, Madrid, 1983, que “la hipercomplejidad pide inteligencia, más inteligencia, siempre inteligencia”, una *inteligencia consciente*, entendiendo la consciencia como “la inteligencia de la inteligencia” que hace posible “que la inteligencia reflexione y actúe sobre sí misma” (p. 514). La inteligencia organiza y transforma complejidad, pero la complejidad no se puede *simplificar*. Advierte LUHMANN, N.; *Sistemas sociales*, cit., que “reducción de complejidad” significa “reducción de una complejidad por otra” para obtener una “complejidad estructurada”, una “diferencia de complejidades” (p. 50), pues “sólo la complejidad puede reducir complejidad” (p. 49). El derecho necesita pensar lo social en su complejidad y ofrecer instrumentos complejos para dar forma a las nuevas realidades.

## 4. Inteligencia y racionalidad

La inteligencia se plasma en distintas formas de racionalidad. La racionalidad es inteligencia condensada, pautada, dispuesta para ser aplicada. Se concreta en normas, en fórmulas, en programas, en protocolos, en *aplicaciones para ser instaladas* en nuestra mente o en nuestro ordenador. La racionalidad es *inteligencia computacional*, inteligencia disponible, con instrucciones de uso, como si fuera un manual del usuario con el que aprendemos a realizar ciertas operaciones<sup>23</sup>. La racionalidad nos sitúa como usuarios de programas, pero también tenemos que ser programadores. Gracias a la racionalidad nos convertimos en expertos y manejamos *sistemas expertos*, que quizá delegaremos en máquinas, pero hay que distinguir entre pensador y experto. Un experto es alguien que resuelve problemas definidos por otros; un pensador cuestiona los programas y la forma de ver los problemas. Llamamos *jurista* al pensador del derecho y no al mero operador jurídico.

Para el *jurista digital* el derecho ya no es un conjunto de normas sino un conjunto de programas (siempre en plural: no es un solo programa, ni puede sintetizarse en un programa de programas). Y los programas jurídicos están siendo reprogramados cada vez que se activan, y no sólo por el legislador: las intervenciones de la judicatura y de la Administración pueden tener efectos reprogramadores. La interpretación jurídica es un gesto reprogramador en el que una palabra actúa como un *microchip*, como si fuera un material semiconductor sobre el que se fabrican circuitos. Los términos jurídicos son mandos que activan programas, teclas desde la que dar órdenes al derecho. Ahora el jurista está ante el derecho como ante el teclado de un ordenador. Manejamos *programas abiertos* que dan al usuario cierta capacidad para alterarlos<sup>24</sup>.

La racionalidad es *tecnología de la inteligencia*, es un *dispositivo* de la inteligencia, es *inteligencia operativa*. Una de las principales conquistas de la inteligencia es la creación de formas de racionalidad, que permiten que sea

<sup>23</sup> MORIN, E.; *El Método*, Vol. II: *La vida de la Vida*, trad. de A. Sánchez, Madrid, Cátedra, 1983, pp. 210 y ss., distingue entre *computo* y *cogito*. La computación, que no hay que limitar al cálculo numérico, es cualquier operación lógica de manipulación de signos (reconocer, extraer, comparar, combinar, codificar, memorizar, transmitir, etc.), que puede incluir capacidad autoprodutora y autoorganizadora. Puede ser realizada tanto por “máquinas vivientes” como por máquinas artificiales. A diferencia de la computación, por *cogito* se entiende un proceso consciente y reflexivo. En ID.; *El Método*, Vol. III, cit., precisa que el ser humano tiene “la posibilidad de cogitar sus computaciones” (p. 123). No es sólo un *general problems solver* (GPS), un “solucionador”, sino también un “problematizador” (p. 126). La cogitación se desarrolla a partir de la computación y constituye la emergencia de “un nuevo

nivel de organización” (p.128). El *ars cogitandi* es un pensamiento creador, capaz de dudar e imaginar (cfr. pp. 204 y ss.).

<sup>24</sup> LUHMANN, N.; *El derecho de la sociedad*, trad. de J. Torres Nafarrate y otros, México, Universidad Iberoamericana, 1998, plantea una máquina inteligente que se va modificando pues cada operación “coloca la máquina en otra posición” (p. 113). El derecho no es una “máquina trivial” que “transforma siempre de la misma manera *inputs* en *outputs*”, sino “una máquina que pone en juego su estado en cada operación” y así “construye en cada momento operativo una nueva máquina” (p. 114). En ID.; *Observaciones de la modernidad: Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, trad. de C. Fortea, Barcelona, Paidós, 1997, trata también de las máquinas “que reaccionan a su propio *output* o a su propio estado momentáneo” (p. 191).

activada incluso por personas poco inteligentes, de modo que sus logros puedan expandirse rápidamente y con gran eficacia. Pero es posible *que la racionalidad nos haga olvidar la inteligencia*, que la racionalidad del “intelectual” acabe suplantando su inteligencia. Porque la inteligencia no permanece cautiva de las formas de racionalidad que ha creado y es un factor de inquietud e innovación<sup>25</sup>.

Hay que subrayar el *dinamismo de la inteligencia*. La inteligencia es dinámica, mientras que la racionalidad tiene a ser estática, a moverse alrededor de sí misma o desde sí misma (dialéctica). La inteligencia es flexible, versátil, elástica (pensemos en la plasticidad cerebral). Es capaz de adaptarse a las circunstancias más variadas. No tiene la rigidez de lo racional sino la ductilidad de lo “razonable” (de ahí la extraordinaria inteligencia que muestra la teoría de la argumentación).

