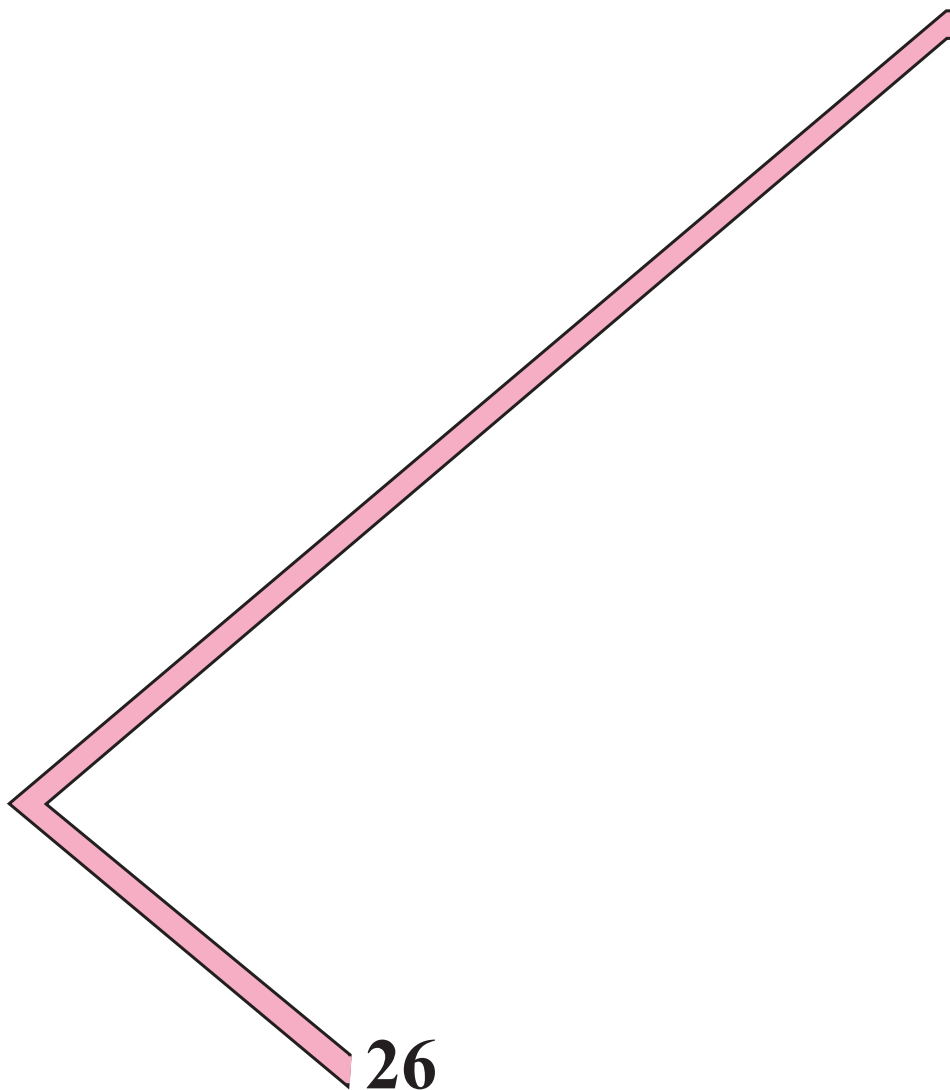


D O X A



D

O

X

A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

<http://cervantesvirtual.com/portal/doxa>

Reservados todos los derechos

© Departamento de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante

I. S. S. N.: 0214-8676
Depósito legal: M-27661-1989

Preimpresión e impresión:  Espagráfica San Juan de Alicante

Impreso en España

Printed in Spain

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante

Alicante, 2003

Í N D I C E

<i>Presentación</i>	15
Georg Henrik von Wright	
Daniel González Lagier: <i>Apuntes sobre la vida y la obra de Georg Henrik von Wright. (1916-2003)</i>	21
Georg Henrik von Wright: <i>¿Hay una lógica de las normas?</i>	31
Georg Henrik von Wright: <i>Valor, norma y acción en mis escritos filosóficos. Con un epílogo cartesiano</i>	53
Eugenio Bulygin: <i>El papel de la verdad en el discurso normativo</i>	79
Jorge Rodríguez: <i>Naturaleza y lógica de las proposiciones normativas. Contribución en homenaje a G. H. von Wright</i>	87
Carlos Alarcón Cabrera: <i>Las lógicas deónticas de Georg Henrik Von Wright</i>	109
Pablo Navarro, José Juan Moreso y Cristina Redondo: <i>Bivalencia, antinomias y contradicciones. Un ensayo sobre Truth Logics de G. H. von Wright</i>	127
Robert Alexy y la filosofía del Derecho	
Robert Alexy: <i>La naturaleza de la filosofía del Derecho</i>	145

Robert Alexy: <i>Justicia como corrección</i>	161
Robert Alexy: <i>La fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Nino</i>	173
Rodolfo Vigo: <i>Balance de la teoría discursiva de Robert Alexy</i>	203
Carlos Bernal Pulido: <i>Estructura y límites de la ponderación</i>	225
Artículos	
Horacio Spector: <i>Justicia y bienestar. Desde una perspectiva de Derecho comparado</i>	241
Luc J. Wintgens: <i>Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación</i>	261
Josep Aguiló Regla: <i>Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional</i>	289
Fernando Atria: <i>El Derecho y la contingencia de lo político</i>	319
M ^a . Lourdes Santos Pérez: <i>Una filosofía para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin</i>	347
César Arjona: <i>Afinidades entre Dworkin y Pound</i>	387
Ángeles Ródenas: <i>¿Qué queda del positivismo jurídico?</i>	417
Liborio Hierro: <i>Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley</i>	449
Ricardo García Manrique: <i>Acerca del valor moral de la seguridad jurídica</i>	477
José Carlos Munielo Cobo: <i>La institución procesal: implicaciones hermenéuticas a propósito de la consideración interpretativa y argumentativa en la aplicación del Derecho</i>	517
Stanley L. Paulson: <i>La distinción entre hecho y valor: La doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano</i>	547
Ulises Schmill: <i>Diálogo en Marburgo entre Hermann Cohen y Hans Kelsen</i>	583

Brian Bix:
Algunas reflexiones sobre metodología en Teoría del Derecho 609

Daniel González Lagier:
Buenas razones, malas intenciones. (Sobre la atribución de intenciones) 635

Tecla Mazzaresé:
Razonamiento judicial y derechos fundamentales. Observaciones lógicas y epistemológicas 687

Notas

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero:
Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica.. 719

Victoria Roca:
Derechos y fronteras. La condición de extranjero como rasgo inmutable de las personas: Una revisión crítica de las prácticas actuales de exclusión de extranjeros 737

Macario Alemany:
Las estrategias de la benevolencia. (Sobre las relaciones entre el paternalismo y la bioética) 769

Federico Fernández-Crehuet:
Una aproximación teórico jurídica al convenio colectivo 797

Aylton Barbieri Durao:
La interpretación de Habermas sobre la tensión entre Derechos Humanos y Soberanía Popular en el pensamiento de Kant 827

Ángel Pelayo González-Torre y Oscar Moro Abadía:
Michel Foucault y el problema del género..... 847

Enrique P. Haba:
¿De qué viven los que hablan de Derechos Humanos? 869

Carta abierta:
Una libertad menos y una vergüenza más..... 887

Entrevista

Manuel Atienza:
Entrevista a Ricardo Guibourg..... 893

Bibliografía

Leopoldo Gama y Victoria Roca Pérez (coord.):
La filosofía del Derecho en España (2002)
<http://cervantesvirtual.com/portal/doxa>

P R E S E N T A C I Ó N

Con la edición de este número 26, DOXA alcanza 20 años de actividad. A finales de 1983, un grupo de profesores de filosofía del Derecho de diversas universidades españolas concebimos la idea de poner en marcha la revista. El proyecto nació con el objetivo de “contribuir a impulsar la renovación” de nuestra disciplina en España y de “servir como vehículo de comunicación e intercambio entre los filósofos del Derecho latinoamericanos y los de Europa latina”, y creemos que esas metas se han alcanzado en no pequeña medida. A lo largo de todos estos años hemos publicado cientos de artículos de filósofos del Derecho de todas las latitudes (pero especialmente de españoles y latinoamericanos), la revista ha servido de foro de innumerables debates de teoría del Derecho, y –creemos poder afirmar– se ha convertido en un punto de referencia necesario para hacer filosofía del Derecho en nuestros países. No podíamos esperar más, y nos sentimos, en consecuencia, plenamente recompensados por el esfuerzo realizado.

Pero (sin necesidad de desmentir al tango, que se refiere a la vida personal) veinte años en la vida de una institución es más que “nada”. El mundo de las revistas “científicas” y de las instituciones universitarias no es hoy el que era, y adaptarse a las nuevas circunstancias aconsejan introducir algunos cambios que, por lo demás, no suponen ninguna alteración de nuestro proyecto. Se trata esencialmente de reorganizar la revista con órganos que puedan ser suficientemente ágiles de cara a la selección de los originales y a la difusión de DOXA en directorios y bases de datos electrónicos. Hemos prescindido también de hacer en la Presentación un resumen de los trabajos publicados; al parecer, es más operativo que aparezcan encabezando el trabajo respectivo; de manera que, a partir de ahora, la Presentación se limitará a dar cuenta de manera general de los contenidos de cada número.

El reciente fallecimiento de Georg Henrik von Wright motiva que la primera sección de este número esté dedicada al gran filósofo finlandés. El lector encontrará en la misma unos apuntes sobre la vida y la obra de von Wright escritos por Daniel González Lagier. Le siguen dos trabajos de von Wright no publicados antes en castellano: ¿Hay una lógica de las normas? y Valor, norma y acción en mis escritos filosóficos. Con un epílogo cartesiano. Y varios artículos de teóricos del Derecho latinoamericanos y españoles especialistas en la obra de von Wright: el de Eugenio Bulygin, sobre el papel de la verdad en el discurso normativo; el de Jorge Rodríguez sobre la naturaleza y la lógica de las proposiciones normativas; el de Carlos Alarcón Cabrera sobre las lógicas deónticas de von Wright; y el de Pablo Navarro, José Juan Moreso y Cristina Redondo sobre la lógica de la verdad en von Wright.

La otra sección monográfica del número está también dedicada a un filósofo del Derecho: Robert Alexy. Incluimos aquí tres trabajos del propio Alexy: La naturaleza de la filosofía del Derecho, Justicia como corrección y La fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Nino, a los que se añade un balance de la teoría discursiva de Robert Alexy escrita por Rodolfo Vigo, y un artículo de Carlos Bernal en el que se analiza, partiendo de los planteamientos de Alexy, la estructura y los límites de la ponderación.

La habitual sección general de Artículos incluye en esta ocasión un buen número de trabajos. El primero es un texto de Horacio Spector en el que, desde una perspectiva de Derecho comparado, analiza las relaciones entre justicia y bienestar. Le sigue un artículo de Luc Wintgens sobre las relaciones entre Derecho y política y su impacto en la elaboración de una teoría racional de la legislación: la jurisprudencia. Josep Aguiló Regla se ocupa a continuación del constitucionalismo y la resistencia constitucional. Fernando Atria, en El Derecho y la contingencia de lo político, discute el fundamento del control jurisdiccional de constitucionalidad. María Lourdes Santos Pérez ofrece una visión conjunta de los trabajos de Dworkin, tratando de mostrar sus nexos sistemáticos que, en su opinión, no siempre son fáciles de percibir. César Arjona se ocupa también de la obra de Dworkin, comparándola con la de Pound. Ángeles Ródenas se plantea qué queda del positivismo jurídico, esto es, qué queda de la tesis conceptual, de la tesis empírica y de la tesis normativa acerca de la separación entre Derecho y moral. Liborio Hierro discute las relaciones entre la igualdad, la generalidad de las normas y la crisis de la ley. Ricardo García Manrique cuestiona el valor moral de la seguridad jurídica. José Carlos Munielo Cobo trata de ofrecer, desde un punto de vista hermenéutico, una perspectiva unitaria de la interpretación en sentido estricto y la argumentación jurídica. Stanley Paulson se ocupa de la distinción entre hecho y valor, especialmente en

Hans Kelsen. Ulises Schmill imagina un ficticio Diálogo en Marburgo entre Hermann Cohen y Hans Kelsen. Hans Blix realiza algunas reflexiones metodológicas sobre la Teoría del Derecho. Daniel González Lagier se ocupa, en Buenas razones, malas intenciones de la atribución y prueba de las intenciones. Y Tecla Mazzaresse efectúa varias observaciones lógicas y epistemológicas sobre el impacto de los derechos fundamentales en el razonamiento judicial.

*La sección de **Notas** se abre con un trabajo de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero en el que esbozan una teoría de la validez jurídica. Victoria Roca presenta algunas reflexiones sobre las políticas de inmigración a la luz del debate actual sobre la legitimidad del Estado como protector de los derechos humanos. Le sigue un trabajo de Macario Alemany sobre las relaciones entre bioética y paternalismo. Aylton Barbieri Durao se ocupa de la interpretación de Habermas acerca de la tensión entre derechos humanos y soberanía popular en el pensamiento de Kant. En Michael Foucault y el problema del género, Ángel Pelayo González-Torre y Oscar Moro Abadía presentan los elementos clave del análisis de la sexualidad del filósofo francés. Y Enrique P. Haba analiza de forma particularmente crítica las funciones reales que los discursos sobre derechos humanos desempeñan en América Latina. En esta misma sección se incluye una carta abierta, firmada por diversos profesores de filosofía del Derecho, en la que se denuncian las arbitrariedades cometidas en el concurso para cubrir la Cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad de Córdoba (España).*

*En la **Entrevista** de este número Ricardo Guibourg contesta a diversas cuestiones (formuladas por Manuel Atienza) en torno a su biografía intelectual y a su forma de entender la teoría y la filosofía del Derecho.*

*Por último, la **Sección Bibliográfica**, dedicada a la Filosofía del Derecho en España en el año 2002, ha sido coordinada en esta ocasión por Leopoldo Gama y Victoria Roca, y será publicada en el **Portal Doxa** (<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>).*

GEORG HENRIK VON WRIGHT

APUNTES SOBRE LA VIDA Y LA OBRA DE GEORG HENRIK VON WRIGHT (1916-2003)*

Daniel González Lagier
Universidad de Alicante

I

Georg Henrik von Wright nació en Helsinki el 14 de Junio de 1916 y falleció en esa misma ciudad el 16 de Junio de 2003, a la edad de 87 años. Fue un filósofo y un lógico de enorme influencia, que contribuyó al esclarecimiento conceptual de un buen número de problemas filosóficos, y al mismo tiempo un intelectual y ensayista profundo, que en su empeño de no ceder al dogmatismo sometió a revisión una y otra vez los presupuestos culturales de nuestro modo de ver el mundo.

Aunque vivió gran parte de su vida en Finlandia, en su infancia pasó largas temporadas en Brooklyn y en Merano (Austria), donde aprendió alemán. Este idioma fue muy importante para su desarrollo intelectual y le permitió un conocimiento temprano de la poesía y la prosa de Goethe, Schiller, Schopenhauer, Nietzsche, Kafka, Musil, etc. En 1934 entró en la Universidad de Helsinki y se graduó tres años después. Allí conoció a Eino Kaila, uno de los líderes intelectuales de Finlandia, quien, junto con Wittgenstein y Moore, ejerció sobre von Wright una gran influencia filosófica. Kaila había sido miembro del Círculo de Viena y le introdujo en el pensamiento de Russell, Wittgenstein, Carnap, Popper, Hempel, Keynes, Dubislav, Reichenbach, von Mises, Neurath, Waismann, Schlick, etc.; le enseñó el uso de la lógica formal, le proporcionó un método y lo inició en la “lógica filosófica”. Von Wright ha dicho que debe la forma de su filosofía a Eino Kaila y el contenido a Ludwig Wittgenstein.

* Este texto es un resumen y actualización de Daniel González Lagier, *Acción y norma en G.H. von Wright*, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, págs 23-43. Ha sido publicado también en *Theoria*, vol. 19, núm. 49, Enero 2004, págs. 107-114. Las citas entrecomilladas son de G. H. von Wright, *Intellectual Autobiography*, en *The Philosophy of Georg Henrik von Wright, The Library of Living Philosophers*, vol. XIX, 1989.

Tras graduarse viajó a Cambridge para realizar una tesis doctoral sobre la justificación de la inducción. Von Wright considera a Cambridge como “su segundo hogar intelectual”; allí conoció personalmente a Moore y a Wittgenstein, pasó diversas etapas de su vida y ocupó una cátedra (la del propio Wittgenstein) desde 1948 hasta 1951. Este primer encuentro con Wittgenstein fue decisivo para la orientación filosófica de von Wright y su abandono del empirismo lógico (que había sido la filosofía de sus años de estudiante). Con el inicio de la guerra mundial, von Wright regresó a Finlandia.

En 1943 fue *Docent* en la Universidad de Helsinki, donde años más tarde llegó a tener una cátedra propia. Durante los años de posguerra su actividad docente fue muy intensa y muchos de sus libros tienen su origen en algún curso. Uno de sus estudiantes más destacados de esa etapa fue Jaakko Hintikka. En 1947 von Wright volvió a Cambridge, donde en esta ocasión conoció a Elizabeth Anscombe, Peter Geach y Norman Malcolm y se encontró nuevamente con Wittgenstein, que estaba impartiendo su último curso antes de retirarse. Este último le habló sobre sus dudas acerca de abandonar la cátedra y le preguntó si estaría de acuerdo en ser su sucesor. En 1948 Wittgenstein dejó efectivamente la cátedra y von Wright ocupó su lugar durante tres años y medio. En esos años surgió su interés por la lógica modal y la lógica deóntica y profundizó en la historia y la filosofía de la ciencia; mantuvo discusiones regulares con Peter Geach, Alan Anderson, Knut Erik Tranoy y también con Moore, con quien discutía sobre lógica filosófica y de quien le impresionó su rigor y honestidad. Wittgenstein continuaba yendo a Cambridge de tanto en tanto, hasta su muerte, alojándose en casa de von Wright. La relación entre ambos fue muy estrecha.

Poco después de la muerte de Wittgenstein (1951), von Wright volvió a Finlandia y permaneció en la Universidad de Helsinki hasta 1961, momento en que se incorporó a la *Academy of Finland*. Esto le supuso una liberación de las obligaciones docentes, lo que le permitió dedicarse a la organización de seminarios, coloquios, etc. y a numerosas visitas a distintas universidades estadounidenses y europeas: ha sido profesor visitante en la Universidad de Cornell –considerada por él su “tercer hogar intelectual”, después de Helsinki y Cambridge– de 1965 a 1977 y en la de Leipzig durante el curso 1994-1995. Ha recibido numerosos premios (como el Alexander von Humboldt o el gran premio de la Academia de Suecia) y fue nombrado *doctor honoris causa* por distintas universidades. Su actividad intelectual continuó siendo intensa hasta poco antes de su fallecimiento.

II

La obra de von Wright sorprende por sus dimensiones y su diversidad. Por ello sólo podemos limitarnos a dar cuenta de algunas de sus aporta-

ciones más relevantes. Por otro lado, resulta difícil dividir su trayectoria intelectual en etapas, puesto que von Wright siempre se ha caracterizado por someter sus ideas a una continua reelaboración, lo que hace que sus líneas de investigación permanezcan siempre abiertas.

Sus primeras investigaciones versaron sobre inducción y probabilidad (su primera publicación sobre este tema fue el artículo *On Probability*¹). Este fue también el tema de su tesis doctoral. En 1941 publicó esta tesis con el título de *The Logical Problem of Induction*². El interés de von Wright en la inducción había sido -a pesar del título- más bien de carácter epistemológico, por lo que algunas cuestiones formales habían quedado, en su opinión, descuidadas. Su insatisfacción por esos descuidos le impulsó a continuar en esta dirección. Para ello trató de aclarar las nociones de condición necesaria y condición suficiente y su aplicación a la inducción (en lugar de operar con las nociones de causa y efecto, como era habitual en esta materia). Todo ello toma forma -tras otras publicaciones anteriores- en el libro *A Treatise on Induction and Probability*³.

Tras su segunda visita a Cambridge, su trabajo creativo se extiende fuera de la órbita de la inducción y la probabilidad. Su nuevo objetivo era la noción de verdad lógica, que estudia en *On the Idea of Logical Truth I*⁴ y *On the Idea of Logical Truth II*⁵. En ellos desarrolla las formas normales distributivas como un método de decisión de la verdad de las fórmulas lógicas y las teorías de la cuantificación simple y doble. Von Wright quedó insatisfecho de estos resultados, pero pronto le resultaron útiles: “Un día, temprano, en 1949, mientras paseaba a orillas del Cam, observé la siguiente analogía: de la misma manera que los cuantificadores ‘alguno’, ‘ninguno’ y ‘todos’ están relacionados unos con otros, así también están relacionadas las modalidades ‘posible’, ‘imposible’ y ‘necesario’”. Los dos grupos de conceptos también compartían sus características distributivas respecto a la conjunción y la disyunción, por lo que parecía posible desarrollar una lógica modal en analogía con la lógica de los cuantificadores. De esta manera, von Wright construyó su propio sistema de lógica modal. Pero esta analogía podía extenderse a otros conceptos, por ejemplo las nociones epistémicas

¹ VON WRIGHT, *On Probability*, en *Mind*, 1940.

² VON WRIGHT, *The Logical Problem of Induction*, Acta Philosophica Fennica, Helsinki, 1941.

³ VON WRIGHT, *A Treatise of Induction and Probability*, International Library of Psychology, Philosophy and Scientific Method, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1951.

⁴ VON WRIGHT, *On the Idea of Logical Truth I*, en *Societas Scientiarum Fennica. Commentationes Physico-Mathematicae*, vol. 14, núm. 4, Helsinki, 1948.

⁵ VON WRIGHT, *On the Idea of Logical Truth II*, en *Societas Scientiarum Fennica. Commentationes Physico-Mathematicae*, vol. 15, núm. 10, Helsinki, 1950.

(“verificado”, “indeterminado” y “falsado”) y las deónticas (“obligatorio”, “permitido” y “prohibido”). Todo parecía apuntar a la posibilidad de construir una “teoría general de las modalidades” (las modalidades aléticas serían un tipo más de modalidad lógica); además, la lógica modal podría construirse, no como una alternativa a la lógica proposicional (como habían hecho Lukasiewicz y C.I. Lewis), sino como una “superestructura” basada en la lógica proposicional (como la lógica de la cuantificación), lo que permitiría generalizar a las distintas “ramas” de esa lógica modal la aplicación de tablas de verdad y de formas normales distributivas. El fruto de estas ideas es el libro *An Essay in Modal Logic*⁶. En 1951 von Wright también publicó en *Mind* un artículo -basado en la analogía entre los conceptos aléticos y los deónticos- cuya difusión fue inmediata y que se considera el punto de partida de la lógica de las normas: *Deontic Logic*⁷.

De vuelta en Helsinki, von Wright abre una nueva dirección en sus investigaciones. Se propone ahora discutir algunos tópicos especiales de la lógica filosófica. Este es el origen de una serie de trabajos sobre los condicionales (*On Conditionals*⁸), la implicación (*The Concept of Entailment*⁹), la negación (*On the Logic of Negation*¹⁰), etc. De nuevo, iniciar una línea de investigación no supone para nuestro autor abandonar las anteriores y continúa también su trabajo en lógica modal, tratando de desarrollar modalidades relativas (*A New System of Modal Logic*¹¹), lo que parecía de especial importancia para la lógica deóntica (*A New System of Deontic Logic*¹²), y de extenderla a los conceptos valorativos (*On the Logic of Some Axiological and Epistemological Concepts*¹³). Este último intento resultó fallido, en opinión de von Wright: la relación entre los opuestos axiológicos (como el bien y el mal) es de un tipo distinto de la relación entre opuestos modales

⁶ VON WRIGHT, *An Essay in Modal Logic*, en *Studies in the logic and the Foundations of Mathematics*, núm. 4, Amsterdam, 1951.

⁷ VON WRIGHT, *Deontic Logic*, en *Mind*, núm. 60, 1951.

⁸ VON WRIGHT, *On Conditionals*, en von Wright, *Logical Studies*, International Library of Psychology, Philosophy and Scientific Method, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1957.

⁹ VON WRIGHT, *The concept of Entailment*, en von Wright, *Logical Studies*, International Library of Psychology, Philosophy and Scientific Method, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1957.

¹⁰ VON WRIGHT, *On the Logic of Negation*, Societas Scientiarum Fennica. Commentationes Physico-Mathematicae, vol. 22, núm. 4, Helsingfors, 1959.

¹¹ VON WRIGHT, *A New System of Modal Logic*, Actas del XI International Congress of Philosophy (Bruselas), Logic, Philosophical Analysis, Philosophy of Mathematics, Amsterdam-Lovaina, 1953.

¹² VON WRIGHT, *A New System of Deontic Logic*, en von Wright, *Logical Studies*, International Library of Psychology, Philosophy and Scientific Method, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1957.

¹³ VON WRIGHT, *On the Logic of Some Axiological and Epistemological Concepts*, en *Ajatus*, núm. 17, 1952.

(como necesario e imposible u obligatorio y prohibido). Nuestro autor siguió ocupándose del tema y publicó años después *The Logic of Preference: An Essay*¹⁴ y *The Logic of Preference Reconsidered*¹⁵.

Su interés por la lógica deóntica y sus clases en la cátedra de filosofía moral (que simultaneó con la suya propia durante un tiempo) le condujeron a la ética y a la teoría general de las normas y valores. De la invitación a dar las *Gifford Lectures* proceden dos de los libros más conocidos de von Wright: *Norm and Action*¹⁶ y *The Varieties of Goodness*¹⁷. Ambos libros han hecho de von Wright un autor enormemente influyente en la filosofía del Derecho y la filosofía moral.

Norm and action es el resultado de una permanente reflexión sobre los problemas planteados por la lógica deóntica desde su nacimiento; la perspectiva adoptada por von Wright es, más que formal, de carácter ontológico. Quizá lo más importante del libro no es el sistema de lógica deóntica desarrollado en él (que pretende ser, ante los problemas de la aplicabilidad de los valores verdadero/falso a las normas, una lógica de proposiciones normativas, esto es, de proposiciones sobre la existencia de las normas, y no directamente una lógica de normas), sino el estudio conceptual de la noción de norma, de su estructura, de las clases o tipos o sentidos en los que se puede hablar de normas, de las condiciones de existencia de las mismas, de la noción de validez, etc. Von Wright ha continuado revisando las ideas expuestas en este libro (no sólo las de índole formal, sino también las relativas a la ontología de las normas). Por ejemplo en *Deontic Logic and the Theory of Conditions*¹⁸ y *On the Logic and Ontology of Norms*¹⁹.

The varieties of Goodness (en su opinión, su libro más personal y mejor argumentado) no es propiamente un libro de ética prescriptiva, sino que su pretensión es “tejer la red conceptual que constituye nuestro ‘punto de vista moral’”. En este libro von Wright propone, frente a la tesis de la autonomía conceptual de la moral, que los conceptos de bondad o corrección moral deben ser estudiados en relación con los conceptos que se refieren “al hombre como un todo”, como, por ejemplo, los de felicidad, salud y bienestar. El de bienestar es el concepto más importante del grupo: el “bienestar” podría ser llamado también “bien del hombre”. Desde esta perspectiva, “la moralidad

¹⁴ VON WRIGHT, *The Logic of Preference: An Essay*, Edinburgh University Press, 1963.

¹⁵ VON WRIGHT, *The Logic of Preference Reconsidered*, en *Theory and Decision*, núm. 3, 1972.

¹⁶ VON WRIGHT, *Norms and Action*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1963.

¹⁷ VON WRIGHT, *The Varieties of Goodness*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1963.

¹⁸ VON WRIGHT, *Deontic Logic and the Theory of Conditions*, en *Critica*, núm. 2, 1968.

¹⁹ VON WRIGHT, *On the Logic and Ontology of Norms*, en von Wright, *Philosophical Logic*, Ed. J.W. Davis, D. Reidel, Dordrecht-Holland, 1969.

de la conducta es una función de cómo la conducta de un individuo afecta al bienestar de sus compañeros humanos”, “la moralidad es necesariamente una idea social”.

Ambos libros incluyen el germen de posteriores desarrollos. Por un lado, *Norm and action* dio lugar a una serie de nuevas investigaciones en lógica deóntica y abrió la investigación en la lógica de la acción (una de las conclusiones de este libro es que una lógica deóntica debe construirse sobre la lógica de la acción). En *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*²⁰ se exponen nuevas ideas sobre ambas lógicas y se inicia un desplazamiento de la atención de von Wright desde la lógica de la acción y del cambio a la noción de tiempo, que dio lugar a trabajos como *And Next*²¹ y *And Then*²². Por otro lado, con *The Varieties of Goodness* comienza una serie de trabajos sobre la inferencia práctica. Aunque la teoría del razonamiento práctico es también “lógica práctica”, es independiente de la lógica deóntica y de la lógica de la acción. La inferencia práctica se ocupa de la relación entre el pensamiento y la acción (von Wright, en la línea de Aristóteles, afirma que la conclusión de esta inferencia es una acción o la disposición a realizar una acción); es lógica -dice von Wright- “en algún sentido diferente y quizá más libre”.

El silogismo práctico es la pieza clave de un grupo de estudios de von Wright. Por un lado, von Wright ha tratado de analizar mejor la naturaleza de este silogismo en algunos trabajos (*Practical Inference*²³; *On so-called Practical Inference*²⁴); por otro lado, el silogismo práctico permite lidiar con uno de los problemas fundamentales de la filosofía, con implicaciones para la cuestión del método propio de las ciencias humanas: la naturaleza de la relación entre la intención y la acción. Si esta relación es causal, la explicación de las acciones ha de seguir el patrón de las explicaciones causales que se realizan de los sucesos de la naturaleza; si no es causal, el modelo de explicación de las acciones ha de ser distinto. Von Wright argumenta que la relación entre acción e intención es *conceptual* y que al igual que el modelo de explicación “nomológico-deductivo” es el más característico de las ciencias de la naturaleza, el silogismo práctico es el modelo de explicación característico de las ciencias humanas. Estas ideas son expuestas en *Expla-*

²⁰ VON WRIGHT, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, North-Holland Publishing Co., Amsterdam, 1968. Acta Philosophica Fennica, fasc. 21.

²¹ VON WRIGHT, *And Next*, en *Studia Logico-Mathematica et Philosophica in Honorem Rolf Nevanlinna*, Acta Philosophica Fennica, Helsinki, 1965.

²² VON WRIGHT, *And Then*, en *Societas Scientiarum Fennica. Commentationes Physico-Mathematicae*, vol. 32, núm. 7, Helsingfors, 1966.

²³ VON WRIGHT, *Practical Inference*, en *Philosophical Review*, núm. 72, 1963.

²⁴ VON WRIGHT, *On so-called Practical Inference*, en *Acta Sociologica*, núm. 15, 1972.

*nation and Understanding*²⁵. En este libro -quizá el más conocido de von Wright-, además, podemos encontrar un estudio de la noción de causa del que caben destacar dos cosas: en primer lugar, su utilización de la teoría de las condiciones para profundizar en el comportamiento de la relación causal; en segundo lugar, la dependencia conceptual que esta noción adquiere en el tratamiento de von Wright frente a la idea de acción humana. Estas dos ideas (causas como condiciones y la relación conceptual entre causa y acción) se desarrollan con mayor profundidad en *Causality and Determinism*²⁶.

La discusión acerca de la acción, la causalidad y la explicación lleva de una manera casi ineludible a discutir cuestiones como el determinismo y el libre albedrío. Para von Wright el determinismo relativo a la conducta del hombre -el determinismo en las ciencias humanas- no es el mismo tipo de determinismo que encontramos en las ciencias de la naturaleza. Debemos distinguir entre estímulos internos y externos de la conducta y debemos analizar el tipo de relación que existe entre tales estímulos y la acción. Estas cuestiones son estudiadas -entre otros trabajos- en *Determinism and the Study of Man*²⁷, *Freedom and Determination*²⁸ y *Explanation and Understanding of Action*²⁹.

Hacia los años 80 von Wright retoma los temas de lógica filosófica -impulsado por algunas cuestiones que habían quedado pendientes en su primera incursión en ella- con una serie de investigaciones sobre lo que podría titularse genéricamente -es el título de una conferencia presentada en Oxford en 1978- *Tiempo, verdad y necesidad*. Son de esta época, por ejemplo, *Determinism and Knowledge of the Future*³⁰ y *Determinism and Future Truth*³¹. Al mismo tiempo, von Wright no ha abandonado su trabajo en lógica deóntica y teoría de la norma; muestra de ello son *On the Logic*

²⁵ VON WRIGHT, *Explanation and Understanding*, Cornell Contemporary Philosophy Series, International Library of Philosophy and Scientific Method, Ithaca, N.Y. Cornell University Press, 1971.

²⁶ VON WRIGHT, *Causality and Determinism*, Columbia University Press, Nueva York y Londres, 1973.

²⁷ VON WRIGHT, *Determinism and the Study of Man*, en *Essays on Explanation and Understanding*, Ed. Juha Manninen y Raimo Tuomela, Synthese Library, 72, D. Reidel, Dordrecht-Holland, 1976.

²⁸ VON WRIGHT, *Freedom and Determination*, en *Acta Philosophica Fennica*, vol. 31, núm. 1, North-Holland Publishing Co., Amsterdam, 1980.

²⁹ VON WRIGHT, *Explanation and Understanding of Action*, en *Revue Internationale de Philosophie*, núm. 35, 1981.

³⁰ VON WRIGHT, , *Determinism and Knowledge of the Future*, en *Tulevaisuuden Tutkimuksen Seuran Julkaisu*, 4, Turku, 1982.

³¹ VON WRIGHT, *Determinism and Future Truth*, en *Truth, Knowledge and Modality, Philosophical Papers*, vol. 3, Basil Blackwell, Oxford, 1984.

of Norms and Actions³², Norms, Truth and Logic³³, Is and Ought³⁴, Is There a Logic of Norms?³⁵... En Norms, Truth and Logic von Wright expuso lo que -durante un tiempo- consideró su “ajuste de cuentas” final con la lógica de las normas. En *Is There a Logic of Norms?* encontramos reformuladas algunas de aquellas opiniones (aunque no sustancialmente). Algunas de las últimas posiciones de von Wright sobre lógica filosófica (incluyendo la posibilidad de la lógica deóntica) pueden encontrarse en su libro *Six Essays in Philosophical Logic*³⁶.

Simultáneamente, los estudios sobre la causalidad, la explicación intencional y, sobre todo, el determinismo acaban conduciendo a von Wright a la filosofía de la mente, especialmente al problema de la relación entre la mente y el cuerpo. Fruto de este interés es *In The Shadow of Descartes. Essays in the Philosophy of Mind*, publicado en 1998³⁷. En él destaca el ensayo *On Human Freedom*³⁸, que constituye un intento de aunar su teoría de la acción, su concepción de la explicación intencional, el problema de la relación entre la mente y el cuerpo y la libertad humana.

Además de este tipo de filosofía, von Wright se ha ocupado también de cuestiones como el progreso, la tecnología, el estado del mundo, la racionalidad, etc. La mayoría de sus trabajos sobre estas cuestiones han sido publicadas en sueco y finlandés, pero algunas de ellas fueron recogidas en *The Tree of Knowledge and Other Essays*³⁹. Este es un libro especialmente recomendado para conocer los dos tipos de actividad filosófica y de pensamiento que marcan la trayectoria intelectual de von Wright. El mismo lo considera, en cierto sentido, una “autobiografía intelectual”. El libro tiene dos partes: La primera de ellas nos permite conocer al “filósofo analítico von Wright” a través de tres vías distintas: (1) a través de sus comentarios acerca del desarrollo de la filosofía analítica y la lógica a lo largo de este siglo; (2) a través de sus observaciones sobre los dos filósofos que más han

³² VON WRIGHT, *On the Logic of Norms and Actions*, en Resto Hilpinen (Ed.), *New Studies in Deontic Logic*, D. Reidel, Dordrecht-Holland, 1981.

³³ VON WRIGHT, *Norms, Truth and Logic*, en A.A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, North-Holland, Amsterdam, 1982.

³⁴ VON WRIGHT, *Is and Ought*, en E. Bulygin (ed.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, D. Reidel, Dordrecht-Holland, 1985.

³⁵ VON WRIGHT, *Is There a Logic of Norms?*, en *Ratio Iuris*, vol. 4, núm. 3, Diciembre 1991.

³⁶ VON WRIGHT, *Six Essays in Philosophical Logic*, Acta Philosophica Fennica, vol. 60, 1006.

³⁷ VON WRIGHT, *In the Shadow of Descartes. Essays in the Philosophy of Mind*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1998.

³⁸ VON WRIGHT, *On Human Freedom*, publicado originalmente en *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. VI, University of Utah Press, Salt Lake City, 1985.

³⁹ VON WRIGHT, *The Tree of Knowledge and Other Essays*, E.J. Brill, 1993.

influido en su trayectoria: Eino Kaila y Wittgenstein; y (3) a través de su propia visión de sus aportaciones al análisis conceptual y a la lógica. La segunda de ellas nos presenta la vertiente humanista de su filosofía, mucho menos conocida, en la que von Wright se plantea -partiendo de una revisión de nuestros presupuestos culturales- cuestiones como las siguientes: ¿Puede realmente afirmarse que la dirección en la que la ciencia empuja al hombre es la mejor para éste? ¿Qué legitima al progreso científico por encima de otros tipos de “progreso”? ¿Qué es en realidad el progreso? Sus respuestas tienen a menudo un tinte pesimista.

Para finalizar con la actividad filosófica de von Wright, no debe omitirse la labor que ha realizado en la edición de las obras de Wittgenstein. Cuando falleció, Wittgenstein sólo había publicado el *Tractatus* y un artículo. La tarea de encontrar sus notas y ordenarlas debió ser considerable. En colaboración con otros autores (normalmente con G.E.M. Anscombe y Rush Rhees), von Wright ha editado importantes trabajos de Wittgenstein y ha elaborado un calendario (*The Wittgenstein Papers*⁴⁰) que se ha convertido en un punto de origen de cualquier discusión sobre los escritos de este autor.

En toda la obra de von Wright se aprecia una constante actitud de rehuir el dogmatismo, de dar por sentado algún presupuesto. Sus trabajos siempre tienen la pretensión de ser meros “ensayos”: llegar a conclusiones definitivas sólo puede ser el resultado de un lento proceso de análisis y corrección. Por eso puede decirse de la obra de von Wright lo que él mismo dijo de la de Wittgenstein: “A veces he pensado que lo que convierte en clásica la obra de un hombre es precisamente esta multiplicidad que a la vez incita y repele a nuestra ansia de claro entendimiento”.

⁴⁰ VON WRIGHT, *The Wittgenstein Papers*, en *Philosophical Review*, núm. 78, 1969.



DOXA 26 (2003)

¿HAY UNA LÓGICA DE LAS NORMAS?*

Georg Henrik von Wright

1

La lógica deóntica, nacida en su forma moderna a principios de los cincuenta, ha sido en cierto sentido un hijo problemático en la familia de las teorías lógicas. Sus aspectos problemáticos son, brevemente, los tres siguientes:

a) Dado que generalmente se considera que las normas carecen de valores de verdad o falsedad, ¿cómo puede haber relaciones lógicas como la de contradicción e implicación (consecuencia lógica) entre las normas? Los críticos de la posibilidad de una lógica de las normas suelen llamar a éstas “a-lógicas”.

Se ha dicho también que las normas *son* verdaderas o falsas. Esta tesis quizá pueda ser defendida satisfactoriamente a propósito de algún(os) tipo(s) de normas (el concepto de norma no es fácil de delinear). Sin embargo, las normas *como prescripciones* de la conducta humana pueden ser consideradas como razonables o irrazonables, justas o injustas, válidas o inválidas a partir de algunos estándares que a, su vez, son también normativos, pero no verdaderas o falsas. Y en buena medida, quizá en su mayoría, las normas son prescripciones.

b) La representación de la estructura conceptual de las normas en un lenguaje formalizado es difícil y controvertida. La mayor parte de los “sistemas” de lógica deóntica se contentan con representaciones muy primitivas y esquemáticas, como es el caso también de este trabajo. Estas representaciones son incapaces de reflejar ciertas distinciones relativas a la noción de acción humana, que a su vez pueden ser relevantes para establecer ciertas diferencias entre normas. Por ejemplo, la distinción entre no hacer una cier-

* Trad. de Daniel González Lagier. Título original “Is there a Logic of Norms?”, en *Six Essays in Philosophical Logic*, Acta Philosophica Fennica, vol. 60, 1996, págs. 35-53.

ta acción y hacer lo opuesto a esa acción. Una representación correcta de la estructura conceptual de las normas debe basarse en una representación correcta de la estructura conceptual de las acciones (de la conducta). Otra dificultad desconcertante en este ámbito es la cuestión de cómo representar correctamente en un lenguaje formal a las normas condicionales, esto es, las normas que prescriben qué debe, puede o no debe ser hecho dadas ciertas condiciones.

c) Una tercera controversia acerca de la lógica deóntica es la relativa a su aplicabilidad y utilidad como un instrumento para clarificar y describir la estructura de los sistemas normativos reales, tales como, por ejemplo, un ordenamiento jurídico. ¿Qué papel puede cumplir -si es que cumple alguno- un sistema de lógica deóntica en la clarificación de cuestiones tan relevantes como las “lagunas” y las “contradicciones” en el Derecho?

Los problemas del epígrafe (a) pueden ser considerados filosóficos o pertenecientes a la filosofía de la lógica; los del epígrafe (b), por su parte, pueden considerarse problemas lógicos o pertenecientes a la lógica formal. Los problemas del tercer grupo son, fundamentalmente, problemas de filosofía moral o jurídica, particularmente de la primera.

Las cuestiones discutidas en este trabajo pertenecen fundamentalmente al grupo (a) y, en menor medida, al (c). El objetivo de este artículo es discutir si es posible -y en qué medida- una lógica de las normas.

2

Con fines comparativos, en lo que sigue haré referencia a lo que llamo el sistema “clásico” o “estándar” de lógica deóntica. Este nombre, sin embargo, no tiene un significado unívoco. Pueden reclamarlo al menos las siguientes tres “lógicas deónticas”:

a) El sistema de lógica deóntica de mi trabajo en *Mind*. Sus ingredientes formales fueron dos operadores deónticos, “*O*” para la obligación y “*P*” para la permisión; las conectivas usuales, simbolizadas \sim , $\&$, \vee , \rightarrow , \leftrightarrow , y las variables p , q ,... Las variables representaban categorías o tipos de acciones humanas, tales como, por ejemplo, homicidio o robo. En esta concepción de las variables, las fórmulas que contienen operadores deónticos iterados no son fórmulas bien formadas. Y la aplicación de las conectivas para formar compuestos de variables plantea también problemas.

b) Un sistema con los mismos ingredientes pero con una diferente concepción de las variables. Las variables se consideran ahora, a la manera estándar, como representaciones esquemáticas de oraciones. De esta manera, la iteración de operadores está permitida y la aplicación de conectivas no parece problemática (sin embargo, véanse más adelante las secciones 8 y 18).

c) A la vista de las dificultades de interpretar las fórmulas con operadores iterados y por algunas otras razones, puede ser conveniente considerar el sistema “clásico” de lógica deóntica como limitado a las fórmulas de primer orden, esto es, fórmulas sin iteración, del sistema (b). Ahora el sistema es, desde el punto de vista formal, idéntico al sistema (a), la única diferencia entre ellos está en la interpretación de las variables.

Puede pensarse que el sistema (b) presenta obvias ventajas sobre (a) dado que supera algunas de sus dificultades y restricciones. Pero si lo que se pretende es dar cuenta de (“hacer justicia a”) las estructuras normativas reales, la concepción original de las variables de (a) puede considerarse más “realista”.

3

En lo que sigue, cuando se mencione el sistema “clásico” de lógica deóntica se hará referencia al sistema (c) de los referidos arriba. Las variables, p , q , etc., serán representaciones esquemáticas de oraciones. Asumiré que estas oraciones expresan lo que podemos llamar *estados de cosas*. Tales estados serán del tipo de lo que en otro lugar he llamado *genéricos*, esto es, estados que pueden darse o no en determinadas ocasiones (en el espacio y /o en el tiempo). Por ejemplo, que una ventana está abierta es un estado genérico. La oración que lo describe no dice por sí misma algo que sea verdadero o falso. Por el contrario, la oración “la ventana (en mi habitación) está abierta ahora (en el momento en que estoy escribiendo)” es verdadera o falsa.

En lugar de decir que las variables representan oraciones describiendo estados genéricos, abreviaré diciendo que las variables representan estados. De este modo, hablaré, por ejemplo, del estado p y evitaré la expresión -más correcta pero también más engorrosa- “el estado de que p ”.

Op y Pp son representaciones esquemáticas de oraciones expresando lo que propongo llamar, simplemente, *normas-O* y *normas-P*, respectivamente. Para simplificar, sin embargo, trataré esas expresiones como representaciones de *normas*. Así, hablaré de la norma Op y de la norma Pp .

Tomemos, por ejemplo, la norma Op , de acuerdo con la cual el estado de cosas p debe ser (existir, tener lugar). ¿Qué relación tiene esto con las acciones humanas? Es fácil observar que la norma cubre diferentes casos. Si el estado de cosas p no está presente y no va a tener lugar -podríamos decir- “por sí mismo”, la norma requiere que nosotros lo *produzcamos*, esto es, que cambiemos la situación de $\sim p$ a p . Si, por el contrario, el estado está presente y no desaparece “por sí mismo”, lo prescrito es dejar que p permanezca, esto es, no *destruirlo*; la norma prohíbe, en otras palabras, la *destrucción* de p . Pero también hay otros supuestos cubiertos por Op . Supongamos que p está presente pero desaparecerá si no interferimos. Entonces la norma nos impo-

ne evitar que p desaparezca. Por el contrario, si p no existe pero aparecerá a menos que lo impidamos, entonces la norma requiere que dejemos que esto suceda, esto es, prohíbe impedir p .

No es necesario que el emisor de la norma exija los cuatro casos cubiertos por Op . Puede querer que evitemos que p desaparezca y que dejemos que llegue a ser si lo hace con independencia de nuestra intervención; pero puede que no quiera que hagamos el esfuerzo de producir p a menos que tenga lugar “por sí mismo”. Hay 15 combinaciones posibles por medio de las cuales una autoridad normativa puede desear que sea el estado de cosas p , pero esas distinciones no pueden expresarse con el simbolismo que usamos aquí.

Con nuestro simbolismo primitivo, además, no podemos expresar a *quién* está *dirigida* una norma determinada, ni *quién* la ha emitido. Cuando varias normas coincidan en un mismo contexto, se asumirá tácitamente que han sido emitidas por la misma “autoridad” y dirigidas a los mismos “sujetos destinatarios”.

Las anteriores observaciones deberían recordarnos qué lejos de las estructuras normativas reales queda un sistema de lógica deóntica del tipo de los “clásicos” (en cualquiera de sus variantes). Pero no tenemos que perder la esperanza de superar esas insuficiencias. Se han hecho varios esfuerzos más o menos satisfactorios para resolverlas, aunque todavía no se ha alcanzado el objetivo.

4

Consideremos una *norma-O* o una *norma-P*. Llamaré contenido de la norma al estado de cosas que declara obligatorio o permitido. La representación simbólica de un contenido normativo es una variable, p , q , ... o un compuesto molecular de variables.

Las formas lógicamente equivalentes de la misma representación simbólica deberían contar como el mismo contenido normativo. A menudo, es conveniente presentar el contenido normativo mediante lo que suele llamarse su forma normal disyuntiva perfecta, esto es, como una disyunción de conjunciones de todas las variables y/o sus negaciones. Por ejemplo, la obligación disyuntiva $O(p \vee q)$ es equivalente a $O(p \& q \vee p \& \sim q \vee \sim p \& q)$.

Pueden introducirse vacuamente nuevas variables en la representación simbólica de los contenidos normativos, que no resultan afectados por estas transformaciones formales. Por ejemplo: el contenido normativo de OP es el mismo que el de $O(p \& q \vee p \& \sim q)$.

5

Llamaré estado *realizable* a un estado de cosas que puede ser producido o destruido, evitada su aparición o -si está presente- evitada su desaparición. Un estado es realizable cuando su producción o no producción en una ocasión dada puede ser el *resultado* de una *acción* humana.

Un estado puede ser realizable sólo en alguna o algunas de las cuatro formas mencionadas. Por ejemplo, puede que sea posible producirlo pero no destruirlo. Dado que aquí no distinguimos los cuatro casos con nuestro simbolismo, trataré de ignorar estas limitaciones de realizabilidad.

Lo que un hombre puede hacer, otro puede no ser capaz de hacerlo. La noción de un estado que es "realizable" es, por tanto, relativa a la capacidad humana, que puede variar de persona a persona. Aquí también serán ignoradas estas variaciones en la realizabilidad.

Un estado de cosas cuya producción en una ocasión dada es o bien *necesaria* o *imposible* no es un estado realizable. Esta imposibilidad puede ser *lógica*, *física* o *humana* (la necesidad es la imposibilidad de lo opuesto; la necesidad de p es la imposibilidad de $\sim p$). Aquello que es lógicamente imposible es también física y humanamente imposible, pero algo que es humanamente imposible puede ser física o lógicamente posible.

Por una *norma genuina* (de conducta humana) entenderé una norma- O o una norma- P cuyo contenido es (un estado) realizable. A una norma cuyo contenido es necesario o imposible la llamaré *espuria*.

La única manera de expresar el carácter no realizable de un contenido normativo en el simbolismo primitivo que estamos usando consiste en adoptar la forma de una *contradicción* o *tautología* de la lógica proposicional. Así, por ejemplo, $O(p \& \sim p)$, que exige algo imposible, o $P(p \vee \sim p)$, que permite algo necesario, son normas genuinas, pero espurias.

En la "vida real", sin embargo, este carácter no realizable es entendido de una manera mucho más amplia. La realizabilidad no sólo debe ser lógicamente contingente, sino también físicamente. Sólo lo que no es ni físicamente necesario ni físicamente imposible puede ser realizado por el hombre. Es por tanto natural y razonable decir de cualquier norma que obliga o permite algo no realizable que es "espuria", que no es una "norma real".

En este punto quisiera señalar algo acerca de lo que podría llamarse la *relatividad* de las nociones de necesidad y posibilidad.

En la lógica clásica, $p \& \sim p$ es algo imposible, algo que rechazamos como necesariamente falso. De la misma forma, en esta lógica $p \vee \sim p$ es aceptado como una verdad necesaria. Pero en las lógicas no clásicas del tipo de las intuicionistas o paraconsistentes las cosas son diferentes.

La mayoría de los sistemas de lógica deóntica se construyen con una base clásica. Pero hay otras maneras de construirlos. Por ejemplo, dentro

de una lógica deóntica paraconsistente la noción de realizabilidad se ve de manera diferente. Y viéndola así quizá podamos ajustarnos a la manera en la que a veces entendemos esta noción en la "vida real". Una orden con la forma $O(p \& \sim p)$ no es por tanto incondicionalmente espuria.

Aunque tales concepciones no serán consideradas en este trabajo, es bueno estar al tanto de ellas.

6

Consideremos un conjunto (finito) de normas- O y normas- P . Asumiremos que todas las normas del grupo son genuinas.

Explicaré ahora qué significa que este conjunto es (*in*)consistente.

Consideremos primero dos normas- O del grupo. Diré que son mutuamente consistentes sí, y sólo sí, la conjunción de sus contenidos es un estado de cosas realizable. Si no son consistentes, son inconsistentes o mutuamente contradictorias. Por ejemplo, O_p y $O_{\sim p}$ son mutuamente inconsistentes, porque $p \& \sim p$ es un estado de cosas imposible.

Esta noción de consistencia puede generalizarse. Un conjunto de n normas- O genuinas es consistente si la conjunción de sus contenidos es ejecutable; en caso contrario, es inconsistente. Consideremos, por ejemplo, las siguientes tres normas- O : $O_{\sim p}$, $O(pvq)$, y $O_{\sim p}$. Dos cualesquiera de ellas pueden ser mutuamente consistentes, pero el conjunto de las tres es inconsistente. Esto es así porque $\sim p \& (pvq) \& \sim q$ es una contradicción en lógica proposicional.

Cualquier conjunto de normas- P genuinas es, por definición, consistente. En otras palabras, las normas- P no pueden contradecirse entre sí. Sus contenidos pueden ser mutuamente contradictorios, como en P_p y $P_{\sim p}$. Este es un supuesto muy común: normalmente, si un estado de cosas está permitido, el estado contradictorio está también permitido. No hay contradicción en esto.

Una norma- P genuina, sin embargo, puede entrar en contradicción o ser inconsistente con una norma- O genuina o un conjunto consistente de normas- O genuinas. Esto sucede cuando la conjunción del contenido de la norma- P con el contenido de la norma- O o con la conjunción de todos los contenidos de las normas- O del grupo no es un estado realizable. Para dar un ejemplo muy simple: $P_{\sim p}$ y O_p son mutuamente inconsistentes (la obligatoriedad de un estado es inconsistente con el permiso del estado contrario).

Si una norma- P es consistente con un conjunto consistente de normas- O , el conjunto formado por esta norma- P y todos los miembros del conjunto de normas- O también es consistente.

Ahora podemos proponer la siguiente definición: Un conjunto de normas- O genuinas y normas- P genuinas es consistente si, y sólo si, el sub-

conjunto formado por todas las normas-*O* es i) él mismo consistente y ii) consistente con cada uno de los miembros (individuales) del subconjunto formado por todas las normas-*P*.

7

Cuando llamamos a dos proposiciones mutuamente contradictorias normalmente queremos decir que no pueden ser simultáneamente verdaderas, y cuando llamamos consistente a un conjunto de proposiciones queremos decir que todas ellas pueden ser (simultáneamente) verdaderas.

Pero las normas del tipo de las prescripciones no tienen valores de verdad. Por tanto, este análisis de las nociones de consistencia y contradictoriedad no es aplicable a las normas. ¿Son entonces arbitrarias las definiciones de la sección anterior? ¿Cómo deberían ser "justificadas" si no es en términos de valores de verdad?

p y $\sim p$ son mutuamente contradictorios. Pero ¿por qué debemos considerar de la misma forma a Op y $O\sim p$? Una posible respuesta: Un emisor de normas que exige que uno y el mismo estado de cosas sea y no sea a la vez no puede ver satisfecha su pretensión. Está "pidiendo la luna". Su requerimiento es *irracional*.

¿Por qué son Op y $P\sim p$ mutuamente contradictorios (inconsistentes)? El destinatario de la norma que es obligado a hacer que p y al que se le permite hacer que $\sim p$ no podrá cumplir su deber o usar su permiso. El emisor de una norma que requiere que algo sea y al mismo tiempo permite el estado contradictorio seguramente nos parecerá irracional o extraño.

¿Por qué no son Pp y $P\sim p$ mutuamente contradictorios o conflictivos? Si me dijeran que puedo hacer que p pero también que $\sim p$ no me sentiría desconcertado. Normalmente entendería que esto quiere decir que yo puedo escoger o que "está en mi mano" producir un estado o el otro (pero no entendería que significara que se me permite producir ambos al mismo tiempo). El emisor de los permisos no se comporta de manera irracional. Simplemente me indica que "no le corresponde a él" si hago una cosa o la otra o ambas.

Que varias normas-*O* son consistentes implica, a su vez, que lo que exigen puede ser conjuntamente satisfecho. El "acierto" de unir las obligaciones puede discutirse, pero ¿alguien pondría en duda su fundamento lógico? Seguramente no.

Que varias normas-*P* no pueden ser inconsistentes se manifiesta en el hecho de que si sus contenidos entran en conflicto quien tiene el permiso es libre de elegir cuál de los contenidos en conflicto va a realizar.

En estas consideraciones, con las que pretendo justificar nuestras definiciones de consistencia y contradicción normativas, se ha hecho referencia a la

racionalidad de exigir y permitir ciertas cosas en conjunción con alguna otra. Pero en ellas hay también una referencia *indirecta* a la verdad. Los estándares de racionalidad para emitir algunas normas están constituidos por la posibilidad o imposibilidad de que los contenidos normativos sean conjuntamente verdaderos. En este sentido, puede decirse que las nociones de consistencia y contradicción normativas son *secundarias* respecto de las nociones de consistencia y contradicción de proposiciones verdaderas o falsas.

Se podría objetar lo siguiente: El hecho de que las normas carezcan de valores de verdad hace imposible aplicarles las nociones de consistencia y contradicción. Que p contradice $\sim p$ no es una buena razón para sostener que Op contradice $O\sim p$. Y dado que la consistencia y la contradicción no se aplican a las normas, *no hay (no puede haber) una lógica de las normas*.

Decir esto implicaría adoptar una actitud extremadamente conservadora acerca de *qué es la lógica*. Creo que esta actitud no está justificada. Pero también creo que la mayoría de los lógicos la asumen sin más cuando acriticamente, como cuestión de hecho", aplican a las normas las nociones problemáticas que hemos estado discutiendo.

8

Otro "pecado" que los lógicos deónticos han tendido a cometer es no haber prestado suficiente atención al problema de cómo aplicar a los enunciados que expresan normas las conectivas oracionales "y", "o", "no" y aquellas que son definibles en términos suyos. Uno de mis propósitos con este trabajo es "expiar" este "pecado".

Se podría formular un Test de Aplicabilidad de las conectivas oracionales, más o menos como sigue: Los compuestos formados por oraciones y conectivas deben tener el mismo carácter lógico que las oraciones mismas.

Un ejemplo: Los compuestos de oraciones (que expresan proposiciones) con un valor de verdad son a su vez oraciones (que expresan proposiciones) con un valor de verdad. Sobre esta idea se funda la noción de *función de verdad*. Las propias conectivas reciben usualmente el nombre de *conectivas veritativas*.

Que las normas satisfagan el anterior test podría significar lo siguiente: un compuesto de oraciones que expresan normas ("formulaciones normativas") es a su vez una oración que expresa una norma.

Las normas son obligaciones, permisos o prohibiciones, esto es, constituyen obligaciones, permisos o prohibiciones. Por tanto, si las formulaciones normativas, cuando se unen por medio de conectivas oracionales, expresan normas, debe ser posible identificar su unión como una obligación, una permisión o una prohibición. ¿Es esto (siempre) posible?

Es importante darse cuenta de la siguiente ambigüedad: Una formulación normativa, tal como, por ejemplo, "debe ser el caso de que _" o "puede ser el caso de que _" puede usarse *prescriptivamente* para enunciar una norma o *descriptivamente* para afirmar que cierta norma ha sido formulada (emitida, que "existe"). Cuando se usa descriptivamente, las formulaciones normativas expresan proposiciones verdaderas o falsas, generalmente llamadas "proposiciones normativas". La aplicación de conectivas oracionales (conectivas veritativas) no plantea en este caso problemas, a diferencia de lo que ocurre cuando las formulaciones normativas expresan normas.

Consideremos primero la conectiva "y".

Tomemos la oración compleja $Op \& Oq$, es decir, "debe ser el caso de que p y debe ser el caso de que q ". Cuando es usada descriptivamente se refiere a la proposición -verdadera o falsa, según el caso- de que hay (existe) una norma imponiendo que p y una norma imponiendo que q . ¿Puede esta oración compleja ser también interpretada prescriptivamente? La respuesta parece ser afirmativa. Interpretada prescriptivamente, la oración expresa una norma- O de acuerdo con la cual debe ser el caso de que p y q . El contenido de la norma así expresada es la conjunción de los contenidos de las normas expresadas por separado por "debe ser el caso de que p " y "debe ser el caso de que q ". Se podría decir que este hecho queda reflejado en el teorema de la lógica deóntica "clásica" $Op \& Oq \leftrightarrow O(p \& q)$.

Tomemos el compuesto $Pp \& Pq$, "permitido el caso de que p y permitido el caso de que q ". La oración puede usarse para afirmar que hay (existen, han sido promulgadas) dos normas permisivas, pero sería un error creer que puede ser usada para emitir un permiso. El permiso conjunto $P(p \& q)$ no es equivalente a la conjunción de los permisos Pp y Pq . Es posible que los dos estados estén individualmente permitidos y simultáneamente que esté prohibido su contenido conjunto. $Pp \& Pq \leftrightarrow (p \& q)$ no es un teorema de la lógica deóntica "clásica".

Por tanto, "y" en $Pp \& Pq$ sólo puede tener una función descriptiva (para informar a los destinatarios de las normas o a cualquiera de la existencia de dos permisos), y no prescriptiva (para extraer una nueva norma de dos normas dadas). Lo mismo es verdad de la conjunción $Op \& Pq$. Establece que una cierta cosa es obligatoria y otra está permitida, pero no crea una norma "híbrida" de una que obliga y otra que permite hacer algo. En definitiva: la combinación de formulaciones normativas por medio de la conectiva "y" implica una oración que afirma el hecho de que las normas enunciadas por esas formulaciones han sido promulgadas (son, existen). Esto es así también para formulaciones de normas- O unidas por "y". Pero, por algo que propongo llamar un "accidente semántico", la norma $O(p \& q)$ también puede ser formulada, duplicando la " O ", con la forma Op y Oq .

9

Consideremos ahora la negación.

El enunciado "no es obligatorio que p " o "no es el caso que deba ser el caso que p " es ambiguo. Puede ser entendido en el sentido de que no ha sido promulgada (no hay, no existe) ninguna norma imponiendo que p . Así entendida, la oración es un enunciado de hecho relativo a qué normas existen o no existen. Pero la misma oración puede ser interpretada también con el significado de que *está permitido* que sea el caso que no p . Entendida de esta manera, la oración enuncia una norma permisiva.

De manera similar, la oración "no está permitido que p " o "no es el caso que esté permitido el caso que p " puede ser interpretado como una prohibición del estado p o, alternativamente, como una indicación de que el estado en cuestión simplemente no ha sido permitido. En el primer caso la oración enuncia una norma; en el segundo caso afirma un hecho acerca de normas.

Para evitar estas ambigüedades introduciré la noción de *norma-negación* de una norma dada y diré que la negación de una obligación es un permiso con contenido opuesto, y que la negación de un permiso es una obligación con contenido opuesto. Así, $P\sim p$ es la norma-negación de Op , y $O\sim p$ la norma-negación de Pp .

El término "no" tiene, por tanto, dos aplicaciones en las formulaciones normativas. Una es la de negar que exista una norma expresada en esas palabras. La otra es la de pasar del enunciado "no obligatorio que" a "permitido que no" y de "no permitido que" a "obligatorio que no" (la conectiva, por tanto, se desplaza desde delante de la formulación de la norma a estar situada delante de la formulación del contenido normativo). La negación de una oración que enuncia una norma implica otra oración que enuncia una norma sólo en la segunda de estas aplicaciones.

10

Consideremos, por último, la conectiva "o".

"Debe ser que p o debe ser que q ". La manera natural de entender este enunciado es como si nos dijera que uno de los dos estados en cuestión debe ser, ha sido declarado obligatorio, pero sin especificar cuál. Por tanto, no nos dice qué norma ha sido emitida.

También es posible interpretar el anterior enunciado como expresando una norma de acuerdo con la cual debe producirse el estado de cosas $p \vee q$. Pero esta interpretación no parece muy normal. Comparemos con "Debe ser que p o está permitido que q ". Esto *sólo* podría usarse para afirmar, de manera verdadera o falsa, que existe una determinada norma- O o una norma determinada norma- P , sin decirnos cuál de las dos alternativas es el caso.

Tomemos ahora "Está permitido que p o está permitido que q ". La forma más natural de entender esto es como la afirmación de que uno de los dos permisos ha sido emitido. Pero también podría interpretarse, sin que resultara poco natural, como la enunciación de una permisión con el contenido disyuntivo $p \vee q$ (porque $P(p \vee q) \leftrightarrow Pp \vee Pq$ es un teorema de la lógica deóntica clásica).

Como hemos visto, en ocasiones, de acuerdo con nuestras "intuiciones lingüísticas", desplazamos una conectiva oracional que se aplica a las formulaciones normativas de manera que se aplique a los contenidos normativos: de "debe ser _ y debe ser _" pasamos a "debe ser _ y _"; de "no debe ser _" pasamos a "está permitido no _"; de "no está permitido _" pasamos a "debe ser no _"; y de "está permitido _ o está permitido _" pasamos a "está permitido _ o _". Pero en *todos* los casos, cuando las conectivas oracionales se usan para formar complejos de formulaciones normativas, tanto en los casos en los que el desplazamiento puede hacerse (sin distorsionar su significado) como en los casos en los que no, las fórmulas complejas tienen una interpretación natural como expresiones de enunciados verdaderos o falsos acerca de que tales normas-*O* y/o tales normas-*P* existen (han sido emitidas, pertenecen a un cierto "código", etc.). Por esta razón, llamaré a la posibilidad del desplazamiento un "accidente semántico" y diré que el uso genuino de las conectivas oracionales al construir formulaciones normativas complejas consiste en afirmar hechos y no en expresar normas. El uso de conectivas oracionales para construir formulaciones normativas complejas no cabe en una genuina "lógica de las normas".

También pueden tener cabida aquí algunas observaciones sobre las conectivas y las oraciones *imperativas*.

"¡Abre la ventana y cierra la puerta!", "¡Abre la ventana o cierra la puerta", "No abras la ventana!", "¡No abras la ventana y no cierres la puerta", son oraciones bien formadas (gramaticalmente). En "términos deónticos", la primera dice que debe ser que la ventana esté abierta y la puerta cerrada; la segunda dice que debe ser que la ventana esté abierta o la puerta cerrada; la tercera, que debe ser que la ventana *no* esté abierta; y la cuarta, que debe ser que la ventana *no* esté abierta o que la puerta no esté cerrada.

Todas las oraciones imperativas complejas son, por tanto, de un tipo que, al ser traducidas a un vocabulario normativo, permiten desplazar las conectivas desde delante de la formulación normativa hasta delante del contenido normativo (de la formulación del contenido normativo).

11

Tomemos un conjunto consistente compuesto por normas (genuinas) y una norma-*O* o una norma-*P* (genuina). Añadamos al conjunto la norma ne-

gación de esa norma adicional. Asumamos que el conjunto así compuesto es inconsistente. Cuando esto sea así, diré que el conjunto original de normas *implica* la norma-*O* o norma-*P* cuya norma-negación hace que el conjunto sea inconsistente. También puede decirse que la norma derivada es una *norma-consecuencia lógica* de las normas del conjunto.

Veamos algunos ejemplos. Supongamos el conjunto compuesto por una única norma Op y supongamos la norma adicional Pp . La norma-negación de esta última es $O\sim p$. Ésta se contradice con Op , esto es, el conjunto compuesto por Op y $O\sim p$ es inconsistente. Por tanto, Op implica Pp . "Obligatorio" implica "permitido"; lo que es obligatorio, necesariamente está también permitido.

Tomemos un conjunto formado por dos normas, Pp y $O(\sim pvq)$. Añadamos $O\sim q$. El conjunto de las tres normas, Pp , $O(\sim pvq)$ y $O\sim q$ es inconsistente. Esto es así porque $p\&(\sim pvq)\&\sim q$ es una contradicción en lógica proposicional. Por tanto, las normas Pp y $O(\sim pvq)$ implican conjuntamente la norma-negación de $O\sim p$, que es $P\sim\sim q$, es decir, Pq .

$\sim pvq$ equivale, por definición, a la implicación material $p\rightarrow q$. Por lo tanto, puede decirse que la anterior implicación queda reflejada en el siguiente teorema de la lógica deóntica clásica: $Pp\&O(p\rightarrow q)\rightarrow Pq$. Esto a veces se expresa diciendo que hacer algo permitido sólo puede comprometernos a hacer cosas que están asimismo permitidas. Tomado *cum grano salis* puede decirse que se trata de una verdad de la lógica de las normas. Tiene una interesante caso opuesto según el cual uno sólo puede verse comprometido (obligado) a hacer algo ilícito si previamente ha realizado un acto ilícito (el "Teorema de Jephthah" de la lógica deóntica).

$O(p\&q)$ implica Op . Esto se sigue del hecho de que la norma-negación de Op , que es $P\sim p$, es inconsistente con $O(p\&q)$.

Ahora sustituyamos " q " por " $\sim p$ " en $O(p\&q)$. ¿Diremos que $O(p\&\sim p)$ también implica Op ? El conjunto cuyo único miembro es $O(p\&\sim p)$ es inconsistente; por ello este caso no está cubierto por nuestra anterior definición de implicación.

Se podría aceptar esta derivación sobre la base de que la implicación entre $O(p\&q)$ y Op es válida para todos los "valores" de las variables " p " y " q " y que la contradicción entre $p\&q$ y $\sim p$ existe *independientemente* de la sustitución de " q " por " $\sim p$ " (la sustitución no afecta a la implicación). Éste parece un argumento sólido. No hay un argumento correspondiente para defender una implicación también entre $O(p\&\sim p)$ y Oq , lo que parecería absurdo. No obstante, si debe aceptarse que $O(p\&\sim p)$ implica o no Op parece una cuestión de escasa importancia para la lógica deóntica.

Un último supuesto. Op implica $O(pvq)$. Esto es así porque, si se exige que sea el caso de que p , entonces no es posible, de manera consistente,

que se permita también que $\sim p$ sea el caso en conjunción con algo más ($P(\sim p \& \sim q)$). Si ordeno que sea enviada una carta, no puedo consistentemente con esto permitir que no sea enviada sino quemada. ¡Por tanto, al exigir que sea enviada, he ordenado que sea enviada o quemada! Esta es la famosa paradoja señalada por el filósofo del Derecho danés Alf Ross. Ross usó la paradoja como un argumento contra la posibilidad de una lógica de las normas. Después volveremos sobre la cuestión y mostraré que la paradoja es completamente inocua.

12

Un lógico con una actitud cautelosa podría objetar: ¿Qué "derecho" tenemos para llamar "implicación" a la relación definida en la sección anterior? Es manifiesto que las normas prescriptivas no son verdaderas o falsas. Dado que, por tanto, que una norma implica otra no puede querer decir que si la primera es verdadera, entonces la segunda es necesariamente verdadera, ¿qué *puede* querer decir? Ya hemos señalado la respuesta: significa que la primera norma es inconsistente con la norma-negación de la segunda. Pero -replica nuestro prudente lógico- esta noción de inconsistencia no es la normal en lógica, esto es, la necesaria falsedad de una conjunción, sino que la hemos explicado en términos de una idea de racionalidad relativa a consideraciones acerca de los propósitos de la actividad normativa. Esto es ciertamente así, pero la analogía con la contradicción y la inconsistencia entre proposiciones verdaderas o falsas parece perfectamente natural y acorde con la forma en que hablamos acerca de normas. Y lo mismo ocurre con nuestra extensión analógica de la noción de implicación.

Nuestro lógico cauteloso, si todavía no está convencido, puede aún insistir y decir que las nociones que estamos usando no son las de contradicción e implicación *lógicas*, sino sólo análogas a ellas, que se aplican a entidades que por naturaleza son a-lógicas. A lo cual le podría contestar que éste uso de "lógica", sencillamente, es demasiado estricto. Rehusar aceptar que una obligación implica lógicamente el permiso correspondiente es, simplemente, terquedad.

Pero hay que advertir del peligro de un equívoco con nuestra noción de implicación: Que una norma implica otra *no* quiere decir que si la primera "existe" entonces la segunda "existe" también, a menos que tomemos la palabra "existe" en algún sentido especial y quizá no muy común. Una norma que dice que algo debe ser puede existir perfectamente sin una norma que diga que esa misma cosa está también permitida. Que la segunda es "implícada" por la primera sólo significa que un intento por parte del emisor de la norma de prohibir esa acción provocaría una "contradicción", en el sentido

de que no sería posible satisfacer su exigencia. Y si esto no es "ilógico" en sentido estricto, al menos es irracional en un sentido casi paradigmático.

13

Supongamos un conjunto de normas que han sido dirigidas al mismo sujeto (o sujetos) y que proceden de una y la misma fuente (autoridad normativa, legislador). Llamaré a este conjunto un *código normativo*.

Asumamos ahora que encontramos que el conjunto es inconsistente. Existe, por tanto, una "contradicción en el Derecho". Esto no es algo poco común en la "vida real".

Dado que la inconsistencia (contradicción) significa aquí que no puede hacerse todo lo requerido o que puede hacerse todo lo requerido pero es imposible realizar algo permitido, este estado de cosas puede considerarse insatisfactorio. El legislador quizá quiera dar algún paso para resolver la inconsistencia.

En el caso más simple, la inconsistencia estará provocada por la coexistencia de dos normas-*O* que están mutuamente en conflicto o por el conflicto entre una norma-*O* y una norma-*P*.

La "lógica" no puede ayudarnos a resolver el conflicto, pero puede haber alguna regla o principio normativo, alguna "metanorma", que nos diga cómo hacerlo. Si las normas del conjunto han sido emitidas en momentos diferentes, la regla podría ser que la norma anterior de las que están en conflicto sea "expulsada" del código, derogada por la norma posterior. En la Teoría del Derecho esta regla se expresa como *lex posterior derogat legi anteriori*.

Pero podríamos imaginar también una metanorma para resolver conflictos opuesta, "conservadora", que dijera que la norma anterior deroga a la norma posterior que entra en conflicto con ella. Se puede imaginar fácilmente que ambas metanormas sean usadas en el mismo ordenamiento jurídico: una para un subconjunto del código y otra para otro.

Un caso más complicado de "contradicción en el Derecho" se produce cuando no son dos las normas que se contradicen, sino tres o cuatro o más. Éste sería el caso, por ejemplo, si Pp , $O(p \rightarrow q)$ y $O \sim q$ coexistieran en el mismo código. Si alguna de ellas es una "recién llegada" que provoca la inconsistencia, el principio *lex posterior* nos dice sólo que una u otra de las más antiguas debe ser revocada, pero no nos dice cuál. Esto tendría que concretarse con algún otro tipo de metanorma, o con una decisión arbitraria.

Sin embargo, si las normas son promulgadas simultáneamente, no puede apelarse ni al principio *lex posterior* ni al principio *lex anterior*. Para estos casos se podría imaginar una metanorma de acuerdo con la cual las normas-*O* derogan a las normas-*P* en caso de conflicto; pero también se podría imaginar una metanorma contraria que estableciera a los permisos por encima

de las obligaciones ("garantizar la libertad por encima del deber"). Puede haber todavía otros principios para resolver los conflictos normativos, o puede dejarse el caso a decisiones arbitrarias. Supongo que en la práctica los conflictos se resuelven a menudo con algunas modificaciones de las normas en conflicto, restringiendo su contenido hasta que la contradicción sea eliminada.

14

Diré que un estado de cosas está *deónticamente determinado* si, y sólo si, está o bien prohibido o bien permitido. Como la obligatoriedad implica la permisión, también los estados obligatorios están deónticamente determinados en este mismo sentido. Llamaré a obligatorio, prohibido y permitido *valores deónticos*. A un código normativo (corpus, ley, ordenamiento, sistema) en el que cada estado de cosas está deónticamente permitido lo llamaré *cerrado* o *completo*. Si no está cerrado lo llamaré *abierto* o diré que tiene *lagunas*.

¿Existen códigos normativos sin lagunas?

Es inconcebible que una autoridad empírica haya asignado un valor normativo a todos los estados de cosas posibles. Necesariamente habrá estados de cosas individuales a los que el Derecho positivo no declare ni permitidos ni prohibidos (en realidad, la gran mayoría de los estados de cosas pertenecen a esta categoría). En este sentido, la respuesta a la anterior pregunta es negativa.

La existencia de lagunas, sin embargo, puede ser considerada insatisfactoria desde el punto de vista del legislador y -no menos- desde el punto de vista del destinatario de las normas, por lo que el legislador puede querer remediar la situación adoptando alguna metanorma de cierre del sistema normativo, de la misma manera que puede adoptar metanormas para enfrentarse a posibles contradicciones.

Consideremos el supuesto siguiente: Existe un estado de cosas p que está permitido. Asumamos que es también obligatorio. Entonces el estado contradictorio, $\sim p$, está, por definición, prohibido (y, por tanto, deónticamente determinado). Asumamos ahora que el estado permitido p no es también obligatorio. En ese caso, ¿debe estar asimismo deónticamente determinado el estado contradictorio $\sim p$? Si el código normativo es consistente, no puede estar prohibido. Pero ¿debe estar permitido? La respuesta es que "debe" estarlo sólo en virtud de una estipulación metanormativa. Esta estipulación parecería razonable, porque en su ausencia los destinatarios de las normas no tendrían la seguridad de si pueden abstenerse de usar el permiso dado de producir p .

Una metanorma que asegure que, si un estado de cosas está deónticamente determinado, entonces el estado contrario está determinado también, avanzaría un pequeño paso en la dirección de hacer que el código sea completo, pero hay otras formas de conseguir este mismo fin efectivamente.

15

¿Qué quiere decir que algo está permitido? Esta cuestión plantea un problema antiguo y muy debatido en la filosofía del Derecho y la filosofía de las normas en general. Muchos filósofos han sostenido que un "permiso" consiste sólo en la ausencia de una prohibición, y probablemente es correcto decir que la mayoría de los lógicos deónticos han compartido esta opinión. Yo mismo he sostenido esto en mis primeras publicaciones sobre este tema, guiado por una cierta analogía entre los conceptos deónticos y los modales. De la misma manera que la posibilidad es la negación de la necesidad de lo contradictorio de una proposición, la permisión es la negación de la obligatoriedad de lo contradictorio. $Pp \leftrightarrow \sim O \sim p$ es un teorema de la lógica deóntica clásica.

Creo que esta tesis está equivocada. La relación entre la permisión y la ausencia de prohibición no es una relación *conceptual*, sino *normativa*. Puede haber buenas razones para hacer un código (ordenamiento) normativo cerrado, estipulando que todo lo que no está prohibido por las normas del sistema está *por ello* permitido. Pero declarar permitido a lo no prohibido es un acto normativo; lo que lo establece es una metanorma (jurídica). Los conocidos principios *nulla poena sine lege* y *nullum crimen sine lege* pueden considerarse versiones de esta metanorma, o al menos como principios estrechamente relacionados con ella.

16

Una metanorma de acuerdo con la cual todo lo que no está prohibido, está permitido podría cerrar un código normativo, pero ¿no podría existir también una metanorma, con el mismo efecto, de acuerdo con la cual todo lo que no estuviera permitido estuviera *ipso facto* prohibido?

Supongamos que p es un estado de cosas tal que ni él mismo ni su contradictorio $\sim p$ estuvieran permitidos (como ya he indicado, en la "vida real" la mayoría de estados caen en esta categoría). Si el metateorema dice que lo que no está permitido, está prohibido, el código normativo contendría tanto Op como $O\sim p$. Habría, por tanto, una contradicción normativa en este código, lo que, obviamente, resulta insatisfactorio. ¿Quiere esto decir que la metanorma que estamos considerando debe ser rechazada por absurda o por destruir el ordenamiento normativo?

En esta forma cruda, la metanorma es absurda, pero la idea de que lo no permitido está prohibido puede ser reformulada de manera que sea inteligible y, quizá, incluso aceptable en algún código normativo o en alguna parte de él.

Como vimos en la sección 3, una norma que en nuestro simbolismo "primitivo" se formule como " Op " cubre diferentes casos que sólo podríamos distinguir con un formalismo más desarrollado. Así, Op puede ser un mandato de producir el estado p , o una prohibición de destruirlo, o un mandato de conservarlo, si de otro modo desaparecería, o, por último, una prohibición de impedirlo, si de otra manera llegaría a ser. $O\sim p$ puede ser un mandato de destruirlo, una prohibición de producirlo, un mandato de impedirlo o una prohibición de conservar el estado de cosas en cuestión.

Igualmente, Pp cubre cuatro casos: un permiso de producir p , un permiso de dejar que continúe siendo, un permiso de impedir que desaparezca o un permiso de dejar que se origine. $P\sim p$, a su vez, puede ser un permiso de destruir p , un permiso de dejar que continúe ausente, un permiso de impedirlo o un permiso de dejar que desaparezca.

Si ahora se entiende tácitamente que Pp abarca sólo un permiso de producir p , y $P\sim p$ un permiso de destruirlo, entonces, en ausencia de ambos permisos, la metanorma diría que está prohibido producir algo y, también, destruir el estado en cuestión. Y esto no es una contradicción normativa. De forma similar, si se considera que Pp abarca sólo el permiso de dejar que el estado continúe siendo ("no tocarlo"), y $P\sim p$ el permiso de dejar que permanezca ausente, entonces, en ausencia de ambos permisos, la metanorma dice que está prohibido dejar el estado sin destruir (si está presente) y, también, dejarlo sin producir, si está ausente. En otras palabras, indica que el estado de cosas debe ser destruido si está presente y producido si no lo está. Estas dos obligaciones no son normativamente inconsistentes entre sí, pero como la satisfacción de una crea una situación en la cual la otra también debe ser satisfecha, su aparición conjunta en un sistema normativo también puede ser considerada como "lógicamente torpe". He llamado a los mandatos de este tipo "órdenes Sísifo"¹.

Dejaré al lector que descubra qué prohibiciones existirían en virtud de la metanorma si Pp y $P\sim p$ se encuentran en el código con alguna de las restantes interpretaciones posibles. La metanorma que dice que lo no permitido está *ipso facto* prohibido sólo conduce a una contradicción normativa en el caso de que se interprete que los dos permisos abarcan *todos* los casos incluidos en la misma formulación.

¹ *Norm and Action*, p. 147 (Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963).

17

¿Qué diferencia hay "en la práctica" entre que un estado de cosas no esté prohibido y que esté permitido? Supongamos que no hay una norma *Pp* en un sistema normativo. Ahora alguien produce este estado de cosas. ¿Cuál debería ser la reacción del legislador? Podría decir: "No tenías permitido hacer eso y no debes hacer lo que no está permitido (por mí)", apelando de esta forma a una metanorma según la cual todo lo que no está permitido está por ello prohibido. Desde el punto de vista de la lógica normativa esto sería posible, aunque quizá menos razonable que si el legislador hubiera dicho: "puesto que no estaba prohibido (por mí) hacer esto, tú eres libre de hacerlo". Pero se puede pensar también en un caso intermedio respecto de la adopción de alguna de estas metanormas. El legislador podría haber dicho que, si algo no está permitido por alguna norma del sistema, un sujeto que se plantea hacer tal cosa debe "pedir permiso" al legislador para hacerlo. Éste puede en ese momento prohibir o permitir hacerla. Tal "metanorma" es a veces impuesta por los padres a sus hijos, o por los educadores a aquellos a quienes educan.

En realidad, los legisladores también pueden inclinarse por asumir un papel "paternalista" hacia aquellos para quienes legislan. A veces, esto puede ser razonable. Tener un permiso-*carte blanche* para hacer todo aquello que no está efectivamente prohibido puede parecer excesivamente "generoso". Los avances en ciencia y tecnología hacen posible cosas que previamente era imposible de realizar por medio de la acción o interferencia humana. En momentos de rápido cambio puede ser poco deseable permitir todo lo que el legislador todavía no ha considerado "desde el punto de vista normativo". Por tanto, al menos para algunas categorías de estados de cosas puede ser prudente adoptar una metanorma que establezca que, en caso de que tales estados de cosas lleguen a ser o a ser posibles, antes de hacerlos se debe tener un permiso. Se puede pensar, por ejemplo, en las posibilidades de manipulación genética.

18

He argumentado que las conectivas oracionales se aplican a normas (a oraciones que expresan normas) sólo cuando es posible desplazarlas desde delante de la formulación normativa hasta delante de su contenido. Pero hasta aquí hemos asumido que las conectivas se aplican sin restricciones a los contenidos.

Sin embargo, incluso ésta es una verdad con importantes matizaciones. Aparentemente, esto no ha sido advertido en el pasado por la mayoría de los lógicos deónticos, incluyéndome a mí.

El principal problema lo constituyen las obligaciones y los permisos disyuntivos, esto es, las normas-obligación y normas-permisión cuyo contenido es la disyunción de estados de cosas. Por ejemplo: $O(pvq)$ y $P(pvq)$.

Consideremos el permiso "puedes abrir la puerta o la ventana". Parece claro que si se dirigiese a alguien un permiso con esas palabras, el sujeto entendería que puede abrir la ventana pero puede también abrir la puerta (o hacer ambas cosas, a menos que tenga razones para pensar que "o" tenga un significado excluyente). Dado que no se le ordena, sino que se le permite hacer ambas cosas, también es libre de elegir cuál de ellas hará, si no hace ambas. Un permiso que tenga aproximadamente esta forma se entendería que significa también -a menudo, pero no siempre- una orden de hacer al menos una de las dos cosas, esto es, una prohibición de dejar ambas cosas sin hacer.

Dado que la obligación implica la permisón, $O(pvq)$ implica $P(pvq)$, de lo que se sigue que también las obligaciones disyuntivas se entenderían normalmente como permitiendo hacer todos los disyuntos de su contenido. Que esto es así puede verificarse fácilmente con ejemplos. Si me dicen que debo abrir la puerta o la ventana, entenderé con naturalidad que esto quiere decir que debo hacer al menos una de las dos cosas, pero que soy libre de (tengo permiso para) elegir cuál de ellas.

Estas observaciones sobre las obligaciones y los permisos disyuntivos no deben ser entendidas como afirmaciones de que, por ejemplo, $P(pvq)$ y $O(pvq)$ implican Pp y Pq . $O(pvq)$ y $P(pvq)$ son normas lógicamente compatibles con $O\sim p$ (la norma-negación de Pp) y también con $O\sim p$, aunque no con ambas.

Introduciré aquí la noción de *sugerencia* y diré que un permiso disyuntivo *sugiere* que los disyuntos individuales de su contenido están permitidos, esto es, que el sujeto normativo puede elegir libremente cuál de ellos realizar (si hace alguno).

La noción de *sugerencia* no es una relación *lógico-normativa* entre normas, sino que captura un rasgo *semántico* del lenguaje normativo. La expresión "permitido que sea p o q ", y también "debe ser p o q ", cuando la consideramos de manera *aislada* de otras formulaciones normativas dirigidas al mismo sujeto, se entendería como diciendo que cualquiera de los estados de cosas está permitido.

(Podría existir una metanorma en un sistema de acuerdo con la cual los disyuntos de las permisiones u obligaciones disyuntivas están individualmente permitidos, *a menos* que haya otras normas en el sistema que prohíban alguno de los disyuntos. Pero la existencia de una metanorma como ésta depende de las decisiones del legislador y no se sigue del análisis del lenguaje normativo).

Ahora supongamos que el código contiene una norma $P(pvq)$ y otra norma $O\sim p$. Tenemos, por tanto, dos formulaciones normativas, "está permitido el caso de que pvq " y "debe ser el caso de que no p ". Alguien que se encuentre con ellas, por ejemplo en un texto jurídico, seguramente se quedaría perplejo: la primera formulación *parece* permitir un estado de cosas que la segunda prohíbe expresamente.

Supongamos que se descubre que *primero* existía el permiso $P(pvq)$ y *después* el legislador prohibió p . El conjunto compuesto por $P(pvq)$ y $O\sim p$ es consistente. Por tanto, implica, además, Pq . La forma natural de interpretar esto consiste en pensar que el permiso disyuntivo original ha sido limitado o restringido por el legislador al prohibir uno de los disyuntos. Sería apropiado (lingüísticamente) si éste eliminara la formulación $P(pvq)$ del texto jurídico y la reemplazara por $O\sim p$ y Pp .

Supongamos a continuación que *primero* existía la prohibición $O\sim p$ y *después* el legislador estableció el permiso $P(pvq)$. La manera más natural de interpretar la nueva situación consiste en considerar derogada la prohibición de p . Si esto es correcto, el legislador debería eliminar del texto jurídico la formulación de la prohibición previa para evitar confusiones a los sujetos destinatarios de las normas.

Y, finalmente, supongamos que las dos normas, $P(pvq)$ y $O\sim p$ fueron promulgadas al mismo tiempo, o que por alguna otra razón no podemos determinar su orden cronológico: "Está permitido que sea el caso de que pvq pero no debe ser el caso de que p ". Es tentador decir en este supuesto que "la formulación es ininteligible", o preguntar "¿Qué es lo que quiere el legislador?", o señalar que "La ley parece inconsistente: nos garantiza libertad para hacer algo y luego nos la niega" o que "El legislador se comporta irracionalmente".