Por eso *la racionalidad jurídica no se puede identificar con la inteligencia jurídica*. La racionalidad es insuficiente, aunque disponga de sus propios controles de racionalidad. Puede extraviarse y llegar a ser irracional. La inteligencia nos hace capaces de convertirnos en observadores de nuestra racionalidad. Construye niveles de meta-racionalidad. Nos permite detectar y corregir *racionalidades poco inteligentes*<sup>26</sup>.

## 5. El trato inteligente con la realidad

La inteligencia no se entiende aquí como *intelecto (intellectus)*: exploración del ámbito de lo inteligible, descubrimiento de verdades. No es un juego conceptual, puramente especulativo<sup>27</sup>. No se identifica siempre con *razón* ni adquiere necesariamente un perfil “intelectual”<sup>28</sup>. Tampoco se la reduce a *entendimiento*, a capacidad de entender o comprender. Ni a *ingenio*, considerado como sagacidad, habilidad o destreza.

<sup>25</sup> Por eso hablaba ORTEGA y GASSET, J.; “Sobre la razón histórica”, en *Obras Completas*, Madrid, Alianza Editorial y Revista de Occidente, 1983, Tomo XII, de “la imposibilidad de profesionalizar la inteligencia” (p. 245). Pues “la inteligencia del inteligente” no es una “propiedad” que se tiene (p. 242). Habrá que vigilar la inteligencia del jurista que se presenta como *intelectual*.

<sup>26</sup> Para RESCHER, N.; *La racionalidad. Una indagación filosófica sobre la naturaleza y la justificación de la razón*, trad. de S. Nuccetelli, Madrid, Tecnos, 1993, “la racionalidad consiste en conducir nuestros asuntos con inteligencia” y “a veces resulta inteligente –y, con ello, ciertamente racional– actuar de una manera ‘irracional’” (p. 23). En nuestra perspectiva la inteligencia es más amplia que la racionalidad: tiene una dimensión sub-lógica y meta-lógica.

<sup>27</sup> ORTEGA y GASSET, J.; “Historia como sistema”, en *Obras completas*, cit., Tomo VI, da al término *intelecto* un sentido peyorativo, como “mero juego de ideas” (p. 46). Es una razón

estrecha, degradada y estéril que ha perdido el contacto fecundo con la realidad. Entiende por *razón* “toda acción intelectual que nos pone en contacto con la realidad (p. 47)”. De esto se hace eco RECASSENS SICHES, L.; *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1995, pp. 416 y 645. Y en DEWEY, J.; *La reconstrucción de la filosofía*, cit., encontramos una crítica de la “razón” o “puro intelecto” que busca verdades últimas (p. 12), así como del “intelectualismo” impotente, que profesa una racionalidad contemplativa y no quiere contaminarse con la práctica (p. 136).

<sup>28</sup> WEBER, M.; “Parlamento y gobierno en una Alemania reorganizada”, cit., arremetía contra “el típico esnobismo de muchos intelectualoides (también de algunos muy inteligentes)” (p. 299) que se desentienden de los problemas prácticos del presente y se dedican a hacer “elucubraciones” sobre “verdades eternas” (pp. 299 y 300). Aunque tampoco basta con los “intelectuales aplicados y técnicos” (p. 298), buenos servidores y *funcionarios de la inteligencia*.

La inteligencia que hoy está en el centro de interés de las ciencias cognitivas no pertenece al reino etéreo del pensamiento sino que se expresa y desarrolla en el *trato con la realidad*. Es radicalmente “realista” (aunque paradójicamente para trabajar con la realidad necesita postular la irrealidad y la ficción, como saben los juristas)<sup>29</sup>. No es primariamente asunto teórico e “intelectualista” sino en última instancia práctico.

Se acentúa la dimensión pragmática de la inteligencia: se trata de *manejar* la realidad<sup>30</sup>. Y una realidad que es inestable. Por eso el derecho no trabaja con certezas sino con elementos que son *transformadores de incertidumbre*. No es como el razonamiento lógico, que utiliza reglas de inferencia válidas para deducir conclusiones verdaderas a partir de premisas ciertas.

La inteligencia tiene que ver con la observación, con la capacidad para plantear y resolver problemas, con el descubrimiento y creación de posibilidades, con hacer proyectos y tomar decisiones, con la evaluación críticamente sus aportaciones. Con estos trazos esquemáticos se percibe ya la estrecha conexión que la

investigación contemporánea sobre la inteligencia puede tener con el pensamiento jurídico.

En primer lugar la inteligencia está vinculada a la percepción. No exige tanto un saber abstracto y conceptual como la perspicacia de un *saber ver*. Decimos que hay que “despertar la inteligencia”, que hay que “abrir los ojos” a la realidad. Se expresa con preferencia con imágenes visuales: el jurista necesita tener “vista”, como el médico necesita tener ojo clínico, o el político visión de Estado<sup>31</sup>. Las normas, los conceptos, las teorías, son también esquemas de percepción. Antes que regulador el derecho es un potente *observador de la realidad*. La inteligencia se demuestra especialmente penetrando en lo que no se suele ver, ensayando distintas perspectivas, detectando distorsiones, cuestionando la propia percepción, introduciendo enfoques nuevos y visiones de largo alcance. El derecho modifica nuestro modo de ver la realidad. Pensemos en los derechos humanos: antes que reglas y principios funcionan como potentes esquemas mediante los que vemos a los demás y nos vemos a nosotros mismos. Los derechos humanos han replanteado y corregido nuestra visión, y lo seguirán haciendo.

<sup>29</sup> MARINA, J. A.; *Teoría de la inteligencia creadora*, cit., ha destacado que la inteligencia “conoce la realidad e inventa posibilidades, y ambas cosas las hace *gestando y gestionando la irrealidad*” (p. 24).

<sup>30</sup> Como ha dicho VARELA, F.; *El fenómeno de la vida*, Santiago de Chile, J. C. Sáez Editor, 2000, “la inteligencia no es un conjunto de reglas, sino la capacidad de desenvolverse en un entorno cambiante” (p. 48).

<sup>31</sup> IHERING, R. von; “Teoría de la técnica jurídica”, trad. de S. Sanjosé, en CASANOVAS, P. y MORESO, J. J. (Eds.); *El ámbito*

*de lo jurídico: Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, se refería a la “*vista jurídica*” y al “*ojo jurídico*” (p. 99). Se trata del cap. 41 de *El espíritu del derecho romano*. También ROMANO, S.; “Juristas”, en *Fragmentos de un diccionario jurídico*, cit., reconoce que el jurista debe poseer “la particular vista o intuición que los médicos designan con la expresión de ‘ojo clínico’ y los juristas con la expresión de ‘sentido jurídico’” (p. 162).

La inteligencia es siempre pensamiento de problemas<sup>32</sup>. El *problem solving* constituye una de las facetas que más están interesando ahora. Tenía razón la tópica jurídica al insistir en que la raíz del pensamiento jurídico no son las normas sino los problemas<sup>33</sup>. La inteligencia es *pensamiento problemático*, tanto en el sentido de esfuerzo por resolver problemas como en el sentido de capacidad problematizadora. Ambos aspectos están íntimamente relacionados. Los derechos más inteligentes no sólo tienen normas sino también dogmática. Y la gran dogmática (lo podemos ver claramente en derecho civil y en derecho penal) se caracteriza por su capacidad de problematizar<sup>34</sup>. La dogmática desarrollada, a diferencia de la mera exégesis, no cesa de hacer preguntas al derecho y descubrir nuevas posibilidades. Las Constituciones proyectan sobre el resto del derecho una constelación de principios que no cesan de problematizarlo. Una de las funciones, no siempre declarada, de la jurisprudencia constitucional y es problematizar la misma Constitución y el conjunto

del ordenamiento. Es mucho más que un mero control de constitucionalidad.

La inteligencia es también creación de *artefactos*, y en este sentido es siempre inteligencia “artificial”. No sólo piensa sino que hace: es realizativa (*performativa*). Cristaliza en ideas y en objetos que transforman la realidad. Es manifestación del *homo faber*, fabricante de herramientas y en última instancia *fabricante de realidad*<sup>35</sup>. El derecho construye una realidad jurídica artificial, basada incluso en ficciones y en presunciones, producto de la inteligencia humana<sup>36</sup>. El que hablemos de “técnica jurídica”, de “maquinaria jurídica”, y que juristas norteamericanos hayan planteado una “ingeniería jurídica”, revela una conciencia de la imprescindible deriva técnica de la inteligencia<sup>37</sup>. La racionalidad jurídica, que no es natural sino artificial, encuentra aquí puntos de confluencia con la epistemología de la inteligencia artificial y de la robótica. Y ya no se trata de máquinas triviales, que responden al modelo mecanicista de *input-output*,

<sup>32</sup> Frente al problema que dificulta o impide el paso (*aporía*) para BERGSON, H.; *La evolución creadora*, trad. de M. L. Pérez Torres, Madrid, Espasa-Calpe, 1985, “la función esencial de la inteligencia será la de discernir, en cualquier circunstancia, el medio de salir del paso” (p. 140).

<sup>33</sup> Cfr. VIEHWEG, T.; *Tópica y jurisprudencia*, trad. de L. Díez-Picazo, Madrid, Taurus, 1986, pp. 53 y ss.

<sup>34</sup> Para LUHMANN, N.; *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. I. de Otto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, una función decisiva de la dogmática es “problematizar normas para la inclusión de otras posibilidades de decisión” (p. 34).

<sup>35</sup> Así leemos en BERGSON, H.; *La evolución creadora*, cit.: “no diríamos, quizá, *Homo sapiens*, sino *Homo faber*. En definitiva, *la inteligencia (...) es la facultad de fabricar objetos artificiales (...) y de variar indefinidamente su fabricación*” (p. 131).

<sup>36</sup> Puede recordarse que para HUME, D.; *Tratado de la naturaleza humana*, trad. de F. Duque, Madrid, Tecnos, 1988, la misma justicia es *artificial*, pues deriva de “un artificio o proyecto debido a las circunstancias y necesidades de los hombres” (p. 643).

<sup>37</sup> POUND, R.; *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. de J. Puig Brutau, Granada, Comares, 2004, presenta el orden jurídico como una “ingeniería social” y sus elementos como las “fórmulas del ingeniero” (p. 184).

sino de máquinas inteligentes capaces de “aprender” y modificar sus programas.