He tratado de mostrar de qué manera las obligaciones y las permisiones disyuntivas de un sistema normativo son "incompatibles" con prohibiciones de (alguno de) sus disyuntos. Sin embargo, ésta no es una incompatibilidad de lógica normativa. Es mejor llamarla un uso inapropiado del lenguaje normativo, que debería evitarse y que puede ser corregido por medio de las reformulaciones apropiadas. Sería interesante conocer en qué medida los textos jurídicos se muestran cuidadosos con estas cuestiones y evitan "sugerir" que están permitidas cosas que, en realidad, están prohibidas.

19

Volvamos, por última vez, a la Paradoja de Ross.

Esta paradoja está relacionada con las Paradojas de la Implicación, pero es mucho más "fuerte". Decir que "debes enviar la carta" implica "debes enviar o quemar la carta" resulta seguramente mucho más paradójico que decir

que "la carta ha sido enviada" implica "la carta ha sido enviada o quemada". ¿Por qué? Creo que la respuesta es bastante clara: la orden disyuntiva normalmente se entendería como permitiéndonos elegir libremente entre dos alternativas. Op implica $O(pvq)$, que, a su vez, implica $P(pvq)$. En ausencia de prohibiciones específicas, se pensaría que $P(pvq)$ permite tanto q como p , y entonces puede llegarse a pensar que se podría derivar cualquier permiso arbitrario a partir de Op (no hay ninguna tentación similar de pensar que, puesto que p implica pvq , también implica q).

El ejemplo de Ross tiene una característica que aumenta aún más la impresión de paradoja. Los actos de enviar y de quemar una carta son excluyentes. Si se envía una carta, no se ha quemado, y si se quema, no se puede enviar. Ahora las dos normas- O , Op y $O(pvq)$, son conjuntamente equivalentes a la norma- O $O(p \& (pvq))$, y ésta a su vez a $O(p \& \sim q \vee p \& q)$. Pero $p \& q$, en el ejemplo de Ross, es un estado de cosas imposible. Por ello, la única manera por la que el receptor de las dos órdenes, "¡envía la carta!" y "¡envía o quema la carta", puede satisfacerlas a *ambas* es enviando y *no* quemando la carta. Cuando uno advierte esto, la paradoja queda más "mitigada".

Una observación final. Lo paradójico de la situación que Ross advirtió se debe en parte a una incomprensión de la noción de implicación entre normas. Como hemos visto en la sección 11, el hecho de que una norma implique otra no significa que si la primera es verdadera la segunda lo es también, ni que si la primera ha sido emitida (existe) la segunda ha sido, al menos implícitamente, emitida también. Que la obligación de enviar una carta implica la obligación de enviarla o quemarla significa "sólo" que la primera es (sería) incompatible con un permiso de no enviar la carta y hacer otra cosa. Que esto sea así es perfectamente natural y obvio, y de ninguna manera "paradójico". El receptor de la orden "¡envía la carta!" no es también, en virtud de algún "juego de manos" de los lógicos deónticos, receptor de la orden "envía la carta o quémala".

20

En este trabajo he tratado de mostrar que hay algo que puede llamarse genuinamente "lógica de las normas". Su posibilidad depende de la posibilidad de darle sentido a las nociones de conjunto *consistente* de normas- O y normas- P y de norma-negación de una norma dada. A partir de estas nociones se pueden definir también las de contradicción e implicación entre normas.

No me parece que haya buenas razones para negar la consideración de lógicas a estas nociones de consistencia, contradicción e implicación, pero es importante ser consciente de los peligros de malinterpretarlas.

Está implícito en las consideraciones hechas aquí que unas estructuras sintácticas como las "clásicas" y la mayoría de los sistemas de lógica deóntica *no* son genuinas "lógicas de las normas". La principal razón es que las conectivas oracionales, salvo cuando se desplazan de delante de los operadores *O* y *P* a los contenidos normativos que les siguen, no se aplican a las expresiones de normas.

Un cálculo como el que elaboré en mi artículo de 1951 es, en el mejor de los casos, una lógica de lo que he llamado "proposiciones normativas", esto es, de proposiciones verdaderas o falsas que se refieren a la existencia de tal o cual norma. Pero una lógica así no puede pretender ser una representación adecuada de los sistemas normativos existentes. Esto es así porque excluyen las contradicciones y las lagunas de los códigos. Intentar hacer esto "sobre bases lógicas" es inútil. Se puede pensar en varias metanormas para enfrentarse a las contradicciones y las lagunas -o decidir caso por caso lo que debe hacerse con ellas. Las metanormas, algunas de las cuales son bien conocidas por la teoría y la práctica jurídicas tradicionales, no son leyes de la lógica de las normas.

Pero aunque los sistemas clásicos no representan adecuadamente las estructuras normativas existentes, pueden tener otra función: concretamente, la de constituir *modelos ideales* de lo que ha de ser un sistema libre de contradicciones y de lagunas. Modelos ideales similares, en forma de sistemas de lógica deóntica, pueden también proporcionar estructuras normativas que prevengan lagunas, e incluso de estructuras normativas que puedan solucionar contradicciones.

(Trad. de Daniel González Lagier)



VALOR, NORMA Y ACCIÓN EN MIS ESCRITOS FILOSÓFICOS*

Con un epílogo cartesiano

Georg Henrik von Wright

Estoy profundamente agradecido a la dirección de ZIF por organizar un *Autorenkoloquium* en mi honor en Bielefeld en Abril de 1996. El tema del coloquio fue Acciones, Normas, y Valores. Nueve trabajos – tres por cada uno de los tópicos principales – fueron leídos y discutidos en el encuentro. Respondí a todos ellos. Luego, no menos de 30 ensayos fueron enviados para la publicación de las actas del encuentro.

En lugar de comentar cada una de esas contribuciones, he decidido escribir un ensayo sobre el lugar y el papel que han tenido en mi pensamiento los tres tópicos del coloquio. El ensayo es “autobiográfico” en el sentido que sigue el desarrollo de mis pensamientos en orden cronológico. Por ello he invertido el orden de los temas: Valor, Norma y Acción. A efectos de lograr que el artículo sea lo más autosuficiente posible, también he resumido mis puntos de vista principales y mis argumentos. Los resúmenes son, con frecuencia, enormes simplificaciones y pueden impresionar a un lector que no esté familiarizado con las fuentes como poco críticos o incluso dogmáticos.

Al seguir una perspectiva cronológica fue natural desviarme algunas veces de la división tripartita “valor-norma-acción” y hacer una breve excursión en algo que ha sido un aspecto colateral de mi labor en algunos de los otros tres tópicos. Muchos de estos resultados colaterales han surgido de la teoría de la acción. Desde mediados de los ochenta ellos se han desviado progresivamente hacia la filosofía de la mente y la metafísica de la división

* Traducción de Laura Manrique y Pablo E. Navarro. Título original: “Value, Norm, and Action in My Philosophical Writings. With a Cartesian Epilogue” en Meggle, G. Et al. (eds), *Actions, Norms, Values. Discussions with Georg Henrik von Wright* (Berlín/New York: Walter de Gruyter, 1999). En este trabajo, von Wright se refiere en más de una ocasión a diferentes exposiciones y contribuciones al coloquio celebrado en Bielefeld en Abril de 1996. Estos trabajos han sido publicados en el volumen indicado arriba.

Cartesiana entre materia y mente. De este modo, ellos señalan un regreso a los problemas de la filosofía que fueron los que primero me atrajeron en mi temprana adolescencia. Algunas de las contribuciones en el libro siguen mis pensamientos en esa dirección. Por ello pensé que era apropiado concluir mis comentarios con un breve “epílogo cartesiano”.

Agradezco especialmente a los coordinadores de las tres sesiones del coloquio, los profesores Ernesto Garzón Valdés, Werner Krawietz, y Georg Meggle. La eficiencia y la paciencia sin límites del Profesor Meggle, tanto en la planificación del coloquio como así también en la edición de sus actas, es un gesto de amistad por el que siempre estaré agradecido.

Dedico estas inspiraciones autobiográficas a los autores del volumen como una muestra de gratitud por el interés que ellos han manifestado por mis esfuerzos filosóficos.

I

1. En tanto que disciplina académica, la filosofía en Finlandia ha estado tradicionalmente dividida en dos ramas independientes – filosofía teórica y práctica. En la primera se ubicaban la lógica, la epistemología y la metafísica; en la segunda, la ética y la filosofía política y social. En mis tiempos de estudiante, la filosofía teórica también incluía a la psicología.

Elegí estudiar filosofía teórica, y mi principal motivación fue, hasta donde puedo recordar, que había oído del Profesor Eino Kaila, quien estaba casado con una prima de mi madre. Como consecuencia de mi elección nunca estudié filosofía jurídica, moral o social. Tampoco filosofía de la historia o religión. Esto es ligeramente irónico, considerando que una parte principal de mi trabajo en filosofía, y ciertamente la parte que es mejor conocida, ha sido en temas de dimensiones “prácticas” – y por ello caen en una disciplina en la que nunca logré una formación profesional en absoluto.

2. La influencia de Edward Westermarck era aún fuerte en el ambiente intelectual en el que crecí. Él había sido Profesor de Filosofía Práctica en Helsinki, a comienzo del siglo, y fue luego Profesor de Filosofía en la Abo Academy y de sociología en la Universidad de Londres. Él es uno de los más grandes académicos que mi país ha producido y su influencia sobre opiniones seculares en cuestiones de moral y religión ha sido profunda. Por tanto, fue más o menos una cuestión obvia que en mis primeras, y no profesionales, reflexiones sobre cuestiones relativas al valor, implícitamente abrazase el subjetivismo y el relativismo ético en el que Westermarck había sido un campeón.

En algún sentido – tal vez no fácil de hacer explícito – he permanecido fiel a esos primeros puntos de vista. Aquello que llamaría “genuinas” valoraciones expresan la aprobación o desaprobación de un objeto por parte

de un sujeto. Como tales, las valoraciones no son verdaderas ni falsas. La valoración de un objeto por un sujeto puede diferir de las valoraciones que otro sujeto hace del mismo objeto. Pero el *enunciado* “Yo apruebo esto”, a diferencia de la “misma” aprobación, es verdadero o falso. En este sentido, los enunciados evaluativos tienen una ambigüedad sistemática similar a los enunciados normativos (deónticos). (Cf. Más abajo, II, 3)

Westermarck habría dicho que las valoraciones expresan sentimientos de aprobación o desaprobación – y alguien podría desear decir que ellos son *actitudes* expresivas de aprobación o desaprobación. Pero la expansión de la fórmula más breve antes indicada me parece inútil o controvertible.

3. Westermarck también introdujo la pregunta acerca de cómo distinguir la aprobación o desaprobación *moral* de otras clases de valoraciones. Hay que reconocer a Westermarck el mérito de ver un problema aquí. Otros partidarios del “emotivismo” han tendido a ignorarlo. Por ejemplo, Stevenson en su libro, que fue influyente en su momento, *Ética y Lenguaje*.

La respuesta de Westermarck¹ a su pregunta fue que la aprobación moral es imparcial (desinteresada) y, en un cierto sentido, universalizable. Estas ideas tienen reminiscencias de la ética de Kant y también de la Regla de Oro de la moralidad cristiana – dos autoridades en cuestiones morales que, por otra parte, Westermarck había censurado duramente.

Los dos rasgos mencionados no entran en conflicto con la subjetividad y el relativismo de las valoraciones morales. Pero ellos introducen una pregunta que Westermarck nunca consideró: ¿Qué naturaleza lógica tiene la afirmación de acuerdo con la cual de la imparcialidad y la universalizabilidad surge aprobación o desaprobación *moral*? ¿Se trata de un enunciado descriptivo acerca del uso del lenguaje moral? En este caso, difícilmente podría ser adecuado para todas las sociedades a lo largo de su historia. ¿O es un enunciado evaluativo o normativo, que nos urge a considerar a la moral en una cierta luz? En este caso, la caracterización de Westermarck es una contribución a lo que se llama *ética normativa*. Ciertamente no intentaba ser eso. Pero pienso que así debemos entenderlo.

La primera contribución que hice a la teoría ética fue un artículo del principio de 1950 “Om moraliska föreställningars sanning” (*Acerca de la verdad de las ideas morales*)². El título era una alusión consciente a

¹ Westermarck (1924). Las emociones morales, decía Westermarck, “no son influenciadas por la relación particular que tienen con aquellos que se encuentran inmediatamente afectados por los actos en cuestión y por aquellos que ejecutan esos actos” Y el sujeto que enuncia un juicio moral “siente que éste sería compartido por otras personas si ellos conociesen el acto y todas las circunstancias involucradas tan bien como él mismo”

² Von Wright (1954a), pp. 48-74

una famosa conferencia de Axel Hägerström, la “contrapartida” sueca del finlandés Westermarck. El artículo contiene no sólo lo que aun me parece una interpretación moderadamente buena del núcleo de las dos “grandes” filosofías morales, sino también un intento de “rescatar” al subjetivismo valorativo de Westermarck y al nihilismo valorativo de Hägerström de los pantanos de la anarquía moral y el egoísmo subjetivista. También hice uso de ideas que aprendí de Wittgenstein. Argumenté que muchos, tal vez la mayoría, de enunciados en la esfera moral subsumen casos individuales bajo estándares (criterios) aceptados de bondad o maldad y por eso son, en un sentido relativo, verdaderos o falsos. Sin embargo, los estándares mismos no pueden ser evaluados desde el punto de vista de la verdad.

4. Pasaron otros diez años antes de que presentase al público un aporte mayor a la filosofía del valor. Éste fue mi libro *The Varieties of Goodness*, basado en las Conferencias Gifford que había dado en St. Andrews³. Fue publicado en 1963. Inicialmente, deseaba llamarlo “Prolegómenos a la Ética” pero, como es bien conocido, este título ya había sido usado (Thomas H. Green: *Prolegomena to Ethics*, publicado de manera póstuma por A. C. Bradley).

Una idea en *Varieties*, que aun me atrae de manera intensa, es que las nociones centrales para la vida moral de un individuo, tales como bueno, o malo, virtud y vicio, justicia e injusticia, son conceptos *en busca de un significado*. Aunque son familiares en nuestro uso cotidiano, ellas son al mismo tiempo oscuras y vacilantes. Puede existir un amplio consenso acerca de cómo usarlas – pero hay también bastante desacuerdo y controversia acerca de sus aplicaciones a casos individuales. Así, en las “intelectualizadas” y tardías etapas en la historia de una civilización deviene tarea del filósofo el reflexionar sobre el significado de las ideas morales. La tarea no es descriptiva. Pero tampoco es una cuestión de mera estipulación. La actividad del filósofo de imponer un significado tiene una finalidad *práctica*. Pretende ser una guía acerca de cómo juzgar y evaluar la conducta de los individuos (incluyendo la conducta del propio filósofo). Así es como entiendo a la ética normativa. “Normativo” aquí no significa “legislación”. La ética no puede *imponer* obligaciones o prohibiciones. Pero puede *proponer* estándares de evaluación de acuerdo con los que las obligaciones y las prohibiciones pueden ser impuestas (o removidas) por una autoridad moral o jurídica esclarecida.

En *Varieties* hice una contribución modesta para satisfacer mi propio anhelo por el “significado de la moral”. Puede decirse que iba en la misma

³ Von Wright (1963a)

línea de las de Westermarck en que trataba de combinar elementos Kantianos con la idea Cristiana del cuidado por el bien de nuestro prójimo.

Consideraba al Principio de Justicia como el centro de la moral. El deber moral es actuar conforme con ese principio por lo que he llamado un motivo moral, *viz* el deseo de conseguir para todos un bien que una acción similar de nuestros prójimos nos produciría a nosotros. La voluntad moral está más allá del egoísmo y el altruismo – una voluntad desinteresada e imparcial de justicia. Trata a nuestro prójimo como si su bienestar fuese nuestro y nuestro bienestar fuese suyo. Tener esta actitud es amar al prójimo como a *uno mismo*. Ésta continúa siendo, en pocas palabras, mi posición.

5. Después de *Varieties* intenté en algunas ocasiones conectar la idea de moralidad con la de *racionalidad*, o la idea de *una vida de acuerdo a la razón*.

Un primer intento en esta dirección fue un artículo, *Rationality: Means and Ends*, de 1986⁴. En este artículo examiné las dos formas de racionalidad que Max Weber distinguió con los nombres *Zweckrationalität* y *Wertrationalität*. Aristóteles había dicho que sólo los medios pueden ser objetos de deliberación, y que no se puede deliberar acerca de los fines⁵. Hice un esfuerzo para mostrar en qué sentido es posible una deliberación acerca de fines, y lo hice relacionando los problemas con otra idea de Aristóteles, la idea de prudencia (*phronesis*) o “sabiduría práctica”. No estaba de acuerdo con la definición de *prudencia* de Sir David Ross⁶ como “el conocimiento de cómo asegurar los fines de la vida humana”. Esto no es lo que significaba para Aristóteles cuando la caracterizaba como “un verdadero y razonado estado de capacidad para actuar con consideración a las cosas que son buenas o malas para los hombres”⁷.

En un trabajo inédito reciente traté de conectar la idea de prudencia con la de *identidad personal*. La identidad de una persona consiste en su conocimiento de quién es, a qué lugar pertenece, qué puede hacer y qué es lo que está más allá de su capacidad, qué tiene derecho a demandar y exigir de otros, y los otros a él. La identidad de una persona o su autoconocimiento, sostenía, es incompleto, deficiente, a menos que él advierta la *simetría* de la relación entre los seres humanos con respecto a cómo sus acciones afectan mutuamente sus bienes (bienestar). Enclavada en la posesión de autoconocimiento está una actitud moral hacia nuestro prójimo.

⁴ Von Wright (1986), pp. 57-71

⁵ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, III, iii, 11

⁶ La *Ética a Nicómaco* de Aristóteles, traducción e introducción por Sir David Ross. The World's Classics, Oxford University Press, 1953, p. 142

⁷ *Ética a Nicómaco*, VI, v, 4.

Puede ser verdadero decir que mis esfuerzos por conectar, en un nivel conceptual, la moralidad con la sabiduría práctica (prudencia), la vida según la razón y el autoconocimiento (identidad) esclarecido, refleja una cierta tensión entre tendencias subjetivistas y objetivistas en mi pensamiento acerca de los valores. Es también verdad que la “atracción objetivista” se ha hecho más fuerte con los años. Pero continúo considerando a esto como completamente compatible con el subjetivismo y relativismo en ética que, en mis años de formación, aprendí de Westermarck. Es por ello que advierto con algún desánimo el regreso al objetivismo y las teorías absolutistas del valor en las últimas décadas. En algunos lugares, ellas han sido acogidas como un remedio para el caos de valores o vacío que se ha producido luego de la secularización de la sociedad y la decadencia de la moral tradicional. Pero creo que esto es un error.

6. En 1952 publiqué un artículo con el título *On the Logic of some Axiologic and Epitermologic Concepts*⁸. Fue mi primer intento de desarrollar una teoría lógico-formal del valor. La inspiración para escribirlo tuvo poco que ver, si es que tuvo algo, con el interés en ética o teoría general del valor. Su fuente fue más bien mi “invento”, poco tiempo antes, de la lógica deóntica. Ésta fue una teoría formal del discurso normativo – y entonces buscaba una contrapartida en el discurso evaluativo. Pero el intento resultó en un fracaso. Tengo dudas acerca de si alguien, además del autor del trabajo, ha explorado alguna vez sus más bien arduos argumentos formales. Y no estoy seguro que siga suscribiendo las intuiciones lingüísticas que el artículo trata de formalizar.

En los años subsiguientes mi interés fue capturado por otra noción evaluativa, la *preferencia*. Preferir algo a otra cosa es valorar o colocar la primera cosa en un lugar superior a la segunda. La relación de preferencia es irreflexiva y asimétrica. ¿Es también transitiva?, y ¿es conexa, i.e. es de tal manera que si una primera cosa es preferida a una segunda, entonces cualquier otra cosa es o bien preferida a la segunda o bien es preferida la primera a la tercera? Tal vez la cuestión tenga más de una respuesta. Mis pensamientos sobre estas cuestiones resultaron en *The Logic of Preference*⁹, publicado en 1963, el mismo año que *The Varieties of Goodness y Norm and Action*.

A diferencia de lo que ocurrió en 1952, este intento de crear una lógica formal del valor no fue un fracaso – aun a pesar de que puede decirse que cubre sólo una parte de un vasto campo. Finalmente había encontrado en la teoría del valor una contrapartida para la lógica deóntica en la teoría de

⁸ Von Wright, (1952a), pp. 213-234

⁹ Von Wright (1963b)

las normas. También propuse un nombre “paralelo” para la nueva creación, Lógica Prohairética. A diferencia de lo que ocurrió con su contrapartida en la teoría de las normas, este nombre no tuvo amplia aceptación.

A principios de los 1970, regresé una vez más al tópico de la preferencia y escribí un artículo *The Logic of Preference Reconsidered*¹⁰. Es un artículo difícil, y los argumentos están muy comprimidos y ajustados. Contiene, sin embargo, algunas nuevas ideas y una ulterior elaboración de algunas viejas ideas – y puede aun ofrecer algo valioso. Una de sus principales ideas consiste en distinguir dos nociones de indiferencia entre alternativas: una que significaría simplemente “inexistencia de preferencia por una u otra alternativa” y la otra, más fuerte, que significaría “de rango equivalente” o “de igual valor”.

Antes de abandonar este tópico, debo mencionar que mis ideas acerca de una lógica de la relación de preferencia habían sido anticipadas por Sören Halldén en su libro, *The Logic of “Better”*, publicado en 1957¹¹. Conocía de su existencia pero no estaba familiarizado con su contenido cuando, apresuradamente, escribí *The Logic of Preference*. No se me había ocurrido que “mejor” es (casi) otra palabra para “preferido”. Este es un ejemplo, entre otros, de mi fracaso en advertir y reconocer debidamente los trabajos relacionados de mis contemporáneos. Pronto tendré más que decir acerca de esto. (Abajo, II, 2)

Los pensamientos de Halldén cayeron en suelo fértil. Su discípulo Bengt Hansson y, siguiendo a él, Peter Gärdenfords hicieron importantes contribuciones a un ulterior desarrollo de una teoría formal de la preferencia y en no menor medida al debate generado por el denominado Teorema de la Imposibilidad de Arrow.

II

1. Mi interés en las normas tiene un origen muy diferente a mi interés en las cuestiones del valor. Este último puede decirse que ha sido una parte y parcela de mi atracción inicial hacia la filosofía. En mis días de pre-estudiante no sólo estaba imbuido con el espíritu del relativismo y el subjetivismo ético de Westermarck, sino también había sido un lector entusiasta de Schopenhauer, Nietzsche y Guyau. Sin embargo, la maduración de ese rasgo de mi carácter filosófico llevó un largo tiempo (Arriba, I, 1).

Mi ocupación profesional en lógica me llevó directamente a las normas. Una vez que concluí mi trabajo doctoral sobre la inducción y la probabilidad, comencé a interesarme en la *Entscheidungsproblem* del cálculo de pre-

¹⁰ Von Wright (1972), pp. 140-169

¹¹ Halldén (1957)

dicados. Deseaba mostrar que la idea de Wittgenstein, expresada en el *Tractatus*, de la verdad lógica como una tautología podía extenderse más allá de la lógica proposicional. Esto exigía una nueva teoría de los cuantificadores. Y un día se me ocurrió, “prácticamente desde la nada”, que las palabras modales “posible”, “imposible” “necesario” están mutuamente relacionadas del mismo modo en que lo están los cuantificadores “alguno”, “no” y “todos”. No conocía nada de lógica modal entonces – pero me puse valientemente a la tarea de construir una. Era consciente del uso por Lukasiewicz de las ideas modales para su lógica polivalente, y pronto descubrí al moderno líder de la disciplina, C.I. Lewis. Pero seguí ignorando lo que Carnap y Ruth Barcan habían estado haciendo justo unos pocos años antes.

Fue en el transcurso de este trabajo que – en una conversación con amigos acerca de la ética – fui impactado por la observación de que las ideas normativas de permitido, prohibido y obligatorio parecían obedecer a los mismos patrones de interdefinibilidad que las modalidades básicas y los cuantificadores. Rápidamente escribí un artículo acerca de esta observación y lo envié a *Mind*, donde apareció al poco tiempo. Poco después apareció en Alemania *Untersuchungen ubre den Modalkalkül* de Oskar Becker¹², y “Theorie des propositions normatives” de Jerzy Kalinoswski apareció en Polonia¹³. Estas tres publicaciones independientes marcan el nacimiento de los estudios ahora comúnmente conocidos como Lógica Deóntica.

Tiempo después critiqué la analogía entre las ideas modales y deónticas. Su dificultad es la presunta identidad entre “no permitido” y “prohibido”, y la consiguiente interdefinibilidad entre los operadores deónticos O y P. Pienso que la analogía es insostenible y que las identidades que fueron extraídas de allí dependen de una confusión entre normas genuinas y las proposiciones normativas o enunciados acerca de la existencia o inexistencia de normas.

Desde *Norm and Action* (1963)¹⁴ había tratado a las obligaciones y las permisiones, O y P, como dos categorías normativas básicas, siendo la prohibición definida como la obligación de omitir. Pero pienso que es correcto decir que una mayoría de lógicos deónticos continúan apegados a la tesis de la interdefinibilidad. Ésta no es la única posición en lógica deóntica en la que con el correr del tiempo he venido a integrar la minoría – en algunos casos tal vez una minoría de una única persona.

¡Es, en verdad, un pensamiento irónico que la idea de la cual la lógica deóntica surgió fue de hecho un error!

¹² Becker (1952)

¹³ Kalinoswski (1953), pp. 17-53

¹⁴ Von Wright (1963c)

2. Mucho de mi trabajo en lógica deóntica lo hice ignorando a mis predecesores y contemporáneos. Cuando me embarqué en lógica modal pensaba que estaba entrando a un terreno más o menos virgen. Esto era verdad, en el mejor de los casos para la lógica deóntica. Pero incluso ella tiene unos ancestros, que investigaciones posteriores han traído a la luz.

Una ignorancia similar ha sido característica de mis ocupaciones con el *Entscheidungsproblem*. Cuando en 1948 presenté una solución al problema de los predicados monádicos¹⁵, no sabía que, unos pocos años antes, Quine había publicado una solución sustancialmente similar¹⁶. (Presumiblemente ambos ignorábamos el hecho de que décadas antes Behman había resuelto nuestro problema). Y cuando más tarde resolví el problema de lo que he llamado “doble cuantificación”, el comentarista en *Journal of Symbolic Logic* (Ackerman) señaló que mi solución podía ser obtenida de los anteriores resultados de Gödel, Kalmár y Schütte¹⁷.

¿Qué se debe pensar acerca de tal ignorancia? Cuándo se entra a un nuevo campo de investigación y uno piensa que tiene una solución “original” al problema en ese terreno, ¿no sería correcto que el primer paso sea familiarizarse con la literatura y averiguar si el problema acaso ya ha sido resuelto? Si hubiese seguido esta receta, hubiese evitado muchos aliados ciegos y, posiblemente, algunos errores. Pero también me ha parecido que una nueva solución a un problema ya resuelto puede ser valiosa tanto porque puede haberse obtenido a partir de un nuevo enfoque como porque puede dirigir futuras investigaciones hacia una nueva dirección. También es una verdad acerca de mi carácter que cuando me surgen nuevas ideas, el trabajar en ellas absorbe por un tiempo todas mis energías y cierra mi mente a las influencias externas. (Simplemente las dejo afuera). Y cuando termino con un problema, a menudo pierdo interés en él y, por consiguiente, no me siento ansioso para excavar en su prehistoria.

Sin embargo, no siempre ocurre así. Algunas veces mi curiosidad es provocada. ¿Qué es lo que otros tenían para decir acerca del mismo tópico? Entonces, a menudo he hecho una lectura comprensiva y ello puede haber resultado en añadir comentarios, asintiendo o discrepando, a un manuscrito que todavía se encontraba en *status nascendi*. Los comentaristas han dicho algunas veces que he sido “influenciado” por alguno de los autores a los que me refiero. Ello no ha ocurrido normalmente, y *cuando* así sucedió, lo he dicho explícitamente. He reconocido la influencia de Elizabeth Anscombe y Charles Taylor en mis ideas en *Explanation and Understanding*. Por otra

¹⁵ Von Wright (1947)

¹⁶ Quine (1945)

¹⁷ *Journal of Symbolic Logic* 17 (1952), pp. 201 y ss.

parte, difícilmente pueda encontrarse alguna influencia de mis lecturas en la tradición alemana al escribir ese libro. Sólo después descubrí que *E&U* podía ser visto como un intento de “colmar la laguna” – que era muy extensa al momento de publicarse el libro – entre una tradición analítica Anglo-Americana y una tradición hermenéutica Europea-Continental.

3. El filósofo sueco Ingemar Hedenius fue, si no el primero en advertir, al menos el primero en explotar críticamente la distinción entre normas y enunciados que dicen que tales y tales normas existen¹⁸. Puede decirse que la distinción está oculta por nuestro lenguaje ordinario. Un enunciado deóntico, por ejemplo “No puedes estacionar tu automóvil aquí”, puede ser usada para prohibir o para informarle a alguien de las regulaciones que existen relativas al estacionamiento. Si el enunciado es usado de la primera manera, es usado (interpretado, comprendido) *prescriptivamente*, si se usa de la segunda manera, es usado *descriptivamente*.

Una opinión tradicional es que las normas no tienen valores de verdad. Esta opinión me parece indisputable, si se comprende de manera tal que significa que los enunciados deónticos, interpretados *prescriptivamente*, no expresan proposiciones verdaderas o falsas.

Los que atribuyen valores de verdad a las normas, como por ejemplo algunas doctrinas de “derecho natural”, me parecen culpables de una confusión entre normas y proposiciones normativas. La plausibilidad de estos puntos de vista depende de los criterios que utilizan para la *existencia* de normas.

Si las normas no tienen valores de verdad, ¿cómo puede haber relaciones lógicas tales como la contradicción y la implicación (consecuencia)? ¿Es posible una lógica deóntica?

Por una parte, asumí, ingenuamente, que el mero hecho de que uno pueda construir un calculo formal con reglas de inferencia y axiomas intuitivamente plausibles y adecuados era suficiente para mostrar que la respuesta a la pregunta era afirmativa. O aun para mostrar – como dije en el Prefacio a mi libro *Logical Studies* (1957) – que la lógica se extendía más allá de la verdad¹⁹. Y esto me pareció un logro de considerable interés filosófico.

Pero mi juicio fue ciertamente demasiado apresurado.

Por otra parte, una estructura sintáctica de enunciados deónticos y sus compuestos moleculares, tales como mi sistema de 1951, podría, de acuerdo a una interpretación *descriptiva* de los enunciados, ser una lógica de

¹⁸ Hedenius (1941)

¹⁹ Von Wright (1957), p. vii

proposiciones normativas. ¿Era esto a lo que equivalía realmente la lógica deóntica?

En *Norm and Action* (1963) me sentía cercano a esta posición. Pero también me sentía confundido.

4. En el sistema de 1951 se puede probar la fórmula $Pp \vee O\neg p$. Dice que cualquier estado de cosas tiene un status deóntico, permitido o prohibido. Un orden normativo o sistema en el que es eso verdad es completo o “sin lagunas”. También se pueden probar las fórmulas $\neg (Op \wedge O\neg p)$ y $\neg (Op \wedge P\neg p)$. La primera dice que ningún estado de cosas es tal que él y su contradictorio son obligatorios; la segunda dice que no puede ser el caso que lo contradictorio de un estado de cosas obligatorio esté permitido. Un orden normativo en el que esto es verdadero es consistente o libre de contradicciones.

Interpretado como una lógica de proposiciones normativas, el sistema de 1951 sería válido sólo para aquellos sistemas normativos que posean las “propiedades perfectas” de no tener lagunas ni contradicciones. Pero parece un hecho notorio que, por ejemplo, muchos órdenes jurídicos contienen tanto lagunas como normas mutuamente contradictorias.

Kelsen pensaba que los órdenes jurídicos “por una necesidad de la lógica de las normas” son completos y consistentes. Por consiguiente, él fue, por un breve tiempo, un entusiasta de la lógica deóntica, dado que le parecía probar dos de las ideas meta-jurídicas características de su pensamiento²⁰. Pero estaba equivocado. La “moraleja lógica” que se sigue de la cuestión *de facto* de la existencia de lagunas y contradicciones en algunos órdenes normativos es que el sistema de 1951 no puede ser la única lógica correcta de las proposiciones normativas. Y, en vista del hecho de que las normas mismas no son verdaderas ni falsas, era al menos dudoso que este sistema pudiese pretender válidamente ser siquiera una lógica de normas.

5. Los primeros en ver claramente la necesidad de distinguir entre una lógica de proposiciones normativas y una lógica de normas (una lógica deóntica “real”) fueron, pienso, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, coautores de su clásico *Normative Systems*²¹. Unos años antes de la aparición del libro, Alchourrón hizo su primer intento de construir una lógica de proposiciones normativas – que él llamaba “Lógica Normativa” – para distinguirla de una lógica de normas²². Es un *gran* merito de los dos autores

²⁰ Acerca de la posición de Kelsen y mi encuentro con Kelsen en 1952, véase mi artículo “Is and Ought”. Von Wright (1985 a), pp. 263-281.

²¹ Alchourrón/Bulygin (1971)

²² Alchourrón (1969)

haber comprendido esta *doble* tarea de un estudio lógico de las normas. Me ha llevado casi treinta años ver su entera significación. Y todavía no ha sido apreciada por todos los lógicos y filósofos.

6. Luego de *Norm and Action* continuó atormentándome la pregunta “¿Es posible una lógica de normas?”. Pero ahora pienso que finalmente soy capaz de justificar una respuesta afirmativa. Trataré de resumir brevemente mi última posición²³.

En la interpretación descriptiva de los enunciados deónticos, sus compuestos moleculares son enunciados que expresan proposiciones verdaderas o falsas. Los compuestos son, en otras palabras, veritativo-funcionales, y tienen significado descriptivo. Pero conforme a la interpretación descriptiva de los enunciados deónticos, los compuestos moleculares formados por ellos con la ayuda de las conectivas no expresan normas, y no tienen significado prescriptivo. Las conectivas, en otras palabras, no se aplican a las normas, i.e. a enunciados deónticos prescriptivamente interpretados (Hay aparentemente unas pocas excepciones a esto. En otro lugar las he denominado “accidentes semánticos”. No necesitamos ocuparnos de ellos aquí)

Se sigue de lo que se ha dicho que no es posible construir una lógica de normas en la forma de una estructura sintáctica de variables proposicionales, conectivas y operadores deónticos. Los enunciados deónticos en esa estructura sólo pueden recibir interpretación descriptiva. Esto significa que la estructura es, en el mejor de los casos, una lógica de proposiciones normativas y no una lógica de normas.

¿No provoca esto, si se acepta el argumento, un hundimiento de toda la tarea de construir una lógica deóntica “real”? Creo que no. Hay otro enfoque del problema además del sintáctico. Lo llamaré enfoque *semántico*. Consiste en lo siguiente:

Diré que un conjunto de normas es *consistente* si y sólo si la conjunción de todas las cosas (contenidos normativos) que las normas del conjunto declaran obligatorias junto con *cualquiera* de las cosas que ellas permiten es un estado de cosas susceptible de ser alcanzado, i.e. es algo que puede obtenerse como un resultado o consecuencia de la acción humana. Un conjunto que no es consistente es inconsistente o auto-contradictorio.

Conforme a esta definición, para recurrir a un ejemplo muy simple, las dos normas O_p y $O\text{-}p$ constituyen un conjunto inconsistente. Esto es así

²³ El enfoque que doy aquí sigue el de mi artículo “Is There a Logic of Norms?” (1991) y su versión revisada, incluida en mi colección *Normen, Werte und Handlungen* (1994). Véase también “Ought to be – Ought to do” en el presente volumen [El autor se refiere aquí a “Ought to be – Ought to do” en Meggele, G et al (eds), *Actions, Norms, Values. Discussions with Georg Henrik von Wright* (Berlín/New York: Walter de Gruyter, 1999)]

porque la conjunción de sus contenidos, $p \wedge \neg p$ no es un estado de cosas susceptible de ser logrado.

Que $p \wedge \neg p$ son inconsistentes es un hecho de la lógica. Pero, ¿por qué debemos decir que Op y $O\neg p$ son mutuamente inconsistentes? Pienso que no podemos dar una respuesta satisfactoria a menos que consideremos el propósito o racionalidad de las normas y la actividad normativa. Una autoridad normativa (un legislador) que se involucra en que sus sujetos normativos hagan p y, al mismo tiempo, $\neg p$, estaría “pidiendo la luna”, demandando algo que no puede ser, y por ello comportándose de manera *irracional*. Pero no hay nada irracional en el hecho de que una autoridad procure que p y otra autoridad que $\neg p$. Al llamar mutuamente inconsistentes a Op y $O\neg p$ se presupone la identidad de la autoridad normativa y de la ocasión para la acción.

Luego introducimos la noción de norma *negación*. La negación de la obligación Op es una permisión $P\neg p$. Y la negación de una permisión Pp es una obligación $O\neg p$, i.e. la prohibición de p . Esto responde al entendimiento ordinario del sentido prescriptivo de las frases “no-obligatorio” y “no-permitido”.

Podemos ahora definir la noción de *implicación* normativa. Diré que un conjunto consistente de normas implica a otra norma cuando, y sólo cuando, al añadir a ese conjunto la norma negación de esa otra norma convierte al conjunto en inconsistente.

Consideremos un ejemplo muy simple: Op implica a Pp . El conjunto formado por Op y $O\neg p$ es inconsistente. De allí que la obligación (“deber”) implique a la permisión (“poder”).

La lógica deóntica, tal como la veo ahora, descansa en la posibilidad de definir las nociones de consistencia normativa e implicación de manera que estén de acuerdo con nuestras intuiciones. Me llevó unos treinta años alcanzar esta posición. No es probable que cambie nuevamente, excepto tal vez en detalles. Las semillas de mi punto de vista están ya en *Norm and Action*. En los 1980 mis puntos de vista se radicalizaron y se acercaron más al “nihilismo” de Hägerström y al de Kelsen en sus últimos años. Como ellos llegué a sostener que, en el sentido tradicional, no se pueden obtener genuinas relaciones lógicas entre normas. Pero, a diferencia de ellos, pensaba que era posible “trascender” la lógica y aplicar las nociones de consistencia y consecuencia lógica más allá de los límites de la verdad y la falsedad, reivindicando así las intuiciones originales que están detrás de mi ensayo de 1951.

7. En mi trabajo introductorio al simposio de Bielefeld me ocupé de otros problemas centrales que me han intrigado a lo largo de los años. Ellos tienen

que ver con el tema controvertido de las normas hipotéticas y la importante distinción entre lo que he llamado el “deber de obligación” y el “tener que de la necesidad práctica”. No repetiré aquí lo que tenía para decir acerca de estos tópicos sino que me remitiré a la versión publicada de este trabajo²⁴.

III

1. Mi interés por la acción fue una consecuencia inmediata de la invención de la lógica deóntica.

Las “cosas” que las normas declaran obligatorias, permitidas o prohibidas son, hablando genéricamente, acciones o “estados de cosas susceptible de hacerse” (doable state of affairs), es decir estados que pueden ser realizados, producidos como resultados o consecuencias de una acción. Una acción del tipo de las de realizar (achievement type) tiene lo que llamo un aspecto “interno” y un aspecto “externo”. Este último consiste en cambios (o no-cambios) en el mundo físico – en primer lugar en las reacciones que se producen en el cuerpo del agente. El primero es algo “mental”, la intención o la voluntad del agente de lograr un cambio o asegurar que algo permanezca sin modificarse.

Mi preocupación por la acción se concentró, en primer lugar, en el aspecto externo, un estudio del cambio. Ello se reflejó en mi primer intento, en *Norm and Action*, de crear una Lógica de la Acción. Pero pronto me interesé también en el aspecto mental o “volitivo” de la acción. Esto resultó en lo que más tarde se convirtió en tema principal de mi teoría de la acción, es decir la explicación de la acción. Me ocupé de ella en *Explanation and Understanding* (1971)²⁶ y trabajos posteriores.

Sea “p” una representación del estado de que una cierta ventana está abierta. Este estado puede darse como resultado de dos diferentes acciones. Una es la acción de abrir la ventana, esto es cambiando su estado de cerrada, $\neg p$, a abierta, p . La otra es la acción de prevenir que la ventana se cierre, por ejemplo porque alguien más está tratando de cerrarla.

Las dos acciones pueden diferenciarse en su “status deóntico”. La primera puede ser permitida y hasta obligatoria, la segunda estrictamente prohibida. Pero esta diferencia no puede ser expresada en la lógica deóntica “clásica”. Estas expresiones requieren un simbolismo para el cambio. Digamos que “ $\neg pTp$ ” representa el pasaje de que la ventana está cerrada a que

²⁴ El trabajo fue también publicado, bajo el título “Ought to be-Ought to do” en Garzón Valdés et al. (1997), pp. 427-435. (Añadido de los traductores: en el texto von Wright se refiere a: “Ought to be – Ought to do” en Meggele, G et al (eds), *Actions, Norms, Values. Discussions with Georg Henrik von Wright* (Berlín/New York: Walter de Gruyter, 1999))

²⁶ Von Wright (1971).

la ventana está abierta, y que “ pTp ” representa que la ventana permaneció abierta. Si estos dos eventos son pensados como resultado de una acción, entonces “ $O(\neg pTp)$ ” representa la obligación de abrir la ventana, y “ $O\neg(pTp)$ ” a la prohibición de evitar que ésta sea cerrada. (Esto es solamente un primer paso a un simbolismo completo, pero será suficiente para los presentes propósitos)

El corolario de estas observaciones fue que un desarrollo completo de la lógica de normas tiene que “apoyarse en los hombros” de una lógica de la acción, la cual a su vez tiene que construirse sobre una lógica del cambio. Pero era preciso construir esos fundamentos ausentes de la lógica deóntica. En *Norm and Action* me embarqué en esa tarea.

Pensé que debía comenzar desde cero. En lo que concierne a la Lógica de la Acción estaba presumiblemente en lo correcto. No conozco de ningún esfuerzo sistemático anterior en esta misma dirección. Y después de más de treinta años sigo teniendo la impresión de que el estudio lógico formal de la acción permanece relativamente poco desarrollado y es algunas veces indebidamente descuidado.

Mi trabajo en la lógica de la acción, luego de *Norm and Action*, intentaba construir una teoría axiomática para los cuatro tipos de acciones atómicas o elementales que tengan la naturaleza de poder ser realizadas [*the nature of achievements*], viz estos tipos son producir, evitar, mantener, y destruir y las correspondientes omisiones de sus realizaciones. Mi contribución más reciente es el trabajo “Action Logic as a Basis of Deontic Logic” de 1988²⁷. También pienso que será el último.

Otros que han trabajado en este campo, en general, no han construido sobre la fundamentación “cuatripartita” de los modos elementales de acción. Un interesante enfoque de naturaleza, en algún sentido, un tanto diferente es el de la *lógica dinámica* de Krister Segerberg. Otro es la combinación de ideas normativas y de acciones de Nuel Belnap en su *See-To-It-That*. Me alegró encontrar a ambos escritores entre los contribuyentes de este volumen.

En el nivel básico de mi nueva construcción, la lógica del cambio, las cosas se entienden en algún modo diferente. Su origen es otro ejemplo de mi frecuente ignorancia de los trabajos realizados paralelamente por otros lógicos. Mi lógica del cambio terminó siendo un fragmento pequeño del trabajo en la lógica del tiempo, que había sido iniciado algunos años atrás por Arthur Prior²⁸. Empecé con una teoría de la conjunción asimétrica “and next”. Ella captura transiciones (progresos, cambios) de un estado a otro

²⁷ Von Wright (1988)

²⁸ Sobre esto y su relación con algún trabajo hecho por mi ver Prior (1987).

en una medida temporal discreta. Poco después, Segerberg produjo una versión mejorada del mismo con el título “On the Logic of ‘To-morrow’”.²⁹ Mi siguiente objetivo fue otra conjunción asimétrica “and then”. Se refiere a progresiones de una longitud no especificada en un medio temporal que no necesita ser discreto. Su axiomatización resultó ser mucho más engañosa que aquella de “and next”. Me ocupé intensamente de este tema durante un trimestre en la Universidad de Pittsburgh a mediados de los sesenta. Éste fue un periodo de excepcional fertilidad en mi vida creativa. Resultó, entre otros escritos, en *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action* (1968).³⁰ Prior visitó Pittsburgh y dio una conferencia. Gracias a él me di cuenta de que mi trabajo con los dos asimétricos “ands” había sido mi manera solitaria, y quizás innecesaria, de abordar la lógica temporal. Pero no tomé esto como una pérdida de tiempo y energía, sino lo contrario.

Así, el estudio del cambio, que era originariamente una introducción al estudio de las normas y acciones, despertó mi interés en lo que yo llamaría la Lógica del Tiempo, antes que usar la expresión Lógica Temporal. Por algunos años continué trabajando en esta nueva dirección. Si contribuí en algo de valor original fue, quizás, el inicio de un estudio de la “división del tiempo”- el “fraccionamiento” sucesivo de un periodo de tiempo en partes más pequeñas y pequeñas en contraste con “la suma de” estos periodos en progresiones hacia el futuro y el pasado³¹. También me aventuré en la dimensión espacial, en algo que llame la Lógica del Espacio³². Finalmente, estas preocupaciones estimularon mi interés en varios tipos de lógica no-clásica, divergentes³³. Ellas marcan, creo, el final de mi travesía en la lógica.

2. Casi de manera paralela con mis esfuerzos por basar la lógica deontica en una lógica de la acción, desarrollé mi trabajo acerca de la inferencia práctica. La inspiración, si lo recuerdo correctamente, surgió de mi estudio de Aristóteles cuando estaba preparando *The Varieties of Goodness* – y un apoyo muy importante fue la obra maestra de Elizabeth Anscombe, *Intention* (1957).

Un argumento práctico (inferencia, silogismo) tiene dos premisas. Una es valorativa; se refiere a un fin que es codiciado (querido) por un agente. La otra es epistémica; menciona lo que el agente piensa acerca de los medios para este fin. La conclusión, finalmente, consiste en que el agente procede

²⁹ Segeberg (1967).

³⁰ Von Wright (1968).

³¹ Von Wright (1969).

³² Von Wright (1983a).

³³ Ver mi trabajo “Truth-Logics” (1987), pp.311-334

a actuar, i.e. usa los medios en pos de alcanzar el fin. Esta es solamente una descripción inicial y superficial; hay alternativas y diferentes maneras de describir básicamente la misma estructura. Me llevó, por ejemplo, algún tiempo darme cuenta que la manera en que Anscombe entiende a Aristóteles era considerablemente distinta a la mía.³⁴

¿Es la inferencia práctica un argumento lógicamente válido? La respuesta, por supuesto, depende de cómo se establezcan las premisas y la conclusión en términos más precisos. La cuestión clave es averiguar si hay alguna clase de *conexión necesaria* (implicación) entre, por un lado las finalidades del agente y los medios estimados y, por el otro lado, sus efectivos esfuerzos para lograr sus fines. En innumerables discusiones con Norman Malcolm³⁵ y Fred Stoutland, intentamos formular una versión plausible de lo que Stoutland ha llamado “el argumento de la conexión lógica”.³⁶

Un argumento práctico mira hacia el futuro en el sentido de que procede (en el pensamiento) *desde* el trasfondo de fines y medios *a* la proyectada realización de la acción. Está relacionado con la *predicción*. Uno puede, sin embargo, invertir el orden y argumentar desde la realización de la acción hacia su trasfondo de medios y fines. Entonces, el esquema se relaciona con la *explicación* de la acción. Esto no significa que se pueda inferir las premisas desde la conclusión. Pero significa que uno puede referirse a las premisas como *razones* para la acción.

La explicación de la acción ha sido uno de los temas principales en mi pensamiento en los últimos treinta años, o más. Temo que la maduración de mis reflexiones se vio retrasada por el hecho de que durante un largo período he tendido a ver el problema a la luz prospectiva de la predicción de la acción antes que en la retrospectiva de la explicación de la acción.

3. ¿Son las *razones* para una acción *causas* de la acción? La pregunta no es acerca del uso lingüístico. Las razones para la acción son usualmente (también) llamadas “causas”. Esto es correcto. Lo que me provocaba ansiedad al responder negativamente la pregunta de más arriba, era enfatizar una *diferencia conceptual* entre la explicación de la acción intencional en términos de razones (motivos) y la explicación de los eventos naturales en términos de causa y efecto. Por tanto, he distinguido entre explicación *racional de la acción* y la *explicación causal* de los eventos naturales.

El esquema general de la explicación causal es el nomológico-deductivo o el esquema de Leyes de Cobertura. Este subsume un par de eventos indi-

³⁴ Ver Anscombe (1989), y mi respuesta a Anscombe.

³⁵ Ver Malcolm (1989) y mi replica a Malcolm.

³⁶ Ver Stoutland (1970).

viduales bajo una regla o ley, correlacionando tipos de eventos con ejemplos de sus instanciaciones. El esquema para una explicación racional es, podría decirse, una inferencia práctica invertida. Entiende a una acción individual de acuerdo al trasfondo de sus razones, i.e., los fines deseados por el agente y los medios que se tienen en cuenta para lograrlos.

En *Explanation and Understanding*, y en trabajos posteriores, defendí la autonomía conceptual de la explicación racional de las acciones respecto a las explicaciones causales de los eventos. Por algún tiempo argumenté que el esquema de la inferencia práctica es para las ciencias humanas lo que el esquema de las Leyes de Cobertura es para las ciencias naturales.³⁷ Esto era una exageración – aunque creo que contiene un ápice de verdad. Mi posición era una defensa de la autonomía de las ciencias humanas (Humanidades or *Gesterwissenschaften*) en relación con las ciencias naturales (*Naturwissenschaften*). Está por lo tanto en oposición a la idea de la “unidad de la ciencia” de positivistas lógicos y empiristas. Mi visión “dualista” puede ser relacionada con la distinción *Erklären-Verstehen* y el debate familiar en la filosofía alemana de fin de siglo, revivido después en la filosofía “hermenéutica” contemporánea. (Ver arriba II, 2)

La distinción entre explicación y comprensión, sin embargo, está lejos de ser siempre clara y algunas veces provoca confusión. Por ello, en años recientes me he concentrado en otra dicotomía que parece calar más profundamente. Es la división entre *conocer la verdad* y *entender el sentido o significado*. El conocimiento y la comprensión, diría, son las dos categorías o dimensiones básicas de la vida cognitiva del hombre – y va en detrimento de nuestra cultura intelectual haber enfatizado en el conocimiento a expensas de la comprensión.

Fue en la “Münsteraner Disputationen” con Georg Meggle en los finales de 1980 que se produjo un cambio decisivo en mi pensamiento desde la temática de la explicación-comprensión hacia la relación entre conocimiento y comprensión. Traté de defender en nuestras charlas – en contra de Meggle – el punto de vista de que la comprensión no es una forma de conocimiento (Wissen) – aunque presupone conocimiento (por ejemplo, de lo que contará como una explicación inteligible de una acción en términos de sus razones). La comprensión, por decirlo así, “produce su propia verdad” en el acto concreto de conectar la comprensión mental con su objeto. Espero que todavía sea capaz de expresar mis intuiciones acerca de esta relación de una manera más clara y convincente³⁸.

³⁷ Von Wright (1971), p.27

³⁸ Von Wright/ Meggle (1989), reimpresso en von Wright (1994).

4. En *Explanation and Understanding* también defendí lo que algunas veces se llama una visión intervencionista o basada en la acción de las conexiones causales o nómicas en la naturaleza. La pregunta era: ¿se puede distinguir entre secuencias meramente regulares o concomitancia entre eventos – la visión Humeana de la causalidad– y algún lazo más fuerte entre ellos que merezcan quizás ser llamados necesidad natural? En *E&U* argumenté a favor de esta distinción. En una forma muy simplificada, mi argumento puede ser presentado como sigue:

Es característico de una conexión nómica entre dos eventos, E1 y E2, que ésta apoye enunciados contrafácticos del siguiente tipo: Si E1 hubiese ocurrido en una ocasión, cuando de hecho *no ocurrió*, entonces E2 también hubiese ocurrido. Pero ¿cómo puede hacerse para que esto sea plausible? Mi respuesta fue: *produciendo* E1, en una situación en la que estamos razonablemente seguros de que ni éste ni E2 ocurrirán “por ellos mismos” o por alguna causa ya conocida, y luego advirtiendo que E2 también aparece. Esto presupone que E1 es un estado de cosas susceptible de ser producido y que dominamos la técnica de producirlo. La presuposición es normalmente satisfecha en el importante tipo de acción humana que llamamos *experimento* (científico).

Mi teoría puede, por tanto, también llamarse una teoría *experimentalista* de la causalidad. Puede ser fácilmente malinterpretada. Convierte a la causalidad en *conceptualmente dependiente* de la acción, pero esto no significa que cada vez que algo causa otra cosa la causa sea producida por algún agente. (Esto sólo ocurre esporádicamente)

Una objeción ha sido que la teoría se sostiene, a lo sumo, para fenómenos *terrenales*, accesibles a la manipulación, pero no puede reclamar validez para el universo como un todo. Se pueden responder dos cosas. Primero, que las conexiones legaliformes en la dimensión cósmica – por ejemplo relativa al origen del universo – tienen un carácter especulativo, las cuales pueden tornar a la distinción entre lo accidental y lo nómico de difícil o imposible aplicación. Y segundo, muchas leyes, que no vacilamos en sostener como verdaderas para fenómenos que se encuentran mas allá del alcance de la acción – por ejemplo en geología o en teorías de la evolución –, son en última instancia extrapolaciones de descubrimientos bajo condiciones en que la manipulación experimental era posible.

Una teoría de la necesidad natural similar a mi visión basada en la acción no es desconocida por la literatura. Es una reminiscencia del punto de vista sostenido por Collingwood y, en tiempos mas recientes, por Gasking.³⁹ Fue gratificante para mí advertir que algunos de los participantes en este volu-

³⁹ Gasking (1954).

men, Egidi, von Kutschera y Schneider, parecen simpatizar con ella – al menos “moderadamente”.

5. De todos los libros que he escrito, *Explanation and Understanding* es quizás el más desafiante o incluso problemático. Para mí esto representó una urgencia en retomar sus temas principales – acción y causalidad – para tratar de establecer mis puntos de vista más claramente, y para modificarlos y desarrollarlos con mayor profundidad. Este esfuerzo resultó en dos nuevos libros. Uno llamado *Causality and Determinism* y está basado en las Conferencias Woodbridge que di en Columbia en 1972⁴⁰. El otro tiene el título de *Freedom and Determination* (1980) y continúa siendo, debo decir, la exposición más completa y mejor argumentada de mi posición en filosofía de la acción⁴¹. Representa un avance de mis anteriores puntos de vista gracias principalmente a la distinción entre los determinantes internos y externos de la acción. Toma en cuenta la dependencia del agente de las condiciones, instituciones, y prácticas en la sociedad de la que es miembro. De este modo el problema de la libertad humana se transforma y se convierte en un problema central de la *filosofía* social. Me arrepiento de no haber seguido esta línea más allá. Me hubiese llevado al vecindario de la tradición Marxista– Hegeliana y la “teoría crítica” de la Escuela de Frankfurt y de Habermas.

Cuando retorné al problema de la libertad en mis Conferencias Tanner en 1984⁴² mis pensamientos habían ya empezado a moverse en un campo distinto de investigación, diferente al que cubre la rubrica “Acción, Norma y Valores”. Pero dado que algunas contribuciones muy interesantes – de Gjelsvik, Kambartel, Schneider – a las Actas de Bielefeld siguieron mis reflexiones en esta nueva dirección, debería concluir mi exposición con un simple y corto comentario sobre ésta.

IV

1. Distinguí (arriba III, 1) entre el aspecto externo e interno de una acción. El primero es un cambio (o un no-cambio) en el mundo exterior. El segundo es la base mental de este cambio en la voluntad, intenciones, motivos, y razones de un agente, cuyas “operaciones”, como decimos, dan lugar al cambio. El aspecto interno es aquí, en algún sentido, la causa del aspecto externo y el externo el “producto” (output) del interno. Así: causa mental (psíquica) – efecto físico.

⁴⁰ Von Wright (1974).

⁴¹ Von Wright (1981).

⁴² Von Wright (1985).

También se da el caso inverso. Un evento en el mundo físico, por ejemplo un sonido, afecta un órgano sensorial y “evoca” una sensación. Aquí el suceso externo es el inicio (input) y el interno el producto. Causa Física – efecto mental (psíquico).

Esta descripción de interacción entre lo psíquico y lo físico no soluciona una cantidad de graves problemas. Desde los días de Descartes éstos han sido de central preocupación para la filosofía occidental. Descartes hizo una clara distinción entre lo mental y lo físico, mente y materia. Pero también pensaba que los dos interactúan causalmente. ¿Es realmente así? Y si lo es, ¿Cómo deberíamos entenderlo? No es una exageración decir que las posiciones metafísicas más importantes defendidas por los filósofos desde Descartes han sido intentos de responder a las anteriores preguntas. En este sentido uno puede decir que Descartes ha eclipsado el paisaje filosófico desde sus días hasta la actualidad.

Algunos de los sucesores inmediatos de Descartes negaron la interacción entre mente y materia y pensaban que su “conexión” era algo ocasionado por una voluntad divina; Leibniz hablaba de una “armonía preestablecida”. Otros sugerían una solución reduccionista – ya sea una reducción materialista de la mente a la materia como Hobbes, o una idealista de la materia a la mente como en el caso Berkeley. Otros, los monistas, seguían pensando a las dos sustancias como *una*. Así, Spinoza en el siglo XVII y los empirio-criticistas del siglo XIX. No hace mucho tiempo el dualismo interaccionista experimentó una resurrección, desarrollándose un nuevo retorno a las proximidades de Descartes.⁴³

2. Una reflexión seria acerca de estas cuestiones debe tomar en cuenta el papel que juega el sistema nervioso (el cerebro). Nuestra descripción inicial no dice nada acerca de esto.

Las fuerzas de la voluntad (las motivaciones) detrás de una acción no dan lugar de forma inmediata a cambios de conducta (cambios corporales) en el mundo, que son los que constituyen el primer escalón de su aspecto externo. Ellas producen cambios neuronales, los cuales, a su vez, son causalmente responsables por el aspecto de comportamiento (behavioural aspect) de la acción.

De manera similar, la afectación de un órgano sensorial por un estímulo no resulta inmediatamente en una sensación, sino en un proceso neuronal que se “transforma” desde un estado central en el cerebro en una sensación. (Por ejemplo, cuando alguien se levanta de la silla como respuesta a un golpe en la puerta).

⁴³ Cf. Popper/Eccles (1977)

La naturaleza “misteriosa” de la transición del proceso neuronal a la sensación mental es responsable, creo yo, de la tentación de decir que la sensación y la manifestación neuronal que esta allí cuando el sujeto tiene la sensación, son en algún sentido, lo mismo o idénticas. Y hay una tentación similar en identificar el trasfondo mental de la voluntad de una acción con los estados neuronales y los procesos que son causalmente responsables de la parte conductual de su aspecto externo.

Rendirse a esta tentación es asumir una *teoría de la identidad* acerca de la relación cuerpo - mente. Pero la identificación resulta de la confusión.

3. Un modo de clarificar estos problemas involucra establecer un mapa detallado de las interconexiones de los tres factores principales: el mental, el neuronal y el conductual. Lo que es característico de su interconexión, como yo lo veo, son tres diferentes relaciones de *prioridad conceptual*. Las llamaré, *epistémica, causal, y semántica*.

Lo mental, diré, es epistémicamente prioritario a lo neuronal. Con esto quiero decir lo siguiente: En pos de conocer la contrapartida neuronal de los estados mentales (fenómenos) debemos ser capaces de *identificar* esos estados – por ejemplo escuchando un sonido, sintiendo dolor, teniendo miedo, creyendo o esperando algo – usando criterios que sean independientes de su base neuronal. Porque de otro modo uno no podría localizar los eventos neuronales entre los que uno debe buscar la contrapartida o equivalencia con los eventos mentales ya conocidos. Por ejemplo, no sabríamos nada acerca del “centro del dolor” en el cerebro, a menos que hayamos experimentado con sujetos que *conocen lo que es sentir dolor* como consecuencia de cierto estímulo físico que les ha sido aplicado.

Más aún, hay una prioridad causal de lo neuronal en relación con lo conductual. Esto es sencillamente una cuestión de verdad científica. Las reacciones del cuerpo que llamamos comportamiento – no así, por ejemplo, los reflejos incondicionados – son causados por impulsos que se producen en el centro motor del cerebro.

Finalmente, está lo que propongo llamar prioridad semántica de la conducta en relación con la mental. Ésta consiste, hablando rudimentariamente, en esto: que las reacciones conductuales causadas por los equivalentes neuronales de los diversos estados mentales constituyen lo que significa decir que el sujeto experimenta (“sufre”) esos estados. Este compromiso semántico de lo conductual con lo mental es una relación más compleja, y por esto también más controvertida, que aquella entre lo mental y lo neuronal; y lo neuronal y lo conductual.

4. *¿Interactúan*, entonces, cuerpo y mente? En algún sentido, filosóficamente no comprometido, efectivamente lo hacen. *Por supuesto*, los

estímulos físicos de los órganos sensoriales evocan las sensaciones, y las razones mueven a los agentes a actuar. Descartes, quien creía en la interacción cuerpo – mente, también estaba preocupado por la cuestión de si esto era compatible con el determinismo estricto en la naturaleza. Una manera de rescatar la compatibilidad es suscribir el siguiente Principio de Clausura Causal del Orden del Mundo Físico:

Siempre que pueda decirse correctamente que un evento en la naturaleza E causa un evento mental M, existe otro evento físico F tal que E causa F y M coincide temporalmente con (en todo o en parte) la duración de F. Y cuando, a la inversa, puede decirse correctamente que un evento mental M causa E en el mundo físico, existe otro evento físico F tal que F causa E y la duración temporal de M es incluida en F.

Aceptando esta idea, que me parece plausible, uno puede dejar de hablar de la interacción cuerpo – mente y mente – cuerpo para hablar de conexiones causales entre eventos físicos únicamente. Usando una terminología ahora de moda, puede decirse que la Clausura Causal del Orden del Mundo Físico significa que las relaciones causales entre fenómenos mentales y físicos son *supervinientes en el tiempo* a las relaciones causales cuyos elementos son sólo fenómenos físicos.

La posición sugerida deviene tan “cercana” a la tesis de identidad psíquico – física, como es, en mi opinión, “lógicamente permisible”. También es una reminiscencia de versiones de la posición conocida como *epifenomenalismo*.

5. La distinción cuerpo – mente, como yo veo las cosas, no es una *nitida* división. La prioridad epistémica de lo mental con relación a lo neuronal, y de lo conductual con relación a lo mental, significan que la mente y el cuerpo están *conceptualmente entrelazadas* en la base de la realidad. Sostener esta intuición ha significado colocarme bajo lo que siento como una carga Cartesiana.

También tres de los mayores esfuerzos en la filosofía de este siglo, Husserl, Heidegger y Wittgenstein, pueden, en sus diferentes modos, ser vistos como esfuerzos para escapar de las sombras de Descartes. Quizás pueda permitirme decir que he intentado seguir un camino independiente en la misma dirección.

(Trad. de Laura Manrique y Pablo Navarro)

Bibliografía

- ALCHOURRÓN (1969). Carlos E. Alchourrón: *Logic of Norms and Logic of Normative Propositions*. *Logique et Analyse* 12 (1969).
- ALCHOURRÓN/BULYGIN (1971). Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin: *Normative Systems*. Wien 1971.
- ANSCOMBE (1989). Elizabeth Anscombe: Von Wright About "Practical Inference". En Schilpp/Hahn (1989).
- BECKER (1952). Oskar Becker: *Untersuchungen über den Modalkalkül*. Meisenheim 1952.
- BERNARDO (1988). Giuliano di Bernardo (ed.): *Normative Structures of the Social World*. Amsterdam 1988.
- BULYGIN *et al.* (1985). Eugenio Bulygin, Jean-Louis Gardies and Ilkka Niiniluoto (eds.): *Man, Law, and Modern Forms of Life*. Dordrecht 1985.
- GARZON VALDES *et al.* (1997). Ernesto Garzou Valdes, Werner Krawietz, Georg Henrik von Wright and Ruth Zimmerling (eds.): *Normative Systems in Legal and Moral Theory, Festschrift for Carlos Alchourron and Eugenio Bulygin*. Berlin 1997.
- GASKING (1954). D. Gasking: *Causation and Recipes*. *Mind* 63 (1954).
- HALLDEN (1957). Soren Hallden: *On the Logic of "Better"*. Lund 1957.
- HEDENIUS (1941). Ingemar Hedenius: *Om rdt och moral*. Stockholm 1941.
- KALINOWSKI (1953). Jerzy Kalinowski: *Theorie des propositions normatives*. *Studia Logica* 1 (1953).
- MALCOLM (1989). Norman Malcolm: Intention and Behavior. En Schilpp/Hahn (1989).
- MCMURRIN (1985). Sterling M. McMurrin (cd.): *Tanner Lectures on Human Values*, Vol. VI. Salt Lake City 1985.
- POPPER/ECCLES (1977). Karl Raimund Popper and John C. Eccles: *The Self and Its Brain*. London 1977.
- PRIOR (1967). Arthur Norman Prior: *Past, Present, and Future*. Oxford 1967.
- QUINE (1945). Willard Van Orman Quine: *On the Logic of Quantification*. *The Journal of Symbolic Logic* 10 (1945).
- SCHILPP/HAHN (1989). Paul Arthur Schilpp and Lewis Edwin Hahn (eds.): *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*. La Salle, 111. 1989.
- SEGERBERG (1967). Krister Segerberg: *On the Logic of "To-morrow"*. *Theoria* 33 (1967).
- STOUTLAND (1970). Frederick Stoutland: *The Logical Connection Argument*. *American Philosophical Quarterly* 7 (1970).
- WESTERMARCK (1924). Edward Westermarck: *The Origin and Development of the Moral Ideas*, Vol. I, Second edition. London 1924.
- VON WRIGHT (1947). Georg Henrik von Wright: *On the Idea of Logical Truth I*. Helsingfors: *Societas Scientiarum Fennica, Commentationes Physico-Mathematicae*, Vol. IV, no. 4, 1947.
- VON WRIGHT (1952a). Georg Henrik von Wright: *On the Logic of Some Axiological and Epistemological Concepts*. *Ajatus* 17 (1952).

- VON WRIGHT (1952b). Georg Henrik von Wright: *On Double Quantification*. Helsingfors: *Societas Scientiarum Fennica, Commentationes Physico-Mathematicae*, Vol. XVI, no. 3, 1952.
- VON WRIGHT (1954a). Georg Henrik von Wright: *Om moraliska föreställningars sanning*. En von Wright (1954b).
- VON WRIGHT (1954b). Georg Henrik von Wright: *Vetenskapens funktion i samhället*. Copenhagen 1954.
- VON WRIGHT (1957). Georg Henrik von Wright: *Logical Studies*. London 1957.
- VON WRIGHT (1963a). Georg Henrik von Wright: *The Varieties of Goodness*. London 1963.
- VON WRIGHT (1963b). Georg Henrik von Wright: *The Logic of Preference*. Edinburgh 1963.
- VON WRIGHT (1963c). Georg Henrik von Wright: *Norm and Action*. London 1963.
- VON WRIGHT (1968). Georg Henrik von Wright: *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*. Amsterdam 1968.
- VON WRIGHT (1969). Georg Henrik von Wright: *Time, Change, and Contradiction*. London 1969.
- VON WRIGHT (1971). Georg Henrik von Wright: *Explanation and Understanding*. London 1971.
- VON WRIGHT (1972). Georg Henrik von Wright: *The Logic of Preference Reconsidered*. *Theory and Decision* 3 (1972).
- VON WRIGHT (1974). Georg Henrik von Wright: *Causality and Determinism*. New York 1974.
- VON WRIGHT (1980). Georg Henrik von Wright: *Freedom and Determination*. Amsterdam 1980.
- VON WRIGHT (1983a). Georg Henrik von Wright: *A Modal Logic of Place*. En Von Wright (1983b).
- VON WRIGHT (1983b). Georg Henrik von Wright: *Philosophical Papers, vol. II, Philosophical Logic*. Oxford 1983.
- VON WRIGHT (1985a). Georg Henrik von Wright: *Is and Ought*. En Bulygin et al. (1985).
- VON WRIGHT (1985b). Georg Henrik von Wright: *Of Human Freedom*. En McMurrin (1985).
- VON WRIGHT (1986). Georg Henrik von Wright: *Rationality: Means and End*. *Epistemologia* 9 (1986).
- VON WRIGHT (1987). Georg Henrik von Wright: *Truth-Logics*. *Logique et Analyse* 30 (1987).
- VON WRIGHT (1988). Georg Henrik von Wright: *Action Logic as a Basis of Deontic Logic*. In Bernardo (1988).
- VON WRIGHT (1991). Georg Henrik von Wright: *Is there a Logic of Norms?* *Ratio Juris* 4 (1991).
- VON WRIGHT (1994). Georg Henrik von Wright: *Normen, Werte und Handlungen*. Frankfurt 1994.
- VON WRIGHT (1997). Georg Henrik von Wright: *Ought to Be - Ought to Do*. Garzon Valdés et al. (1997).

- VON WRIGHT (1998a). Georg Henrik von Wright: *Ought to Be - Ought to Do*
- VON WRIGHT (1998b). Georg Henrik von Wright: *In the Shadow of Descartes*. Dordrecht 1998.
- VON WRIGHT/MEGGLE (1989). Georg Henrik von Wright und Georg Meggle: *Das Verstehen von Handlungen* (Münsteraner Disputation). *Rechtstheorie* 20, 1989; reprinted in von Wright (1994).



EL PAPEL DE LA VERDAD EN EL DISCURSO NORMATIVO

Eugenio Bulygin
Universidad de Buenos Aires

Hace ya algunos años publiqué un trabajo en inglés titulado “True or False Statements in Normative Discourse”¹. En lo que sigue reproduzco en castellano las principales ideas de ese artículo y de paso aprovecho esta oportunidad para contestar algunas críticas que me han sido dirigidas.

1. El propósito de este trabajo es investigar el papel que desempeña la noción de verdad en el discurso normativo, esto es, tratar de determinar qué oraciones de ese discurso tienen valores de verdad, es decir, son susceptibles de ser verdaderas o falsas. Usaré como hilo conductor la obra de Georg Henrik von Wright, a cuya memoria está dedicado el presente volumen.

Por “discurso normativo” entiendo todo discurso en el que aparecen términos típicamente normativos, como “prohibido”, “permitido”, “obligatorio”, “debe”, “no debe”, “puede”, etc. Oraciones en las que figuran tales términos son llamadas por von Wright “oraciones deónticas”. Tales oraciones son frecuentemente usadas para expresar normas, es decir, como *formulaciones de normas*. Pero es importante tener presente que las normas pueden también ser formuladas mediante otros recursos lingüísticos (imperativos, oraciones en futuro indicativo: vgr. “El que matare a otro será penado...”) o no lingüísticos (semáforos, carteles, gestos, etc.).

En su conocido e influyente libro *Norm and Action* (1963), así como en algunas publicaciones anteriores² (von Wright 1961) von Wright parece distinguir entre cuatro entidades diferentes: *formulaciones normativas*, *nor-*

¹ R. Egidi (ed.), *In Search of a New Humanism. The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, Kluwer Dordrecht-Boston-London, 1999, 183-191.

² G. H. von Wright, “The Foundation of Norms and Normative Statements” en K. Ajdukiewicz (ed.), *The Foundations of Statements and Decisions. Proceedings of the International Colloquium on Methodology of Science*, Warsaw 1961, 351-67, reproducido en G.H. von Wright, *Practical Reason. Philosophical Papers*, vol. I, Oxford 1983, 67-82, citado en lo sucesivo como PR.

mas, enunciados normativos (normative statements) y *proposiciones normativas*. Tres de esas entidades son no-lingüísticas y sólo la primera es una entidad lingüística. Las formulaciones normativas son oraciones deónticas usadas para expresar normas; pero también pueden ser usadas para formular *enunciados normativos*. Cuando una oración deóntica es usada prescriptivamente expresa una norma (que no es ni verdadera ni falsa); cuando es usada descriptivamente, expresa un enunciado normativo que es verdadero o falso. Las proposiciones normativas también son verdaderas o falsas. Tenemos pues dos entidades que admiten valores de verdad: enunciados normativos y proposiciones normativas. Pero no es muy claro qué son los enunciados normativos y cómo están relacionados con las proposiciones normativas.

“Un enunciado normativo... es un enunciado que dice que algo debe, puede o no debe ser hecho (por un agente o agentes, en alguna ocasión o en general, incondicionalmente o cuando están dadas ciertas condiciones). El término “enunciado” [statement] es usado aquí en un sentido que propongo llamar “estricto”. Un enunciado en sentido estricto es verdadero o falso. (La oración que es usada para hacer un enunciado expresa una proposición).” (N&A, 105)

Por otro lado, una proposición normativa es definida como una proposición que dice que una norma existe (“La proposición de que existe tal o cual norma será llamada *proposición normativa*” N&A, 106).

Estas citas sugieren la siguiente distinción: Una oración usada (descriptivamente) para decir que una acción es obligatoria, está prohibida o permitida (i.e. que algo debe, puede o no debe ser hecho) expresa un enunciado normativo, mientras que una oración usada para decir que una determinada norma existe expresa una proposición normativa. Para usar un ejemplo (levemente modificado) de von Wright: Si en respuesta a una pregunta digo “Vd. no debe estacionar su coche frente a mi casa” y lo que estoy haciendo no es prohibir, sino darle al que pregunta una información respecto de las reglas de estacionamiento, entonces mi oración es descriptiva y el enunciado que hice es un enunciado normativo. Si, en cambio, digo “Hay una norma que prohíbe estacionar en este lugar”, entonces mi oración expresa una proposición normativa.

Pero esta sugerencia no parece ser aceptable. ¿Cuál es la diferencia entre informar sobre las reglas de estacionamiento existentes y decir que hay una norma que prohíbe estacionar? ¿Cómo podría yo informar sobre las regulaciones existentes, sino diciendo que hay una norma que prohíbe estacionar? Si mi información es verdadera, entonces hay efectivamente una norma que prohíbe estacionar y si no hay tal norma mi enunciado normativo es falso. Contrariamente a las apariencias, las dos oraciones dicen lo mismo. En otras palabras, aunque el enunciado normativo parece referirse a la acción de estacionar y la proposición normativa parece referirse a la

existencia de una norma, tanto uno como la otra tienen las mismas condiciones de verdad.³

Pero entonces no tenemos tres, sino dos entidades extra-lingüísticas: normas y proposiciones normativas. Lo que von Wright llama “enunciados normativos” no son más que proposiciones normativas disfrazadas. Las oraciones

(1) Vd. no debe estacionar aquí

y

(2) Hay una norma que prohíbe estacionar aquí

dicen lo mismo. Las oraciones deónticas usadas descriptivamente pueden adoptar dos formas, una forma elíptica y una forma expandida. En su forma elíptica dicen que una acción *p* (o un estado de cosas resultante de una acción) está prohibida (permitida o es obligatoria); en su forma expandida, dicen que hay una norma que prohíbe (permite, obliga) hacer *p*.

La forma elíptica es lo que Carnap alguna vez llamó “*the transposed mode of speech*”:

By a transposed mode of speech we mean one in which, in order to assert something about an object *a*, something corresponding is asserted about an object *b* which stands in a certain relation to the object *a*.⁴

En su forma expandida la proposición normativa dice que hay una norma (objeto *a*) que prohíbe o permite la acción *p*. En vez de esto, en el modo traspuesto decimos que la acción *p* (objeto *b*) está prohibida o permitida. Esto no es más que la forma elíptica de la misma proposición normativa.

En ambos casos, la proposición normativa es *relativa* a una norma o un conjunto de normas, si bien tal referencia no siempre es explícita. Una oración como (2) que expresa una proposición normativa en su forma expandida tiene la ventaja de no ser ya ambigua. Ella no podría ser usada para emitir una prohibición, pues es claramente descriptiva, mientras que la oración (1) es característicamente ambigua, pues se usa tanto para formular una norma, como para expresar una proposición normativa.

Esta interpretación que equipara los enunciados normativos con las proposiciones normativas se apoya también en el hecho de que en las publicaciones posteriores von Wright deja de usar la expresión “enunciado normativo” y sólo habla de normas y de proposiciones normativas.

Pero por otro lado, si los enunciados normativos sólo son una forma elíptica de las proposiciones normativas, pierde todo sentido hablar acerca del

³ En el artículo de 1999 dije, además, que tenían el mismo significado. Esto último es probablemente una exageración, que no estoy dispuesto a mantener. En todo caso, en mi artículo no di ninguna razón para sostener esta afirmación.

⁴ R. Carnap, *The Logical Syntax of Language*, Paterson, New Jersey, 1959, 308 (primera edición en inglés, Londres, 1937).

fundamento de los enunciados normativos. Este tema recibe su desarrollo en el artículo titulado precisamente “The Foundation of Norms and Normative Statements” (1961) y es mencionado en *Norm and Action*: “Por fundamento de la verdad de un enunciado normativo dado entiendo la respuesta verdadera a la pregunta por qué la cosa en cuestión debe, puede o no debe ser hecha” (N&A, 105). Curiosamente, aunque en publicaciones posteriores a N&A ya no habla de enunciados normativos⁵, el artículo de 1961 ha sido incluido por von Wright en su libro *Practical Reason* (1983).

Ahora bien, si la proposición expresada en un enunciado normativo es simplemente una proposición normativa, entonces la pregunta acerca del por qué parece estar fuera de lugar. Normalmente, uno no pregunta “¿por qué?” frente a una proposición descriptiva. Si por ejemplo digo “La nieve es blanca” y alguien me pregunta “¿Por qué?”, me sentiría perplejo; no sabría qué contestar. La respuesta “Porque es así” no parece ser muy ilustrativa y lo mismo vale para otras respuestas: “Porque la naturaleza es así” o “Porque Dios ha creado las cosas de esta manera”. Y, sin embargo, von Wright dice enfáticamente:

“Un importante tipo de respuesta a la pregunta ‘¿Por qué debe (puede, no debe) hacerse tal o cual cosa?’” es el siguiente. *Hay una norma* que prescribe que esto debe (puede, no debe) hacerse. La existencia de una norma es, aquí, el fundamento o razón de verdad del enunciado normativo. (PR,68).

No veo por qué una respuesta tal deba considerarse importante, pues equivale a la repetición –en forma expandida– de la misma proposición normativa ya expresada en el enunciado normativo. Me parece que en este caso von Wright ha sido víctima de la ambigüedad sistemática de las oraciones deónticas que fue denunciada enfáticamente por él. Esto porque la pregunta “¿Por qué?” y la respuesta “Porque hay una norma...” sólo tienen sentido frente a oraciones deónticas usadas para prescribir, es decir, frente a las que expresan normas. En tal caso es perfectamente razonable contestar “Vd. debe hacer p porque hay una norma que prescribe p”, aunque aún así la respuesta no es del todo satisfactoria, a menos que se agregue “y Vd. debe obedecer esta norma” (lo que normalmente es presupuesto tácitamente).

Si esto se acepta, entonces no hay tal cosa como “el problema filosófico del fundamento de los enunciados normativos” (PR, 67).

2. En un muy interesante trabajo⁶ Pablo Navarro formula algunas críticas a mi artículo de 1999. Como ya señalé en la nota 2, acepto la crítica dirigida

⁵ Así por ejemplo en “Norms, Truth and Logic” de 1982 dice: “En *Norm and Action* (1963) hice una distinción tripartita que creo útil entre normas, formulaciones normativas y proposiciones normativas”. Como hemos visto esto no es del todo cierto. Pero en todo caso, los enunciados normativos no son mencionados.

⁶ Pablo E. Navarro, “Legal Reasoning and Systematization of Law” en A. Soeteman (ed.) *Pluralism and Law*, Kluwer, Dordrecht-Boston-London, 2001, 251-277.

a mi tesis de identidad de sentido entre las oraciones (1) y (2), aunque estoy dispuesto a mantener su equivalencia material, es decir, la igualdad de sus condiciones de verdad. Pero Navarro me atribuye una tesis que nunca he formulado, y que él llama *concepción reduccionista* que, según Navarro, consiste en suponer que “las normas jurídicas existen sólo en la medida en que pertenecen a un sistema jurídico, esto es, su pertenencia a un sistema jurídico es el único hecho que hace verdaderas a las proposiciones normativas.”⁷

Dije y repito que nunca he sostenido esta tesis. El término existencia referido a normas está lejos de ser unívoco; en diferentes contextos se usan distintos conceptos de existencia. La enumeración que hace Navarro en la p. 257 de su ensayo lo muestra claramente y no es casualidad que esta lista de los distintos modos de existencia de normas proviene de algunas publicaciones mías. Por lo tanto, la afirmación categórica de Navarro: “We should remember that the *reductive conception* assumes that a norm exists only to the extent that it belongs to a normative system.” (Navarro, op. cit. 258) es ciertamente incorrecta. Lo que he dicho y estoy dispuesto a sostener es que el hecho de que una acción sea obligatoria no puede sino provenir de una norma. La existencia de una norma es condición necesaria para que una acción pueda ser calificada de obligatoria. Pero esto no quiere decir que la pertenencia sea el único hecho que hace verdadera a una proposición normativa. La cosa puede ser mucho más compleja. Yo puedo estar obligado a realizar la acción p, no porque haya una norma en el sistema jurídico en cuestión que me obligue a hacerlo, sino porque el sistema jurídico remite a otro sistema, donde sí hay una norma que me obliga. Una norma perteneciente al sistema puede no ser aplicable (como en el ejemplo de *vacatio legis*) y una norma que no pertenece al sistema jurídico en cuestión puede resultar aplicable y hacer verdadera la correspondiente proposición jurídica. Esto ocurre en ciertas condiciones con las normas derogadas.⁸

3. En una de sus últimas contribuciones a la lógica deóntica⁹ von Wright introduce una nueva categoría de oraciones normativas susceptibles de ser verdaderas o falsas, que llama *oraciones de necesidad práctica*. Si bien tales oraciones están mencionadas en sus obras anteriores, es en este artículo en el que von Wright les asigna un papel muy importante en el discurso normativo:

⁷ Navarro 2001, 256.

⁸ Cfr. E. Bulygin, “Tiempo y Validez” en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid 1991, 195-214.

⁹ “Ought to be – Ought to do” en *Six Essays in Philosophical Logic*, Acta Philosophica Fennica, Helsinki, 1996, 63-70.

“Otro servicio que la distinción [entre normas y necesidades prácticas] presta a esta materia es que asigna a la noción de verdad un papel en los contextos normativos mucho más grande que algunos filósofos, incluyendo a mí mismo, solían pensar en el pasado. No sólo las proposiciones existenciales (“proposiciones normativas”) que dicen que tal y tal norma existe (fue dictada) son verdaderas o falsas, sino también los enunciados acerca de lo que tiene que ser o puede ser hecho a los efectos de seguir lo que ella regula. (von Wright 1996, 70)”.

Me parece muy importante la distinción trazada por von Wright entre normas y necesidades prácticas, como es importante su distinción entre dos tipos de normas que von Wright denomina “*Tun-Sollen*” y “*Sein-Sollen types*” (tipo de *deber hacer* y tipo de *deber ser*). El primer tipo requiere la realización de una o varias acciones; el segundo, requiere que se dé un estado de cosas. Pero decir que el primer tipo es descriptivo y sólo el “*Sein-Sollen type*” es prescriptivo (p. 69) me parece una exageración. No es demasiado difícil encontrar ejemplos de normas del tipo de deber hacer. Órdenes como “¡Tírese al agua!” o “¡Coma esta sopa!” son claramente de tipo de deber hacer, puesto que imponen la obligación de hacer, es decir, de realizar una cierta acción. Lo que estas normas prescriben es una acción y no un estado de cosas. Por lo tanto, no es verdad que sólo las normas que se refieren a estados de cosas son prescriptivas. Me inclino a pensar que hay normas genuinas de ambos tipos.

En segundo lugar, no siempre es fácil distinguir entre una norma que impone una obligación de realizar una acción y una norma que impone la obligación de producir (o mantener) un estado de cosas. La orden dada a la mucama “Por favor, ¡prepare la cena para antes de las 8!” puede ser interpretada como una norma del tipo de “deber ser” (en cuyo caso la mucama está obligada a lograr que se dé un estado de cosas, a saber, que la cena esté lista antes de las 8) o como una norma del tipo de “deber hacer”, en cuyo caso la mucama tiene la obligación de realizar una acción (preparar la cena antes de las 8). Preparar una cena es una acción muy compleja que requiere la realización de muchas otras acciones, pero una acción compleja es una acción y no un estado de cosas.

En tercer lugar, no es nada claro cuál es el criterio para distinguir entre lo que uno debe hacer y lo que tiene que hacer para obedecer o satisfacer una norma, es decir, entre una genuina obligación y una necesidad práctica. El uso lingüístico es, como observa von Wright, más bien vacilante, pues expresiones como “debe”, “tiene que” o “ha de” son usadas en ambos contextos: en contexto normativo y en contexto práctico.

Supongamos que se ha ordenado a A abrir una cierta ventana; A está sentado y a menos que se levante no puede abrir la ventana. Su acción de levantarse es una condición necesaria para su acción de abrir la ventana. ¿Diríamos que A debe levantarse (obligación) o que tiene que levantarse

(necesidad práctica para cumplir con la orden)? Me inclino a pensar que A no tiene la obligación de levantarse, pero si quiere obedecer la orden, tiene que levantarse. En tal supuesto éste sería un caso de necesidad práctica y la oración “A tiene que levantarse” sería verdadera con relación a la orden. Supongamos ahora que la condición no sólo es necesaria por razones empíricas, sino que es lógicamente necesaria. Tomemos el caso de A a quien se le ha ordenado tocar piano, pero está prohibido fumar en el lugar donde debe hacerlo. ¿Tiene la obligación de tocar el piano sin fumar? Me siento inclinado a contestar afirmativamente. Obviamente, A tiene que tocar el piano sin fumar. Pero ¿diríamos que tiene una obligación en virtud de las dos normas o que es una necesidad práctica para él de hacer ambas cosas (esto es, tocar piano y abstenerse de fumar) si quiere obedecer ambas normas? Suena raro decir que A tiene que tocar el piano sin fumar, pero que él no tiene ninguna obligación de actuar de esta manera. Más aún, conforme al criterio de von Wright las normas O_p y O_q implican la norma $O(p.q)$, pues el conjunto de las dos primeras normas es inconsistente si le agregamos la norma-negación de $O(p.q)$, que es $P-(p.q)$. El conjunto formado por $\{O_p, O_q, P-(p.q)\}$ es inconsistente, porque la conjunción de $p.q-(p.q)$ es irrealizable, pues se trata de una contradicción. Y si la norma $(O_p.q)$ es implicada por las normas O_p y O_q , entonces la acción de A consistente en tocar el piano sin fumar es una genuina obligación y no una mera necesidad práctica. La generalización de este ejemplo nos llevaría a lo que cabe llamar el *Principio de Obligatoriedad*: Es obligatorio (conforme a un conjunto de normas dado) realizar todas las acciones que son lógicamente necesarias para satisfacer todas las obligaciones establecidas por las normas de ese conjunto. Este resultado suena un tanto extraño. Si una acción es empíricamente necesaria, entonces no hay obligación, sino mera necesidad práctica. Pero si es lógicamente necesaria, entonces hay una obligación genuina. Pienso que necesitamos una explicación de esta diferencia.