Hablamos de *inteligencia creadora*, de pensamiento creativo<sup>38</sup>. Uno de los aspectos más decepcionantes de la tradición filosófica y jurídica es lo mucho que ha costado reconocer la importancia de la imaginación, casi siempre desplazada a un lugar secundario e inestable y vista con recelo. Devaluada como mera fantasía, carecía de peso y sólo se la consideraba respetable en la estética. El pensamiento jurídico ha sido reacio a confesar su origen imaginativo, en tanto que *ars inveniendi*, e incluso ha promovido una atrofia imaginativa en su preferencia por un jurista disciplinado, al servicio del orden establecido.

Pero cada vez somos más conscientes de *la raíz imaginativa de la inteligencia*<sup>39</sup>. La misma inteligencia artificial, cuando no se la reduce a mera computación, es el triunfo de una capacidad inventiva sin precedentes<sup>40</sup>.

Y como el derecho se ocupa de la convivencia la inteligencia jurídica tiene además un marcado carácter relacional. Hace emerger una *inteligencia mutua*, una inteligencia compartida<sup>41</sup>. Traza un espacio no sólo común sino también vinculante, que tiene que ser capaz de atravesar inteligibilidades diversas y de reunir formas particulares de inteligencia. En un mundo pluralista el derecho no puede ser expresión de un entendimiento acabado, estancado en sus propios

<sup>38</sup> En BERGSON, H.; *Las dos fuentes de la moral y de la religión*, trad. de J. de Salas y J. Atencia, Madrid, Tecnos, 1996, la inteligencia aparece como “facultad inventiva” (p. 29).

<sup>39</sup> Decía ORTEGA y GASSET, J.; *Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía*, Madrid, Alianza, 1996, que “se olvida demasiado que la inteligencia, por muy vigorosa que sea, no puede sacar de sí su propia dirección”. Necesita proyectos, que son obra de la imaginación. Por eso “si la vida no es realización de un proyecto, la inteligencia se convierte en una función meramente mecánica”. De modo que “sólo en un ente donde la inteligencia funciona al servicio de una imaginación, no técnica, sino creadora de proyectos vitales, puede constituirse la capacidad técnica” (p. 70). Pero también podemos considerar que una de las funciones de la inteligencia es inventar proyectos. Y en relación con el derecho hay que tener en cuenta, como dice LUHMANN, N.; *Observaciones de la modernidad*, cit., que “las organizaciones no son sistemas que realizan objetivos, sino sistemas en busca de objetivos” (p. 190). NOZICK, R.; *La naturaleza de la racionalidad*, trad. de A. Doménech, Barcelona, Paidós, 1995, entiende por imaginación “la capacidad para pensar en posibilidades nuevas y fértiles” (p. 230), la “producción de alternativas nuevas”. Pero “no hay ningún procedimiento mecánico (algorítmico) para generar las alternativas más prometedoras” (p. 231).

<sup>40</sup> Las *conexiones creativas* no dependen sólo del poder *asociativo* de la mente, como en HUME, D.; *Tratado de la naturaleza humana*, cit., en relación con “la libertad de la imaginación” (p. 53), sino también de su poder *generativo*, como en KANT, I.; *Crítica de la razón pura*, trad. de P. Ribas, Barcelona, Alfaguara, 1989, como ocurre con la “imaginación productiva” (A 123 y B 152, pp. 147 y 167). Una teoría computacional de la creatividad como la de

BODEN, M. A.; *La mente creativa. Mitos y mecanismos*, trad. de J. A. Alvarez, Barcelona, Gedisa, 1994, al explorar “inteligencia creativa” (p. 27) encuentra que “la creatividad, lo mismo que la inteligencia, no es una única capacidad o talento” (p. 29). La creatividad “no requiere de ningún poder específico, sino que es un aspecto de la inteligencia en general” que “involucra muchas capacidades diferentes” (p. 45). Habrá que detectar sus mecanismos subyacentes, los procesos de pensamiento y las estructuras mentales en las que se basa, sus “principios generativos” (p. 65), el “potencial generativo” de ciertos programas (p. 66), el “sistema generativo” involucrado (pp. 120 y 361). La creatividad no se plantea al modo romántico a partir de una “facultad mental oculta” y misteriosa (p. 46). Computación significa aquí “seguir un programa” (p. 163), pero en el sentido de la “computación conexionista” de las redes neuronales, que “no es la manipulación de símbolos formales mediante reglas programadas” (p. 177) sino un proceso de “autoorganización” de sistemas entrenados para aprender de la experiencia, que modifican las intensidad de sus conexiones (p. 169). En todo caso, aunque se puedan mecanizar ciertos mecanismos de la creatividad humana, la máquina no podría hacer algo tan característico de la creatividad como “romper las reglas”. La innovación es un proceso de ruptura, de producción de divergencias.

<sup>41</sup> En relación con la constitución intersubjetiva de la realidad HUSSERL, E.; *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, trad. de J. Gaos, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993, planteaba la necesidad de una “inteligencia mutua” (pp. 111 y 363)

criterios, detenido en la supuesta necesidad de sus categorías, sino un proceso de convergencia inventivo y abierto, siempre en construcción. Para ello es preciso promover conceptos capaces de ordenar la diversidad, de articular singularidades, de procesar diferencias, e incluso mecanismos generadores que consigan estimular, renovar y transformar.