DOXA 26 (2003)

NATURALEZA Y LÓGICA DE LAS PROPOSICIONES NORMATIVAS. CONTRIBUCIÓN EN HOMENAJE A G. H. VON WRIGHT

Jorge L. Rodríguez

Universidad Nacional de Mar del Plata

1. Introducción*

Al examinar el discurso normativo y su lógica subyacente, una de las cuestiones de mayor importancia es la necesidad de apreciar con claridad las consecuencias que se siguen de la distinción, destacada entre otros por von Wright, entre *normas* y *proposiciones normativas*. Las normas son expresadas por formulaciones normativas; constituyen el significado de oraciones usadas para prescribir, esto es, para ordenar, prohibir o permitir ciertas conductas. Las proposiciones normativas, en cambio, constituirían el significado de oraciones que califican ciertas acciones como obligatorias, prohibidas o permitidas *de conformidad con ciertas normas*.¹ Mientras que las proposiciones normativas son susceptibles de verdad o falsedad, no parece tener mayor sentido predicar tal cosa de las propias normas. La dificultad para distinguir estas dos nociones deviene de que la misma oración (por ejemplo, “Está prohibido fumar”) puede a veces ser utilizada para formular una norma y otras para referirse a la existencia de una norma, esto es, puede a veces expresar una norma y otras una proposición normativa. Es verdaderamente lamentable que, pese a que con denominaciones diversas la diferencia que esta distinción recoge ha sido reconocida por muchos autores, ella no ha recibido todavía hoy la atención que a mi juicio merece en el terreno de la lógica del discurso normativo.²

* Quiero expresar mi profundo agradecimiento a Pablo Navarro, a quien debo la sugerencia de desarrollar las ideas que he tratado de volcar en las dos últimas secciones del trabajo.

¹ Cf. G. H. von Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1970, título original: *Norm and Action. A Logical Inquiry*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963, página 109.

² Cf. G. H. von Wright, “Deontic Logic – As I See It”, en P. McNamara y H. Prakken, *Norms, Logics and Information Systems*, Amsterdam-Berlin-Oxford-Tokyo-Washington DC, IOS Press, 1999, página 20.

En el presente trabajo intentaré examinar tres cuestiones vinculadas con las características distintivas de las proposiciones normativas y su lógica. En primer lugar, la posibilidad de concebir, junto a proposiciones normativas relativas a un cierto conjunto de normas, proposiciones normativas de carácter *absoluto*, esto es, proposiciones que califican normativamente ciertas acciones como obligatorias, prohibidas o permitidas no relativizadas con relación a un determinado conjunto de normas. En segundo lugar, la posibilidad de diferenciar la categoría de los “enunciados normativos”, entendidos como enunciados acerca de que algo debe o puede ser hecho, de la categoría de las proposiciones normativas, esto es, proposiciones relativas a la existencia de una norma. Por último, trataré de reseñar las particularidades de dos visiones alternativas de reconstrucción de la lógica de proposiciones normativas, así como de los presupuestos subyacentes a cada una de ellas.

2. El carácter relativo de las proposiciones normativas

A primera vista, los dos rasgos más salientes que justifican diferenciar a las proposiciones normativas de las normas son, en primer lugar, que aunque es altamente dudoso que pueda predicarse verdad o falsedad de las normas, tales calificaciones sí cobran pleno sentido respecto de las proposiciones normativas. Y, en segundo lugar, que las proposiciones normativas son *relativas*. Una misma acción *p* puede estar prohibida, ser permitida u obligatoria, en un cierto sistema normativo y no en otro. Por tal motivo, la expresión “*p* está prohibido”, entendida como una proposición normativa, es incompleta, ya que mientras no se especifique de qué sistema normativo se trata, carecerá de valor de verdad.³

Este segundo rasgo de las proposiciones normativas ha sido, con todo, controvertido recientemente por Jan-R. Sieckmann.⁴ Sieckmann sostiene que una proposición normativa, entendida como la afirmación de que una norma es válida de conformidad con cierto sistema de normas, es una afirmación relativa a su pertenencia al sistema en cuestión, pero no un enunciado que de manera directa predique que una norma es “válida”, entendiendo aquí esta última expresión en sentido prescriptivo, esto es, como referida a que deba hacerse lo que ella dispone. A su criterio, un enunciado normativo tal como “No se debe fumar” contendría una proposición normativa relativa a que no se debe fumar, lo cual se revelaría en la posibilidad de que el hablante

³ Cf. E. Bulygin “Lógica deóntica”, en C. Alchourrón *et al.* (eds.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Volumen 7, Lógica, Madrid, Trotta, 1995, páginas 129–142.

⁴ Cf. J. R. Sieckmann, “Remarks on Jorge Rodríguez’s ‘Sistemas Jurídicos y Derrotabilidad del Derecho’”, 2000, inédito y J. R. Sieckmann, “The Fragmentation of Deontic Logic”, ponencia presentada en el XIX Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Lundt, 2003.

ponga de manifiesto su carácter proposicional en oraciones como “Es el caso que no se debe fumar” o “Es verdad que no se debe fumar”. Pero Sieckmann sostiene además que si se asume que no es posible predicar verdad o falsedad de las normas, las proposiciones normativas sólo podrían interpretarse como aquello que expresan oraciones que se refieren a la pertenencia de una norma a un cierto sistema, y esto último le parece inaceptable por cuanto, si bien muchas veces se formulan enunciados normativos relativos a un cierto sistema, la forma más elemental de una proposición normativa sería a su juicio una afirmación directa o absoluta de lo que es obligatorio, prohibido o permitido.

Para Sieckmann, la necesidad de una lógica de proposiciones normativas en forma pura o absoluta se revelaría con claridad cuando se intenta responder a la pregunta acerca de qué se debe hacer en cierta situación, en el sentido de qué norma debe guiar nuestras acciones. La respuesta a esta pregunta requeriría de una proposición normativa absoluta, ya que un enunciado que dijese que de conformidad con cierto sistema normativo se debe hacer p sería manifiestamente insuficiente puesto que podría aceptarse su verdad y, no obstante, preguntarse si realmente debe seguirse esa norma. En cambio, si una proposición normativa absoluta es verdadera, no podría seriamente cuestionarse si ha de seguirse la norma a la que ella alude.

Desde mi punto de vista, la relatividad a un cierto sistema normativo es la característica más significativa de las proposiciones normativas, de manera que esta categoría de proposiciones normativas absolutas que Sieckmann introduce no puede sino ser el producto de una confusión porque resulta autocontradictoria. Intentaré justificar esta idea. En una primera interpretación, la idea de una proposición normativa absoluta podría entenderse como una proposición referida a una *norma de validez absoluta*. Bajo esta interpretación, el calificativo de “absolutas” que Sieckmann atribuye a las proposiciones normativas no sería sino un referencia al tipo de normas a cuyo respecto se formulan tales proposiciones. Ello, claro está, si es que puede asignarse sentido a la expresión “norma absoluta”, cualquiera sea éste. Pero entonces las proposiciones normativas absolutas serían aquellas proposiciones normativas *relativas* al conjunto de las normas absolutas. No existiría ninguna diferencia significativa entre este tipo de entidades y las proposiciones normativas relativas a cierto sistema, pues la única peculiaridad se encontraría aquí en el dominio de las normas que se toman como punto de referencia. En particular, los problemas que pudiera suscitar la identificación de “normas absolutas” semejantes resultarían independientes de las relaciones entre las proposiciones que a ellas se refieren.

Las mismas distinciones que correspondería establecer en la lógica de proposiciones normativas ordinaria se reproducirían respecto de las “pro-

posiciones normativas absolutas” así entendidas. Por ejemplo, aquella que media entre el sentido positivo y el sentido negativo de la permisión. Como veremos, puede decirse que una conducta está permitida en sentido positivo de acuerdo con las normas de cierto sistema normativo si, y sólo si, en él existe una norma que permite dicha conducta. En cambio, una conducta está permitida en sentido meramente negativo de acuerdo con las normas de cierto sistema normativo si, y sólo si, no existe en el sistema de referencia una norma que prohíba tal conducta. Como fuera demostrado por Carlos Alchourrón, la permisión positiva y la permisión negativa sólo pueden considerarse equivalentes respecto de sistemas normativos completos (esto es, que no contienen lagunas) y consistentes (es decir, que no contienen contradicciones).⁵ Pero, a excepción de ese supuesto, ambas nociones no pueden asimilarse. En razón de esta ambigüedad en la expresión “permitido” cuando aparece en proposiciones normativas, que no se verifica cuando tal expresión es usada para formular una norma (contexto en el cual “permitido” equivale a “no prohibido”), es que una lógica de normas no resulta equivalente a una lógica de proposiciones normativas. Todo esto, como se dijo, valdría igualmente para proposiciones normativas relativas a “normas absolutas”, razón por la cual no podría fundarse sobre esta interpretación la pretensión de distinguir a las proposiciones normativas absolutas como entidades conceptualmente distintas de las proposiciones normativas –relativas– ordinarias.

Descartada esta posibilidad, una interpretación alternativa consistiría en considerar que el calificativo de “absolutas” no se refiere a las normas mencionadas en las proposiciones normativas absolutas, sino a las propias proposiciones normativas. Una proposición normativa relativa calificaría normativamente una acción de conformidad con un cierto sistema normativo. A diferencia de ella, una proposición normativa absoluta sería aquella que califica normativamente a una acción considerando todos los factores relevantes (*all things considered*). A primera vista, diría que determinar la calificación normativa de una acción considerando todos los factores relevantes sería tanto como hacerlo tomando en cuenta, no un cierto sistema normativo, sino una pluralidad de sistemas normativos. En tal sentido, me parece que la perspectiva intersistemática es conceptualmente dependiente de la intrasistemática.⁶ Pero examinemos más detenidamente esta alternativa.

⁵ Cf. C. E. Alchourrón, “Logic of Norms and Logic of Normative Propositions”, en *Logique et Analyse* 12, N° 47, 1969, páginas 242-268.

⁶ Para un punto de vista semejante en la discusión en torno a la derrotabilidad, véase M. Belzer y B. Loewer, “Deontic Logics of Defeasibility”, en D. Nute (ed.), *Defeasible Deontic Logic*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 1997, página 45.

Una forma de entender esta idea sería decir que las proposiciones normativas absolutas son proposiciones normativas relativas a la totalidad de los sistemas normativos relevantes. Pero para Sieckmann las proposiciones normativas absolutas deben suministrar una respuesta a la pregunta acerca de qué se debe hacer en cierta situación. Supóngase que quiero saber si debo o no realizar la acción p en la situación C ; que dos normas resultan relevantes en tal situación —una norma jurídica y una norma moral, por ejemplo—, y que cada una de ellas brinda una respuesta diferente. Es evidente que una proposición normativa que se limitase a informar acerca de una disyunción de normas potencialmente incompatibles no respondería a la pregunta acerca de lo que se debe hacer en C . Lo que se requeriría es un criterio de selección entre las diferentes normas en juego. En otras palabras, la idea de una proposición normativa absoluta, tal como la concibe Sieckmann, no sólo exige tomar en cuenta todos los sistemas relevantes, sino además las relaciones de prelación o jerarquía entre las normas de tales sistemas. Las relaciones de preferencia entre normas de diferentes sistemas normativos pueden asumir formas diversas. Puede que un sistema normativo S_1 sea jerárquicamente superior a otro S_2 como un todo, esto es, que dada una norma cualquiera de S_1 y una norma cualquiera de S_2 , siempre se prefiera la primera sobre la segunda. Puede ocurrir, en cambio, que algunas normas de S_1 sean preferidas a algunas normas de S_2 , pero que asimismo algunas normas de S_2 sean preferidas a algunas normas de S_1 . Y también puede ocurrir que ciertas normas de S_1 sean *en ciertos casos* preferidas a ciertas normas de S_2 , mientras que en otros se prefiera a las de S_2 sobre las de S_1 .

De todos modos, sumar a la totalidad de los sistemas relevantes las relaciones de preferencia entre sus diversas normas todavía sería insuficiente. Una proposición normativa absoluta sólo estaría en condiciones de ofrecer una respuesta definitiva a la pregunta acerca de lo que se debe hacer en la situación C si, además de tomar en cuenta todos los sistemas relevantes y las relaciones de preferencia entre sus normas, se cumpliera que tales criterios permiten seleccionar una y sólo una norma como aquella que resulta aplicable en C . La simple existencia de criterios de preferencia no garantiza que su empleo permita privilegiar a una única norma sobre las restantes. Considerar que frente a cualquier situación C es posible formular una proposición normativa absoluta requiere presuponer que existe al menos una norma que regula la cuestión y , en caso de que haya más de una, que es posible resolver cualquier posible conflicto entre las que se presentan como *prima facie* relevantes.

La pregunta que cabe formular es si, así interpretadas, estas “proposiciones normativas absolutas” tendrían el carácter de genuinas proposiciones normativas o más bien el de normas. Si lo que interesa es resolver el

problema práctico de qué se debe hacer en la situación C, puede resultar valioso que se informe sobre la existencia de una norma. Ello por cuanto la ignorancia acerca de su existencia puede llevar a escoger una solución equivocada. En este sentido, puede decirse que una proposición normativa, esto es, la información sobre la existencia de una norma, puede –al menos en ciertos casos– tener incidencia en la resolución de un problema práctico. Pero suministrar información no resulta suficiente para resolver un problema práctico, dado que frente a la proposición que afirma la existencia de una norma siempre cabe la pregunta ¿se debe hacer lo que esta norma prescribe? Lo que se requiere para resolver un problema práctico es *usar* una norma. Y si en una cierta situación C concurren varias normas como relevantes, se debe elegir a una de ellas como guía para la acción. En otras palabras, bajo la interpretación aquí considerada, una proposición normativa absoluta sería aquella que, efectuando un balance entre las distintas normas que se presentan como relevantes en la situación C, privilegia a una de ellas como aquella que debe orientar la conducta. Ahora bien, si ese “debe” es descriptivo, esto es, si se limita a indicar la existencia de un criterio para escoger entre las normas en juego, todavía se hallaría abierta la posibilidad de cuestionar por qué ha de emplearse ese criterio de elección y no otro entre las diversas normas en juego. Si en cambio ese “debe” se interpreta prescriptivamente, el enunciado “Entre las diversas normas en juego frente a la situación C, debe usted elegir la norma N como guía de su conducta” no expresaría una proposición normativa sino lisa y llanamente una norma. De manera que bajo esta interpretación, la idea de una proposición normativa absoluta no sería sino el producto de confundir a las proposiciones referidas a normas con las propias normas.

Aunque me parece destacable que Sieckmann tome en cuenta la distinción entre normas y proposiciones normativas, hablar de proposiciones normativas absolutas resulta inadecuado porque, o bien introduce un problema que debería mantenerse al margen de ella –el del fundamento del deber de cumplir las normas a las que las proposiciones normativas hacen referencia–, o bien conduce en última instancia a confundir lo que pretende distinguirse.

3. Propositiones normativas y enunciados normativos

En un trabajo de 1965, von Wright se pregunta por los fundamentos de los enunciados normativos.⁷ Allí define “enunciado normativo” como un

⁷ Cf. G. H. von Wright, “The Foundation of Norms and Normative Statements”, publicado originariamente en K. Ajdukiewicz (ed.), *The Foundations of Statements and Decisions*, Warszawa, Polish Scientific Publishers, 1965, páginas 351-367 y posteriormente incluido en G.

enunciado acerca de que algo debe o puede ser hecho. El fundamento de un enunciado normativo sería “el contenido de una respuesta verdadera a la pregunta acerca de por qué aquello a lo que se refiere el enunciado debe o puede ser hecho”, por lo que también podría ser calificado como su fundamento de verdad. A veces quien formula el enunciado suministra él mismo un fundamento (“Se debe hacer p porque...”), pero si no se suministra un fundamento, puede inquirirse por él.

A juicio de von Wright, una posible respuesta a la pregunta acerca de por qué se debe hacer p es que existe una norma que establece que debe hacerse p, y ello constituiría el fundamento de verdad del enunciado normativo. Para von Wright, “norma” alude aquí a una prescripción o regulación, que un cierto agente (autoridad) da a otro (sujeto normativo), lo cual requiere el uso del lenguaje. Señala que las normas se diferencian de los enunciados normativos en el hecho de que respecto de las primeras no cabe predicar verdad o falsedad, mientras que decir que existe una norma es una afirmación susceptible de verdad o falsedad. Otras veces, el fundamento de verdad de un enunciado normativo podría deducirse de la existencia de una norma. En general, las normas se refieren a categorías o clases de actos, mientras que los enunciados normativos se refieren a actos individuales.

De estas consideraciones de von Wright puede concluirse que el “fundamento de verdad” de los enunciados normativos dependería siempre de la existencia de una norma, ya sea de manera directa o indirecta. Esto último ocurriría toda vez que la verdad del enunciado normativo dependiese, no directamente de lo que una norma diga, sino de una consecuencia lógica de ella. Así, podría afirmarse que los enunciados normativos expresan proposiciones normativas, esto es, proposiciones que predicen la existencia de una norma, sea que ella haya sido directamente promulgada por cierta autoridad o que pueda derivarse de las promulgadas por cierta autoridad.

Aunque en el planteo que efectúa von Wright parece distinguirse entre enunciados normativos y proposiciones normativas, si se toma en cuenta lo dicho hasta aquí, un enunciado normativo no parecería más que una manera indirecta de referirse a la existencia de una norma. Bulygin ha elaborado con cierto detalle este punto de vista y, en un trabajo reciente, sostiene que enunciados como (1) “Usted no debe estacionar aquí” y (2) “Hay una norma que prohíbe estacionar aquí” tienen el mismo significado, siendo (2) una forma expandida de (1). Un enunciado como (2), que expresaría una proposición normativa en su forma expandida, tendría la ventaja de que ya no sería ambiguo. Ello en razón de que no sería posible usarlo para establecer una

prohibición por tratarse de un enunciado característicamente descriptivo, mientras que el enunciado (1) sería, en cambio, ambiguo porque podría ser usado para formular una norma o expresar una proposición normativa.⁸

El fundamento de esta conclusión es que no existiría diferencia entre informar, por ejemplo, acerca de las regulaciones existentes respecto de la prohibición de estacionar, y afirmar que hay una norma que prohíbe estacionar. Si la información es verdadera, entonces existiría una norma que prohíbe estacionar. Si en cambio no existiese esa norma, la afirmación sería falsa. En su reconstrucción, Bulygin sostiene que una proposición normativa afirma que existe una norma en un cierto sistema normativo que regula una determinada acción. Por consiguiente, considera que un enunciado como (2) –“Hay una norma que prohíbe estacionar aquí”– tampoco exhibiría todo su contenido conceptual y debería ser expandido en un enunciado como:

(3) “En el sistema normativo α hay una norma que prohíbe estacionar aquí”.

Desde este punto de vista, una proposición normativa establecería una relación entre una norma y un sistema normativo y, en tanto ambos términos de la relación no estuviesen determinados, no existiría proposición normativa.

Pablo Navarro ha propuesto denominar a los enunciados que predicen la pertenencia de una norma a un sistema “proposiciones sistemáticas”, distinguiéndolos de las proposiciones normativas, que afirmarían la existencia de una norma.⁹ Sobre tales bases, sostiene que la propuesta de Bulygin equivaldría a identificar los enunciados normativos con proposiciones normativas y, a su vez, estas últimas con proposiciones sistemáticas. Para Bulygin, los enunciados normativos sólo serían una forma elíptica de afirmar una proposición sistemática, un modo transpuesto de discurso (*transposed mode of speech*), pues para decir que hay una norma que prohíbe una acción p en un cierto sistema normativo, se diría que p está prohibida.

A juicio de Navarro, el trabajo de Bulygin sólo probaría que los enunciados normativos tienen las mismas condiciones de verdad que las proposiciones normativas, pero ello no garantizaría que tuviesen el mismo significado, y menos aún que tuviesen el mismo significado que las proposiciones sistemáticas. Por mi parte, considero que si bien la primera observación de Navarro puede admitirse, la segunda es fruto de un malentendido. En efecto, en la sugerencia de Bulygin no hay un paso de enunciados normativos a

⁸ Cf. E. Bulygin, “True or False Statements in Normative Discourse”, en R. Eigidi (ed.), *Search of a New Humanism: The Philosophy of G.H. von Wright*, Synthese, v. 282, 1999.

⁹ Cf. P. E. Navarro, “Legal Reasoning and Systematization of Law”, presentado como ponencia al *XX Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Amsterdam, 2001.

proposiciones normativas y uno adicional a “proposiciones sistemáticas”. Identificar un enunciado que se refiere a la existencia de una norma con uno que predica la pertenencia de una norma a un cierto sistema no es más que una forma de hacer referencia a que las calificaciones normativas de ciertas acciones no suelen hacerse tomando en cuenta una única norma sino una pluralidad de ellas. Pero aún cuando no se asumiera este último presupuesto, desde un punto de vista estrictamente formal parece más adecuado relativizar la noción de proposición normativa a un sistema normativo en lugar de hacerlo respecto de una norma, dado que esto último puede ser visto como un caso límite de lo primero, esto es, un sistema normativo conformado por una única norma. Por ello, considero que el paso de (2) a (3) es trivial. Por su parte, el paso de (1) a (2) me parece plenamente justificado siempre que (1) sea interpretado descriptivamente, ya que la aparente diferencia en el significado entre uno y otro no es sino el fruto de la ambigüedad descriptivo/prescriptivo que afecta a (1) pero no a (2).

4. Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas

En el sistema clásico de lógica deóntica ideado por von Wright¹⁰ se toman como interdefinibles a los conceptos de prohibición, obligación y permisión:

- | | |
|--------------------------------|------------------------------------|
| 1. $Op = \text{def } PH\sim p$ | 3. $PHp = \text{def } O\sim p$ |
| 2. $PHp = \text{def } \sim Pp$ | 4. $Op = \text{def } \sim P\sim p$ |

En una presentación axiomática del sistema tendríamos los siguientes tres axiomas:

Sistema LN:

- | | | |
|---------|----------|--|
| (A_0) | \vdash | $Pp \leftrightarrow \sim O\sim p$ |
| (A_1) | \vdash | $O(p \wedge q) \leftrightarrow (Op \wedge Oq)$ |
| (A_2) | \vdash | $Op \rightarrow Pp$ |

Se acepta además la siguiente regla de inferencia:

- (RI) De $\vdash (p \leftrightarrow q)$, se sigue $\vdash (Op \leftrightarrow Oq)$ ¹¹

¹⁰ Cf. G. H. von Wright, “Deontic Logic”, en *Mind* 60, 1951, páginas 1-15.

¹¹ Cf. C. Alchourrón, “Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals”, en J. Meyer y R. Wieringa, *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification*, Chichester-New York-Brisbane-Toronto-Singapore, Wiley & Sons, 1993, páginas 43-84.

El primer axioma indica la interdefinibilidad entre permisión y obligación. El segundo, la distributividad de la obligación respecto de la conjunción. El tercero, el principio de que obligatorio implica permitido –equivalente al llamado principio de permisión: “ $Pp \vee P\sim p$ ”–. La regla de inferencia del sistema establece que toda tautología de la lógica de enunciados es una fórmula válida del sistema cuando las variables de enunciado son reemplazadas por fórmulas deónticas.

El axioma A_0 garantiza la validez de las siguientes dos leyes:

5. $\sim(O\sim p \wedge Pp)$ principio de consistencia normativa
 6. $O\sim p \vee Pp$ principio de completitud normativa

Demostración:

7. $Pp \rightarrow \sim O\sim p$ implicación de izquierda a derecha de A_0 .
 8. $O\sim p \rightarrow \sim Pp$ contraposición en 7. ($(p \rightarrow q) \rightarrow (\sim q \rightarrow \sim p)$)
 9. $\sim(O\sim p \wedge Pp)$ definición del condicional en 8. ($(p \rightarrow q) \leftrightarrow \sim(p \wedge \sim q)$).
 10. $\sim O\sim p \rightarrow Pp$ implicación de derecha a izquierda de A_0 .
 11. $O\sim p \vee Pp$ definición del condicional en 10. ($(p \rightarrow q) \leftrightarrow (\sim p \vee q)$).

De manera que de acuerdo con este sistema, respecto de cualquier acción, ella no podría estar prohibida y permitida a la vez (principio de consistencia normativa) y, o bien está prohibida, o bien está permitida (principio de completitud normativa).

¿Reconstruye este sistema acabadamente las relaciones lógicas entre expresiones como “obligatorio”, “prohibido” y “permitido”? Para responder a esta pregunta debe tenerse presente la ya apuntada sistemática ambigüedad de tales expresiones, esto es, que ellas pueden aparecer tanto en normas en sentido genuino como en proposiciones normativas.

Resulta muy importante diferenciar claramente estas dos interpretaciones de expresiones como “obligatorio”, “prohibido” y “permitido”, así como de las oraciones en las que ellas aparecen. Una lógica de estas expresiones interpretadas prescriptivamente (una genuina lógica de normas) pretenderá reconstruir la racionalidad en la actividad de dictar normas, la “racionalidad del legislador”. En cambio, una lógica de estas expresiones interpretadas descriptivamente (una lógica de proposiciones normativas), buscará reconstruir las calificaciones normativas de ciertas acciones de conformidad con un cierto conjunto de normas. De acuerdo con la conocida distinción de Hart, podría decirse que un sistema de lógica de normas refleja el *punto de*

vista interno de quien dicta normas o quien las acepta y las usa como guía de conducta, mientras que un sistema de lógica de proposiciones normativas refleja el *punto de vista externo* de quien se sitúa como observador y califica normativamente ciertas acciones de conformidad con las normas existentes en un cierto sistema normativo.¹²

Una forma de explicar las diferencias entre una lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas es a partir del diferente modo en el que la negación afecta a unas y otras. Aún cuando no se pueda decir que las normas sean verdaderas o falsas, la negación parece comportarse en el discurso prescriptivo de modo análogo a la negación ordinaria: la negación de una norma es también una norma; para cada norma sólo hay una norma que es su negación; una norma y su norma-negación¹³ son recíprocas (si “Op” es la negación de “P~p”, “P~p” es la negación de “Op”). Además, una norma y su norma-negación son mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas, dado que “~(Pp ∧ ~Pp)” y “Pp ∨ ~Pp” son admitidas como fórmulas válidas en la lógica de normas.¹⁴

La negación de las proposiciones normativas es más problemática. “En el sistema normativo α el acto p está prohibido” es un enunciado metalingüístico complejo que afirma que cierta norma pertenece a un sistema normativo, por lo que su negación puede ser entendida de dos modos diversos: “En el sistema α el acto p no está prohibido” puede interpretarse como expresivo de que el sistema α no contiene una norma que prohíbe la realización del acto p, en cuyo caso la negación opera sobre la *pertenencia* de la norma al sistema –se niega la proposición normativa–. Pero también puede interpretárselo como significando que el sistema α contiene una norma que establece la no prohibición de p (esto es, una norma que permite p), en cuyo caso la negación opera directamente sobre la *norma*. Para dar cuenta de esta ambigüedad es necesario diferenciar dos nociones de negación para las pro-

¹² Cf. H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, título original: *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, traducido por G. Carrió, páginas 110-111. En realidad, de acuerdo con Hart, no sólo es un enunciado externo aquel que describe el hecho de que una cierta regla existe, es decir, es aceptada por el grupo social, sino que también lo sería aquel que se limita a registrar las regularidades de conducta de quienes cumplen con las reglas y el que registra, además, la reacción hostil regular frente a las desviaciones del patrón usual de conducta (cf. H. L. A. Hart, obra citada, páginas 308-309 y E. Bulygin, “Norms, Normative Propositions and Legal Statements”, en G. Floistad (ed.), *Philosophy of Action. Chronicles of Philosophy*, vol. III, The Hague, Martinus Nijhoff, 1982, páginas 107-125).

¹³ La expresión “norma-negación” fue acuñada por G. H. von Wright en “Norms, Truth and Logic”, en *Practical Reason. Philosophical Papers*, volume I, Oxford, Basil Blackwell, 1983, páginas 130-209. En un ejemplo, la norma-negación de “Op” es “~Op” (o “P~p”).

¹⁴ Cf. C. Alchourrón, “Logic of Norms and Logic of Normative Propositions” y E. Bulygin, “Lógica Deontica”, ya citado.

posiciones normativas: la *negación externa* (que se representará como “ \sim ”) y la *negación interna* (que se representará como “ \neg ”). Mientras la negación externa es una operación que lleva de la proposición normativa que afirma la pertenencia de una norma a un sistema a la proposición normativa que afirma la no pertenencia de tal norma al sistema, la negación interna es una operación que lleva de la proposición normativa que afirma la pertenencia de una norma a un sistema a la proposición normativa que afirma la pertenencia de su norma-negación al sistema. Por ejemplo:

Negación externa: $\sim\text{PH}_{\alpha}p = \text{def } \text{“PHp”} \notin \alpha$

Negación interna: $\neg\text{PH}_{\alpha}p = \text{def } \text{“}\sim\text{PHp”} \in \alpha$

Esto es, la negación externa de la proposición que afirma que la conducta p está prohibida en el sistema normativo α equivale a negar la pertenencia de la norma que prohíbe p al sistema, mientras que la negación interna de tal proposición equivale a afirmar la pertenencia al sistema de una norma que establece la no prohibición de p .

Ahora bien, adviértase que bajo una interpretación prescriptiva, decir que una conducta no está prohibida equivale a decir que está permitido realizarla. Bajo una interpretación descriptiva, en cambio, la expresión “permitido” se vuelve ambigua: una conducta puede ser calificada como permitida simplemente en razón de que nadie la ha prohibido, pero también puede calificársela como permitida en caso de que la autoridad normativa haya autorizado su realización. Estas dos nociones distintas, indiscernibles en el marco de una lógica de normas, pueden ser denominadas *permisión negativa* ($P^{-}_{\alpha}p$) y *permisión positiva* ($P^{+}_{\alpha}p$).

Permición negativa: $P^{-}_{\alpha}p = \text{def } \text{“PHp”} \notin \alpha$

Permición positiva: $P^{+}_{\alpha}p = \text{def } \text{“}\sim\text{PHp”} \in \alpha = \text{def } \text{“Pp”} \in \alpha$

Como puede advertirse, la permisión negativa equivale a la negación externa de la prohibición de p , mientras que la permisión positiva equivale a la negación interna de la prohibición de p . La permisión negativa equivale a la no obligatoriedad de la abstención de una conducta, por lo cual se dirá que una conducta p está permitida en el sentido negativo en α sí, y sólo si, p no está prohibida en α , es decir, si no existe en α una norma que prohíba p . La permisión positiva depende, en cambio, de un acto llevado a cabo por la autoridad normativa, no de una mera omisión. En consecuencia, se dirá que una conducta está permitida en el sentido positivo en un sistema normativo α si, y sólo si, una norma que permite p pertenece a α .

La diferencia entre la permisión negativa y la permisión positiva quizás pueda entenderse con mayor claridad del siguiente modo: si una conducta p está permitida en sentido negativo en un sistema normativo y una autoridad decide prohibirla, no surgirá ningún conflicto. Como resultado de la prohibición, la conducta p , antes no prohibida, pasará a estar prohibida en el sistema. Pero si la conducta p estaba permitida en sentido positivo y la autoridad decide prohibirla, surgirá en el sistema un conflicto normativo: p estará permitida y prohibida a la vez.

Aunque la ambigüedad del término “permitido” fue advertida por von Wright, el profesor finlandés consideró por cierto tiempo que la permisión positiva tenía carácter normativo, mientras que la negativa no.¹⁵ En otras palabras, von Wright distinguía sólo dos conceptos de permisión, dado que identificaba la permisión prescriptiva con la permisión positiva. Y como suponía que la permisión positiva implicaba a la negativa, denominaba a la primera “permisión fuerte” y a la segunda “permisión débil”. En realidad, resulta necesario diferenciar tres conceptos de permisión, uno prescriptivo y dos descriptivos: el permiso positivo y el negativo. Es más: para una lógica de proposiciones normativas se puede tomar como base al operador obligatorio (o al operador prohibido) de la lógica de normas y definir a partir de él dos conceptos descriptivos de permisión y dos de facultamiento, pero también podría tomarse como base al operador permitido y definir a partir de él dos conceptos de prohibición y dos de obligación:

Base O:

- (1) $O_{\alpha}p = \text{def } "Op" \in \alpha$
- (2) $PH_{\alpha}p = \text{def } "O\sim p" \in \alpha$
- (3) $P_{\alpha}^+p = \text{def } "\sim O\sim p" \in \alpha$
- (3') $P_{\alpha}^-p = \text{def } "O\sim p" \notin \alpha$
- (4) $F_{\alpha}^+p = \text{def } "\sim Op" \in \alpha \wedge "\sim O\sim p" \in \alpha$
- (4') $F_{\alpha}^-p = \text{def } "Op" \notin \alpha \wedge "O\sim p" \notin \alpha$

Base P:

- (1'') $O_{\alpha}^+p = \text{def } "\sim P\sim p" \in \alpha$
- (1') $O_{\alpha}^-p = \text{def } "P\sim p" \notin \alpha$
- (2'') $PH_{\alpha}^+p = \text{def } "\sim Pp" \in \alpha$
- (2') $PH_{\alpha}^-p = \text{def } "Pp" \notin \alpha$
- (3'') $P_{\alpha}^+p = \text{def } "Pp" \in \alpha$
- (4'') $F_{\alpha}^+p = \text{def } "Pp" \in \alpha \wedge "P\sim p" \in \alpha$

Las fórmulas identificadas con números seguidos de comillas dobles equivalen a las numeradas sin comillas de la otra presentación, mientras que las numeradas con una comilla no tienen equivalente en la versión alternativa. De esto resulta que, desde un punto de vista formal, a partir de la ambigüedad de la negación de las proposiciones normativas, pueden dis-

¹⁵ Cf. G. H. von Wright, *Norma y Acción. Una investigación lógica*, ya citado, página 102.

tinguirse los siguientes cuatro pares de conceptos, con sus correspondientes equivalencias:

- | | |
|---|--|
| (1) $O^+_{\alpha}p = \sim P^-_{\alpha}\sim p = \sim P^+_{\alpha}\sim p$ | (1') $O^-_{\alpha}p = \sim P^+_{\alpha}\sim p = \sim P^-_{\alpha}\sim p$ |
| (2) $PH^+_{\alpha}p = \sim P^-_{\alpha}p = \sim P^+_{\alpha}p$ | (2') $PH^-_{\alpha}p = \sim P^+_{\alpha}p = \sim P^-_{\alpha}p$ |
| (3) $P^+_{\alpha}p = \sim PH^-_{\alpha}p = \sim PH^+_{\alpha}p$ | (3') $P^-_{\alpha}p = \sim PH^+_{\alpha}p = \sim PH^-_{\alpha}p$ |
| (4) $F^+_{\alpha}p = \sim O^-_{\alpha}p \wedge \sim O^+_{\alpha}\sim p = \sim O^+_{\alpha}p \wedge \sim O^+_{\alpha}\sim p$ | (4') $F^-_{\alpha}p = \sim O^+_{\alpha}p \wedge \sim O^+_{\alpha}\sim p = \sim O^-_{\alpha}p \wedge \sim O^-_{\alpha}\sim p$ |

Sin embargo, los conceptos de prohibición negativa (PH^-_{α}) y obligación negativa (O^-_{α}) no parecen tener correlato en el lenguaje corriente, razón por la cual se utiliza en general una presentación sobre la base del operador obligatorio y se habla exclusivamente de dos conceptos descriptivos de permisión.¹⁶

El primer desarrollo de una lógica de proposiciones normativas se debe a Carlos Alchourrón.¹⁷ Su propuesta podría presentarse axiomáticamente del siguiente modo:

Sistema LPN:

$$(A_1) \quad |- O_{\alpha}(p \wedge q) \leftrightarrow (O_{\alpha}p \wedge O_{\alpha}q)$$

$$(A_2) \quad |- O_{\alpha}p \rightarrow P^+_{\alpha}p$$

$$(A_3) \quad |- P^+_{\alpha}(p \wedge q) \rightarrow P^+_{\alpha}p$$

$$(RI_1) \quad \text{De } |- (p \leftrightarrow q), \text{ se sigue } |- (O_{\alpha}p \leftrightarrow O_{\alpha}q)$$

$$(RI_2) \quad \text{De } |- (p \leftrightarrow q), \text{ se sigue } |- (P^+_{\alpha}p \leftrightarrow P^+_{\alpha}q)^{18}$$

De la comparación entre este sistema y el sistema de lógica de normas (LN) surge, en primer lugar, que las proposiciones normativas son relativas a un determinado sistema normativo, lo cual se refleja en la aparición de los suscriptos (α) en las fórmulas correspondientes. Por contraste, las expresiones de la lógica de normas no están referidas a un sistema normativo, sino

¹⁶ “(...) podríamos definir también la noción de prohibición débil, como la ausencia (en α) de una norma que permita p . Pero esta noción es muy poco usada: sólo en circunstancias muy especiales una conducta se calificaría como prohibida por el mero hecho de que no estuviera expresamente permitida. Menos usual todavía es la noción de obligación débil” (C. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975, título original: *Normative Systems*, Wien-New York, Springer Verlag, 1971, traducido por los autores, página 177, nota).

¹⁷ Cf. C. Alchourrón, “Logic of Norms and Logic of Normative Propositions”, ya citado.

¹⁸ Cf. C. Alchourrón, “Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of De-feasible Conditionals”, ya citado.

que se trata en este sentido de conceptos absolutos. En segundo lugar, en el sistema de lógica de proposiciones normativas no existe nada parecido al axioma A_0 del sistema LN. Por otro lado, en el sistema LPN hay un axioma y una regla de inferencia (A_3 y RI_2) que no se encuentran en LN. No obstante, esta última es una diferencia menor: si se pudiera agregar al sistema de lógica de proposiciones normativas un análogo del axioma A_0 de LN, A_3 y RI_2 resultarían superfluos por cuanto serían deducibles de los restantes axiomas. El punto en discordia es, pues, el axioma A_0 .

¿Por qué razón A_0 no puede tomarse como axioma en un sistema de lógica para proposiciones normativas? Porque, como se ha visto, hay dos formas distintas en las que una proposición normativa puede ser negada, las cuales originan dos conceptos descriptivos para cada uno de los operadores deónticos. Y aunque la negación externa satisface todos los requisitos que se espera que cumpla una negación –los mismos cinco principios que se enunciaron en formulación analógica como satisfechos por la negación de las normas–, ello no ocurre con la negación interna. Una proposición normativa y su negación interna pueden ser ambas verdaderas –en cuyo caso el sistema será inconsistente– tanto como ambas falsas –en cuyo caso el sistema será incompleto–.¹⁹ De ahí que en la lógica de proposiciones normativas no sea válida la equivalencia expresada por el axioma A_0 de la lógica de normas.

Pese a las diferencias apuntadas, puede demostrarse que bajo ciertos presupuestos los sistemas LN y LPN serían equivalentes. Si un sistema normativo satisface las dos condiciones siguientes respecto de cualquier conducta p , puede probarse que sería válido para LPN un análogo del axioma A_0 de LN o, lo que es lo mismo, que la permisión positiva P^+ equivaldría a la permisión negativa P^- :

$$12. \sim(O_\alpha \sim p \wedge P^+_\alpha p) \quad (\text{Cons}_\alpha p)$$

$$13. O_\alpha \sim p \vee P^+_\alpha p \quad (\text{Comp}_\alpha p)$$

Ello en virtud de que

$$14. \sim(O_\alpha \sim p \wedge P^+_\alpha p) \wedge O_\alpha \sim p \vee P^+_\alpha p$$

equivale a

$$15. P^+_\alpha p \leftrightarrow \sim O_\alpha \sim p$$

¹⁹ Cf. E. Bulygin, “Lógica Deóntica”, ya citado.

Demostración:²⁰

- | | | |
|-----|---|--|
| 16. | $\sim(O_{\alpha}\sim p \wedge P^+_{\alpha}p)$ | |
| 17. | $\sim(P^+_{\alpha}p \wedge O_{\alpha}\sim p)$ | commutatividad de la conjunción en 16. |
| 18. | $P^+_{\alpha}p \rightarrow \sim O_{\alpha}\sim p$ | definición del condicional en 17. |
| 19. | $\sim(O_{\alpha}\sim p \wedge P^+_{\alpha}p) \rightarrow P^+_{\alpha}p \rightarrow \sim O_{\alpha}\sim p$ | introducción del condicional de 16 a 18. |
| | | |
| 20. | $O_{\alpha}\sim p \vee P^+_{\alpha}p$ | |
| 21. | $(\sim O_{\alpha}\sim p \rightarrow P^+_{\alpha}p)$ | definición del condicional en 20. |
| 22. | $O_{\alpha}\sim p \vee P^+_{\alpha}p \rightarrow (\sim O_{\alpha}\sim p \rightarrow P^+_{\alpha}p)$ | introducción del condicional de 20 a 21. |

De esto se sigue que:

$$23. ((\text{Cons}_{\alpha}p) \wedge (\text{Comp}_{\alpha}p)) \leftrightarrow (P^+_{\alpha}p \leftrightarrow \sim O_{\alpha}\sim p)$$

y dado que

$$24. \sim O_{\alpha}\sim p \leftrightarrow P^-_{\alpha}p$$

entonces:

$$25. ((\text{Cons}_{\alpha}p) \wedge (\text{Comp}_{\alpha}p)) \leftrightarrow (P^+_{\alpha}p \leftrightarrow P^-_{\alpha}p)$$

En otras palabras, bajo el supuesto de completitud y consistencia, el sistema LPN se comporta de modo semejante al sistema LN. Igualmente, podría decirse que un sistema de lógica de normas equivale a un sistema de lógica de proposiciones normativas para un sistema completo y consistente. Una lógica de normas pretendería reconstruir la racionalidad en el dictado de normas, y un legislador racional no debería contradecirse ni dejar conductas sin determinar normativamente. Por el contrario, desde una lógica de proposiciones normativas no puede suponerse la completitud ni la consistencia del sistema al que se hace referencia, puesto que de hecho un sistema normativo puede contener lagunas y contradicciones.

Finalmente, puede demostrarse que:

Proposición 1: Si un sistema normativo es inconsistente respecto de la acción p , entonces es completo respecto de la acción p : $(\sim(\text{Cons}_{\alpha}p) \rightarrow (\text{Comp}_{\alpha}p))$.

- | | | |
|-----|---|--|
| 26. | $O_{\alpha}\sim p \wedge P^+_{\alpha}p$ | |
| 27. | $O_{\alpha}\sim p$ | eliminación de la conjunción en 26. |
| 28. | $O_{\alpha}\sim p \vee P^+_{\alpha}p$ | introducción de la disyunción en 27. |
| 29. | $(O_{\alpha}\sim p \wedge P^+_{\alpha}p) \rightarrow (O_{\alpha}\sim p \vee P^+_{\alpha}p)$ | introducción del condicional de 26 a 28. |

²⁰ Aquí, como en las demostraciones de la página siguiente, doy por conocidas las reglas básicas del cálculo de deducción natural de Gentzen (cf. G. Gentzen, "Untersuchungen über das Logische Schliessen", en *Mathematische Zeitschrift* 39, 1934, páginas 176-210).

Proposición 2: Si un sistema normativo es incompleto respecto de la acción p , entonces es consistente respecto de la acción p : $(\sim(\text{Comp}_\alpha p) \rightarrow (\text{Cons}_\alpha p))$.

30.	$\sim(O_\alpha \sim p \vee P^+_\alpha p)$	
31.	$\sim O_\alpha \sim p \wedge \sim P^+_\alpha p$	De Morgan en 30. $(\sim(p \vee q) \leftrightarrow (\sim p \wedge \sim q))$.
32.	$\sim O_\alpha \sim p$	eliminación de la conjunción en 31.
33.	$O_\alpha \sim p \wedge P^+_\alpha p$	
34.	$O_\alpha \sim p$	eliminación de la conjunción en 33.
35.	$O_\alpha \sim p \wedge \sim O_\alpha \sim p$	introducción de la conjunción en 32 y 34.
36.	$\sim(O_\alpha \sim p \wedge P^+_\alpha p)$	introducción de la negación de 33 a 35.
37.	$\sim(O_\alpha \sim p \vee P^+_\alpha p) \rightarrow \sim(O_\alpha \sim p \wedge P^+_\alpha p)$	introducción del condicional de 30 a 36.

Estas dos demostraciones pueden generalizarse debido a la aplicación del principio *ex falso sequitur quodlibet* $((p \wedge \sim p) \vdash q)$, de lo que se sigue:

Proposición 3: Si un sistema normativo es inconsistente respecto de una cierta acción, entonces es completo respecto de cualquier acción $(\exists x \sim(\text{Cons}_\alpha x) \rightarrow \forall x (\text{Comp}_\alpha x))$.

Proposición 4: Si un sistema normativo es incompleto respecto de una cierta acción, entonces es consistente respecto de cualquier acción $(\exists x \sim(\text{Comp}_\alpha x) \rightarrow \forall x (\text{Cons}_\alpha x))$.

5. Dos visiones de la lógica de proposiciones normativas

Pese a que, como se dijo, ni a la distinción entre normas y proposiciones normativas, ni mucho menos a la diferencia entre una genuina lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas, se les ha reconocido la importancia que a mi criterio ellas merecen, puede decirse que hasta no hace mucho tiempo el sistema de lógica de proposiciones normativas propuesto por Alchourrón, y desarrollado posteriormente por él mismo en colaboración con Bulygin en diversos estudios, reinaba como clásico sin tener que disputar su lugar con ninguna propuesta alternativa.

Sin embargo, en un breve y reciente trabajo, von Wright presentó un camino diferente para reconstruir una lógica de proposiciones normativas.²¹ De acuerdo con este sistema, la forma esquemática para enunciados deónticos consistiría en:

- a) una variable de enunciado o compuesto molecular de variables de enunciado a las cuales se ha antepuesto un operador deóntico O o P , o
- b) un compuesto molecular de enunciados como los definidos en a).

²¹ Cf. G. H. von Wright, "On norms and Norm-Propositions. A Sketch", en W. Krawietz et al., *The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification. Festschrift for Aulis Aarnio*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, páginas 173-178.

Bajo una lectura descriptiva, los enunciados deónticos expresarían proposiciones normativas, y para ellas valdrían las leyes de la lógica de enunciados (proposicional) clásica, así como también un principio según el cual compuestos lógicamente equivalentes de variables de enunciado son sustituibles *salva veritate*. No se presupondría que valga ninguna verdad lógica especial para las proposiciones normativas. En particular, una serie de fórmulas que en su lectura prescriptiva son consideradas válidas (esto es, en el marco de una lógica de normas), no resultarían aquí lógicamente verdaderas. Entre ellas:

$$38. \sim O\sim p \rightarrow Pp$$

$$39. Pp \rightarrow \sim O\sim p$$

$$40. Pp \vee P\sim p$$

$$41. O(p \wedge q) \rightarrow \sim P\sim p$$

$$42. P(p \wedge q) \rightarrow \sim O\sim p$$

Es fácil advertir, tal como el propio von Wright lo señala, que (38) equivale al principio de completitud y (39) al principio de consistencia. Como se examinó en el punto anterior, ninguno de estos principios, sin calificaciones, es admitido por Alchourrón en su sistema de lógica de proposiciones normativas. Se trata en ambos casos de características contingentes de los sistemas normativos.

Sin embargo, como también puntualiza von Wright, (39) equivale a “ $Op \rightarrow \sim P\sim p$ ” y (40) a “ $\sim P\sim p \rightarrow Pp$ ”. De manera que, conjuntamente, implican por transitividad “ $Op \rightarrow Pp$ ”, cuya satisfacción por un sistema normativo sería entonces también contingente. Aquí “ Pp ” debería interpretarse, en la lectura descriptiva propuesta, como “ $P^+_{\alpha}p$ ”, esto es, como una expresión referida a la permisión positiva. Ahora bien, esto choca con la asunción, en el sistema de Alchourrón, del axioma A_2 . Por su parte, (41) en conjunción con (38) y (39) implica “ $O(p \wedge q) \rightarrow (Op \wedge Oq)$ ”, que constituye el axioma A_1 del sistema de Alchourrón. Y (42) en conjunción con (38) implica “ $P(p \wedge q) \rightarrow Pp$ ”, esto es, el axioma A_3 del sistema de Alchourrón. En consecuencia, si tal como lo sostiene von Wright ninguna de las fórmulas listadas de (38) a (42) fuesen lógicamente verdaderas, ¿no quedaría en pie ninguno de los axiomas que Alchourrón asume para una lógica de proposiciones normativas!

Esto, que a primera vista parece tan sorprendente, no debería en realidad llamar nuestra atención, siendo que von Wright advierte, como se adelantó, que en su sistema *no vale ninguna verdad lógica especial para las proposiciones normativas*. Lo notable, en todo caso, lo que requiere de alguna justificación, es la profunda diferencia de enfoques que parece signar a uno y otro sistema.

Un primer paso para intentar explicar esa diferencia consiste en tomar en cuenta la distinción entre lo que Alchourrón y Bulygin han denominado *concepción hilética* y *concepción expresiva* de las normas.²² De acuerdo con la concepción hilética, las normas son entendidas como el significado de ciertos enunciados –las formulaciones normativas–, por lo que se trataría de entidades semejantes a las proposiciones. Las formulaciones normativas constituirían expresiones lingüísticas de normas y las normas serían los significados de tales enunciados prescriptivos, así como las proposiciones son –para ciertos autores– el significado de los enunciados descriptivos. La diferencia radicaría en que los enunciados descriptivos indican que algo es de una cierta manera, mientras que los enunciados prescriptivos indican que algo debe o no debe o puede ser hecho. De acuerdo con la concepción expresiva, las normas son el resultado del uso prescriptivo del lenguaje. Un mismo enunciado podría ser usado en diferentes ocasiones para hacer cosas distintas: aseverar, ordenar, interrogar, etc. El resultado de esas acciones sería una aserción, una orden o una pregunta, etc., por lo que tan sólo en el nivel pragmático del uso del lenguaje se localizaría la diferencia entre aserciones, órdenes y preguntas, etc., no en el nivel semántico.

Entre los partidarios de la concepción hilética hay quienes consideran que las normas son susceptibles de verdad o falsedad y, consiguientemente, aceptan la posibilidad de una lógica de normas junto a una lógica de proposiciones normativas. La lógica de normas se ocuparía de las relaciones entre proposiciones prescriptivas, mientras que la lógica de proposiciones normativas se ocuparía de las relaciones lógicas entre las proposiciones descriptivas acerca de normas. Otros partidarios de esta concepción, en cambio, no aceptan que se pueda hablar de verdad o falsedad de las normas, no obstante lo cual creen en la posibilidad de una lógica de normas, pero para ello es necesario concebir a la lógica como no circunscripta exclusivamente a enunciados verdaderos o falsos. Podría decirse entonces que la creencia en la existencia de relaciones lógicas entre normas no compromete con la aceptación de que las normas sean verdaderas o falsas. Para los partidarios de la concepción expresiva en principio sólo es posible una lógica de proposiciones normativas, es decir, de enunciados que describen normas. Desde esta perspectiva, no habría lógica de normas sin referencia al sistema normativo del cual tales normas forman parte.²³

²² Cf. C. Alchourrón y E. Bulygin, "The Expressive Conception of Norms", en R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht-Boston-London, Reidel, 1981, páginas 95-124.

²³ Cf. D. Makinson, "On a Fundamental Problem of Deontic Logic", en P. McNamara y H. Prakken (eds.), *Norms, Logics and Information Systems. New Studies on Deontic Logic and Computer Science*, Amsterdam, IOS Press, 1998.

Según Alchourrón y Bulygin, adoptar la concepción expresiva de las normas no condenaría al discurso normativo a un completo irracionalismo, puesto que la racionalidad podría preservarse en el plano de las proposiciones normativas. Si bien puede admitirse esta idea, es importante destacar que la lógica de proposiciones normativas que desarrollan Alchourrón y Bulygin respecto de la concepción expresiva de las normas es sustancialmente idéntica a la que atribuyen a la concepción alternativa, esto es, a la concepción hilética. Ambas responden al modelo LPN reseñado en el punto anterior, y en ambas se presupone una noción de sistema normativo clausurado bajo la noción de consecuencia. Así, en “La concepción expresiva de las normas”, los autores argentinos sostienen:

“De esta manera, la existencia de una norma (= pertenencia del contenido normativo al conjunto ordenado) depende de ciertos hechos empíricos (actos de promulgación en el caso de las prescripciones; ciertas acciones reveladoras de disposiciones en el caso de las normas consuetudinarias). Por lo tanto, como no hay relaciones lógicas entre hechos, no hay cabida para una lógica de normas. Pero esto no precluye la posibilidad de una lógica de proposiciones normativas. En efecto, tal como ya lo hemos señalado, la proposición de que p es obligatorio en A es verdadera si p ha sido ordenado por Rex y pertenece, por lo tanto, al conjunto ordenado A . Pero esto es una condición suficiente, pero no necesaria para la verdad de la proposición “ p es obligatorio en A ”. Puede ocurrir que p no haya sido nunca ordenado por Rex y, sin embargo, p sea obligatorio en A . Supongamos, por ejemplo, que Rex no haya ordenado p , pero sí ha ordenado $p \& q$. Esta es una proposición diferente de p y, conforme a nuestro criterio, p no pertenecería a A . Pero como p es una consecuencia lógica de $p \& q$ (pues $p \& q$ implica lógicamente p), también es verdad que p es obligatorio en A . La obligatoriedad de p es una consecuencia lógica de la obligatoriedad de $p \& q$, porque p es una consecuencia lógica de $p \& q$. Podemos definir ahora el concepto de sistema normativo como el conjunto de todas las proposiciones que son consecuencias lógicas de las proposiciones ordenadas expresamente. (Aunque estemos usando la expresión tradicional “sistema normativo”, hay que tener presente que en la concepción expresiva un sistema normativo no es un conjunto de normas, sino un conjunto de contenidos normativos, esto es, de proposiciones). Esto hace posible distinguir entre el conjunto A (formado por todas las proposiciones expresamente ordenadas) como la base axiomática del sistema y el sistema normativo $Cn(A)$, que es el conjunto de las consecuencias de A . Estamos en condiciones de poder corregir nuestro criterio de verdad para las proposiciones normativas: “ p es obligatorio en A ” es verdadera si, y sólo si, p pertenece al sistema $Cn(A)$, es decir, si, y sólo si, p pertenece a las consecuencias de A ”.²⁴

Ahora bien, si la reconstrucción de una lógica de proposiciones normativas ha de servir tanto a un partidario de la concepción hilética como a un partidario de la concepción expresiva, la asunción de una noción de sistema normativo clausurado bajo la noción de consecuencia parece inadmisibile,

²⁴ C. Alchourrón y E. Bulygin, “The Expressive Conception of Norms”, ya citado.

puesto que el expresivista no admitiría relaciones lógicas entre normas. El modo en el que Alchourrón y Bulygin intentan salvar esta dificultad al presentar su visión de la lógica de proposiciones normativas en el marco de la concepción expresiva consiste en no reconocer directamente relaciones lógicas entre normas, pero interpretar al “sistema normativo” como un conjunto de contenidos normativos, conjunto que sí se hallaría clausurado bajo la noción de consecuencia. No obstante, con esto las dos versiones de la lógica de proposiciones normativas confluyen en el sistema LPN.

¿Qué pasaría, en cambio, si se abandona ese presupuesto? En LPN, como vimos, hay verdades lógicas específicas para las proposiciones normativas: que obligatorio p en el sistema normativo α implica permitido en sentido positivo p en α ; o que la obligatoriedad de la conjunción de p y q en α equivale a sostener que es obligatorio p y es obligatorio q en α ; o que la permisión positiva de la conjunción de p y q en α implica la permisión de cualquiera de los conjuntos en α . Ahora bien, si se piensa en una lógica de proposiciones normativas relativa a un sistema que no comprende todas sus consecuencias lógicas, no sólo debería admitirse que un sistema semejante puede ser inconsistente o incompleto (porque prohibido p en α y permitido en sentido positivo p en α pueden ser ambas verdaderas tanto como ambas falsas), al igual que en LPN, sino además que podría ser verdad que es obligatorio p en α y, no obstante, no estar permitido en sentido positivo p en α ; o que sea obligatorio p y q en α y no sea obligatorio p en α ; o que sea verdad que está permitido p y q en α y no esté permitido p en α . Que se satisfagan o no principios tales como que obligatorio implica permitido, o la distributividad de la obligación o la permisión por la conjunción, sería una cuestión tan contingente como la satisfacción de la completitud y la consistencia.

Esto es exactamente lo que ocurre en el sistema que esboza von Wright. A diferencia de Alchourrón y Bulygin, von Wright toma en cuenta proposiciones normativas relativas a un sistema no clausurado bajo la noción de consecuencia, sino sólo compuesto por las normas de base, esto es, las expresamente dictadas. El sistema de von Wright se limita a describir actos normativos, y del hecho de que se haya dictado en α la norma "Op", por ejemplo, no se sigue que se haya dictado en α la norma "Pp". En la lógica de normas, "Op" puede definirse como " $Pp \wedge \sim P\sim p$ ", y ciertamente "Op" implica "Pp". Pero el operador descriptivo " $O_{\alpha}p$ " (es obligatorio en el sistema α la acción p) equivale a " $Op \in \alpha$ ", donde la norma "Op" está siendo mencionada, no usada. Por eso, de " $Op \in \alpha$ " no se sigue que " $Pp \in \alpha$ ", salvo que se presuponga que α no está sólo conformado por las normas expresamente dictadas, sino que comprende todas sus consecuencias lógicas ($Cn(\alpha) = \alpha$). En otras palabras, del hecho de que una acción sea calificada como obligatoria según las normas del sistema α se sigue que dicha acción

está permitida en sentido positivo en α sólo bajo el presupuesto de clausura bajo la noción de consecuencia deductiva. Lo mismo ocurre con la distributividad de la obligación o la permisión por la conjunción.

Estas dos alternativas de reconstrucción de la lógica de proposiciones normativas se corresponden entonces con dos diferentes concepciones de los sistemas normativos: una según la cual se los reconstruye como exclusivamente compuestos por las normas de base, y otra según la cual se los reconstruye como la totalidad de las consecuencias que se siguen de ciertas normas de base. Puede resultar instructivo considerar en este punto cómo se encara un problema semejante en el terreno de los estudios lógicos sobre dinámica de creencias. En dicho campo es usual el empleo alternativo de dos estrategias diferentes para enfocar el análisis, a las que se denomina, respectivamente, bases de creencias y teorías. De acuerdo con esta distinción, A es una base de creencias para una teoría K si y sólo si $K = \text{Cn}(A)$. En otros términos, una teoría es un conjunto de creencias que comprende todas sus consecuencias lógicas, mientras que una base de creencias es un conjunto no clausurado bajo la noción de consecuencia.²⁵ Partir de bases de creencias y no de teorías ofrecería ciertas ventajas, puesto que las bases son finitas, lo que permite su tratamiento computacional, y poseen además mayor poder expresivo que las teorías. No obstante, el enfoque de las bases de creencias tiene la desventaja de que es muy difícil diferenciar entre creencias básicas y derivadas. Este problema, sin embargo, no se presenta respecto de ciertos sistemas normativos, tales como los sistemas jurídicos, a cuyo respecto existen criterios convencionalmente aceptados para diferenciar entre normas de base y normas derivadas a partir de las primeras.

El sistema de von Wright parece el más adecuado para dar cuenta de proposiciones normativas respecto de un sistema de normas en el que éstas se conciben como actos de prescribir y, por consiguiente, que no admite relaciones lógicas entre las propias normas. E incluso desde este punto de vista también es posible preservar la idea que subyace a los desarrollos de lógicas de normas, interpretándolos como sistemas de lógica de proposiciones normativas relativas a un conjunto de normas dictado por un legislador racional.²⁶

Marzo de 2004

²⁵ Cf. P. Gärdenfors, "The Dynamics of Normative Systems", en A. Martino (ed.), *Expert Systems in Law*, Elsevier Science Publishers B.V., 1992, páginas 195-200 y S. O. Hansson, *A Textbook of Belief Dynamics. Theory Change and Database Updating*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 1999.

²⁶ Cf. G. H. von Wright, "Norms, Truth and Logic", ya citado.



LAS LÓGICAS DEÓNTICAS DE GEORG H. VON WRIGHT

Carlos Alarcón Cabrera
Universidad de Huelva

1. Los presupuestos de la lógica deóntica

La expresión “Lógica Deóntica” fue usada por primera vez con su significado actual en 1951, en el conocido artículo *Deontic Logic* publicado en la revista *Mind* por Georg H. von Wright, en el que, junto a los conceptos modales aléticos (necesidad, posibilidad, contingencia; conceptos estudiados por la lógica modal), a los conceptos modales existenciales (universalidad, existencia, vaciedad; conceptos estudiados por la teoría de la cuantificación) y a los conceptos modales epistémicos (lo verificado, lo indeterminado, lo falso), von Wright introdujo los conceptos modales deónticos: lo obligatorio, lo permitido, lo prohibido (von Wright, 1951). Desde entonces, el término “deóntico” ha ido haciéndose común en el léxico filosófico. En particular, como resalta Mazzarese, con una acepción pragmática y con una acepción semántica: a) Pragmáticamente, como sinónimo de ‘directivo’, ‘preceptivo’, ‘prescriptivo’, ‘normativo’, en oposición a ‘descriptivo’, ‘declarativo’, ‘asertivo’; b) Semánticamente, en el sentido de “concerniente al deber ser”, para designar lo que constituye la esfera del deber ser o lo que describe la esfera del deber ser (Mazzarese, 1989).

Sin embargo, en su artículo de 1951 von Wright no dio una respuesta explícita a una cuestión muy debatida en los anteriores años en el ámbito filosófico escandinavo, estrechamente relacionada con la propia razón de ser y sentido de la lógica deóntica, que desde entonces se conoce como el dilema de Jorgensen, y que podría resumirse así (vid. Jorgensen, 1938):

Por una parte, se considera tradicionalmente que la lógica se rige por los valores “verdadero” y “falso”. Inferir lógicamente una proposición de otra significa que, si una de ellas es verdadera, la otra también lo es; y, sucesivamente, una secuencia de proposiciones forma un raciocinio lógico si todas ellas son verdaderas. Esta condición no se cumple en las proposiciones no

descriptivas, y en particular en proposiciones prescriptivas como las normas jurídicas, que no pueden asumir el valor lógico “verdad”, que no son ni verdaderas ni falsas, por lo que no es posible construir razonamientos lógicos con ellas, no es posible que las inferencias lógicas contengan premisas que sean prescriptivas, y por tanto no descriptivas.

Sin embargo, por otra parte, y esto es lo que convierte la tesis de Jorgensen en dilemática, parece evidente la posibilidad de construir inferencias lógicas que incluyan prescripciones prescriptivas. Por ejemplo:

Está prohibido fumar en las Facultades universitarias
 La Facultad de Derecho es una Facultad universitaria
 Está prohibido fumar en la Facultad de Derecho

Aparentemente, esta inferencia es tan válida como cualquier otra construida exclusivamente con proposiciones descriptivas, como por ejemplo:

Los jugadores del Real Madrid visten de blanco
 Butragueño es jugador del Real Madrid
 Butragueño viste de blanco

La premisa mayor y la conclusión de la primera de las dos inferencias (“Está prohibido fumar en las Facultades universitarias” y “Está prohibido fumar en la Facultad de Derecho”, respectivamente) están prescribiendo, a diferencia de las premisas de la segunda inferencia, que están describiendo. Pero ello no parece impedir la validez de la primera inferencia.

Así planteados, los dos *cuernos* del dilema de Jorgensen son paradójicamente consistentes, y parecen chocar alrededor del problema de si la verdad es el único valor lógico, de si de las premisas lógicas puede predicarse algún otro valor alternativo a la verdad (ya que, a diferencia de las descripciones “Los jugadores del Real Madrid visten de blanco”, “Butragueño es jugador del Real Madrid” y “Butragueño viste de blanco”, que son verdaderas o falsas, las prescripciones “Está prohibido fumar en las Facultades universitarias” y “Está prohibido fumar en la Facultad de Derecho” no son ni verdaderas ni falsas). La función de la lógica ha consistido tradicionalmente en la atribución de valor de verdad a expresiones moleculares a partir del valor de verdad de las expresiones atómicas constituyentes. Esta producción de conclusiones verdaderas debe sistematizarse y ajustarse a ciertos tipos de métodos, para lo cual se utilizan los principios lógicos que regulan los cálculos inferenciales. Ahora bien, ¿es la verdad el único valor lógico? En el caso de proposiciones no descriptivas, ¿no son posibles otros valores lógicos?

Para Kalinowski, como para muchos de los que aceptan el segundo cuerno del dilema de Jorgensen (y por consiguiente la posibilidad de construir inferencias lógicas con normas, la posibilidad de una lógica de las normas), incluso sin apartarnos de la lógica bivalente no es preciso aferrarnos a los valores de verdad y falsedad como los únicos posibles. El error que habría

motivado la creencia en una única pareja de valores lógicos era para Kalinowski la inexacta distinción entre dos acepciones del término “proposición”, según se entendiera en sentido gramatical o en sentido lógico. Conforme a esta distinción, las proposiciones gramaticales englobarían todas las expresiones con estructura sintáctica proposicional (no sólo descripciones, sino también prescripciones, deseos, preguntas, consejos,...), mientras que las proposiciones lógicas serían un subtipo de las proposiciones gramaticales: las significativas de juicios verdaderos o falsos. Kalinowski rechaza esta diferenciación porque toda proposición gramatical es en potencia lógica, con lo que no hay distinción material sino en todo caso metodológica: desde un punto de vista gramatical las proposiciones se estudian por la lingüística, en particular por la sintáctica, y desde un punto de vista lógico las proposiciones se estudian por la lógica y por la metalógica. Toda proposición gramatical podría, independientemente de su estructura sintáctica, ser una proposición lógica aunque no fuera verificable. Verdad y falsedad serían valores lógicos relativos a las proposiciones descriptivas, pero no agotarían el terreno de actuación de la lógica (Kalinowski, 1972). Como también indicó Klug, el problema de la aplicación de los principios lógicos a las normas sería un simple problema semántico que se podría resolver reinterpretando los fundamentos de la lógica, sin que fuera imprescindible que los principios lógicos se aplicaran sólo a enunciados verdaderos o falsos (Klug, 1951).

1.1. La lógica del cumplimiento normativo

Transformemos una norma convirtiéndola en una proposición sobre lo que la norma exige de sus destinatarios. Conviertamos la norma “Está prohibido fumar en los centros públicos” en: “La norma exige el comportamiento que se puede describir así: ‘No se fuma en los centros públicos’”; o, de forma simplificada, en: “No se fuma en los centros públicos”. De esta última proposición podemos deducir la proposición “No se fuma en los hospitales”, que sería la formulación en términos de cumplimiento de la norma “Está prohibido fumar en los hospitales”. Mediante el recurso al valor del cumplimiento o *satisfacción normativa*, hemos inferido, aparentemente, una norma (“Está prohibido fumar en los hospitales”) de otra norma (“Está prohibido fumar en los centros públicos”).

Podría entonces parecer que es posible usar el valor del cumplimiento respecto a las relaciones lógicas entre las normas de modo semejante al uso del valor de la verdad respecto a las relaciones lógicas entre las proposiciones descriptivas. De la misma forma que, de dos proposiciones descriptivas contradictorias (por ejemplo: “Llueve” y “No llueve”), sólo una puede ser verdadera, de dos normas contradictorias (por ejemplo: “Se debe conducir por la derecha” y “No se puede conducir por la derecha”), sólo una podría

ser cumplida. Igual que la verdad o falsedad de la proposición descriptiva, también el cumplimiento o incumplimiento de la norma dependería de circunstancias externas a la norma misma, y en particular de la conducta de sus destinatarios.

Sin embargo, como insistentemente resaltarían después Kelsen y el propio von Wright, dos normas incompatibles de un mismo ordenamiento podrían ser aplicadas a la vez por dos jueces diferentes, mientras que dos proposiciones descriptivas contradictorias nunca pueden ser simultáneamente verdaderas (Kelsen, 1965). La cuestión es si realmente el valor del cumplimiento es respecto a las normas una alternativa al valor lógico de la verdad. Para saber si una norma se cumple o se incumple debemos verificar empíricamente cuál es el comportamiento de sus destinatarios, es necesario utilizar de nuevo categorías veritativas, comprobar si es verdad o no que se realiza el comportamiento prescrito, por lo que en realidad seguimos moviéndonos alrededor del valor lógico de la verdad. El cumplimiento o *satisfacción* de las normas no es en sí mismo un valor lógico alternativo.

1.2. La lógica de la validez

La ineficacia de la solución a la que acabamos de referirnos indujo a Alf Ross a reflexionar en un trabajo con el mismo título que el de Jorgensen (*Imperativos y lógica*, 1941) sobre otra solución *más natural*: utilizar la validez como criterio lógico de relación entre las normas, para así derivar conclusiones normativas válidas de premisas normativas válidas (por ejemplo, derivar la validez de “Prohibido fumar en los hospitales” de la validez de “Prohibido fumar en los centros públicos”). Ross hablaba de validez de las normas rechazando su sentido objetivo, sentido que exigiría constatar la existencia de un procedimiento de verificación, con lo que se volvería a acudir indirectamente al valor de la verdad a través de una ética normativa científica, que Ross descartaba “porque sólo ocupa un sitio en el desván de la metafísica moral y religiosa”. Las normas son válidas en sentido subjetivo, como “presencia en la autoridad normativa de un estado psicológico que determina la validez de la norma”. Pero, justamente por esta concepción subjetiva y psicológica de la validez normativa, el primer Ross no concebía inferencias normativas que no fueran “pseudológicas”, que no presupusieran la coherencia de la voluntad del legislador (Ross, 1941).

En esta misma línea, von Wright, al criticar la analogía entre la verdad de las proposiciones descriptivas y la validez de las normas, subrayó el hecho de que una norma siempre es válida en relación con otra norma que permite su promulgación, pero no es exacto decir que el fundamento de la validez de una norma se encuentra en la validez de otra norma. La norma inferior no “obtiene” su validez por la validez de la norma superior, sino por la exis-

tencia de ésta en un lugar en el que mantiene una relación jerárquica con la primera. Si no fuera así nos enfrentaríamos a una remisión al infinito, ya que toda norma requeriría otra norma superior. Por su parte, la verdad de una proposición sí se “obtiene” de la verdad de otra proposición (von Wright, 1963; cfr. Alchourrón / Bulygin, 1991).

1.3. La verdad como valor normativo

La segunda forma de negar el argumento según el cual no existen relaciones lógico-deductivas entre las normas es más directa. Consiste en considerar que de las normas sí se puede predicar la verdad o la falsedad, que las normas son verdaderas o falsas, que son entidades apofánticas.

La naturaleza apofántica de las normas ha sido defendida particularmente por Kalinowski basándose en la definición de proposición verdadera de Tarski: “La proposición ‘p’ es verdadera si, y solamente si, p”. Aplicada a las normas, “la norma ‘n’ es verdadera si, y solamente si, n”. Por ejemplo, la norma “El hombre no debe cometer homicidio” es verdadera si y sólo si el hombre no debe cometer homicidio. Del mismo modo que un enunciado descriptivo es verdadero si se corresponde con su objeto (el enunciado “Llueve” es verdadero si, en la realidad externa, llueve), un enunciado prescriptivo o deóntico también es verdadero si se corresponde con su objeto, con su “status deóntico”. La norma “El hombre no debe cometer homicidio” es incondicionalmente verdadera si existe el status deóntico “El hombre no debe cometer homicidio”; si, conforme a la “realidad deóntica”, y anterior e independientemente de que lo establezca el derecho positivo correspondiente, el hombre no debe cometer homicidio, cuestión que se responde afirmativamente desde el iusnaturalismo y negativamente desde el positivismo jurídico. Como el propio Kalinowski reconoce, éste es un problema que provoca la discusión sobre el carácter racional o irracional de la moral por sus referencias metafísicas. Hablar de “norma verdadera” exige “creer en la derivación de las normas positivas respecto al derecho natural, que a su vez se deduce de la ley eterna divina, de la que se desprende la verdad de determinados enunciados analíticamente evidentes” (Kalinowski, 1967, p. 243).

Incluso en el ámbito teórico del cognoscitivismo ético, la tesis de Kalinowski ha sido muy criticada, en especial en base a que la (supuesta) validez objetiva de las normas no implica su naturaleza veritativa. No sería la norma objetivamente válida, sino la proposición que la describiera, la que sería verdadera. La proposición “‘El hombre no debe cometer homicidio’ es verdadero si y solamente si el hombre no debe cometer homicidio”, reflejo del concepto semántico de verdad, no contiene una norma sino su descripción metalingüística, como lo demuestra el hecho de que una expresión semico-

millada (“El hombre no debe cometer homicidio”) no puede poseer fuerza prescriptiva. Para prescribir, un enunciado ha de *usarse* (lingüísticamente), no basta con hacer referencia a él, no basta con *mencionarse* (metalingüísticamente). Lo verdadero o falso no es la norma, sino la *mención* descriptiva y metalingüística de la norma (Vid. particularmente von Wright, 2001, pp. 391 ss.).

2. El sistema standard de lógica deóntica (SDL)

En su trabajo de 1951 *Deontic Logic*, von Wright construye por primera vez una lógica formal elemental de las modalidades deónticas (obligatorio, permitido, prohibido), una lógica *deóntica* cuyos presupuestos son los siguientes: 1º) Las cosas a las que llamamos obligatorias, permitidas o prohibidas son actos, entendidos no en sentido individual, sino como propiedad que lo califica (robo, pago de impuestos, conducción de un vehículo,...); 2º) Respecto a quien realiza el acto (el *agente*), hay un valor de ejecución del acto y un valor de no ejecución del acto, análogos a los valores clásicos de la verdad y la falsedad.

En este sistema, las variables y las constantes también son análogas a las de la lógica proposicional ordinaria. Respecto a las variables, la única diferencia consiste en que a la letra minúscula (p, q, r,...) le precede una de estas dos letras mayúsculas: “O”, que representa la obligación (“Op”: “Obligatorio...”, “Debes...”), o “P”, que representa la permisión, equivalente a la no prohibición (“Pp”: “Permitido...”, “Puedes...”, o lo que es lo mismo, “No prohibido...”, “No es el caso que debas...”). Destaca así la interdefinibilidad de los operadores deónticos: “P” se puede definir como permisión y también como no obligación del comportamiento opuesto (“Pp” equivale a “-O-p”). Por ejemplo, “está permitido fumar” equivale a “no es obligatorio no fumar”), y “O” se puede definir como obligación y también como no permisión del comportamiento opuesto (“Op” equivale “-P-p”). Por ejemplo, “es obligatorio pagar el impuesto de la renta” equivale a “no está permitido no pagar el impuesto de la renta”).

Para las constantes o conectivas, von Wright utiliza los mismos signos que en la lógica ordinaria, atribuyéndoles el correlativo significado deóntico:

“-”: Negación deóntica. Se lee “no” o “no es el caso que”. Por ejemplo, “-Op” puede significar “no es obligatorio votar” o “no es el caso que sea obligatorio votar”. “-Pp” puede significar “no está permitido fumar” o “no es el caso que esté permitido fumar”.

“ \wedge ” o “&”: Conjunción deóntica. Se lee “y”. Por ejemplo, la conjunción interna “O(p & q)” puede significar “es obligatorio votar y hacer el servicio militar” o “es el caso que sea obligatorio votar y hacer el servicio militar”.

“ $P(p \ \& \ q)$ ” puede significar “está permitido fumar y tirar las colillas al suelo” o “es el caso que está permitido fumar y tirar las colillas al suelo”. Cuando la conjunción es externa, “ $Op \ \& \ Oq$ ” puede por ejemplo significar “es obligatorio votar y es obligatorio hacer el servicio militar” o “es el caso que sea obligatorio votar y sea obligatorio hacer el servicio militar”. “ $Pp \ \& \ Pq$ ” puede significar “está permitido fumar y está permitido tirar las colillas al suelo” o “es el caso que está permitido fumar y está permitido tirar las colillas al suelo”. Con posterioridad nos referiremos a las implicaciones y coimplicaciones entre la conjunción interna y la conjunción externa.

“ v ”: Disyunción deóntica. Se lee “o”. Por ejemplo, la disyunción interna “ $O(p \ v \ q)$ ” puede significar “es obligatorio votar o hacer el servicio militar” o “es el caso que sea obligatorio votar o hacer el servicio militar”. “ $P(p \ v \ q)$ ” puede significar “está permitido fumar o tirar las colillas al suelo” o “es el caso que está permitido fumar o tirar las colillas al suelo”. Cuando la disyunción es externa, $Op \ v \ Oq$ puede por ejemplo significar “es obligatorio votar o es obligatorio hacer el servicio militar” o “es el caso que sea obligatorio votar o sea obligatorio hacer el servicio militar”. “ $Pp \ v \ Pq$ ” puede significar “está permitido fumar o está permitido tirar las colillas al suelo” o “es el caso que está permitido fumar o está permitido tirar las colillas al suelo”. Con posterioridad nos referiremos a las implicaciones y coimplicaciones entre la disyunción interna y la disyunción externa, que aparenta ser intrínsecamente ambigua. Anticipo que la analogía con la lógica descriptiva ordinaria comienza también a fallar porque “ $p \ v \ q$ ” incluye la posibilidad de que sean ambas, “ p ” y “ q ”, mientras que parece contraintuitivo que “ $P(p \ v \ q)$ ” incluya la posibilidad de que sea “ Pp ” y sea también “ Pq ”.

“ \leftrightarrow ”: Coimplicación deóntica o equivalencia deóntica. Se lee “si y sólo si... entonces”. Por ejemplo, “ $Op \ \leftrightarrow \ Oq$ ” puede significar “si y sólo si es obligatorio votar, entonces es obligatorio realizar el servicio militar”, o lo que es lo mismo, “si y sólo si es obligatorio realizar el servicio militar, entonces es obligatorio votar”. “ $Pp \ \leftrightarrow \ Pq$ ” puede significar “si y sólo si está permitido fumar, entonces está permitido toser”, o lo que es lo mismo, “si y sólo si está permitido toser, entonces está permitido fumar”.

“ \rightarrow ”: Implicación deóntica o condicional deóntico. Se lee “si... entonces”. Por ejemplo, “ $O(p \ \rightarrow \ q)$ ” puede significar “es obligatorio que, si nieva, se usen cadenas para las ruedas del coche”. “ $P(p \ \rightarrow \ q)$ ” puede significar “está permitido que, si el examen dura más de dos horas, se fume”. La interpretación deóntica de la implicación es, como se comprobará posteriormente, bastante problemática, en particular porque para evitar que colisione con el concepto de norma hipotética provoca importantes paradojas.

A las reglas básicas de inferencia de la lógica proposicional ordinaria, von Wright añade en el SDL otras específicamente deónticas; en concreto,

dos reglas sobre la interdefinibilidad, cuatro reglas para la distribución de los operadores deónticos y seis reglas (reducibles a tres) a las que denomina “leyes sobre el *compromiso*”.

A) Reglas sobre la interdefinibilidad:

1ª) $OA \rightarrow PA$.

Si debemos hacer “p”, nos está permitido hacer “p”. Por ejemplo, si debemos pagar impuestos, está permitido pagar impuestos.

2ª) $PA \leftrightarrow -O-A$.

Si nos está permitido hacer “p”, entonces no es el caso que debemos hacer “-p”, e, inversamente, si no debemos hacer “-p”, entonces nos está permitido hacer “p”. Por ejemplo, si nos está permitido fumar, entonces no es obligatorio no fumar, e, inversamente, si no es obligatorio no fumar, entonces nos está permitido fumar.

B) Reglas para la distribución de los operadores deónticos:

3ª) $O(A \& B) \leftrightarrow OA \& OB$.

Si es obligatorio hacer “p” y “q”, entonces es obligatorio hacer “p” y hacer “q”, e, inversamente, si es obligatorio hacer “p” y hacer “q”, entonces es obligatorio hacer “p” y “q”. Por ejemplo, si es obligatorio hacer el servicio militar y pagar impuestos, entonces es obligatorio hacer el servicio militar y es obligatorio pagar impuestos, e, inversamente, si es obligatorio hacer el servicio militar y es obligatorio pagar impuestos, entonces es obligatorio hacer el servicio militar y pagar impuestos.

4ª) $P(A \vee B) \leftrightarrow PA \vee PB$.

Si está permitido hacer o “p” o “q”, entonces está permitido hacer “p” o está permitido hacer “q”, e, inversamente, si está permitido hacer “p” o está permitido hacer “q”, entonces está permitido hacer o “p” o “q”. Von Wright no parece del todo consciente de la ambigüedad de la permisión deóntica disyuntiva. Decir, por ejemplo, que si está permitido o fumar o conducir, entonces está permitido fumar o está permitido conducir, e, inversamente, si está permitido fumar o está permitido conducir, entonces está permitido o fumar o conducir, resulta contraintuitivo porque no queda claro si es o no el agente quien decide cuál de los dos actos está permitido.

5ª) $OA \vee OB \rightarrow O(A \vee B)$

Si es obligatorio hacer “p” u obligatorio hacer “q”, entonces es obligatorio hacer o “p” o “q”. Esta fórmula provoca problemas similares a la anterior. Tampoco queda claro si es el agente quien decide cuál de los dos actos es obligatorio si afirmamos que si es obligatorio pagar impuestos o es obligatorio votar, entonces es obligatorio o pagar los impuestos o votar.

6ª) $P(A \& B) \rightarrow PA \& PB$

Si está permitido hacer “p” y “q”, entonces está permitido hacer “p” y está permitido hacer “q”. Por ejemplo, si está permitido fumar y conducir, entonces está permitido fumar y está permitido conducir.

C) Leyes sobre el compromiso:

$$7^a) OA \& O(A \rightarrow B) \rightarrow OB$$

Von Wright la considera una tautología deóntica: si es obligatorio hacer “p”, y si hacer “p” nos compromete a hacer “q”, entonces es obligatorio hacer “q”.

$$8^a) PA \& O(A \rightarrow B) \rightarrow PB$$

Si está permitido hacer “p”, y si hacer “p” nos compromete a hacer “q”, entonces está permitido hacer “q”.

$$9^a) -PB \& O(A \rightarrow B) \rightarrow -PA$$

Si no está permitido hacer “q”, y si hacer “p” nos compromete a hacer “q”, entonces no está permitido hacer “p”.

Como el propio von Wright resaltará posteriormente, la naturaleza paradójica de la fórmula del compromiso $O(A \rightarrow B)$ se puede demostrar si partimos de una de las bases axiomáticas del SDL, la regla distributiva 4^a) ya citada

$$P(A \vee B) \leftrightarrow PA \vee PB$$

Teniendo en cuenta la interdefinibilidad de los operadores deónticos, esta regla es equivalente a

$$O(A \& B) \leftrightarrow OA \& OB$$

De este axioma se deduce, por transitividad,

$$OA \leftrightarrow O(A \vee B) \& (A \vee -B)$$

De este último se sigue:

$$OA \rightarrow O(A \vee B)$$

A través de un proceso similar inferimos:

$$OA \rightarrow O(-A \vee B),$$

que de acuerdo con el propio concepto de implicación equivale a

$$OA \rightarrow O(A \rightarrow B)$$

Esto es, si hacer “p” está prohibido, al hacer “p” nos comprometemos a hacer cualquier otra cosa, lo cual parece que intuitivamente contradice la noción de compromiso formalizada como $O(A \rightarrow B)$. $OA \rightarrow O(A \rightarrow B)$ es la fórmula deóntica análoga a la que representa en lógica formal una de las paradojas de la implicación estricta, según la cual una proposición falsa implica cualquier otra proposición. Pero la paradoja deóntica resulta de mayor relevancia, porque el hecho de que “p” sea una proposición falsa no obliga ni a aceptarla ni a aceptar sus consecuencias, mientras que podemos realizar actos prohibidos que según el SDL nos colocan en la absurda situación de deber realizar cualquier otro acto. Es así como se puede llegar a otra para-

doja derivada de la fórmula del compromiso, la paradoja de los imperativos contrarios al deber. Reflexionemos sobre la siguiente cadena deductiva:

- (1) Debe ser el caso que socorramos llevándolo al hospital a todo accidentado grave que encontremos
- (2) Debe ser el caso que si cumplimos la norma (1) ignoremos las señales de tráfico con tal de llegar rápido al hospital
- (3) Si no cumplimos (1), debemos no ignorar las señales de tráfico
- (4) No cumplimos (1)

Podemos expresar formalmente estos enunciados utilizando “p” para “socorremos llevándolo al hospital a todo accidentado grave que encontramos”, y utilizando “q” para “ignoramos las señales de tráfico con tal de llegar rápido al hospital”:

- (1) Op
- (2) O(p → q)
- (3) ¬p → O¬q
- (4) ¬p

(3) y (4) implican, por *modus ponens*, “O¬q”. Y, por otro lado, de la cadena completa puede deducirse también “Oq”, ya que en el SDL “Op & O(p → q) → Oq” es una verdad lógica (es, en palabras de von Wright, un complejo molecular válido por razones puramente formales, aunque no sea la aplicación de un esquema válido para *cualquier* oración, deóntica o no).

Como “Oq” y “O¬q” son contradictorios, estamos ante una paradoja, la paradoja de los *imperativos contrarios al deber*, que a juicio de von Wright es decisiva para demostrar por qué falla su SDL. En él, si “Op” expresa un deber primario, “O(¬p → q)” no sirve como formalización de un imperativo contrario al deber para el supuesto de que incumplamos el deber primario “Op”. Siguiendo los axiomas del SDL, cualquiera que sea el estado de cosas que “q” describa, debemos hacer “q” si incumplimos el deber de hacer “p”, lo cual choca con la noción de “imperativos contrarios al deber”, que obligan a realizar un determinado acto o conjunto de actos – no cualquier cosa – si dejamos de cumplir el deber primario.

Von Wright analizó la fórmula alternativa para la noción de compromiso “¬p → Oq”, entendida como hipotético imperativo contrario al deber condicionado al incumplimiento de “Op” (von Wright, 1982). No obstante, “¬p → Oq” es ambigua porque se puede interpretar en sentido descriptivo y en sentido prescriptivo. En el primer caso, “¬p → Oq” constata simplemente el hecho de que, si no es que “p”, existe una norma según la cual debe ser que “q”, y por lo tanto no es en sí misma una norma condicional. En el segundo caso, “¬p → Oq” es una expresión que carece de sentido en el discurso significativo, puesto que se compondría de un elemento descriptivo y de un elemento prescriptivo enlazados mediante una conectiva veritativa. Sólo

elípticamente podría considerarse que “ $\neg p \rightarrow Oq$ ” alude a cómo las cosas deberían ser. Incluiría implícitamente un operador deóntico de segundo orden, por lo que realmente la expresión sería “ $O(p \rightarrow Oq)$ ”, con lo que volveríamos a encontrarnos con los mismos problemas que nos hicieron desechar “ $O(p \rightarrow q)$ ”.

3. La evolución del SDL: las lógicas deónticas de von Wright

3.1. La lógica deóntica de *Norm and Action*

La aportación más conocida (y reconocida) de von Wright a la lógica deóntica y a la teoría de la acción es posiblemente *Norm and Action* (1963), libro además muy influyente en la teoría y filosofía jurídica de las últimas décadas, pero en el que sin embargo no aclara su opción ontológica. Las normas, dirá entonces von Wright, no son entidades extralingüísticas, simples regularidades sociales de comportamiento; pero tampoco entidades lingüísticas. Von Wright no afirma claramente ni que sean *enunciados* lingüísticos (situados, por consiguiente, a un nivel *sintáctico*), ni que sean *proposiciones* lingüísticas (a un nivel *semántico*), ni que sean *actos de enunciación* lingüística (a un nivel *pragmático*).

Así, además de descartar que las normas sean entidades extralingüísticas (“las normas dependen del lenguaje [...]. Su existencia presupone necesariamente el uso del lenguaje”), von Wright también parece negar que sean enunciados deónticos (“deberemos distinguir entre la norma y la formulación normativa. La formulación normativa es el signo o símbolo (las palabras) usadas al enunciar (formular) la norma”), que sean proposiciones deónticas (“es evidente que a algunas normas no se les puede dar el nombre de ‘proposiciones’ [...]. Las normas no tienen por qué llamarse ni la referencia ni incluso el sentido o significado de la correspondiente formulación normativa”) y que sean enunciaciones deónticas de enunciados (“la norma es algo distinto del hecho de dar a conocer a los sujetos normativos su carácter, contenido y condiciones de aplicación, lo cual es un eslabón esencial en el (o parte del) proceso a través del cual la norma se origina o cobra existencia (ser), pero no es la norma en sí misma”) (von Wright, 1963; vid. Hernández Marín, 1986).