## 6. Inteligencia institucional

Una de las grandes novedades de nuestro tiempo es que la inteligencia ya no es sólo atributo del sujeto. Hablamos de teléfonos inteligentes, edificios inteligentes, vehículos inteligentes, ciudades inteligentes, etc. Aunque pueda haber aquí un abuso del lenguaje, es sintomático de la presencia de formas de inteligencia que van más allá de la inteligencia individual. Y no se pretende que las máquinas imiten aspectos de la inteligencia humana, en una inteligencia analógica. Se trata de *sistemas inteligentes*, que hacen ciertas cosas mejor que los individuos y que pueden hacer cosas que los individuos por sí mismos no podrían. Es una inteligencia que no está en las personas sino en

los *componentes* constitutivos del sistema. Las sociedades actuales dependen cada vez más de sistemas inteligentes<sup>42</sup>.

El derecho es una forma de *inteligencia institucional*. Esto obliga a repensar la racionalidad jurídica superando una visión individualista, basada en el sujeto de derecho y en el derecho subjetivo, e incluso una visión basada en lo “inter-subjetivo”, para avanzar hacia planteamientos sistémicos<sup>43</sup>. La expresión clásica *ratio iuris* expresaba ya que el mismo derecho tiene su propia racionalidad, su propia lógica. En ocasiones el derecho es capaz de pensar por nosotros. Tiene que operar como un sistema inteligente para poder gestionar sociedades hipercomplejas. Las instituciones se convierten en *objetos inteligentes*, que no sólo son *soportes* de inteligencia, sino amplificadores, catalizadores y generadores de inteligencia<sup>44</sup>.

Necesitamos ciudadanos inteligentes, juristas inteligentes, pero sobre todo un *derecho inteligente* formado por *instituciones inteligentes*. Esto no es desconocer que el talento y las cualidades personales son importantes, ni olvidar

<sup>42</sup> Por ejemplo, ante un atentado terrorista en un espectáculo de masas la racionalidad individual no logra reaccionar adecuadamente, cae presa del pánico y se producen bloqueos y accidentes. Un sistema inteligente de evacuación (quizá informatizado y robotizado) puede poner a salvo a los que por sus propios medios hubieran quedado atrapados, arrastrados por una cadena de comportamientos individuales catastróficos. En situaciones como ésta no es factible el *rational choice* de los individuos.

<sup>43</sup> Cfr. LUHMANN, N.; “Intersubjetividad y comunicación: Dos diferentes puntos de partida para la construcción de una teoría

sociológica”, en ID.; *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*, trad. de J. Beriain y J. M. García Blanco, Madrid, Trotta, 1998, pp. 31 y ss.

<sup>44</sup> DOUGLAS, M.; *Cómo piensan las instituciones*, trad. de J. A. López de Letona y G. Gil, Madrid, Alianza, 1996, se pregunta en qué sentido, aunque “las instituciones no tienen mente propia” (cfr. pp. 27 y ss.), constituyen un “sistema cognitivo suprapersonal” (p. 12). Además habría que “indagar hasta qué punto depende el pensamiento de las instituciones” (p. 24). Las *instituciones pensantes* no son una ficción personificadora, al modo de la teoría de la personalidad jurídica.

que los hombres que crean los sistemas pueden también romperlos, ni ignorar que la alta tecnología (también la jurídica) suele ser muy frágil.

Desde hace mucho se ha sabido que es mejor el “gobierno de las leyes” que el “gobierno de los hombres”<sup>45</sup>. Las “garantías institucionales” van en esta misma dirección, ante la insuficiencia de la perspectiva de los derechos subjetivos, e incluso de los derechos públicos subjetivos. Lo nuevo es el marco teórico que proporciona una teoría de la inteligencia, que permite ir más allá de las teorías jurídicas de la institución, o de los enfoques institucionales de la filosofía analítica.

La democracia representativa es un sistema inteligente que, debido a sus complejas reglas de procedimiento, sus equilibrios, sus contrapesos y sus controles, puede resistir y sobrevivir tanto a los autócratas como a los populismos, al menos durante un cierto tiempo. La inteligencia del sistema puede compensar los errores, la debilidad y la peligrosidad de los actores. Se ha dicho que una sociedad está bien organizada cuando es capaz de resistir el paso de los malos gobernantes. Las personas son más o menos fiables. Lo decisivo saber si podemos confiar en las instituciones. Hasta

cierto punto podemos prescindir de personas inteligentes, pero nunca de sistemas inteligentes<sup>46</sup>.

El interés que está suscitando la “democracia deliberativa” apunta precisamente hacia estas cuestiones. La crítica a la democracia directa, a la democracia electrónica, al uso abusivo del referéndum, a todo aquello que en su inmediatez sirve de cauce expresivo para una sociedad irritada pero no plantea proyectos, es la denuncia de un déficit de inteligencia institucional. La potencia de los mecanismos representativos reside en su capacidad para aglutinar y reconducir las emociones a argumentos. La representación política concebida como sistema inteligente no es una cadena de transmisión mecánica de datos de la sociedad a la política sino un expediente constructor de la esfera pública que, estimulando formas más exigentes de pensar, pueda producir transformaciones efectivas. Es un elemento imprescindible para lograr *sociedades inteligentes*<sup>47</sup>.