En el contexto de esta indefinición ontológica von Wright presenta un sistema de modalidades deónticas diádicas con el objetivo de superar la unilateralidad argumental de los operadores monádicos del SDL. Con los operadores diádicos se expresan, implícita o explícitamente, relaciones entre dos argumentos que constituirían el antecedente y el consecuente de la implicación normativa, de la implicación deóntica.

En el sistema diádico, las acciones dejan de ser obligatorias en sí mismas, y es preciso determinar en qué condiciones lo son, en qué universo normativo o fáctico lo son. Este sistema diádico se componía de tres estratos: (i) la lógica proposicional tradicional, basada en el estudio formal de las expresiones p, q, \dots ; (ii) la lógica del cambio, basada en el estudio formal de las expresiones T , en la que el suceso descrito por " pTq " es una transformación de un estado inicial de cosas descrito por " p " a un estado final de cosas descrito por " q "; (iii) la lógica de la acción, basada en el estudio formal de las expresiones df , en la que " $d(-pTp)$ " significa que un agente, en una determinada ocasión, provoca el estado de cosas descrito por " p ", inexistente hasta entonces; y en la que " $f(-pTp)$ " significa que un agente, en una determinada ocasión, se abstiene de provocar el estado de cosas descrito por " p ".

La teoría lógica de la acción condicionada constituía una extensión de la lógica de la acción. Introducía el símbolo $/$, de forma que la expresión $"/$ elemental de " $(pTp)/(qTq)$ " describiera una acción genérica que es ejecutada por un agente de forma que en una determinada ocasión en la que el estado de cosas descrito por " q " se da y permanece independientemente de la acción, el agente impide que desaparezca el estado descrito por " p ". " $O(pTp)/(qTq)$ " es un mandato, cuyo contenido es la acción descrita por " $d(pTp)$ ", y cuya condición de aplicación es el cambio descrito por " $pTp \& qTq$ ".

En su artículo *A New System of Deontic Logic* (1964), von Wright perfecciona su sistema diádico interpretando la expresión atómica " $O(p/q)$ " como "se debe hacer que " p " cuando " q " o "se debe hacer que " p " si es el caso que " q ". " p " y " q " describen posibles estados de cosas. Cuando el mundo es como " q " lo describe, entonces el mundo debe ser como " p " lo describe. De análoga forma, " $O(p/p)$ " significa que el mundo es como debe ser, por lo que implica el deber de que el estado de cosas en cuestión no desaparezca; y " $O(p/-p)$ " significa que se debe hacer que " p " cuando no es el caso que " p ", por lo que el estado de cosas en cuestión debe llegar a ser. Aunque las reglas de inferencia del *nuevo sistema de lógica deóntica* (NSDL) se heredan del SDL, los nuevos axiomas difieren de los antiguos como consecuencia de la introducción de operadores diádicos:

$$N1 \neg(O[p/q] \& O[-p/q])$$

$$N2 O(p \& q/r) \leftrightarrow O(p/r) \& O(q/r)$$

$$N3 O(p/q \vee r) \leftrightarrow O(p/q) \& O(p/r)$$

Si partimos de los axiomas o teoremas del SDL y sustituimos las expresiones atómicas O que hay en ellos por expresiones atómicas del tipo $O(/t)$ (en las que t representa una tautología formada por las variables p, q, r, \dots y las conectivas de verdad), las fórmulas obtenidas son teoremas del NSDL.

“ $\neg(\text{Op} \ \& \ \text{O}\neg\text{p})$ ” se puede transformar en “ $\neg(\text{O}[\text{p}/\text{t}] \ \& \ \text{O}[\neg\text{p}/\text{t}])$ ”, y asimismo “ $\text{O}(\text{p} \ \& \ \text{q}) \leftrightarrow \text{Op} \ \& \ \text{Oq}$ ” se puede transformar en “ $\text{O}(\text{p} \ \& \ \text{q}/\text{t}) \leftrightarrow \text{O}(\text{p}/\text{t}) \ \& \ \text{O}(\text{q}/\text{t})$ ”. De estos dos teoremas se pueden inferir en el NSDL tantos otros como los que se obtienen en el SDL de las respectivas fórmulas citadas.

3.2. La lógica deóntica condicional

En 1968, von Wright escribe *Deontic Logic and the Theory of Conditions*, donde deja de considerar la lógica deóntica como directamente análoga a la lógica modal, y donde pasa a considerarla un apartado de la “lógica de las condiciones suficientes y necesarias”, de tal forma que afirmar que algo debe ser equivale a afirmar que algo es condición necesaria de alguna otra cosa.

En este sistema de lógica condicional, la noción de condición necesaria se explica así: “la verdad de la proposición “p” es condición necesaria de la verdad de la proposición “q””. Su representación formal puede ser “ $\text{Nc}(\text{p},\text{q})$ ” o “ $\text{N}(\text{q} \rightarrow \text{p})$ ”.

En efecto, decir que “p” es condición necesaria de “q” significa que si “ $\neg\text{p}$ ”, entonces “ $\neg\text{q}$ ”, o, asimismo, que si “q”, entonces necesariamente “p”. En términos de condición necesaria, el operador deóntico “O” puede ser definido así: “ $\text{Op} = \text{Nc}(\text{p},\text{I})$ ”. Que algo debe ser el caso significa que la cosa en cuestión es una condición necesaria de otra determinada cosa (o estado de cosas) “I”, que se presupone en el contexto. “I” no es una variable, sino una constante proposicional.

Por su parte, la noción de condición suficiente se explica así: “la verdad de la proposición que “p” es una condición suficiente de la verdad de la proposición que “q””. Su representación formal puede ser “ $\text{Sc}(\text{p},\text{q})$ ” o “ $\text{S}(\text{q} \rightarrow \text{p})$ ”.

En efecto, decir que “p” es condición suficiente de “q” significa que si “ $\neg\text{q}$ ”, entonces “ $\neg\text{p}$ ”, o, asimismo, que si “p”, entonces necesariamente “q”. “ $\text{Sc}(\text{p},\text{q})$ ” equivale a “ $\text{Sc}(\neg\text{q},\neg\text{p})$ ”, a “ $\text{Nc}(\text{q},\text{p})$ ” y a “ $\text{Nc}(\neg\text{p},\text{q})$ ”. En términos de condición suficiente, el operador deóntico “P” puede ser definido así: “ $\text{Op} = \text{Nc}(\text{p},\text{I})$ ”. Que algo debe ser el caso significa que la cosa en cuestión es una condición suficiente de otra determinada cosa (o estado de cosas) “I”, que se presupone en el contexto.

3.3. La lógica deóntica de los verbos de acción

Sin arrepentirse de su concepción de la lógica deóntica como fragmento de la teoría lógica modal de las condiciones necesarias y suficientes, concepción que le había dirigido hacia un enfoque *instrumentalista* de la lógica de las normas, von Wright se centró pocos años después (*Deontic Logic Revisited*, 1973) en la distinción, hasta entonces poco estudiada, entre *Sein-So-*

llen (deber ser) y *Tun-Sollen* (deber hacer), entre las normas que establecen que determinada cosa debe o puede o no debe ser el caso, y las normas que establecen que alguien debe o puede o no debe hacer determinada cosa.

Esta distinción provocaba una alternativa básica en relación con la cuestión de la naturaleza de la lógica deóntica. Von Wright resaltó que la única lógica deóntica construida a partir de la lógica de la acción se había fundado en interpretaciones de las normas como enunciados descriptivos que acompañan a los operadores deónticos (“es obligatorio que las cosas se den”, “está permitido que las cosas se den”, “está prohibido que las cosas se den”). Existiría entonces una lógica deóntica inexplorada, basada en la conjunción de operadores deónticos y verbos de acción, en la que las variables representarían esquemáticamente frases verbales (“es obligatorio hacer x”, “está permitido hacer x”, “está prohibido hacer x”).

La distinción entre *Sein-Sollen* y *Tun-Sollen* es retomada y reformulada posteriormente por von Wright al diferenciar entre: (i) el “deber técnico” (“must”), conforme al cual las cosas deben ser hechas para que otras cosas se consigan, y que suele ser elíptico, suele referirse implícitamente a un fin que no se conseguirá si lo que debe (técnicamente) ser no es; (ii) el “deber deóntico” (“ought”), que procede directamente de una norma, y que es categórico, no es un medio sino un fin en sí mismo (von Wright, 1982).

3.4. La lógica deóntica de acciones individuales

En *On the Logic of Norms and Actions* (1981), von Wright cuestiona la idea de que los términos deónticos se refieren a categorías de acciones y no a acciones individuales, algo que decidió en *Deontic Logic* y que comenzó a matizar en *Norm and Action*. Y la relaciona con la supuesta interdefinibilidad de los operadores deónticos y la consiguiente imposibilidad de admitir normas contradictorias.

Una acción individual (act-individual) se puede esquematizar diciendo que el agente *a* hace “*p*” en la ocasión *o*. Para identificarla correctamente, no basta con concretar a *y* o, ya que un agente puede realizar más de una acción en una misma ocasión, por lo que la acción individual, por sí misma, no proporciona datos definitivos sobre su contenido; es necesario aludir a la acción genérica (act-category) “*p*”. Por ello, en las categorías deónticas cuentan tanto las acciones individuales como las acciones genéricas. Si una acción genérica es obligatoria, está permitida, o está prohibida (la categoría deóntica aparece aquí como operador), la realización u omisión de la acción genérica por parte de un individuo presupone que la acción individual tiene la “propiedad” de ser obligatoria, de estar permitida o de estar prohibida (por el contrario, la categoría deóntica aparece aquí como predicado).

Esta forma de ambivalencia de las categorías deónticas (una misma categoría deóntica se usa como operador cuando hace referencia a acciones genéricas, y como predicado cuando hace referencia a acciones individuales) provoca, a juicio de von Wright, importantes consecuencias. Predicar de una acción individual que está permitida debe significar que la acción se incluye dentro de una categoría de acciones genéricas permitidas. En este sentido, de la permisión de un determinado tipo de acciones genéricas podemos inferir la no-prohibición de tales acciones y la no-obligatoriedad de su omisión. Pero si concebimos las categorías deónticas como predicados de acciones individuales no es posible la interdefinibilidad: una misma acción individual puede a la vez ser obligatoria y estar prohibida. Por lo tanto, sólo si consideramos las categorías deónticas como operadores de acciones genéricas hay incompatibilidad entre la obligatoriedad y la prohibición de una misma categoría de acciones. Ni el principio de no contradicción ni la interdefinibilidad de los operadores deónticos se dan como tales en una lógica deóntica que no relacione acciones genéricas, sino acciones individuales.

3.5. La lógica deóntica como legislación racional

En *Norms, Truth and Logic* (1982), von Wright expone su posición prácticamente definitiva sobre el contenido, implicaciones y presuposiciones de la lógica deóntica. Concibe las leyes de la lógica deóntica como “principios de legislación racional”, y utiliza como ficción (y, por consiguiente, sin adherirse a ella) la idea de que las normas expresan la voluntad de la autoridad legislativa soberana, de que las normas forman un sistema en tanto que proceden de una voluntad ordenadora cuyo criterio de racionalidad ha de consistir en el hecho de que los estados de cosas *queridos* por el legislador sean (o, al menos, puedan ser) lógicamente posibles.

Aunque, en rigor, no hay una lógica de las normas, del deber ser, porque las normas no son ni verdaderas ni falsas, von Wright sugiere ahora el estudio de una lógica normativa bajo la condición de presuponer que las normas se pueden juzgar según su racionalidad. Resulta así imprescindible analizar los requisitos de racionalidad que debe “satisfacer” una actividad *nomothética* (“norm-giving activity”, actividad de “dar normas”, de “poner normas”).

Conceptos como el de coherencia normativa (autocoherencia de una norma y coherencia entre las normas) y como el de implicación normativa no se asumen como conceptos propiamente lógicos, sino como conceptos relativos a la racionalidad de la voluntad legisladora. Las tautologías de la lógica deóntica aparecen así como principios de legislación racional (*praxeológica*), y la actividad judicial de subsunción normativa no es vista

ya como una inferencia lógico-normativa, sino como una labor creativa, como un acto *nomothético*.

En conclusión, las normas no son apofánticas, de ellas no se predica la verdad ni la falsedad, pero si atendemos al criterio de la racionalidad del legislador podemos dotar de significado lógico a la contradicción normativa y a la implicación normativa. Ahora bien, como resalta von Wright, contradicción normativa e implicación normativa son categorías propiamente lógicas, no ontológicas, son categorías que no se expresan en términos ontológicos de contradicción e implicación existencial. Los sistemas de lógica deóntica sólo son modelos ideales que no representan adecuadamente estructuras normativas existentes. “Si existen dos normas en conflicto, lo cual puede suceder, es preciso que el legislador modifique la legislación. El lógico no puede ayudarle” (von Wright, 1982, p. 136). Aunque no son verdaderas ni falsas, las normas pueden ser explicadas o justificadas, precisa el último von Wright, por ejemplo a través de la referencia teleológica al fin que teóricamente se consigue a través de su cumplimiento, con lo que inevitablemente desembocamos en un problema valorativo: “El fin es normalmente algo valorado como deseable o bueno por quien establece la norma, y también, si es posible, por sus destinatarios, así que se puede afirmar que la justificación teleológica de las normas hace normalmente referencia a valores” (von Wright, 2001, p. 391).

Bibliografía

- ALCHOURRÓN, Carlos / BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991.
- CONTE, Amedeo G. / HILPINEN, Risto / WRIGHT, Georg H. von (eds.), *Deontische Logik und Semantik*. Athenaion, Wiesbaden, 1977.
- CONTE, Amedeo G. / ALARCÓN CABRERA, Carlos, *Deóntica de la validez*. Tecnos, Madrid, 1995.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Acción y norma en G. H. von Wright*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1995.
- JORGENSEN, Jorgen, *Imperatives and Logic*. “Erkenntnis”, 7 (1937-1938), pp. 288-296.
- JORGENSEN, Jorgen, *Imperativer og logik* [Imperativos y lógica]. “Theoria”, 4, 1938, pp. 183-190. Traducción castellana de Carlos Alarcón Cabrera: Imperativos y lógica. “Isegoría”, 20, 1999, pp. 207-215.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*. Tecnos, Madrid, 1986.
- KALINOWSKI, Georges, *Le problème de la vérité en morale et en droit*. Vitte, Lyon, 1967.
- KALINOWSKI, Georges, *La logique des normes*. PUF, París, 1972. Traducción castellana de Juan R. Capella: *Lógica del discurso normativo*. Tecnos, Madrid, 1975.

- KELSEN, Hans, *Recht und Logik*. "Forum", 12 (1965), pp. 421-425 y 495-500. Traducción castellana de Juan Carlos Gardella: *Derecho y lógica*. En: Kelsen, Hans / Klug, Ulrich, *Normas jurídicas y análisis lógico*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1988, pp. 92-120.
- KLUG, Ulrich, *Juristische Logik*. Springer, Berlin, 1951. Traducción española de David García Bacca: *Lógica jurídica*. Universidad Central, Caracas, 1961.
- MAZZARESE, Tecla, *Logica deontica e linguaggio giuridico*. Cedam, Padua, 1989.
- ROSS, Alf, *Imperatives and Logic*. "Theoria", 7 (1941), pp. 53-71. Reedición en: "Philosophy of Science", 11 (1944), pp. 30-46.
- WRIGHT, Georg H. von, *Deontic Logic*. "Mind", 60 (1951), pp. 1-15.
- WRIGHT, Georg H. von, *An Essay in Modal Logic*. North-Holland, Amsterdam, 1951.
- WRIGHT, Georg H. von, *A Note on Deontic Logic and Derived Obligation*. "Mind", 65 (1956), pp. 507-509.
- WRIGHT, Georg H. von, *On Conditionals*. En: Wright, Georg H. von, *Logical Studies*. Routledge and Kegan Paul, Londres, 1957, pp. 127-165.
- WRIGHT, Georg H. von, *On Promises*. "Theoria", 28 (1962), pp. 277-297.
- WRIGHT, Georg H. von, *Norm and Action*. Routledge and Kegan Paul, Londres, 1963. Traducción castellana de Pedro García Ferrero: *Norma y acción*. Tecnos, Madrid, 1970.
- WRIGHT, Georg H. von, *The Variety of Goodness*. Routledge and Kegan Paul, Londres, 1963.
- WRIGHT, Georg H. von, *Practical Inference*. "The Philosophical Review", 72 (1963), pp. 159-179.
- WRIGHT, Georg H. von, *A New System of Deontic Logic*. "Danish Yearbook of Philosophy", 1 (1964), pp. 173-182. Reedición en: Hilpinen, Risto (ed.), *Deontic Logic. Introductory and Systematic Readings*. Reidel, Dordrecht, 1971, pp. 105-115.
- WRIGHT, Georg H. von, *A Correction to a New System of Deontic Logic*. "Danish Yearbook of Philosophy", 2 (1965), pp. 103-107. Reedición en: Hilpinen, Risto (ed.), *Deontic Logic. Introductory and Systematic Readings*. Reidel, Dordrecht, 1971, pp. 116-120.
- WRIGHT, Georg H. von, *Deontic Logic and the General Theory of Conditions*. "Crítica", 2 (1968), pp. 3-25. Reedición en: Hilpinen, Risto (ed.), *Deontic Logic. Introductory and Systematic Readings*. Reidel, Dordrecht, 1971, pp. 159-177.
- WRIGHT, Georg H. von, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*. North-Holland, Amsterdam, 1968. Traducción castellana de Ernesto Garzón Valdés: *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*. Unam, México, 1976.
- WRIGHT, Georg H. von, *On the Logic and Ontology of Norms*. En: Davis, John W. (ed.), *Philosophical Logic*. Reidel, Dordrecht, 1969, pp. 89-107.
- WRIGHT, Georg H. von, *On So-Called Practical Inference*. "Acta sociologica", 15 (1972), pp. 39-53.
- WRIGHT, Georg H. von, *Deontic Logic Revisited*. "Rechtstheorie", 4 (1973), pp. 37-46.

- WRIGHT, Georg H. von, *On the Logic of Norms and Actions*. En: Hilpinen, Risto (ed.), *New Studies in Deontic Logic*. Reidel, Dordrecht, 1981, pp. 3-35.
- WRIGHT, Georg H. von, *Norms, Truth and Logic*. En: Wright, Georg Henrik von, *Practical Reason*. Blackwell, Oxford, 1983, pp. 130-209. Traducción castellana de Carlos Alarcón Cabrera: *Normas, verdad y lógica*. Fontamara, México, 1997.
- WRIGHT, Georg H. von, *Is and Ought*. En: Bulygin, Eugenio / Gardies, Jean-Louis / Niiniluoto, Ilkka (eds.), *Man, Laws, and Modern Forms of Life*. Reidel, Dordrecht, 1985, pp. 263-281.
- WRIGHT, Georg H. von, *On Conditional Obligation*. "Särtryck ur juridisk tidskrift", 1 (1994-1995), pp. 1-7.
- WRIGHT, Georg H. von, *Conditionality*. En: Wright, Georg H. von, *Six Essays in Philosophical Logic*. Acta Philosophica Fennica, Helsinki, 1996.
- WRIGHT, Georg H. von, *Ought to be-Ought to do*. En: Garzón Valdés, Ernesto / Krawietz, Werner / von Wright, Georg H. / Zimmerling, Ruth (ed.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory*. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin. Duncker & Humblot, Berlín, 1997, pp. 427-435.
- WRIGHT, Georg H. von, *Valorar (o cómo hablar de lo que se debe callar)*. *Nuevas bases para el emotivismo*. Traducción castellana de Carlos Alarcón Cabrera. "Anuario de filosofía del derecho", 18 (2001), pp. 385-395.



BIVALENCIA, ANTINOMIAS Y CONTRADICCIONES

Un ensayo sobre *Truth-Logics* de G.H. Von Wright

José Juan Moreso

Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

Pablo E. Navarro

Conicet, Argentina

M. Cristina Redondo

Conicet, Argentina

I. Introducción

La discusión acerca de las antinomias es uno de los problemas clásicos de la filosofía. Como señala Quine¹,

An antinomy produces a self-contradiction by accepted ways of reasoning. It establishes that some tacit and trusted pattern of reasoning must be made explicit and henceforth be avoided or revised.

La necesidad de evitar antinomias parece clara. Si ellas producen contradicciones, entonces, a partir de ellas, podría derivarse cualquier otra proposición. Por esta razón, las antinomias producen catástrofes en nuestros razonamientos, convirtiendo en trivial o irrelevante lo que puede ser demostrado en un determinado sistema.

El rechazo del principio de bivalencia (i.e. las proposiciones son verdaderas o falsas) ha sido una estrategia clásica de solución de algunas de las antinomias más conocidas, por ejemplo la paradoja del mentiroso. Sin embargo, con frecuencia se afirma que esta consecuencia devastadora de las antinomias no puede ser evitada mediante el rechazo de la bivalencia ya que ese rechazo conduce precisamente a una contradicción².

Por consiguiente, aunque admitir que ciertas proposiciones no son verdaderas ni falsas puede parecer una estrategia útil para disolver antinomias, se necesita un análisis más cuidadoso a efectos de salvar las objeciones al rechazo de la bivalencia. El objetivo general de este trabajo es analizar el alcance y validez del principio de bivalencia en la solución de los problemas generados por las antinomias. Es interesante destacar que las antinomias no sólo son

¹ Quine, W.O., "The Ways of Paradox" en *The Ways of Paradox and Other Essays*, p. 5 (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1966)

² Paul Horwich, "Theories of Truth" en *A Philosophical Companion to First-Order Logic*, Hughes, R. (ed), pp. 68-69 (Indianapolis: Hackett, 1993). Véase también, Timothy Williamson, *Vagueness*, p.188 (Londres: Routledge, 1994), Sainsbury, R., M., *Paradoxes*, 2nd edition, p. 112 y ss. (Cambridge: Cambridge University Press, 1995)

una fuente persistente de problemas, sino que las actitudes que los filósofos muestran ante estos problemas también reflejan enormes discrepancias³. Por ejemplo, algunas veces, las antinomias son consideradas como serios desafíos, mientras que en otras ocasiones, ellas son consideradas como consecuencias inocuas de nuestros esquemas conceptuales. Estas discrepancias acerca de la naturaleza de las antinomias, y de los criterios para establecer si una solución es aceptable, se reflejan en un inabarcable crecimiento de la bibliografía especializada y conspira, en gran medida, contra la originalidad de las soluciones. Por esta razón, suele afirmarse que “no es posible un tratamiento completamente novedoso de las antinomias. Todo esfuerzo serio por dar cuenta de ellas se parece a contribuciones anteriores”⁴.

El alcance de nuestro trabajo será modesto. Sólo nos concentraremos en el análisis que Georg Henrik von Wright ofrece de las antinomias y el principio de bivalencia en diferentes ensayos sobre la *lógica de la verdad*⁵. En estos trabajos, von Wright construye diversos sistemas de lógica y muestra los compromisos conceptuales que ellos generan. Entre estos sistemas, es especialmente destacable el denominado TL (Truth-Logic), que admite proposiciones que no son verdaderas ni falsas.

En este trabajo reconsideraremos las principales conclusiones que von Wright establece entre bivalencia, antinomias y contradicciones en el sistema TL. Nuestro objetivo específico es analizar dos importantes consecuencias de TL. Por una parte, el rechazo de la bivalencia no encierra necesariamente una contradicción, y, por otra parte, la aparición de una proposición antinómica p no conlleva una catástrofe (i.e. no convierte en trivial al sistema) ya que ello sólo significa que p carece de valor de verdad. Por consiguiente, se desprende del análisis de von Wright que en TL las proposiciones antinómicas serían una subclase de las proposiciones que carecen de valor de verdad.

Von Wright, sin embargo, no afirma (aunque tampoco niega explícitamente) que el rechazo de la bivalencia produzca antinomia alguna. Nuestro principal objetivo es abordar la siguiente pregunta: ¿es posible mostrar que, en TL, las proposiciones que carecen de valor de verdad son antinómicas? Si la respuesta fuese afirmativa, entonces el conflicto acerca del alcance y validez

³ Mackie, John, *Truth, Probability and Paradox*, pp. 239 y ss (Oxford: Oxford University Press, 1973)

⁴ G.H. von Wright, “Introduction” en *Philosophical Logic*, pp vi-vii (Oxford: Basil Blackwell, 1983)

⁵ Esta decisión de limitarnos al análisis de los trabajos de von Wright no tiene que ser entendida como una indicación de que no consideramos importantes otros enfoques. Más bien, dada la enorme bibliografía disponible sobre estos problemas, preferimos reducir nuestro universo de análisis con el objetivo de contribuir con ideas, relativamente originales, al desarrollo de los sistemas de *Truth-Logic* elaborados por von Wright.

del principio de bivalencia puede ser comprendido de manera diferente. Podría, por ejemplo, sostenerse que el rechazo de la bivalencia es una estrategia conceptual útil y, simultáneamente, admitirse que existe un grano de verdad en el argumento de quienes insisten en que el rechazo de la bivalencia genera consecuencias indeseables, i.e. la aparición de antinomias.

II. Una lógica de la verdad

Una discusión acerca del alcance del principio de bivalencia no puede presuponer lo que es objeto de discusión, es decir, no puede asumir que todas las proposiciones son verdaderas o falsas⁶. Una vez que se admite este criterio de adecuación para el análisis es necesario reconstruir una noción de proposición que no presuponga la validez del principio de bivalencia. En “*Demystifying Propositions*”, Georg Henrik von Wright ofrece una sugerente propuesta conceptual para caracterizar a las proposiciones.⁷ La noción básica de la propuesta de von Wright es la de enunciado bien formado de un lenguaje L . Los criterios para determinar cuáles son los enunciados bien formados de un lenguaje L son reconstruidos por los lingüistas, y - *prima facie* - no son objeto de polémica filosófica.

Un enunciado bien formado E del lenguaje L , por ejemplo “La nieve es blanca”, expresa una proposición si y sólo si, al añadirse el prefijo “Es verdad que” (en adelante prefijo T, o simplemente T) al enunciado E , se obtiene otro enunciado bien formado E_1 del lenguaje L . Por tanto, afirmar que un enunciado expresa una proposición sólo significa que, en el lenguaje L , es posible obtener un enunciado E_1 al añadir el prefijo T a E . Para von Wright la proposición que afirma “Es verdad que p ” (e.g. “Tp”), puede ser negada de dos maneras diferentes. Por una parte, la negación *externa* de esta proposición es “No es verdad que p ”, es decir “ $\neg Tp$ ”, y su comportamiento lógico es similar a la negación clásica ya que es exhaustiva y excluyente. Por otra parte, la negación *interna* es “Es verdad que $\neg p$ ”, es decir “ $T\neg p$ ”. Dado que una proposición es falsa cuando su negación es verdadera, “ $T\neg p$ ” puede leerse como “es falso que p ”.

Las relaciones entre estas expresiones son intuitivamente fáciles de establecer: si una proposición p es verdadera entonces su negación es falsa. Si p carece de valor de verdad, su negación también carece de valor de verdad. Si p es verdadera entonces también es verdadera la expresión Tp . Sin embargo,

⁶ En este trabajo asumiremos que el principio de bivalencia se refiere al valor de verdad de las proposiciones, dejando de lado la (importante) discusión previa acerca de los portadores de valor de verdad.

⁷ G.H. von Wright, “Demystifying Propositions” en *Truth, Knowledge and Modality*, pp. 14-25 (Oxford: Basil Blackwell, 1984).

si p carece de valor de verdad, entonces es falso afirmar que p es verdadera, i.e. “ Tp ” es falso⁸.

En su artículo “Truth and Logic”⁹, von Wright construye un calculo, que denomina “Truth-Logic” (TL), que permite analizar con claridad algunas importantes consecuencias conceptuales de este enfoque acerca de las proposiciones. El vocabulario básico de TL es el siguiente:

- a) Variables p, q, \dots , que representan enunciados declarativos, i.e. enunciados que admiten su transformación mediante una “*que*-cláusula”.
- b) Dos conectivas: “ \neg ” para la negación, que corresponde a la palabra “no” de los lenguajes naturales, y “ $\&$ ” para la conjunción, que corresponde a la palabra “y” de los lenguajes naturales.
- c) Un operador T , que se lee “Es verdad que”
- d) Paréntesis

Otras conectivas, correspondientes a la disyunción, condicional y bicondicional son introducidas mediante las siguientes definiciones:

$$S \vee S'' =_{df} \neg (\neg S \ \& \ \neg S'')$$

$$S \rightarrow S'' =_{df} \neg (S \ \& \ \neg S'')$$

$$S \leftrightarrow S'' =_{df} (S \ \& \ S'') \ \& \ \neg (\neg S \ \& \ S'')$$

Las expresiones bien formadas del calculo son T-fórmulas. Las T-fórmulas pueden ser recursivamente definidas de la siguiente manera:

- (i) Las T-fórmulas son atómicas o moleculares.
- (ii) Una fórmula T-atómica consiste del operador T seguido por:
 - a) una variable (e.g. Tp), o
 - b) por un compuesto molecular de variables (e.g. $T(p\&q)$), o
 - c) por una fórmula T-atómica (e.g. $TT\neg p$), o
 - d) por un compuesto de T-fórmulas atómicas (e.g. $T(Tp \ \& \ Tq)$), o
 - e) por una variable o compuesto molecular de variables y fórmulas T-atómicas (e.g. $T(p \rightarrow Tq)$).
- (iii) Una fórmula T-molecular es un compuesto molecular de T-fórmulas atómicas (e.g. $Tp \rightarrow T\neg Tq$)¹⁰.

⁸ Estas relaciones pueden ser ilustradas a partir de las siguientes tablas para determinar sus valores de verdad. En estas tablas, el valor “verdad” es representado por “V”, el valor “falso” por “F”, y el valor “ni verdadero ni falso” por el símbolo “?”.

p	$\neg p$	Tp	$T\neg p$	$\neg Tp$	$\neg T\neg p$
V	F	V	F	F	V
F	V	F	V	V	F
?	?	F	F	V	V

⁹ G.H.von Wright, “Truth and Logic” en *Truth, Knowledge and Modality*, op.cit., pp. 26-41. En adelante y por razones de brevedad, se citará como VW84.

¹⁰ Las fórmulas *mixtas*, e.g. $p \rightarrow Tp$ no son admitidas en esta presentación de TL. Sin embargo, en su última presentación de TL, von Wright abandona esta restricción. Véase, G. H.

Las “bases” del cálculo TL son las siguientes:

$$(A1) T \neg p \rightarrow \neg Tp$$

$$(A2) Tp \leftrightarrow T\neg p$$

$$(A3) T(p \& q) \leftrightarrow Tp \& Tq$$

$$(A4) T\neg(p \& q) \leftrightarrow T\neg p \vee T\neg q$$

$$(A5) T\neg Tp \leftrightarrow \neg Tp$$

La clase de teoremas de TL se define de la siguiente manera¹¹:

(T1) Una T-fórmula que se obtiene a partir de una tautología de LP prefijando la letra T inmediatamente enfrente de cada variable de la tautología de LP. Así, si $\neg p \vee p$ es una tautología de LP, entonces $\neg Tp \vee Tp$ es un teorema de TL¹².

(T2) Los axiomas A1-A5 son teoremas de TL

(T3) T-fórmulas que pueden ser obtenidas a partir de teoremas de TL con la ayuda de las siguientes reglas:

R1. *Substitución* de variables por otras variables, por un compuesto molecular de variables o por T-fórmulas.

R2. *Regla de separación* o *modus ponens*.

R3. *Regla de la verdad*. Si s es un teorema Ts también es un teorema.

El axioma A1 señala que si una proposición es falsa entonces no es verdadera. Pero en TL no se puede probar que si una proposición no es verdadera entonces ella es falsa. Esto abre un espacio conceptual para dar cuenta de aquellas proposiciones que no son verdaderas ni falsas. A su vez, el axioma A5 es especialmente importante para analizar a las proposiciones que carecen de valor de verdad. Por ejemplo, sea p una proposición que no es verdadera ni falsa. Bajo este presupuesto, se sigue que es *verdad* que no es verdad que p . Ahora bien, dado que la verdad de la negación de una proposición ha sido definida como la falsedad de esa proposición, se sigue que

von Wright, “Truth-Logics” en *Six Essays in Philosophical Logic*, pp.71-91, Acta Philosophica Fennica, vol 60, (Helsinki: Philosophical Society of Finland, 1996). En adelante, y por razones de brevedad se citará como VW96.

¹¹ Cuatro metateoremas son especialmente importantes en TL (VW84, pp. 28-31):

(M1) Si $S \leftrightarrow S''$ es un teorema de TL, entonces S y S'' son intercambiables *salva veritate* en las T-fórmulas.

(M2) Una T-fórmula es equivalente a una T-fórmula de primer orden, i.e. una fórmula en la que ninguna T está dentro del alcance de otra T.

(M3) Una T-fórmula es equivalente con un compuesto molecular de fórmulas T-atómicas de la forma simple de una T seguida ya sea por una única variable o por la negación de una única variable. Estas fórmulas se denominan “constituyentes de verdad” o T-constituyentes” de la fórmula T original.

(M4) Todos los teoremas de TL son T-tautologías y todas las T-tautologías son teoremas de TL.

¹² En VW96, p. 74, von Wright incorpora este teorema al núcleo axiomático.

es *falso* que es verdad que p . Por ello, A5 muestra que aunque pueden existir proposiciones que carecen de valor de verdad, e.g. “ p ”, una proposición que comienza con la expresión “Es verdad que...” expresa una proposición que es verdadera o falsa¹³.

El axioma A2 dice que una proposición es verdadera si y sólo si su negación es falsa. A su vez, el axioma A3 señala que una conjunción de proposiciones es verdadera si y sólo si los miembros de la conjunción son verdaderos. A4 es equivalente a $T(p \vee q) \leftrightarrow Tp \vee Tq$, y ello muestra que en TL, una disyunción es verdadera si y sólo si alguno de sus miembros es verdadero. Esta explicación informal de los axiomas de TL sirve para comprender el modo en que se asignan valor de verdad a las fórmulas de TL. La característica más importante es la siguiente: el valor de verdad de una T-fórmula depende del valor de verdad asignado a una variable proposicional. Sin embargo, aunque podemos asignar “?” a una variable, conforme al axioma A5, una T-fórmula siempre será verdadera o falsa¹⁴.

III. Bivalencia en TL

En TL el principio de bivalencia, i.e. $Tp \vee T\neg p$ no es válido ya que cuando p es “?” esa fórmula es falsa. Sin embargo, el principio de bivalencia puede ser “recuperado” en TL de otra manera diferente, por ejemplo, mediante las siguientes tautologías de TL:

Alcance restringido de la bivalencia clásica: Es verdad que p o no p si y sólo si, es verdad que p o es falso que p

$$(1) T(p \vee \neg p) \leftrightarrow Tp \vee T\neg p.$$

Bivalencia en TL: Es verdad que p es verdadera o es falso que p es verdadera

¹³ Una importante excepción a esta afirmación se encuentra en el tratamiento de von Wright de las proposiciones genéricas. Al respecto, véase la sección VI de este trabajo.

¹⁴ En TL, las tablas para decidir el valor de verdad de otras fórmulas se elaboran a partir de las siguientes asignaciones:

- a) Una conjunción es verdadera cuando todos sus miembros son verdaderos. Una conjunción es falsa cuando al menos uno de sus miembros es falso. En los restantes casos, la conjunción es indeterminada, i.e. recibe el valor “?”
- b) Una disyunción es verdadera cuando uno de sus miembros es verdadero. La disyunción es falsa cuando todos sus miembros son falsos. En los restantes casos, la disyunción es indeterminada, i.e. recibe el valor “?”
- c) Un condicional es verdadero cuando su antecedente es falso o su consecuente es verdadero. El condicional es falso cuando su antecedente es verdadero y su consecuente falso. En los restantes casos, el condicional es indeterminado, i.e. recibe el valor “?”
- d) Un bicondicional es verdadero cuando sus miembros son ambos verdaderos o son ambos falsos. El bicondicional es falso cuando uno de sus miembros es verdadero y el otro falso. En los restantes casos, el bicondicional es indeterminado, i.e. recibe el valor “?”.

(2) $TTp \vee T\neg p$.

La fórmula (2) dice que las T-fórmulas son siempre verdaderas o falsas. De este modo, aunque TL tiene la capacidad expresiva suficiente para asignar una valor indeterminado, i.e. “?”, a una cierta proposición p , la afirmación de que p no es verdadera ni falsa, i.e. $\neg Tp \ \& \ \neg T\neg p$ es verdadera o falsa. Es conveniente remarcar que la fórmula $(\neg Tp \ \& \ \neg T\neg p)$ no es un teorema de TL. Sin embargo, la afirmación más débil $(\neg Tp \ \& \ \neg T\neg p) \leftrightarrow \neg (Tp \vee T\neg p)$ es una tautología de TL. Esta última fórmula dice que una proposición no es verdadera ni falsa si y sólo si se niega la bivalencia.

A menudo se afirma que el rechazo de la bivalencia introduce una contradicción. Por ejemplo, Paul Horwich intenta demostrar esta conclusión mediante el siguiente argumento¹⁵:

The simplest plausible account of falsity is that a proposition is false just in case it is not true. An alternative formulation of this idea –one that parallels the equivalence schema for truth- is given by

The proposition *that* p is false iff $\neg p$

These two formulations are equivalent. For the logical expression “ $\neg p$ ” is shorthand for “It is not the case that p ”. But there is no reason to distinguish *being true* and *being the case*. So, “ $\neg p$ ” means nothing more or less than “It is not true that p ”, which is presumably synonymous with “The proposition *that* p is not true”

From this natural account of falsity it follows that every proposition has a truth-value, for to say of some proposition that it is neither true nor false would be to imply that it is both not true and not *not* true, which is a contradiction. This result has important ramifications in semantics, where it has been often found tempting to mark out certain odd propositions as having no truth-value.

Este argumento, sin embargo, no sirve para demostrar que el rechazo de la bivalencia genera una contradicción ya que presupone que todas las proposiciones son verdaderas o falsas. TL puede ayudarnos a ilustrar este supuesto con claridad. En TL, la fórmula $\neg Tp \rightarrow T\neg p$ no es un teorema. La fórmula $\neg Tp \rightarrow T\neg p$ es obviamente equivalente a $Tp \vee T\neg p$, y ello significa que la principal premisa del argumento de Horwich (i.e. que una proposición p es falsa en el caso en que p no es verdadera) depende conceptualmente de la previa presuposición de que la proposición p es verdadera o falsa.

Hemos mostrado que la raíz del fracaso del argumento de Horwich se encuentra en el esquema simple que propone para representar a la falsedad de una proposición. Dado que según Horwich este enfoque es similar al esquema para la verdad parece claro que también se asume que una proposición *que* p es verdadera si y sólo si p . Conforme a esta reconstrucción, el prefijo “es verdad que...” es redundante y puede ser eliminado. En otras palabras,

¹⁵ Paul Horwich, “Theories of Truth” en *A Philosophical Companion to First-Order Logic*, Hughes, R. (ed), pp. 68-69 (Indianapolis: Hackett, 1993)

“Es verdad que la nieve es blanca” es equivalente a afirmar simplemente “*La nieve es blanca*” es verdadera, y esa oración es verdadera si y sólo si la nieve es blanca. Timothy Williamson ha intentado mostrar explícitamente las consecuencias que se siguen del rechazo de la bivalencia y de este esquema desentrecomillado para la verdad (*disquotational scheme for truth*)¹⁶. En primer lugar, Williamson introduce el siguiente esquema para la verdad (T) y la falsedad (F) de los enunciados:

(T) Si una oración u dice que P , entonces u es verdadero si y sólo si P .

(F) Si una oración u dice que P , entonces u es falso si y sólo si no P .

Luego ofrece el siguiente argumento deductivo:

- | | |
|--|-----------------------------|
| a) u dice que P | [Hipótesis] |
| b) No (u es verdadero o u es falso) | [negación de la bivalencia] |
| c) u es verdadero si y sólo si P . | [(T), (a), modus ponens] |
| d) u es falso si y sólo si no P . | [(F), (a), modus ponens] |
| e) No (P o no P). | [sust. en (c) y (d)] |
| f) No P y no no P . | [(e), leyes de Morgan] |

Las conclusiones de Williamson y Horwich son idénticas, i.e. el rechazo de la bivalencia produce una contradicción. Analicemos con las herramientas de TL los compromisos que adquieren quienes mantienen un esquema desentrecomillado de la verdad. ¿Puede aceptarse en TL que “ Tp ” es equivalente a “ p ”? En otras palabras: ¿Sería posible demostrar en TL la fórmula $T(p \leftrightarrow Tp)$? La respuesta de von Wright es negativa. Más aún, von Wright muestra que $T(p \leftrightarrow Tp)$ es equivalente con $Tp \vee T\neg p$. Por eso, von Wright señala:

But now it is clear under which circumstances the equivalence between “it is true that p ” and “ p ” holds good, i.e. $T(p \leftrightarrow Tp)$ would be a theorem. It holds good if, and only if, it is either true or false that p . So, for propositions which can safely be assumed to have (or are already presupposed to have) a truth-value, the addition of the phrase “it is true that” to the sentence expressing the proposition is otiose or vacuous.

Por consiguiente, el argumento de Williamson no sirve para refutar al rechazo del principio de bivalencia. En TL, la fórmula $T(p \leftrightarrow Tp) \leftrightarrow Tp \vee T\neg p$ es un teorema, aunque ninguna de la T -fórmulas de este bicondicional sea, aisladamente consideradas, un teorema de TL¹⁷.

¹⁶ Timothy Williamson, *Vagueness*, p.188 (Londres: Routledge, 1994).

¹⁷ Podría argumentarse que nuestra refutación del argumento de Horwich y Williamson pasa por alto que la manera intuitiva de representar la eliminación del prefijo “es verdad que” es mediante la fórmula “ $p \leftrightarrow Tp$ ” en lugar de $T(p \leftrightarrow Tp)$. Sin embargo, la fórmula “ $p \leftrightarrow Tp$ ” no puede aceptarse como bien formada en TL. Para ello habría que ampliar el vocabulario de nuestro cálculo a fines de eliminar las restricciones a estas fórmulas “mixtas”. En este caso, una lógica de la verdad compatible con el rechazo de la bivalencia, i.e. TL, podría admitir como nuevo axioma a “ $Tp \rightarrow p$ ”. Este axioma adicional dice que si es verdad que p entonces p . Sin embargo, “ $p \rightarrow Tp$ ” no es válido en TL. Si también se admitiese esta última fórmula,

IV. Las antinomias en TL

Según hemos visto, la fórmula que dice que es verdad que una proposición p es materialmente equivalente con otra proposición que dice que p es verdadera, i.e. $T(p \leftrightarrow Tp)$ implica y es implicada por la bivalencia. Ahora bien, ¿qué ocurre con la afirmación de que es verdad que una proposición p es equivalente con la afirmación de su propia falsedad? Consideremos la siguiente fórmula:

$$(3) T(p \leftrightarrow T\neg p)$$

Esta fórmula dice que es verdad que p si y sólo si p es falsa. ¿Puede (3) ser probada en TL? La respuesta es negativa. En TL, (3) es una contradicción, i.e. es falsa para cualquier asignación de verdad para p . La fórmula “ $\neg Tp \ \& \ \neg T\neg p$ ” es implicada por (3), es decir, una proposición que fuese equivalente con la afirmación de su propia falsedad no sería verdadera ni falsa. Por contraposición, se obtiene:

$$(4) Tp \vee T\neg p \rightarrow \neg T(p \leftrightarrow T\neg p)$$

En otras palabras: si se asume la bivalencia respecto de una proposición p , entonces p no puede ser equivalente con otra proposición que afirma que p es falsa¹⁸.

La importancia de este análisis es su obvia relación con ciertas antinomias, e.g. la paradoja del mentiroso. Así, Tarski, refiriéndose a una determinada oración (*sentence*) autoreferente S (e.g. “esta oración es falsa”), señala¹⁹:

In case S asserts its own falsity, we can show by means of a simple argument that S is both true and false—and we are confronted again with the antinomy of the liar.

En TL la situación es diferente. Según muestra von Wright, si una proposición p dice de ella misma que es falsa, entonces se puede probar que ella no es verdadera ni falsa²⁰. Von Wright *define* a una proposición antinómica

TL colapsaría en una lógica de la verdad “clásica”, es decir, una lógica en el que el operador T es redundante. Von Wright denomina *CLM* a este lógica “clásica” de la verdad. En CLM, al admitirse la fórmula $p \leftrightarrow Tp$, también se puede probar $Tp \vee T\neg p$. Al respecto, véase: VW96, pp. 81, y ss.

¹⁸ Conforme a al metateorema M1, es posible sustituir *salva veritate* en TL a T-fórmulas equivalentes, y por consiguiente, de $Tp \vee T\neg p \rightarrow \neg T(p \leftrightarrow T\neg p)$ podemos obtener $T(p \leftrightarrow Tp) \rightarrow \neg T(p \leftrightarrow T\neg p)$. Ello significa que si adoptamos el esquema desentrecomillado para la verdad entonces no puede admitirse como verdadero que una proposición p sea equivalente a otra proposición que afirma que p es falsa.

¹⁹ Tarski, Alfred, “Truth and Proof” en *A Philosophical Companion to First-Order Logic*, op. cit., p. 112

²⁰ VW84, p. 40. Su argumento es el siguiente:

A proposition can of course say of itself that it is false. “This proposition is false” = p . Which proposition? This same proposition, that p . So that, if Tp then also $TT\neg p$, i.e. $T\neg p$. Thus

señalando que una proposición es antinómica si y sólo, de la presuposición de que esa proposición es verdadera o falsa se sigue lógicamente que, si es verdadera entonces es falsa, y si es falsa entonces es verdadera²¹. Si una proposición p es antinómica, entonces tenemos en TL, $(Tp \vee T\neg p) \rightarrow (Tp \leftrightarrow T\neg p)$. El consecuente de este condicional es equivalente a $\neg Tp \ \& \ \neg T\neg p$, que es la negación del antecedente. Por esta razón, von Wright señala²²:

A (material) implication the consequent of which is the negation of the antecedent is logically equivalent with the consequent alone. This allows us to infer the consequent from the implication. The inference was called by the medievals the *consequentia mirabilis*. Thus we can infer, by the *consequentia mirabilis*, that if a proposition is antinomic then it lacks truth-value, is neither true nor false.

Un argumento similar al expuesto por von Wright puede encontrarse en el trabajo sobre paradojas de R.M. Sainsbury. En este libro, se supone que una proposición **L1** dice de sí misma que es falsa²³:

L1 L1 is falsa

Luego, asumiendo que si un enunciado es verdadero entonces no es falso y si es falso entonces no es verdadero, se obtiene: si **L1** es verdadero, entonces **L1** no es verdadero y si **L1** es falso, entonces **L1** no es falso. Por ello, Sainsbury concluye de la siguiente manera²⁴:

If a sentence implies its own negation, then we can infer that negation. (This principle is called *consequentia mirabilis*. It amounts to the validity of the sequent: $A \rightarrow \neg A \vdash \neg A$). ... So, standard reasoning guarantees that L1 is not true and it is not false. Let us summarize this as follows:

G L1 is neither true nor false

Por consiguiente, Sainsbury señala que, en apariencia, la respuesta más natural e inmediata a la paradoja del mentiroso sería señalar que L1 no es verdadera ni falsa. Sin embargo, Sainsbury destaca esta conclusión con ánimo destructivo, es decir, su intención es enfatizar que **G** no puede resolver la paradoja. Para ello ofrece diversos argumentos. En primer lugar, sostiene que el rechazo de la bivalencia reintroduciría la paradoja a través de un argumento más complejo. En segundo lugar, muestra que de L1 se sigue no solamente que L1 no es verdadero ni falso, sino también que L1 es verdadero y falso. En tercer lugar, señala que la paradoja se reintroduce cuando consideramos a una proposición que afirma de sí misma que es falsa o que

$Tp \rightarrow T\neg p$ which entails $\neg Tp$. But also, if $TT\neg p$ then Tp or $T\neg p \rightarrow Tp$ which entails $\neg T\neg p$. The proposition which says of itself that it is false thus necessarily (provably) is neither true nor false

²¹ VW84, p. 40

²² VW84, pp. 40-41

²³ Sainsbury, R.,M., *Paradoxes*, op. cit. pp. 111 y ss.

²⁴ Sainsbury, R.,M., *Paradoxes*, op. cit. pp. 112.

carece de valor de verdad. Finalmente, en cuarto lugar, señala que cuando una proposición dice de si misma que no es verdadera se vuelve a obtener la paradoja. Consideremos estos argumentos con mayor detalle²⁵.

1. Primer argumento

Supongamos que, conforme a **G**, **L1** no es verdadera ni falsa. Según Sainsbury²⁶

G entails that **L1** is not false. But this is the negation of L1 itself. So **G** entails

Not-L1 L1 is not false.

So **not-L1** is true (using the principle that anything which entails a sentence entails the truth of that sentence). This in turns entails that L1 is false (using the principle that any sentence whose negation is true is false). So **G** appears to entail a contradiction: that L1 is not false and L1 is false. Hence it cannot constitute a resolution of the paradox

¿Puede TL ayudarnos a refutar el argumento de Sainsbury? Es difícil responder claramente a esta pregunta ya que la manera de presentar a la paradoja no puede ser exactamente reproducida con el vocabulario de TL. Pero, supongamos que **L1** fuese representado mediante la fórmula (3) $T(p \leftrightarrow T\neg p)$. Como hemos señalado, de (3) se sigue $\neg Tp \ \& \ \neg T\neg p$. Para que se reproduzca la paradoja sería preciso mostrar que de $\neg Tp \ \& \ \neg T\neg p$ se sigue que (3) es falsa y no es falsa a la vez. Ahora bien, dado que (3) es una contradicción en TL, su negación es una tautología. Por ello, son teoremas de TL:

(5) $\neg T(p \leftrightarrow T\neg p)$

(6) $T \neg(p \leftrightarrow T\neg p)$

Pero de (5) o (6), conjuntamente con $\neg Tp \ \& \ \neg T\neg p$, no se puede derivar

(7) $\neg T \neg(p \leftrightarrow T\neg p)$

Sólo si pudiésemos derivar (7), la paradoja volvería a reintroducirse, i.e. la conjunción de (6) y (7) es una contradicción. Por consiguiente, aunque de (3) $T(p \leftrightarrow T\neg p)$ se siga que p carece de valor de verdad, en TL ello no es equivalente a señalar que (3) también carezca de valor de verdad. Es decir, es necesario distinguir claramente señalar que p carece de valor de verdad y afirmar que no es verdadera ni falsa la proposición que dice que es verdad que p si y sólo si p es falsa.

²⁵ No pretendemos ofrecer un análisis exhaustivo de los argumentos de Sainsbury sino, más bien, utilizar a esos argumentos como una estrategia para exponer algunos de los recursos analíticos más interesantes de TL.

²⁶ Sainsbury, R.,M., *Paradoxes*, op. cit. pp. 116

2. Segundo argumento

El segundo argumento que Sainsbury introduce para mostrar que el rechazo de la bivalencia es insuficiente para resolver la paradoja señala que **L1** no sólo conduce a sostener que **L1** no es verdadera ni falsa sino también que **L1** es verdadera y falsa. El razonamiento es el siguiente²⁷:

Suppose **L1** is not false, that is suppose not-**L1** (Principle: since **L1** = “**L1** is false” we may substitute one for the other...). Then not-**L1** is, by supposition, true. So **L1** is false (Principle: a sentence is false if its negation is true). So if **L1** is not false, it is false. But since this is what **L1** says it is, it is true. So it is both true and false.

Esta conclusión es explícitamente rechazada por von Wright de la siguiente manera²⁸:

A proposition which was equivalent with the assertion of its own falsehood would be neither true nor false (Such a proposition would *not* be both true *and* false – except in the “weak” sense of truth and falsehood which also covers propositions without truth-value).

TL es nuevamente útil para mostrar los presupuestos del argumento de Sainsbury que son necesarios rechazar. Supongamos que **L1** es representada en TL mediante nuestra fórmula (3) $T(p \leftrightarrow T\neg p)$. El argumento de Sainsbury comienza con la suposición de que **L1** no es falsa. Por ello, podemos representar esta suposición en TL, mediante la fórmula:

$$(8) \neg T\neg T(p \leftrightarrow T\neg p)$$

Luego, Sainsbury afirma que ello es equivalente a sostener la negación de **L1**, que en el caso de TL sería la negación de (3).

$$(9) \neg T(p \leftrightarrow T\neg p)$$

La contradicción que denuncia Sainsbury puede obtenerse sólo si se admite que (8) y (9) son equivalentes. Es decir:

$$(10) (\neg T\neg T(p \leftrightarrow T\neg p)) \leftrightarrow (\neg T(p \leftrightarrow T\neg p))$$

Sin embargo, (8) es equivalente a:

$$(11) TT(p \leftrightarrow T\neg p)$$

Dado que la iteración de T puede ser eliminada, se obtiene:

$$(12) T(p \leftrightarrow T\neg p)$$

Una vez que se establece esta conclusión es evidente que (8) y (9) no son equivalentes y no pueden ser sustituidos *salva veritate*. El principio que Sainsbury invoca nos llevaría a admitir que de la expresión “no es falso que verdadero *p*” se sigue “no es verdadero *p*”. En TL, sin embargo, este principio no es válido, y por consiguiente no puede mostrarse que **L1** es a la vez verdadero y falso..

²⁷ Sainsbury, R.M., *Paradoxes*, op. cit., p. 153

²⁸ VW84, p. 40

3. Tercer argumento

En este caso, el argumento de Sainsbury es que si suponemos que es verdadera una oración **LG** que afirma que ella es falsa o ni verdadera ni falsa, entonces se sigue que ella no es verdadera ni falsa y *también* que es verdadera o falsa. Según Sainsbury²⁹:

We can reason as follows: suppose LG is neither true nor false; then it is true (since an or-statement is true if one of its alternatives is), and so it is either true or false... Combining results, we show that it is both neither true nor false, and also either true or false.

Supongamos que es verdad una proposición p que es equivalente a una proposición que diga que p es falsa o que carece de valor de verdad. En TL puede representarse esta hipótesis de la siguiente manera:

$$(13) T [(p \leftrightarrow (T\bar{p} \vee \bar{T}p \ \&\ \bar{T}\bar{p}))]$$

El argumento de Sainsbury se basa en la hipótesis de que (13) no es verdadera ni falsa. Por consiguiente, la hipótesis es:

$$(14) \bar{T} T [(p \leftrightarrow (T\bar{p} \vee \bar{T}p \ \&\ \bar{T}\bar{p}))] \ \&\ \bar{T}\bar{T} T [(p \leftrightarrow (T\bar{p} \vee \bar{T}p \ \&\ \bar{T}\bar{p}))]$$

De (14), mediante la cancelación de la iteración de operadores T se obtiene:

$$(15) \bar{T} [(p \leftrightarrow (T\bar{p} \vee \bar{T}p \ \&\ \bar{T}\bar{p}))] \ \&\ T [(p \leftrightarrow (T\bar{p} \vee \bar{T}p \ \&\ \bar{T}\bar{p}))]$$

La fórmula (15) es una contradicción, y por ello no puede admitirse en TL.

La premisa que conduce a la conclusión inaceptable es el supuesto de que la proposición carece de valor de verdad. Pero, ¿qué proposición? Aquí es importante distinguir entre afirmar que (13) no es verdadera ni falsa y afirmar que la proposición p no es verdadera ni falsa. Consideremos que ocurre en el caso en que se admitiese que (13) es verdadera y, a la vez, se afirmase que p carece de valor de verdad.

De (13) podemos obtener $T [(p \leftrightarrow (T\bar{p} \vee (Tp \rightarrow T\bar{p})))]$. Luego, mediante sucesivas distribuciones del operador T, tenemos $Tp \leftrightarrow (T\bar{p} \vee (Tp \rightarrow T\bar{p}))$. Por contraposición, se deriva $\bar{T}p \leftrightarrow \bar{T}(T\bar{p} \vee (Tp \rightarrow T\bar{p}))$. El lado derecho del bicondicional es una disyunción y uno de sus miembros es un condicional. Transformando este condicional en la negación de una conjunción se obtiene en el lado derecho $\bar{T}(T\bar{p} \vee \bar{T}(Tp \ \&\ \bar{T}\bar{p}))$. El bicondicional, entonces, queda de la siguiente manera: $\bar{T}p \leftrightarrow \bar{T}(T\bar{p} \vee \bar{T}(Tp \ \&\ \bar{T}\bar{p}))$. Mediante la simplificación del bicondicional, leyes de De Morgan en el lado derecho del bicondicional e idempotencia de la conjunción, tenemos: $\bar{T}p \rightarrow (\bar{T}\bar{p} \ \&\ Tp)$. Si se admite que p no es verdadera

²⁹ Sainsbury, R.M., *Paradoxes*, op. cit., p. 116

ni falsa, entonces, se podría derivar $(\neg T\neg p \ \& \ Tp)$. Pero, de esta fórmula conjuntamente con la suposición de que p carece de valor de verdad se sigue una contradicción: $Tp \ \& \ \neg Tp$. La moraleja de este argumento es que (13) implica que p es verdadera o falsa, i.e. $Tp \vee T\neg p$.

A su vez, (13) implica a:

$$(14) T(p \leftrightarrow T\neg p) \vee T(p \leftrightarrow \neg Tp \ \& \ \neg T\neg p)$$

Transformando (14) en un condicional obtenemos

$$(15) \neg T(p \leftrightarrow T\neg p) \rightarrow T(p \leftrightarrow \neg Tp \ \& \ \neg T\neg p)$$

Dado que anteriormente hemos visto que en TL es un teorema $Tp \vee T\neg p \rightarrow \neg T(p \leftrightarrow T\neg p)$, tendríamos, por transitividad, que (13) implica a

$$(16) T(p \leftrightarrow \neg Tp \ \& \ \neg T\neg p).$$

Obviamente, ello no significa que p carece de valor de verdad, pero se puede señalar que cuando (13) es verdadera, entonces también es verdadera una proposición que expresa que p es equivalente a afirmar que p no es verdadera ni falsa.

El cuarto argumento

Sainsbury señala que una proposición **LG** que afirmase que ella no es verdadera reintroduce la paradoja. Su argumento es que **LG** dice que ella no es verdadera, entonces si es verdadera no es verdadera y si no es verdadera es verdadera. En TL, sin embargo, la fórmula $T(p \leftrightarrow \neg Tp)$ es equivalente a $(T\neg p \ \& \ T\neg\neg Tp) \vee (Tp \ \& \ \neg Tp)$. Ambos miembros son refutables, y eso significa que hemos probado en TL, $\neg T(p \leftrightarrow \neg Tp)$. En otras palabras, en TL no puede ser verdadera una proposición que afirma que ella misma no es verdadera.

V. Criterios para identificar antinomias

En su último ensayo acerca de las lógicas de la verdad (VW96), von Wright mantiene prácticamente inalterada la definición de antinomia, i.e. p es antinómica si y sólo si, si se asume que p es verdadera o falsa, se sigue lógicamente que si p es verdadera es falsa y si es falsa es verdadera. Sin embargo, también añade (VW96, p. 84):

... la proposición p es antinómica si, y sólo si, se puede probar una formula $(Tp \vee T\neg p) \rightarrow (Tp \ \& \ T\neg p)$.

Por consiguiente, habría dos *criterios*, materialmente equivalentes, para establecer si una proposición es antinómica en TL. El primer criterio (VW84) señala que si se asume que una proposición p es verdadera o falsa, entonces se sigue lógicamente que p es verdadera si y sólo si es falsa. El segundo criterio (VW96) señala que si se asume que una proposición p es verdadera o falsa, entonces se sigue lógicamente que p es verdadera y falsa. Ambos criterios pueden ser representados en TL de la siguiente manera:

$$(17) (Tp \vee T\neg p) \rightarrow (Tp \leftrightarrow T\neg p)$$

$$(18) (Tp \vee T\neg p) \rightarrow (Tp \& T\neg p)$$

Tanto (17) como (18) son equivalentes a $(\neg Tp \& \neg T\neg p)$. En otras palabras, en TL es posible demostrar

$$(19) (\neg Tp \& \neg T\neg p) \leftrightarrow ((Tp \vee T\neg p) \rightarrow (Tp \leftrightarrow T\neg p))$$

$$(20) (\neg Tp \& \neg T\neg p) \leftrightarrow ((Tp \vee T\neg p) \rightarrow (Tp \& T\neg p))$$

Por ejemplo, consideremos a (19). La prueba de derecha a izquierda ya ha sido comentada al mostrar las consecuencias que una antinomia tiene en TL, es decir que si p es una proposición antinómica entonces se sigue lógicamente que la proposición p carece de valor de verdad. La prueba de izquierda a derecha, i.e. $(\neg Tp \& \neg T\neg p) \rightarrow ((Tp \vee T\neg p) \rightarrow (Tp \leftrightarrow T\neg p))$ es simple. La fórmula $(Tp \vee T\neg p) \rightarrow (Tp \leftrightarrow T\neg p)$ es equivalente a

$$(21) \neg (Tp \vee T\neg p) \vee (Tp \leftrightarrow T\neg p)$$

y (21) es, aplicando las leyes de De Morgan, equivalente a:

$$(22) (\neg Tp \& \neg T\neg p) \vee (Tp \leftrightarrow T\neg p)$$

Por consiguiente, la fórmula

(23) $(\neg Tp \& \neg T\neg p) \rightarrow ((Tp \vee T\neg p) \rightarrow (Tp \leftrightarrow T\neg p))$ es equivalente a la fórmula:

$$(24) (\neg Tp \& \neg T\neg p) \rightarrow ((\neg Tp \& \neg T\neg p) \vee (Tp \leftrightarrow T\neg p))$$

Dado que una disyunción es lógicamente implicada por cualquiera de sus miembros individualmente, se sigue que $(\neg Tp \& \neg T\neg p)$ *implica lógicamente* a $(Tp \vee T\neg p) \rightarrow (Tp \leftrightarrow T\neg p)$. Mediante el argumento que los escolásticos denominaban *consequentia mirabilis*, hemos visto que $(Tp \vee T\neg p) \rightarrow (Tp \leftrightarrow T\neg p)$ *implica lógicamente* a $(\neg Tp \& \neg T\neg p)$. Por consiguiente, una proposición p carece de valor de verdad si y sólo si es *lógicamente equivalente* a otra proposición que expresa un criterio para determinar si p es antinómica en TL. Dado que $(\neg Tp \& \neg T\neg p)$ es lógicamente equivalente a $(Tp \vee T\neg p) \rightarrow (Tp \leftrightarrow T\neg p)$, ¿no puede simplemente decirse que es verdad que p es antinómica si y sólo si es verdadero p carece de valor de verdad?

La manera en que von Wright define a las proposiciones antinómicas parece impedir esta conclusión. Representemos mediante Ap la expresión “ p es antinómica”. Para que esta afirmación sea verdadera debería satisfacerse que:

(a) $Ap \leftrightarrow [\text{Del supuesto de que } (Tp \vee T\neg p) \text{ se sigue lógicamente } (Tp \leftrightarrow T\neg p)]$

En TL no se puede representar el lado derecho de este bicondicional. Ahora bien, de una implicación lógica se sigue un condicional material, y por esta razón, cuando p es antinómica, entonces tenemos en TL, $(Tp \vee T\neg p) \rightarrow (Tp \leftrightarrow T\neg p)$. Por esta razón, si p es antinómica, tendríamos

(b) $A_p \rightarrow [(T_p \vee T\neg p) \rightarrow (T_p \leftrightarrow T\neg p)]^{30}$

De esta manera, dado que (b) es una expresión que se sigue de – pero no implica lógicamente a – (a) la equivalencia entre $\neg T_p \& \neg T\neg p$ y $(T_p \vee T\neg p) \rightarrow (T_p \leftrightarrow T\neg p)$ no alcanzaría para probar que una proposición que carece de valor de verdad es antinómica.

Tal vez la respuesta más directa a este argumento es la siguiente: aunque de $(\neg T_p \& \neg T\neg p)$ se sigue lógicamente $(T_p \vee T\neg p) \rightarrow (T_p \leftrightarrow T\neg p)$, podría replicarse que eso todavía no muestra que si asumimos $(T_p \vee T\neg p)$ se sigue lógicamente $(T_p \leftrightarrow T\neg p)$. Para mostrar esta conclusión habría que establecer que existe una conexión específica entre el antecedente y el consecuente de este condicional; de manera tal que la verdad del consecuente dependiese de la verdad de su antecedente³¹. En este caso, se podría señalar que la conexión entre antecedente y consecuente es una relación de implicación lógica. Consideremos, por ejemplo, que se afirma:

Usted ha dejado de golpear a su esposa

Supongamos que esta frase no es verdadera ni falsa ya que usted nunca ha golpeado a su esposa. Según Sainsbury, podríamos argumentar de la siguiente manera³²:

If you have never beaten your wife, the sentence is certainly not true; but to say it is false, or to say that you have not stopped beating your wife, arguably suggests that you are still beating her.

De esta manera, la frase, “*Usted ha dejado de golpear a su esposa*” podría ser apta para sostener que ella es antinómica. Si sostuviésemos que ella es verdadera entonces parece seguirse algo falso (e.g. usted golpeaba a su esposa). De igual manera, si decimos que es falso que usted ha dejado de golpear a su esposa parece seguirse algo verdadero, i.e. que usted no golpea a su esposa. La misma conclusión puede obtenerse con otras conocidas expresiones, e.g. “El rey de Francia es calvo”, “los números primos son verdes”, etc., que usualmente son usadas como ejemplo de proposiciones que carecen de valor de verdad. Por ejemplo, von Wright afirma³³:

A name may be without bearer, a descriptive phrase not denote any existing thing. Examples: “Pegasus”, “The King of France”, “The greatest cardinal number”. Also such names and phrases often figure as the subject-terms in subject-predicates sentences.

³⁰ (17) y (18) no son fórmulas bien formadas de TL, y su única función en este párrafo es poner de manifiesto la compleja estructura de las proposiciones antinómicas.

³¹ Véase, G.H. von Wright, “Conditionality” en G. H. von Wright, *Six Essays in Philosophical Logic*, op. cit., p. 20 y ss.

³² Sainsbury, R.M, *Paradoxes*, op. cit., p. 113

³³ G.H. von Wright, “The Logic of Predication” en *Truth, Knowledge & Modality*, op. cit., p.49.

Of such sentences it seems natural to say that the propositions which they express are neither true nor false. The proposition that the greatest cardinal number is an even number is not true. *But nor is it false – which would mean that the greatest cardinal number is an odd number* (Itálicas añadidas)

Estas expresiones parecen, por consiguiente, satisfacer el criterio para ser consideradas antinómicas ya que si ellas fuesen verdaderas o falsas, entonces se seguiría que ellas son, a la vez, verdaderas y falsas. Esta conclusión no es en absoluto novedosa, y tampoco pretende demostrar que *cualquier* proposición que carece de valor de verdad es antinómica. Sólo pretende ilustrar que las diferencias entre ambas clases de proposiciones son menos importantes que lo que usualmente se asume. Las herramientas de TL también parecen avalar esta tesis. Mediante la regla M1 es permitida la sustitución *salva veritate* de los miembros de una expresión equivalente en TL. Por ello, parece claro que cualquier fórmula que puede *en TL* derivarse de una antinomia, también puede ser derivado de una proposición que carece de valor de verdad. A su vez, cualquier fórmula que puede *en TL* derivarse de una proposición que carece de valor de verdad también puede derivarse de una antinomia.

VI. Conclusiones

Las principales conclusiones de este trabajo son:

- (i) El rechazo del principio de bivalencia no conduce necesariamente a una contradicción
- (ii) En TL, la aparición de una proposición antinómica p no conduce a una trivialización del sistema de razonamiento, ya que ello sólo significa que p carece de valor de verdad.

Según hemos mostrado, sólo si el rechazo de la bivalencia conllevase una contradicción podría decirse que las antinomias son también catastróficas en TL. Ahora bien, es importante recordar que una de las razones principales para ocuparnos de las antinomias era, precisamente, que ellas involucran serias amenazas para nuestros esquemas conceptuales. Por ello, podríamos suponer que una *buena definición* de antinomia tiene que recoger este componente problemático de las antinomias. Por ejemplo, en LP la estructura de una antinomia podría ser $(pv\neg p \rightarrow p \ \& \ \neg p)$. Es obvio que, en LP, de $(pv\neg p \rightarrow p \ \& \ \neg p)$ podríamos derivar cualquier otra proposición, e.g. q .

En lógica proposicional, la fórmula $pv\neg p$ es una instancia tanto del principio de bivalencia como también del tercero excluido. Ahora bien, ¿es la bivalencia o el tercero excluido el “responsable” de la catástrofe en nuestros sistemas de razonamiento cuando aparece una antinomia? En TL, el principio de bivalencia no coincide con la formulación del tercero excluido, i.e. $Tp \vee \neg Tp$. Esta diferencia posibilita a von Wright mostrar que, en TL, (a) y

(b) no son rasgos definitorios de una proposición antinómica. Sin embargo, no es difícil reproducir estas características con una pequeña modificación a la definición ofrecida por von Wright. Para ello, sólo habría que asumir que la aparición de una antinomia no está vinculada a la bivalencia sino más bien al tercero excluido. Por ejemplo, podríamos sostener que una proposición p es antinómica si y sólo si del supuesto de que ella es verdadera o no es verdadera se sigue que es verdadera y no es verdadera. Si se acepta esta definición, entonces cuando p es antinómica, tendríamos en TL:

$$(25) (Tp \vee \neg Tp) \rightarrow (Tp \& \neg Tp)$$

Podemos denominar a (25) como *TL-antinómica*. El antecedente de este condicional es una TL-tautología, y por ello, mediante *modus ponens*, podríamos separar el consecuente. La fórmula $(Tp \& \neg Tp)$ es equivalente a $\neg (Tp \vee \neg Tp)$. Así, tendríamos

$$(26) (Tp \vee \neg Tp) \rightarrow \neg (Tp \vee \neg Tp)$$

Dado que el consecuente de este condicional es la negación de su antecedente, entonces, por el principio *consequentia mirabilis*, (26) es equivalente a $\neg (Tp \vee \neg Tp)$. En TL es válido

$$(27) \neg (Tp \vee \neg Tp) \rightarrow Tq$$

Por consiguiente, se puede mostrar que si una proposición es *TL-antinómica*, su aparición en nuestro sistema de razonamiento gobernado por TL conduce a una catástrofe.

¿Cuál de las definiciones de antinomia es más apropiada? No existe una respuesta unívoca a esta pregunta, y cualquiera de ellas puede ser útil en diversos contextos de análisis. Más importante que esta respuesta es, sin embargo, advertir que quienes vinculan conceptualmente las antinomias a la aparición de contradicciones y la catástrofe de nuestros sistemas de razonamiento dirán que la definición de von Wright no recoge las características más relevantes de las antinomias. En otras palabras, ninguna de las antinomias de von Wright sería *verdaderamente* una antinomia en TL de igual manera en que las tautología de LP no son *verdaderamente* tautológicas cuando empleamos un sistema de razonamiento gobernado por TL.



**ROBERT ALEXY Y LA
FILOSOFÍA DEL DERECHO**

LA NATURALEZA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO*

Robert Alexy**

Universidad Christian Albrecht de Kiel

La pregunta sobre la naturaleza de la filosofía del derecho está vinculada a dos problemas. El primero es el concerniente a la naturaleza general de la filosofía; el segundo, el del carácter especial de aquella parte de esta disciplina que llamamos “filosofía del derecho”.

I. La naturaleza de la filosofía

Existen tantas escuelas, métodos, estilos, objetos e ideales referentes a la filosofía, que es difícil explicar su naturaleza. Una explicación general presupondría que todas o por lo menos muchas de las muy distintas concepciones que han aparecido en la historia de la filosofía, tuvieran algo en común que pudiera concebirse como su significado esencial o su concepto.

Tal vez la propiedad más general del concepto de filosofía sea la reflexividad. La filosofía es reflexiva, porque es razonamiento acerca del razonamiento. La filosofía es razonamiento acerca del razonamiento, porque su objeto, la práctica humana de concebir el mundo, por uno mismo y por los demás, de un lado, y la acción humana, del otro, está determinado esencialmente por razones.

Tener una concepción del mundo por uno mismo y por los demás, es tener una concepción acerca de lo que existe. La acción, por su parte, presupone una concepción acerca de lo que debe hacerse o de lo bueno. A este respecto, cabe decir que el razonamiento acerca de la pregunta general sobre lo que existe, es lo que conforma a la metafísica en cuanto ontología; y el

* Publicado en *Associations* 7 (1), 2003, p. 63-75.

** Profesor de derecho público y filosofía del derecho de la Universidad Christian Albrecht de Kiel.

Traducción de Carlos Bernal Pulido, profesor de derecho constitucional y filosofía del derecho de la Universidad Externado de Colombia.

razonamiento acerca de la pregunta sobre lo que debe hacerse y sobre lo bueno, constituye a la ética. La práctica humana no sólo está basada – casi siempre, implícitamente – en respuestas a ambas preguntas. Ella asimismo incluye – también implícitamente casi siempre – numerosas respuestas a una tercera pregunta: la pregunta de cómo justificar nuestras creencias sobre lo que existe y sobre lo que debe hacerse o es bueno. Esta pregunta define a la epistemología. La filosofía intenta hacer explícitas las suposiciones ontológicas, éticas y epistemológicas implícitas en la práctica humana.

La reflexividad explícita es un elemento necesario pero no suficiente para explicar la naturaleza de la filosofía. Un profesor que detesta que los estudiantes mastiquen chicle durante sus clases puede llegar a ser reflexivo, si se pregunta a sí mismo cuáles son las razones para actuar de esa manera, pero ello no basta para que se convierta en un filósofo. La reflexividad debe estar asociada con otras dos propiedades, si quiere capturar la naturaleza de algo genuinamente filosófico. La reflexión debe ser reflexión sobre preguntas generales o fundamentales, y debe ser de índole sistemática. Como consecuencia, la definición más corta y abstracta, pero verdaderamente comprensiva de la filosofía puede ser la siguiente: la filosofía es la reflexión general y sistemática sobre lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno, y sobre cómo es posible el conocimiento acerca de estas dos cosas.

Desde luego, esta explicación no pretende agotar el objeto de la filosofía. Su brevedad lo excluye; e incluso es posible que una explicación mucho más elaborada tampoco sea capaz de abarcar exhaustivamente la naturaleza de la filosofía, porque puede que detrás y en medio de todos los conceptos que se utilicen para explicar su naturaleza, haya algo que no pueda captarse conceptualmente, a pesar de que la filosofía sea una actividad conceptual. Nuestra explicación, por lo tanto, sólo puede intentar proveer un punto de partida para responder la pregunta sobre la naturaleza de la filosofía del derecho. Puede asumirse que esta pregunta tiene – como la propia filosofía del derecho – una cierta autonomía, de tal modo que en realidad sólo necesitamos una concepción de la naturaleza general de la filosofía como un primer paso y no como una base final y completa, para que sobre ella descansa nuestra concepción de la filosofía del derecho, así como lo hace una casa sobre sus cimientos.

A pesar de su carácter extremadamente abstracto y altamente provisorio, mi definición de la filosofía como reflexión general y sistemática acerca lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno, y sobre cómo es posible el conocimiento acerca de estas dos cosas, conduce a tres corolarios importantes para nuestros propósitos. Primero, que la reflexión necesariamente tiene una dimensión crítica. Reflexionar sobre lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno, y sobre qué podemos conocer, es preguntar por y argumentar acerca

de lo que existe objetivamente, acerca de qué es verdadero o correcto, y qué está justificado. Si se define la normatividad como la habilidad para distinguir lo correcto de lo incorrecto, estas preguntas son normativas. La filosofía, como empresa necesariamente reflexiva, tiene por tanto necesariamente una dimensión normativa. Ahora bien, el carácter general y sistemático de la reflexión filosófica lleva, en segundo lugar, a una dimensión analítica, y en tercer lugar, a una dimensión sintética u holística de la filosofía. La dimensión analítica se define por el intento de identificar y hacer explícitas las estructuras fundamentales del mundo natural y social en que vivimos y los conceptos y principios fundamentales mediante los cuales comprendemos estos dos mundos. Sin este complemento analítico, la filosofía no puede ser ni general ni sistemática en un sentido sustancial.

En la filosofía del derecho, la dimensión analítica se refiere a conceptos como los de norma, “deber ser”, persona, acción, sanción e institución. La dimensión sintética se define por el intento de unir esto en un todo coherente. Un panorama coherente y fundado en profundidad acerca de lo que existe, lo que debe hacerse y lo bueno, y lo que podemos saber, es la idea regulativa de la filosofía, o en términos más simples, su finalidad última. Esto implica que la filosofía es necesariamente holística. Como consecuencia, nuestra definición de la filosofía debe complementarse con lo siguiente: la filosofía es normativa (o crítica), analítica, y holística (o sintética). Los tres conceptos de la definición: reflexiva, general y sistemática, y los tres conceptos del corolario: normativa, analítica y holística, son descripciones de las mismas cosas, vistas desde diferentes perspectivas.

II. Precompresión y argumentos

La filosofía del derecho, en cuanto filosofía, es una reflexión de índole general y sistemática, y tiene, exactamente como la filosofía en general, una dimensión normativa, otra analítica y otra holística. Su *differentia specifica* consiste en su objeto: el derecho. La filosofía del derecho no se dirige en general a las preguntas acerca de lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno, o lo que puede conocerse, sino a estas preguntas en relación con el derecho. Plantear estas preguntas en relación con el derecho es preguntar por la naturaleza del derecho. Esto parece llevar, desde luego, a definir a la filosofía del derecho como razonamiento acerca de la naturaleza del derecho.

No obstante, esto último parece ocasionar un problema. Se trata de un problema de circularidad que resulta del hecho de que, por una parte, la filosofía del derecho no puede definirse sin usar el concepto de derecho, mientras que, por otra parte, en cuanto razonamiento acerca de la naturaleza del derecho, tiene la tarea de explicar qué es el derecho. ¿Cómo puede la filosofía del derecho comenzar a explorar qué es el derecho, si es

imposible decir qué es la filosofía del derecho sin saber de antemano qué es el derecho? Con todo, esta circularidad no es viciosa sino virtuosa en su carácter. No es nada distinto a una versión del círculo hermenéutico, y debe resolverse como todas las variantes de este círculo: se comienza con una precomprensión sugerida por la práctica establecida y luego se elabora esta última mediante una reflexión crítica y sistemática.

La precomprensión del derecho no es sólo la precomprensión de una entidad que en sí misma es altamente compleja. A esta primera complejidad se suma – como una segunda complejidad – el hecho de que la precomprensión como tal puede conocer variantes extremas. La escala se extiende desde el “hombre malo” de Holmes¹, que define un punto de vista externo más bien independiente, hasta el “Juez Hércules” de Dworkin², que representa un punto de vista más bien interno e idealista. La filosofía del derecho como una empresa que al mismo tiempo es sistemática y crítica, no puede partir sólo de una precomprensión. Por el contrario, debe tener en cuenta todas las existentes y, más aún, tiene que analizar la relación que tienen todas ellas con todas las propiedades del derecho.

La exigencia de tener en cuenta todas las precomprensiones que se encuentran en el derecho y en la filosofía del derecho, de un lado, y todas las propiedades del derecho, del otro, sugiere la idea de algo así como un catálogo de todas las perspectivas y todas las propiedades. Pero, ¿cómo puede elaborarse una lista semejante? El mero hecho de recoger y compilar cada perspectiva y cada propiedad que aparece en la historia o en el presente ante nuestros ojos, como señala Kant, “no sería un *sistema racional* sino solamente una agregación compilada por azar”³. No es necesario argumentar para afirmar que esto sería incompatible con el carácter sistemático y crítico de la filosofía. La reflexión filosófica exige un sistema. Sin embargo, es más fácil decir que no basta una mera agregación o, como a veces señala Kant, una “rapsodia”⁴, que decir cómo puede construirse un sistema o marco conceptual adecuado. La mejor respuesta parece ser: no por medio de una teoría abstracta de la filosofía del derecho, sino mediante un análisis sistemático de los argumentos expuestos en la discusión sobre la naturaleza del derecho.

¹ Oliver Wendell Holmes (1897). *The Path of the Law*, *Harvard Law Review*, 10, p. 456-478, p. 459.

² Ronald Dworkin (1977). *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, p. 105.

³ Immanuel Kant (1996). *The Metaphysics of Morals*, en *The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant: Practical Philosophy*, ed. por Paul Guyer y Allen W. Wood, Cambridge, Cambridge University Press, p. 353-603, p. 493.

⁴ Immanuel Kant (1996). *Critique of Pure Reason*, Trad. De Werner S. Pluhar. Indianapolis y Cambridge, Hackett Publishing Company, p. 755 (*Kant's gesammelte Schriften* (n. 3) vol. 3, 538).

Ningún otro procedimiento parece reflejar mejor el carácter general de la filosofía del derecho como razonamiento sobre la naturaleza del derecho.

III. Tres problemas

Los argumentos sobre la naturaleza del derecho giran en torno a tres problemas. El primero apunta a la pregunta de ¿en que clase de entidades consiste el derecho, y cómo están conectadas estas entidades de tal modo que conforman la entidad global que llamamos “derecho”? Este problema es el concerniente al concepto de norma y de sistema normativo. El segundo y el tercer problema apuntan a la validez del derecho. El segundo es el relativo a su dimensión real o fáctica. Esta es el área del positivismo jurídico. Aquí debe distinguirse entre dos polos. El primero está determinado por el concepto de expedición autoritativa y el segundo por el de eficacia social. El tercer problema de la naturaleza de la filosofía del derecho es el concerniente a la corrección o legitimidad del derecho. Aquí el asunto principal es la relación entre derecho y moral. Ocuparse de este asunto es ocuparse de la dimensión ideal o crítica del derecho. Esta tríada de problemas es la que, tomada conjuntamente, define el núcleo del problema acerca de la naturaleza del derecho.

Esta tripartición pretende ser completa, neutral y sistemática. Es completa, porque está en capacidad de abarcar todos los argumentos que pueden aludirse a favor y en contra de una tesis sobre la naturaleza del derecho. La única prueba posible de ello, consiste en contrastar nuestro modelo triádico con todas las instancias críticas que sea posible. Ahora bien, el modelo es neutral, porque no adiciona preferencias al peso de los argumentos que comprende. La prueba de ello es la misma que se utiliza para probar la plenitud del modelo. Finalmente, el modelo es sistemático, porque conduce a obtener un panorama coherente de la naturaleza del derecho. En este caso, la prueba no puede consistir en nada más que en la elaboración de una contribución coherente.

Este último punto puede generalizarse. Sólo si se elabora la mejor teoría que logre conectar las respuestas correspondientes a cada una de estas tres preguntas sobre la naturaleza del derecho, la filosofía del derecho puede alcanzar su mayor grado de claridad. Sin embargo, no sólo es imposible desarrollar aquí una teoría de este tipo, con un grado sumo de perfección, sino que también se puede ser escéptico acerca de si acaso es posible alcanzar un ideal semejante de perfección. Afortunadamente, no es necesario saberlo todo para saber suficiente. A fin de obtener lo necesario para nuestros propósitos, basta utilizar el modelo triádico como marco conceptual para la discusión de varios problemas paradigmáticos.

IV. Cuatro tesis

La consideración de varios problemas paradigmáticos frente a nuestro modelo triádico debe confirmar cuatro tesis. A su vez, esta confirmación implica una corroboración del modelo. La primera tesis señala que la filosofía del derecho no está confinada a ciertos problemas especiales relativos al derecho; todos los problemas de la filosofía pueden presentarse en la filosofía del derecho. En este sentido, la filosofía del derecho incluye sustancialmente los problemas de la filosofía en general. Esto puede llamarse la “tesis de la naturaleza general”. La segunda tesis sostiene que existen problemas específicos de la filosofía del derecho. Estos se deben al carácter específico del derecho, que resulta del hecho de que el derecho es necesariamente autoritativo o institucional, así como crítico o ideal. Esta es la “tesis del carácter específico”. La tercera tesis señala que existe una relación especial entre la filosofía del derecho y otras áreas de la filosofía práctica, especialmente las de la moral y la filosofía política. Esto puede denominarse como la “tesis de la relación especial”. Existe una cuarta tesis que engloba las primeras tres tesis. En concreto, no sólo las reúne a modo de una cuarta tesis, sino que expresa una idea que se sitúa en su trasfondo. Se trata de la idea de que la filosofía del derecho puede tener éxito, únicamente si alcanza el nivel no sólo de una o dos de estas tesis, sino el de todas tres. Este es el “ideal comprensivo” que tiene la filosofía del derecho.

Mientras que el modelo triádico de los problemas de la filosofía del derecho pretende ser neutral, las cuatro tesis no. Estas implican decisiones con respecto a la solución de los problemas a los que se refieren. Esta circunstancia se hace evidente, cuando se contrasta el ideal comprensivo con algo así como un “máximo restrictivo”. Una versión radical de algo como el máximo restrictivo establece, primero, que la filosofía del derecho no debería implicarse nunca en problemas genuinamente filosóficos; segundo, que la filosofía del derecho debería concentrar sus esfuerzos en el carácter institucional o autoritativo del derecho; y, tercero, que la filosofía del derecho debería delegar las preguntas normativas críticas a la filosofía moral y política, que, por su parte, deberían permanecer, por así decirlo, más allá de su alcance. El máximo restrictivo refleja un panorama de la filosofía del derecho, que es fundamentalmente distinto del panorama del campo que esboza el ideal comprensivo. La filosofía del derecho se convierte en una teoría judicial del derecho, que está separada de la filosofía general, así como de la filosofía moral y política.

La elección entre el ideal comprensivo y el máximo restrictivo es una decisión fundamental. El carácter de la filosofía del derecho está determinado por esta decisión de una forma más radical que por la decisión que se plantea entre el positivismo jurídico y el no positivismo. La elección

entre positivismo y no positivismo es una decisión que tiene lugar dentro del ámbito de la filosofía del derecho. En cambio, la decisión entre el ideal comprensivo y el máximo restrictivo se sitúa en el nivel de la elección entre filosofía y no filosofía. Este es el trasfondo con el cual deben contrastarse nuestros problemas paradigmáticos.

V. Entidades y conceptos

Las respuestas que Kelsen y Olivecrona dieron en los años treinta a la clásica pregunta de en qué entidades consiste el derecho son nuestro primer ejemplo. Kelsen define “el derecho como norma”⁵, y las normas como significado⁶ y el “único sentido” de este significado como “deber ser”, y el “deber ser” como una “categoría”⁷. Este es el lenguaje en que se describen las entidades abstractas. Kelsen insiste que las normas – y, por tanto, el derecho – no pueden reducirse ni a eventos físicos ni a procesos psíquicos. Estas no pertenecen a una realidad natural sino a una “realidad ideal”⁸. Una realidad ideal como ésta, que existe además de los mundos físicos y psíquicos, sería un “tercer reino” en el sentido de Frege⁹. La posición opuesta se encuentra en Karl Olivecrona, quien, con un ojo puesto en Kelsen, sostiene que “las reglas del derecho son una causa natural – entre otras – de las acciones de los jueces cuando se presentan litigios, así como del comportamiento en general de las personas en relación con los demás”¹⁰. Esta pregunta – como pregunta ontológica – no es sólo una pregunta de interés filosófico general, sino también una pregunta que debe responderse a fin de determinar la naturaleza del derecho, y es por tanto una genuina pregunta de la filosofía del derecho.

Un partidario del máximo restrictivo puede objetar que la pregunta sobre el estatus ontológico de las normas es tan poco importante para los juristas, como es para dos geógrafos el interrogante de si una montaña en el África que ellos mismos han identificado y observado, tiene una existencia real o únicamente imaginaria¹¹. La réplica a esta objeción es que el problema del

⁵ Hans Kelsen (1992). *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trad. De B. Litschewski Paulson y S. L. Paulson de la primera edición de la *Reine Rechtslehre* (1934). Oxford, Clarendon Press, p. 13.

⁶ *Ibid.*, p. 11, 14.

⁷ *Ibid.*, p. 24.

⁸ *Ibid.*, p. 15.