## 7. Inteligencia emocional

Nos preguntamos también si hay lugar para la *inteligencia emocional* en el derecho. Esto no es completamente nuevo para los juristas. Ihering

<sup>45</sup> Para ARISTOTELES; *Política*, trad. de M. García Valdés, Madrid, Gredos, 1999, el gobierno de la ley es el gobierno “de la inteligencia”, 1287a, (p. 207). Juega con el paralelismo entre los términos *noûs* y *nomos*.

<sup>46</sup> Este planteamiento exige una *política de la inteligencia* distinta de la que se centra en formar dirigentes con capacidad de liderazgo y preparados para gobernar, o en contar con una élite intelectual, con una *intelligentsia* influyente.

<sup>47</sup> Esta expresión se encuentra ya en BERGSON, H.; *Las dos fuentes de la moral y de la religión*, cit., p. 29. DEWEY, J.; *La opinión pública y sus problemas*, trad. de R. Filella, Madrid, Ediciones Morata, 2004, planteaba una inteligencia que no es sólo “atributo personal” sino “inteligencia de todos” (p. 170), “inteligencia social” (p. 174).

veía en el “sentimiento jurídico” la energía que mueve el derecho<sup>48</sup>. La exigencia de imparcialidad del juez o la perspectiva de lo intersubjetivo en derecho privado exigen situar y activar de forma específica el lado afectivo de las personas. Ahora se habla de “sentido de la justicia”<sup>49</sup>. El término es significativo: no es simplemente una sensación, ni un mero sentimiento, como creían los filósofos emotivistas. La justicia es un *elemento estructurador* de la racionalidad jurídica. Es una *forma de sensibilidad* del derecho y un órgano de la sensibilidad del jurista.

El desarrollo del sentido de la justicia está estrechamente vinculado con el desarrollo de la inteligencia. La justicia es una *forma de inteligencia*, tan importante o más que otras<sup>50</sup>. De ella depende no sólo el desarrollo de la personalidad sino el desarrollo de la convivencia. Y es una faceta que no surge espontáneamente sino que es preciso suscitar y fomentar. Es preciso *reorientar cognitivamente* al sujeto para que la

perspectiva del yo se abra a las perspectivas de los otros, venciendo muchas resistencias, y esto no es un proceso automático<sup>51</sup>.

La justicia no es un parámetro ya fijado (como en cierta axiología), ni siquiera una “variable”, sino (dicho en lenguaje matemático) una “incógnita” que hay que saber despejar en todas las ecuaciones de la racionalidad jurídica. Una de las audacias del pensamiento jurídico es que introduce en sus cálculos este factor no computable, que lo inquieta, que lo desafía, que incluso desbarata los cálculos que ya se habían hecho, que lo irrita y lo mantiene despierto a la búsqueda de un derecho mejor<sup>52</sup>.

El derecho tiene que ordenar la realidad en situaciones de crispación. Para ello necesita distanciarse y enfriar. El fuego de las pasiones ofusca la razón. La racionalidad jurídica se quema cuando hay una alta temperatura emocional. No podría trabajar. Por eso para Aristóteles la ley es razón desprovista de pasión<sup>53</sup>. La tensión razón-

<sup>48</sup> IHERING, R. von; *La lucha por el derecho*, trad. de A. Posada, Madrid, Civitas, 1989, llegaba a decir que “no es la razón sino el sentimiento” lo que sostiene el derecho, pues “la fuerza del derecho descansa (...) en el sentimiento, y la razón no halla cabida cuando aquél impera” (p. 92). Decía RADBRUCH, G.; “Sobre el sentimiento jurídico”, en *Tres estudios de filosofía del derecho y una arenga para los jóvenes juristas*, trad. de J. L. Guzmán, Montevideo, Buenos Aires, Julio César Faira Editor, 2013, que, a diferencia de la jurisprudencia de conceptos y de la jurisprudencia de intereses, el movimiento del derecho libre representó una “Jurisprudencia del sentimiento”, peligrosa e incontrolable (p. 50). Hay que vincular el sentimiento jurídico, en sus distintos significados posibles, al “intelecto ponderador” (p. 47).

<sup>49</sup> Cfr. RAWLS, J.; “El sentido de la justicia”, en *Justicia como equidad: Materiales para una teoría de la justicia*, trad. M. A. Rodilla, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 103 y ss., e ID.; *Teoría de la justicia*, cit., pp. 501 y ss.

<sup>50</sup> ID.; *Teoría de la justicia*, cit., parte de que una persona “dotada de la capacidad intelectual indispensable” desarrolla un sentido de la justicia, que se puede condensar en unos principios que tendrá que aplicar “de manera consciente e inteligente” (p. 66).

<sup>51</sup> Rawls tiene en cuenta las teorías del desarrollo moral de Piaget y Kohlberg, *Ibidem*, pp. 508 (nota 6) y 510 (nota 8). Sobre Kohlberg cfr. también HABERMAS, J.; *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. de R. García Cotarelo, Barcelona, Península, 1991, pp. 46 y ss., y pp. 141 y ss.

<sup>52</sup> Habría que conectar la lucha por una sociedad más justa con lo que ARISTÓTELES; *Ética Nicomáquea*, publicada conjuntamente con la *Ética Eudemia*, trad. de J. Pallí, Madrid, Gredos, 1993, llamaba “inteligencia deseosa o deseo inteligente”, 1139b, p. 270.