⁹ Gottlob Frege (1967). *The Thought: A Logical Inquiry*, trad. de A. M. Quinon y M. Quinon, en *Philosophical Logia*, ed. P. F. Strawson. Oxford, Oxford UP, p. 17-38, p. 29.

¹⁰ Karl Olivecrona (1939). *Law as Fact*. Copenhagen, Einar Munksgaard, y Londres, Humphrey Milford, p. 16.

¹¹ Cfr. Rudolf Carnap (1928). *Scheinprobleme in der Philosophie*. Berlin-Schlachtensee, Weltkreis-Verlag, p. 35-6; reimpressa junto con Carnap (1961). *Der logische Aufbau der Welt*, Hamburgo, Felix Meiner Verlag, p. 325-6.

realismo tiene un diferente significado para los geógrafos que el problema del significado para los juristas. La respuesta a la pregunta sobre si las normas son contenidos de significado o causas naturales determina la respuesta a otro interrogante subsiguiente, a saber, si es posible concebir las normas como elementos de un sistema inferencial y, por consiguiente, como puntos de partida de argumentos, o si únicamente son elementos de una red causal. En el primer caso, sería posible el razonamiento jurídico orientado hacia la corrección; en el segundo, éste sería una ilusión. Esto muestra cómo la autocomprensión del razonamiento jurídico, y, mediante ella, la autocomprensión del derecho, depende de presuposiciones ontológicas. Desde luego, existen muchas maneras de reconstruir estas presuposiciones. Con todo, el mero hecho de que existe la necesidad de reconstruirlas es suficiente para confirmar la tesis de que la filosofía del derecho no puede operar sin argumentos que son genuinamente filosóficos en su carácter.

En todo caso, el concepto de norma o de “deber ser” es por lo menos un candidato para ser el concepto más abstracto de la filosofía del derecho. Si se desciende un paso de este nivel de abstracción, el impacto inferencial de los conceptos fundamentales del derecho llega a ser mucho más que obvio. La distinción entre reglas y principios es un asunto altamente abstracto de la teoría general de las normas. Al mismo tiempo, tiene consecuencias de largo alcance para la teoría del razonamiento jurídico. Si el derecho contiene los dos tipos de normas, entonces el razonamiento jurídico inevitablemente combinará la subsunción con la ponderación¹². Como consecuencia, el razonamiento jurídico estará determinado por estructuras que son las mismas del razonamiento práctico general. Esta es una importante razón para no concebir al razonamiento jurídico como un ámbito con derecho propio, separado y distinto de otros ámbitos de la razón.

Todo esto muestra que las preguntas filosóficas fundamentales deben responderse a fin de comprender la naturaleza del derecho. La reflexión sobre la naturaleza del derecho no puede tener éxito si se separa de la filosofía general.

VI. Propiedades necesarias

Preguntar por la naturaleza de algo es más que preguntar por las propiedades interesantes e importantes. Las preguntas sobre la naturaleza del derecho son preguntas sobre sus propiedades necesarias. El concepto de necesidad conduce al corazón de la filosofía. Lo mismo ocurre con los conceptos afines, es decir, los conceptos de lo analítico y de lo a priori. Sin

¹² Cfr. Robert Alexy, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, en *Ratio Juris*, núm. 16, p. 433-449.

estos conceptos es imposible comprender el significado de preguntas del tipo “¿cuál es la naturaleza de \emptyset ?”. Sin entender la estructura de preguntas de este tipo, no puede entenderse la pregunta principal de la filosofía del derecho: “¿cuál es la naturaleza del derecho?”; y fracasar en el entendimiento de esta pregunta es fracasar en saber lo que es la filosofía del derecho.

La posibilidad de definir el concepto de naturaleza tal y como aparece en oraciones de la forma “¿cuál es la naturaleza de \emptyset ?”, es decir, mediante el concepto de necesidad, permite sustituir la pregunta “¿cuál es la naturaleza del derecho?” por la pregunta “¿cuáles son las propiedades necesarias del derecho?”. Mediante el concepto de necesidad (y sus afines: los de lo analítico y lo a priori), esta pregunta conduce al carácter específico del derecho. Cuando se conecta con la pregunta de qué es necesario, la pregunta de qué es específico se convierte en la pregunta de qué es esencial. Esta es el área de la tesis del carácter específico.

Dos propiedades son esenciales para el derecho: la coerción o fuerza, de un lado, y la corrección o rectitud, del otro. La primera se refiere al elemento central de la eficacia social del derecho; la segunda expresa su dimensión ideal o crítica. La pregunta central de la filosofía del derecho es: ¿cómo se relacionan estos dos conceptos con el concepto de derecho y, mediante este último, entre sí mismos? Todas – o por lo menos casi todas – las preguntas de la filosofía del derecho dependen de la respuesta a esta pregunta central.

Un asunto bien discutido es si la coerción y la corrección están vinculadas necesariamente con el derecho. A esta disputa sigue otra meta-disputa sobre el problema de qué clase de argumentos pueden darse a favor y en contra de la necesidad de dichas conexiones. Es imposible elaborar aquí una respuesta para este problema¹³. Por consiguiente, me restringiré a algunas propiedades que parecen ser instructivas para nuestra pregunta concerniente a la naturaleza de la filosofía del derecho.

La coerción es el caso más fácil. Parece ser natural argumentar que un sistema de reglas o normas que en ningún caso autoriza el uso de la coerción o de sanciones – ni siquiera en caso de defensa propia – no es un sistema jurídico, y que esto ocurre debido a razones conceptuales basadas en el uso del lenguaje. ¿Quién aplicaría la expresión “derecho” a un sistema de reglas semejante? Sin embargo, las razones conceptuales de este tipo tienen poca fuerza por sí mismas. Los conceptos basados en el uso actual del lenguaje necesitan ser modificados, cuando se prueba, como dice Kant – quien

¹³ Cfr. Robert Alexy (2003). The Nature of Arguments about the Nature of Law, en *Issues in Jurisprudence and Legal Philosophy: The Nature of Law, Practical Reason, Authority, Sources of Gaps in the Law*, ed. L. Meyer, Oxford, Clarendon Press, 3-16.

menciona, entre otros, los conceptos de oro, agua y derecho – que no son “adecuados a su objeto”¹⁴. Incluir a la coerción en el concepto de derecho es adecuado a su objeto, el derecho, porque refleja una necesidad práctica necesariamente vinculada con el derecho. La coerción es necesaria, si el derecho está llamado a ser una práctica social que cumpla en la mayor medida posible sus funciones formales básicas, tal y como las definen los valores de la certeza y la eficacia jurídica. Esta necesidad práctica, que parece corresponder en cierto grado a la “necesidad natural”¹⁵ expuesta por Hart, se refleja en una necesidad conceptual implícita en el uso del lenguaje. Esto muestra que el lenguaje que usamos para referirnos a los hechos sociales, está inspirado en el principio hermenéutico de que todas las prácticas humanas deben concebirse como un intento de cumplir sus funciones de la mejor manera posible. Desentrañar esta conexión entre la necesidad conceptual y la necesidad práctica esclarece en qué sentido la coerción pertenece, en cuanto propiedad necesaria, a la naturaleza del derecho.

La segunda propiedad central del derecho es su pretensión de corrección. Esta pretensión está en genuina oposición a la coerción o fuerza; uno de los signos esenciales del derecho consiste en que éste comprenda la diferencia entre estos dos conceptos.

Como se ha mostrado, la necesidad de la corrección está basada en una necesidad práctica definida por una relación de medio a fin. En este sentido, tiene un carácter teleológico. La necesidad de la pretensión de corrección resulta de la estructura de los actos y del razonamiento jurídicos. Tiene un carácter deontológico. Hacer explícita esta estructura deontológica implícita en el derecho es una de las tareas más importantes de la filosofía del derecho.

Todos los métodos para hacer explícito lo implícito pueden aplicarse a este propósito. Uno de ellos es la construcción de contradicciones performativas¹⁶. Un ejemplo de esto es imaginar que una Constitución incorpora un artículo primero ficticio que establece lo siguiente: “X es una república soberana, federal e injusta”. Es difícil negar que este artículo es absurdo en algún modo. La idea subyacente al método de las contradicciones performativas es explicar este absurdo como el resultado de una contradicción entre lo que implícitamente pretende el acto de establecer una Constitución – es decir, que ésta es justa – y lo que se declara explícitamente – o sea, que es

¹⁴ Immanuel Kant (1996). *Critique of Pure Reason*, op. cit., p. 680 (*Kant's gesammelte Schriften* (n. 3) vol. 3, 478: “dem Gegenstände adäquat”).

¹⁵ H.L.A. Hart (1995), *The Concept of Law*. 2a. Edición, Oxford, Clarendon Press, p. 199.

¹⁶ Cfr. Robert Alexy (2002). *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, trad. de B. Litschewski Paulson y S. L. Paulson, Oxford, Clarendon Press, p. 35-9.

injusta -. Si esta explicación es correcta, y si necesariamente se eleva la pretensión de justicia, que es un caso especial del género de las pretensiones de corrección¹⁷, entonces se hace explícita una conexión necesaria entre derecho y justicia.

No es difícil reconocer cómo puede desafiarse este argumento. Sólo hay que negar que el derecho necesariamente eleva una pretensión de corrección. Una vez desaparece esta pretensión, entonces se desvanece toda contracción entre lo explícito y lo implícito. La declaración de injusticia contenida en nuestro artículo primero puede por tanto interpretarse como una expresión de una pretensión de poder.

No puede discutirse aquí la pregunta de si es posible que un sistema de normas sustituya la pretensión de corrección por una pretensión de poder y, a pesar de ello, continúe siendo un sistema jurídico¹⁸. Esta es una pregunta de la filosofía del derecho, no una pregunta sobre su naturaleza. Aquí basta decir que la discusión sobre las estructuras deontológicas necesarias implícitas en el derecho pertenece a lo más profundo de la naturaleza de la filosofía del derecho.

VII. Derecho y moral

Si se probara que la tesis de que el derecho necesariamente eleva una pretensión de corrección es incorrecta, sería difícil controvertir la tesis positivista de la posibilidad de separar el derecho de la moral. Lo opuesto, sin embargo, sí sería cierto, en caso de que la tesis sobre la pretensión de corrección fuera verdadera. Esta tesis entonces proveería una base sólida para el argumento de que la moral está necesariamente incluida en el derecho.

La inclusión de la moral en el derecho ayuda a resolver algunos problemas, pero crea también varios inconvenientes que sería posible sortear si se siguiera la tesis positivista de la separación. Los problemas que la inclusión de la moral puede ayudar a solucionar son, en primer lugar, el problema de las evaluaciones básicas que se encuentran al fundamentar y justificar el derecho; en segundo lugar, el problema de realizar la pretensión de corrección en la creación y la aplicación del derecho, y en tercer lugar, el problema de los límites del derecho.

Un aspecto del problema de las evaluaciones básicas ya ha aparecido anteriormente, cuando se clasificó la relación entre derecho y corrección como

¹⁷ La justicia es un caso especial de la corrección, si se puede definir a la justicia como la corrección en la distribución y la compensación; Cfr. Robert Alexy (1997), *Giustizia come correttezza*, en *Ragione Pratica*, 9, 103-113, p. 105.

¹⁸ Cfr. Robert Alexy (1998). *Law and Correctness*, in *Current Legal Problems (Legal Theory at the End of the Millennium*, ed. M. D. A. Freeman) 51, p. 205-21, p. 213-4.

una necesidad práctica. El concepto de necesidad práctica es ambiguo. Una interpretación débil únicamente se refiere a un tipo de relación medio – fin, en la que la elección del fin se trata sólo como un asunto fáctico o únicamente como algo hipotético. Esta es la trascendencia del concepto de Hart de “necesidad natural”, si los fines se entienden sólo como “algunas generalizaciones muy obvias... concernientes a la naturaleza humana y al mundo en que el hombre vive”¹⁹. No obstante, el panorama comienza a cambiar si los fines generales del derecho, como la certeza jurídica y la protección de los derechos fundamentales, son considerados como exigencias de la razón práctica, y cambia completamente, si estas exigencias son consideradas como elementos necesarios del derecho. Una interpretación fuerte como ésta del concepto de necesidad práctica constituiría una base evaluativa o normativa del derecho.

El segundo problema que la inclusión de la moral promete resolver, es la realización de la pretensión de corrección dentro del marco institucional del derecho. Un ejemplo de ello es el razonamiento jurídico que se lleva a cabo en los casos difíciles. Una vez que se concibe a la moral como algo incluido en el derecho, las razones morales pueden y deben participar en la justificación de las decisiones jurídicas, cuando se agotan las razones autoritativas. La teoría del razonamiento jurídico intenta explicar este fenómeno, concibiendo a este último como un caso especial del razonamiento práctico general.

El tercer problema que parece resolverse mejor mediante la inclusión de la moral en el derecho, es el de los límites del derecho. Si la injusticia extrema no debe considerarse como derecho – por lo menos desde el punto de vista del participante en el sistema jurídico – ¿cómo podría justificarse esta circunstancia sin recurrir a razones morales?²⁰

Sin embargo, todo esto representa solamente una cara de la moneda. La otra cara es, como ya se mencionó, que la inclusión de la moral en el derecho origina serios problemas. Una de las principales razones para que el derecho tenga una estructura autoritativa e institucionalizada es la incertidumbre general del razonamiento moral. Los debates morales tienden a ser interminables. A menudo en la vida social no puede alcanzarse un consenso mediante el discurso. Por razones de necesidad práctica, entonces, debe tomarse una decisión autoritativa. Con todo, este podría ser sólo un argumento para considerar que el razonamiento moral no pertenece al derecho, si no es posible incorporarlo dentro del razonamiento jurídico sin destruir la índole

¹⁹ Hart (1996). *The Concept of Law*. Op. cit., p. 192-3.

²⁰ Cfr. Robert Alexy (2002). *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, trad. de B. Litschewski Paulson y S. L. Paulson, Oxford, Clarendon Press, p. 40-62.

necesariamente autoritativa de los elementos de este último. Es una tarea principal de la filosofía del derecho investigar si esto es posible o no.

Un segundo problema es mucho más serio. Se trata del problema de si el conocimiento moral o la justificación moral puede existir de alguna manera. Si se probara que las tesis metaéticas del subjetivismo, relativismo, no cognitivismo, o emotivismo fuesen ciertas, la pretensión de corrección tendría que interpretarse en términos de algo como una “teoría errónea”, como Mackie ha sugerido²¹. Esto muestra que, mediante la incorporación de la moral por la vía de la pretensión de corrección, el derecho se encuentra cargado a sí mismo con los problemas del conocimiento y la justificación moral. Esta no es una carga pequeña.

Al comienzo de nuestras deliberaciones distinguimos tres principales preguntas de la filosofía: la pregunta ontológica de qué existe, la pregunta ética o práctica de qué debe hacerse o es bueno, y la pregunta epistemológica de qué podemos saber. Nuestro transcurso por los campos de la filosofía jurídica ha mostrado que ésta se enfrenta a todas estas clases de preguntas. Esto parece ya ser algo superior a lo que una sola persona puede alcanzar. Pero aún hay más. La naturaleza reflexiva y sistemática de la filosofía del derecho exige que se ensamblen todas estas preguntas en una teoría coherente, que, por su parte, se acerque al derecho en cuanto sea posible, para garantizar que lo que ella hace explícito es en realidad la naturaleza del derecho. En este sentido, nuestras reflexiones sobre la naturaleza de la filosofía del derecho terminan con la exposición de un ideal.

(Trad. de Carlos Bernal Pulido)

²¹ J. L. Mackie (1977). *Ethics. Inventing Right and Wrong*. London, Pelican Books, 35.



DOXA 26 (2003)

JUSTICIA COMO CORRECCIÓN*

Robert Alexy

Universidad Christian Albrecht de Kiel

1. El objeto de la justicia

La fórmula clásica según la cual la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*)¹ pone de manifiesto que el objeto de la justicia no es todo el campo de la moral, sino sólo aquella parte de ella en que están en cuestión repartos y compensaciones.² Casos paradigmáticos de justicia distributiva son la asistencia social y los impuestos. En el primero se trata de la distribución de bienes, en el segundo de honores; en ambos casos existe un sujeto que distribuye y una pluralidad de sujetos (al menos dos) a los cuales distribuir. En el ámbito de la justicia conmutativa, en cambio, no se trata, o al menos no inmediatamente, de una relación entre sujetos, sino de una relación entre objetos, o entre cosas, en el sentido más amplio. Se pueden distinguir tres casos fundamentales: el de la relación entre pena y culpa o ilícito; aquél entre daño y reintegro; aquél entre prestación y contra-prestación. Entre la justicia distributiva y la justicia conmutativa subsisten relaciones muy estrechas, y a menudo complejas. Por ejemplo, el derecho penal tutela, entre otros, el reparto de ciertos bienes sociales preexistentes, como la propiedad. Pero tiene también un efecto distributivo. Supongamos que a *a* se le inflige una pena muy dura por un cierto acto, y a *b*, por el mismo acto, una pena leve, y que los dos casos presentan las mismas ca-

* Traducción del italiano *Giustizia come correttezza* por Ana Inés Haquín, revisión técnica a cargo de la traductora y de Rodolfo Luis Vigo. Título original *Gerechtigkeit als Richtigkeit*, publicado en *Ragion pratica*, 1997/9, pp. 103-113, con traducción de Bruno Celano.

¹ Ulp. D. 1., 1, 10, 1.

² La distinción entre justicia en el reparto (distributiva) y justicia en la compensación (conmutativa) se remonta a Aristóteles (*Ética a Nicómaco*, V, 1130b-1131^a) y Tomás de Aquino (*Summa theologiae*, II, II, Qu. 61 A.1). La noción de justicia conmutativa es entendida aquí en un sentido amplio, comprensivo tanto de la justicia en los intercambios (justicia conmutativa en sentido estricto) como de la justicia en la compensación y en la pena.

racterísticas relevantes a los fines de la punibilidad. En este caso, se nos podrá preguntar no solamente si en uno de los dos casos, o en ambos, la relación entre culpa y pena no ha sido determinada erróneamente (sino ha sido violada la justicia conmutativa), sino también si se está en presencia de una desigualdad de trato privada de fundamento, esto es, justamente, un problema de justicia distributiva. También la relación entre prestación y contraprestación trasciende el ámbito de la justicia conmutativa. De la relación entre trabajo y salario, entre obra y compensación, entre mercadería y precio depende estrechamente la distribución de los bienes materiales en una determinada sociedad. El problema de la justicia distributiva, entonces, surge no solamente cuando, como ocurre en el caso de la asistencia social o de los impuestos, está claramente individualizado un sujeto que distribuye (en este caso, el estado); también se presenta cuando la distribución es remitida a la mano invisible del mercado.

No solamente las nociones de distribución y de compensación están estrechamente interrelacionadas una con otra. Existen, además, problemas morales con relación a los cuales no es fácil decir si se trata de problemas de distribución o de compensación. Si se considera el caso de una madre drogodependiente que abandona el propio hijo hasta dejarlo morir. Ciertamente, la madre ha violado gravemente los propios deberes y ha cometido un grave crimen; pero ¿también ha actuado injustamente? La respuesta depende del modo en que el caso es construido. Supongamos que el comportamiento de la madre, causa de la muerte del niño, es representado como un caso de infligir culpablemente sufrimiento, y por lo tanto como una forma de sanción; en esta hipótesis, aparecerá en primer plano la desproporción existente entre la inocencia del niño y el sufrimiento infligido por la madre. El caso se presentará, entonces, como un caso de justicia conmutativa, y se podrá afirmar que la madre ha actuado en modo profundamente injusto, porque ha infligido a un ser del todo inocente un sufrimiento extremo. Es posible, sin embargo, también una construcción diversa del mismo caso, una construcción a la luz de la cual la injusticia de la madre se configura como injusticia distributiva. Bastará representar al niño y la madre como una comunidad, y las fuerzas y las energías de la madre como un recurso común. La madre ha empleado las fuerzas propias y todas las energías propias en la satisfacción de las propias necesidades; haciendo así, ha optado (culpablemente o no) por una distribución que, desde el punto de vista de la justicia distributiva, es profundamente injusta.

También existen casos dudosos. El trato interesante de tales casos es, sin embargo, que ellos no contradigan y al contrario corroboren, la tesis de que el objeto de la justicia son distribuciones y compensaciones. Los casos en cuestión, en efecto, se configuran como problemas de justicia precisamente

sí, y solo sí, se los construye, se los conceptualiza, de manera tal que en ellos se trate de una distribución o de una compensación. Lo que constituye una significativa confirmación del hecho que, cuando está en cuestión la justicia, aquello que está en cuestión es siempre una distribución y/o una compensación.

2. La justicia como corrección

Una vez establecido que la justicia tiene relación con distribuciones y compensaciones, es fácil encontrar una definición general de la justicia:

La justicia es corrección (*Richtigkeit*) en la distribución y en la compensación.

Esta definición tiene, a primera vista, una desventaja: es abstracta, privada de contenido. En ella, el concepto de justicia, abstracto e indeterminado, es sustituido por un segundo concepto, el de corrección, más abstracto aún e indeterminado que el primero. Y es justamente la mayor abstracción del concepto de corrección lo que hace posible un análisis satisfactorio del concepto de justicia.

La definición de la justicia como corrección lleva a la luz un elemento de relieve: el concepto de justicia pertenece a una familia más amplia de conceptos, atinentes a los más altos criterios de valoración relativos a ámbitos determinados. El más importante *analogon* del concepto de justicia es el concepto de verdad. Así como la verdad es el más alto criterio de valoración de la corrección de proposiciones que vierten en torno a aquello que ocurre, del mismo modo la justicia es el más alto criterio de valoración de la corrección de distribuciones y compensaciones.

La circunstancia de que la justicia sea un particular tipo de corrección tiene profundas implicaciones para la teoría de la justicia. Quien afirma que algo es justo afirma siempre y de algún modo, al mismo tiempo, que es correcto. Y quien afirma que algo es correcto sobreentiende que es susceptible de ser fundamentado, justificado, mediante razones.³ La tesis según la cual la justicia es corrección, por tanto, conduce directamente a la idea de la justicia como posibilidad de fundamentación, o justificación, mediante razones.⁴

³ Cfr. R. Alexy, *Discourse Theory and Human Rights*, en "Ratio Juris", 9, 1996, p.215.

⁴ Existe, además del recorrido directo indicado en el texto, también un recorrido indirecto, que conduce también del concepto de justicia a la noción de fundamentación (justificación) mediante razones. Este recorrido parte de la siguiente tesis: las proposiciones según las cuales algo es justo, o injusto, son verdaderas y propias aserciones. A este punto de partida se une una segunda tesis: en general, con una aserción (no importa si ella vierte sobre justicia o injusticia de algo o no) es común avanzar una pretensión de corrección. La tercera tesis, en fin, asemeja al paso correspondiente al texto: una pretensión de corrección presupone una pretensión de

Esto es, lleva a la luz una relación interna entre el concepto de justicia y el de fundamentación (justificación).

3. Discurso

Las cuestiones de justicia son cuestiones normativas. Lo que quiere decir que, cuando está en juego la justicia, entendida como fundamentación (justificación) mediante razones, aquello que está en cuestión es la posibilidad de fundamentar normas relativas a distribuciones y compensaciones (en el sentido precisado).

Existen muchas teorías de la fundamentación de normas. En un extremo se encuentran las teorías emotivistas, subjetivistas, relativistas y decisionistas. Charles L. Stevenson es un importante sostenedor de este tipo de posiciones teóricas.⁵ El otro extremo está constituido por teorías racionalistas, objetivistas, absolutistas y cognoscitivistas. Un exponente significativo de esta orientación teórica es Max Scheler⁶. Ninguna de estas dos posiciones extremas puede ser atendida. El emotivismo, en su forma pura, desconoce el hecho de que los juicios de justicia son verdaderos y propios juicios⁷, mediante los cuales avanza un pretensión de corrección⁸. El contenido de esta pretensión es que los juicios de justicia sean algo más que la expresión de una toma de posición, o una decisión, meramente subjetiva o relativa. En el extremo opuesto, el objetivismo radical asimila en medida excesiva los juicios de justicia a normales juicios de hecho. No existen, o al menos no en la misma forma en que existen los hechos empíricos, valores morales a los cuales nuestros juicios de justicia deban en alguna medida corresponder, para poder ser verdaderos. Más bien, la corrección de nuestros juicios de justicia depende de los intereses y de las necesidades de todos aquellos que están implicados, así como de su tradición y de su cultura.

La teoría del discurso (*Diskurstheorie*)⁹ presenta una salida a este dilema. Por un lado, tiene en cuenta el hecho que es posible argumentar racional-

fundabilidad. Este recorrido puede decirse indirecto porque, en él, el concepto de justicia no juega rol esencial alguno: el punto de partida es el concepto de aserción. Es sólo mediante este último que es instituida una relación entre justicia y fundamentación mediante razones.

⁵ C.L. Stevenson, *Ethics and Language*, Yale University Press, New Haven, 1944.

⁶ M. Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 5 Aufl., Bern/München, 1966.

⁷ Cfr. G. Patzig, *Relativismus und Objektivität moralischer Normen*, in G. Patzig, *Gesammelte Schriften*, Bd. I, Göttingen, 1994, p.21.

⁸ R. Alexy, *Recht und Richtigkeit*, in W. Krawietz, R.S. Summers, O. Weinberger, G.H. von Wright (eds.), *Reasonable as rational? On Legal Argumentation and Justification*, Berlín, 1998.

⁹ Siguiendo el uso introducido en las traducciones italianas de las obras de J. Habermas, se traduce el término "*Diskurs*" con el italiano "discurso". Es necesario sin embargo tener

mente en materia de justicia; lo que permite superar la posición emotivo-subjetivista. Por otro lado, no descuida el hecho de que una teoría de la justicia es aceptable sólo si en ella es posible tener en cuenta en la medida adecuada los intereses y las necesidades, además de la tradición y la cultura, de los individuos implicados. Esto hace de la teoría del discurso la base de una teoría satisfactoria de la justicia

La teoría del discurso es una teoría procesal de la corrección de normas. Según la teoría del discurso una norma es correcta si y sólo si puede ser el resultado de un cierto procedimiento, y precisamente del procedimiento propio de un discurso práctico racional¹⁰. Para una adecuada comprensión de la naturaleza de la teoría del discurso en cuanto teoría de la justicia es de fundamental importancia que el procedimiento del discurso sea un procedimiento de *argumentación* y no un procedimiento de *decisión*. Es esta la manera en la cual la teoría del discurso se diferencia de las teorías procedimentales de la justicia de matriz hobbesiana¹¹. En teorías de este tipo, en efecto, no se busca, mediante argumentos y contraargumentos, aquello que es correcto; se maximiza, mediante la negociación y la decisión, la utilidad¹².

Un discurso práctico es racional en la medida en que satisfaga las condiciones de la argumentación práctica racional. Estas condiciones pueden ser subdivididas en dos grupos. Las condiciones pertenecientes al primer grupo hacen referencia a reglas válidas para toda argumentación práctica racional, independientemente de la teoría del discurso. Entre estas condiciones figuran la no contradicción, la universalidad (en el sentido de un uso coherente de los predicados utilizados), la claridad lingüística y conceptual, la verdad empírica, la atención por las implicaciones, la ponderación. Estas reglas valen también para los monólogos. Para la teoría del discurso, en cuanto teoría de la justicia, son de interés central las reglas atinentes en modo par-

presente que “*Diskurs*” designa una actividad lingüística caracterizada por la presencia de varios interlocutores (“diálogo”, “coloquio”). Nota del Traductor, Bruno Celano, que tradujo la versión alemana del texto al italiano.

¹⁰ Cfr. A propósito R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M., 1995, p. 95.

¹¹ Cfs. Por ej. J. M. Buchanan, *The Limits of Liberty*, Chicago/London, 1975, pp. 6 sgs., 28 sgs.; D. Gauthier, *Morals by Agreement*, Oxford, 1986, pp. 113 sgs.

¹² La notable posición originaria de Rawls es también ella un puro procedimiento de decisión (cfr. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1971, pp. 118 sgs.); en cuanto tal, sin embargo, ella es solamente un medio de presentación (*device of representation*) en el ámbito de una teoría comprensiva que no sigue líneas hobbesianas, ni kantianas. El mismo Rawls, frente a los muchos malos entendidos por parte de sus intérpretes, ha subrayado este punto con gran claridad: “Thus, it was an error in *Theory* (and a very misleading one) to describe a theory of justice as part or the theory or rational choice, as on pp. 16 and 583” (J. Rawls, *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, in “Philosophy and Public Affairs”, 14, 1985, p. 237).

ticular al discurso. Estas reglas tienen un carácter no monológico. Las más importantes son las siguientes:

- (1) Quien puede hablar puede tomar parte en el discurso.
- (2) (a) Todos pueden problematizar cualquier asección.
 (b) Todos pueden introducir cualquier asección en el discurso.
 (c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.
- (3) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (1) y (2) mediante coerción interna o externa al discurso.

Estas reglas expresan, en el plano de la argumentación, las ideas de libertad e igualdad entre las personas. Libertad e igualdad entre las personas que garantizan que todos los argumentos son puestos en consideración y que ninguno de ellos es excluido de antemano. Al mismo tiempo cada argumento es expuesto bajo las dos condiciones de la libertad y de la igualdad a la crítica intersubjetiva. De tal modo se realizan en el plano de los argumentos, las ideas de neutralidad y objetividad. Libertad e igualdad de las personas, y neutralidad y objetividad de los argumentos, son los elementos fundamentales de la teoría discursiva de la justicia. En resumen, la estructura de la argumentación contiene la estructura de la justicia.

De cuanto se ha dicho emergen dos ulteriores características importantes de la teoría discursiva de la justicia: procedimentalización e idealización. La procedimentalización se manifiesta en el hecho que las reglas anteriormente señaladas no establecen inmediatamente ningún requisito sustancial, de contenido, para la argumentación. Es, por el contrario, expresión del momento de la idealización el hecho de que no sería real esperar que, en los hechos, las reglas del discurso puedan ser todas completamente observadas. Procedimentalización e idealización culminan en el concepto del discurso ideal. Un discurso que sería, bajo cada aspecto, ideal, es un discurso en el cual la respuesta a un problema práctico es buscada bajo las condiciones de un tiempo y una participación ilimitadas, y de una total ausencia de constricción, en el curso de alcanzar una completa claridad lingüística y conceptual, de una información también completa, de la plena capacidad y disponibilidad al intercambio de roles, y de una total libertad de prejuicios. Si se confronta esta noción con la posición originaria rawlsiana aparece una diferencia fundamental en la construcción. En la posición originaria, la neutralidad debe ser asegurada mediante límites a la información disponible; en el discurso, en cambio, mediante una “remoción de las limitaciones, dotada de función idealizante”¹³.

¹³ J. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt a. M., 1996, p.75.

El discurso ideal tiene, en la teoría discursiva de la justicia, el rol de una idea reguladora. Lo mismo puede decirse del criterio general de corrección, definido con la ayuda de esta noción:

Son correctas, y por tanto justas, precisamente aquellas normas, relativas a distribuciones y compensaciones, a las cuales todos los participantes, en un discurso ideal, prestarían el propio asentimiento.

Esta definición suscita, como el resto de la idea de un discurso ideal, un conjunto de problemas, que no es aquí posible afrontar¹⁴. Aun en ausencia de un tratamiento de estas dificultades, es evidente que la teoría del discurso puede proporcionar una teoría de la justicia realmente utilizable solo si está en grado de resolver los problemas derivados de la ausencia de límites que caracteriza el discurso ideal. La solución de estos problemas, a su vez, puede ser encontrada sólo si se afrontan, en primer lugar, los problemas suscitados por la idealización, mediante una teoría de la institucionalización; y, en segundo lugar, los problemas generados por la procedimentalización, mediante una teoría de la sustancia.

4. Institucionalización

Se ha sostenido a menudo que el carácter ideal de la teoría del discurso implica la necesidad del derecho. Con relación a muchos conflictos sociales, no es tolerable que permanezcan sin resolver hasta que sea alcanzado un consenso unánime en una discusión ilimitada. Esto hace necesario el recurso a un procedimiento jurídico, como por ejemplo la legislación y la jurisdicción. La base de todo proceso por el estilo es la constitución. Es uno de los asuntos fundamentales de la teoría del discurso que un acuerdo sobre partes esenciales de la constitución, de carácter tanto sustancial como procesal, sea más fácil de conseguir que un acuerdo sobre las múltiples cuestiones particulares atinentes a la política y a la vida social. La constitución, pues, es el objeto primario de una teoría discursiva de la justicia.

5. Sustancia

En este punto, sobre el problema de la institucionalización se inserta el problema de la sustancia. El punto de partida está constituido por el hecho del pluralismo¹⁵. Las sociedades modernas están caracterizadas por la presencia de opiniones altamente diferenciadas respecto a cuestiones normativas fundamentales. Es posible, en una situación de este tipo, un discurso racional que conduzca a un consenso suficientemente amplio sobre

¹⁴ Cfr. a propósito R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, cit., pp. 113 ss.

¹⁵ J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, pp.36, 58 sgg.

los elementos esenciales de la constitución? La respuesta a esta pregunta requeriría un tratamiento más profundo, que no es posible aquí desarrollar. Aquí nos limitaremos a algunas observaciones.

5.1. *Tradición y crítica*

También en el discurso en torno a la constitución es fundamental la regla de inmisión: a todos está permitido introducir en el discurso las propias concepciones de la justicia. En la base de las diversas concepciones de la justicia se encuentran tradiciones y representaciones profundamente diversas entre sí. En línea de principio ninguna tradición, ninguna concepción de sí, está excluida del discurso sobre la justicia. En línea de principio, por tanto, todos los principios de justicia pueden ser introducidos en el discurso.

En el discurso, además, ninguna tradición, y ninguna concepción de sí o del mundo, goza de una protección particular¹⁶. Todo es expuesto al fuego de los argumentos. En esto se manifiesta una idea radicada profundamente en la teoría del discurso: la idea de la fe en sí misma por parte de la razón, fe que constituye una base esencial de la autonomía individual. Si esta idea no es una simple ilusión, se puede suponer que en un discurso libre muchas opiniones escasamente fundadas –en particular opiniones en materia de justicia poco convincentes– serán abandonadas, o al menos relativizadas. Es por esta razón que dictadores, tiranos y déspotas, espirituales y mundanos, temen el discurso libre y público.

5.2. *Unidad y diferencia*

El hecho de que concepciones de la justicia escasamente fundadas puedan ser abandonadas, o al menos relativizadas, gracias al discurso, no significa en efecto que los argumentos estén en grado de alisar todas las diferencias. Existen muchas concepciones normativas (más de cuantas son necesarias) que son resistentes a la criba de los argumentos. A semejantes opiniones una constitución democrática reserva dos lugares: los espacios de libertad asegurados mediante los derechos fundamentales, y el escenario de la competencia democrática, escenario cuyo telón puede ser alzado nuevamente aún después de una decisión legislativa por parte del parlamento. De este modo, queda un espacio suficiente para las diferencias. Pero es decisivo, a tal fin, que, sin prejuicios por las diferencias, exista un nivel su-

¹⁶ Cfr. a propósito J. Habermas, *op cit.*, pp. 60, 76, 260. Para una teoría de los límites del discurso que, bajo este aspecto, se contraponen a aquella de Habermas cfr. B Ackerman, *Why Dialogue?*, in “The Journal of Philosophy”, 86, 1989, pp. 16 sgg.

ficiente de acuerdo en torno a los derechos fundamentales y a la estructura fundamental del proceso democrático.

6. Equilibrio

En la base de las diversas concepciones de la justicia se encuentran principios de justicia diversos. Los principios son normas que prescriben que algo debe ser realizado en la medida más amplia posible, teniendo en cuenta el espacio de las posibilidades factuales y normativas¹⁷.

En 1945, C. Perelman enumeró seis principios de justicia, que constituyen otras tantas posiciones fundamentales en el ámbito de numerosas controversias en materia de justicia:

1. A cada uno la misma cosa.
2. A cada uno según los propios méritos.
3. A cada uno según las propias obras.
4. A cada uno según las propias necesidades.
5. A cada uno según el propio rango.
6. A cada uno aquello que le corresponde según el derecho¹⁸

Es posible tratar estas normas como reglas o como principios. Si se las considera como reglas, se incurre rápidamente en la dificultad de deber instituir, entre ellas, un ordenamiento rígido (aquello que Rawls llama un “ordenamiento lexicográfico”)¹⁹. Es aquí que surge el peligro del fanatismo. Por ejemplo: quién sigue al pie de la letra la primera regla, “A cada uno lo mismo”, y le atribuye absoluta prioridad respecto a las otras, llega a una forma de estricto igualitarismo, contra el cual es posible aducir argumentos extremadamente fuertes. Lo mismo acontece, en medida variable, con las otras reglas.

Un panorama del todo diverso se presenta, en vez, si se entienden las normas de justicia como principios. En este caso, se llega (como ya ha propuesto Nowell-Smith en uno de los primeros trabajos críticos sobre la teoría de Rawls) a una teoría de la justicia basada sobre nociones de ponderación, o equilibrio²⁰; la forma de aplicación que es propia de los principios es el equilibrio²¹. Una teoría de la justicia que tenga esta estructura es sin duda

¹⁷ Sobre el concepto de principio cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M., 1996, pp.79 sgs.

¹⁸ C. Perelman, *De la justicia* (1945), in C. Perelman, *Ethique et droit*, Bruselles, 1990, p.19.

¹⁹ J. Rawls, *A Theory of Justice*, cit., p.42.

²⁰ P.H.Nowell-Smith, *A Theory of Justice*, in “Philosophy and Social Sciences”, 3, 1973, pp.315 sgs.

²¹ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 77sgs.

preferible²². Ella permite una consideración adecuada de todos los puntos de vista, lo que constituye uno de los postulados fundamentales de la racionalidad. En consecuencia, en una teoría de este tipo es posible tratar de instituir, en un catálogo de los derechos fundamentales, un equilibrio racional entre los derechos de libertad liberales y los derechos sociales fundamentales. Lo mismo vale para la relación entre igualdad jurídica y de hecho. Y al mismo tiempo las herramientas del equilibrio racional pueden utilizarse fructuosamente para la teoría de la justicia.

La justicia como equilibrio tiene, pues, una ventaja ulterior: ella expresa la idea (una idea clásica para el tema de la justicia) de la justa medida. Con esto, ella excluye toda forma de fanatismo. El postulado de la disponibilidad al equilibrio es un postulado esencial del discurso racional en torno a la justicia, un postulado que expresa el respeto por los principios de justicia de los otros, y que, en consecuencia, es un corolario del reconocimiento de los otros como compañeros (partner) discursivos a todos los efectos, y como miembros de una sociedad de libres e iguales.

7. Exclusión

En este punto, sin embargo, la libertad de límites que caracteriza el discurso ideal se encuentra con una primera restricción: la exigencia de la disponibilidad al equilibrio sobre la base de los principios. Esta exigencia no significa que todo pueda ser tirado fuera por el torbellino del equilibrio. Existen núcleos de estabilidad normativa, contra los cuales no están más disponibles buenos argumentos. Pero también estos núcleos son, en una teoría racional, el resultado de un equilibrio.

El fanatismo consistente en la hostilidad al equilibrio no es la única forma de fanatismo que deba ser excluida. La teoría del discurso exige que, cuando en una cuestión la resolución pública de conflictos de intereses y la formación de un ordenamiento común de individuos libres e iguales, como ocurre en el caso de las cuestiones de justicia y de las cuestiones constitucionales, se puedan tener en cuenta sólo los argumentos que son *susceptibles de ser puestos a prueba*²³. Lo que implica que no se tendrá en cuenta en un discurso racional, o directamente se excluirá del mismo, un individuo que cuestione, aduciendo razones de orden religioso, metafísico o mágico, los derechos a la libertad e igualdad, y que, no obstante el reclamo al hecho que sus argumentos no son, evidentemente, susceptibles de ser puestos a prueba, se obstina en proponerlos. Naturalmente, el criterio en base al cual establecer si un argumento es susceptible de ser puesto a prueba o no necesita clarificación y precisión. En

²² Cfr. a propósito, recientemente, N Jansen, *Die Struktur der Gerechtigkeit*, Diss. Iur., Kiel, 1997.

²³ R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, cit., p.159.

casos dudosos, se deberá optar a favor, antes que en contra, de la admisibilidad de un argumento. Y todavía, sin un criterio por el estilo la posibilidad de hacer uso, en la práctica, de la teoría del discurso, en cuanto teoría de la formación de una concepción pública de la justicia, resultaría comprometida.

(Traducción de Ana Inés Haquín)



DOXA 26 (2003)

LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CARLOS S. NINO*

Robert Alexy

Universidad Christian Albrecht de Kiel

El iusfilósofo argentino Carlos *Nino*, fallecido muy tempranamente con apenas 50 años en 1993, presentó en su libro “The Ethics of Human Rights”¹, publicado en 1991, un ensayo impresionante y ampliamente elaborado de fundamentación de los derechos humanos. El propio *Nino* califica su teoría como un “conjunto de puntos de vista” que desde la perspectiva histórica se basa en Kant (p. 63, 91, 83, 129); en lo metodológico cultiva un constructivismo metaético traído a la discusión sobre todo por *Rawls*² (p. 83, 129), y en lo sustancial defiende principios liberales donde “liberal” ha de entenderse aquí en sentido anglosajón, como “liberal, social y democrático”. *Nino* incluye dentro de esa familia a *K. Baier*, *W.K. Frankena*, *R.M. Hare*, *J. Rawls*, *D.A. Richards*, *G. Warnock*, *T. Nagel*, *A. Gewirth*, *P. Singer*, *B.A. Ackerman*, *K.-O. Apel* y *J. Habermas*, sin perjuicio de profundas diferencias en los detalles (p. 63, 91).

* Original: “Carlos Santiago Ninos Begründung der Menschenrechte”, en Ziemske, Langheid, Wilms, Haverkate (eds.) *Festschrift für Martin Kriele*. München. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 1996. Traducción de M. C. Añaños Meza, estudiante de doctorado (Universidad Carlos III, Madrid), revisión de Carla Huerta (profesora de teoría del derecho, Universidad Autónoma de México), adaptación y supervisión de Francisco J. Laporta (Universidad Autónoma de Madrid).

¹ Oxford 1991 (en lo que sigue del texto se citará con indicación de la página). En la presente traducción se han tratado de adaptar las citas inglesas de Alexy a la edición española de *Ética y derechos humanos*. Barcelona. Ariel. 1989. Para ello se utilizan las páginas en cursiva tras la paginación inglesa. La edición inglesa, sin embargo, no coincide muchas veces con la española, por lo que cuando no aparezca cifra en cursiva es que no existe la página equivalente en español.

² Cfr. J. Rawls, Kantian Constructivism in Moral Theory, en: *Journal of Philosophy* 77 (1980), p. 515 ss.

I. El programa de fundamentación de *Nino*

Nino señala el objetivo general del constructivismo con las siguientes palabras:

“El objetivo es descubrir una estructura subyacente al razonamiento, discurso o acción moral que dé soporte a derechos morales básicos por referencia a los que las instituciones y prácticas de cualquier sociedad puedan ser evaluadas”. (p. 83)

Se trata de un programa de fundamentación de tres niveles. En el primer nivel se encuentra el análisis de la estructura de la argumentación y de la acción moral, en el segundo se fundamentan derechos con base a esta estructura que finalmente, en un tercer nivel, han de constituir parámetros para las instituciones.

Este programa de fundamentación general experimenta en *Nino* una agudización teórico- discursiva en el primer nivel ya que se introduce un segundo plano, el de los principios liberales, de tal manera que en total aparece un modelo de cuatro niveles: (1) discurso, (2) principios, (3) derechos, (4) instituciones. La relación entre los tres primeros escalones se define como sigue:

“los aspectos estructurales del discurso moral revelarán criterios que permitan la justificación de principios sustantivos que den soporte a los derechos humanos” (p. 80, 125).

La fundamentación de los principios y de los derechos también podría concentrarse en un segundo nivel dividido a la vez, de modo que nuevamente se podría volver a un modelo de tres niveles. Esto no afectaría en nada la materia. Sólo es importante no perder de vista la relación escalonada en la fundamentación de los principios, por un lado, y de los derechos, por el otro.

Todo ello tiene la apariencia de una fundamentación lineal, deductiva o cuasideductiva y, de hecho, el trayecto desde el discurso pasando por los principios hacia los derechos e instituciones conforma el núcleo del argumento de *Nino*. Junto a ello hay un gran número de relaciones transversales y no pocos argumentos adicionales. Además *Nino* engloba la totalidad de su argumento en un modelo de coherencia, en el que debe producirse un equilibrio reflexivo como en *Rawls*. Este equilibrio debe producirse entre tres polos: (1) las convicciones intuitivas, (2) los principios sustantivos generales y (3) un test formal de validez que se refiera a los aspectos estructurales del discurso moral. Aquí se puede dejar de lado la cuestión de la exactitud de la tesis de *Nino* cuando sostiene que su modelo de equilibrio reflexivo se diferencia del de *Rawls* en que presenta una estructura triádica, mientras que *Rawls* se ciñe a la armonía entre juicio individual y principio

(p. 70, 106).³ Sólo debe ser de interés el hecho de que *Nino* comprende su transición de la estructura del discurso moral a principios sustanciales como la aplicación de “una suerte de método ‘trascendental’” (p. 115, 178).⁴ Esto diferencia a *Nino* de *Rawls* -muy en especial del último *Rawls*- y lo acerca a ensayos de fundamentación teórico-discursiva como los de *Apel* y *Habermas*. Precisamente por ello se hace atrayente hacer una revisión más de cerca de la teoría de *Nino*.

II. La estructura del discurso moral

Todo argumento trascendental se compone como mínimo de dos premisas. La primera premisa identifica el punto de partida del argumento, que consta de cosas como percepciones, pensamientos, actos de habla, acciones o interacciones, y sostiene que este punto de partida es necesario en algún sentido. Luego, la segunda premisa afirma que algunas categorías o reglas son necesarias si el objeto elegido como punto de partida ha de ser posible. Finalmente, la conclusión dice que estas categorías y reglas son necesariamente válidas.

El punto de partida de *Nino* es la estructura del discurso moral. Sin embargo, no se esfuerza demasiado en su elaboración. Más bien renuncia expresamente a una reconstrucción completa. En lugar de ello, *Nino* sólo proporciona breves referencias de algunos caracteres formales, en donde se remite de forma muy genérica a autores como “*Baier, Frankena, Hare, Rawls, Nagel* y *Richards*” (p. 71, 108). A pesar de la brevedad, se encuentran en *Nino* todos los elementos fundamentales de la teoría del discurso.

1. La libertad de argumentación

La idea fundamental de toda teoría del discurso racional es la idea de la libre argumentación. *Nino* expresa esta idea con las siguientes palabras:

“El discurso moral está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de la aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a a las acciones de los otros” (p. 71, 109.)

Ello excluye la referencia obligatoria a autoridades, el uso de amenazas, así como toda forma de coacción. Es interesante que *Nino* extiende también esta lista de prohibiciones al ofrecimiento de ventajas. De este modo se

³ Cuando se incluyen los “formal constraints of the concept of right”, empleados también por *Nino* (Cfr. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge Mass. 1971, p. 130 ss.), en el equilibrio reflexivo, se llega rápidamente a una estructura triádica en *Rawls* dentro de la cual se puede seguir diferenciando (Cfr. W. Kerstin, *John Rawls zur Einführung*, Hamburg 1993, p. 119 ss.).

⁴ Cfr. Además p. 253 de la edición inglesa: “Kantian ,transcendental method”

hace claro que el discurso no es un procedimiento de negociación sino de argumentación. Sólo debe contar la fuerza del argumento. Asimismo, *Nino* excluye argumentos que se fundan en la tergiversación (*misrepresentation*) y en técnicas de motivación que tienden a un puro condicionamiento. Uno podría preguntarse si tales exclusiones o prohibiciones pertenecen directamente a la estructura del discurso racional o si el impedimento o eliminación de tales males no puede dejarse más bien a la libre actividad del coparticipante en el discurso de tal manera que la exclusión de la manipulación y de las tergiversaciones sea una consecuencia de la estructura del discurso. Mas esto puede dejarse de lado aquí. De todas formas está claro que la libertad en el discurso no es sólo una libertad de coacción externa sino que es también una libertad de juicio.

2. Cinco condiciones

Para que los principios de convivencia en el discurso puedan ser aceptados libremente, deben, según *Nino*, presentar cinco propiedades: deben ser públicos, generales, supervinientes y universales, así como deben poseer prioridad frente a otras razones de actuar (p. 72 s. 110 s.). El parentesco de estas exigencias con las “*formal constraints of the concept of right*” de *Rawls*⁵ salta a la vista y es también señalado por *Nino*. Mientras la publicidad y prioridad de las razones morales son exigencias formales claramente distinguibles, no es tan simple la delimitación entre generalidad, universalidad y superveniencia.

Un principio será general cuando su formulación sólo se refiera a cualidades y relaciones y no contenga nombres propios ni descripciones definidas de casos determinados. Mientras la generalidad se refiere a la estructura formal del contenido del principio y con ello designa algo que, de acuerdo con *Hare*, es llamado predominantemente “universal”, aquello que *Nino* designa como “universalidad” apunta a la aplicación de principios. Un principio será aplicado universalmente cuando encuentra aplicación a todo caso al que según su contenido sea aplicable independientemente del espacio y tiempo (p. 72 s., 110). Uno podría preguntarse si esto no está ya contenido en el concepto de validez de un principio. La superveniencia se refiere, como la generalidad, al modo de formulación de los principios. Según *Hare* las expresiones normativas como “bueno” y “debido” son supervinientes porque su aplicación depende de predicados empíricos.⁶ Cuando el acto h_i

⁵ J. Rawls (Fn.3), p. 131 ss.

⁶ R.M. Hare, *The Language of Morals*, London/Oxford/New York 1952, p. 80 s., 153 s. Cfr. Además T. Horgan, *From Supervenience to Supersupervenience: Meeting the Demands of a Material World*, en: *Mind* 102 (1993), p. 555 ss.

está mandado pero el acto h_2 está prohibido, entonces tiene que haber una diferencia fáctica entre h_1 y h_2 que justifique la distinta categorización normativa. No puede decirse: “ h_1 coincide exactamente en todo sentido con h_2 excepto en una sola cosa, que h_1 está mandado y h_2 , prohibido”. La superveniencia vincula el discurso moral con las razones empíricas. *Nino* se refiere a un aspecto esencial de esta idea cuando exige que los principios morales tienen que conectarse con cualidades empíricas o fácticas constatables por cada persona. Normas oscuras, como “lo que es malo está prohibido”, quedan así excluidas.

3. Imparcialidad

Nino constata acertadamente que tales criterios formales no son suficientes para asegurar un consenso en cuestiones morales. Pero en cualquier caso excluyen algo, por lo que resulta del todo razonable formularlos de alguna manera como condiciones o reglas del discurso práctico. Finalmente, un criterio más necesario que la relación observada hasta ahora de libertad argumentativa y racionalidad práctica formal es el tercer criterio, el de imparcialidad. La imparcialidad puede expresarse en la filosofía moral mediante construcciones muy diferentes. El espectro alcanza desde las teorías del observador ideal hasta la de la posición original de *Rawls*. *Nino* opta por un “punto de vista imparcial” que exige de nosotros:

“considerar cada interés por sus propios méritos y no tomando en cuenta la persona en quien se origina “ (p. 75, 117).

Esta exigencia puede expresarse también con el postulado del cambio de roles⁷.

Hasta aquí *Nino* se sitúa fundamentalmente en la corriente principal de la teoría del discurso. Sin embargo, su argumento parece tomar otro giro cuando él mismo observa inmediatamente después de la introducción de su “punto de vista imparcial”, que:

“esto no sería un rasgo distintivo del discurso moral sino que sería un presupuesto fundamental de nuestra concepción del mundo y de nosotros mismos” (p. 75, 117).

Con esto parece que *Nino* despoja al discurso moral de su sustancia moral. Ésta se encuentra precisamente en la imparcialidad. Cuando se traslada la imparcialidad a “nuestra concepción del mundo y de nosotros mismos”, la justificación de los derechos humanos se convierte esencialmente en una justificación desde nuestra comprensión del mundo y de nosotros mismos.

⁷ Cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Ed., Frankfurt a.M. 1991, p. 251. Hay traducción española de Manuel Atienza e Isabel Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1989.

Esto no concuerda con el programa de fundamentación de *Nino* y no se ajusta a sus demás aseveraciones. Así *Nino* fundamenta su principio de la inviolabilidad de la persona con el “punto de vista impersonal *que subyace al discurso moral*” (p. 158, cursiva R. A., 255). Esto último habla más bien a favor de que *Nino* desea sostener un vínculo necesario entre los conceptos de discurso moral y de imparcialidad.

4. *Verdad moral*

Esta interpretación se apoya en el análisis de *Nino* sobre el significado de un juicio moral de la forma “Una acción X debe moralmente ser realizada” y en su definición de la verdad de tales juicios que incluyen una referencia a la imparcialidad. Como *Nino* une a la vez sus rápidas afirmaciones sobre el discurso moral con aquel análisis y esta definición, se citan ambas aquí:

“Un juicio que expresa que debe moralmente hacerse X puede analizarse como un juicio que predica de la acción X que ella es requerida, en ciertas circunstancias definidas por propiedades fácticas de índole genérica, por un principio público que sería aceptado como justificación última y universal de acciones por cualquier persona que fuera plenamente racional, absolutamente imparcial y que conociera todos los hechos relevantes. Un juicio de este tipo es verdadero si el principio a que alude fuera efectivamente aceptado en tales condiciones” (p. 75, 117)

Este análisis y su correspondiente definición de la verdad moral se aplican a un consenso hipotético bajo condiciones ideales: un juicio moral individual es verdadero cuando es exigido por un principio moral que encontraría la aprobación de todas las personas plenamente racionales, imparciales e informadas. Incluso se podría renunciar a la mención de las cinco cualidades del principio en cuestión (público, general, factual/superviniente, universal, final/preeminente) ya que una persona que aprueba un principio que no presenta estas cualidades no podría ser plenamente racional. De esta forma se puede atribuir cierta significación al carácter definitorio de “racional”, no definido por *Nino*.

Aun quien esté de acuerdo total o muy ampliamente con el contenido de la definición de *Nino* podría dudar de que sea adecuado designar como “verdad” aquello que se define. Se puede ser de la opinión de que en el ámbito de lo práctico o de la moral el concepto de corrección es más adecuado. Mas esto no ha de responderse aquí. Por ello, en adelante se emplearán las expresiones “verdad moral” y “corrección moral” como sinónimas y cuando simplemente se trate de verdad o corrección, será para referirse a la verdad moral o la corrección moral. Tampoco se tratará aquí de cual sea el rol que juega en *Nino* la graduación entre el juicio individual y el principio. ¿Por qué sólo los juicios individuales deben ser susceptibles de verdad? ¿Qué habla en contra de designar también como “correctos” a los principios que bajo

las condiciones dadas encuentran aprobación general? Si se aceptase esto se llegaría a la clave siguiente de la teoría del discurso de *Nino*: Es correcto o verdadero precisamente aquel principio,

“que sería aceptado por cualquier persona imparcial, racional y concedora”
(p. 76, 117).

En esta definición se trata solamente del resultado hipotético y no del procedimiento de la argumentación o del discurso; pero puede modificarse ligeramente de manera que incluya explícitamente el aspecto procedimental como elemento decisivo de definición. Se pueden designar como “teórico-discursivas” todas aquellas teorías que hacen depender la verdad práctica o corrección de una norma de la aprobación con base en argumentos bajo condiciones ideales. Si se toma como base este criterio, la teoría de *Nino* es sin duda teórico-discursiva.

III. La necesidad del discurso moral

La primera premisa de un argumento trascendental, como se explicó antes, no sólo debe identificar el punto de partida del argumento sino que debe afirmar también su necesidad. Hasta ahora sólo se han reconstruido las presuposiciones necesarias del discurso moral, lo que sirve a la identificación del discurso moral como punto de partida, pero por lo demás pertenece al ámbito de la segunda premisa del argumento trascendental. Sobre la necesidad del discurso moral así identificado, sin embargo, todavía no se ha dicho nada. Todo depende de ésta para el argumento total. Si el discurso moral sólo fuera un juego entre otras alternativas, entonces los derechos humanos que se fundamentan en el mismo serían también sólo una de tantas alternativas.

1. Fundamentación moral

La pregunta por la necesidad del discurso es la pregunta por su fundamentación, en la medida, pero sólo en la medida de que represente la última pieza de la fundamentación, aquella a la que pueda designarse como “fundamentación última”. Con esta expresión se designa aquí sólo el nivel de fundamentación y no cosas como la irrefutabilidad o la infalibilidad. *Nino* considera otras posibilidades más pero las rechaza todas. Como primera alternativa considera la posibilidad de una fundamentación moral. Los consensos producidos discursivamente tienen una función social esencial: evitan o eliminan conflictos y posibilitan o facilitan la cooperación (p. 71, 109). Entonces, se podría pensar en justificar los discursos, primero, por ser el medio para el fin de la solución pacífica de conflictos y de la cooperación, y segundo, porque la solución pacífica de conflictos hasta evitar la guerra civil, así como la cooperación social, representan valores morales. Así, toda guerra civil pone en peligro el derecho a la vida e integridad corporal, y sin

cooperación social difícilmente pueden satisfacerse las necesidades básicas de cada uno en una medida moralmente requerida. Mas todo esto no puede alegarse como última fundamentación del discurso, pues, según la construcción total del argumento trascendental, todos los principios, derechos e instituciones deben ser fundados en el discurso, y no éste en aquéllos (cfr. p. 80 s., 125 s.). Las fundamentaciones circulares pueden quizá ser posibles en el modelo de coherencia del equilibrio reflexivo, pero destruyen el argumento trascendental lineal.

2. *Fundamentación técnica*

Una segunda posibilidad es la fundamentación del discurso a partir de consideraciones de utilidad individual o colectiva. Tal fundamentación puede designarse como “técnica” o “pragmática”. Aquí sólo debe interesar la relación entre el discurso y la maximización de la utilidad individual. Que sea ventajoso para el individuo en general evitar las guerras civiles y la cooperación social independientemente de todas las consideraciones morales, es, desde *Hobbes*, la idea rectora de todas las teorías del contrato y de la decisión orientadas a la maximización de la utilidad. *Nino* parece tener poca consideración hacia tal fundamentación. Ya que las razones morales deben ser razones del más alto rango, la moral no puede ser fundada en consideraciones finalistas que, según *Nino*, representan razones de un rango más bajo (p. 81, 126).

Lo cierto es que las consideraciones finalistas no pueden crear ninguna razón que en caso de conflicto prevalezca sobre la solución maximizadora de la utilidad individual. Las consideraciones finalistas son razones para una conducta de acuerdo con la moral sólo en la medida en que la conducta sea adecuada. Ninguna fundamentación última de la moral o del discurso puede basarse en esto. De todos modos, un punto que la teoría de los derechos humanos no debe perder de vista es una posible congruencia fáctica entre maximización de la utilidad y discurso. En un mundo en el que se tiene que contar con numerosos maximizadores de utilidad más o menos genuinos sólo puede ser bueno para la realización de los derechos humanos que pueda demostrarse también que éstos son beneficiosos para la utilidad individual y colectiva, por lo menos a largo plazo.

3. *La renuncia de Nino a la fundamentación última*

Debido a la circularidad de una fundamentación moral⁸ y de la fuerza insuficiente de una mera fundamentación técnica o pragmática, *Nino* renuncia

⁸ *Nino* ilustra acertadamente la circularidad necesaria de toda fundamentación moral de la moral con ayuda de la pregunta: “Qué razón moral tengo yo para hacer lo que prescribe la moral, que no sea una razón que derive de los mismos principios morales” (p. 82, 127).

por completo a una fundamentación última de la práctica del discurso moral y con ello, de la moral fundamentable en ella. Nuestra práctica del discurso moral estaría condicionada históricamente (p. 103, 161) y no sería universal ni en el tiempo ni en el espacio (p. 109, 170). No se podría convencer a las personas que se niegan a escuchar razones (p. 104, 162). Por ello, en vez de una fundamentación última sólo sería posible una explicación

“de por qué una sociedad desarrolla una cierta práctica de discurso moral y por qué buena parte de los individuos tienden a participar en ese discurso” (p. 82, 127).

Tal explicación podría incluir reflexiones evolucionistas, pero no se trataría de una justificación.

Esto es una renuncia explícita a una fundamentación última. Esta renuncia incluye la renuncia al carácter trascendental de todo el argumento. Al discurso no se le adscribe ya ninguna necesidad. Aún cuando deba implicar derechos humanos, no podría transferirles necesidad alguna. Sólo quien se decide en favor del discurso tiene que optar también por los derechos humanos. Con ello, el carácter “trascendental” de los derechos humanos se relativiza totalmente en una práctica contingente.

Todo esto tendría que admitirse, si fuera imposible demostrar que el discurso moral, o por lo menos ciertos elementos del discurso moral, son necesarios para los hombres y en este sentido, universales. De todas formas, en *Nino* se encuentran algunas referencias de que esto último sería posible. Contra la objeción de que la fundamentación de sus principios desde la estructura del discurso moral es de poco valor por demostrar solamente que el discurso moral es una institución liberal, se defiende *Nino* al sostener que también no-liberales y aún ejemplares extremos como Hitler se esforzaron, en general, en justificar sus acciones y orientaciones, embarcándose en una práctica que corresponde esencialmente a la estructura del discurso moral (p. 184, 300). Sin embargo, *Nino* no continúa con este hilo de argumentación, de manera que ha de constatar que la primera premisa de su argumento no es la primera premisa de un argumento trascendental completamente desarrollado. Si fuera posible tal argumento, podría reforzarse sustancialmente el argumento de *Nino*.⁹

IV. Los principios liberales de *Nino*

La pregunta sobre si la estructura o las reglas del discurso moral se pueden fundamentar debe diferenciarse de la pregunta sobre si los derechos humanos pueden fundamentarse a partir de aquéllas. Esta es propiamente la pregunta de *Nino*.

⁹ Cfr. aquí R. *Alexy*, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M. 1995, p. 132 ss.

1. Cuatro principios

Según *Nino*, a partir de la base expuesta se pueden fundamentar cuatro principios liberales sustantivos: (1) el principio de la autonomía personal, (2) el principio hedonista, (3) el principio de la inviolabilidad de la persona y (4) el principio de la dignidad de la persona. Estos cuatro principios no deben estar sin orden entre sí, sino más bien constituir un sistema.

Los dos primeros principios tratan del contenido de los derechos humanos. El principio de la autonomía personal contiene una valoración positiva de la libre elección y realización de concepciones personales de lo bueno y de planes de vida basados en ellas, así como una prohibición dirigida al Estado y a todos los demás de impedir el ejercicio de la autonomía personal ya definida. (p. 137 s., 229 s). El principio hedonista es incorporado incidentalmente por *Nino* como un complemento del principio de autonomía. Este principio dice que el placer y la ausencia de dolor son *prima facie* valiosos (p. 147 s., 227). Ambos principios han de ser principios agregativos (p. 187). Asignan valores positivos a las situaciones y acciones definidas por ellos independientemente de cómo estén repartidas entre los distintos individuos.

Carácter distributivo tiene en cambio el tercer principio, el principio de la inviolabilidad de la persona. En su formulación primera y general, prohíbe que los individuos sean despojados de los bienes definidos por los dos primeros principios a favor de otros individuos o de valores holísticos supraindividuales (p. 186). Por tanto, el contenido garantizado por los dos primeros principios debe tener la función de derechos (p. 164, 260 s, 186). Ya que debido a esta función, no toda repartición de bienes de los dos primeros principios es posible, estos principios son restringidos por el de inviolabilidad. En su segunda y definitiva versión la formulación general del principio de inviolabilidad experimenta una restricción socio-estatal. De acuerdo a esto, estarían permitidas las limitaciones a la autonomía personal en tanto que amplíen la inferior autonomía de otras personas (p. 232, 368).

En los detalles, las formulaciones de *Nino* plantean algunas preguntas. Sus respuestas se facilitan en virtud de su afirmación de que la combinación del principio de autonomía personal con su principio reformulado de la inviolabilidad

“puede ser equivalente al principio de diferencia de Rawls y quizás a la combinación de sus dos principios” (p. 215, 345).

Sin perjuicio del hecho, de que según *Nino* la igualdad como tal no es un valor en sí mismo (p. 216, 346), su teoría pertenece a la familia del liberalismo igualitario.

El cuarto principio, el principio de dignidad de la persona exige que la voluntad del ser humano sea tomada en serio (p. 176, 286). Permite

reconocer las decisiones, intenciones y declaraciones de voluntad como condiciones de obligaciones y responsabilidades. Este principio no sólo ha de ser la base de la autonomía privada en derecho civil sino también fundamento de competencias jurídico-públicas como las del derecho al voto. En derecho penal debe configurar el fundamento de la responsabilidad (p. 176 s., 286 s.). Así como el principio de inviolabilidad limita los principios de autonomía y del hedonismo, el principio de dignidad limita el principio de inviolabilidad. Permite que se renuncie, por ejemplo, por medio de un contrato, a bienes protegidos u otorgados por el principio de inviolabilidad. Así como los dos primeros principios conducen al contenido de los derechos, y el tercero a su función, el cuarto conduce a su dinámica. De este modo puede contribuir mediante el intercambio a proveer al individuo de bienes que amplíen su capacidad de realizar un plan de vida autoelegido (p. 186).

2. Cuatro capacidades

A los cuatro principios corresponden en el sistema de *Nino* cuatro capacidades. El principio de autonomía ha de tener valor sólo para quienes puedan elegir y realizar concepciones del bien y planes de vida organizados en base a las mismas. El principio hedonista sería de importancia sólo para aquél que pueda sentir dolor y placer. El principio de inviolabilidad sólo ha de ser relevante para quien disponga de una conciencia de sí mismo. Y finalmente, el principio de dignidad es aplicable sólo a quienes sean capaces de tomar decisiones y de asumir las consecuencias de sus acciones (p. 221 s., 359 s.). Con estas cuatro capacidades se relaciona el nivel de los principios con el concepto de persona:

“una persona moral plena es una persona que tiene las cuatro capacidades en su máximo alcance”(p. 222, 359)

Este concepto de persona ha de ser un concepto normativo y además un concepto liberal debido a su énfasis en la capacidad para la elección de la forma de vida, en la individualidad a través de la conciencia de sí mismo y en la decisión (p. 110 ss., 171 ss.). Como los elementos de este concepto de persona y los cuatro principios son los dos lados de una misma cosa, no sorprende que *Nino* sea de la opinión de que también el concepto liberal de persona pueda fundamentarse en la estructura y reglas del discurso moral:

“la precedente concepción normativa de la persona...está asumida necesariamente cuando participamos en la práctica del discurso moral y ...es parte esencial de la estructura subyacente al razonamiento que desarrollamos mediante ella” (p. 112, 174)

Se puede suponer por tanto que la fundamentación de los cuatro principios ha de implicar la fundamentación de la concepción liberal de la persona, y al revés.

V. La fundamentación de los principios liberales

Hasta aquí han sido presentadas la idea del discurso moral en *Nino* y su sistema de principios incluyida su concepción de la persona. La primera nos sonaba familiar pero no fue fundamentada en sentido “trascendental” alguno. La última, siguió de hecho considerablemente la línea rawlsiana de un liberalismo igualitario. Ahora la pregunta es si al menos los principios liberales pueden fundamentarse en la estructura del discurso moral como su condición necesaria. De ser este el caso, *Nino* habría suministrado si no la primera, al menos la segunda premisa de un argumento trascendental para el fundamento de sus principios.

1. Principio de autonomía personal

La fundamentación del principio de autonomía personal de *Nino* es de lo más interesante. Dicho principio sólo se referiría a la concepción individual de lo bueno y por ende, sólo a la moral concerniente al individuo mismo (*self-regarding*) y en este sentido, a la moral personal. Se fundamenta indirectamente mediante la fundamentación del principio de la autonomía moral. Ésta comprendería tanto la moral personal mencionada, como también la moral intersubjetiva que trata de las relaciones morales con otros (p. 137, 229). Como en el sentido definido aquí la autonomía moral implica la personal, con la fundación de aquella estaría fundada también ésta.

a) La norma básica del discurso moral

La premisa decisiva en la fundamentación del principio de autonomía en *Nino* es su norma básica del discurso moral. Dice así:

“Es deseable que la gente determine su conducta solo por la libre adopción de los principios morales que, luego de suficiente reflexión y deliberación, juzgue válidos” (p. 138, 230)

Esta norma sería el contenido de un acuerdo mínimo tácito que suscribiríamos cuando participáramos seriamente en un discurso moral. Con ello se plantean dos preguntas. La primera es si en realidad presuponemos necesariamente la norma básica de *Nino* al participar seriamente en el discurso moral. La segunda es si el principio de autonomía personal puede, en realidad, fundamentarse en esta norma básica.

aa) El participante serio del discurso

La respuesta a la primera pregunta depende de lo que se entienda por participación “seria” en un discurso moral. Se pueden distinguir varias acepciones. Aquí nos interesan dos de ellas. Según la primera, participa seriamente en un discurso moral, aquél que está interesado en la verdad o

corrección moral y en nada más. Supongamos que éste es el caso de A. A no está seguro si el principio PA, defendido por él hasta ahora, es correcto y por tanto, válido; o si esto se aplica al principio PB, defendido por B e incompatible con PA. A empieza, entonces, un discurso con B. Después de cierto tiempo A llega a la convicción de que su principio PA es el único correcto y que no son evidentes nuevos argumentos. A interrumpe el discurso con B y pasa al ámbito de la acción. Aquí A intenta ante todo mover a B con persuasión y ofertas favorables para que organice su vida según PA. Al no tener éxito, A recurre a la violencia. En este supuesto A trató a B como un participante en el discurso con igualdad de derechos durante el tiempo de su incertidumbre que coincide con el tiempo del discurso. Pero desde el momento en que A se convenció de la corrección de PA, terminó para él con el discurso la igualdad de derechos y la libertad de B. No obstante, en ninguna fase A se embarcó en la norma básica de *Nino*. Por tanto existe una participación en discursos, que en un sentido puede ser calificada de “seria” y no presupone la norma básica de *Nino*.

Para llegar a la norma básica de *Nino*, debe entenderse el concepto de participación seria en otro sentido más fuerte. Según este, participa seriamente en discursos morales sólo quien desea solucionar conflictos sociales a través de consensos producidos y controlados discursivamente. Un consenso producido discursivamente es un consenso que se ha alcanzado en base a un discurso. Un consenso producido discursivamente permanece bajo control discursivo y, por tanto, es controlado discursivamente si es nuevamente cuestionado en todo momento. Entonces, nuevamente se ha de intentar producir un consenso discursivamente. Según la primera acepción de seriedad, después del surgimiento de una convicción firme le fue posible a A sin más el recurso a la persuasión y a la violencia. Esto está excluido en la segunda acepción del concepto de participación seria. En ésta, no se separa el discurso de la acción. Con ello la libertad e igualdad en el discurso se trasladan al ámbito de la acción. Como las reglas de conducta social han de ser determinadas por consensos y continuamente sustentadas por éstos, la segunda acepción incluye de hecho el reconocimiento de la norma básica de *Nino*. Esta explica exactamente aquello que quiere, como deseable, alguien que participa seriamente en discursos en la segunda acepción: el control de la conducta a través de principios que después de un discurso son reconocidos libremente como correctos, y por tanto, válidos. Discurso y autonomía se convierten en los dos lados de una misma cosa.

Quien participa seriamente en discursos morales en la segunda acepción expuesta, puede ser denominado “participante genuino del discurso”. Como un participante genuino del discurso presupone necesariamente la validez de la norma básica del discurso de *Nino*, sólo queda por preguntar

si el concepto de participación genuina del discurso es un punto de partida adecuado para la fundamentación. Pero antes debe preguntarse primero por el contenido exacto de aquella norma básica. También aquí son posibles muchas interpretaciones.

bb) El contenido de la norma básica

Según el tenor literal de la norma básica de *Nino*, la libre elección de principios y la consiguiente acción han de ser valorados positivamente en forma definitiva cuando el actor juzga el principio elegido como válido después de una reflexión y deliberación suficiente. Los problemas que lleva consigo esta formulación se hacen evidentes cuando se considera el caso de un fanático político que da por válido un principio que contraviene la autonomía de otros. Aquí son posibles dos soluciones: La primera consiste en una interpretación ideal de la norma básica. Efectúa una interpretación ideal aquel que sólo admite como “suficiente” la reflexión y deliberación exigida por la norma básica cuando se han satisfecho las condiciones del discurso ideal. Sin embargo, no es seguro que se produzca un consenso en todas las cuestiones según los discursos ideales¹⁰, aunque puede asumirse que bajo aquéllas condiciones todos excluirán violaciones extremas de la autonomía como las producidas por la injusticia nacionalsocialista o comunista. Lo que es elegido libremente por todos como resultado de un discurso ideal, no viola la autonomía de nadie. El problema de la elección autónoma de principios contrarios a la autonomía está resuelto. Sin embargo, el precio de esta idealización es alto. Debido a que el ideal nunca puede ser alcanzado en la realidad, jamás se da una “reflexión y deliberación suficiente” en el sentido de la norma básica, lo que significa que ninguna acción podrá ser jamás valorada positivamente en virtud de la libre elección de principios. La norma básica se hace inaplicable.

Entonces sólo queda la solución pragmática. Según ésta, la reflexión y deliberación precedentes a la elección y acción es suficiente cuando alcanza una intensidad media. Este es un criterio muy impreciso. Sólo se hace viable cuando se introduce una presunción en favor de una reflexión y deliberación suficiente. De otra forma podría resultar mermada o eliminada la autonomía con el establecimiento de obligaciones de reflexión y deliberación. Quien desee negar a otro la capacidad de acción autónoma sólo necesitaría sostener que estas obligaciones no han sido lo suficientemente cumplidas. El precio que se tiene que pagar por el debilitamiento pragmático del concepto de reflexión y deliberación suficientes consiste en que la norma básica del discurso moral sólo conduce prima facie a una valoración positiva de la elec-

¹⁰ Cfr. R. Alexy (nota 9), p. 114 ss.

ción autónoma de principios y de la acción basada en ella. De acuerdo con ello *Nino* describe la autonomía como un valor prima-facie (p. 141, 234). Entonces, las primeras palabras de su norma básica han de ser reformuladas como sigue:

“es prima facie deseable que...”

Este carácter prima facie se incorpora a toda la estructura del sistema de *Nino*. De acuerdo con él, el principio de autonomía tiene carácter agregativo. La cantidad de autonomía que le corresponde al individuo se decide por el tercer principio, el principio de inviolabilidad, que tiene carácter distributivo. Éste exige una igual distribución de la autonomía. Quien desarrolla su autonomía a costa de la autonomía de otros, realiza con su autonomía algo prima facie valioso (p. 141, 234) pero en último término prohibido, porque contraviene el principio de inviolabilidad.

cc) Validez subjetiva y objetiva

Con esto se establece el contenido de la norma básica que presupone necesariamente un participante genuino del discurso. La pregunta es si esta norma queda así fundamentada. Y aquí se interpone la objeción de que la fundamentación es circular. Lo que en último término se hace evidente es sólo que aquél que desea solucionar conflictos por medio de principios reconocidos libremente por todos, valora positivamente el libre reconocimiento de principios. El concepto de participación seria o genuina se define de tal manera que incluye el reconocimiento de la norma básica. Pero este concepto no podría ser aplicado a la fundamentación de la norma básica. Esta objeción tiene razón al afirmar que la norma básica ya está contenida en el concepto de participación genuina. Mas esto no es sólo inofensivo; se corresponde también con la estructura de todo el argumento. Éste apunta a una explicación de aquello que está siempre presupuesto. La pregunta realmente interesante no es por ello si la norma básica está contenida en el concepto de participación genuina, sino si el concepto de participación genuina apunta a algo que en algún sentido está relacionado necesariamente con la estructura del discurso, que sin duda, debe conformar el punto de partida para la fundamentación de los principios. Esta es la pregunta por la adecuación del concepto de participación genuina.

El concepto de participación genuina es definido por medio de una intención: la voluntad de solucionar conflictos sociales a través de consensos producidos y controlados discursivamente. Esto provoca la objeción de que toda la fundamentación tiene un mero carácter hipotético. Sólo aquél que hubiera decidido respetar la autonomía de otros habría optado por la norma básica. Sin embargo, también podría haber decidido otra cosa, y para quien así lo hiciese no tendría significado alguno la norma básica. Para refutar

esta objeción hay que diferenciar entre validez subjetiva y validez objetiva de las reglas del discurso. La validez subjetiva se refiere a la motivación o al interés; la objetiva, al comportamiento externo.¹¹ Existe, sin duda alguna, un gran número de seres humanos que no tienen interés en la corrección moral o la justicia, o que su interés por ella es tan escaso que pasa a un segundo término en cada colisión con la utilidad propia. Para estas personas la norma básica del discurso no tiene ninguna fuerza motivacional o ninguna fuerza motivacional prácticamente relevante y, por tanto, ninguna validez subjetiva. Ni la corrección moral, ni el respeto a la autonomía de otros, son para ellas una razón para participar seriamente en discursos. No obstante, se puede justificar una validez objetiva para estas personas, que consiste en que para ellas existen razones de tipo no-moral para embarcarse en discursos sobre cuestiones de justicia, y hacer por lo menos como si respetaran la autonomía de los demás en estos discursos. Imaginemos una sociedad compuesta de una clase dominante relativamente pequeña y de una multitud relativa de dominados. Los que dominan no sólo explotan a los dominados sino también los desprecian y sólo se comunican con ellos a través de órdenes, que se imponen por la fuerza en caso de desobediencia. Las preguntas de los dominados están prohibidas, las fundamentaciones no se dan. Naturalmente puede haber tal forma de sociedad, pero no es una sociedad racional. La fuerza es cara y el recurso exclusivo a ésta es arriesgado, por lo menos a largo plazo. Es más barata y más segura a largo plazo una legitimación. Nuestros dominadores seguirán, entonces, la conocida recomendación de Machiavelo:

“¡Quien ha entendido que es mejor ser un zorro está mejor guiado! Pero debe cuidarse de esconder bien la naturaleza de zorro y ser maestro en la hipocresía y fingimiento... Pues un gobernante en realidad no necesita poseer las buenas cualidades mencionadas, pero debe dar la apariencia de que las tiene.”¹²

Por tanto, para quien subjetivamente no está interesado ni en la corrección moral ni en la autonomía de otros existe también un motivo para participar en discursos fundado en la maximización de utilidad, para legitimar su posición con cualquier argumento que sea.

Pero participar en discursos morales significa hacerlo al menos como si se observaran las reglas del discurso, incluyendo la norma básica. Esto

¹¹ Cfr. R. Alexy (nota 7), p. 421 s.

¹² (Trad. por M. C. Añaños) “Wer am besten Fuchs zu sein verstanden hat, ist am besten gefahren! Doch muß man sich darauf verstehen, die Fuchsnatur gut zu verbergen und Meister in der Heuchelei und Verstellung zu sein ...Ein Herrscher braucht also alle die vorgenannten guten Eigenschaften nicht in Wirklichkeit zu besitzen; doch muß er sich den Anschein geben, als ob er sie besäße.” N. Machiavelli, *Il principe/Der Fürst*, trad. Y Ed. por R. Zorn, 6.ed., Stuttgart 1978, p. 72 s.

puede llevar, como resultado, a propaganda pura, que sin embargo tenga éxito. Pero es el paso al reino de la argumentación y ésta es veneno para toda tiranía. Existe un dilema teórico-discursivo del tirano: Por un lado, el terror encubierto con argumentos es mejor que el poder desnudo, por otro, fundamentar conduce fácilmente a la revelación de lo injusto. Este dilema muestra tanto la validez objetiva de las reglas del discurso, incluida la norma básica, como la fuerza inmanente de la razón en ellas. A ambas pudo aludir Nino cuando señala acertadamente en su introducción:

“Aun los tiranos más desvergonzados se ven en la necesidad de dar alguna justificación para sus actos y ese intento de justificación, por burdo e hipócrita que sea, abre las puertas para la discusión esclarecedora” (p. 3, 5.)

Aquí ha de retenerse que el concepto de participante genuino es un punto de partida adecuado de la fundamentación porque también aquéllos que no tienen las correspondientes intenciones, tienen que hacer como si las tuvieran, esto es, como si fueran participantes genuinos.

b) Del principio del discurso al principio del Derecho

La norma básica del discurso moral es un principio del discurso. Vale para aquél que participa en un discurso. El principio de autonomía es, en cambio, un principio jurídico. Se refiere al ámbito de la acción social. Hasta ahora sólo se ha fundamentado la norma básica. Para la fundamentación del principio de autonomía hay por ello que dar un paso: el paso de un principio del discurso a un principio jurídico. Para esto se habrá de pasar del ámbito del discurso al de la acción.

Existe un puente entre los dos principios y, por tanto, entre los dos ámbitos. Esto se puede demostrar con ayuda de la contradicción performativa que, en virtud del principio discursivo, surge cuando el principio de autonomía es impugnado como principio jurídico en el discurso. Comete una contradicción performativa, quien, con la ejecución de un acto de habla, presupone, pretende o implica algo que está en contradicción con el contenido de ese acto del habla.¹³ Se ha señalado que los discursos morales presuponen la participación genuina, ya sea sincera o fingida. Ésta implica la valoración de que la elección autónoma de principios morales es algo *prima facie* bueno. Quien sostiene en un discurso moral que la elección autónoma de principios morales ni siquiera debe ser *prima facie* valorada positiva-

¹³ Nino habla de una “inconsistencia pragmática” (p. 140, 233). Puesto que él también se refiere a una contradicción en lo que se hace con una declaración y en lo que se dice con ella, no hay diferencia en el asunto. En particular han de diferenciarse varias clases de contradicciones performativas; cfr. a esto M. Kettner, *Ansatz zu einer Taxonomie performativer Selbstwidersprüche*, en: A. Dorschel/M. Kettner/W. Kuhlmann/M. Niquet (ed.), *Transzendentalpragmatik*, Frankfurt a.M. 1993, p. 187 ss.

mente, contradice el contenido de esta afirmación con lo que él presupone necesariamente al hacerla cuando es una afirmación en un discurso moral. Entre lo que él presupone necesariamente (**p**) y lo que él dice (**-p**), existe una contradicción lógica en el sentido usual. Esta contradicción es performativa debido al modo en que “**p**” entra en juego. “**P**” está presupuesta necesariamente en la realización de afirmaciones en discursos morales independientemente de que se haga referencia explícita a “**p**”. En cambio “**-p**” debe manifestarse en forma explícita.

Dado que en un discurso moral toda impugnación del valor prima facie de la elección autónoma de principios morales implica una contradicción performativa, el juicio de que la elección autónoma de principios morales ni siquiera tiene un valor prima facie positivo es discursivamente imposible.¹⁴ Contraviene la prohibición de contradicción, que representa un postulado de racionalidad elemental válido en todos los discursos.¹⁵ Con esto se está diciendo a la vez, que el juicio de que la elección autónoma de principios morales tiene un valor prima facie positivo, es discursivamente necesario. A este juicio le corresponde una prohibición prima facie dirigida al Estado y a otros ciudadanos, de obstaculizar o impedir la elección autónoma de principios morales y de sus acciones correspondientes. Esta prohibición está referida al comportamiento externo; por tanto, es un principio jurídico moralmente fundamentado.

Contra esta fundamentación se podría objetar que el reconocimiento de la autonomía moral del otro en el discurso no significa necesariamente que también ha de reconocérsele como autónomo en el ámbito de la acción. Así, no se podría excluir que en un discurso A convenza a B de que lo mejor para B es subordinarse en todo aspecto a A, y hacer sólo aquello que le diga A. Ello significaría que en un discurso se podría decidir autónomamente la renuncia a la autonomía en el ámbito de la acción. Esto mostraría ya que la autonomía en el discurso no implica la autonomía en el ámbito de la acción. Para responder a esta objeción ha de diferenciarse entre ambos elementos de la participación genuina, sea sincera o fingida, en el discurso, es decir, entre los dos elementos de la participación seria en el discurso en sentido fuerte. Ésta presupone la voluntad de solucionar conflictos sociales a través de consensos que son, en primer lugar, producidos discursivamente, y en segundo lugar controlados discursivamente. Es ya improbable que se produzca discursivamente, esto es, exclusivamente mediante argumentos racionales, el consentimiento a un status sin autonomía, el equivalente al status de un esclavo. De todos modos este consentimiento debe permanecer

¹⁴ Para este concepto cfr. R. Alexy (nota 7), p. 256.

¹⁵ R. Alexy (nota 7), p. 234 s.

bajo control discursivo después de haber sido producido discursivamente. Esto sucede sólo cuando el status sin autonomía puede cuestionarse nuevamente en cualquier momento; lo que significa que hay que buscar un nuevo consenso en un nuevo discurso y está excluido todo uso de la fuerza para el mantenimiento de dicho status. En suma, si se pudiera fundamentar en el discurso un status sin autonomía equivalente al status de esclavo, entonces sería un status anulable en cualquier momento mediante argumentos.¹⁶ Tal status sería algo así como un libre status de esclavo o un status autónomo sin autonomía. Sin embargo, con ello no se habría renunciado en realidad a la autonomía. A pesar de una renuncia en el discurso, seguiría existiendo la autonomía en el ámbito de la acción como una autonomía potencial exigible discursivamente en cualquier momento. El reconocimiento de la autonomía en el discurso incluye necesariamente el reconocimiento de la autonomía en el ámbito de la acción.

c) Autonomía moral y personal

Se ha señalado arriba que *Nino* fundamenta el principio de autonomía personal mediante un rodeo a través de la fundamentación de la autonomía moral. En rigor esto no sería un rodeo, pues la autonomía personal, como se ha expuesto, está contenida en la autonomía moral como parte de ésta. Por tanto, una fundamentación de la autonomía moral incluye necesariamente una fundamentación de la autonomía personal. Según *Nino*, se da exclusivamente una particularidad con respecto a la limitabilidad. La autonomía moral, en tanto afecte a la moral intersubjetiva, debe ser limitable en favor de la autonomía moral de otros. Esto no es cuestionable si con “autónomo” se desea designar sólo aquello que se contiene en los límites puestos por la razón.¹⁷ En cambio, la autonomía personal, que trata de una concepción propia de lo bueno y del plan de vida basado en ésta, nunca puede ser restringida en favor de la autonomía de otros, pues la autonomía personal está definida de tal modo que afecta a acciones “que no afectan a la autonomía de terceros” (“*which cannot adversely affect the autonomy of others*”) (p. 142, 235). Difícilmente puede dudarse que, por lo que respecta especialmente a deberes positivos, también se puede perjudicar a otros con la persecución de ideales que son en sí puramente personales (cfr. p. 254). Pensemos en la madre soltera de un niño discapacitado, totalmente dependiente de ella

¹⁶ R. Alexy (nota 7), p. 171.

¹⁷ Esto correspondería a una teoría interna de la autonomía; cfr. a esto R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985 (Frankfurt a.M. 1986), p. 250 ss. Hay traducción española de Ernesto Garzón Valdés, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993

para el desarrollo y desenvolvimiento de su autonomía, que se marcha a la India para perfeccionarse espiritualmente. Por último, es difícil que pueda haber un criterio que por sí mismo, esto es, sin una consideración de las consecuencias para otros, permita establecer lo que es personal y lo que no es. De modo que la cosa acaba en que puede dejarse a la moral personal aquello que no pueda perjudicar la autonomía de otros. Tan pronto como algo perjudique la autonomía de otros, pertenecerá a la moral intersubjetiva. Con ello no se ha ganado mucho, pues ahora todo el problema depende del concepto de perjuicio. De todos modos, sobre esta base se podría decir con *Nino* lo siguiente: lo que pertenece a la moral personal nunca debe ser restringido debido a la autonomía de otros. Por tanto, las intervenciones en la autonomía personal no sólo están prohibidas prima facie sino que lo están también definitivamente. Pero esto sólo vale para un concepto de la autonomía personal que sea definido mediante el concepto de no perjuicio de la autonomía de otros.¹⁸

d) Autonomía y derechos

El principio de autonomía personal muestra dos dimensiones: la de la elección y la de la satisfacción. En la dimensión de la elección, el principio exige que el individuo esté en condiciones de elegir entre el mayor número posible de planes de vida. En la dimensión de la satisfacción se trata de que el individuo pueda realizar su plan de vida elegido lo más ampliamente posible. Para *Nino*, ambos se engloban en el principio de la autonomía, aunque a la libertad de elección le correspondería cierta preeminencia.

aa) La lista de *Nino*

Desde este principio de autonomía bimembre hay todavía un pequeño paso hacia los bienes que han de ser protegidos por los derechos humanos.¹⁹ Según *Nino*, deben ser protegidos por los derechos fundamentales, aquellos bienes que son necesarios para la elección y realización de planes de vida por los individuos (p. 145, 223). *Nino* incluye en una lista, como dice,

¹⁸ Se puede apreciar que *Nino* no es claro en este punto, ya que en un desarrollo posterior de sus reflexiones considera justificadas las intervenciones en la autonomía personal apoyadas en la coerción legítima “when a personal ideal is pursued in such a way that it impinges on other people’s autonomy” (p. 254).