<sup>53</sup> ARISTÓTELES; *Política*, cit., sitúa la ley por encima tanto del “impulso afectivo” como de la “pasión”. La ley es “razón sin deseo”, 1287a, (p. 208). La parte afectiva del hombre estaría así “gobernada por la inteligencia”, 1254b, (p. 57).

pasión se ha planteado como una dicotomía excluyente y el jurista se presenta como un ser desapasionado e incluso “anti-pático”. Weber señalaba que el funcionario actúa “*sine ira et studio*”<sup>54</sup>. Los procesos de racionalización de las sociedades modernas se efectúan a expensas de lo afectivo. Sin embargo el jurista no puede ser *insensible*.

Hay que plantear además el papel de la racionalidad jurídica en la construcción de sentimientos<sup>55</sup>. El lado emocional de las personas no se desarrolla con independencia de una cultura jurídica. El derecho está modulando de algún modo nuestro mundo mental y afectivo, incluso el de los que no saben derecho. La racionalidad jurídica es creadora de “emociones” y de “convicciones”, de “predisposiciones”, de pautas que amplían nuestro horizonte mental y nos ayudan a situarnos en la realidad y en interacción inteligente con los otros.

Los mismos derechos humanos están articulando nuestra sensibilidad. Son potentes mecanismos creadores de sentimientos que activan zonas sensibles, e incluso hipersensibles, en los circuitos mentales de los ciudadanos. Y por poner un último ejemplo, el Estado de Derecho, además de instituciones, necesita ciudadanos y tiene que

formarlos. La democracia requiere un sustrato afectivo para funcionar. No es sólo un conjunto de reglas de procedimiento. Sin demócratas no hay democracia, así como sin personas razonables tampoco hay lógica<sup>56</sup>. El pueblo soberano es a la vez el presupuesto y el resultado de la democracia. El funcionamiento y la calidad de una democracia no es sólo cuestión política y jurídica: es también cuestión cognitiva. Porque la democracia es una forma poderosa de inteligencia.

<sup>54</sup> WEBER, M.; *Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*, trad. de J. Medina Echavarría y otros, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 179 y 1071.

<sup>55</sup> Para IHERING, R. von; *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, trad. de F. Fernández-Crehuet, Madrid, Trotta, 2008, el sentimiento jurídico es un producto de las instituciones, pero es capaz de ir más allá de lo establecido entrando en contradicción con

ellas (cfr. pp. 39 y 61). Para eso se requiere “intelectos productivos” (p. 63), así como un “intelecto vivo” (p. 64).

<sup>56</sup> Apunta GOLEMAN, D.; *Inteligencia emocional*, trad. de D. González Raga y F. Mora, Barcelona, Kairós, 1996, que “si el desarrollo del carácter constituye uno de los fundamentos de las sociedades democráticas, la inteligencia emocional es uno de los armazones básicos del carácter” (p. 438).

## Bibliografía:

- ARISTÓTELES; *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*, trad. de J. Pallí, Madrid, Gredos, 1993.
- ARISTÓTELES; *Política*, trad. de M. García Valdés, Madrid, Gredos, 1999.
- ASHLEY, K. D.; *Artificial Intelligence and Legal Analytics. New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- ASIS, R. de; *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2014.
- BELTRÁN, M.; *La realidad social*, Madrid, Tecnos, 1991.
- BERGSON, H.; *La evolución creadora*, trad. de M. L. Pérez Torres, Madrid, Espasa-Calpe, 1985.
- BERGSON, H.; *Las dos fuentes de la moral y de la religión*, trad. de J. de Salas y J. Atencia, Madrid, Tecnos, 1996.
- BODEN, M. A.; *La mente creativa. Mitos y mecanismos*, trad. de J. A. Alvarez, Barcelona, Gedisa, 1994.
- CANARIS, C.-W.; *El sistema en la jurisprudencia*, trad. de J. A. García Amado, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- CASTELLS, M.; *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, Vol. I: *La sociedad red*, trad. de C. Martínez Gimeno y J. Alborés, Madrid, Alianza, 2001.
- CASTELLS, M.; *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, Vol. III: *Fin de milenio*, trad. de C. Martínez Gimeno y J. Alborés, Madrid, Alianza, 2001.
- DEWEY, J.; *La opinión pública y sus problemas*, trad. de R. Filella, Madrid, Ediciones Morata, 2004.
- DEWEY, J.; *La reconstrucción de la filosofía*, trad. de A. Lázaro Ros, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.
- DOUGLAS, M.; *Cómo piensan las instituciones*, trad. de J. A. López de Letona y G. Gil, Madrid, Alianza, 1996.
- GARDNER, H.; *La nueva ciencia de la mente. Historia de la revolución cognitiva*, trad. de L. Wolfson, Barcelona, Paidós, 1988.
- GOLEMAN, D.; *Inteligencia emocional*, trad. de D. González Raga y F. Mora, Barcelona, Kairós, 1996.
- GOODMAN, J.; *Robots in Law: How Artificial Intelligence is Transforming Legal Services*, London, ARK Group, 2016.
- HABERMAS, J.; *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. de R. García Cotarelo, Barcelona, Península, 1991.
- HART, H. L. A.; *El Concepto de Derecho*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- HOBBS, T.; *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, trad. de M. Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.
- HUSSERL, E.; *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, trad. de J. Gaos, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- HUME, D.; *Tratado de la naturaleza humana*, trad. de F. Duque, Madrid, Tecnos, 1988.
- IHERING, R. von; *La lucha por el derecho*, trad. de A. Posada, Madrid, Civitas, 1989.
- IHERING, R. von; *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, trad. de F. Fernández-Crehuet, Madrid, Trotta, 2008.
- IHERING, R. von; "Teoría de la técnica jurídica", trad. de S. Sanjosé, en CASANOVAS, P. y MORESO, J. J. (Eds.); *El ámbito de lo jurídico: Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994.
- IZUZQUIZA, I.; *Filosofía del presente. Una teoría de nuestro tiempo*, Madrid, Alianza, 2003.
- JONAS, J.; *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, trad. J. M. Fernández Retenaga, Barcelona, Herder, 1995.
- KANT, I.; *Crítica de la razón pura*, trad. de P. Ribas, Barcelona, Alfaguara, 1989.
- KELSEN, H.; *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, México, Porrúa, 1993.
- LUHMANN, N.; *El derecho de la sociedad*, trad. de J. Torres Nafarrate y otros, México, Universidad Iberoamericana, 1998.
- LUHMANN, N.; "Intersubjetividad y comunicación: Dos diferentes puntos de partida para la construcción de una teoría sociológica", en ID.; *Complejidad y modernidad: De*