¹⁹ *Nino* habla de “basic individual rights” (p. 145, 222) o simplemente de “basic rights” (p. 253). Como derechos morales, son estos “basic rights” derechos humanos; con la incorporación en una Constitución obtienen el carácter adicional de derechos jurídicos y por tanto, se convierten en derechos fundamentales (cfr. a esto *R. Alexy*, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, a publicarse). Cuando en el texto se alude a “derechos fundamentales”, está entendido en este contexto.

“lejos de ser exhaustiva” (p. 147, 227): (1) la libertad general de acción; (2) la vida, donde le correspondería a la vida biológica consciente un valor ostensiblemente más alto que la mera vida vegetativa; (3) la integridad física y psíquica; (4) la libertad de la actividad corporal y psíquica de obstáculos externos, que incluye, por ejemplo, la libertad de movimiento; (5) una educación liberal; (6) la libertad amplia de expresar ideas y orientaciones religiosas, científicas, artísticas, políticas y demás; (7) la libertad de la vida afectiva, sexual y familiar; (8) la libertad de asociación; (9) el control sobre recursos materiales, donde el principio de autonomía no debe, por cierto, exigir un sistema económico basado en la propiedad privada (p. 221, 353); (10) la libertad de profesión; y (11) el tiempo libre. A estos bienes se les ha de agregar, en un segundo nivel, el bien de la seguridad personal, que consistiría en la protección ante la supresión arbitraria de estos bienes (p. 145 ss., 226 ss.).

bb) Derechos a priori y a posteriori

La fundamentación de todos estos bienes como objeto de derechos fundamentales resulta de su relación con el principio de autonomía personal. Deben ser necesarios para la elección y realización de planes de vida individuales.²⁰ Para los derechos fundamentales comunicativos, en especial la libertad de opinión, *Nino* considera posible una fundamentación todavía más profunda: deben seguirse directamente de la norma básica del discurso moral y, con ello, de la autonomía moral (p. 146, 225, 253). En esto se puede estar de acuerdo con él, pues esta norma básica no solamente exige que los conflictos sociales sean solucionados en virtud de consensos producidos discursivamente en algún momento, sino también que una vez producidos los consensos, sigan bajo control discursivo. Esto presupone la libertad de expresión de la opinión. *Nino* llama “a priori”, tanto a la fundamentación desde el principio de la autonomía personal como a la fundamentación directa desde la norma básica del discurso moral (p. 253).

A los derechos fundamentados de alguna forma apriorísticamente, *Nino* contrapone derechos que no pueden resultar de las condiciones y presuposiciones del discurso moral (p. 253) sino que son sólo resultado de discusiones morales y procedimientos democráticos (p. 254). Estos derechos, a los que pertenecerían sobre todo los derechos sociales fundamentales (p. 217, 253), son considerados como derechos “a posteriori” (p. 253 s.). Además, la solución de conflictos entre derechos debe pertenecer al ámbito de lo a posteriori (p.254). La diferenciación entre un ámbito a priori y a posteriori

²⁰ *Nino* no se formula la pregunta de si esta necesidad se agota en relaciones de fin/medio o incluye también relaciones conceptuales.

es de gran significación para la fundamentación discursivo-teórica de los derechos fundamentales. Ella descarga considerablemente a la teoría pura del discurso en la medida en que delega tareas esenciales de fundamentación en los discursos sobre derechos fundamentales y en el proceso político. Sin embargo, ha de preguntarse todavía si la división de *Nino* es correcta.

2. El principio hedonista

Mientras el principio de autonomía es fundamentado y explicado a fondo, el principio hedonista sólo encuentra un tratamiento de lo más sumario. La necesidad de este principio se daría en dos formas. Por un lado, el estar libre de dolor y el placer como condiciones necesarias para la elección y realización de planes de vida no pueden fundamentarse suficientemente en el principio de autonomía. Sin duda el dolor podría impedir u obstaculizar la elección y realización de planes de vida, y la satisfacción de planes de vida podría provocar placer, pero estas conexiones no son lo suficientemente estrechas. Por otro lado, tendríamos la intuición (p. 147, 227) de que el placer y la ausencia de dolor son *prima facie* algo bueno. Por ello, el principio hedonista se haría necesario como principio independiente para completar el principio de autonomía.

Se puede estar de acuerdo con *Nino* en que el placer y el estar libre de dolor son *prima facie* algo bueno. Pero ha de preguntarse qué significado tiene esto para una teoría de los derechos fundamentales fundada teórico-discursivamente. A diferencia del principio de autonomía, el principio hedonista no tiene nada que ver con el discurso como tal. Él afecta más bien a propiedades vitales fundamentales del ser humano. Quien tiene que elegir entre dos situaciones que se igualan perfectamente en todos los aspectos relevantes, menos en uno, que en la primera hay algo que provoca placer, y en la segunda no, elegirá la primera cuando esté en condiciones de reconocerla, elegirla y experimentar placer. Lo correspondiente vale para el dolor. Naturalmente, con ello no se excluye que alguien elija el dolor o que no elija el placer para alcanzar metas o cumplir con normas que de otro modo no pueden ser alcanzadas o cumplidas. Pero para quien elige así, no son iguales ambas situaciones en todos los aspectos excepto en el dolor y el placer. Quien, por los motivos mencionados, elige el dolor o no elige el placer, con el dolor o la renuncia al placer elige otra cosa distinta que no se daría en la situación sin dolor o con placer. Puede tratarse, para el individuo, de bienes importantes elegidos autónomamente. El hecho de que esos bienes sean decisivos para el que elige, no modifica en nada el valor *prima facie* positivo del placer y del estar libre de dolor. Ese valor se pierde para alguien a quien no podemos entender porque no puede dar ninguna razón, ni siquiera oscura, de su elección del dolor y de la evitación del placer. El

principio hedonista se remite a la base antropológica vital del discurso. Se refiere a algo que aquellos participantes en el discurso a los que podemos entender desean necesariamente *prima facie* como portadores de sentimientos, necesidades e intereses.

3. El principio de la inviolabilidad de la persona

Como ya se señaló, los principios de autonomía y hedonismo son principios agregativos. Sólo dicen que una situación es mucho mejor cuando en ella se realiza más autonomía y placer y cuando existe menos dolor. No tratan de la distribución de la autonomía, la alegría y el dolor entre los individuos particulares. Según *Nino*, esta tarea queda reservada al principio de inviolabilidad.

a) De bienes a derechos

Ante todo, aquí sólo debe interesar la versión primera y general de este principio. En *Nino* se encuentran diversas formulaciones. El núcleo de la idea es que los individuos no deben ser privados de los bienes definidos por los dos primeros principios en favor de otros individuos o de todos supraindividuales (p. 186). En otros pasajes, se habla de una prohibición de sacrificar o dañar a una persona por los motivos indicados (p. 164). Con ello no se está diciendo algo distinto. Ello vale también para la afirmación de que, sin su consentimiento, no se debe imponer a los individuos un sacrificio que no redunde en su beneficio (p. 149, 239). Este principio se dirige contra modelos de distribución utilitarista y colectivista. Subraya la separabilidad y la independencia de la persona (p. 150 s., 242 s., 159, 247).

Según *Nino*, la función de los derechos consiste en que determinados intereses de los individuos están tan protegidos (*entrenched*) que no pueden dejarse de lado sin su consentimiento para provecho de los intereses de otros individuos o de bienes colectivos (p. 162, 261). Esto se establece exactamente por el principio de la inviolabilidad:

“El principio atrinchera los bienes que, como vimos en la sección precedente, son necesarios para la autonomía o el placer. Establece que nadie puede ser privado de esos bienes para beneficiar a otros o a una entidad colectiva” (p. 164, 261)

Con ello, el principio de la inviolabilidad conduce desde el ámbito de los bienes al de los derechos.

b) Status quo y redistribución

El principio de inviolabilidad parece a primera vista como una garantía absoluta del status quo. Parece prohibir todo cambio en la distribución dada de los bienes necesarios para la autonomía o el placer cuando no se realiza

voluntariamente; lo que por regla general implica una plena compensación. No parece aludir a la justicia de la distribución dada. Sin embargo *Nino* elimina rápidamente esta impresión al subrayar que no debemos partir de una distribución de bienes dada sino solamente de un esquema justo de distribución. Éste último debe montarse sobre el concepto de privación o supresión, en el principio de inviolabilidad. Una privación ha de definirse, no según la distribución dada sino según la distribución justa (p. 164). Todo esto conduce, como ya se observó, a una reformulación del principio de inviolabilidad según la cual los derechos de defensa clásicos han de complementarse con derechos positivos a prestaciones sociales (p. 215 ss., 340 ss.). Mas para *Nino* esto no debe ser una cuestión de existencia de derechos sino sólo de su alcance (p. 164). Sin embargo, las cuestiones sobre el alcance de los derechos serían cuestiones a posteriori que no pueden responderse desde la estructura del discurso moral sino solamente dentro del discurso moral y en el proceso democrático (p. 253 s.). Con ello se abandona el ámbito de la fundamentación puramente discursivo-teórica de derechos, denominado por *Nino* “a priori”.

c) Discurso e imparcialidad

En este lugar debe interesar solamente la fundamentación teórico-discursiva del principio de la inviolabilidad. *Nino* es poco preciso al respecto. En el fondo, todo está contenido en la proposición siguiente:

La justificación del principio de inviolabilidad de la persona podría estar dada por el hecho de que él esta involucrado en la misma adopción del punto de vista impersonal subyacente al discurso moral, al menos cuando este punto de vista se articula de un cierto modo y se combina como ya sugerí con determinados presupuestos respecto de la identidad personal” (p. 158, 255)

El “punto de vista impersonal” de *Nino* se caracteriza por dos rasgos. El primero lo comparte con el utilitarismo: el peso de un interés no depende de quién sea su titular. Su identidad, en este sentido, es indiferente. El segundo le separa del utilitarismo: otorgar, en principio, igual peso a los intereses de cada uno independientemente de cómo estén constituidos. Por tanto, la identidad del individuo en el sentido de su individualidad e independencia de otros es de importancia decisiva (cfr. p. 159, 257). A ello correspondería la posición original de *Rawls* así como el postulado de cambio de roles. Lamentablemente *Nino* no se toma mucho trabajo en fundamentar más detalladamente esta posición que puede ser designada como “imparcialidad personal”, y como se expuso arriba, hay también algunas preguntas sobre la forma en que la imparcialidad personal está relacionada con el discurso moral. Se constata aquí una cierta laguna en el argumento de *Nino*.

4. El principio de dignidad de la persona

El cuarto principio, el de dignidad de la persona, exige que la voluntad del ser humano sea tomada en serio (p. 176, 285-6). Forma la base de instituciones jurídicas tan fundamentales como la autonomía privada en derecho civil y la culpa en derecho penal. Su fundamentación se asemeja a la del principio de autonomía personal, y no puede extrañar que se manifieste, entre otras, como autonomía jurídica. Otra vez se hace uso aquí de la figura argumentativa de la contradicción performativa:

“Hay por tanto una inconsistencia práctica en proponer a la aceptación voluntaria un principio que prohíbe tomar en cuenta las voliciones o decisiones de la gente. Al proponer honestamente este principio de forma que nuestro interlocutor lo acepte, estamos admitiendo que su voluntad tiene significación, al margen de los factores causales que puedan determinarla” (p. 184, 299)

Para *Nino* éste es en primer lugar un argumento contra las consecuencias normativas de las tesis deterministas. Sin embargo, también antes de esa cuestión de fondo sigue habiendo un problema. La norma básica del discurso moral que forma la base de tales argumentos no se aplica, a diferencia del principio de dignidad de la persona, a expresiones volitivas o a decisiones sino a la libre aceptación de principios que después de suficiente reflexión y consideración han sido estimados como válidos (p. 138, 230). Aquí se trata de juicios, allí de decisiones. Entre ambos hay una diferencia categorial. Sin embargo, esta brecha puede franquearse. Se sugiere utilizar el principio de autonomía personal como puente. De suceder esto, el respeto a las expresiones volitivas y decisiones del individuo serán un aspecto parcial del respeto a la autonomía personal. Mas se ha de preguntar si el principio de dignidad de *Nino* puede todavía conservar su carácter independiente en el sistema de los cuatro principios o si se convierte en un subprincipio del principio de autonomía.

VI. Discurso y democracia

Después del amplio programa de fundamentación de *Nino* sigue el análisis de la estructura del discurso moral y de la fundamentación de los principios liberales resultante de ella, así como de los derechos resultantes de los mismos y la justificación de las instituciones. *Nino* trata dos instituciones: la autoridad y la pena. Aquí sólo nos ha de interesar la primera.

En cuanto a la autoridad, *Nino* se pregunta cómo puede surgir una obligación moral de observancia del derecho positivo (p. 232, 369). Se trata del viejo problema de la conciliación de la autonomía de la moral con la heteronomía del derecho (p. 252). Para *Nino* esta conciliación es posible en la democracia. Esta conciliación no debe crearse mediante una identificación entre destinatarios y autores del derecho construida de cualquier manera (p.

235 ss., 371 ss.) sino mediante una conexión intrínseca entre el discurso moral, la verdad moral y la democracia (p. 245, 387). La fundamentación de *Nino* de la autoridad del derecho en la democracia y con ello, de la forma de gobierno democrática, tiene de este modo un carácter genuinamente discursivo-teórico.

1. *Discurso y verdad*

Como ya se expuso, *Nino* sostiene un concepto de verdad discursivo-teórico. Según él, un juicio moral ha de ser verdadero cuando bajo condiciones ideales encuentra el consentimiento de todas las personas íntegramente racionales, imparciales e informadas (p. 75, 117). Se puede estar de acuerdo con él sin perjuicio de la necesidad de algunas diferenciaciones, limitaciones y precisiones.²¹ En efecto, en vez de hablar de “verdad” se debería hablar de “corrección”. Como *Nino* no entra en más detalles sobre estas cuestiones, no se ahondará más en esto. En todo caso se debe aceptar con *Nino* que un consenso ideal surgido al final de un discurso ideal garantiza la verdad o la corrección.

El punto de partida de la teoría de la democracia de *Nino* es la diferencia entre discursos ideales y reales. Los discursos reales y, con ello, también los procesos democráticos reales nunca pueden garantizar la corrección moral o la verdad (p. 246, 388). Esto conduce a la pregunta de qué tienen que ver los discursos reales con la corrección moral. *Nino* responde con una teoría a la que designa de “constructivismo epistemológico” (p.247, 389). Esta teoría se compone de tres tesis bien conocidas de la teoría del discurso. La primera dice que la discusión favorece el acceso a la verdad moral (p. 247, 389). Esta es una tesis que como tal puede interpretarse también en sentido de una utilidad heurística de la discusión en la búsqueda de la verdad, y que en esta interpretación apenas nadie contradice. Aun aquél que considera el reconocimiento de la verdad moral como un asunto del juicio aislado monológico, difícilmente podrá negar que una discusión precedente le pueda ser de utilidad en la elaboración de su juicio. La primera tesis se hace interesante cuando es interpretada más allá de una utilidad heurística, en el sentido de una aproximación a la verdad. Como tesis de la aproximación dice que un consenso que ha sido obtenido en un discurso real en el que las reglas del discurso fueron observadas lo más ampliamente posible, se aproxima a un consenso ideal y por tanto, lleva en sí una presunción fuerte de corrección (p. 247, 390).

La segunda tesis, no claramente diferenciada de la primera por *Nino*, subraya la necesidad del carácter comunicativo del discurso. Por tanto,

²¹ Cfr. aquí *R. Alexy* (nota 9), p. 95 ss., 113 ss.

puede ser llamada “tesis de la comunicación”. Esta tesis dice que una compensación justa de intereses sólo puede producirse cuando cada uno como participante en el discurso puede comunicar sus intereses y discutir con los otros sobre su peso relativo.²² *Nino* concibe la necesidad de la participación de todos en el discurso con las siguientes palabras:

“Raramente es cualquiera mejor juez de los intereses de uno que uno mismo”
(p. 247, 369)

La tercera tesis es la tesis del falibilismo. No es posible más que una aproximación al discurso ideal. Por ello tampoco puede producirse más que una presunción de corrección. Ésta se puede contradecir. Entonces, los consensos reales son siempre falibles.

2. Discurso y democracia

La relación entre verdad, discurso y democracia se puede describir como relación de aproximación doble: sólo en el discurso puede uno aproximarse a la verdad moral tanto como sea posible, sólo en la democracia, al discurso.

Nino empieza su fundamentación de la necesidad de una institucionalización de los procesos de decisión democráticos con el conocido argumento del conocimiento. Los discursos reales no conducen a un consenso en numerosos casos en los que deben resolverse conflictos sociales. No es posible entonces una decisión en virtud de un conocimiento obtenido en común en el discurso. Por consiguiente, el consenso tiene que sustituirse por otro criterio. En la democracia éste es la regla de la mayoría.

De este modo, la democracia como regla de la mayoría sería un sustitutivo de la discusión moral ordinaria (p. 248)

Como *Nino* observa acertadamente, debe decidirse en principio por mayoría simple, ya que de otro modo las minorías obtendrían un poder de veto no compatible con el principio de imparcialidad (p. 248, 395).

¿Pero por qué debe ser la democracia como regla de la mayoría aquella forma de gobierno que se aproxima más al ideal del discurso? Según *Nino* esto es así por dos motivos. Uno concierne a la estructura, el otro, al contenido de las decisiones democráticas. El argumento de la estructura dice que la competencia por la mayoría en una democracia establece en todos un fuerte estímulo para convencer con argumentos a tantos conciudadanos como sea posible de la corrección de las propias ideas. (p. 249, 395). Así pues, la democracia es esencialmente discursiva. El argumento del contenido dice que la lucha por los consensos y la necesidad de compromisos conducen a que:

²² *R. Alexy* (nota 7), p. 409 s.

“En general las decisiones democráticas son probablemente más imparciales y por consiguiente más correctas que las decisiones que un individuo o una minoría habrá tomado desde fuera del procedimiento democrático” (p. 251, 395-6).

3. *Democracia y derechos fundamentales*

Naturalmente *Nino* ve que la práctica democrática real con frecuencia está muy alejada de los ideales discursivos (p. 251, 396) y es posible que la propuesta de la minoría, y no de la mayoría, pueda ser la correcta (p. 250). Junto a la exigencia de maximizar las cualidades discursivas del proceso democrático (p.251, 396), la introducción de derechos fundamentales con jurisdicción constitucional (p. 253 s.) constituye su remedio más importante.

Antes se han diferenciado los derechos con fundamentación a priori y a posteriori. Los fundados a priori son aquellos derechos fundamentales que se pueden fundar en la estructura del discurso moral. Estos derechos deben estar fuera del alcance del proceso democrático (p. 254), es decir, deben ser sólidos frente a la mayoría (p. 244). Con estos derechos la autonomía personal debe sustraerse del proceso democrático de decisión en tanto que no colisione con la autonomía personal de otros (p. 254). En el ámbito del proceso democrático, junto con los bienes colectivos deben permanecer tanto la determinación del alcance de los derechos como la solución de conflictos entre ellos. Una jurisdicción constitucional debe velar por la observancia de los derechos a priori. Como *Nino* postula adhiriéndose a Ely, esa jurisdicción debe limitarse en primer término a las condiciones procedimentales del proceso democrático. Junto a esta tarea primariamente procedimental, debe cuidar de que la mayoría no convierta los ideales personales en jurídicamente obligatorios (p. 254, nota 30).

Contra este modelo se pueden poner tres objeciones. La primera hace notar que en él la concesión de derechos sociales se deja completamente a la mayoría parlamentaria correspondiente, pues si han de reconocerse o no derechos sociales es, según *Nino*, cuestión del alcance de los derechos fundamentales. Ello no hace justicia a la importancia de derechos fundamentales sociales mínimos como el derecho de alimentación, vestido y vivienda para la existencia y autonomía del individuo.²³ En cambio la segunda objeción

²³ Cfr. aquí *R. Alexy* (nota 17), p. 458 ss. En la última frase de su tardío ensayo “On Social Rights” dice: “a pesar de que la total y absoluta negación de los derechos sociales se encuentra fuera de los límites del liberalismo constitucional, el alcance preciso de esos derechos *vis-à-vis* los relativos a la propiedad y al comercio, debe ser establecido a través del proceso democrático de discusión y toma de decisiones” (C.S. *Nino*, “On Social Rights”, en A. Aarnio/S.L. Paulson/O. Weinberger/G.H. v. Wright/D. Wyduckel (Eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*. Homenaje a Werner Krawietz, Berlin 1993, p. 299). Si, en primer lugar, aquello que está

se dirige contra que la jurisdicción constitucional no deba tener que ver con la solución de conflictos de derechos fundamentales porque haya que dejarlos al proceso democrático. Una mirada a la práctica de los tribunales constitucionales muestra que el control en la solución de conflictos de derechos fundamentales constituye su pan de cada día. Ello se basa en que una solución desproporcionada de un conflicto de derechos fundamentales significa la violación de un derecho fundamental. Por tanto, las soluciones de conflictos por parte de la mayoría democráticamente legitimada tienen que ser sometidas por lo menos a un examen jurisdiccional-constitucional de proporcionalidad. Finalmente, en tercer lugar ha de cuestionarse por qué la jurisdicción constitucional no está obligada en general al mantenimiento de los derechos fundamentales. Una concepción teórica-discursiva dará desde luego un peso especial a los derechos procedimentales, pero cuando también se puedan fundamentar en ella otros derechos humanos no procedimentales, todo habla a favor de protegerlos también constitucionalmente contra el legislativo en toda su extensión.

(Traducción de M. C. Añaños Meza)

“fuera de los límites del liberalismo constitucional” cae en el ámbito del control jurisdiccional constitucional, y, en segundo lugar, cuando se trata de una “total y absoluta negación de los derechos sociales”, cuando los derechos fundamentales sociales mínimos no están garantizados, entonces esta tesis de *Nino*, es conforme con la la objeción de arriba contra las consideraciones hechas en “The Ethics of Human Rights”.



DOXA 26 (2003)

BALANCE DE LA TEORÍA JURÍDICA DISCURSIVA DE ROBERT ALEXY¹

Rodolfo Vigo
*Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe
(Argentina)*

El propósito del presente artículo es hacer un balance de la teoría jurídica discursiva no positivista de Robert Alexy, aunque somos conscientes de que para una comprensión exhaustiva e integral se requeriría un desarrollo completo de la misma. De todas maneras, indicaremos a continuación rasgos o características de la perspectiva alexyana que nos parecen dignas de ser subrayadas conforme a la atención que al respecto les ha prestado la teoría especializada, procurando que ellas resulten comprensibles no obstante la deficiencia apuntada. No ignoramos también que correspondería abrir un debate puntual sobre los presupuestos desde los cuales Alexy ha construido su atrayente teoría jurídica, lo cual habría importado introducirnos especialmente en la teoría kantiana y pragmática subyacente. Sin embargo, entendemos que esa tarea excedería la modesta pretensión que anima a este trabajo, y por ello nos hemos limitado a un relevamiento de las notas siguientes, que destacan aspectos polémicos significativos en el referido profesor de Kiel.

1. El dubitativo fundamento y marco filosófico de la teoría discursiva: Alexy ha reconocido su sustento en la filosofía pragmática universal²; sin embargo luego ha preferido adscribirse a la pragmática trascendental aunque corregida como “fundamentación pragmático-trascendental débil”³. Mientras que la primera identificación se vincula a Habermas, la segunda

¹ El presente artículo es la parte conclusiva de otro más extenso que será publicado en un libro que editarán La Ley y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires bajo el título “La injusticia extrema no es derecho (de G. Radbruch a R. Alexy)”.

² Robert Alexy, “Teoría de la argumentación jurídica”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 182.

³ *Ibidem*, p. 306. Adela Cortina no sólo le atribuye a Habermas un trascendentalismo “débil” sino además estima que dicho autor desconfía del mismo término trascendental (Cf. “La Ética Discursiva”, en Victoria Camps (ed.), “Historia de la Ética”, Ed. Crítica, Barcelona, 1989, p. 546).

supone remitirse a Apel, y más allá de coincidencias, es sabido que entre ambos filósofos también existen diferencias⁴, por lo que aquellos cambios no resultan menores y requerirían una claridad explícita. Además de esa fundamentación recordemos que también Alexy ha explicitado la vía de fundamentación acudiendo a seis principios: consistencia (consistency), eficiencia (efficiency), verificabilidad (testability), coherencia (coherence), generalizabilidad (generalizability) y sinceridad (sincerity)⁵. Las dudas genéricas⁶ se acentúan –según autores como Hilgendorf⁷, Gril⁸, Betegón⁹ o Atienza– cuando Alexy incorpora en su fundamentación una premisa empírica cual es la existencia de un número elevado de personas que no tenga interés de actuar estratégicamente sino sometidos a las reglas del discurso, y frente a ello el catedrático de Alicante es terminante: “el problema aquí no es sólo el que puedan darse situaciones en que no exista un número suficiente de personas que tengan el mencionado interés (esto es, que falle la premisa empírica), sino que yo no veo que se pueda combinar de la forma que Alexy sugiere el modo pragmático-trascendental y el modo empírico de fundamentación. Si el argumento pragmático trascendental depende, en efecto, de una

⁴ Adela Cortina se ocupa de las diferencias entre Apel y Habermas en “La Ética Discursiva”, art. cit., y en “Ética comunicativa” en “Concepciones de la ética”, Ed. Trotta, Madrid, 1992; también Julio De Zan, “Ética, derecho y política en Karl-Otto Appel y Jürgen Habermas”, en D. Michelini-G. Ortiz-J. Wester eds., “Eficiencia y Justicia Social”, ICALEA, Rio Cuarto, 1997. Compartimos aquellas interpretaciones que hablan de un creciente y mayor acercamiento de Alexy a las tesis apelianas.

⁵ Cfr. A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, “The Foundation of Legal Reasoning”, *Rechtstheorie* 12, 1981.

⁶ Cfr. G. Pavlakos, “The Special Case Thesis. An Assessment of Robert Alexy’s Discursive Theorie of Law”, *Ratio Juris* 11/2 (1998) y “Persons and Norms: On the Normative Groundwork of Discourse-Ethics” *ARSP* 85 (1999); J.E. Herget “Contemporary German Legal Philosophy”, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1996; E. T. Feteris “Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions”, Dordrecht, Kluwer, 1999; S. Wesche “Robert Alexy’s Diskurstheoretische Menschenrechtsbegründung”, *Rechtstheorie* 30 (1999); I. Dwars, “La rationalité du discours pratique selon Robert Alexy”, *A PhD* 32 (1987); O. Weinberger, “Der Streit um die praktische Vernunft. Gegen Scheinargumente in der praktischen Philosophie”, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 51, Franz Steiner, Stuttgart; y J. Mugerza, “¿Una nueva aventura del barón de Münchhausen? (Visita a la “comunidad de comunicación” de Karl-Otto Apel)”, *Ética Comunicativa y Democracia*, Ed. Crítica, Barcelona, 1991.

⁷ Cfr. E. Hilgendorf, “Zur transzendentalpragmatischen Begründung von Diskursregeln”, *Rechtstheorie*, 27 (1995).

⁸ Cfr. P. Gril, “Alexys Version einer transzendentalpragmatischen Begründung der Diskursregeln im Unterschied zu Habermas”, *ARSP* 83 (1997) y “Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus Sicht der Diskurstheorie. Eine Untersuchung zu Jürgen Habermas und Robert Alexy”, Berlín, Duncker & Humblot, 1998.

⁹ Cfr., J. Betegón “Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección”, *Doxa* 21 (1998).

premisa empírica, entonces el fundamento no es ya pragmático-trascendental, sino empírico. La fundamentación pragmático-trascendental o bien es la fundamentación última, o no es fundamentación”¹⁰.

Es cierto que el profesor de Kiel es de profesión filósofo del derecho¹¹ y no estrictamente un filósofo a secas, por lo que ha preferido muchas veces recurrir a la autoridad de otros autores para fijar su posición. Es por esto que algunas críticas deberían debatirse con los mentores mismos de la ética discursiva, y así en referencia al cuestionamiento señalado de Atienza podemos replicar con la autorizada palabra de Adela Cortina en representación de aquella escuela: “Habitualmente se cree –como es el caso de Schelle– que la filosofía trascendental debe ser totalmente independiente de la experiencia; sin embargo, no hay filosofía trascendental alguna que no se vea obligada a presuponer hechos contingentes, tratados hoy por las ciencias empíricas. El trascendentalismo no puede seguir manteniendo, sin incurrir en falacia abstractiva, la radical separación en el ‘Ich denke’ y el yo empírico, sino que actualmente tiene que relacionarse con hechos empíricos que atañen al sujeto. Lo que sucede es que le afectan de dos modos distintos: o bien estos hechos empíricos se presentan como presupuestos ineliminables del sentido de los signos, o bien, por el contrario, nos encontramos con hechos empíricos cuya validez tiene que ser fundamentada. En esta doble forma de conexión con la experiencia radica –a mi juicio– la idiosincrasia de la pragmática trascendental”¹². Es que “trascendental” en la ética discursiva no apunta con ortodoxia kantiana a las condiciones de posibilidad de la experiencia sino de la argumentación (mediación de la filosofía trascendental kantiana con el giro lingüístico¹³), e incluso en la “parte B” de la ética apeliana se intenta conciliar el rigorismo kantiano con las condiciones existenciales o fácticas de la aplicación de los principios morales. Lejos está de nuestra intención abogar en defensa del paradigma de la racionalidad pragmática, o subestimar el cuestionamiento de Atienza dirigido al corazón de la filosofía trascendental que incluso ya tiene resonancia en las críticas de Hegel a Kant, pero lo que sí nos parece es que abrir el debate en ese terreno implica afrontar la viabilidad pragmática del proyecto postkantiano en torno a las condiciones trascendentales de la validez intersubjetiva de la argumentación.

¹⁰ Manuel Atienza, “Las razones del derecho”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 220

¹¹ Cfr. “Entrevista a Robert Alexy” por Manuel Atienza, *Doxa* 24 (2001), ps. 671-687.

¹² Adela Cortina, “Razón Comunicativa y Responsabilidad Solidaria”, Ed. Sígueme, Salamanca, 1985, g. 114.

¹³ Cfr. Ricardo Maliandi, “Conceptos y alcances de la “ética del discurso” en Karl-Otto Apel”, en “Tópicos”, 10 (2002), Santa Fe, Argentina.

2. El esfuerzo por superar la irracionalidad en la moral: Frente a las distintas teorías que marginaron e insisten en marginar a la razón de la moral y la ética (en consonancia con los planteos emotivistas tradicionales de Kelsen, Ross, o en la vía de la analítica contemporánea o la importante pléyade de autores postmodernos) la moral discursiva procura, inspirándose en Kant, prolongar el proyecto ilustrado de la modernidad y confirmar los rasgos de universal, cognitivista y formal. El campo escogido para esa peculiar racionalidad práctica será el uso del lenguaje y la racionalidad dialógica consensual-comunicativa presupuesta en el mismo, la que en definitiva transita por el discurso argumentativo. Así la razón ya no sólo estará habilitada para la verdad en el campo teórico, sino que también se legimitará en su búsqueda de la “corrección” de normas y juicios de valor. A la hora de relevar las críticas es importante distinguir entre aquellos autores que admiten la racionalidad práctica y aquellos que la niegan, dado que respecto de éstos últimos (por ej. Weinberger, Bulygin, Neuman o Braum) no resulta fácil entablar un diálogo mínimamente comprensible y provechoso atento a la distancia desde la que se parte. Incluso a veces se comprueban críticas que se han vulgarizado exitosamente —como en el caso del consenso— que sin embargo supone una distorsión o lectura equivocada de la teoría dialógica¹⁴.

Con esa amplitud y confianza en una razón discursiva o dialógica “rehabilitada”, el saber jurídico deja de mantenerse en silencio o de convocar a la irracionalidad cuando surge la pregunta por lo valioso, lo justo o lo correcto jurídicamente. El jurista ya no puede operar o comprender integralmente al derecho si lo “purifica” de la moral, atento a que la propuesta afirma la conexión conceptual y necesaria entre derecho y moral. Paradigmáticamente podemos decir que los juristas, además de los caminos enseñados por Aristóteles del bien y la virtud, por Nietzsche del poder y el engaño, por Bentham del utilitarismo, por el cientificismo o el logicismo del Círculo de Viena, o por el relativismo neopragmatista de Rorty, también cuentan con la

¹⁴ El mismo Habermas ha reaccionado: “Quizá, para prevenir malentendidos, debería hablarse de una teoría discursiva de la verdad en vez de una teoría consensual de la verdad” (“Teorías de la verdad” en “Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos”, Madrid, Cátedra, 1994, p. 139). También Alexy insiste en el carácter procedimental de corrección y en interpretaciones erróneas sobre el consenso: “Tal consenso no se sigue lógicamente de la determinación de que se han cumplido las condiciones del discurso ideal. Un consenso en una determinada cuestión normativa es algo sustantivo. Las condiciones del discurso ideal tienen, en relación con ello, sólo carácter formal. Una garantía de consenso en cada cuestión sólo podría por ello aceptarse si fuera cierta la premisa empírica de que no hay desigualdades antropológicas de los hombres que se opongan al discurso, y que puedan excluir, también bajo las condiciones del discurso ideal, un consenso en cuestiones prácticas (por tanto, en cuestiones de valoraciones). Esta cuestión no se puede resolver” (“Teoría de la argumentación jurídica”, ob. cit., p. 301).

opción de Habermas y Apel que ratifican su confianza en la razón práctica proponiendo un nuevo camino pragmático universal o trascendental, camino al que adhiere Alexy y que le permite orientar procedimentalmente a la razón práctica postulando racionalidad en las decisiones y normas jurídicas. El profesor de Kiel concluye inequívocamente: “los problemas de la justicia son problemas morales”¹⁵ y “es posible argumentar racionalmente en materia de justicia; lo que posibilita superar la posición emotivo-subjetiva”, pero la Diskurstheorie no sólo se aparta de “las teorías emotivistas, subjetivistas, relativistas y decisionistas” en tanto desconocen que “los juicios de justicia son verdaderos y propios juicios mediante los cuales avanza una pretensión de corrección”, sino también del “objetivismo radical” en tanto “asimila en medida excesiva los juicios de justicia a normales juicios de hecho”¹⁶. En definitiva existen tres maneras diferentes de vincular la moral con el derecho: “En primer lugar, la moral puede ser vinculada con el derecho positivo a través de la incorporación de principios y argumentos morales; en segundo lugar, por medio de que la moral delimite el contenido posible del derecho; y en tercer lugar, porque la moral justifique un deber de obediencia al derecho”, o sea, los problemas de la inclusión, del límite y de la justificación, respectivamente¹⁷.

Desde el realismo jurídico clásico pensamos que más allá de debilidades o insuficiencias en materia de fundamentación, hay muchas tesis que son un importante esfuerzo por recuperar la razón en el derecho y que resultan un notable enriquecimiento en el plano procedimental, plenamente compatible con los planteos propios de la escuela y que guardan sintonía con esfuerzos similares como los realizados por Finnis en materia de las nueve exigencias básicas de la razonabilidad práctica (the basic requirements of practical reasonableness)¹⁸.

3. ¿Una confianza exagerada en la razón discursiva? La razón alexyana¹⁹ en consonancia con sus mentores filosóficos se muestra sorprendentemente raigal (es capaz de someter a crítica racional y modificar “las convicciones fácticas y normativas” originarias en el curso del procedimiento argumentativo²⁰), equilibrada (por ejemplo entre los bienes individuales y colectivos,

¹⁵ Robert Alexy, “Recht und Moral”, en Härle, Wilfried-Preul, Reiner –eds.–, *Ethik und Recht*, N. G. Elwert Verlag, Marburg, 2002, p. 87.

¹⁶ Robert Alexy, “Giustizia come correttezza”, en “Ragion Pratica”, 1997/9, p.106.

¹⁷ Robert Alexy, “Recht und Moral”, art. cit., pág. 85.

¹⁸ Cfr. mi artículo “La teoría jurídica de John Finnis”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 20 (2000), Abeledo Perrot, Buenos Aires.

¹⁹ Cfr. la crítica de I.Dwars, “La rationalité du discours pratique selon Robert Alexy», *A PhD* 32 (1987), ps. 300-304.

²⁰ Robert Alexy, “Teoría de la argumentación jurídica”, ob. cit., ps. 199 y ss.

o los derechos de libertad liberales y los derechos sociales fundamentales), integral (opera indiscriminadamente en lo político, jurídico o moral), ordenada (capaz de tener un “código” que garantice coherencia, igualdad, sólo argumentos sometidos a prueba, etc.), universal (se apoya en la forma humana de vida más general en tanto común a todas las otras formas de vida), esperanzadora (brinda seguridad moral y los que quedan afuera se condenan a la autodestrucción individual y social), expansiva (la razón reclama su institucionalización, y en particular, pide el Estado democrático con jurisdicción constitucional) y cronológica (Habermas tras Kohlberg mira con confianza la etapa postconvencional orientada por una moral de principios y procedimental).

Seguramente la inspiración kantiana tiene mucho que ver con tantas posibilidades derivadas de la razón, pero de todas maneras el recíproco auxilio y respaldo filosófico de Apel y Habermas brindan a la teoría alexyana unos cimientos sólidos y amplios, ello al margen de que se compartan. Es cierto que Alexy procura mantenerse en el plano contrafáctico y pragmático evitando proyecciones automáticas al plano empírico (por ejemplo clásicamente en materia de derechos humanos), aunque su teoría por momentos deja la impresión de ciertas conclusiones -normalmente intermedias o eclécticas- o saltos institucionales que más que resultar exigidos por su lógica interna parecen ser resultados de opciones ideológicas o axiológicas. Pattaro identifica a la racionalidad alexyana como “razón débil-fuerte” (weak-strong reason), en tanto sus premisas resultan plausibles y no necesarias pero sus conclusiones de aquéllas resultan necesarias o sea más fuertes de aquellas de donde se las deduce²¹. No han faltado autores –como Mangiameli– que han acusado a Alexy de incurrir en argumentos retóricos²². Algunos ejemplos de aquellas aparentemente acomodaticias opciones pueden ser: a) las respuestas que evitan los extremos (por ej. entre legalismo y constitucionalismo, el carácter material y formal de la Constitución, etc.); b) la distinción entre los órdenes absurdo y depredatorio respecto del orden de dominación; c) el argumentar desde sistemas jurídicos mínimamente desarrollados (con principios, en gradas, etc.); d) el reivindicar los seis principios del derecho racional de la modernidad; e) el confiar en “las virtudes autocurativas de la jurisdicción constitucional” o en el triunfo de la representación argumentativa de los ciudadanos por parte del Tribunal Constitucional por sobre la representa-

²¹ Cfr. E. Pattaro, “Models of Reason, Types of Principles and Reasoning. Historical Comments and Theoretical Outlines”, *Ratio Juris* 1/2 (1988), ps. 118-119.

²² Amato Mangiameli, recensión a la obra de Robert Alexy en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (1990), p. 162.

ción política en el Parlamento²³; f) en los principios, al reconocer que tienen contenido moral y forma jurídica; g) la identificación entre lo axiológico y lo deontológico; h) al establecer el umbral de injusticia y vincularlo con la violación de los derechos humanos; i) al apelar desde lo jurídico a un “orden social racional y justo”²⁴; j) la distinción entre la injusticia de la norma y la injusticia del sistema jurídico; etc.

4. La filiación no-positivista: Autores como Richards²⁵ o García Figueroa²⁶ no están convencidos del no-positivismo de Alexy, e incluso el autor español le reconoce un “positivismo latente” y advierte que esa filiación sería expresa de dejarse de lado la “pretensión de corrección”; por otro lado, esas dudas filiatorias se reproducen entre los autores respecto de Kant²⁷. Lejos estamos de compartir aquella opinión atento a que más allá de reconocer el profesor de Kiel la posibilidad de adoptar distintos marcos conceptuales para definir el derecho, el que adopta Alexy y al que consecuentemente le reconoce mayores posibilidades cognoscitivas, es claramente no-positivista. En efecto, su concepto de derecho reconoce la presencia “calificante” de conexiones morales conceptuales y necesarias, y en consecuencia, su ausencia grave o extrema más que hacer hablar de un derecho deficitario implica negar la existencia misma del derecho. Por supuesto que la pretensión de corrección cumple un papel crucial en la ética discursiva presente en el derecho alexyano, pero esa presencia es insoslayable y crucial por lo que de suprimirse resultaría ya irreconocible la teoría alexyana. Es evidente que en todas las teorías se dan esas claves de bóveda (pensemos en el escepticismo axiológico o en la epistemología kelseniana) y está claro que en la visión pragmática alexyana esa centralidad la tiene la pretensión de corrección que acompaña a toda aserción.

²³ Robert Alexy, “Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, en M. Carbonell (editor), “Neoconstitucionalismo(s)”, Trotta, Madrid, 2003, p. 40.

²⁴ Robert Alexy, “Teoría de la argumentación jurídica”, ob. cit., p. 280.

²⁵ Cfr. D. A. Richards, “Robert Alexy, A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification”, *Ratio Juris*, vol. 2, n.3 (1989), p. 303.

²⁶ Cfr. Alfonso García Figueroa, “Principios y Positivismos Jurídicos”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 363.

²⁷ La adscripción de la teoría jurídica kantiana al iusnaturalismo o al iuspositivismo encuentra respuestas contradictorias y dubitativas, y así A. Philonenko lo califica a ese pensamiento de “equivoco” (Introduction, “Métaphysique des moeurs. Doctrine du droit”, Paris, Vrin, 1993, p. 31), O. Höffe no duda en reconocerlo iusnaturalista (“Introduction a la philosophie pratique de Kant. La morale, le droit et la religion”, Paris, Vrin, 1993, p. 171-174), A. Cortina resiste su inclusión en alguna de esas orientaciones (Estudio Preliminar a “Metafísica de las costumbres” de I. Kant, Madrid, Tecnos, 1994, p. XLIV); C. Massini habla de iusnaturalismo racionalista para diferenciarlo del clásico (“La concepción deontológica de la justicia: el paradigma kantiano”, Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, 1993, p. 353); etc.

Ningún positivista coherente puede admitir la tesis alexyana del límite de la injusticia extrema para las decisiones jurígenas autoritativas (incluso las constitucionales) de tal modo que si esas normas superan aquel umbral axiológico dejan de pertenecer al derecho. No duda Alexy en inscribir su teoría discursiva en la tradición del derecho natural²⁸. Recordemos que esa injusticia si bien remite a la pretensión de corrección termina asociándose a los derechos humanos, los que no duda Alexy en remitirlos al liberalismo y al derecho natural; y en adscribirlos a una moral universal. Esa conexión también aparece en los argumentos prácticos generales o morales a la hora de aplicar el derecho, pues ellos están presentes en el discurso jurídico exigidos por la pretensión de corrección y vinculados a la presencia de los principios en todo sistema jurídico mínimamente desarrollado. La conclusión inequívoca del mismo Alexy pone distancia con interpretaciones que debilitan su no-positivismo: “mi tesis es que hay una relación conceptual necesaria entre el Derecho y la Moral que supone que el positivismo jurídico falla como teoría general”²⁹.

Refiriéndose al profesor de Kiel, Hilgendorf habla de un “derecho natural teñido lingüísticamente”³⁰; y Adela Cortina reconoce en la ética discursiva un cierto “iusnaturalismo procedimental”³¹, aunque deberíamos vincular esa dimensión formal a ciertas conexiones sustanciales sobre las que insistiremos en el punto inmediato posterior. En definitiva, el esfuerzo alexyano de construir un concepto de derecho y de validez jurídica con conexiones conceptuales y necesarias con la moral lo torna un intento inequívocamente alejado de las tesis características de todo iuspositivismo.

Aun cuando este trabajo sólo apunta a la teoría alexyana, la aparición en 1992 del libro iusfilosófico de Habermas “Facticidad y validez”, que tanta polémica abrió con el otro gran impulsor de la ética discursiva Apel³², nos obliga a remitirnos a la perspectiva habermasiana en cuanto reconoce que la moral y el derecho no obstante ser diferentes, originarios y complementarios encuentran su fundamento en el concepto de autonomía, o también en la reconstrucción del principio D o del discurso que es procedimental, pero que se proyecta como principio de la moral o de la universalización y también como principio democrático para el dictado de las normas jurídicas

²⁸ Robert Alexy, “Recht, Vernunft, Diskurs”, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995, p. 141.

²⁹ Robert Alexy, “Derecho y Razón Práctica”, Fontamara, México, 1993, p. 37.

³⁰ E. Hilgendorf, “Zur transzendentalpragmatischen Begründung von Diskursregeln”, *Rechtstheorie*, n. 27 (1995), p. 199

³¹ A. Cortina, “La ética discursiva”, art. cit., p. 564.

³² Cfr. Julio De Zan, “Ética, derecho y política en Karl-Otto Apel y Jürgen Habermas”, art. cit.

que pueden ser justificadas con razones pragmáticas, ético-políticas y morales. Habermas reconoce la conexión necesaria que se da entre derechos fundamentales y soberanía popular como principios del Estado de derecho democrático, pues la “juridificación de la libertad comunicativa significa que el derecho ha de abrirse a fuentes de legitimación de las que no puede disponer a voluntad”³³.

5. ¿Sólo moral procedimental?: Kaufmann³⁴ elocuentemente ha concluido que “es imposible llegar a contenidos materiales partiendo únicamente de la forma o del procedimiento, o por lo menos contando únicamente con éste. Es evidente el carácter circular de la demostración” que posibilita “misteriosamente” la generación de materia desde la forma. Otfried Höffe ha denunciado la “falacia normativista”³⁵ en que se incurre cuando se pretende extraer normas concretas de conducta sólo de normas formales generales, y así Taylor se encarga de destacar que las teorías que apelan a lo correcto descansan en realidad en una idea de lo bueno³⁶. Weinberger³⁷ advierte que la teoría discursiva se proyecta al plano de los contenidos con una tendencia a dogmatizarlos, y de igual modo Bayón³⁸ alerta sobre los modelos constructivistas en tanto introducción solapada de elementos materiales o sustanciales. Apel llega a escribir: “La realización práctica de la razón a través de la voluntad (buena) siempre necesita un compromiso que

³³ Jürgen Habermas, “Facticidad y validez”, Ed. Trotta, Madrid, 2001, p. 197. Respecto de esta obra J. A. García Amado entiende que Habermas muestra “cómo la visión positivista de la validez jurídica es insuficiente y errónea, por desconocer el componente de legitimidad o justicia inmanente a toda validez ... Habermas precisa de qué modo su filosofía del discurso proporciona una base última e irrebalsable para todo ordenamiento jurídico que pueda entenderse legítimo y, con ello, válido en toda su extensión. Y en esto radica también la aportación más novedosa de esta obra de Habermas, por comparación con sus anteriores referencias a esta materia. Sitúa ese fundamento en la preexistencia de un sistema de derechos, si bien no se debe perder de vista que Habermas no busca sentar una serie de postulados morales apriorísticos, sino reconstruir los presupuestos de racionalidad inmanentes al derecho moderno” [“La filosofía del derecho de Jürgen Habermas” en *Doxa* 13 (1993), p. 238]. También cfr. Carlos María Cárcova, “Habermas: la validez como construcción discursiva”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n. 21 (2001), ps. 73-89.

³⁴ A. Kaufmann, “En torno al conocimiento científico del derecho”, *Persona y Derecho*, Pamplona, n. 31 (1994), p. 19 y “La filosofía del derecho en la posmodernidad”, *Temis*, Bogotá, 1992, p. 43.

³⁵ O. Höffe, “Estudios sobre teoría del derecho y la justicia”, Ed. Alfa, Barcelona, 1988, p. 127.

³⁶ Cfr. Ch. Taylor, “Die Motive einer Verfahrensethik”, en W. Kuhlmann (ed.), “Moralität un Sittlichkeit”, ps. 101-135 y “Sprache und Gesellschaft”, en A. Honneth y H. Joas (eds.), “Kommunikatives Handeln”, ps. 35-52.

³⁷ Cfr. O. Weinberger, “Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation”, en W. Krawietz y R. Alexy (eds.), “Metatheorie juristischer Argumentation”, Duncker & Humblot, Berlín, 1983, ps. 159-232.

³⁸ Cfr. J. C. Bayón, “La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción”, *Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1991, p. 228

no puede demostrarse”³⁹, e incluso la parte B de su ética intenta proyectar al terreno fáctico y de las responsabilidades de los agentes morales la norma básica universal fundamentada contrafácticamente en la parte A. También Habermas, como vemos en su “Facticidad y Validez” o en “La inclusión del otro” (1996) intenta, al margen de su coherencia, hacerse cargo de las críticas que en nombre de lo sustancial y la realidad se le han efectuado a su teoría discursiva.

Estas denuncias de algún modo alcanzan a la moral procedimental alexyana, en donde de pronto hay un reconocimiento de reglas de acción procedimentales (como por ejemplo las de organización del Estado constitucional democrático) pero también de reglas sustanciales (como los derechos humanos)⁴⁰. Precisamente los derechos fundamentales no sólo regulan desde el “máximo rango” y cuentan con la “máxima fuerza jurídica” vinculando a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial sino que, además, su objeto tiene la “máxima importancia” decidiendo “acerca de la estructura básica de la sociedad”⁴¹. De todas maneras su esfuerzo insistente y explícito es adscribirse y conservarse en un plano formal, aunque –reiteramos– se advierten frecuentes presupuestos y conclusiones sustanciales o de contenido. En efecto, y para empezar, la competencia comunicativa y su pretensión de corrección presupuesta en el uso del lenguaje, remite a una cierta antropología que desborda lo formal, e incluso Alexy explícitamente excluye la posibilidad de “diferencias antropológicas resistentes al discurso entre los hombres”⁴² y llega a reconocer que “la teoría del discurso rastrea de ese modo en el potencial racional existente en la realidad humana. Ella persigue en este sentido ilustración sobre la naturaleza del hombre y se encuentra en eso, pero solamente en eso, en la tradición del derecho natural”⁴³. Una representante caracterizada de la ética discursiva en la filosofía española como lo es la ya citada Adela Cortina confiesa: “creo que a lo largo de la polémica entre neoaristotélicos y neokantianos se ha ido configurando un concepto excesivamente pobre de ética procedimental, un concepto que puede ampliarse reconstruyéndolo desde las ideas de valor y tólos, hasta

³⁹ K. O. Apel, “La transformación de la filosofía”, Taurus, Madrid, 1985, t. II, p. 392.

⁴⁰ Cfr. Robert Alexy, “El concepto y la validez del derecho”, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 152.

⁴¹ Robert Alexy, “Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, art. cit., ps. 32 a 34. Incluso Alexy, valiéndose de jurisprudencia constitucional, reconoce que los derechos fundamentales deben irradiar al derecho en su totalidad como “valores o juicios de valor objetivo” (objektive Wertentscheidungen) (ibidem, p. 34).

⁴² Robert Alexy, “Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie», Suhrkamp, Francfort del Meno, 1995, p. 114.

⁴³ Robert Alexy, “El concepto y la validez del derecho”, ob. cit., p. 47 y “Teoría del Discurso y Derechos Humanos”, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 118.

dar lugar incluso a una ética de virtudes o de actitudes”⁴⁴. El profesor de Kiel procura mantenerse más ortodoxamente procedimentalista, pero no se amilana con la decisiva y reiterada remisión a los derechos fundamentales y al Estado democrático constitucional. Incluso a la hora de explicitar su teoría de la justicia acepta, en orden a superar los problemas generados por la “procedimentalización”, “tener en cuenta en la medida adecuada los intereses y las necesidades, además de la tradición y la cultura, de los individuos implicados”, aunque advirtiendo que la teoría discursiva excluye a aquellos que no ponen a prueba los argumentos de sus afirmaciones y sólo aducen convicciones “religiosas, metafísicas o mágicas”⁴⁵. Por otro lado, a pesar de aquel supuesto “procedimentalismo”, Alexy no renuncia a referirse a bienes individuales y colectivos y, en oportunidad de hablar de la justicia, a exigir corrección en la distribución y en la compensación, y señalar que la “teoría discursiva de la justicia” tiene como sus elementos fundamentales a “la libertad e igualdad de las personas, y neutralidad y objetividad de los argumentos”⁴⁶.

6. La racionalidad práctica alexyana: Está fuera de discusión el papel central que cumplió la moral discursiva o dialógica en el llamado movimiento de rehabilitación práctica, al margen de que el esfuerzo fundamentador en el caso de Apel haya intentado llegar a ser último y trascendentalmente fuerte, o resignadamente débil en Habermas. Este último autor incluso ha procurado proyectar diferenciadamente la razón práctica en campos diversificados como los de las cuestiones pragmáticas (adecuación de los medios al fin), éticas (problemas del bien) y morales (de la justicia), postulando que en los discursos pragmáticos hay una fuerte vinculación al saber empírico y distancia respecto a los fines y decisiones volitivas del sujeto; en los discursos éticos las pretensiones de validez universal se debilitan por el contexto histórico; y los discursos prácticos-morales están orientados a la universalidad y a priorizar la justicia sobre el bien⁴⁷.

Alexy desde la tesis de que “la jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones” ha procurado elaborar una teoría del discurso práctico y jurídico indicándole al decisor que “se debe orientar en un sentido jurídicamente relevante de acuerdo con valoraciones moralmente correctas”⁴⁸.

⁴⁴ A. Cortina, “La ética discursiva”, art. cit., p. 554.

⁴⁵ Robert Alexy, “Giustizia come correttezza”, art. cit., p. 113.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 108.

⁴⁷ Respecto de esos tres puntos de vista puede consultarse J. Habermas “Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft” en “Erläuterungen zur Diskursethik”, Frankfurt, 1991 y de M. Boladeras, “Comunicación, Ética y Política (Habermas y sus críticos)”, Tecnos, Madrid, 1996, cap. 5.

⁴⁸ Robert Alexy, “Teoría de la argumentación jurídica”, *ob. cit.*, ps. 29 y 30.

Con tal objetivo va a elaborar sus reglas del discurso racional y al momento de preguntarse por la fundamentación de las mismas descartará las posibles fundamentaciones técnicas, empíricas y definitorias, y optará por una fundamentación pragmática en tanto considera aquellas reglas que “están presupuestas de manera general y necesaria en la comunicación lingüística, o que son constitutivas de formas de comportamiento específicamente humano”⁴⁹, aunque advirtiendo que son posibles otras vías de fundamentación además de esas cuatro y que cada una de ellas “contiene un aspecto importante”. Si bien la teoría discursiva alexyana se ofrece como procedimental (un enunciado normativo es correcto si y sólo si puede ser el resultado de un procedimiento⁵⁰), el seguimiento de las reglas discursivas no garantiza sin embargo la obtención del consenso dadas las diferencias antropológicas y valorativas entre los hombres, e incluso el respeto de aquéllas permite la obtención de más de una respuesta correcta. Esta dificultad no la debilita en tanto los participantes en el discurso deben plantear la pretensión de que su respuesta es la única correcta, y porque además el resultado del discurso es de una “corrección relativa” en el sentido que es “relativo en la medida en que se determina por medio de las características de los participantes, y objetivo en la medida en que depende de la realización del procedimiento definido a través de las reglas del discurso”⁵¹. El procedimentalismo alexyano enfrenta en el capítulo de los principios un serio desafío en tanto “los principios y valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente”⁵², aquéllos definiendo lo debido y éstos definiendo lo mejor o lo bueno⁵³. En última instancia la racionalidad práctica alexyana resulta particularmente útil en sentido negativo a los fines de reducir la “irracionalidad” en los discursos jurídicos y porque además reclama una institucionalización en términos de un Estado constitucional y democrático.

No obstante el carácter formal y procedimental del discurso alexyano, éste no renuncia a definiciones sustanciales como “la injusticia extrema” o los derechos humanos, e incluso la ciencia jurídica es definida básicamente como práctica en tanto intenta responder a “qué es lo debido en los casos reales o imaginados”, o más directamente, ella asume de manera privilegiada la perspectiva del juez tratando la solución de casos a través de “la

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 183.

⁵⁰ Robert Alexy, “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, en “Derecho y Filosofía”, Ernesto Garzón Valdés (compilador), Alfa, Barcelona, 1985, p. 45.

⁵¹ Robert Alexy, “Teoría de la argumentación jurídica”, *ob. cit.*, p. 304.

⁵² Robert Alexy, “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 147.

⁵³ *Ibíd.*, ps. 139 y ss..

fundamentación de juicios jurídicos concretos de deber ser”⁵⁴. Además el saber práctico jurídico alexyano admite la analogía en tanto la satisfacción de la pretensión de corrección no es algo de todo o nada, y así por ejemplo “una decisión judicial que aplica correctamente una ley irracional o injusta no satisface, por tanto, en todos sus aspectos, la pretensión de corrección planteada con ella”⁵⁵. Aquella apertura “fuerte” a lo sustancial plantea el inconveniente –a los fines de mantener la coherencia– de su conocimiento, y así García Figueroa⁵⁶ ha criticado de Alexy por inconsistente e impreciso el recurso a la intuición o a lo evidente⁵⁷ cuando se trata de reconocer la superación del umbral de injusticia o la “medida insoportable”(unerträgliches Mass).

No vamos insistir sobre las debilidades de los formalismos y procedimentalismos, en particular cuando se pretende sostener tesis contundentes en el plano sustancial; y en cuanto al recurso a la evidencia, diremos que no parece que en Alexy tenga que ver con la detenida elaboración gnoseológica que sobre el particular ha hecho el realismo jurídico clásico, por ejemplo en autores como Kalinowski⁵⁸ o Finnis⁵⁹, sino más bien un recurso retórico para explicar aquello que parece ofender la más extendida conciencia ética jurídica.

7. ¿El derecho absorbe la moral?: En la moral discursiva por supuesto que no existe el más mínimo riesgo de perspectiva juricista, o sea de alentar comprensiones u operatividades del derecho desvinculado de la moral y la política. Por el contrario la razón práctica resulta inescindible en sus distintas dimensiones, pero quizás el riesgo que existe –como muchos autores señalan críticamente respecto a dicha teoría– es el de una confianza excesiva en la razón práctica institucionalizada a través del derecho, a partir de la cual

⁵⁴ *Ibidem*, p. 33.

⁵⁵ Robert Alexy, “Teoría de la argumentación jurídica”, *ob. cit.*, p. 316.

⁵⁶ A. García Figueroa, “Principios y Positivismo Jurídico”, *ob. cit.*, p. 376.

⁵⁷ Cfr. A. Giddens en “Habermas critique of hermeneutics” en “Studies in Social and Political Theory”, London, 1977 y “Habermas y la modernidad” de R.J.Bernstein, ed. Cátedra, Madrid, 1988.

⁵⁸ G. Kalinowski se ha ocupado extensamente de la evidencia, distinguiendo entre la empírica y la analítica (Cfr. “El problema de la verdad en la moral y el derecho”, Eudeba, Buenos Aires, 1979, ps. 133-134; “La justification de la morale naturelle”, en AA.VV., “La morale. Sagesse et salud”, Paris, Fayaard, 1981, ps. 214-215; “Métatheorie du système des règles de l’agir” en “Revue de l’Université d’Ottawa”, n. 31 (1961); “Le droit naturel et la personne humaine” en “Chronique Sociale de France”, Cahier 3 (1960); etc.). Sobre la doctrina de la evidencia, A. Millán Puelles, “Léxico Filosófico”, Madrid, 1984, ps. 271-280 y J. Barrio Gutierrez, voz “Evidencia” en Gran Enciclopedia Rialp, Madrid, 1981, T. IX, ps. 603-605.

⁵⁹ John Finnis, “Natural Law and Natural Rights”, Clarendon Press, Oxford, 1992, ps. 64 y ss. y “Aquinas”, Oxford University Press, 1998, ps. 86 y ss..

éste asume un papel tan decisivo e importante que se corre el peligro de que absorba a la moral o que, en definitiva, la moral esté al comienzo pero luego termine diluyéndose en el derecho y la política. Incluso en los mismos fundadores de la ética discursiva, quizás especialmente en Habermas, resultan muy difusos esos límites entre la moral y el derecho, y su esfuerzo teórico se orienta a procurar “legitimidad por vía de la legalidad”⁶⁰, y en el caso habermasiano el riesgo es que la democracia resulte ser la matriz de la razón práctica. El peligro de esa perspectiva es que se debilita la capacidad crítica moral sobre las decisiones jurídicas o que finalmente la moral propia del ámbito privado o no social se remita a la voluntad individual sin exigencia racional alguna⁶¹.

No obstante haber propuesto Alexy una “teoría integral del derecho”⁶², autores como Richards le han reprochado separar demasiado el discurso jurídico del discurso práctico general⁶³. De todas maneras en la perspectiva alexyana las instituciones jurídicas plasman exigencias morales y no quedan totalmente desvinculadas de las mismas, sino que por el contrario ellas mantienen su presencia para suplir deficiencias y conservar su regulación como “ideal” respecto a las limitaciones e imperfecciones de la realidad. Todo el sistema jurídico se piensa y estructura para asegurar al máximo posible las exigencias de la razón práctica, pues en ese terreno se confirma que cada una de las propuestas o respuestas alexyanas tienen que ver con institucionalizar jurídicamente la razón práctica con la mayor fidelidad posible. En términos de filosofía clásica se podría decir que esa razón discursiva es la causa ejemplar del sistema jurídico y político. Recordemos en particular que los derechos humanos son calificados por Alexy como suprapositivos o morales y que deben ser positivizados por la Constitución si ella pretende estar justificada. La democracia deliberativa y la “medicina” de la jurisdicción constitucional se explican por remisión a la libertad y a la igualdad,

⁶⁰ A. Cortina alerta sobre el riesgo que los procedimientos legitimadores de normas terminen “reduciendo lo moral a una forma deficiente del derecho” (“Ética sin moral”, ob. cit., p. 182).

⁶¹ A. Cortina no obstante valorar que Apel y Habermas han incidido en el carácter intersubjetivo de la ética del discurso, advierte que hay un riesgo de “terminar en un cierto colectivismo del consenso: como si los sujetos se disolvieran en la intersubjetividad, como si no estuvieran legitimados para tomar más decisiones morales que las que se consensúan el grupo o la mayoría” (“Ética comunicativa”, art. cit., p. 192). Como nota curiosa recordemos que Kant, superando prevenciones “paternalistas”, admite la punibilidad de conductas meramente individuales pero “antinaturales” (unnatürliche Verhalten), como el bestialismo (“Metafísica de las costumbres”, Tecnos, Madrid, 1994, p. 207).

⁶² Cfr. A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, “The Foundation of Legal Reasoning”, art. cit., y Robert Alexy, Ralf Dreier, “The Concept of Jurisprudence” en *Ratio Iuris*, vol. 3 (1990).

⁶³ Cfr. D. A. Richards, “Robert Alexy, A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification”, en *Ratio Iuris*, vol. 2, n. 3 (1989).

especialmente a la libertad en tanto “autonomía pública”. La fórmula alexyana se puede sintetizar: “la moral pide derecho para encarnarse y éste requiere de la moral para legitimarse o justificarse”. Esta fórmula no sería demasiado extraña o novedosa dado que guarda sintonía con una gran tradición iusnaturalista, pero quizás lo peculiar es postularla desde una matriz procedimentalista y con una fuerte preocupación por restringir el campo de actuación a la moral pública.

8. Los diferentes tipos de discursos jurídicos: Tendríamos que empezar este punto subrayando la decisividad que tiene el discurso jurídico en la definición del derecho, en tanto en buena medida sólo sabemos lo que efectivamente forma parte del derecho cuando las normas autoritativamente dispuestas han pasado por su aplicación dado que la validez jurídica incluye la moral, y así luego de ese control interpretativo puede quedar despejada la duda por el umbral de injusticia o el juego ponderativo de los principios. Consignada esa dimensión interpretativa del concepto del derecho, recordemos que Alexy al comenzar en su “Teoría de la argumentación jurídica” el estudio específico del discurso jurídico advierte genéricamente sobre la gran variedad que el mismo ofrece, mencionando las discusiones en la ciencia jurídica, las deliberaciones entre jueces, los debates judiciales, los debates jurídicos en órganos legislativos, etc., concluyendo rápidamente que “el aspecto común más importante consiste en que en todas las formas (al menos en parte) se argumenta jurídicamente”⁶⁴. Sin embargo, en el desarrollo detallado y específico posterior, el profesor de Kiel fija su atención en las decisiones jurídicas judiciales, explayándose en lo que llama la justificación interna y la justificación externa.

A ese respecto Atienza ha señalado con acierto la ambigüedad en la que incurre Alexy cuando refiere a los distintos discursos jurídicos. En efecto, para el profesor de Kiel el “discurso jurídico en cuanto tal” o en sentido estricto, es aquel discurso no institucionalizado que se ubica entre los discursos institucionalizados de creación del derecho y el de aplicación judicial. De ese modo aquél carece de regulación normativa jurídica y además no incluye forzosamente a decisión alguna. Simultáneamente recordemos que las limitaciones en las que se instala el discurso jurídico suponen la sujeción a la ley, los precedentes judiciales y la dogmática o ciencia jurídica. Frente a ese marco y precisión aparecen demasiadas dudas y preguntas: 1. el discurso jurídico en sentido estricto pareciera identificarse con la ciencia jurídica o dogmática, y ésta ha recibido de Alexy un amplio e importante tratamiento que termina asignándole funciones imprescindibles en orden a la operatividad del derecho, pero surge el interrogante de si esos análisis –en

⁶⁴ Robert Alexy, “Teoría de la argumentación jurídica”, ob. cit., p. 206.

particular en cuanto a la pretensión de corrección— resultan trasladables a los otros discursos o si las adaptaciones que se requieren alteran raigalmente a esos diferentes tipos; 2. así como resulta problemático trasladar las reglas del discurso jurídico al ámbito judicial, mucho más problemático resulta su traslado al campo de las decisiones legislativas donde la experiencia universal confirmaría que las decisiones legítimas no escapan a acuerdos y razones estratégicas; 3. otro elemental interrogante refiere a la problemática de la única respuesta correcta como “idea regulativa”, en el sentido de hasta dónde funciona ella en los diversos discursos jurídicos, y en su caso, qué implica su adaptación; 4. la lógica que está presente en la “justificación interna” o las reglas de la “justificación externa” (pensemos en los cánones de la interpretación), ¿rigen en el discurso jurídico legislativo?; 5. ¿el discurso creador de la Constitución es idéntico al discurso jurídico legislativo?; 6. ¿los déficits de racionalidad se cubren de similar manera al momento de los distintos tipos de creación normativa?; 7. las restricciones que imponen las normas y principios procesales ¿pueden caracterizar a todo el discurso jurídico?, y 8. ¿cuáles son las peculiaridades que tiene el discurso jurídico en materia de hechos?.

9. La diferencia entre creación jurídica y aplicación: A pesar de que este punto guarda íntima vinculación con el anterior, queremos puntualizarlo diferenciadamente como un modo de llamar la atención sobre el mismo. La impresión que nos produce en algunos de sus pasajes la teoría jurídica de Alexy es que recurre acentuadamente a una distinción muy ligada al modelo de derecho y saber jurídico típicamente decimonónico, entre el momento de la creación normativa y el de la aplicación judicial ordinaria⁶⁵ del derecho. Entre los autores en los que el profesor de Kiel puede respaldarse está Savigny y por supuesto que aquellos dos momentos diferenciados de creación y aplicación encuentran plena receptividad y aval en el máximo representante de la Escuela histórica. Recordemos que el sistema jurídico alexyano se construye ortodoxamente derivándose por gradas desde la Constitución hasta las sentencias judiciales, pasando por la ley. A ese respecto puede resultar muy ilustrativo el modelo procedimental en cuatro gradas en donde se reconoce en el segundo nivel el momento institucional de la creación del derecho estatal, y aparece en la cuarta grada —también institucional— el proceso judicial. Esa visión exageradamente estructurada y tradicional también

⁶⁵ Insistimos que hablamos de la jurisdicción ordinaria y no de la jurisdicción constitucional porque ésta tiene un papel político y jurídico central a la hora de hacer prevalecer la representación argumentativa de los ciudadanos por oposición a su representación política en el Parlamento, posibilitando así el Tribunal Constitucional la reconciliación entre derechos fundamentales y democracia (Robert Alexy, “Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, art. cit., p. 40)

se refleja en párrafos como el siguiente: “como lo muestran tanto la experiencia histórica como consideraciones conceptuales, a través de un proceso de legislación no se puede nunca determinar para cada caso, de antemano, precisamente una solución. Esto sirve de fundamento a la necesidad del discurso jurídico”⁶⁶.

Esa coincidencia con visiones decimonónicas o apoyadas en la confianza en la creación jurídica a cargo del legislador, se hace más visible en la obra iusfilosófica de Habermas cuando criticando la tesis alexyana del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico y en aras de la seguridad jurídica llega a defender la tesis de la única decisión correcta y a confiar en un sistema jurídico carente de contradicciones. Incluso Habermas, en coincidencia con Klaus Günther, distingue entre discurso fundamentador (en la creación de normas válidas) y discurso de la aplicación de normas (aquí “no se trata de la validez, sino de la adecuada referencia de una norma a una situación”) que le lleva a concluir: “Puesto que la praxis decisoria de los jueces está sometida a la ley y al derecho, la racionalidad de la jurisprudencia remite a la legitimidad del derecho válido. Esta depende a su vez de la racionalidad de un proceso legislativo que, bajo las condiciones de la división jurídico-estatal de poderes, no queda a disposición de los órganos de la aplicación jurídica”⁶⁷.

Frente a esa visión jerárquica y confiada de la creación jurídica y la aplicación judicial ordinaria, nos parece que ya desde Kelsen se ha relativizado esa diferenciación y que una mirada realista y actual impone acordar que la diferencia entre esos dos momentos es más cuantitativa que cualitativa. En efecto, en la aplicación hay creación y viceversa, por lo que los distintos tipos de una y otra no pueden reconocerse a priori o a través del órgano sino sólo comprobando el resultado mismo, e incluso se ha señalado que la creación judicial significativa tiene que ver con el enunciado normativo general en el que efectivamente subsume el caso que resuelve y que garantiza la normatividad de la conclusión silogística⁶⁸. No advertimos claramente desde la teoría discursiva cuál puede ser la diferencia que tiene el legislador cuando debe decidir dentro de los márgenes de lo “discursivamente posible”, respecto a la que enfrenta el juez o el poder constituyente (Nos preguntamos cuánta tolerancia a la discrecionalidad o a la arbitrariedad puede admitir la teoría alexyana dentro de aquellos márgenes tolerables racionalmente).

⁶⁶ *Ibidem*, p. 315 y cfr. “Teoría de los derechos fundamentales”, *ob. cit.*, ps. 531-532.

⁶⁷ J. Habermas, “Facticidad y validez”, *ob. cit.*, ps. 267 y 292, respectivamente.

⁶⁸ Cfr. mi artículo “Razonamiento justificatorio judicial”, *Doxa* 21, vol. 2 (1998), ps. 438 y ss.

Cabe consignar en torno a este punto las críticas que ha planteado Klaus Günther en el sentido que la teoría alexyana no distingue entre los discursos de fundamentación o justificación de la validez de las normas y los discursos de aplicación. A ellas ha replicado Alexy –nos parece adecuadamente– que la aplicación de las normas puede ser considerada una justificación –aunque individual– de ellas, y que además ambas modalidades discursivas se necesitan mutuamente y forman un continuum⁶⁹.

10. El universalismo de la teoría discursiva (etnocentrismo): Distintos autores han criticado a la teoría discursiva porque en definitiva ella se construye desde cierto condicionamiento cultural y en consecuencia su pregonado universalismo es en última instancia un intento que esconde un claro etnocentrismo⁷⁰, o la expresión de una determinada forma de vida identificada con el racionalismo europeo⁷¹, lo que también se confirmaría en el evolucionismo optimista habermasiano inmiscerado de los ideales de la Ilustración europea. De ese modo la “más general forma de vida del hombre” (“allgemeinste Lebensform des Menschens”) no es más que “una” cierta forma de vida: la occidental; incluso la racionalidad y ética discursiva es una visión científicista proyectada a la razón práctica que pretende extenderse universalmente⁷². Frente a esas críticas tengamos presente que Alexy no sólo descarta expresamente la vía cultural para fundar las reglas del discurso sino que –recordemos– a través de ellas confía en que cualquier convicción ética originaria pueda ser convertida sometiénola al rigor argumentativo racional de su código de la razón práctica. En definitiva en consonancia con la fundamentación pragmática, el profesor de Kiel advierte que la universalidad descansa en aquella capacidad comunicativa humana como para “plantear seriamente la cuestión ¿por qué?”, y entonces “las reglas del discurso no definen por ello una forma de vida particular, sino algo que es común a todas las formas de vida, sin perjuicio del hecho de que ese algo resulte válido en dichas formas de vida en medida muy distinta. Ello implica

⁶⁹ Cfr. K. Günther, “Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht”, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988 y “Critical Remarks on Robert Alexy’s Special-Case Thesis”, *Ratio Juris* 6/2(1993), ps. 143-156.

⁷⁰ Sobre esta crítica extendida puede consultarse: A. García Figueroa, “Principios y positivismo jurídico”, ob. cit., p. 351; M. Atienza, “Las razones del derecho”, ob. cit., p. 231; J. P. Rentto, “Aquinas and Alexy: A Perennial View to Discursive Ethics”, en *American Journal of Jurisprudence*, 36 (1991), ps. 161 y ss.; J. E. Herget, “Contemporary German Legal Philosophy”, ob. cit., ps. 53 y 56; E. Hilgendorf, “Zur transzendentalpragmatischen Begründung von Diskursregeln”, art. cit., ps. 199-200; K. Tuori, “Discourse Ethics and the Legitimacy of Law”, *Ratio Juris*, vol. 2, n. 2 (1989) y “Legitimität des modernen Rechts” en *Rechtstheorie*, n. 20 (1989), p. 222; etc.

⁷¹ Robert Alexy ha replicado por ejemplo en la “Teoría de la argumentación jurídica”, ob. cit., p. 305.

⁷² Cfr. A. Wellmer, “Ética y Diálogo”, *Anthropos*, Barcelona, 1994 y A. Cortina, “Ética sin moral”, ob. cit., p. 187.

que también es posible en principio un discurso entre miembros de distintas formas de vida⁷³. Esa confianza en una razón desencarnada da la impresión por momentos de estar postulando una auténtica utopía discursiva, o como lo señala Tugendhat, que la teoría jurídica alexyana remite a un mundo que pareciera “el mejor de todos los mundos jurídicos imaginables”⁷⁴.

Las quejas y riesgos de ese universalismo provienen incluso de miembros de la escuela, y así A. Cortina afirma que “a mi modo de ver, la ética discursiva no debería descuidar la dimensión subjetiva de la moralidad en aras de una exterioridad jurídica o sociológica, porque en el mundo moral al fin y al cabo los sujetos siguen siendo los individuos y sus opciones. Analizar los móviles, las actitudes, el diálogo intersubjetivo y la fuerza axiológica del principio ético, además de las peculiaridades externas del procedimiento moral, es tarea urgente para una ética que no se resigna a reducir la moral a derecho”⁷⁵. Y por supuesto que también desde afuera de la escuela, por ejemplo desde una perspectiva tomista⁷⁶, se reprocha al universalismo discursivo aquel riesgo de una razón práctica excesivamente teórica en tanto transita distante de las circunstancias concretas que son en definitiva las ineludibles coordenadas de la vida moral y las que condicionan el juicio moral. Es obvio que esa exigencia de deontologismo y universalismo devienen de la razón pura práctica kantiana apoyada en un imperativo categórico no contaminado de contingencia, pues no olvidemos el reiterado camino señalado por el Filósofo de Königsberg: “debes considerar tus acciones primero desde su principio subjetivo; pero puedes reconocer si ese principio puede ser objetivamente válido sólo en lo siguiente: en que, sometido por tu razón a la prueba de pensarte por medio de él a la vez como universalmente legislador, se cualifique para tal legislación universal ... en esta relación recíproca del arbitrio (la que se concibe y regula por el principio jurídico) no se atiende en absoluto a la materia del arbitrio, es decir, al fin que cada cual se propone con el objeto que quiere ... sino que sólo se pregunta por la forma en la relación del arbitrio de ambas partes, en la medida en que se considera únicamente como libre, y si con ello la acción de uno de ambos puede conciliarse con la libertad del otro según una ley universal”⁷⁷.

El realismo jurídico clásico ha recurrido a la prudencia como un puente idóneo que le permite a la razón unir las exigencias universales con las concretas e históricas circunstancias en las que ellas deben proyectarse. Una vez más podemos aludir a Finnis cuando toma del pensamiento clásico el

⁷³ Robert Alexy, “Teoría de la argumentación jurídica”, ob. cit., pg. 306.

⁷⁴ E. Tugendhat, “Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen in modernen Recht”, A.R.S.P., n. 14 (1980), p. 4.

⁷⁵ A. Cortina, “La ética discursiva”, art. cit., p. 567.

⁷⁶ Cfr. J. P. Rentto, “Aquinas and Alexy: A Perennial View to Discursive Ethics” art. cit..

⁷⁷ I. Kant, “Metafísica de las costumbres”, Tecnos, Madrid, 1994, ps. 32, 21 y 38.

recurso del “*spoudaios*”⁷⁸ para señalarlo como el punto de vista apropiado a los fines de definir el derecho.

Por supuesto, que la debilidad de ese camino universalista kantiano será –dicho ahora desde convicciones filosóficas distintas– la pérdida de lo circunstanciado y la necesidad de contar con una razón circunstanciada capaz de proyectar y amoldar las exigencias universales, en definitiva, la tarea que desde la filosofía griega se le asignó a la prudencia⁷⁹. Pues ese saber del buen vivir concreto y apoyado en la experiencia, no tiene cabida en la mirada kantiana, e incluso, la vieja *phronesis* padecerá, a partir del Filósofo de Königsberg, un cambio de significado y comenzará a asociarse con los intereses individuales.

11. Lo político y la intencionalidad “política” en la teoría alexyana (la ideología democrática): El formalismo, universalismo y deontologismo no sólo terminan privilegiando la política o el derecho –o sea el discurso institucionalizado– sino que tienen una traducción en el campo político en orden a la profundización de la democracia y a la participación en la misma⁸⁰; aunque también se ha criticado a la moral discursiva de cierta desatención al poder⁸¹. Benhabib⁸² ha reconocido que la ética discursiva conlleva la potenciación de la participación ilimitada y universal tras los principios consensuados que gobernarán la vida pública. Pero el problema es no limitar la propuesta a una democracia meramente formal y anclada en la insolidaridad del egoísmo individualista, y por eso la preocupación de completar las definiciones en el campo de lo institucional político. Habermas⁸³ reivindica para la teoría discursiva el asumir la tradición liberal –centrada en los derechos humanos– y la tradición republicana –vinculada a la soberanía popular–, y también rescata los planteos de Kohlberg en su intento por incluir en su teoría deontológica a la solidaridad o el bien de los otros junto a la justicia⁸⁴.

⁷⁸ Cfr. J. Finnis, “Natural Law and Natural Rights”, ob. cit., ps. 15 y 103.

⁷⁹ Para un fuerte y apropiado reclamo crítico por la prudencia en relación a la teoría jurídica alexyana puede consultarse con provecho José Antonio Seoane, “Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy”, en P. Serna (dir.), “De la argumentación jurídica a la hermenéutica”, Comares, Granada, 2003.

⁸⁰ Adela Cortina recurre a esta expresión de “democracia radical” y de “radicalizar la democracia desde un nuevo sujeto moral” (Cfr. “Ética aplicada y democracia radical”, Tecnos, Madrid, 1993, ps. 123 y ss.).

⁸¹ Respecto a esa desatención del problema del poder puede consultarse E. Tugendhat en “Problemas de la Ética”, Crítica, Barcelona, 1984, ps. 138-139.

⁸² Cfr. S. Benhabib, “Autonomy, Modernity and Community. Communitarism and Critical Social Theory in Dialogue” en A. Honneth, Th. Mc Carthy, C. Offe y A. Wellemer, “Im Prozess der Aufklärung”, Suhrkamp, Frankfurt, 1989, ps. 373-394.

⁸³ Cfr. J. Habermas, “Derechos humanos y soberanía popular: la concepción liberal y republicana”, en “Derechos y Libertades”, n.3 (1994), Univ. Carlos III, Madrid, ps. 215-230.

⁸⁴ Cfr. J. Habermas, “Justicia y Solidaridad”, en “Ética comunicativa y democracia”, K. O. Apel, A. Cortina, J. De Zan y D. Michilini (Eds.), Ed. Crítica, Barcelona, 1991, p. 190.

También en Alexy la lógica del discurso culmina en la institucionalización democrática, y aun cuando no esté dispuesto a deducir directamente del discurso a los derechos humanos, no renuncia a conectar su teoría con el “liberalismo” o el “liberalismo analítico”⁸⁵. Cortina desde los mismos presupuestos filosóficos postula un “socialismo pragmático”⁸⁶ o “procedimental”⁸⁷ o “personalismo procedimental”⁸⁸. Algunos entienden que estas definiciones políticas tienen más que ver con cierta intencionalidad o propósito que con exigencias teóricas, y así García Figueroa⁸⁹ observa en Alexy un ideólogo del Estado de derecho preocupado por el positivismo en cuanto favorecedor de opciones totalitarias como las que vivió Alemania durante el nazismo. En este marco del “contexto de descubrimiento” son interesantes las consideraciones de orden autobiográfico que Apel ha vinculado con el desarrollo de su propia ética pragmática⁹⁰.

Más allá de los esfuerzos –de, por ejemplo, Habermas– dirigidos a diferenciar la proyección de la razón práctica al campo de lo pragmático (adecuación de los medios al fin), de lo ético (problemas del bien) y de lo moral (de la justicia), llegándose a concluir en este último terreno discursivo en una priorización deontológica de la justicia sobre el bien⁹¹, es cierto que el riesgo que late en la teoría discursiva es que la moral sea fagocitada por el derecho, o que en definitiva desde la perspectiva habermasiana se termine priorizando la política hasta absorber a la moral, lo cual paradójicamente podría aceptarlo Rorty cuando concluye en “la prioridad de la democracia sobre la Filosofía”⁹².

Por sobre intencionalidades o explicaciones psicológicas, el mundo político que se perfila a partir de la razón práctica discursiva parece más próximo a una “utopía de la comunicación libre de dominación”⁹³ que a una realidad

⁸⁵ Robert Alexy, “Vorwort”, en “Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie”, Suhrkamp, Frankfurt del Meno, 1995, p. 10.

⁸⁶ A. Cortina, “La ética discursiva”, art. cit., p. 557.

⁸⁷ A. Cortina, “Ética aplicada y democracia radical”, ob. cit., p. 70.

⁸⁸ A. Cortina, “La ética discursiva”, art. cit., p. 550.

⁸⁹ A. García Figueroa, “Principios y positivismo jurídico”, ob. cit., p. 401.

⁹⁰ Cfr. K. O. Apel, “¿Vuelta a la normalidad? ¿Podemos aprender algo esencial de la catástrofe nacional? El problema del paso histórico (mundial) a la moral posconvencional desde la perspectiva específica alemana”, en “Ética comunicativa y democracia”, ob. cit., ps. 70-117

⁹¹ Cfr. M. Boladeras, “Comunicación, ética y política”, ob. cit., ps. 100 y ss..

⁹² R. Rorty, “La prioridad de la democracia sobre la filosofía”, en “La secularización de la Filosofía. Hermenéutica y posmodernidad”, G. Vattimo (comp.), Gedisa, Barcelona, 1992, ps. 31-63.

⁹³ O. Höffe, “Politische Gerechtigkeit, Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht. und Staat”, Frankfurt, 1987.

imaginable. Todo el campo de lo institucional o lo comunitario que vincula y existe entre el individuo y el Estado no pareciera tener un receptividad realista en aquella propuesta⁹⁴, ni tampoco el espacio escasamente dialógico de las relaciones entre Estados. Sobre este último punto particularmente Habermas en sus consideraciones en torno a las democracias existentes se muestra notablemente prescindente de la política exterior. Una vez más, y desde planteos más clásicos, frente a los universalismos desencarnados nos parece una buena receta acudir a la vieja prudencia política para aludir a esos ineludibles y decisivos terrenos de las subjetividades de gobernantes y gobernados, como también el de las comunidades con sus identidades e historias peculiares. Finnis advierte que a mayor riqueza de los miembros de una sociedad más justificada resulta la presencia de la autoridad para la coordinación, y para resolver esos problemas de interacción o coordinación se encuentra o la vía de la unanimidad (el intercambio de promesas es una variante de este camino) o el de la autoridad. El reconocimiento de bienes comunes (o sea del nosotros y no sólo el bien mío o el tuyo) supone una tarea de obtención o conservación que nos remite a un saber concreto y circunstanciado que en clave aristotélica llamamos “prudencia política”.

A modo de conclusión

Más allá de eventuales polémicas, lo cierto es que en Alexy encontramos un referente obligado de la filosofía jurídica actual, que a partir de una teoría esencialmente procedural en sus orígenes (con puntos fuertes como la pretensión de corrección y la tesis del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico), ha llegado a elaborar –sin abandono de sus premisas, sino más bien como desarrollo o profundización de las mismas– una más amplia teoría jurídica, asentada sobre un concepto del derecho⁹⁵ explícitamente antipositivista o no-positivista, que de la mano de los argumentos de la injusticia –“la injusticia extrema no es derecho” (extremes Unrecht ist kein Recht)– y de los principios avala en definitiva conexiones conceptuales y normativamente necesarias entre derecho y moral, planteando con ello –parafraseando a Hart– un nuevo (y serio) desafío al positivismo jurídico.

⁹⁴ Adela Cortina se hace eco del reclamo apeliano de una racionalidad comunicativa mediada por la estratégica (cfr., “Ética comunicativa”, art. cit., p. 194).

⁹⁵ Dirá Alexy que toda filosofía del derecho es “implícita o explícitamente expresión de un concepto del derecho” (Robert Alexy “La institucionalización de la razón”, en “Persona y Derecho”, Universidad de Navarra, vol. 43-2000, p. 217).



ESTRUCTURA Y LÍMITES DE LA PONDERACIÓN

Carlos Bernal Pulido*
Universidad Externado de Colombia

I. Introducción

Existen dos formas básicas para aplicar normas: la ponderación y la subsunción. Las reglas se aplican mediante la subsunción, al paso que la ponderación es la manera de aplicar los principios. Es por ello que la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente la que se desarrolla en los Tribunales Constitucionales, que se encargan de la aplicación de normas que, como los derechos fundamentales, tienen la estructura de principios. A pesar de ello, la ponderación se sitúa en el centro de muchas discusiones teóricas, que revelan que algunos aspectos tales como su estructura y sus límites, aun distan de estar del todo claros. El objetivo de esta ponencia es analizar estos problemas. Con todo, de antemano es preciso aclarar el concepto de ponderación¹.

II. El concepto de ponderación

La ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan “*que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”.² Las posibilidades jurídicas

* Profesor de filosofía del derecho y derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá)

¹ Para un análisis detenido del concepto de ponderación: Cfr. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 757 y ss.

² Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 86 y 87.

están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos.

Para establecer esa “*mayor medida posible*” en que debe realizarse un principio, es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas. Esto se lleva a cabo en una colisión entre principios. Existe una colisión entre principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso. Se presenta una colisión entre principios, por ejemplo, cuando los padres de una niña, que profesan el culto evangélico, y en razón del respeto a los mandamientos de esta doctrina religiosa, se niegan a llevarla al hospital, a pesar de que corre peligro de muerte³. Si referimos este caso al derecho constitucional colombiano, observaremos que las disposiciones de los artículos 19 y 16 de la Constitución, que establecen, respectivamente, la libertad de cultos y el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁴, fundamentan un principio que en la mayor medida posible permite decidir a los padres, si de acuerdo con sus creencias deben llevar o no a sus hijos al hospital. Este principio entra en colisión con los principios del derecho a la vida y a la salud de la niña, establecidos por los artículos 11, 44 y 49 de la Constitución, que ordenan proteger la vida y la salud de los niños en la mayor medida posible⁵. La incompatibilidad normativa se presenta en este caso, porque, de los artículos 19 y 16 se deriva que está permitido *prima facie* a los padres de la niña, decidir si la llevan o no al hospital, mientras que de los artículos 11, 44 y 49 se sigue que llevar a la niña al hospital, es una conducta ordenada *prima facie* por los derechos fundamentales.

La ponderación es la forma de resolver esta incompatibilidad entre normas *prima facie*. Para tal fin, la ponderación no garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos, que, habida cuenta de

³ El ejemplo es de la sentencia T-411 de 1994 de la Corte Constitucional Colombiana.

⁴ Art. 19 Const. Col.: “Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley”.

Art. 16 Const. Col.: “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

⁵ Art. 11 Const. Col.: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”.

Art. 44 Const. Col.: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada... Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Art. 48 Const. Col.: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud...”

su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos. Por el contrario, al igual que el silogismo, la ponderación es sólo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión⁶, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto.

III. La estructura de la ponderación

Quizá ha sido Robert Alexy quien con mayor claridad y precisión haya expuesto la estructura de la ponderación. De acuerdo con Alexy, para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, es necesario tener en cuenta tres elementos que forman la estructura de la ponderación: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.

1. La ley de la ponderación

Según la ley de la ponderación, “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”⁷.

Si se sigue esta ley, la ponderación se puede dividir en tres pasos que el propio Alexy identifica claramente: “En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”⁸.

Es pertinente observar que el primero y el segundo paso de la ponderación son análogos. En ambos casos, la operación consiste en establecer un grado de afectación o no satisfacción –del primer principio– y de importancia en la satisfacción –del segundo principio–. En adelante nos referiremos a ambos fenómenos como la determinación del grado de afectación de los principios en el caso concreto⁹. Alexy sostiene que el grado de afectación de

⁶ Esto es lo que Alexy llama la ley de la colisión. Cfr. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 90 y ss.

⁷ *Ibidem*, pp. 161 y ss.

⁸ Cfr. Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, traducción de Carlos Bernal Pulido, *REDC*, núm. 66, 2002, pp. 32.

⁹ En esta terminología puede decirse que mientras el primer principio se afecta de manera negativa, el segundo se afecta de forma positiva. Siguiendo la notación de Alexy, simbolizaremos el grado de afectación o no satisfacción del primer principio en el caso concreto como *IPiC* y la importancia en la satisfacción del segundo principio, también en el caso concreto, como *WPjC*. Cfr. *Ibidem*, pp. 40 y ss.

los principios puede determinarse mediante el uso de una escala triádica o de tres intensidades. En esta escala, el grado de afectación de un principio en un caso concreto puede ser “leve”, “medio” o “intenso”. Así, por ejemplo, la afectación de la vida y la salud de la niña, que se originaría al permitir a los padres evangélicos no llevarla al hospital, podría catalogarse como intensa, dado el peligro de muerte. De forma correlativa, la satisfacción de la libertad de cultos de los padres, que se derivaría de dicha permisión, podría graduarse sólo como media o leve.

Conviene reconocer que el grado de afectación de los principios en el caso concreto no es la única variable relevante para determinar, en el tercer paso, si la satisfacción del segundo principio justifica la afectación del primero. La segunda variable es el llamado “peso abstracto” de los principios relevantes¹⁰. La variable del peso abstracto se funda en el reconocimiento de que, a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho en que aparecen –por ejemplo, dos derechos fundamentales que están en la Constitución tienen la misma jerarquía normativa–, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominante en la sociedad. Así, por ejemplo, eventualmente puede reconocerse que el principio de protección a la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, por cuanto para poder ejercer la libertad es necesario tener vida, o como sostiene Joseph Raz, porque la vida es un presupuesto para que podamos acceder a todas las cosas que tienen valor y ejercer todos nuestros derechos¹¹. De la misma manera, la jurisprudencia constitucional de diversos países en ocasiones ha reconocido un peso abstracto mayor a la libertad de información frente al derecho al honor o a la intimidad, por su conexión con el principio democrático, o a la intimidad y a la integridad física y psicológica sobre otros principios, por su conexión con la dignidad humana¹².

A lo anterior se agrega una tercera variable, que denotaremos como la variable *S*. Ella se refiere a la seguridad de las apreciaciones empíricas, que versan sobre la afectación que la medida examinada en el caso concreto –por ejemplo, permitir que los padres evangélicos decidan si llevan o no a

¹⁰ Siguiendo la notación de Alexy, simbolizaremos el peso abstracto del primer principio como *GPiA* y del segundo principio como *GPjA*.

¹¹ Cfr. Joseph Raz, *Value, Respect and Attachment*, Cambridge University Press, 2001, Capítulo IV. Tiene traducción al castellano de Marta Bergas Ferriol, en prensa en la Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

¹² Cfr. Con un análisis de la jurisprudencia constitucional española es estos aspectos: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 770 y 772.

la hija al hospital— proyecta sobre los principios relevantes¹³. La existencia de esta variable surge del reconocimiento, de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza, y, dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio. Así, por ejemplo, la afectación del derecho a la salud y a la vida de la hija de los evangélicos deberá considerarse como intensa, si existe certeza de que morirá de no ser ingresada en el hospital. Esta afectación, en cambio, será de menor intensidad, si los médicos no pueden identificar el problema que la aqueja, o no pueden establecer cuáles serían las consecuencias en caso de que no recibiera un tratamiento médico.

A partir de lo anterior, la pregunta es: ¿cómo se relacionan los pesos concretos y abstractos de los principios que concurren a la ponderación, más la seguridad de las premisas empíricas, para determinar, en el tercer paso, si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro? De acuerdo con Alexy, esto es posible mediante la llamada “fórmula del peso”.

2. La fórmula del peso

Esta fórmula tiene la siguiente estructura¹⁴:

$$GP_{i,jC} = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

Esta fórmula expresa que el peso del principio Pi en relación con el principio Pj, en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio Pi en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio Pj en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra. Alexy mantiene que a las variables referidas a la afectación de los principios y al peso abstracto, se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo con los tres grados de la escala triádica, de la siguiente manera: leve 2⁰, o sea 1; medio 2¹, o sea 2; e intenso 2², es decir 4¹⁵. En cambio, a

¹³ Cfr. Robert Alexy, “Epílogo...”, op. cit., pp. 56, especialmente la nota de pie 101. Siguiendo la notación de Alexy, denotaremos aquí la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la afectación del primer principio como *SPiC* y del segundo como *SPjC*.

¹⁴ Cfr. En castellano: *Ibidem*. Con mayor profundidad: Robert Alexy, “Die Gewichtsformel”, en Joachim Jickeli, Meter Kreuzt y Dieter Reuter Edts., *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, De Gruyter, Berlín, 2003, pp. 771 y ss.

¹⁵ Cfr. Robert Alexy, “Epílogo...”, op. cit., pp. 42 y ss.

las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les puede atribuir un valor de seguro 2^0 , o sea, 1; plausible 2^{-1} , o sea $\frac{1}{2}$; y no evidentemente falso 2^{-2} , es decir, $\frac{1}{4}$. De este modo, por ejemplo, el peso del derecho a la vida y la salud de la hija de los evangélicos podría establecerse de la siguiente manera, bajo el presupuesto de que la afectación de estos derechos se catalogue como intensa (IPiC = 4), al igual que su peso abstracto (¡se trata de la vida!) (GPiA = 4) y la certeza de las premisas (existe un riesgo inminente de muerte) (SPiC = 1). Paralelamente, la satisfacción de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres puede catalogarse como media (WPjC = 2), su peso abstracto como medio (la religión no es de vida o muerte, podría argumentarse) (GPjA = 2) y la seguridad de las premisas sobre su afectación como intensa (pues es seguro que ordenarles llevar a la hija al hospital supone una restricción de la libertad de cultos) (SPjC = 1)¹⁶.

En el ejemplo, entonces, la aplicación de la fórmula del peso al derecho a la vida y a la salud de la niña arrojaría los siguientes resultados:

$$GP_{i,jC} = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot 1} = \frac{16}{4} = 4$$

De forma correlativa, el peso de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres sería el siguiente:

$$GP_{j,iC} = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{4}{16} = 0.25$$

Así llegaría entonces a establecerse que la satisfacción de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres –satisfechos sólo en 0.25– no justifica la intervención en los derechos a la vida y la salud de la niña –afectados en 4–. Estos últimos derechos tendrían que preceder en la ponderación y, como resultado del caso, debería establecerse que está ordenado por los derechos fundamentales que los padres ingresen a la niña al hospital.

3. Las cargas de argumentación

El tercer elemento de la estructura de la ponderación son las cargas de la argumentación¹⁷. Las cargas de la argumentación operan cuando existe un

¹⁶ Cfr. Ibidem, pp. 56. Asimismo, Robert Alexy, “Die Gewichtsformel...”, op. cit., pp. 789 y ss.

¹⁷ Cfr. Con mayor profundidad sobre este elemento: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad...*, op. cit., pp. 789 y ss.

empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos ($GP_{i,j}C = GP_{j,i}C$). En este aspecto, sin embargo, Robert Alexy parece defender dos posiciones, una en el capítulo final de la *Teoría de los derechos fundamentales*, y otra en el *epílogo* a dicha teoría, escrito quince años después, que podrían resultar incompatibles entre sí en algunos casos.

En la *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy defiende la existencia de una carga argumentativa a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, que coincidiría con la máxima “*in dubio pro libertate*”¹⁸. De acuerdo con esta carga de argumentación, ningún principio opuesto a la libertad jurídica o a la igualdad jurídica podría prevalecer sobre ellas, a menos que se adujesen a su favor “*razones más fuertes*”¹⁹. Esto podría interpretarse en el sentido de que, en caso de empate, es decir, cuando los principios opuestos a la libertad jurídica o a la igualdad jurídica no tuviesen un peso mayor sino igual, la precedencia debería concederse a estas últimas. Dicho de otra manera, el empate jugaría a favor de la libertad y de la igualdad jurídica. Como consecuencia, si una medida afectara a la libertad o a la igualdad jurídica y los principios que la respaldan no tuviesen un mayor peso que éstas, entonces, la medida resultaría ser desproporcionada y, si se tratase de una ley, ésta debería ser declarada inconstitucional.

No obstante, en el *epílogo* a la *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy se inclina a favor de una carga de argumentación diferente. En los casos de empate, sostiene, la decisión que se enjuicia aparece como “*no desproporcionada*” y, por tanto, debe ser declarada constitucional. Esto quiere decir, que los empates jugarían a favor del acto que se enjuicia, acto que en el control de constitucionalidad de las leyes es precisamente la ley. En otros términos, de acuerdo con el Alexy del *epílogo*, los empates no jugarían a favor de la libertad y la igualdad jurídica, sino a favor del legislador y del principio democrático en que se funda la competencia del Parlamento. De este modo, cuando existiera un empate, la ley debería declararse constitucional, por haberse producido dentro del margen de acción que la Constitución depara al legislador²⁰.

Desde luego, la contradicción entre estas dos posturas acerca de la carga de argumentación, únicamente se presentaría cuando existiera una colisión entre la libertad jurídica o la igualdad jurídica, de un lado, y otro principio diferente a ellas, del otro. En este caso, podrían aventurarse dos interpretaciones sobre la posición de Alexy, dado que este autor no se pronuncia ex-

¹⁸ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 549 y ss.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 550.

²⁰ Cfr. Robert Alexy, “Epílogo...”, op. cit., pp. 44 y ss.

plícitamente acerca de esta posible contradicción. Por una parte, que Alexy cambió de postura y que, quince años después, ha revaluado su inclinación liberal y ahora privilegia al principio democrático. O, por el contrario, que Alexy persiste en conceder la carga de argumentación a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, y entonces, que en principio los empates juegan a favor de lo determinado por el Legislador, a menos que se trate de intervenciones en la libertad jurídica o la igualdad jurídica. En este caso excepcional, los empates favorecerían a estos principios.

IV. Los límites de la ponderación

Debe señalarse que esta contradicción entre cargas de la argumentación no es el único límite de racionalidad que tiene la ponderación, por lo menos cuando se entiende con la estructura que la presenta Robert Alexy. Aquí nos referiremos a los límites que se encuentran en la ley de ponderación y en las cargas de la argumentación.

1. Los límites racionales de la ley de ponderación

Sobre este primer aspecto, conviene señalar que no existe un criterio objetivo para determinar los factores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación, y que conforman la fórmula del peso, es decir: el grado de afectación de los principios en el caso concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a la afectación²¹.

En cuanto a lo primero, es bien cierto que, como argumenta Alexy en el *epílogo* a la *Teoría de los derechos fundamentales*, en ocasiones “es posible hacer juicios racionales”²² sobre el grado en que están afectados los principios que colisionan en el caso concreto. En este sentido, existen casos fáciles en lo concerniente a la graduación de las afectaciones de los principios. Así, por ejemplo, que una revista satírica llame “tullido” a un parapléjico, constituye claramente una ofensa *grave* contra su derecho al honor, que, a la vez, contribuye sólo de manera *leve* —si es que lo hace de algún modo— a la satisfacción de la libertad de información.

Sin embargo, junto a estos casos fáciles existen siempre casos difíciles, en los que las premisas que fundamentan la graduación, y no sólo las fácticas sino también las analíticas y las normativas, son extremadamente inciertas. Así tiende a ocurrir, por ejemplo, en todos los casos en los que está en juego la libertad religiosa. De ordinario, la gravedad de una intervención en

²¹ Cfr. Sobre algunas reglas argumentativas para determinar la magnitud de estos factores: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad...*, op. cit., pp. 760 y ss.

²² Cfr. Robert Alexy, “Epílogo...”, op. cit., pp. 33 y ss.

la libertad religiosa no es susceptible de determinarse en abstracto, con base en criterios objetivos o, si se quiere, intersubjetivos, sino que, por el contrario, es algo que en principio sólo podría establecer el creyente involucrado y que dependería de su subjetividad. La gravedad de obligar a un evangélico a llevar a su hija al hospital o a un testigo de Jehová a autorizar la práctica de una transfusión de sangre para su hijo o para sí mismo, es algo que sólo el titular de la libertad religiosa puede precisar. Para un creyente puede ser más importante la muerte bajo el cumplimiento de sus reglas religiosas, que la continuación de una vida impura, en pecado, a la que sobrevenga una condena eterna. En general, esta modalidad de casos difíciles se presenta cuando lo que está en juego en la ponderación es un margen de libertad o de autonomía que la Constitución ha deparado a un individuo o a un colectivo. En este sentido, se presenta el mismo fenómeno, cuando los objetos que concurren a la ponderación son un derecho fundamental –la integridad física, verbigracia– y la autonomía de una comunidad. De este fenómeno es ejemplo, el caso en que, de acuerdo con sus leyes tradicionales, cuya aplicación está avalada por la Constitución, las autoridades de una comunidad indígena colombiana imponen a un infractor un pena consistente en 60 latigazos²³. Es probable que, desde la perspectiva de la sociedad mayoritaria, los latigazos se consideren casi unánimemente como una afectación grave del derecho a la integridad física. No obstante, desde esta perspectiva será muy difícil catalogar atinadamente el grado de afectación de la autonomía de la comunidad indígena, que llevaría consigo la inaplicación de la ley tradicional que ordena los latigazos. Así como cuando está en juego la libertad religiosa, no está claro cuál es el punto de vista a partir del cual debe hacerse la graduación. Y esta duda sólo puede ser resuelta por el operador jurídico –el juez sobre todo–, después de adoptar una postura material e ideológica. Un juez más respetuoso de la libertad religiosa o de la autonomía de las comunidades indígenas, hará valer el punto de vista interno del afectado. Por el contrario, un juez más partidario de la universalidad de los derechos humanos y de la imposición de los valores de la sociedad mayoritaria, hará prevalecer la visión de esta última. Así las cosas, este aspecto de la ponderación depararía al juez un margen de acción, en el que éste puede hacer valer su ideología política²⁴ para encaminarse, en términos de Duncan Kennedy, a “la-sentencia-a-la-que-quiere-llegar”²⁵.

²³ El caso es de la Sentencia T-523 de 1997.

²⁴ Cfr. Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Harvard University Press, Cambridge – Londres, 1997, pp. 1.

²⁵ Cfr. Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Traducción de Diego López Medina y Juan Manuel Pombo, Ediciones Uniandes, Bogotá, 1999, pp. 91 y ss.

Además de lo anterior, también la ponderación depara un margen de acción al intérprete, cuando existen dudas sobre si un caso es fácil o difícil en cuanto a la graduación de la afectación de los principios. Puede suceder que incluso un caso que parece fácil, resulte ser en realidad un caso difícil. Esto puede mostrarse con un ejemplo al que alude el propio Robert Alexy y que se refiere a la sentencia sobre el tabaco del Tribunal Constitucional Alemán²⁶. Alexy considera que esta sentencia es representativa del conjunto de los “ejemplos fáciles en los que resulta plausible formular juicios racionales sobre las intensidades de las intervenciones en los derechos fundamentales y sobre los grados de realización de los principios, de tal modo que mediante la ponderación pueda establecerse un resultado de forma racional.” La sentencia versa sobre el deber de los productores de tabaco de colocar etiquetas que adviertan del peligro para la salud que implica fumar. Alexy sostiene que ésta es una intervención “relativamente leve en la libertad de profesión y oficio”²⁷, sobre todo si se le compara con otras medidas alternativas: la prohibición de expender tabaco o la restricción en su venta. Correlativamente, Alexy piensa que esta medida satisface el principio contrapuesto, la protección de la salud, de manera intensa o alta. Como argumento señala: “El Tribunal Constitucional no debía de exagerar, cuando, en su Sentencia sobre las advertencias acerca del tabaco, considera cierto, “de acuerdo con el estado de los conocimientos de la medicina actual”, que fumar origina cáncer, así como enfermedades cardiovasculares”²⁸. De este modo, la afectación leve de la libertad de profesión y oficio se enfrentaría a una satisfacción intensa del derecho a la salud.

Ahora bien, cabe reconocer que esta argumentación de Alexy frente al caso no es la única viable. Por el contrario, existen graduaciones alternativas, que podrían llevar a soluciones diferentes. Aquí sobre todo podría tenerse en cuenta que, desde el punto de vista fáctico, es bien discutible que la obligación de etiquetar las cajetillas de cigarrillos con advertencias sobre los riesgos que fumar ocasiona para la salud, pueda implicar una satisfacción intensa del derecho a la salud. Bien puede pensarse que la eficacia disuasoria de estas etiquetas es mínima o inclusive nula, porque la información que divulga es altamente conocida; porque la adicción al tabaco no es el resultado de la carencia de información sobre su carácter nocivo, sino más bien un caso claro de debilidad de la voluntad; e incluso –un argumento irónico– porque en ocasiones para la mente humana lo prohibido y lo nocivo es lo más apetecido. Si se observan las cosas desde esta perspectiva, enton-

²⁶ Cfr. BVerfGE 95, 173 (184).

²⁷ Cfr. Robert Alexy, “Epílogo...”, op. cit., pp. 33.

²⁸ *Ibidem*.

ces, en lo concerniente al grado en que se satisface el derecho a la salud, puede concluirse que la graduación que Alexy –y el Tribunal Constitucional alemán– lleva a cabo, está errada, o que, en este punto, se trata de un caso difícil.

Ahora bien, esta dificultad para determinar el punto de vista correcto para la graduación de la afectación de los principios y los argumentos correctos en los casos difíciles, también se presenta en lo referente a la fijación del peso abstracto y de la seguridad de las premisas relevantes en la ponderación.

El peso abstracto es una variable muy singular, que remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una toma de postura por parte del intérprete sobre aspectos materiales, relativos a la idea de Constitución, de Estado y de Justicia. Naturalmente, la variable del peso abstracto pierde toda su importancia, cuando los principios enfrentados en la ponderación son de la misma índole. Los pesos abstractos se anulan, cuando, por ejemplo, se establece una colisión entre un mismo derecho fundamental ejercido por dos titulares diversos –dos grupos políticos contrarios que quieren manifestarse en la misma calle de una ciudad a la misma hora y en el mismo día y es posible que la manifestación simultánea derive en peleas entre los grupos–. Sin embargo, muy por el contrario, los pesos abstractos adquieren gran relieve, cuando en la colisión confluyen derechos o principios distintos, y presentan características que lleven a atribuirles un peso abstracto mayor o menor. De este modo, es posible otorgar un peso abstracto mayor al derecho a la vida o a los derechos fundamentales que tienen una conexión con el principio democrático –la libertad de información, verbigracia– o con la dignidad humana²⁹ –el derecho a la intimidad o a la integridad física–, o simplemente, cuando la propia Constitución lo establece de alguna manera, como cuando el artículo 44 del texto colombiano prescribe que “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Correlativamente, también puede otorgarse un peso abstracto menor a los principios que colisionan con los derechos fundamentales y que no aparecen en la Constitución, sino que han sido establecidos por el Legislador dentro de su margen para la determinación de fines y están respaldados en última instancia por el principio democrático.

A pesar de todo lo anterior, es necesario reconocer que la fijación del peso abstracto también tiene ciertos límites de racionalidad, que asimismo deparan un espacio a la subjetividad del intérprete. Bien difícil resulta esta-

²⁹ Cfr. Sobre el principio democrático y la dignidad humana como elementos relevantes para la fijación de peso abstracto de los principios, las sentencias colombianas: Sentencias T-556 de 1998 y T-796 de 1998.

blecer una completa graduación preestablecida de pesos abstractos, que se formule en términos de la escala triádica. Es posible que la idea de que el derecho a la vida tenga el valor más elevado (4) no concite ningún desacuerdo. Pero, a partir de allí, ¿cuál es el valor que debe otorgarse a los derechos que están vinculados con el principio democrático o con la dignidad humana? Y, además, ¿ese valor debe ser igual para todos los derechos, o puede cambiar de acuerdo con lo estrecho o laxo del nexo que esos derechos tengan con dichos principios? ¿Tendría entonces la libertad de información el mismo peso abstracto que la vida (4), o debe estimarse que tiene sólo un peso abstracto medio (2)? Estas dificultades surgen, porque la graduación del peso abstracto en el marco de la escala triádica, pasa por el mismo problema que presenta la construcción del llamado por Böckenförde “orden fundamental”, en el que la Constitución aparece como una detallada escala jerárquica de todos los derechos y principios existentes. Aunque la graduación del peso abstracto es menos compleja, porque no exige la construcción de una detallada jerarquía ordinal, sino sólo la clasificación de los principios en tres rangos de peso, en esta operación no deja de ser fundamental la influencia de la ideología del intérprete. De este modo, un juez más individualista, otorgará a la libertad general de acción y a las libertades específicas el peso abstracto más alto y a los principios que tengan que ver con la colectividad un peso menor. Lo contrario hará un juez que actúe bajo el prurito de lograr la construcción, la integración y la defensa de la comunidad.

Por último, los límites de racionalidad también aparecen al intentar establecer la certeza de las premisas empíricas relativas a la afectación de los principios. Como hemos expuesto en otro lugar³⁰, desde el punto de vista empírico, la afectación de un principio depende de la mayor o menor eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración de la intervención que en él implique la medida enjuiciada en la ponderación. De esta manera, la afectación negativa y la satisfacción de los principios será mayor, cuanto mayor eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración ostente la medida examinada. En este punto las posibilidades de racionalidad están limitadas, en primer lugar, en razón de la dificultad para establecer la certeza de las premisas empíricas desde todas esas perspectivas, esto a su vez, porque los conocimientos empíricos del intérprete también son limitados. Al mismo tiempo, y en segundo lugar, las limitaciones surgen de la complejidad que resulta al combinar las variables. ¿Cómo debe catalogarse, por ejemplo, la certeza de una premisa empírica cuya eficacia puede establecerse de forma plausible ($\frac{1}{2}$), su rapidez de manera no evidentemente falsa ($\frac{1}{4}$), su proba-

³⁰ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 763 y ss.

bilidad segura (1), su alcance plausible ($\frac{1}{2}$) y su duración segura (1)? Y, correlativamente, ¿será mayor esa certeza si a las mismas variables se les atribuyen los mismos valores de seguridad pero en un orden distinto: eficacia ($\frac{1}{4}$), rapidez (1), probabilidad ($\frac{1}{2}$), alcance (1) y duración ($\frac{1}{2}$)? En fin ¿cuál de estas variables es más determinante de la certeza, en definitiva?

A partir de ello sólo puede concluirse que sobre este aspecto el intérprete también dispone de un margen irreducible de subjetividad, en el que puede hacer valer sus apreciaciones empíricas sobre las circunstancias en que se desarrolla la ponderación.

2. Los límites de racionalidad en las cargas de la argumentación

Como antes observamos, la contradicción entre las cargas de argumentación *in dubio pro libertate* e *in dubio pro legislatore* también constituye un límite a la racionalidad de la ponderación, que depara al intérprete un margen de subjetividad. La aplicación de una u otra carga depende de la postura ideológica del juez. Un juez que quiera dar prevalencia al principio democrático, operará siempre con el *in dubio pro legislatore* y, de este modo, concederá al Parlamento la posibilidad de equilibrar los principios en conflicto mediante un empate entre sus pesos específicos. Por el contrario, un juez liberal se servirá en todo caso del *in dubio pro libertate* y declarará desproporcionadas a aquellas medidas que no consigan favorecer al principio que constituye su finalidad, en un grado mayor a aquél en que se afecta la igualdad jurídica o la libertad jurídica. Esta igualdad y esta libertad, aducirá, son los pilares del Estado de Derecho y su sacrificio sólo se justifica cuando se obtienen beneficios mayores. Finalmente, es posible que el juez defienda soluciones matizadas que combinen la aplicación de una u otra carga argumentativa o que sea el resultado de una ponderación entre ellas. Así, entonces, podría aplicarse el *in dubio pro legislatore* para las medidas ordinarias de afectación de los derechos fundamentales y reservar el *in dubio pro libertate* para las medidas que en el caso concreto afecten *intensamente* a la igualdad jurídica o a la libertad jurídica. O, también, se podría considerar la aplicación del *in dubio pro libertate* como la regla general y destinar el *in dubio pro legislatore* a áreas que las que el Parlamento tiene un margen de acción más amplio en razón de la materia, como la política económica o la política criminal. No parece desatinado sostener que una Constitución abierta permitiría cualquiera de estas posibilidades, porque contiene, al mismo tiempo, los principios, a veces contrarios entre sí, de la democracia y la libertad, de la igualdad jurídica y la igualdad fáctica, de la construcción de la comunidad y el respeto a la órbita individual.

V. Conclusión

Todo lo anterior muestra que la ponderación no es un procedimiento algorítmico que por sí mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos. Por el contrario, tiene diversos límites de racionalidad que deparan al intérprete un irreducible margen de acción, en el que puede hacer valer su ideología y sus propias valoraciones. Sin embargo, el hecho de que la racionalidad que ofrece la ponderación tenga límites, no le enajena su valor metodológico, así como la circunstancia de que el silogismo no garantice la verdad de las premisas mayor y menor, tampoco le resta por completo su utilidad. La ponderación representa un procedimiento claro, incluso respecto de sus propios límites. Si bien no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella sí puede fijarse, cuál es el espacio en donde yace esta subjetividad, cuál es el margen para las valoraciones del juez y cómo dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones. La ponderación se rige por ciertas reglas que admiten una aplicación racional, pero que de ninguna manera pueden reducir la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación. La graduación de la afectación de los principios, la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso, conforman el campo en el que se mueve dicha subjetividad.

Bogotá, 30 de julio de 2003



A R T Í C U L O S

JUSTICIA Y BIENESTAR. DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHO COMPARADO

Horacio Spector*

Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires

En la Edad Media, la doctrina jurídica iusprivatista comenzó a desarrollar una estructura teórica capaz de explicar y sistematizar el conjunto de las normas de Derecho Romano. Este proceso culminó durante los siglos XVIII y XIX con la redacción de los códigos civiles europeos y latinoamericanos. Luego de que la codificación fue puesta en práctica, y completada con la sanción del Código Civil alemán (BGB), la ciencia jurídica comenzó a declinar en vitalidad intelectual. Aunque los juristas todavía trabajan en la sistematización de las normas codificadas y, en particular, de las decisiones judiciales que buscan ajustar el código a las nuevas circunstancias económicas, sociales y tecnológicas, esta actividad carece de la sofisticación teórica que marcó los estudios civilistas de la pre-codificación. En gran medida, esto se debe al hecho de que los juristas civilistas completaron, a todos los efectos prácticos, el proceso de redescubrimiento y sistematización del Derecho Romano que sentó las bases para la codificación.

En las últimas décadas, los juristas norteamericanos han producido una revolución intelectual al aplicar la economía y la filosofía moral al estudio de instituciones jurídicas particulares. Los analistas económicos del derecho y los filósofos del derecho compiten en tratar de ofrecer la explicación más

* Profesor de Derecho, Decano de la Escuela de Derecho y Vicerrector, Universidad Torcuato Di Tella. Esta es una versión revisada de un trabajo presentado al *Special Workshop on Law and Economics and Legal Scholarship*, 21st IVR World Congress, Lund, Suecia (Agosto 12–18, 2003). Un trabajo relacionado (a publicarse en *Louisiana Law Review*) fue presentado como la Conferencia Tucker en el Centro de Derecho Paul M. Hebert de la Universidad del Estado de Luisiana el 20 de marzo de 2003. Agradezco los comentarios valiosos hechos por Marcelo Ferrante, Guido Pincione, Fernando Tesón, así como por las audiencias en esos encuentros. La versión original de este trabajo fue publicada en *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 79:2 (2004). La traducción al castellano fue realizada por Martín Hevia (estudiante de posgrado en la Escuela de Derecho de la Universidad de Toronto).

exitosa de diferentes campos del common law.¹ Los paradigmas resultantes han enriquecido la investigación jurídica de una forma sin precedentes. En este artículo, trataré de determinar si, y, en caso afirmativo, con qué alcance, esos estudios teóricos pueden ser útiles para explicar el derecho privado que rige en las jurisdicciones de derecho romanista o codificado. Mi propósito es tanto intelectual como práctico. Intelectualmente, me ocupo de la importancia relativa de la justicia y de la eficiencia en el derecho codificado. Prácticamente, estoy interesado en redirigir el foco de la investigación civilista hacia los fundamentos económicos y filosóficos del derecho. Los estudios filosóficos también podrían servir para restaurar la continuidad intelectual entre la filosofía moral y la doctrina civilista, que era evidente antes de la codificación.

I. La economía y la filosofía moral en la investigación jurídica del Common Law

La idea de que la doctrina jurídica es una ciencia acompañó el nacimiento de la investigación jurídica estadounidense. Como dice el decano Anthony Kronman, Langdell defendió la interpretación hobbesiana del derecho y de la política como un tipo de geometría cuyos principios fundacionales podrían ser descubiertos por la razón natural.² En oposición a la concepción clásica del common law como un reino de sabiduría práctica y de experiencia, Langdell adhirió a las tesis básicas de los formalistas jurídicos tales como Bentham y Austin, quienes pensaban que el derecho podía reconstruirse como un orden racional. En vez de favorecer una reconstrucción desde afuera, en la forma de códigos civiles, Langdell sostuvo que los profesores de derecho podían reconstruir las decisiones del common law desde adentro para lograr un sistema “geométrico” de principios jurídicos.

A pesar de la concepción langdelliana de la doctrina jurídica del common law como ciencia formal, la investigación jurídica norteamericana normalmente no es llamada ciencia. La razón posiblemente resida en el hecho de que, a diferencia de la doctrina iusprivatista romanista, no alcanzó un grado alto de sistematización abstracta. Solamente en las últimas décadas, con el surgimiento del análisis económico del derecho, la doctrina jurídica norteamericana está alcanzando un grado alto de teorización y de complejidad analítica.³

¹ Para un ejemplo reciente de la controversia, defendiendo el punto de vista económico, ver LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, *FAIRNESS VERSUS WELFARE* (2002).

² ANTHONY T. KRONMAN, *THE LOST LAWYER: FAILING IDEALS OF THE LEGAL PROFESSION* 170–85 (1993).

³ Esto llevó al Profesor Ulen a sostener que la investigación jurídica en sí misma se está convirtiendo en una ciencia nueva. Ver Thomas S. Ulen, *A Nobel Prize in Legal Science*:

Es importante destacar el medio intelectual en el que surgió el análisis económico del derecho. A principios de los sesenta, la filosofía política y moral anglo-americana todavía estaba bajo la influencia del utilitarismo, que había logrado una posición preeminente durante el siglo XIX a través del trabajo de seguidores de Jeremy Bentham tales como James Mill, James Stuart Mill y Henry Sidgwick. Durante el siglo XX, el utilitarismo se volvió dominante en la filosofía moral norteamericana y ejerció su influencia en la metafísica y en la epistemología a través del pragmatismo. Al mismo tiempo, el realismo y el instrumentalismo eran las fuerzas intelectuales principales en la teoría jurídica. Nacido como una reacción contra el formalismo langdelliano, el instrumentalismo volvió a tomar vigor con la revolución jurídica que comenzó con *Lochner v. New York*. La concepción instrumentalista del derecho preparó el terreno para la irrupción de los economistas en la teoría jurídica.

Los trabajos de Ronald Coase y de Guido Calabresi dieron lugar al surgimiento de un enfoque del derecho completamente nuevo, popularizado en las escuelas de derecho norteamericanas por Richard Posner. El enfoque económico del derecho gira en torno a la noción de eficiencia o bienestar agregado. Básicamente, dicho enfoque sostiene que las normas jurídicas pueden ser entendidas como intentos institucionales de maximizar el bienestar agregado. En la cultura jurídica norteamericana, la idea de que las normas jurídicas son instrumentos para perseguir diversos fines sociales estaba bien atrincherada en el movimiento realista anti-formalista. Lo novedoso del análisis económico del derecho es que provee un modelo analítico unificado para explicar una formación vasta de normas jurídicas que parecen no tener conexión entre sí. La premisa fundamental de este modelo es que los individuos son agentes racionales que eligen sus acciones para maximizar sus utilidades individuales sobre la base de un orden coherente de preferencias transitivas.⁴ El modelo también asume que existe una noción de eficiencia consistente e inteligible que puede servir de base para evaluar las instituciones jurídicas. El paradigma económico del derecho comparte con el utilitarismo la proposición de que el derecho puede asignar benefi-

Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law, U. ILL. L. REV. 875 (2002).

⁴ En los últimos años, los economistas tuvieron que tratar con anomalías conductistas que acosaron a los supuestos de la teoría de la elección racional. Los investigadores del análisis económico del derecho empezaron a debilitar tales supuestos para explicar diferentes normas jurídicas. En este texto, sigo la exposición clásica del análisis económico del derecho como basada en el postulado del *Homo oeconomicus* debido a que las variaciones recientes del paradigma no alteran las proposiciones que defiendo. Para una reseña de la nueva literatura, ver, e.g., Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 CAL. L. REV. 1051 (2000).

cios y cargas entre los diferentes individuos de modo tal que se maximice el bienestar general.

Permítanme ilustrar la explicación económica del derecho con dos ejemplos. Tomo mi primer ejemplo de la responsabilidad extracontractual. En el common law, la noción de culpa descansa en el cuidado que tomaría una persona razonable en las circunstancias específicas. Es notable que haya sido un juez quien propuso una reinterpretación de la culpa en función de los costos y beneficios. En *United States v. Carroll Towing Co.*⁵, el juez Learned Hand formuló la regla famosa según la cual un agente actúa culposamente cuando la carga del cuidado necesario para evitar un daño es menor a la gravedad del daño multiplicado por la probabilidad de que el daño ocurra. Generalizando la sugerencia de Hand, el análisis económico del derecho define “culpa” como ausencia de cuidado eficiente y sostiene que el objetivo de la responsabilidad extracontractual es maximizar la eficiencia en las esferas sociales en las que las transacciones voluntarias no pueden generar eficiencia debido a los costos de transacción.

Tomaré mi segundo ejemplo del derecho de los contratos. Un cuerpo de bibliografía se ha centrado en la eficiencia relativa de las acciones por incumplimiento contractual tales como la indemnización por daños y perjuicios en función de la expectativa [*expectation damages*] y la ejecución forzosa de la presentación contractual [*specific performance*]. De acuerdo con el análisis económico del derecho más convencional, uno de los objetivos del derecho contractual es, y debe ser, asegurar un compromiso óptimo o eficiente con el cumplimiento del contrato.⁶ Esto significa que el derecho debería desalentar el incumplimiento ineficiente. Así, la indemnización en función de la expectativa maximiza el bienestar social porque permite el incumplimiento cuando, y tan sólo cuando, el cumplimiento del contrato es ineficiente. La ejecución forzosa también es una acción eficiente, especialmente cuando los costos de renegociación son bajos.⁷ El punto central del análisis económico del derecho contractual es que el precio de un contrato no es una variable independiente del análisis jurídico, sino que más bien depende de las normas jurídicas de fondo. Si el derecho de los contratos impusiera el cumplimiento cualquiera sea el costo para el vendedor (y si la renegociación fuera muy costosa), el precio del contrato sería más alto que si los tribunales ordenaran la indemnización por daños y perjuicios, y el beneficio excedente para ambas partes sería inferior. La teoría del incumplimiento eficiente no ve nada

⁵ 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947).

⁶ Ver ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS* 189 (3d ed. 2000).

⁷ Ver Alan Schwartz, *The Case for Specific Performance*, 89 *YALE L.J.* 271 (1979).

de malo en el incumplimiento en sí mismo; sólo se concentra en los costos y en los beneficios resultantes para ambas partes.

Al final de los cincuenta, se hizo evidente que el utilitarismo, al exaltar el bienestar agregado y al diluir las nociones de lo correcto y de lo incorrecto, no servía para darle expresión teórica al movimiento de las libertades civiles. Los filósofos políticos y morales comenzaron a reaccionar contra el utilitarismo desarrollando ideas que tomaron prestadas de las teorías contractualistas y de teorías de los derechos naturales que habían prevalecido en la filosofía occidental antes del surgimiento del utilitarismo. *A Theory of Justice* de John Rawls⁸, que presenta una teoría de la justicia distributiva basada en la filosofía moral kantiana –aunque no en la teoría jurídica de Kant– fue un punto decisivo en este cambio hacia una filosofía basada en el contractualismo y en los derechos.

Algunos años más tarde, la evolución de la teoría jurídica fue paralela a la de la filosofía política. El análisis económico del derecho comenzó a producir explicaciones de una diversidad vasta de campos jurídicos. Tales explicaciones compitieron con los fundamentos tradicionales del common law y, fundamentalmente, con la idea bien arraigada de que la razón de ser del derecho es hacer justicia. En sus formulaciones iniciales, el paradigma económico se inclinaba a ver al derecho como un facilitador del funcionamiento de los mercados libres o como solución a sus anomalías. Los filósofos morales y del derecho no tardaron en enfrentar este paradigma debido a su insensibilidad al papel de la justicia y de la equidad en el derecho. El desafío se facilitó debido al convencimiento de que la explicación económica del common law presentaba anomalías. Luego, en los setenta y en los ochenta, algunos filósofos del derecho norteamericanos lideraron un proceso similar al que había liderado Rawls en la filosofía política. Así como el pensamiento de Rawls estaba motivado por el objetivo de establecer fundamentos kantianos, no agregados, para una constitución política capaz de combinar el libertarismo civil y el estado de bienestar, la reacción contra el análisis económico del derecho surgió de una hostilidad hacia el utilitarismo y hacia los mercados libres irrestrictos.

En la actualidad, un grupo grande de filósofos del derecho norteamericanos están embarcados en el proyecto de interpretar el common law en función de ideas morales tales como justicia y equidad. Tales autores se inspiran en Kant y otros filósofos del iusnaturalismo racionalista y se oponen a la posición que ve a las instituciones del common law como instrumentos para lograr el bienestar agregado. Las teorías basadas en la noción de justicia que surgieron de este proyecto teórico compiten con el análisis económico

⁸ JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* (1971).

del derecho, del mismo modo en que las teorías basadas en la noción de derechos compiten con el utilitarismo en el campo de la filosofía política. Mientras que los filósofos del derecho en los países del common law están ocupados en un análisis profundo de diversas áreas del derecho, su contraparte en los países de tradición civilista se quejan habitualmente de que los juristas ignoran las contribuciones filosóficas que podrían darle mayor claridad y precisión a las doctrinas jurídicas. Si bien esto es cierto, también es innegable que, más allá de claridad y precisión, la filosofía jurídica positivista no tiene demasiado para ofrecerle al doctrinario. En general, el positivismo se preocupa de las nociones jurídicas más abstractas, tales como “validez” o “sistema jurídico”, antes que de cuestiones jurídicas más específicas. Sin duda, el uso apropiado de tales conceptos puede terminar con varias confusiones y errores que afloran en las investigaciones jurídicas. Pero el filósofo del derecho tradicional no puede decir demasiado acerca de, por ejemplo, cuestiones concretas del responsabilidad extracontractual o del derecho de los contratos. Los filósofos del derecho en las jurisdicciones de common law discuten cuestiones específicas y buscan dar explicaciones que rivalizan con las explicaciones defendidas por sus competidores economistas en cuanto a su sofisticación. Ilustraré este enfoque nuevo refiriéndome, nuevamente, a la responsabilidad extracontractual y al derecho de los contratos.

En un ensayo pionero publicado a principios de los setenta, el Profesor George Fletcher descubrió la existencia de dos paradigmas en la responsabilidad extracontractual: el “paradigma de la reciprocidad” y el “paradigma de la razonabilidad”.⁹ Mientras que este último está dirigido hacia el bienestar de la comunidad, el primero presupone una idea distintiva de equidad: “todos los individuos de la sociedad tienen el derecho a aproximadamente el mismo grado de seguridad con respecto al riesgo”.¹⁰ Según Fletcher, la responsabilidad extracontractual –tanto en la responsabilidad objetiva como en la variante basada en la culpa– expresa el ideal de justicia correctiva al reconocer el derecho de la víctima a ser resarcida por los daños que resultan de riesgos que no son recíprocos. Si bien Fletcher sostiene que ambos paradigmas están presentes en la responsabilidad extracontractual, adjudica mayor importancia al paradigma de la reciprocidad. En efecto, Fletcher sostiene que, puesto que el paradigma del bienestar está comprometido con la maximización de la utilidad social, no logra respetar el valor de la autonomía individual. Jules Coleman, Stephen Perry, Ernest Weinrib y Richard Wright, entre otros, siguieron a Fletcher en la adopción de la interpretación

⁹ George P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 HARV. L. REV. 537, 537 (1972).

¹⁰ *Id.* en 550.

de la responsabilidad por daños basada en la justicia correctiva.¹¹ Con el objetivo de explicar el régimen de responsabilidad extracontractual realmente existente en el common law, estos filósofos defienden una teoría que está inspirada ampliamente en Aristóteles y en Kant y que busca tener un poder explicativo mayor que el que posee el análisis económico de la responsabilidad extracontractual. Más específicamente, tales autores sostienen que el análisis económico deja de lado los aspectos morales centrales de la responsabilidad extracontractual, tales como el patrón de interacción en el que el daño tuvo lugar o el tipo de control que el demandado tuvo sobre el resultado dañoso. Por ejemplo, Wright sostiene que el common law le da menos importancia a la utilidad del demandado que a la del demandante, lo que parece contradecir los supuestos del análisis económico. Según la visión basada en la justicia correctiva, la mejor manera de explicar la responsabilidad extracontractual es asumiendo que aplica un principio moral no consecuencialista. En la formulación de Coleman, dicho principio sostiene que (i) una persona es responsable por cualquier pérdida que inflige injustamente a otra, y (ii) si una persona es responsable de la pérdida que otra sufre, debe compensarla por completo. Coleman sostiene que la justicia correctiva establece principios abstractos de equidad que gobiernan la asignación de los infortunios que presenta la vida.

El segundo ejemplo es la explicación filosófica del derecho de los contratos. Según el Profesor Charles Fried, un contrato es un intercambio de promesas y, por ende, el incumplimiento contractual es análogo al incumplimiento de una promesa.¹² Fried funda la obligación moral de cumplir con las promesas en el hecho de que incumplir una promesa viola la autonomía del tenedor de la promesa pues conlleva un abuso de la confianza que uno creó al prometer. Otros teóricos del derecho, tales como Randy Barnett, Peter Benson y Alan Brudner ven a la obligación que surge de un contrato como una obligación basada en la propiedad, antes que como una promisoria.¹³

¹¹ Ver JULES L. COLEMAN, *RISKS AND WRONGS* (1992); JULES L. COLEMAN, *THE PRACTICE OF PRINCIPLE: IN DEFENCE OF A PRAGMATIST APPROACH TO LEGAL THEORY* (2001); ERNEST J. WEINRIB, *THE IDEA OF PRIVATE LAW* (1995); Stephen R. Perry, *Responsibility for Outcomes, Risk, and the Law of Torts*, en *PHILOSOPHY AND THE LAW OF TORTS* 72 (Gerald J. Postema ed., 2001); Richard W. Wright, *Right, Justice and Tort Law*, en *PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW* 159 (David G. Owen ed., 1995); Richard W. Wright, *The Standards of Care in Negligence Law*, en *PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW*, *supra* at 249.

¹² Ver CHARLES FRIED, *CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATION* (1981).

¹³ Ver ALAN BRUDNER, *THE UNITY OF THE COMMON LAW: STUDIES IN HEGELIAN JURISPRUDENCE* cap. 3 (1995); Randy E. Barnett, *A Consent Theory of Contract*, 86 *COLUM. L. REV.* 269 (1986); Peter Benson, *The Unity of Contract Law*, en *THE THEORY OF CONTRACT LAW: NEW ESSAYS* 118 (Peter Benson ed., 2001).

Al hacer un contrato, según ellos, uno consiente a la transferencia de su propiedad, definida o bien como una cosa material o como un valor económico. Según esta visión, el derecho de los contratos respeta los derechos de propiedad que surgen de un contrato. Ni el enfoque basado en las promesas ni el basado en la propiedad apelan a la maximización del bienestar para explicar la obligación contractual.

II. ¿Se pueden aplicar los dos paradigmas al derecho romanista?

Tal como dije al comienzo de este ensayo, me interesa analizar si los dos paradigmas son aplicables al derecho romanista o codificado. Si los juristas civilistas introdujeran estos paradigmas en sus investigaciones, la naturaleza de la ciencia jurídica podría cambiar nuevamente, tal como cambió después del surgimiento de la escuela del derecho natural. Incluso así, no podemos esperar un alineamiento automático de la doctrina civilista con la investigación que se desarrolla en el marco del common law, especialmente en el derecho privado. Debido a las diferentes evoluciones históricas del common law y del derecho romanista, el valor explicativo relativo del paradigma económico y del filosófico es diferente para cada sistema legal. Me contento con ilustrar, a través de dos ejemplos, cómo las instituciones civilistas y del common law pueden ser explicadas en función de paradigmas teóricos diferentes.

Comenzaré con el paradigma filosófico, en el que la respuesta es más simple. En términos históricos, el paradigma filosófico surgió como un modo para entender el derecho romanista. Recordemos que el enfoque filosófico del derecho se nutre de las teorías iusnaturalistas racionalistas que surgieron durante los siglos XVII y XVIII. Más aún, Grocio, Pufendorf y Kant construyeron sus sistemas de derecho natural a fin de sistematizar los principios fundamentales del *Corpus Iuris Civilis*. Como es bien sabido, el Derecho Romano fue objeto de estudio en la Europa Continental desde el fin del siglo XI. Por el contrario, el Profesor Coing sostiene que el common law inglés se desarrolló independientemente del Derecho Romano Canónico.¹⁴ La filosofía del derecho natural racionalista no sólo dio fundamentos abstractos a las instituciones principales del Derecho Romano, tales como la posesión, la propiedad, y el contrato, sino que también introdujo el ideal de la codificación y, al hacerlo, transformó al Derecho Romano en un sistema formal basado en la razón. Respecto de la influencia del derecho natural racionalista en la ciencia jurídica europea, Franz Wieacker observa que:

¹⁴ Ver Helmut Coing, *The Roman Law as Ius Commune on the Continent*, 89 L. Q. REV. 505 (1973). Según entiendo, esto es consistente con la influencia intelectual tradicional del Derecho Romano sobre los jueces ingleses.

“Después de Hobbes y de Pufendorf... la prueba lógica en un sistema coherente se convirtió en la verdadera piedra de toque de la Ley de la Razón de la consistencia de sus axiomas metodológicos. En el siglo XVIII comenzó a ordenar las explicaciones del derecho positivo, y de ese modo creó el sistema que todavía domina los códigos y los libros de texto jurídicos del continente europeo”.¹⁵

No es posible entender la ciencia jurídica alemana, por ejemplo, sin considerar la influencia de los abogados iusnaturalistas racionalistas tales como Pufendorf y Kant. De hecho, la parte más abstracta del trabajo teórico de Savigny puede verse como una teoría filosófica del derecho civil. Si bien todo este proceso intelectual fascinante fue oscurecido por la codificación, no hay duda de que el paradigma filosófico puede aplicarse al derecho romanista. De hecho, el paradigma filosófico está inspirado en la escuela racionalista del derecho natural, históricamente asociada con el derecho romanista. Paradójicamente, el cuerpo de literatura que los filósofos del derecho norteamericanos están produciendo en la actualidad provee una explicación del common law, un sistema que históricamente no tiene conexión con tal tradición intelectual. Uno debería esperar una aplicación más directa del paradigma filosófico a la comprensión del derecho romanista. Sostendré que, por cierto, tal es el caso.

Las acciones por incumplimiento contractual son mi primer ejemplo. Siguiendo al derecho romano clásico, el common law estableció la indemnización por daños y perjuicios como la acción principal por incumplimiento contractual. Los tribunales pueden ordenar la ejecución forzosa sólo en circunstancias especiales; por ejemplo, con la regla del daño irreparable, decretan el cumplimiento de la obligación sólo en las circunstancias especiales en las que la indemnización por daños es inadecuada.¹⁶ Por el contrario, en el derecho romanista la acción principal por incumplimiento contractual es la ejecución de la obligación, antes que la indemnización. Por ejemplo, el artículo 1134 del Código Civil francés establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y el artículo 1136 establece que una obligación de dar implica una obligación de entregar la cosa y de preservarla hasta la entrega.¹⁷ Del mismo modo, el Código Civil argentino establece en el artículo 505 que el acreedor, en caso de incumplimiento de un contrato, tiene el derecho de elegir entre las siguientes medidas: obligar al cumplimiento de

¹⁵ FRANZ WIEACKER, *A HISTORY OF PRIVATE LAW IN EUROPE* 218 (Tony Weir trans., 1995).

¹⁶ Sin embargo, el Profesor Laycock mostró que los tribunales usualmente entienden que las indemnizaciones compensatorias son inadecuadas y, entonces, ordenan el cumplimiento específico. Ver DOUGLAS LAYCOCK, *THE DEATH OF THE IRREPARABLE INJURY RULE* (1991). Agradezco a Tom Ulen por llamar mi atención respecto de los descubrimientos de Laycock.

¹⁷ CODE CIVIL [C. CIV.] art. 1134, 1136 (Fr.).

la obligación, hacer que un tercero ejecute el contrato a expensas del deudor, u obtener las indemnizaciones pertinentes.¹⁸

Los autores de un libro bien conocido de derecho comparado escriben: “El principio de que las obligaciones, especialmente las obligaciones contractuales, pueden como regla hacerse cumplir compulsivamente y que en general es el acreedor y no el tribunal el que elige entre el cumplimiento específico y una acción no específica, ha sido adoptado en la gran mayoría de los sistemas de derecho romanista.”¹⁹ Sin embargo, esto sólo es cierto respecto de las obligaciones de dar. Los sistemas de derecho civil adoptan modalidades diferentes respecto de las obligaciones de hacer. La posición suave es adoptada por el Código Civil francés, que en el artículo 1142 establece que una obligación de hacer se convierte en una obligación de indemnizar en caso de incumplimiento.²⁰ El Código Civil argentino sigue la interpretación de Marcadé del Código Civil francés. Así, el artículo 629 establece que el acreedor puede exigir el cumplimiento forzado de una obligación de hacer, excepto cuando hacerlo requiera ejercer violencia sobre el deudor.²¹ El Código Civil alemán (BGB) adopta la posición dura. En su artículo 41, establece que “[e]l efecto de una obligación es que el acreedor tiene derecho a reclamar el cumplimiento específico de parte del deudor.”²² Todavía más, el Código Civil Procesal alemán faculta a los tribunales a aplicar multas y pena de prisión para asegurar el cumplimiento de una obligación de hacer cuando el acto jurídico en cuestión no puede ser ejecutado por un tercero.²³

Las diferencias ya mencionadas indican que el derecho contractual civilista y el derecho contractual anglosajón están sujetos a diferentes tipos de explicaciones. De hecho, el derecho contractual civilista tuvo influencias de la escuela del derecho natural y de su énfasis en la autonomía individual, mientras que las acciones por incumplimiento contractual en el common law imitan la practicidad del Derecho Romano. Bajo la influencia de los juristas iusnaturalistas, el derecho de los contratos en el derecho civil fue concebido en torno de la idea de autonomía individual, lo que lo hace recalcitrante a los enfoques basados en la maximización del bienestar. Tal como explica la Profesora Catherine Valcke, “[l]os tres principios fundacionales del derecho contractual civilista –libertad contractual, fuerza vinculante de los contratos,

¹⁸ CÓDIGO CIVIL [Cód. Civ.] art. 505 (Arg.).

¹⁹ RUDOLF B. SCHLESINGER ET AL., *COMPARATIVE LAW* 665 (5th ed. 1988).

²⁰ C. CIV. art. 1142.

²¹ Cód. Civ. art. 629.

²² § 241 BGB (Ger.) (traducido en *THE GERMAN CIVIL CODE* (Simon L. Goren trans., Rev. ed. 1994)).

²³ § 888 ZPO (Zivilprozessordnung).

y el consensualismo— derivan directamente de los postulados de la voluntad autónoma de Kant.”²⁴

Hay dos argumentos que apoyan mi sugerencia. Primero, dije que la indemnización en función de la expectativa es eficiente como acción por incumplimiento contractual. Por el contrario, el cumplimiento específico sólo puede ser defendido como una acción eficiente en circunstancias especiales (e.g., cuando los costos de renegociación son altos).²⁵ Puesto que la indemnización en función de la expectativa es la acción principal en el common law, el paradigma económico ofrece una explicación exitosa de este aspecto del common law. Segundo, la teoría de la obligación contractual como una obligación promisoria puede explicar adecuadamente por qué el cumplimiento específico es la acción principal en el derecho romanista. De hecho, la provisión general del cumplimiento específico es un corolario natural de la idea de que los contratos son válidos como un ejercicio de la autonomía individual. Esta idea ejerció una influencia decisiva en el desarrollo del derecho contractual civilista. Si la fuerza vinculante de los contratos depende de un acto de la voluntad, la indemnización monetaria a lo sumo podría ser la segunda mejor opción.

Es interesante que los analistas económicos del derecho llegan a una conclusión similar. Así, los Profesores Kaplow y Shavell sostuvieron que la explicación del derecho contractual basada en la obligación de cumplir con las promesas deforma el common law porque implica la adopción del cumplimiento específico como la acción principal por incumplimiento contractual.²⁶ Pues bien, cuando se trata del derecho romanista, el resultado se revierte. Es en verdad la explicación económica la que deforma al derecho civil porque el derecho civil no permite incumplir un contrato y pagar indemnización, con la excepción de los casos en que el acreedor opta por la indemnización o, en el sistema francés, cuando el contrato da lugar a una obligación de hacer. La idea de que hay un incumplimiento eficiente (en particular, de una obligación de dar) es completamente ajena al derecho contractual civilista. No es la economía, sino más bien la filosofía moral la que tiene el gancho inicial para explicar este aspecto del derecho civil. Esto apoya mi argumento de que la filosofía moral está en una posición mejor que el paradigma económico para explicar el derecho contractual civilista.

²⁴ Catherine Valcke, *The Unhappy Marriage of Corrective and Distributive Justice in the New Civil Code of Quebec*, 46 U. TORONTO L. J. 539, 567 (1996).

²⁵ Sin embargo, el Profesor Ulen sostiene que el cumplimiento específico es más eficiente que los daños de expectativa porque evita la necesidad de estimar valores subjetivos. Ver Thomas S. Ulen, *The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies*, 83 MICH. L. REV. 341 (1984).

²⁶ Ver KAPLOW & SHAVELL, *supra* nota 1.

Al mismo tiempo, este último paradigma parece funcionar bien en el common law.

En segundo lugar, una explicación posible del cambio desde la indemnización monetaria al cumplimiento específico ve a tal cambio como conectado a la idea que los filósofos isunaturalistas adoptaron con respecto a la transferencia de la propiedad y del riesgo en la venta. En el derecho romano, como regla, el riesgo del daño o de la destrucción de la cosa pasaba al comprador al tiempo del acuerdo, pero la propiedad sólo pasaba al comprador con la tradición. Tal como indica el Profesor Alan Watson, Grocio, Pufendorf y Barbeyrac creían que era irracional ubicar en diferentes tiempos la transferencia de la propiedad y la del riesgo. Mientras que Grocio y Barbeyrac defendían la posición de que tanto la propiedad como el riesgo debían pasar al comprador al tiempo del acuerdo, Pufendorf afirmaba que la transferencia debía ocurrir al momento de la entrega de la cosa. Bajo la influencia de Barbeyrac, el Código Civil francés cambió la regla romana y estableció que tanto la propiedad como el riesgo se transferían al comprador al momento del acuerdo.²⁷ Por el contrario, el Código Civil argentino y el BGB siguieron la posición de Pufendorf y establecieron que el riesgo y la propiedad pasan conjuntamente al comprador, pero al tiempo de la tradición.

Enfrentado con estas diferencias enigmáticas, el análisis económico del derecho no parece ser de ayuda. Desde un punto de vista económico, es eficiente hacer que un costo evitable recaiga sobre la parte que puede reducir el riesgo de que tal pérdida ocurra al costo menor y que, por tal razón, puede asegurarse contra ella. Pero, por hipótesis, el tipo de control en cuestión está fuera del alcance del deudor. Entonces, uno podría sugerir que las diferencias son casi accidentales. Defendiendo esta posición, Watson escribe: “el rechazo francés a las reglas romanas en este punto no fue resultado del desarrollo social, ni tampoco se debió a las debilidades prácticas del sistema más viejo, ni fue consecuencia de una toma de conciencia de la necesidad lógica de la posición que ellos preferían.”²⁸ Sin embargo, Watson no logra ofrecer una explicación teórica de las reglas accidentales. Uno podría sugerir que muchas normas jurídicas carecen de una razón de ser específica. Tal como las normas lingüísticas, son mecanismos útiles para coordinar las acciones individuales.²⁹ Según esta posición, es irrelevante en qué momento tiene lugar la transferencia del riesgo y de la propiedad; sólo importa que todos estemos de acuerdo en una única regla. Quizás Savigny tenía en mente

²⁷ Ver ALAN WATSON, *LEGAL TRANSPLANTS: AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW* cap. 14 (1993).

²⁸ *Id.* at 85.

²⁹ Ver RUSSELL HARDIN, *LIBERALISM, CONSTITUTIONALISM, AND DEMOCRACY* cap.3 (1999).

la idea de coordinación cuando esbozó su analogía famosa entre el derecho y el lenguaje.³⁰

Uno también podría intentar una explicación filosófica. Esta explicación podría ser simple y plausible en el derecho civil francés. Recordemos que, en el Código francés, la propiedad pasa al comprador al momento del consentimiento. Esta regla encaja bien con el establecimiento del cumplimiento específico como la acción principal por incumplimiento de las obligaciones de dar. Si el título de propiedad pasa al comprador cuando se hace el acuerdo, el comprador obviamente tendría que tener la opción de requerir la entrega de su propiedad. Mi punto no es que los redactores franceses del proyecto de código cambiaron el sistema de transferencia romano ubicándolo al momento del acuerdo *porque* el derecho francés ya había sustituido el cumplimiento específico por la indemnización monetaria como acción principal por incumplimiento contractual. Tampoco quiero decir que la teoría propietarista es la mejor explicación filosófica de la preferencia del derecho civil por el cumplimiento específico. En vez, sostendré que ambos cambios pueden explicarse a la luz de la concepción del derecho de los contratos basada en la idea de autonomía a la que adhiere la escuela del derecho natural. En aquellos aspectos en los que la filosofía moral influyó en el derecho civil, el análisis económico del derecho no es de ayuda, y el filósofo triunfa.

Mi segunda ilustración es la responsabilidad civil. La mayoría de los códigos civiles establecen la responsabilidad subjetiva como el paradigma fundamental de la responsabilidad civil. En el derecho civil, la responsabilidad requiere de causalidad y de culpa. De este modo, el artículo 1382 del Código francés dice: “Cualquier acto de un hombre que cause daño a otro obliga a aquel por cuya culpa se causó el daño a repararlo”.³¹ El mismo texto fue reproducido en el artículo 2315, párrafo A, del Código Civil de Luisiana,³² e inspiró el artículo 1109 del Código Civil argentino.³³ Puesto que la teoría de responsabilidad civil tradicional en el derecho civil requiere culpa, es afín a la idea de justicia correctiva.

Tal como mostró el Profesor Francesco Parisi, la posición central del principio de la culpa en el derecho civil es el resultado de un proceso histórico largo que comenzó con la ética aristotélica y su influencia en los tres principios fundamentales del derecho romano: *honeste vivere, suum cuique tribuere y alterum non laedere*. En particular, el último cánón estableció las

³⁰ Ver FREDERICK CHARLES VON SAVIGNY, OF THE VOCATION OF OUR AGE FOR LEGISLATION AND JURISPRUDENCE (Abraham Hayward trans., photo. reprint 1977).

³¹ C. CIV. art. 1382 (traducido en THE FRENCH CIVIL CODE (John H. Crabb trans., rev. ed., 1995)).

³² LA. REV. STAT. ANN. § 2315(A) (1997 & 2004 Supp.).

³³ Cód. Civ. art. 1109.

bases filosóficas para elaborar casuísticamente el sistema de responsabilidad civil en el período clásico. La *Lex Aquilia* introdujo el requisito de *iniuria*, pero no tenía un principio general de responsabilidad civil. Tomás de Aquino y el jurista humanista Hugo Donellus contribuyeron al surgimiento gradual de un sistema de responsabilidad civil basado en la culpa en Europa Continental. Finalmente, las ideas iusnaturalistas racionalistas de Hugo Grocio tuvieron un gran impacto intelectual en Jean Domat y Robert Pothier, cuyos trabajos fueron las fuentes principales para la redacción del proyecto del Código Civil francés.³⁴

El establecimiento del principio de la culpa en el derecho civil europeo es el resultado de siglos de interacción entre ideas éticas y jurídicas. El supuesto básico es que nadie puede ser declarado responsable por resultados que no son atribuibles a sus elecciones voluntarias. La idea de justicia correctiva requiere neutralizar el impacto del azar o de la mala suerte en la responsabilidad jurídica. Como corolario de la idea de justicia correctiva, el principio de la culpa está profundamente enraigado en el derecho civil. Debido a las conexiones históricas entre el derecho natural y el derecho civil, las explicaciones filosóficas de la responsabilidad extracontractual son más adecuadas para explicar el sistema civilista.

Con el nacimiento de las innovaciones técnicas y de la producción industrial, y los riesgos acompañantes para las personas y la propiedad, la noción de culpa se desvaneció en el sistema de responsabilidad civilista. De hecho, para mejorar la posición de los vecinos, los peatones, los consumidores y los trabajadores de las fábricas, el derecho civil comenzó a relajar la teoría monolítica de responsabilidad civil aceptando soluciones que no incluían a la culpa. En estos términos, los juristas y los tribunales franceses propusieron la teoría del riesgo para atenuar el principio de la culpa establecido en el artículo 1382 del Código Civil mediante la interpretación extensiva del artículo 1384, primer párrafo, que establece la responsabilidad civil por el hecho de las cosas que una persona tiene bajo su custodia.³⁵

No está fuera de duda cómo entender la relajación del principio de la culpa en el derecho civil. Por un lado, el paradigma económico puede ofrecer una explicación elegante de la responsabilidad objetiva sobre la base del principio económico de prevención óptima. Por el otro lado, el paradigma filosófico podría intentar explicar el cambio hacia la responsabilidad objetiva en términos de la justicia correctiva. Tal como dije antes, George Fletcher

³⁴ Ver James Gordley, *Tort Law in the Aristotelian Tradition*, en PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW, *supra* nota 11, en 131; Francesco Parisi, *Alterum Non Laedere: An Intellectual History of Civil Liability*, 39 AM. J. JURIS. 317 (1994).

³⁵ C. civ. art. 1384. Ver 1 HENRI MAZEAUD & LEÓN MAZEAUD, TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DÉLICTUELLE ET CONTRACTUELLE 81–88 (4th ed. 1947).

propuso una explicación de la responsabilidad objetiva que ve a dicho tipo de responsabilidad como una implementación del derecho de la víctima a ser compensada por daños no-recíprocos.³⁶ La propuesta de Fletcher sugiere que es una pregunta abierta si la responsabilidad objetiva requiere una explicación económica y no filosófica. Lo que es seguro, sin embargo, es que la concepción clásica de la responsabilidad civil puede ser explicada fácilmente en términos de la justicia correctiva.

Las explicaciones filosóficas de la responsabilidad extracontractual basadas en la idea de culpa se multiplicaron en los últimos años. Paradójicamente, tales explicaciones son invocadas para explicar el common law, en el que el principio de la culpa nunca adquirió la posición dominante que tradicionalmente tenía en el derecho civil. De hecho, en los casos antiguos del common law, tales como *Weaver v. Ward*³⁷ y *Dickenson v. Watson*,³⁸ se entendía que la responsabilidad civil surgía de la violación de la propiedad, y no se requería culpa. La interferencia con los derechos a la integridad corporal o las cosas externas era lo que constituía la conducta indebida. La culpa sólo apareció como requisito de la responsabilidad civil al fin de la Edad Media, con la aparición del mandamiento de violación de la propiedad. Según la visión histórica ortodoxa, sólo hacia mediados del siglo XIX surgió en el derecho norteamericano un sistema comprensivo de responsabilidad basada en la culpa como un medio para subsidiar a las nuevas empresas industriales.³⁹ *Harvey v. Dunlop*,⁴⁰ en 1843, y *Brown v. Kendall*,⁴¹ en 1850, introdujeron el requisito general de existencia de culpa en la responsabilidad civil. Al decidir el primer caso, el Presidente del Tribunal de Nueva York sostuvo: “No se puede encontrar ningún caso o principio, o si se lo encuentra no se puede mantener, que sujete a un individuo a responsabilidad por un acto ejecutado sin que medie culpa de su parte”.⁴² Increíblemente, los tribunales norteamericanos “descubrieron” este principio al menos dos siglos más tarde que el derecho europeo. Incluso después de *Harvey v. Dunlop*, no estaba fuera de toda duda la prevalencia del principio de la culpa. Por ejemplo, en *Hay v. Cohoes*,⁴³ un caso de explosión decidido en 1849, el mismo

³⁶ Ver Fletcher, *supra* nota 9.

³⁷ 80 Eng. Rep. 284 (1616).

³⁸ 84 Eng. Rep. 1218 (1682).

³⁹ Ver LAWRENCE M. FRIEDMAN, A HISTORY OF AMERICAN LAW 409–10 (1973); MORTON J. HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW, 1780–1860, en 85–99 (1977).

⁴⁰ 1843 Hill & Den. 193, 194–95 (N.Y. Sup. Ct.).

⁴¹ 60 Mass. 292, 296 (1850).

⁴² *Harvey*, 1843 Hill & Den. at 194. Ver también Charles O. Gregory, *Trespass to Negligence to Absolute Liability*, 37 VA. L. REV. 359, 368 (1951).

⁴³ 2 N.Y. 159, 161 (1849).

tribunal de Nueva York aplicó el viejo principio *sic utere tuo*, una doctrina de invasión de la tierra que sólo requería invasión de la tierra y causación del daño para que hubiera responsabilidad civil. Más aún, en el derecho inglés del siglo XIX la culpa no se había convertido en un principio fundamental, tal como lo muestra la decisión del tribunal de Exchequer en *Fletcher v. Rylands*,⁴⁴ un caso de un derrame de agua de 1865. Con mayor claridad, Lord Branwell estableció que la acción por daños podía mantenerse “sobre la base de que los demandados habían hecho que el agua fluyera hacia las minas del demandante y que, si no fuera por el acto de los demandados, el agua no hubiera ido hacia allí”.⁴⁵ Lord Branwell agregó que “la inocencia de los demandados, cualquiera pueda ser su relevancia moral en el caso, es irrelevante frente al derecho”.⁴⁶

Podría cuestionarse si la responsabilidad objetiva era el régimen tradicional en el common law antes del surgimiento del principio de la culpa. El Profesor Robert Rabin sostiene, por ejemplo, que la responsabilidad basada en el principio de la culpa prevaleció “contra un trasfondo de ausencia de responsabilidad, no de responsabilidad objetiva”.⁴⁷ La idea de Rabin es que los daños industriales no tenían precedentes en el common law y que los tribunales norteamericanos tendieron a resolverlos apelando a la idea de culpa desde el principio. De este modo, cita *Losee v. Clute*⁴⁸ y *Losee v. Buchanan*,⁴⁹ dos casos de calderas de vapor decididos en 1873, en los que el tribunal rechazó la doctrina de responsabilidad objetiva de *Rylands* y estableció que debía probarse culpa para que el demandado sea declarado responsable por daño intencional. En la misma línea, el Profesor Gary Schwartz refuta la interpretación del supuesto cambio desde la responsabilidad objetiva hacia la responsabilidad subjetiva que visualiza tal cambio como un subsidio a las empresas. Para ello analiza la responsabilidad extracontractual del siglo XIX tal como se desarrolló en California y en New Hampshire.⁵⁰ Schwartz muestra de un modo convincente que la compensación por daños personales se decidió habitualmente sobre la base del principio de culpa durante la primera mitad del siglo XIX, y que la responsabilidad objetiva estaba confinada fundamentalmente a los casos de perjuicios. En campos tales como el

⁴⁴ 159 Eng. Rep. 737 (1865).

⁴⁵ *Id.* en 744.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ Robert L. Rabin, *The Historical Development of the Fault Principle: A Reinterpretation*, 15 GA. L. REV. 925, 938 (1981).

⁴⁸ 51 N.Y. 494 (1873).

⁴⁹ 51 N.Y. 476 (1873).

⁵⁰ Gary T. Schwartz, *Tort Law and the Economy in Nineteenth-Century America: A Reinterpretation*, 90 YALE L.J. 1717 (1981).

del transporte y de las fábricas textiles, los tribunales de California y New Hampshire tendían a favorecer la posición de los demandantes mediante la doctrina *res ipsa loquitur* y la negación de la culpa concurrente y rechazaban argumentos favorables al desarrollo económico para justificar la asunción de riesgos industriales.

Dejando de lado las controversias acerca del trasfondo contra el que el principio de la culpa adquirió un rol decisivo en el derecho norteamericano del siglo XIX, hay pocas dudas de que el paradigma tradicional de responsabilidad en el common law pone énfasis en la invasión de los derechos de propiedad y del daño directo o indirecto que resulta de dicha invasión, mientras que el paradigma básico en el derecho civil está basado en una idea moralizada de culpa. A pesar del contraste histórico entre el common law y el derecho civil, los filósofos del derecho en las jurisdicciones de derecho civil usualmente ignoran el tipo de análisis filosóficos que sus colegas del common law cultivaron recientemente. Puesto que el paradigma filosófico es en gran parte una reacción contra el análisis económico del derecho, la falta de interés puede deberse a la recepción difícil y lenta del análisis económico del derecho en los países de derecho civil.⁵¹ Mi sugerencia es que podemos explicar este fenómeno teniendo en cuenta un aspecto fundamental del derecho civil. En el derecho civil, las sentencias están basadas en razones formales, esto es, en normas definidas por sus atributos formales, antes que en consideraciones morales, económicas, políticas, institucionales o consideraciones sociales de otro tipo. Mientras que del juez norteamericano, por ejemplo, habitualmente se espera que use un razonamiento basado en políticas para interpretar los precedentes y para establecer nuevas normas, el juez civilista está obligado a aplicar el código civil o el sistema formal de ciencia jurídica que se mezcla con el código. La ciencia jurídica es más formal que la investigación del common law. El razonamiento en el derecho civil comienza típicamente con premisas y conceptos abstractos y, entonces, deja poco lugar para el tipo de razonamiento consecuencialista, que mira hacia el futuro en el que se basa el análisis económico del derecho. Las consideraciones económicas no están completamente ausentes en la ciencia jurídica, pero su rol es restringido. Cuando el razonamiento formal no lleva a una respuesta definitiva a una cuestión jurídica, el científico jurídico usualmente recurre a la ficción del legislador racional.⁵² Esto significa que,

⁵¹ Ver R. Cooter and J. Gordley, *Economic Analysis in Civil Law Countries: Past, Present, Future*, 11 INT'L. REV. L. & ECON. 261 (1991). Ver también los otros artículos publicados en esta edición.

⁵² Ver CARLOS SANTIAGO NINO, *CONSIDERACIONES SOBRE LA DOGMÁTICA JURÍDICA* (1974); Leszek Nowak, *A Concept of Rational Legislator*, en *POLISH CONTRIBUTIONS TO THE THEORY AND PHILOSOPHY OF LAW* 137 (Zygmunt Ziemiński ed., 1987).

en la ciencia jurídica, el razonamiento consecuencialista y económico se limita a los casos difíciles.

El derecho inglés también tiene un sistema de fuentes jurídicas formales, pues los precedentes son razones formales. Los Profesores Patrick Atiyah y Robert Summers mostraron minuciosamente que las doctrinas de las fuentes del derecho norteamericanas e inglesas son muy distintas en términos de la formalidad.⁵³ En efecto, el *stare decisis* es una doctrina más rígida en el derecho inglés, que deja poco lugar para el análisis de políticas explícito. Es el common law norteamericano, antes que el derecho inglés, el que puede contrastarse con el derecho civil en lo que respecta a la formalidad. En la misma línea, el Profesor Richard Posner sostuvo recientemente que el common law inglés y el derecho civil europeo son comparables en términos de la formalidad. Tanto los jueces ingleses como los europeos se entrenan en las carreras burocráticas que aceptan como axiomática la separación de funciones entre la legislatura y el poder judicial. Sólo en Estados Unidos los jueces se sienten libres para emplear sistemáticamente el razonamiento consecuencialista e instrumental.⁵⁴ Esto podría explicar por qué el análisis económico del derecho es aceptado más fácilmente en los círculos jurídicos norteamericanos que en los ingleses y europeos.

Intenté explicar por qué el análisis económico del derecho no tiene un camino fácil para entrar al derecho civil. Esto no quiere decir que el análisis económico del derecho sea irrelevante para explicar el derecho civil. Ya indiqué que la tendencia hacia la responsabilidad que no está basada en la culpa puede explicarse en función de la prevención óptima. Todavía más, los análisis de política se manifiestan en los tiempos de codificación o de enmiendas al código. Daré dos ejemplos para mostrar la importancia del análisis económico para la legislación civilista. Mi primer ejemplo es la redacción del BGB. El profesor Jürgen Backhaus sostiene que “[e]l Código Civil [alemán], en su última versión, se aprobó con la colaboración explícita de los economistas más importantes de su tiempos en Alemania, y estaba basado en razonamiento económico explícito”.⁵⁵ Él explica que un grupo de economistas, en particular Otto von Gierke, publicó artículos en el *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich* criticando los primeros proyectos de 1887 y 1889. La crítica de los economistas llevó a la creación de un segundo comité en 1890, que desarro-

⁵³ Ver P. S. ATIYAH & ROBERT S. SUMMERS, FORM AND SUBSTANCE IN ANGLO-AMERICAN LAW (1987).

⁵⁴ Ver RICHARD A. POSNER, LAW AND LEGAL THEORY IN ENGLAND AND AMERICA (1996).

⁵⁵ Jürgen G. Backhaus, *Otto von Gierke (1841–1921)*, en THE ELGAR COMPANION TO LAW AND ECONOMICS 313, 314 (Jürgen G. Backhaus ed., 1999).

lló un proyecto completamente revisado en 1895. Si bien Backhaus sostiene que el nuevo proyecto, finalmente aprobado en 1896, concordaba mejor con las necesidades de una economía de mercado industrial, no especifica las revisiones que supuestamente produjeron tal resultado.

Mi segundo ejemplo da más información fáctica. Como es bien sabido, todos los códigos civiles regulan los derechos reales. Es interesante que el redactor del Código Civil argentino, Dalmacio Vélez Sársfield, introdujo en el código diversas normas que limitan la capacidad de los individuos para dividir en muchas partes los paquetes de derechos de propiedad. En particular, el artículo 2502 prohíbe la creación de nuevos tipos de derechos reales (*numerus clausus*).⁵⁶ En la nota a tal artículo, Vélez Sársfield menciona los obstáculos a la explotación económica presentados por la descomposición de la propiedad en la Europa medieval, en particular en España.⁵⁷ Vélez Sársfield justifica tal disposición diciendo: “La multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades...”.⁵⁸ Todavía más, en la nota al artículo 2503, justifica la supresión de la enfiteusis y del derecho del superficiario, que expresamente prohíbe en el artículo 2614, junto con todo tipo de prohibiciones a la venta.⁵⁹ Las normas del Código Civil argentino que garantizan la unidad de la propiedad evitando su desintegración voluntaria tienen un fundamento económico claro, sistematizado recientemente por el Profesor Michael Heller.⁶⁰ Heller estudia cómo las actividades económicas se ven afectadas por la descomposición de los derechos de propiedad en las manos de diversos titulares. Al establecer la propiedad privada unida y completa, Vélez Sársfield intentó evitar las ineficiencias asociadas con la —así llamada— “tragedia de los anti-comunes”, que ocurre cuando los costos de transacción, la conducta estratégica o las deficiencias cognitivas evitan que los titulares de diversos derechos de propiedad se junten en un paquete único de derechos. Sin duda, Vélez Sársfield no conocía esta noción moderna, pero tenía una comprensión intuitiva refinada de la fundamentación de la propiedad no fragmentada. Tal como sabemos actualmente, la tragedia de los anti-comunes amenaza el uso y la enajenación efectiva de la propiedad.

⁵⁶ Cód. Civ. art. 2502.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ Cód. Civ. art. 2503, 2614.

⁶⁰ See Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 HARV. L. REV. 621 (1998).

El rol del análisis de políticas en los tiempos de cambios jurídicos sugiere que el código civil también tiene fundamentos económicos. Dar a conocer tales decisiones de políticas puede ser un modo de explicar las nociones abstractas y formales. Esta posibilidad no puede descartarse de antemano. De hecho, la literatura económica en aumento sobre el derecho civil sugiere que los juristas civilistas tienen mucho para aprender del análisis económico.⁶¹

Conclusión

Tanto el paradigma filosófico como el económico pueden ser de ayuda para entender el derecho, ya sea el common law o el derecho civil. Sin embargo, sostuve que la importancia relativa de tales paradigmas es diferente en el common law y en el derecho civil. La justicia y la autonomía son valores más importantes en el derecho civil, dados los fundamentos filosóficos de los códigos civiles y de la ciencia jurídica civilista. De todos modos, el análisis económico del derecho puede ser de ayuda para entender los campos del derecho civil que se están alejando de su estructura individualista clásica para dirigirse hacia modos colectivistas de maximización del bienestar.

(Trad. de Martín Hevia)

⁶¹ Ver, e.g., 2 CIVIL LAW AND ECONOMICS, ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds., 2000). Para un análisis económico del fenómeno de la codificación en sí mismo, ver Jean-Michel Josselin & Alain Marciano, *The Making of the French Civil Code: An Economic Interpretation*, 14 EUR. J.L. & ECON. 193 (2002).



LEGISPRUDENCIA COMO UNA NUEVA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN

Luc J. Wintgens

Academia Europea de Teoría Legal (Bruselas)

Preliminar

En este artículo sostendré que la separación entre el derecho y la política que ha predominado hasta hace poco en el pensamiento legal, requiere alguna reconsideración. A causa de esta separación, la creación del derecho por medio de la legislación no ha sido considerada como un tema merecedor de atención por la teoría legal.¹ La legislación pertenece al terreno del enfoque político llevado a cabo por científicos políticos de diferentes tipos. Por su parte, se reconoce que el derecho tiene como origen la política, aunque adquiere vida propia una vez que se separa de ésta. El derecho tiene su propio método de estudio, denominado dogmática jurídica o, más ampliamente, teoría jurídica de diferentes tipos. La forma como el derecho es creado a través del proceso de legislación no aparece en la pantalla del teórico jurídico. La pregunta acerca de por qué es esto así y una crítica a esta posición es el tema de este artículo.

La tesis central es que el derecho es separado de la política por una razón política.² La separación opera en terrenos epistemológicos lo que contribuye a ocultar la elección que realiza la política. Como resultado, el dominio de valores tanto moral y político es estructurado en una base “neutral” que impide la elaboración de una teoría racional de la legislación.³

¹ Al respecto, véase J. Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 2 ss.

² Cf. la tesis adelantada por Lon Fuller en L. L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, Chicago, Foundation Press, 1978, 28, 75; and G Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1986, 328 ss, en el tipo de positivismo por razones normativas.

³ En este respecto, discrepo con Jeremy Waldron, quien reclama que: “We paint legislation up in these lurid shades [deal-making, horse-trading, log-rolling, etc.] in order to lend credibility to the idea of judicial review (...).” (J. Waldron, *The Dignity of Legislation*, 2). Aunque esta tesis pueda ser correcta para el sistema jurídico americano donde existe la *judicial review*,

I. El Contrato Social y los tres ejes de la Filosofía Moderna

La elaboración de la legisprudencia como una teoría racional de la legislación se inicia con una reflexión sobre la organización del espacio político desde la Modernidad. El modelo básico de esta organización es el contrato social. Este contrato es un acto de voluntad de los sujetos. A su conclusión, surge un soberano. Desde el momento de su surgimiento, el soberano tiene el poder para decidir acerca de asuntos de razón práctica. Él decide acerca del qué y el cómo de la acción humana.

La articulación del soberano es presupuesta por una reflexión sobre la libertad. Esta reflexión articula los tres principales ejes del proyecto filosófico moderno, es decir, la epistemologización de la filosofía, el eje político resultante de la construcción del Estado y el eje moral principalmente centrado en la libertad del individuo.

La premisa básica que tanto Hobbes como Rousseau adoptan es la libertad ilimitada.

Para Hobbes, cualquiera puede actuar en libertad en el *ius naturale*. Ello incluye un derecho de todos a todo. Los derechos de la naturaleza imponen algunos deberes que, sin embargo, son impracticables en el estado de naturaleza. Esto debido a su epistemología nominalista. Acorde con esta epistemología, los conceptos carecen de valor ontológico. Su definición depende de los sujetos. Debido a que es más probable que todos definan estos conceptos siguiendo sus propios prejuicios, los derechos de la naturaleza son impracticables. En resumen, ellos existen aunque son semánticamente vacíos. Sólo un soberano puede definir su contenido en forma vinculante. A menos que sea este el caso, hay una guerra de todos contra todos.

Un pensamiento similar, aunque ligeramente diferente en sus tesis, se encuentra en Rousseau. Acorde con él, el hombre nace libre pero encadenado por todas partes. La de Rousseau es, principalmente, una teoría económica. Para Rousseau, así como para Hobbes, la conclusión de un contrato es una condición necesaria para protegerse de los peligros de esta guerra.

De ahí se sigue que la libertad es principalmente considerada un tema político. La libertad llega a su realización en el espacio político como un resultado de la voluntad de sujetos individuales.

La libertad de éstos como una cuestión moral es únicamente un asunto secundario. La libertad individual y la posibilidad de los sujetos de interactuar en sus propias ideas en el espacio social son superadas por la variante

aunque largamente criticada, no es incorrecta para los sistemas de derecho civil donde no existe la *judicial review* sino desde hace poco (e.g. en Bélgica) o no existe del todo (e.g. en los Países Bajos). Desde esta perspectiva, las razones para la falta de interés en, o la ausencia de una teoría de la legislación debe ser buscado en otra parte.

política de la libertad o la libertad acorde con el derecho. La organización del espacio político es sobrepuesta en una forma de espacio social autorregulado en el que ni Hobbes ni Rousseau creían. Mientras el soberano no regule un aspecto, los sujetos pueden actuar como ellos quieran. El soberano de todas formas puede intervenir cuando lo juzgue apropiado, en vista de la irrevocabilidad de su posición.

Aparte de los componentes políticos y morales de la libertad, la teoría del contrato social, aparentemente, es principalmente teñida por el tercer eje, que es la perspectiva epistemológica.

En comparación con Descartes, tanto Hobbes como Rousseau enfrentan a la libertad como un problema. Mientras que Descartes es de la opinión de que la moral puede revelarse como un sistema racional, Hobbes y Rousseau consideran que ello no es posible. Ellos se encuentran en un camino más realista que su precursor. Apoyan, sin embargo, sus percepciones básicas que derivan en una epistemología de filosofía en general y de filosofía práctica en particular.

La verdad filosófica para Descartes viene a asegurar la certeza de éste. Las ideas que tienen la misma claridad y distinción que el *cogito* pueden ser lógicamente concatenadas a este último y así unas a otras. Sobre esto, la realidad puede revelarse en un camino racional. Por el contrario, lo que no es capaz de pruebas lógicas o empíricas, por consiguiente, no es racional.

Fructífero como esto pudo haber resultado para el pensamiento científico reduce fuertemente, sin embargo, el radio de acción de la razón práctica. Valores o metas y fines de la acción no son susceptibles de pruebas lógicas o empíricas; por lo tanto, no son racionales. Estos efectos se han sentido por unos tres siglos y persisten durante todo el programa del positivismo lógico.

El modelo del contrato social, como Hobbes y Rousseau lo conciben, pretende ser la solución al problema de la integración política como se sigue del individualismo. Ellos lo hicieron además aplicando y extendiendo el método cartesiano de transformación del pensamiento en conocimiento. Es decir, se entregan a un específico ejercicio de filosofía epistemológica.

Para empezar, el contrato social es una idea verdadera. Haciendo uso de sus capacidades racionales, el sujeto no puede sino concluir que aceptar el contrato es preferible a mantenerse en el estado de naturaleza. En lenguaje raziano, la razón para entrar al contrato es una razón excluyente. Mientras Hobbes puede ser leído para sostener una cierta versión utilitaria del racionalismo, la de Rousseau, más obviamente, es de una calidad más refinada. Es la razón en sí misma que revela e induce a adherirse a los verdaderos principios del derecho público, como denomina al contrato social.

Ambas variantes del contrato resultan, sin embargo, en lo mismo: las reglas del soberano son moralmente verdaderas. Lo son en la variante ho-

bbesiana porque las reglas del soberano son realizaciones de los derechos de la naturaleza. Éstas son mandatos de Dios, son la única moral verdadera. Ellas también son verdaderas en la versión de Rousseau pues ningún derecho, porque es un derecho, puede ser injusto.

La lógica de ambas variantes del contrato social es casi ineludible. De la verdad de la premisa, cual es el contrato social, uno puede lógicamente concluir la verdad de las proposiciones basadas en ella, es decir, los derechos.

II. Legalismo

Del diagnóstico precedente, podemos proceder a una articulación de la característica principal del patrón del pensamiento jurídico que ha dominado desde el siglo XVII hasta la mitad del siglo pasado. Es comúnmente signado como “legalismo”. El legalismo, como podemos leer de Judith Shklar, toma el comportamiento normativo como una materia de seguimiento de reglas. Zenon Bankowski ha añadido a esto que no importa de dónde vienen estas reglas. Es decir, el Derecho está “justo ahí”.