- la unidad a la diferencia, trad. de J. Beriain y J. M. García Blanco, Madrid, Trotta, 1998, pp. 31-50.
- LUHMANN, N.; *Observaciones de la modernidad: Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, trad. de C. Fortea, Barcelona, Paidós, 1997.
- LUHMANN, N.; *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, trad. de D. Rodríguez Mansilla, Barcelona, Anthropos, 1997.
- LUHMANN, N.; *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. I. de Otto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- LUHMANN, N.; *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. de J. Torres Nafarrate y otros, Barcelona, Anthropos, 1998.
- MARINA, J. A.; *Teoría de la inteligencia creadora*, Barcelona, Anagrama, 1994.
- MORIN, E.; *El Método*, Vol. II: *La vida de la Vida*, trad. de A. Sánchez, Madrid, Cátedra, 1983.
- MORIN, E.; *El Método*, Vol. III: *El conocimiento del conocimiento*, Libro I: *Antropología del conocimiento*, trad. de A. Sánchez, Madrid, Cátedra, 1988.
- MORIN, E.; *Introducción al pensamiento complejo*, trad. de M. Pakman, Barcelona, Gedisa, 1994.
- NINO, S.; *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Paidós, 1984.
- NOZICK, R.; *La naturaleza de la racionalidad*, trad. de A. Doménech, Barcelona, Paidós, 1995.
- ORTEGA y GASSET, J.; “Historia como sistema”, en *Obras completas*, Madrid, Alianza Editorial y Revista de Occidente, Tomo VI, pp. 11-50.
- ORTEGA y GASSET, J.; “Sobre la razón histórica”, en *Obras Completas*, Madrid, Alianza Editorial y Revista de Occidente, 1983, Tomo XII, pp. 143-330.
- ORTEGA y GASSET, J.; *Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía*, Madrid, Alianza, 1996.
- PEREZ LUÑO, A.- E.; *Manual de informática y derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.
- POUND, R.; *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. de J. Puig Brutau, Granada, Comares, 2004.
- QUÉAU, P.; *Lo virtual. Virtudes y vértigos*, trad. de P. Ducher, Barcelona, Paidós, 1995.
- RADBRUCH, G.; “Sobre el sentimiento jurídico”, en *Tres estudios de filosofía del derecho y una arenga para los jóvenes juristas*, trad. de J. L. Guzmán, Montevideo, Buenos Aires, Julio César Faira Editor, 2013, pp. 47-58.
- RAWLS, J.; “El sentido de la justicia”, en *Justicia como equidad: Materiales para una teoría de la justicia*, trad. M. A. Rodilla, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 103-122.
- RAWLS, J.; *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- RECASENS SICHES, L.; *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1995.
- RESCHER, N.; *La racionalidad. Una indagación filosófica sobre la naturaleza y la justificación de la razón*, trad. de S. Nuccetelli, Madrid, Tecnos, 1993.
- ROMANO, S.; *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. de S. Sentís y M. Ayerra, Comares, Granada, 2002.
- RORTY, R.; *¿Esperanza o conocimiento? Una introducción al pragmatismo*, trad. de E. Rabossi, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- SAVIGNY, F. C.; *Sistema del derecho romano actual*, trad. de J. Mesía y M. Poley sobre una versión francesa, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1878-1879.
- SUSSKIND, R.; *Tomorrow Lawyers. An Introduction to Your Future*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- VARELA, F.; *El fenómeno de la vida*, Santiago de Chile, J. C. Sáez Editor, 2000.
- VECCHIO, G. del; *Filosofía del Derecho*, edic. de L. Legaz y Lacambra, Barcelona, Bosch, 1980.
- VIEHWEG, T.; *Tópica y jurisprudencia*, trad. de L. Díez-Picazo, Madrid, Taurus, 1986.
- WEBER, M.; *Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*, trad. de J. Medina Echavarría y otros, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

WEBER, M.; “Parlamento y gobierno en una Alemania reorganizada. Una crítica política de la burocracia y de los partidos (1918)”, en *Escritos políticos*, trad. de J. Abellán, Madrid, Alianza, 1991, pp. 101-300.

WEBER, M.; *¿Qué es la burocracia?*, Trad. de R. Arar, Buenos Aires, Editorial Leviatán, 1985.