Esta adición trae a relucir, además, una característica del legalismo compartida por el positivismo y el iusnaturalismo. Ambos sostienen que el derecho representa la realidad. Esto es obvio para el iusnaturalismo. El contenido del derecho es dictado por una norma sustancial trascendente que es reproducida por el derecho del soberano. Este representacionalismo es menos obvio en el positivismo. El derecho como mandato de un soberano es una decisión de éste. Es, sin embargo, verdadero según lo exigían tanto Hobbes como Rousseau porque está basado en el contrato social. Es verdadero y, en consecuencia, las reglas basadas en él deberán también ser verdaderas. Es una consecuencia de su versión epistemologizada de la filosofía.

El representacionalismo, como la premisa metafísica básica de sus teorías, es complementado con otros cuatro aspectos que identifican al legalismo. Primero, si la construcción del derecho resulta en proposiciones normativas verdaderas, éstas deberán ser intemporales. Si no lo fueran, difícilmente podrían ser tomadas como verdaderas puesto que la verdad es eterna.

En segundo lugar, puesto que los derechos son verdaderos no hay discusión acerca de su contenido. Esto supone que el natural conflicto de valores, metas y fines es ocultado. Cualquier regla es verdadera, lo que significa que el valor, meta o fin es moralmente correcto. Desde este punto de vista, los derechos son considerados instrumentos para su realización sin que ninguno tenga que ser elegido. Esta característica del legalismo puede ser llamada instrumentalismo oculto.

En tercer lugar, sobre la conclusión del contrato social cualquier proposición normativa del soberano *ipso facto* importa más que cualquier otra proposición que pretenda tener valor normativo. Las ideas morales persona-

les de los sujetos sobre lo que es correcto o incorrecto son definitivamente apartadas de la pantalla normativa. Es el derecho del Estado el que prescribe qué es lo correcto y lo incorrecto. Este aspecto del legalismo puede ser calificado como estatismo.

En cuarto y último lugar, el estudio del derecho es confinado al estudio de las proposiciones verdaderas. En cuanto a su método, el estudio del derecho se lleva a cabo en forma idéntica a las ciencias naturales. El método científico de descripción y explicación de un objeto encontrado “fuera” se aplica igualmente tanto al derecho como a la naturaleza. Las proposiciones resultantes de la ciencia del derecho pueden operar como una fuente complementaria del derecho. Esta conclusión es el resultado lógico de la verdad de las premisas –el derecho- y la singularidad del método de la ciencia. Desde entonces, el sistema legal es un conjunto cerrado de proposiciones lógicamente conectadas.

El legalismo, entonces, consiste en una conjugación de estas cinco características –representacionalismo, intemporalidad, instrumentalismo oculto, estatismo y un modo científico de estudio del derecho-. Propongo referirme a esta forma de legalismo como “legalismo fuerte” y lo matizaré luego.

III. Legalismo fuerte y el modelo de poder del Contrato Social

La breve articulación del legalismo precedente arroja algunas luces a la teoría de la legislación. El legalismo, principalmente, intenta excluir cualquier forma de teorizar en la legislación. La legislación es una materia política. La política es una materia de opción. Las opciones son discutibles, por lo que una teoría que las tome como objeto de conocimiento es condenada al fracaso desde un inicio. Entonces el legalismo soluciona este problema mediante su epistemologización y transformación de la razón práctica en una rama de la razón teórica. El qué debería hacerse es confinado al conocimiento de las reglas que contienen derechos y deberes. El seguimiento de las reglas es una materia del conocimiento; su cumplimiento es una materia de aplicación.

Por consiguiente, la posición central del juez como el principal actor dentro del sistema legal y la posterior reducción de la jurisprudencia a la teoría de la aplicación de reglas es evidente. El legislador opera tras la escena del sistema legal. Su rol es confinado a la toma de decisiones políticas. Los verdaderos principios de derecho público, como Rousseau calificó al contrato social, tienen que ver con el establecimiento de instituciones, y no con el contenido de las decisiones que resultan de ellas.

Esta es una consecuencia de la soberanía. El legislador es un actor soberano dentro del espacio político. Él no puede estar limitado por las reglas, al menos no en el sentido en que lo está un juez. Si lo estuviera, no sería un

soberano. En este punto de vista, la Constitución es un programa político que dirige la legislación. No es un conjunto de reglas vinculantes para el legislador. En consecuencia, el legislador no es considerado un actor legal. Únicamente es un actor político. Así, la legislación es una cuestión de la política. Al separarse el derecho de su origen político, la elaboración de la ley no es una materia de teoría legal.

En las siguientes páginas, cuestionaré esta visión. La discusión de este artículo tiene como objetivo articular la posición del legislador como un actor legal. Lo haré en tres etapas. En el resto de este párrafo, exploraré brevemente el significado de la libertad. El párrafo siguiente es dedicado a la articulación de los contornos de una versión alternativa al contrato social. En el párrafo final, identificaré cuatro principios de la legisprudencia, que permitan la elaboración racional de la legislación.

Este bosquejo tentativo no tiene la pretensión de ser completo. Solamente contiene contornos rudimentarios de la legisprudencia como una teoría de la legislación que es elaborada más extensamente en una próxima publicación.⁴

Propongo empezar por el concepto de libertad. En ausencia de cualquier limitación externa, cualquier sujeto es libre de actuar como uno quiera.⁵ Tanto Hobbes como Rousseau toman esto como su punto de partida. Como una cuestión de lógica, el sujeto encara una infinita variedad de posibilidades para concretar el concepto de libertad. El concepto de libertad permite cualquier acción. Paradójicamente, la libertad tiene que ser limitada para que la acción sea posible. Si ninguna opción es seleccionada entre la infinita variedad de posibilidades, ninguna acción tendrá lugar nunca.

Esto viene a decir que la acción, para ser posible, es precedida por una limitación de la libertad. La libertad ilimitada es sólo un concepto; debe ser suplido con la concreción de lo que propongo llamar una “concepción”. Es decir, las concepciones son una condición necesaria para la acción.

En ausencia de cualquier limitación externa de la libertad, los sujetos actuarán según sus propias concepciones. Ellos tienen que elegir para las limitaciones de la libertad lo que propongo llamar “concepciones *de* la libertad”. Las concepciones de la libertad son concreciones de la misma y esas concreciones son determinaciones de la infinita variedad de posibilidades. Las concepciones de la libertad son limitaciones de la libertad por el sujeto. Cuando el sujeto actúa en una concreción de libertad que no es suya, actúa

⁴ L. J. Wintgens, *The Justification of Legislation. Legisprudence as a New Theory of Legislation*, pro manusc., 410 p.

⁵ Cf. H. L. A. Hart, “Are There Any Natural Rights” en D. Lyons (ed.), *Rights* 14 (Belmont Wadworth Publ. Comp., 1979), 14-25.

de acuerdo con una concepción *sobre* la libertad. Una concepción sobre la libertad puede también ser denominada como una limitación externa de la libertad, puesto que la limitación que es necesaria para la acción es *externa* al sujeto. Al contrario, una concepción de la libertad puede ser considerada como una limitación *interna* de la libertad.

Lo que tanto Hobbes como Rousseau ansían demostrar es que la interacción social no puede tener lugar sobre la base de concepciones de la libertad. Esto es más obvio en el caso de Hobbes. Acorde con él, los sujetos no disponen del verdadero significado de las leyes de la naturaleza. Esto debido a su vacío semántico. Una vez que logremos el verdadero significado de las leyes de la naturaleza, la interacción social se deshace de las reglas.

A diferencia de Hobbes, Rosseau sostiene que existe una sociedad antes de que nazca un Estado. Su teoría adopta la posibilidad de la interacción social basada en el significado. Es decir, los sujetos interactúan en un contexto de participación. Es dentro de este contexto de participación que ellos se reconocen como miembros de una sociedad limitada. La existencia de una guerra de todos contra todos es un señal de que ahí hay una sociedad. Es decir, la guerra es una forma de interacción social.

El significado, sin embargo, es diferente de la verdad. La verdad es única mientras que los significados son múltiples. La interacción social basada en significados, es decir, la interacción social desde la perspectiva de un contexto de participación está condenada al fracaso. Ello es así por la maldad natural del hombre tal como se puede ser leído de Hobbes. Acorde con Rousseau, es debido a las relaciones de dependencia resultante del marco económico dentro del espacio social.

Esto puede ser reformulado en la terminología precedente. Los sujetos que actúan en concepciones de libertad no disponen de su “verdadero” significado. Las concepciones de la libertad son de una variedad infinita; el “verdadero” significado de la libertad, por su parte, debe ser único.

Los tres ejes que fueron apuntados precedentemente aparecen en el escenario contractual de la siguiente manera. Las concepciones de la libertad como la base de la acción del sujeto son de una necesidad práctica. Sin concepciones de la libertad no puede haber acción. Esta necesidad práctica incluye al mismo tiempo una prioridad del sujeto. Si no hay limitaciones externas a la libertad, es decir, concepciones sobre la libertad, los sujetos pueden actuar como ellos quieran. Sin embargo, tal como Hobbes y Rousseau lo sostuvieron, la necesidad práctica de concreción de la libertad es reformulada como una prioridad política. Las concreciones de la libertad por el soberano, es decir, las concepciones sobre la libertad, predominan sobre las concepciones de la libertad. Ellos lo hacen así por una razón epistemológica.

Esta razón es epistemológica en aquello que tiene carácter excluyente. Hobbes y Rousseau presumen que todos los sujetos están dotados con idéntica capacidad racional. Al usar su capacidad racional, todos ellos llegarían a la conclusión de que entrar en el contrato es preferible a permanecer en el estado de naturaleza. Es decir, en esta presunción, la verdad es racionalmente preferida al mero significado.

Luego, la organización política de la libertad, por una razón epistemológica, importa más que la prioridad moral del sujeto de actuar en concepciones de libertad. Desde el “momento” del contrato, los sujetos principalmente actúan en concepciones sobre la libertad. Su consentimiento al contrato incluye un poder al soberano. En este poder, ellos consienten en acatar cualquier limitación externa a la libertad del soberano cualquier fuera su contenido.

El mecanismo del modelo de poder opera en sí mismo, sin embargo, como una concepción de la libertad. Son los sujetos quienes actúan en una concepción de la libertad cuando entran en él. Las concepciones sobre la libertad que resultan de ahí son atribuidas a ellos como si fueran concepciones de la libertad. Es a lo que viene el poder general.

Esto se basa, sin embargo, en una idea equivocada de la libertad. La libertad significa la posibilidad de actuar en concepciones de la libertad en ausencia de cualquier limitación externa, es decir, concepciones sobre la libertad. Hablando más generalmente, la libertad es el punto de partida de la organización del espacio político. Este es el significado de la libertad como principio o *principium*. Un *principium*, sin embargo, también significa principio guía como “leitmotiv”. Desde esta perspectiva, la libertad no es solo el punto de partida de la organización del espacio político.

Esto tiene, sin embargo, también una dimensión moral que es superada por la dimensión política. Como fuera sostenido anteriormente, esto sucede por una razón epistemológica. La consecuencia de esto es lo siguiente: si la organización política de la libertad pesa más que su dimensión moral, la acción en concepciones sobre la libertad siempre y automáticamente pesa más que las concepciones de la libertad. Esto, sin embargo, afecta el carácter reflexivo del concepto de libertad. El carácter reflexivo de la libertad es lo que lo hace un concepto moral. Como un concepto moral, articula la autonomía moral. La autonomía moral requiere libertad para ser ejercida en libertad. Esto es lo mismo que decir que la actuación en concepciones de la libertad tiene prioridad sobre la actuación en concepciones sobre la libertad.

Esto es lo negado en la teoría del contrato social. El poder pesa más que la libertad en el sentido moral en esas concepciones sobre la libertad, siempre tiene prioridad sobre las concepciones de la libertad.

IV. Legalismo débil y el modelo de compensación del Contrato Social

En contra del modelo de poder del contrato social, propongo bosquejar las características de un modelo diferente. Si cualquier limitación de la libertad es, por su sola existencia, legitimada *ipso facto*, esto da lugar a lo que atestigüamos hoy en día como el crecimiento exponencial de los sistemas legales. Cualquier limitación externa de la libertad que es formalmente legitimada como un dicho del soberano es una regla válida.

Debido a que el poder es general, se supone que el sistema legal como un todo debe tener un propósito general. El poder es dado por una razón –la seguridad de la propia vida en Hobbes o la garantía de igualdad y libertad en Rousseau- y esta razón es el propósito del sistema legal como un todo. Ella, *a priori*, justifica cualquiera de las futuras limitaciones externas, el contenido de las cuales es todavía desconocido al “momento” del contrato. Por consiguiente, ambos, el poder y el propósito del sistema legal, son generales. En esta caracterización, cualquiera de las limitaciones externas es cubierta por el poder y sirve al propósito del sistema legal. Su número no es limitado por ningún criterio.

El aspecto cuantitativo del orden legal es un problema bien conocido hoy en día. Por más importante que esto sea no será tratado en los alcances de esta contribución. Ésta será limitada a la cualitativa transformación de la libertad sobre la base del contrato social.

Éste es una racional reconstrucción del aristotélico paraíso perdido, es decir, la sociedad política natural. El individualismo metodológico es difícil de conjugar dentro del cuerpo político sin un poco de *pegamento* racional y conceptual que integre las partes individuales en un todo. La sociedad política natural es sustituida por la sociedad política racional con la ayuda del contrato social.

Como una hipotética reconstrucción, sin embargo, pone en peligro la dimensión moral de la libertad. Si cualquier limitación externa o concepción sobre la libertad puede ser legítimamente sustituida por cualquier limitación interna o concepción de la libertad, se sigue que la concreción de la libertad en el sentido moral puede ser siempre reemplazada por una concreción de la libertad en sentido político.

La razón para concluir el contrato social coincide con la finalidad del Estado o el propósito general del sistema legal. Desde esta perspectiva, puede preguntarse si la libertad en sentido moral puede ser el propósito general del sistema legal.

Si la libertad en el sentido moral es considerada el propósito general o el *leitmotiv* del sistema legal, tenemos una versión más fina del contrato social. En esta versión, *es el derecho el que hace posible a la moral*. Esto incluye una diferente caracterización de la relación entre derecho y moral, la cual

simplemente apunto sin profundizar en ella. Basta decir que en esta caracterización de la relación entre derecho y moral, la moral tiene una prioridad sobre el derecho.

De lo anterior no debe ser concluido que esta prioridad es absoluta. Es una prioridad relativa en que las concepciones sobre la libertad pueden importar más que las concepciones de la libertad. El desafío de la prioridad absoluta de concepciones sobre la libertad refiere a un modelo alternativo del contrato social, que propongo llamar modelo de compensación.

En el modelo de compensación, los sujetos no entregan un poder general al soberano. Por el contrario, el modelo incluye que la libertad sea compensada con todas y cada una de las limitaciones externas. Dicho de otra forma, el modelo de poder contiene una general y, *a priori*, compensación de la libertad. El modelo de compensación, por el contrario, matiza el carácter de poder del contrato social, en que los sujetos no compensan su capacidad de actuar en concepciones de libertad; ellos solamente compensan una concepción de la libertad.

A diferencia con Hobbes, este modelo de compensación no está basado en una valoración de la naturaleza humana que actúa en impracticables concepciones de la libertad. Es diferente de Rousseau en que no incluye una apreciación general de la sociedad humana que afecta a la interacción social y culmina en guerra.

El modelo de compensación provee los tres ejes del proyecto de la filosofía moderna y los pone en un nuevo escenario.

El eje epistemológico es reformulado de manera que el significado de un concepto no es idéntico a la verdad. Es decir, los conceptos tienen diferentes significados dependiendo del contexto de participación. La negación de la distinción entre la verdad y el significado llega a una negación de la idea de un contexto de participación de todos. La verdad existe independientemente de cualquier contexto aunque no el significado. La igualdad de la verdad y el significado o la idea del “significado verdadero” dieron lugar a adoptar una “visión desde ninguna parte” que subyace al representacionalismo propio del proyecto de la filosofía moderna.

El eje político del proyecto tiene como objetivo la institucionalización de la verdad así descubierta o descubrible en principio. El resultado de esto para el eje moral es bastante claro: los sujetos no se suponen capaces de actuar según sus propias comprensiones morales o concepciones de la libertad, debido a su naturaleza (Hobbes) o debido a su vida en sociedad (Rousseau).

La distinción epistemológica entre “concepto” y “concepciones”, por su parte, tiene el potencial de encontrar el equilibrio entre el eje político y el moral. Las concreciones de la libertad a modo de concepciones sobre la libertad, automáticamente, entonces, no pesan más que las concepciones

de la libertad. Si lo fueran, entonces simplemente no hay un equilibrio que encontrar.

Hay, sin embargo, un equilibrio que buscar en el modelo de compensación. Esto es precisamente a lo que viene la compensación. Cualquier regla del soberano es una limitación externa de la libertad. En la libertad como *principium*, las concreciones políticas y morales del concepto de libertad —es decir, concepciones sobre y concepciones de la libertad— tienen que ser pesadas y balanceadas.⁶

En la libertad como *principium*, las concepciones de la libertad tienen una prioridad *prima facie*. Ella puede ser superada por concepciones sobre la libertad con la condición de que estén justificadas como preferibles a las concepciones de la libertad. Esta justificación tiene como objetivo encontrar el equilibrio entre el eje político y moral.

El requisito de justificación, por su parte, expresa la prioridad de la moral sobre las concreciones políticas de la libertad. En adición a esto, la posibilidad de que la concreción moral pueda ser superada por la concreción política de la libertad, muestra que la prioridad es sólo relativa.

V. Los principios de la Legisprudencia

En la libertad como *principium*, cualquier limitación externa de la libertad debe ser justificada. Esto viene a justificar la sustitución de una concepción sobre la libertad por una concepción de la libertad. El deber de justificación es de lo que trata la legisprudencia. La legisprudencia es definida como una teoría racional de la legislación. Esto consiste en una elaboración de la idea de la libertad como *principium*.

La justificación de la legislación es marcada como un proceso de pesar y balancear la moral y las limitaciones políticas de la libertad. Sobre el carácter racional de la legislación, es requerida una estructura de principios. Con la ayuda de esta estructura, las limitaciones externas pueden ser justificadas. La justificación es parte del proceso de legitimación. Esto no conduce a una limitación externa para ser justificada en última instancia.⁷ Las limitaciones externas nunca son legitimadas como tales. Son sometidas a una legitimación en curso, como será clarificado en las siguientes páginas.

La estructura es conformada por cuatro principios que expondré brevemente y comentaré de aquí en adelante. Los cuatro principios son: el prin-

⁶ Esto significa ser pesados y balanceados unos contra otros, como concepciones de o concepciones sobre. Ello no solamente significa un peso y balance de dos o más concepciones sobre la libertad.

⁷ Debo agradecer a Manuel Atienza por su comentario en este punto.

cipio de la alternatividad, el principio de la densidad normativa, el principio de celeridad y el principio de coherencia.

1. *El principio de Alternatividad (PA)*

El PA requiere que una limitación externa de la libertad esté justificada como una alternativa a la defectuosa interacción social. El PA obviamente se parece a la libertad como *principium* en que él expresa la prioridad de la acción de los sujetos, es decir, la acción en una concepción de la libertad. Esta prioridad, nuevamente, no es absoluta. Es relativa en aquello que la interacción social pueda resultar un fracaso. Este fracaso, sin embargo, no puede suponerse, como Hobbes y Rousseau hicieron.

Lo que debe ser justificado es que una limitación externa del soberano es preferible a la ausencia de una limitación externa. La relación entre el soberano y los sujetos es de una naturaleza asimétrica.⁸ Esto implica la existencia de una brecha entre la demanda de legitimidad del soberano y la creencia de los sujetos en ello. Si la relación fuera simétrica, cualquiera de las demandas de legitimidad del soberano sería colmada, *ipso facto*, con la creencia de los sujetos en ello. Esto pone el argumento de vuelta en la senda del modelo de poder del contrato social, con su estela de legalismo fuerte.

El PA, como un principio de justificación, está basado en la capacidad de los sujetos de actuar dentro de concepciones de la libertad. Esto implica que las prácticas sociales son supuestas para ser autorreguladoras. Los sujetos involucrados en la interacción crean el significado. El significado que surge de la interacción social se refiere a las reglas que están arraigadas en una práctica social. Al mismo tiempo, estas reglas son constitutivas de estas prácticas.

La investigación científica, la interpretación musical, la carpintería, la educación, y la religión son todos tipos de prácticas. Cualquiera de estas prácticas tiene sus propias reglas por medio de las cuales estas prácticas son formas significativas de interacción. Mark Hunyadi ha argumentado convincentemente que la existencia de estas reglas sale a la superficie en el caso de un conflicto.⁹ Es decir, los conflictos revelan la existencia de reglas junto con las prácticas en las cuales surgen. Los conflictos, las reglas y el significado son condiciones necesarias para que exista una práctica. El espacio social puede ser considerado un entramado de una innumerable variedad de prácticas, implicando conflictos dentro de ellas y entre ellas.

Si cualquier conflicto puede ser prevenido *a priori*, enfrentamos una situación que es similar a la epistemologizada versión de la política de Hobbes. La definición del soberano del significado puede ser apta para prevenir

⁸ P. Ricoeur, "Science et idéologie" en *Du texte à l'action*, Paris, Esprit Seuil, 1986, 310 p

⁹ M. Hunyadi, *La vertu du conflit. Pour une morale de la médiation*, Paris, Cerf, 1995.

o solucionar conflictos. Al mismo tiempo, sin embargo, pone en peligro la existencia de todas las prácticas sociales. Como consecuencia, el espacio social y político, o sociedad y Estado, serían idénticos.

El resultado de esto es que el sujeto, como un agente moral autónomo, es dejado de lado. Lo que le queda son esferas accidentales donde puede actuar en concepciones de la libertad mientras no son reguladas por el soberano. Este puede intervenir en cualquiera de ellos siempre que lo considere adecuado.

En el PA, el caso es el contrario. El soberano puede intervenir sólo a condición que se argumente que su limitación externa es preferible a una limitación interna de la libertad como una razón para la acción, debido a un fracaso de la interacción social.

2. El principio de Densidad Normativa

El principio de densidad normativa (PN) somete una limitación externa a la justificación en lo referido a la densidad del impacto normativo. Puesto brevemente, las sanciones necesitan una justificación especial porque ellas incluyen una doble restricción de la libertad. Primero, las limitaciones externas son concepciones sobre la libertad. Ellas excluyen la acción en una concepción de la libertad. Esta es una primera restricción. En segundo lugar, si están acompañadas por una sanción, el propósito, la meta, o el fin de la regla únicamente puede ser cumplido en la forma que es prescrito. Si el patrón de comportamiento no es cumplido en esta forma, se imputa una sanción. Esto previene al sujeto otra vez de actuar de acuerdo con concepciones de la libertad.¹⁰

Las limitaciones externas no son por sí mismas razones excluyentes de la acción. Si lo fueran, estamos nuevamente en el camino del modelo de poder. En el modelo de compensación, sin embargo, el sistema legal sólo tiene un modesto propósito general que es hacer posible la moral.

Si la compensación está justificada en el PA, no se sigue automáticamente que una sanción es la manera más preferible para conseguir el propósito, meta o fin de la limitación externa realizada.

Hart criticó convincentemente tanto el concepto austiniiano y kelseniano de una norma jurídica. Acorde con él, cualquier sistema jurídico contiene reglas que confieren poderes. Las reglas pueden conferir poderes a funcionarios. Tales reglas asignan un poder a un funcionario para crear o cambiar una regla y para aplicarla. Al mismo tiempo, estas reglas hacen posible el

¹⁰ Cuando una persona está en prisión, su capacidad para actuar de acuerdo con concepciones de la libertad es por definición limitada. Si tiene que pagar una multa, él no puede gastar el dinero de acuerdo con su propio deseo.

reconocimiento de reglas, tanto por funcionarios y ciudadanos. Por lo general, las reglas que confieren poderes, no prescriben sanciones.

Aun las reglas pueden también conferir poder a personas privadas. En virtud de tales reglas, las personas privadas pueden otorgar testamentos, casarse o hacer contratos. Nuevamente estas reglas no son órdenes, mucho menos son respaldadas por amenazas o hay ahí una “conexión esencial” con una sanción. Nadie tiene una obligación, *p. ej.*, de casarse. Si una persona quiere casarse, tiene que cumplir el patrón de comportamiento de lo que cuenta como un matrimonio válido. Si no lo hace, simplemente ahí no habrá matrimonio, aunque quizá haya otra forma de relación.

Mientras Hart consigue desconectar la validez de una limitación externa y una sanción, el PN requiere un paso más. Si no hay una conexión esencial o necesaria entre una regla y una sanción, la relación es contingente. En esta caracterización, la relación entre una regla y una sanción debe ser justificada.

La justificación de una sanción incluye un argumento del por qué es necesaria la limitación suplementaria de la libertad. Una sanción en términos pecuniarios o como una limitación física de la libertad es únicamente una opción entre una gran variedad de posibilidades para cumplir un patrón de comportamiento. La extensión de estas posibilidades tiene un grado variable de densidad normativa, con la sanción como el máximo. Ello incluye técnicas regulativas como información, incentivos como reducción de impuestos, autorregulaciones basadas en códigos de conducta o convenios, distinciones y similares.

El punto es que el castigo del comportamiento debe ser justificado porque la libertad como *principium* requiere que la acción en una concepción de libertad tenga prioridad sobre la acción en una concepción sobre la libertad. En el PA, éste debe pesar más que aquél. Como resultado, el tipo de concepción a ser realizado es una concepción sobre la libertad. La sustitución de una concepción sobre la libertad por una concepción de la libertad no puede, sin embargo, justificar automáticamente que ésta sea impuesta con una sanción. Lo que debe ser realizado es un fin, un propósito o una meta.

Luego, el PN requiere que los medios de realización del fin, propósito o meta de la regla resulten de un proceso de pesar y contrapesar las alternativas. Una alternativa para una regla que castiga la posesión y el uso de drogas podría ser una campaña de información en escuelas. Tal campaña informa acerca de las consecuencias negativas del uso de drogas. Esto puede ir junto con un convenio entre el gobierno y una escuela que tenga como objetivo conservar el establecimiento libre de drogas. Adicionalmente a ello, una distinción puede ser conferida a una escuela que adopte esta línea de conducta. Esta distinción puede ser complementada con una subvención adicional. Un

premio puede ser concedido a una escuela que respete el convenio por un cierto período y así sucesivamente.

Para la realización de un fin, meta o propósito está disponible una variedad de posibilidades. Las sanciones son sólo una entre otras. Si la conexión esencial entre una regla y una sanción es rota, tiene que establecerse una conexión entre el fin, meta o propósito y los medios para realizarlos. El establecimiento de esta conexión es de lo que trata el PN.

Es innecesario añadir que los diferentes medios tienen una diferente densidad normativa. Su impacto en la libertad es distinto. Cae por su propio peso que debe ser preferido el instrumento con la menor densidad normativa comparado a las sanciones. Dicho de otra forma, si se usa una sanción, su justificación implica un mayor peso de las alternativas con un impacto normativo más débil.

3. El principio de celeridad o temporalidad

El principio de celeridad (PC) introduce la dimensión temporal en el sistema jurídico. En el legalismo fuerte, el sistema jurídico es un conjunto intemporal de reglas. Ellas representan la realidad y absorben el terreno del significado. En la visión de la legisprudencia sobre la materia, las reglas o limitaciones externas son un asunto de la creación humana. La creación de la regla está, como cualquier actividad humana, relacionada con condiciones históricas. Es decir, la actividad humana está repleta de temporalidad.

Las teorías que reclaman tener acceso directo a la realidad, como la de Hobbes o Rousseau, niegan el carácter temporal de este acceso. El conocimiento provisto por este tipo de teorías es ontológicamente verdadero. En el opuesto de estas teorías *de* la realidad, las teorías *sobre* la realidad consideran que este acceso debe ser mediado. Es decir, el acceso a la realidad es mediado por una teoría. Propongo llamar a este tipo de teoría una teoría analítica o “paradigma”. Las teorías analíticas se basan, por su parte, en otra teoría analítica y así sucesivamente. Las teorías de la realidad niegan la mediación por una teoría analítica. A diferencia de las teorías sobre la realidad, ellas reclaman una verdad absoluta. Por su parte, estas teorías sobre la libertad únicamente reclaman un conocimiento objetivo o conocimiento incondicional. El conocimiento incondicional se refiere a una estructura teórica de la cual depende.

La dependencia teórica de una teoría puede ser aprehendida como la traslación epistemológica de la imperfección humana debido a la temporalidad de la condición humana. La conciencia de la naturaleza histórica del conocimiento no debería tornarse en escepticismo. Sólo induce a una forma de relativismo respecto de la verdad ontológica del conocimiento.

Esta visión sobre la temporalidad corrobora la distinción entre la verdad y el significado. El significado está conectado con un contexto de participación. Lógicamente hablando, la verdad en el sentido filosófico no puede estarlo. Algo es verdadero o no lo es. Una proposición puede ser verdadera dado un cierto contexto. Sin embargo, esto es diferente de la pretensión de que una proposición es ontológicamente verdadera.

La acción moral y política no cualifica para la verdad ontológica. Este es el error básico de las teorías del contrato social. Ellas reclaman tener acceso directo a la realidad y así establecen la única estructura normativa para la organización del espacio político.

Lo que sirve para la explicación en el campo del conocimiento similarmente se aplica a la justificación en el terreno de la acción.¹¹ Sobre esta pretensión, la verdad viene a justificar la creencia. Por razones de brevedad, no entraré a su justificación. Es suficiente decir que la justificación es una forma de acción. Si la verdad puede ser alcanzada, es mediada por una teoría. La teoría analítica que media en el acceso a la realidad al mismo tiempo bloquea el acceso directo a ella. La verdad es calificada como el “verdadero conocimiento” que es presupuesto por lo que propongo llamar “cognitivismo temporal”.

La variedad de posibles concreciones del concepto de reglas de libertad descarta la opción de algún “verdadero significado” de la libertad. La opción por una concepción sobre la libertad es sometida a justificación. En el PA, esta justificación se centra en la justificación externa como una alternativa para la defectuosa interacción social. En el PA, esta densidad normativa de la justificación externa se debe justificar. A su turno, el PC enfatiza el carácter histórico general de cualquier justificación.

El PC limita la proposición normativa sometida a justificación en el PA y el PN desde la perspectiva del tiempo. Una limitación externa puede ser justificada por ambos de estos principios en un cierto momento de tiempo.

Al respecto, deben ser notados dos aspectos importantes del PC. Primero, debe ser mostrado que la limitación externa, aparte de su contenido que es limitado en el PA y el PN, viene en el “tiempo correcto”. Circunstancias concretas *hit et nunc* pueden justificar una limitación externa.

En el opuesto de las circunstancias concretas, encontramos una realidad social ahistórica. Esta es la realidad social como es concebida a través del espejo del legalismo fuerte. El legalismo fuerte apunta a *apagar el botón del tiempo*. Por el contrario, el legalismo débil o la forma de legalismo que está detrás de la jurisprudencia toma seriamente la dimensión temporal de la acción humana. La racionalidad de la legislación como la principal preocu-

¹¹ Esto no sugiere que la explicación no sea de un tipo justificativo.

pación de la legisprudencia obliga al legislador a tomar en consideración circunstancias concretas. Estas circunstancias están repletas de temporalidad.

Como consecuencia de esto, lo que estaba una vez en el momento correcto puede, después de un lapso de tiempo, quedar fuera de lugar. Este es el segundo aspecto del PC. Esto muestra que lo que una vez fue justificado puede tornarse en injustificado. Luego, la justificación de las limitaciones externas es un proceso de justificación en curso. Este proceso de justificación debe incluir la conciencia de que las limitaciones externas deben mantenerse en la senda de las cambiantes circunstancias. La legislación obsoleta o limitaciones externas que son erosionadas por el desuso no son legitimadas más. Ellas deben ser retiradas, cambiadas o modificadas en visión del PA y del PN.

4. El principio de coherencia: la teoría del nivel de coherencia

El principio de coherencia (PCO) es un principio de justificación de limitaciones externas desde la perspectiva del sistema legal como un todo. Un sistema legal no es una cadena estática de limitaciones externas; al contrario, es un conjunto complejo y dinámico de proposiciones entrelazadas acerca de lo que debería ser hecho y cómo debería ser hecho.

En alguna pretensión un tanto fuerte, se podría decir que cualquier cambio en el sistema lo afecta como un todo. Complejo, como debe ser por su misma naturaleza, se vuelve cada vez más complicado. La complicación de un sistema jurídico es debido principalmente a su crecimiento exponencial. Resultante de esto, el carácter sistemático del sistema jurídico corre el riesgo de ponerse en peligro.

De ahí, la idea de coherencia en un sistema jurídico puede ser articulada. La coherencia es a menudo interconectada con la consistencia. La consistencia significa la ausencia de contradicciones dentro del conjunto de proposiciones que es llamado una teoría. Una contradicción hace el sistema inconsistente. En la idea que la consistencia es considerada una condición de la coherencia, una contradicción puede hacer el sistema también incoherente.

Aparte de esta relación entre la coherencia y la consistencia, unos podrán decir que la consistencia es un asunto de todo o nada. La coherencia, a su turno, es un asunto de grado. En esta visión, la consistencia es una necesidad lógica mientras que la coherencia se refiere a “tener sentido como un todo”.

La relación entre coherencia y consistencia puede ser definida aún de una manera diferente. Si coherencia significa “tener sentido como un todo” consistencia puede ser tomado como una específica y fuerte manera de tener sentido. Entonces sólo parece como si la consistencia fuera un asunto de todo o nada, mientras la coherencia es un asunto de grado.

Desde la perspectiva que estamos tratando aquí, la coherencia tiene que ver con el discurso o un conjunto de proposiciones. Estas proposiciones pueden tener coherencia en diferentes formas. La consistencia es una de ellas. Si ellas forman una unidad en una forma consistente, tenemos un todo lógico o consistente, es decir, un conjunto de proposiciones libre de contradicciones. En la consistencia, como una concepción de coherencia, existen otras maneras de tener sentido.

Estas aparecen cuando el “todo” es ampliado para incluir el contexto de participación. El derecho no es un conjunto de proposiciones “girando sobre sí mismo”. Debe ponerse en contacto con la interacción social que regula. Cuando el todo es ampliado en ese sentido, la distinción entre consistencia y coherencia se hace más clara.

Con esto en mente, podemos proceder a la articulación del PCO. El PCO puede ser distinguido como una teoría distinta que propongo llamar la teoría del nivel de coherencia. En general, deben ser distinguidos cuatro niveles de coherencia.

a. Coherencia₀

El primer nivel no es específico para la teoría. Es un nivel de coherencia por debajo del cual nada tiene sentido. Es llamado el nivel de coherencia₀. Este nivel tiene que ver con el nivel elemental del habla (digamos, una sentencia, una decisión judicial o legislativa). Si allí aparece una contradicción en este nivel elemental del habla, los posteriores elementos del discurso estarían afectados por ésta. La coherencia₀ es condición necesaria para que cualquier discurso tenga sentido. Esto requiere la ausencia de contradicciones en el elemental nivel del habla. Se le ha denominado acertadamente “consistencia simultánea”.¹²

Además, la exigencia de coherencia₀ no es universal en el sentido de ser una exigencia idéntica para cada y todo tipo de discurso. Ello depende de qué cuenta como un nivel elemental del habla. Este, a su turno, depende del contexto. En el discurso poético será menos limitado que en un discurso en sentido lógico. Todo tipo de discurso tiene, por así decirlo, un elemental nivel del habla. Aunque este nivel puede ser diferente dependiendo del tipo de discurso, la necesidad de coherencia₀ por sí misma es una universal. De esta manera no es afectada por el tiempo.

¹² L. A. Kornhauser y L. G. Sager, “Unpacking the Court”, 96 *Yale Law Journal* (1986), 82-117; P. Winch, “The Idea of Social Science and its Relation to Philosophy”, London, Routledge, 1990 (2^{da} ed), 61.

b. El nivel de coherencia₁

La necesidad de coherencia cambia cuando es añadida la dimensión temporal. Cuando la dimensión temporal es tomada en consideración, el nivel de coherencia₀ no es afectado. Cuando dos resoluciones judiciales en un caso similar son comparadas, ambas deben satisfacer la necesidad de coherencia₀. Además, queremos que las decisiones sean similares porque los casos son similares. Si un juez condena a un ladrón a una multa de 100 €, la justicia formal obliga a dictar la misma multa en un caso posterior y similar. Nuestro sentido de justicia puede ser conmocionado si éste no fuera el caso.

La justicia formal parece ser más similar a la consistencia. Hay principalmente dos razones para ello. La primera razón es el carácter reglado del derecho. El carácter reglado del derecho es fundado en el proceso de epistemologización de la filosofía. Este proceso dio lugar al desarrollo de las ciencias naturales. Para las ciencias naturales, la realidad es expresada en reglas. La gramática de la realidad es expresada en reglas matemáticas. Las verdades científicas son ecuaciones matemáticas. Al menos en algunas interpretaciones de la ciencia moderna, la realidad es, ontológicamente hablando, matemática. La imitación de las ciencias naturales por las ciencias del hombre resulta en el carácter reglado de éstas.

La segunda razón está relacionada con la primera. Las reglas legales, como reglas científicas, deben ser aplicadas igualmente a casos iguales. Si no lo fueran, el carácter reglado quedaría afectado. Sin embargo, a diferencia de las reglas lógicas, el carácter reglado de las limitaciones externas expresa un juicio de valor. El valor que es expresado por el carácter reglado del derecho es la igualdad. En la libertad como *principium* la libertad debe ser igual para todos. Se sigue de lo anterior que la necesidad de un tratamiento igual para casos iguales resulta de una demanda normativa. Esta demanda establece y corrobora el carácter reglado del derecho. Es porque cuidamos de la igualdad que es preferido el derecho como reglas al, por ejemplo, derecho como mandatos.

Entonces, la asimilación del derecho a las ciencias naturales acorde con el legalismo fuerte conducirá a exigencias idénticas en cuanto a la consistencia. La razón principal del por qué éste no es el caso es que la dimensión temporal es dejada fuera de vista. Esto significa que ninguna distinción se hace entre la coherencia₀ y la coherencia₁. La coherencia₀, como uno recuerda, requiere la ausencia de contradicciones en la unidad elemental del habla de un discurso. La ausencia de distinción entre la coherencia₀ y la coherencia₁, por su parte, niega que unidades elementales del habla puedan ser identificadas. Toma la consistencia para ser un asunto de todo o nada. Como resultado, el todo es el que debe ser consistente para tener sentido del todo.

Una vez que la dimensión temporal es introducida, afecta el proceso de aplicación de reglas. Se puede decir que es la dimensión del tiempo lo que hace diferente al derecho de las ciencias naturales. Si la aplicación de reglas es principalmente una operación lógica, la introducción de la dimensión temporal implica que los aspectos temporales de esta operación deben ser considerados. Estos aspectos temporales hacen que una justificación de decisiones sea sustituida por una mera aplicación de reglas. La justificación incluye que la identidad de casos es ajustada a sus similitudes. La conclusión de que dos casos son similares implica un juicio de valor que requiere justificación. Esta conclusión no es precisa; es a lo más convincente.

Puesto que la justificación es sometida a condiciones temporales, difícilmente puede esperarse que el conjunto de limitaciones externas que de ahí resulten sea lógicamente consistente. Al contrario, varía con el tiempo.

En lo que respecta a la toma de decisiones judiciales esto significa que puede partir de decisiones anteriores. La justicia formal como una regla de toma de decisiones no es absoluta, puesto que la toma de decisiones es sometida al tiempo. Partir de una regla o un precedente es posible a condición de que esté justificada, mientras que el siguiente precedente no necesita justificación.

Las cosas son similares, aunque ligeramente diferentes, desde la perspectiva del legislador. De hecho, la libertad de éste es mucho más amplia que la del juez. Los jueces están limitados por las reglas del respectivo sistema jurídico. Puesto que los legisladores crean y pueden cambiar estas reglas ellos no están, lógicamente hablando, limitados por cualquiera de ellas. Los aspectos de cambio y creación de limitaciones externas requieren dos diferentes conjuntos de observaciones. El primero relacionado con la coherencia, mientras que el segundo trata de otro nivel de coherencia que será tratado en el siguiente subpárrafo.

Un juez no debe justificar el hecho de que siga la regla o el precedente. Lo único que tiene que justificar es partir de ellos. El legislador por su parte puede ser llamado a justificar ambos, el *status quo* y una partida de una situación existente en el PA, el PN y el PC. Paradójicamente, el deber de justificación del legislador en la visión del PCO es, en un sentido, más fuerte que la del juez.

El carácter específico del deber del legislador está relacionado con el hecho de que las limitaciones externas de la libertad están sometidas a justificación en el PA y el PN. Con tal de que la situación S no cambie, un cambio de la limitación externa implicaría una injusticia formal. Si todos los A han de ser tratados como los B en una existente limitación externa R,

cualquier cambio de R tiene como resultado un tratamiento diferente de A desde ese momento. Por lo tanto, se requiere una justificación.¹³

Si ninguna distinción fuera hecha entre la coherencia₀ y la coherencia₁, ningún cambio sería posible. Es decir, cualquier cambio sería excluido por la exigencia de justicia formal. El juez no tiene que justificar la adhesión al precedente aunque tiene que justificar el partir de él. El legislador, por su parte, tiene que justificar ambos, el status quo y el cambio de las limitaciones externas. Esto es, brevemente, lo que requiere el nivel de coherencia₁ desde la perspectiva de la legisprudencia.

Cuando nos concentramos en el cambio de las limitaciones externas desde la perspectiva del juez, tiene que ser hecha una distinción adicional que abra el camino para un diferente nivel de coherencia.

c. El nivel de coherencia₂

Un juez que se aparta del precedente viola las exigencias de la justicia formal. Esta violación puede ser compensada por la justificación. La visión expuesta hasta ahora necesita alguna reserva. Presupone la idea que las reglas están “justo ahí” y ellas saltan del reglamento directamente al escritorio del juez. La realidad es, sin embargo, más compleja. Los jueces deben elegir la regla que aplican a un caso. Un ejemplo de manual es si un contrato de arrendamiento es regulado por un régimen contractual o por un régimen de propiedad. Tiene que ser escogido el conjunto específico de reglas. Esta elección no es precisa. Las consecuencias de ambos regímenes contienen serias diferencias en cuanto a los derechos y obligaciones del propietario y arrendatario. En la coherencia₁, se tiene que seguir la línea de decisión por uno de estos regímenes. Partir de ella es posible si está justificada. Para esta justificación, se necesita un nivel suplementario de coherencia.

Este nivel de coherencia, es decir, el nivel de coherencia₂, proporciona argumentos para partir de las exigencias de la coherencia₁.¹⁴

¹³ Si una medida tributaria es justificada en el PA y en el PN en orden a incrementar la actividad económica, puede ser que los efectos de R sean insuficientes para realizar la meta. Por consiguiente, R deberá ser cambiado. Este cambio es sometido a justificación. Si S cambia con el tiempo, esto puede ser una razón para cambiar R. Al contrario, ello puede ser también una razón para no hacerlo. En la primera hipótesis, es requerida una justificación en el PN y el PA. En la segunda, debe ser dada una razón para no cambiar R. Puede resultar, en efecto, que la medida tributaria alcanzó su meta. Si la producción económica ha alcanzado el nivel, la medida que pretende realizar la medida tributaria se torna en injustificada.

¹⁴ El potencial del nivel de coherencia₂ puede ser ilustrado con un ejemplo de la toma de decisiones judiciales de la corte laboral en Antwerp (Arbeidsrechtbank Antwerpen, Junio 26, 1979, *Rechtskundig Weekblad*, 1979-80, 1058). Según el Real Decreto del 4 de noviembre de 1963, una esposa que permanece en casa cuidando a sus hijos cualifica para la (sic) “prima para la esposa en el hogar”. En 1979 un esposo reclama la prima. En contra del claro significado del

De lo anterior se sigue que apartarse de una línea de precedente está permitido si está justificado. Los argumentos que justifican tal salida son de un nivel diferente que la coherencia₁. Ellos pertenecen al nivel de coherencia₂. La interpretación sistemática es un caso ejemplar de argumentación en el nivel de coherencia₂ desde la perspectiva del juez. En este nivel, todo el sistema jurídico es tomado en cuenta. Incluso, observaciones similares pueden ser hechas para otros métodos de interpretación.

Aparte de las exigencias de la coherencia₁, la actividad legislativa es también sometida a las limitaciones del nivel de coherencia₂. Como es el caso con el juez, los argumentos de la coherencia₂ desde la perspectiva del legislador requieren que tome en consideración al sistema como un todo. En los argumentos de la coherencia₂, el juez puede confiar en el carácter sistemático del sistema jurídico. La correspondiente perspectiva del legislador viene de la exigencia para constituir el sistema jurídico como un todo.¹⁵

texto de la ley, el juez decide por el demandante. Su argumento implicaba una referencia a otras reglas del sistema que proclamaban la igualdad del marido y la esposa. El acta matrimonial de 1976, la Convención Europea en Derechos Humanos de 1950 (ratificada por Bélgica por el estatuto del 13 de mayo de 1955, *Mon. B.*, 19 de agosto de 1955), la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, así como la doctrina jurídica sostienen esta posición. La decisión fue inconsistente con la precedente línea de la jurisdicción. A pesar de la violación de las exigencias de la coherencia₁, esta decisión fue sostenida para tener más sentido como un todo. Desde ahora, ello fue más coherente que las decisiones anteriores. La decisión dependió de una interpretación sistemática de la regla de 1963. Una interpretación sistemática viene a leer una regla a la luz de otras reglas del sistema.

¹⁵ Un ejemplo ilustrará esta posición. En la regla R1 las personas desempleadas recibirán un beneficio de desempleo U según un criterio fijo de distribución. Algún tiempo después, el soberano expide R2. En la regla R2, las empresas que empleen a personas calificadas para el beneficio de desempleo bajo R1, a su vez, cualifican para un premio que alienta el empleo de los económicamente inactivos. Ambos premios son pagados por el Estado. Una persona P₂ que, al hacerlo, cualifica para el premio en R2 ofrece un trabajo a una persona P₁ cualifica bajo R1 para el beneficio de desempleo. Ambos, P₁ y P₂ pueden haber pensado en tener un interés en que P₁ obtenga un trabajo y un salario S y P₂ obtenga el premio. Sin embargo, si el salario S de P₁ excede sólo levemente su beneficio U, él puede tener derecho a pensar que se le paga muy poco por su trabajo. Él puede pensar que lo que “realmente” gana por trabajar viene de [S – U]. Cuanto más pequeño sea el resultado de [S – U], estará más animado a pensar en ese sentido. Este problema es conocido como la trampa del desempleo. Los efectos simultáneos de R₁ y R₂ no se contradicen. Ellos simplemente anulan en gran medida los efectos del otro. Si ambos, R₁ y R₂ son reglas válidas y *ex hypothesi*, satisfacen las exigencias de la coherencia₀ y están justificados en la coherencia₁, sin embargo, ellos no necesariamente satisfacen las exigencias de la coherencia₂. Su combinación afecta al carácter sistemático del sistema jurídico. Su existencia simultánea causa muchos problemas, incluyendo molestias administrativas, eventualmente procedimientos en la corte y similares, para un efecto que es cercano a cero. R₁ y R₂, puede ser dicho, no son eficaces. Entonces R₂ necesita una justificación suplementaria en el PCO a fin de mostrar que encaja con el sistema como un todo. Es decir, la coherencia₂ desde la perspectiva del legislador, le requiere a tomar en consideración el carácter sistemático del sistema como un todo. Inclusive, evitando violaciones a la coherencia₀ y a la coherencia₁, puede violar la cohe-

Cuando el juez argumenta en el nivel de coherencia₂ –por ejemplo, en interpretación sistemática- asume la unidad del sistema jurídico al tomarlo como un todo. La argumentación de la coherencia₂ desde la perspectiva del legislador requiere que éste constituya esta unidad.

A diferencia del legalismo fuerte, la racionalidad del legislador no se presume de modo irrefutable. Si lo fuera, el modelo de compensación sería nuevamente sustituido por el modelo de poder. Es decir, el legislador tiene que justificar sus limitaciones externas de modo que ellas permitan al juez hacer argumentos de la coherencia₂ de alguna manera.

Una vez que la posición central del juez es determinada, el lugar del legislador se hace más evidente. El activismo legislativo incluye una justificación activa de las limitaciones externas. A diferencia del juez, el legislador no puede asumir el carácter sistemático del sistema jurídico.

Las mayores limitaciones externas, aparte de sus aspectos de coherencia₀ y coherencia₁, para encajar el sistema como un todo se muestran cuando son vistas en el interior del sistema, es decir, ellas satisfacen la mejor justificación de la coherencia₂. El supuesto de racionalidad del legislador, típicamente, pertenece a las premisas de legalismo fuerte puesto que, en éste, las limitaciones externas son consideradas representaciones de la realidad. En el legalismo fuerte, la creación de reglas o limitaciones externas son consideradas una reproducción de la realidad; en el legalismo débil, la construcción de reglas es sólo una construcción de reglas y no una reconstrucción de la realidad.

En esta reinterpretación de la premisa de racionalidad del legislador, no se presume que él deba ser racional. Su racionalidad debe seguirse de sus actos. Si esta presunción es parte de las premisas del legalismo fuerte, en el legalismo débil, sin embargo, la racionalidad del legislador es un asunto de justificación, no de presunción.

d. El nivel de coherencia₃

En el legalismo fuerte, los jueces aplican las reglas que crean los legisladores. La aplicación de reglas es un asunto teórico como lo es en las matemáticas. La creación de reglas, por su parte, es considerada un asunto político que no aparece en la pantalla de la teoría jurídica.

En el legalismo débil, sin embargo, tanto el juez y el legislador crean reglas y siguen reglas. El juez sigue reglas en la aplicación de reglas. Al mismo tiempo, él crea reglas individuales. El legislador, por su parte, sigue reglas mientras crea reglas generales o limitaciones externas. Las diferencias entre estas posiciones pueden ser considerables; ellas, sin embargo, no son opuestas.

Por lo que se refiere a la posición del juez, las reglas no son auto-interpretadas. El proceso de determinación de significado así como la elección de la regla necesita una teoría para ser racional. La racionalidad en la toma de decisiones, sin embargo, no es limitada para encajar en las nuevas decisiones dentro de un conjunto de reglas existentes. Esta es solamente una manera de presentar el asunto que puede ser catalogado como “racionalidad interna”. Así, desde esta perspectiva puede decirse que las reglas existentes son racionales, coherentes o con sentido.

Sin embargo, en la articulación de la coherencia como “tener sentido *como un todo*” uno necesita otra perspectiva. No puede verse algo como un todo a menos que se incluya una perspectiva externa. Mientras el sistema jurídico como un conjunto de limitaciones externas puede ser internamente racional o coherente, el que tenga sentido como un todo requiere una perspectiva que permita verlo como un todo. Esto sólo es posible apoyándose sobre los bordes de lo que es considerado el todo. Además, diciendo que el todo se vuelve *más* coherente transformando algunos de sus elementos, el término comparativo necesita que el todo *qua* todo sea tomado en consideración. Esto nuevamente requiere una perspectiva externa que propongo llamar “racionalidad externa”. Mientras que los niveles de coherencia₁ y coherencia₂ se refieren a la racionalidad interna, su funcionamiento es condicionado por la racionalidad externa. Esta relación puede ser articulada de la siguiente forma.

La premisa básica del argumento es que las cosas no tienen significado propio. El significado es expresado a partir de algo. En esta objeción contra la doctrina del significado claro, se sigue que el significado de una regla es posterior a la interpretación, puesto que las reglas no hablan de sí mismas. Desde esta perspectiva, el seguimiento de la regla por el juez y el seguimiento de la regla por el legislador están en una posición similar.

El significado de las reglas no proviene de las reglas por sí mismas. El significado no puede ser comprendido simplemente mirándolas fijamente.¹⁶ La interpretación y el significado que resulta de ella es una construcción teórica que depende por sí misma de una teoría. La doctrina del significado claro como una aliada del legalismo fuerte niega esta dependencia teórica. El legalismo fuerte, como uno recuerda, se remonta a un acceso directo a la realidad; el legalismo débil, por su parte, confía sólo en un acceso indirecto a ella. Este acceso indirecto significa que una teoría es sobre la realidad y que su acceso a ella es mediado por un marco teórico. Este marco teórico es la teoría analítica de un sistema jurídico antes referida.

rencia, al añadir reglas que son ineficaces o afectar el carácter sistemático del todo o anular los efectos de otras reglas.

Para que el sistema jurídico tenga sentido como un todo, los funcionarios legales que lo operan deben vigilar lo que lo hace un todo; que es un marco teórico del que depende el sistema jurídico.¹⁷ Esta dependencia teórica del sistema jurídico es de lo que trata el nivel de coherencia₃.

El nivel de coherencia₃ se articula mejor a través de la distinción entre el punto de vista interno y el externo que puede ser adoptado respecto a una regla. Mientras el punto de vista externo expresa las regularidades del comportamiento que puede ser conectado al comportamiento de seguir la regla, el punto de vista interno expresa el carácter normativo de la regla. La calificación de MacCormick de esta idea original de H.L.A. Hart viene a decir que el especialista jurídico, mientras adopta una perspectiva externa, incluye al mismo tiempo en su descripción el punto de vista interno. En esta posición, la erudición jurídica otorga todo el peso a las reglas como razones para la acción.

La calificación de MacCormick del punto de vista externo moderado de Hart, que acertadamente cataloga como el “punto de vista hermenéutico” refiere a una dinámica específica. Es una perspectiva que comienza *desde* el punto de vista externo *hacia* el punto de vista interno. La conexión entre el método propio del especialista –economía, moral, historia, sociología, derecho comparado, etc.- y el objeto “derecho” es probable que resulte, todos juntos, en un diferente entendimiento del objeto.

Aún en mi posición del asunto, la dinámica de la perspectiva hermenéutica de MacCormick puede ser revertida. Dicho duramente, un especialista que revela una lectura alternativa de un conjunto de reglas legales acorde con sus propios métodos adopta una posición “como si”. Sus doctas conclusiones, puede decirse entonces, no tienen la misma autoridad que una decisión judicial. Incluso, en lo que respecta a que su lectura incluya el punto de vista interno del juez, sus conclusiones pueden estar muy cercanas a la manera como el juez lee la ley. Éste, tomando conocimiento del trabajo del especialista, aprecia una imagen virtual de sí mismo.

Esta imagen es virtual mientras el juez no adopte esta posición. El derecho y las investigaciones económicas ilustran este punto. Desde un punto de vista externo, el derecho y los especialistas económicos pueden revelar una nueva lectura de la regla de agravios.

Un ejemplo de manual es la investigación de Calabresi y Melahmed que elocuentemente revela una diferente visión de la dogmática de agravios. Aparte del significado de la regla de agravios considerada desde dentro del

¹⁶ C. Perelman, “Avoir un sens et donner un sens” en *Le champ de l'argumentation*, Bruxelles, Presses univ. Bruxelles, 1970, 64-78.

sistema jurídico, un análisis económico informa acerca un significado alternativo desde una perspectiva externa. Cuando esta perspectiva externa es una moderadamente externa, o como la llama MacCormick, una perspectiva “hermenéutica”, se obtiene el efecto reflejo. Un juez que retiene el nuevo significado invierte la dinámica del punto de vista hermenéutico. Es decir que *desde* un punto de vista interno que expresa la regla que es una norma para él, va *hacia* el punto de vista externo

Puede parecer como si el tercer nivel de coherencia es algún nivel suplementario que sólo es relevante cuando las reglas a ser aplicadas necesitan alguna interpretación. Dicho de otra forma, sólo si las reglas son confusas deben ser interpretadas. A fin de determinar su significado, el juez deberá entonces apoyarse sobre el borde del sistema como un conjunto de reglas. Ahí él encuentra herramientas suplementarias para interpretar esas reglas.

Esta posición es, sin embargo, errónea. La claridad de una regla no precede la interpretación por lo que sólo las reglas confusas deben ser interpretadas. Si las reglas fueran tenidas como claras por sí mismas, el significado puede existir en sí mismo o “ahí fuera”, lo cual es un claro sinsentido. Al contrario, la claridad de una regla es el resultado de una interpretación que puede ser ocultada.

Una teoría de la interpretación con la ayuda de qué reglas son interpretadas no es en sí misma derecho. Ello no pertenece al sistema jurídico que consiste en un conjunto de reglas; aunque ello es necesario para un sistema jurídico para disponer como tal de una teoría.

Resumiendo, el comportamiento de seguir reglas incluye un aspecto cognitivo y volitivo. El aspecto volitivo del punto de vista interno, sin embargo, no es un puro acto de voluntad. Es, por así decirlo, completado con teoría que no está contenida dentro de la regla. Está contenida en la teoría analítica del sistema jurídico diciendo por qué las reglas son preferibles a los mandatos, y así por qué la libertad e igualdad son preferibles a la arbitrariedad, y por qué, por lo tanto, es preferible que los poderes en el espacio político estén separados, etc. Desde esa perspectiva, la teoría analítica del sistema jurídico orienta la elección de teorías aceptables de interpretación, es decir, las teorías para determinar el significado de las reglas del sistema jurídico resultan en el sistema jurídico teniendo sentido como un todo. En resumen, la teoría analítica del sistema jurídico es lo que hace del sistema jurídico un orden jurídico.

En la tesis de que el legislador, como el juez, es un seguidor de reglas, una explicación similar puede ser dada de su actividad. Como las reglas del sistema jurídico no son auto-interpretadas, las reglas de la Constitución raramente contienen una indicación positiva en cuanto a la sustancia de las reglas jurídicas expedidas por el legislador. Su regla de comportamiento es entonces

limitada a no violar las reglas que, se supone, que sigue. El seguimiento de reglas, sin embargo, incluye más que el deber minimalista de no violarlas.¹⁸

Si el seguimiento de reglas por el legislador implica como un mínimo o negativamente que ellas no sean violadas, ello incluye positivamente, sin embargo, o como un asunto de aspiración, que los derechos y deberes que incluye pueden ser efectivamente ejercidos, que ellos son suficientemente protegidos y hechos cumplir, respectivamente, etc. La aspiración del legislador es más que un asunto que merece un premio cuando es efectuado. Ello se parece más a un deber de aspirar a las mejores reglas posibles que a una simple aspiración política de hacerlo. Es con esta condición que el sistema legal empieza a tener sentido como un todo desde el punto de vista de la legisprudencia.

Ello podría ser empleado para decir justo en este punto que las “mejores reglas posibles” son un asunto de política, y esa política es un asunto de desacuerdo. Aquí vienen, sin embargo, los principios de la legisprudencia, con el PCO a la cabeza. Las circunstancias de la política hacen que ahí exista desacuerdo entre personas mientras que, al mismo tiempo, hay ahí una necesidad de actuar conjuntamente, al menos en ciertos campos.¹⁹ La política no se dirige al desacuerdo para evaporarlo; debe hacerlo viable.

Algunos dirán que esto se consigue en lo que respecta a los derechos humanos. Esto es correcto, y es además correcto decir que los derechos humanos son parte de la teoría analítica del sistema jurídico. El respeto por los derechos humanos se consigue con su no violación. La libertad individual es protegida por los derechos humanos como la exigencia de respeto para la libertad individual.

Esto es, sin embargo, sólo una manera de tener sentido de libertad. Ello es una estipulación negativa que proviene de la teoría analítica del sistema jurídico haciéndolo un orden jurídico. Sin embargo, el carácter reflexivo de la libertad requiere más que una protección negativa de algunas características esenciales de la libertad. Desde esta perspectiva, las reglas legales o las limitaciones externas de la libertad son sometidas a justificación en el principio de alternatividad, el principio de celeridad y el principio de densidad normativa. Esta justificación llega a una implementación positiva de la autonomía moral del sujeto. La justificación suplementaria en el principio de coherencia sostiene la conexión entre el concepto de libertad como parte de la teoría analítica del sistema jurídico y las reglas del sistema.

(trad. de Félix Morales Luna)

¹⁷ Junto con esto quisiera sostener que el sistema jurídico es en sí mismo una teoría. Lamentablemente, dadas las limitaciones de espacio, esta afirmación debe mantener su formulación dogmática.



DOXA 26 (2003)

SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO Y LA RESISTENCIA CONSTITUCIONAL*

Josep Aguiló Regla
Universidad de Alicante

En memoria de Francisco Tomás y Valiente.

1. Introducción

Muchas veces he pensado que la expresión “resistencia constitucional” usada por Tomás y Valiente¹ era realmente afortunada. Viene a ser una especie de “precipitado” en el que acaban depositándose las intuiciones de mucha gente (entre quienes me encuentro) a propósito del acierto en el diseño de las instituciones constitucionales. El mérito de la misma (y la adhesión que suscita) radica, me parece, en el carácter abierto y dinámico (dialéctico, si se quiere) que cabe atribuirle, pues la resistencia constitucional es algo así como un *desideratum* (un objetivo) que resulta compatible con diseños y estructuras constitucionales diferentes entre sí. Ahora bien, del “precipitado” de intuiciones a la construcción teórica adecuada media un largo trecho y puede decirse que en cierto modo está todavía por recorrer. Este trabajo pretende ser una contribución en este sentido. Al final acabaré proponiendo que los diseños institucionales compatibles con el objetivo de la resistencia constitucional pueden definirse como una función que relaciona el grado de rigidez con el grado de apertura constitucionales redefinidos de un cierto modo. De esta manera se puede mostrar, me parece, que mientras que en abstracto es posible llegar a definir múltiples puntos de equilibrio, la elección en concreto viene mediada por contingencias relativas a las comunidades políticas y a los momentos de referencia. Pero antes de entrar en la noción de resistencia constitucional quiero recordar algunas

* Este trabajo es una revisión en profundidad del artículo Aguiló Regla, Josep: “Sobre la resistencia constitucional”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, nº 6, 2003, págs. 9-33.

¹ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: “La resistencia constitucional y los valores” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº 15-16, 1994, págs. 635-650 (<http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>).

cosas, si se quiere elementales, que ayuden a entender mejor la referida atribución de mérito. En particular, me propongo sostener que muchas de las contradicciones internas que atraviesan el constitucionalismo no son más que una manifestación específica de algunas contradicciones perceptibles en toda relación política y que, en este sentido, no son susceptibles de una armonización acabada, que siempre se manifiestan y que no pueden ser aprehendidas de manera estática ni resueltas en términos puramente estructurales.

2. Sobre el constitucionalismo

2.1. *La constitución del constitucionalismo*

Es un lugar común la afirmación de que los ideales del constitucionalismo quedaron plasmados en la Declaración francesa de derechos al establecer que “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes está determinada, no tiene una constitución”. En mi opinión y acortando bastante el camino, puede decirse que el constitucionalismo es una ideología que *grosso modo* puede caracterizarse a partir de estas dos notas: 1. Sitúa el “reconocimiento” de los derechos al frente de la legitimidad de un sistema jurídico político; lo que supone que el respeto a los derechos juega un papel central en la justificación de la acción política y jurídica de la comunidad de referencia. Y 2. recurre a la forma constitucional –entendida como opuesta a la forma legal ordinaria– como garantía de ese papel atribuido a los derechos.

Estas dos características hacen que la constitución del constitucionalismo no pueda verse como una mera función del poder político existente en un momento dado; como un mero intento de perpetuar una dominación política. En este sentido, la constitución formal o tiene un fuerte componente de liberación política o no es constitución según el constitucionalismo². Aquí no puedo detenerme mucho en ello, pero piénsese simplemente en que si la idealidad del Estado de Derecho, la del Estado liberal, la del Estado

² La idea de fondo es que el esclarecimiento del constitucionalismo como ideología es inseparable de la denuncia del pseudoconstitucionalismo. En este sentido, por ejemplo, me parece obvia la contradicción presente en la obra de Lassalle [LASSALLE, Ferdinand: *¿Qué es una constitución?*, (Trad. de Wenceslao Roces), Ariel, Barcelona, 1984] puesto que, por un lado, opera con un concepto de constitución que acaba por ser una mera función del poder político efectivo (es poder desnudo) y, por otro, califica al pseudoconstitucionalismo –entendido como opuesto al constitucionalismo– de mero engaño del despotismo. Esto último sólo es posible, me parece, si se acepta que en la genuina constitución la cuestión primaria no es de poder, sino de valor. Creo que tiene razón Kay cuando afirma que la función social central de una constitución es prevenir peligros probados [KAY, Richard S.: “Constitutional Chrononomy”, en *Ratio Juris* Vol 13, n°1 mayo 2000, págs.] y, por tanto, que el constitucionalismo requiere una clara conciencia de ciertos males potenciales de los sistemas políticos.

democrático y la del Estado social se consideran componentes agregados al constitucionalismo, es fácil darse cuenta de que el sentido de los mismos es centralmente erradicar los males más característicos (y probados) de las dominaciones políticas: la arbitrariedad, el autoritarismo, la exclusión política y la exclusión social. En efecto, el Estado de Derecho entendido como imperio de la ley o gobierno de las leyes implica una relación de sujeción pero sólo a la voluntad del soberano expresada en normas generales; y ello se traduce en un conjunto de derechos –los propios del Estado de Derecho– destinados a erradicar la arbitrariedad en esa relación. El componente liberal del constitucionalismo puede explicarse en términos de la transformación de la relación entre un soberano omnipotente y un súbdito sujeto en la relación entre un soberano competente/incompetente y un ciudadano sujeto/inmune; ese es el papel que tantas veces se ha atribuido a los derechos de libertad: generar esferas de inmunidad y, por tanto también, de incompetencia. Y, finalmente, el componente democrático y social puede verse como la transformación de la relación parte/todo (soberano/comunidad) que implica la acción política, pues la relación entre representados (o favorecidos) y excluidos por la acción del soberano se transforma en la oposición entre mayorías y minorías en todos sus sentidos relevantes. Esa transformación se traduce en el reconocimiento de los derechos de participación política y de igualdad. Obviamente la armonización de todos esos derechos y de las exigencias normativas derivadas de esos ideales no es algo que surja inmediatamente; la operatividad de los mismos requiere la formulación de teorías o concepciones de la constitución.

2.2. Las concepciones constitucionales y las contradicciones del constitucionalismo.

Las concepciones constitucionales proponen y justifican, por un lado, diseños constitucionales para las fases de redacción de las futuras constituciones o de enmienda de las ya existentes y, por otro, lecturas y/o criterios de interpretación de las constituciones positivas. Ahora bien, la literatura del constitucionalismo se halla plagada de concepciones internamente coherentes pero enfrentadas dicotómicamente con un par opuesto simultáneamente coherente. Así, dar cuenta de dicha literatura viene a ser algo muy semejante a exponer un sinfín de pares de opuestos: gobierno de los muertos frente a gobierno de los vivos, procedimentalismo frente a sustantivismo, democracia frente a coto vedado, mecanicismo frente a normativismo, constitución política frente a constitución jurídica, constituyente frente a soberano, monismo democrático frente a dualismo democrático, originalismo frente a interpretativismo, etc. La literatura en la que se discuten todas estas alternativas es amplísima y tiene un altísimo grado de sofisticación. Obviamente

aquí no me voy a detener en ella, pero sí quiero llamar la atención sobre dos puntos que me parecen especialmente interesantes. El primero es que si bien cada uno de los pares enfrentados presenta especificidades propias (es el resultado de afirmar o negar algún elemento específico) todas estas dicotomías tienen un “aire de familia” que lleva a pensar que, en realidad, se trata de manifestaciones diferentes y específicas de una (o algunas) tensión(es) más genérica(s). El segundo es que a pesar de que cada par está formulado de manera incompatible, resulta realmente difícil (si no imposible) optar por uno de ellos. En este sentido, creo que es una actitud muy compartida la de considerar que gran parte de esa literatura es una contribución que permite entender mejor los problemas a los que se enfrenta el constitucionalismo, pero que en realidad no consigue en absoluto resolverlos.

Antes de continuar quiero sincerarme con el auditorio de forma que quede más claro hacia donde apunto. Norberto Bobbio ha insistido especialmente en que todos los fenómenos políticos pueden ser analizados *ex parte principis* o *ex parte populi*³. Con ello probablemente trataba de significar no sólo que las cosas se ven de manera diferente si se miran desde la perspectiva de quien tiene poder político que si se miran desde la perspectiva de quien está sometido al poder político, sino algo más: que entre ambas perspectivas media una suerte de oposición dialéctica que hace difícil (si no imposible) su armonización total. Pues bien, en mi opinión, ahí está la clave principal para entender las múltiples discusiones internas del constitucionalismo. Es decir, el constitucionalismo y su componente de liberación política aminoran si se quiere las contradicciones típicas de todas las relaciones políticas, pero no las eliminan; y, en este sentido, las disputas internas del constitucionalismo no son más que una manifestación específica de un fenómeno más general (en ello radica precisamente el aire de familia al que antes me refería). O dicho de otro modo, los pares dicotómicos del constitucionalismo son susceptibles de ser interpretados en términos de manifestaciones diferentes de dos contradicciones propias de toda relación política: la primera, formulada en términos verticales, es la oposición entre la obligación política (la sujeción) y los límites a la misma (la inmunidad); y la segunda, formulada en términos horizontales o dinámicos, es la oposición entre la estabilización de las conductas políticas y jurídicas (de las expectativas) y el cambio de las mismas. Tomemos las dos propiedades con las que hemos caracterizado al constitucionalismo y analicémoslas brevemente en esta clave.

³ “A menudo he tenido ocasión de hacer notar que todo problema que interesa a la política puede ser examinado *ex parte principis* y *ex parte populi*”; БОББИО, Norberto: “La democracia y el poder invisible”, en БОББИО, N: *El Futuro de la Democracia* (Trad. J. Moreno) Plaza y Janes, Barcelona, 1985, pág. 129.

2.2.1. El constitucionalismo –hemos dicho– sitúa el “reconocimiento” de los derechos al frente de la legitimidad de un sistema político y jurídico. Ello confiere a los derechos un papel central de fundamentación o justificación. Ahora bien, ¿qué es lo que los derechos pueden fundamentar?. En mi opinión es claro que dos cosas⁴. En primer lugar, los derechos valen para fundamentar la obligación política. Es decir, sirven para establecer bajo qué condiciones el individuo de una comunidad política está obligado a obedecer (cumplir) las normas que esa misma comunidad se ha dado o reconocido. El poder político fundado en los derechos es poder político legítimo. Es autoridad legítima, tiene título para ordenar y lo ordenado es obligatorio. En este sentido, el constitucionalismo en cuanto ideología de los derechos es una concepción de la autoridad legítima. Pero los derechos no sólo cumplen esa función de fundamentación del poder político. También sirven para fundamentar los límites del poder político, es decir, qué es lo que el poder político puede y no puede ordenar legítimamente. En este sentido, el constitucionalismo en cuanto ideología de los derechos contiene una teoría de la justicia. Este doble papel de fundamentación que los derechos cumplen tanto de la obligación política como de los límites a la misma están en el centro de las discusiones del constitucionalismo, generan en el interior del mismo una suerte de tensión ineliminable, y no son otra cosa que una especificación del *ex parte principis/ex parte populi*. Los principios (morales) de los cuales se extraen los derechos que sirven para fundamentar tanto la obligación política como los límites a la misma no tienen por qué ser diferentes. No es nada nuevo decir, por ejemplo, que el principio de autonomía está tanto en la base de las formas de autoridad consideradas legítimas (el Estado de Derecho y la democracia política) como en la base de los límites a dicha autoridad (los derechos de libertad y de no exclusión social). Pero lo cierto es que a pesar de esa unidad de principios y valores la tensión entre la obligación política y los límites a la misma no es armonizable en términos estructurales o de diseño de las instituciones. Sólo es posible formular un *desideratum* en el sentido de alcanzar una relación política y jurídica respetuosa con los derechos. Ello supone que no es posible resolver la tensión en abstracto. Cualquier diseño institucional que se adopte no eliminará la necesidad de recurrir a conceptos dialécticos que apuntan a síntesis inestables: ponderación, equilibrio, etc. Un ejemplo tal vez ayude a comprender mejor lo que trato de decir. En mi opinión, no cabe encontrar en abstracto una síntesis entre el procedimentalismo y el sustantivismo. Ambas teorías, si bien se presentan

⁴ Cfr. TROPER, Michel: “Jefferson y la interpretación de la declaración de los derechos del hombre de 1798”, en *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 8, 2000, págs. 541 y ss.

como opuestas, acaban necesiándose mutuamente. El desarrollo de las concepciones sustantivistas (las que ponen el énfasis en los derechos en cuanto concepción de la justicia) acaban necesitando equilibrarse con la teoría de la autoridad a través de diversas vías⁵. Y, a la inversa, el procedimentalismo acaba necesitando principios sustantivos que doten de sentido y valor a los procedimientos (autoridades) justificados. En definitiva, lo importante de aceptar la imposibilidad de resolver la tensión en abstracto es que lleva a considerar, por un lado, que los planteamientos meramente estructurales resultan siempre insuficientes y, por otro, que la apelación a conceptos inestables del tipo de “generar una práctica respetuosa con los derechos” parece exigir el desarrollo de las actitudes adecuadas.

2.2.2. La otra característica del constitucionalismo, el recurso a la forma constitucional, plantea el problema de la dualidad democrática, del paso del tiempo, de lo ya decidido que no se puede volver a decidir, de la racionalidad del precompromiso, del peso de los muertos sobre los vivos, etc. La síntesis armónica entre quienes se dieron una constitución (los muertos) y quienes están sometidos a ella (los vivos) suele expresarse en la idea de “continuidad de una práctica” que permita eliminar los términos indeseables del sometimiento al pasado y de la ausencia de garantía de los derechos (de estabilización de las expectativas relativas a los derechos). Pero esta tensión entre estabilización de expectativas de conducta y autodeterminación de la acción política no es privativo del constitucionalismo, es común a toda relación política; aunque es cierto que en el constitucionalismo se presenta de manera especialmente manifiesta por el carácter plenamente “artificial” (deliberado) de la forma constitucional (el concepto moderno de constitución) y por el presupuesto de que la acción política racional es la acción orientada al futuro, no la acción anclada en el pasado⁶. En cualquier caso, a continuación me voy a centrar en el análisis de la noción de “resistencia constitucional” tomándola como uno de esos conceptos que expresan una síntesis relativamente inestable, que alude a un objetivo, que requiere el desarrollo de ciertas actitudes y que no resultan aprehensibles en términos meramente estructurales.

⁵ Eso es, por ejemplo, lo que me parece que le ha ocurrido a *Las piezas del Derecho*. Construida en una primera versión tomando en cuenta los principios jurídicos sustantivos, ha necesitado equilibrarse con una teoría de la autoridad por la vía de incluir lo que llaman principios institucionales. Véanse respectivamente ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona 1996 y ATIENZA, M y RUIZ MANERO, J: “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”, en *Doxa* nº 24, 2001, págs 115 y ss (<http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>).

⁶ WEBER, Max: *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 10ª reim., 1993, pág. 20.

3. La “resistencia constitucional”

Escribe Tomás y Valiente:

“La resistencia de la Constitución puede ser entendida como adaptabilidad a la dinámica política [...] también como su capacidad para ser interpretada de forma flexible y hasta cierto punto cambiante en función de nuevos problemas y nuevas sensibilidades o exigencias a propósito de los derechos fundamentales en ella positivizados, pero no definidos. Y además como resistencia a la reforma, haciéndola innecesaria [...] Si la rigidez implica prohibición o dificultad de reforma del texto de la Constitución, resistencia significa adaptabilidad al cambio haciendo innecesaria la reforma. Resistir es oponerse un cuerpo a la fuerza de otro, tolerando o aguantando su empuje sin romperse. La resistencia constitucional ha de ser elástica, consiste en asimilar, sin dejarlas fuera, las distintas expectativas políticas no frontalmente opuestas a su texto y a su sentido sistemático, es decir, a la Constitución como un todo [...] El resultado será la duración prolongada y sin reformas [...] Dado que las reformas o son imposibles o son más o menos traumáticas, la resistencia como capacidad para asumir mutaciones sin desvirtuarse, parece una cualidad, y en el momento constituyente una finalidad digna de ser favorecida por determinadas medidas incluidas en el texto constitucional [...] que pueden servir para lograr una eficacia duradera [...] Creo que puede formularse la hipótesis de que una Constitución dotada de mecanismos acertados para hacerla resistente en el sentido expuesto, protege su supremacía y alcanza una vigencia efectiva y duración prolongada, sin tener que pagar el precio de las reformas agravadas”⁷

Más allá del párrafo reproducido, a continuación voy a tratar de caracterizar la idea de resistencia constitucional a partir de las tres siguientes notas:

a) La resistencia constitucional presupone la forma constitucional pero no equivale a la mera vigencia formal de la constitución, porque la noción de resistencia es incompatible con la de constitución meramente semántica⁸.

⁷ TOMÁS Y VALIENTE, ob. cit., pág. 639.

⁸ En referencia a la clasificación “ontológica” de Loewenstein. El “punto de partida es la tesis de que una constitución escrita no funciona por sí misma [...] sino que una constitución es lo que los detentadores y los destinatarios del poder hacen de ella en la práctica [...] Solamente en este caso cabe hablar de constitución normativa: sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas”. Las constituciones son nominales cuando “la situación, de hecho, impide, o no permite por ahora la completa integración de las normas constitucionales en la dinámica de la vida política [...] La función primaria de la constitución nominal es educativa; su objetivo es, en un futuro más o menos lejano, convertirse en una constitución normativa y determinar realmente la dinámica del proceso del poder en lugar de estar sometida a ella”. Y finalmente la noción de constitución semántica se refiere a aquellas situaciones en las que “si no hubiese en absoluto ninguna constitución formal, el desarrollo fáctico del proceso del poder no sería notablemente diferente”. Cfr. LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución* (trad. de A. Gallego), reimpresión de la 2ª ed., Barcelona, 1982, págs. 216- 219.

b) La resistencia constitucional tiene que ver con la rigidez constitucional en cuanto que ambas responden al objetivo de garantizar la supremacía de la constitución y de conseguir su duración a lo largo del tiempo; pero no puede reducirse a ella porque la resistencia no es sólo una cuestión de dificultar el cambio de la constitución (no es una cuestión meramente estructural).

c) La constitución resistente tiene una clara vocación normativa y/o regulativa en la que tiene que desempeñar un papel central la positivación de valores y principios constitucionales; pues, en contra de lo que a veces se afirma, “los valores y los principios constitucionalizados son normas positivas, no son música celestial”⁹.

Es decir, la resistencia constitucional está relacionada con la forma constitucional, la rigidez constitucional y la positivación de valores y principios regulativos.

3.1. *Sobre la forma constitucional.*

Si por constitución en sentido amplísimo entendemos el conjunto de normas fundamentales de una comunidad jurídico-política¹⁰, me parece que la idea de forma constitucional puede construirse en torno a las dos siguientes notas: una es la de codificación, el conjunto de normas fundamentales se halla codificado; y otra es la de oposición a la forma legal ordinaria, de manera que el instrumento constitucional aparece formalmente diferenciado del instrumento legal. En consecuencia, si se acepta que la legislación es el instrumento central para el cambio en un sistema jurídico-político y se toman en cuenta estas dos notas, parece claro que la constitución formal tiene una vocación de permanencia superior a la de la legalidad. En este sentido, puede afirmarse que hay una contradicción intrínseca entre constitución y continua revisión constitucional¹¹.

Estas dos notas suponen que las normas constitucionales son normas de origen deliberado y que, en este sentido, participan de muchas de las características que normalmente se predicán de las fuentes-acto:

a) Las normas constitucionales son el producto de una decisión. De la combinación del carácter de normas fundamentales y del que sean el resultado de una decisión supone que en la comunidad política que cuenta con una constitución formal hay un cierto momento 0.

⁹ TOMÁS Y VALIENTE, F: ob. cit., pág. 646.

¹⁰ Cfr. KELSEN, Hans: “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)” (trad. de Juan Ruiz Manero), en KELSEN, Hans: *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, págs. 114-115 y GUASTINI, Riccardo: *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milán, 1998, págs. 310 y ss.

¹¹ Cfr. KAY, Richard S.: “Constitutional Chrononomy”, en *Ratio Juris*, vol. 13, nº 1, mayo 2000.

b) La existencia de un momento 0 junto con la vocación de permanencia es lo que agudiza en el interior del constitucionalismo la tensión entre el pasado y el futuro.

c) Al ser el producto de una decisión, las normas constitucionales (como todas las normas de origen deliberado) son susceptibles de ser interpretadas como mandatos o declaraciones de voluntad relativos a la conducta futura de sus destinatarios. Este hecho es el que explica que siempre que hay una constitución formal pueda plantearse un conflicto de poder entre constituyente (llamado a extinguirse) y soberano (permanente). Obviamente la interpretación de las normas constitucionales como mandatos es una posibilidad, no una necesidad.

d) De la nota de la codificación y de la del carácter de normas fundamentales se sigue que el código pretende ser la instancia última a la que se acuda en la resolución de los conflictos a los que tiene que responder el sistema jurídico-político; esto es, pretende operar como la fuente suprema de validez jurídica y de legitimidad política. Ahora bien, dado que en la noción misma de sistema jurídico-político está inserta la idea de unidad, el código en cuestión tiene que leerse como una unidad, no como un mero agregado de normas. Es decir, el código se interpreta como un todo dotado de sentido. Cómo dotarlo de sentido no es algo que se siga del propio código y es un problema ineliminable para cualquier concepción constitucional. Si además integramos las notas antes referidas, es fácil darse cuenta de que en esa atribución de sentido hay que incluir de manera ineludible el elemento temporal.

e) Como ocurre con todas las normas que son el resultado de una decisión, la constitución formal puede tener contenidos muy diversos. Ahora bien, de lo dicho anteriormente se sigue que la decisión constitucional es una decisión relativa a qué cuenta como fundamental en la vida jurídica y política de esa comunidad. Es decir, el código opera como un criterio formal de reconocimiento de lo que es fundamental en esa comunidad. Ello hace que para el constitucionalismo como ideología se plantee inevitablemente la cuestión de qué es esencial en una constitución, porque es obvio que los criterios formales de constitucionalidad (fundamentalidad) pueden resultar sobreincluyentes o infraincluyentes. El elemento temporal al que venimos aludiendo obviamente agudiza el problema: la teoría constitucional no puede dejar de plantearse cuánto hay de dominación y de liberación política en una constitución formal. Es decir, el problema que la teoría constitucional no puede evitar es el de los contenidos espurios y genuinos de la constitución¹². En este sentido, la interpretación de la constitución necesita abordar

¹² Cfr. LAPORTA, Francisco J.: "El ámbito de la Constitución", en *Doxa*, n° 24, 2001, págs. 459 y ss.

la cuestión de qué hacer con los contenidos que están recogidos en la forma y no deberían estar (¿cuál es su peso?) y con los contenidos que no están y deben considerarse incluidos implícitamente.

Ahora bien, vistas las anteriores características (y problemas) de la forma constitucional surge casi naturalmente una pregunta un tanto ingenua: ¿para qué la forma constitucional? La respuesta hay que buscarla, me parece, en las circunstancias políticas en las que las constituciones formales son redactadas y adoptadas

En efecto, como indica Barendt¹³, si se repasan las circunstancias políticas en las que las constituciones son redactadas y adoptadas es relativamente fácil exponer algunas ideas a propósito de para qué se dicta una constitución; esto es, de las funciones que una constitución está llamada a cumplir más allá de sus características ideológicas. Este autor destaca tres grandes circunstancias políticas en las que ha tenido lugar la adopción de una constitución formal, aunque obviamente ellas no agotan el panorama: la primera es la formación de un nuevo Estado (bien sea como consecuencia de la emancipación en relación con un régimen colonial o bien como consecuencia de la agrupación entre varios Estados existentes); la segunda, la ruptura en relación con regímenes políticos anteriores aunque no supongan un cambio en el ámbito territorial del Estado; y la tercera hace referencia a las constituciones que fueron un resultado de la derrota en la segunda guerra mundial de las potencias del eje, en particular se refiere a las constituciones de Alemania de 1949 y de Japón de 1946. Atendiendo a estas circunstancias, parece que una función que toda constitución pretende cumplir es la de establecer una comunidad política uniendo a las poblaciones de un determinado ámbito territorial en torno a nuevas formas de la acción política estatal y nuevas condiciones de legitimidad de las mismas¹⁴.

¹³ Cfr. BARENDT, Eric: *An Introduction to Constitutional Law*, Oxford University Press, New York, 1998, págs. 2 y ss.

¹⁴ Otra forma de llegar a la misma conclusión es tomar en consideración el concepto positivista de constitución. Por constitución desde esa perspectiva se entiende el conjunto de normas fundamentales de una comunidad política. Pero este concepto despliega todas sus virtudes cuando funciona *ex post*, cuando se usa para explicar la unidad y permanencia de una comunidad política estable. Pues bien, la función de una constitución formal, la respuesta a la pregunta de para qué se dicta una constitución deliberada, está muy próxima a ese concepto de constitución con la diferencia de que trata de operar normativamente *ex ante*. La acción de darse una constitución adquiere pleno sentido cuando se la ve como un empeño deliberado de fundar o refundar una comunidad política, uniendo a las poblaciones de un ámbito territorial en torno a ciertas formas de acción política y ciertos criterios de legitimidad de las mismas. Con el paso del tiempo, el éxito de una constitución formal se medirá en función de que sea practicada, de que sea el factor principal que permita explicar la estabilidad, la unidad y la permanencia de la comunidad política que trataba de fundar o de refundar. Es decir, se medirá por su eficacia, por su capacidad de estabilizar la conducta política en torno a ciertas formas de acción política

Pues bien, si lo anterior es acertado, es decir, si es cierto que una función ineludible de la constitución formal es fundar o refundar la unidad de una comunidad política, entonces parece que en el proceso de redacción y aprobación de una constitución deben primar la negociación y la argumentación sobre el voto¹⁵. El ideal es el consenso y el pacto; ello obviamente no excluye el voto, pero la función ideal de ese voto no es tanto el de formar una mayoría que pueda imponerse, cuanto el de mostrar plásticamente la unanimidad alcanzada. En este sentido, puede afirmarse que siempre que alguna facción política abandona un proceso constituyente y decide actuar políticamente al margen de las formas de acción política creadas por la constitución, se produce un cierto fracaso constitucional. El que ello sea así, permite entender por qué el poder en la negociación constitucional es directamente proporcional a la capacidad que cada facción política tiene de erosionar la unidad política que pretende toda constitución. Pero, como se ha dicho anteriormente, si la constitución del constitucionalismo no puede verse como una mera función del poder político existente –incluido el poder en la negociación–, entonces el núcleo central de la discusión constitucional tiene que girar en torno a la corrección de los criterios de legitimidad que se incorporan a la constitución y el procedimiento idóneo es la argumentación racional. En toda constitución positiva pueden encontrarse fragmentos que claramente sólo son explicables como un producto del poder de negociación que alguna facción política ha ejercido durante el proceso constituyente. Piénsese, por ejemplo, en la referencia que el apartado 3 del artículo 16 de la Constitución española hace a la cooperación de los poderes públicos con la Iglesia Católica; probablemente no haya más forma de explicarla que haciendo referencia al poder de negociación (capacidad de erosión de la unidad) de la Iglesia Católica en España. Estos fragmentos de las constituciones gene-

y ciertos criterios de legitimidad. Si bien se considera, la famosa clasificación “ontológica” de las constituciones de Loewestein –a la que ya me he referido– no es otra cosa que clasificar a las comunidades políticas que cuentan con la forma constitucional en función de que la constitución formal opere *ex post* como un factor determinante, relevante o irrelevante en la explicación de la dinámica política de la comunidad en cuestión. Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep: “Sobre la constitución del Estado constitucional”, en *Doxa* n° 24, 2001, págs. 441 y ss

¹⁵ A propósito de esta cuestión, Max Weber sostenía que “los órdenes estatuidos [incluida la constitución] en una sociedad pueden nacer: a) por pacto libre, o b) por otorgamiento -imposición- y sometimiento” y añadía “‘Otorgada’ en este sentido es toda ordenación que no derive de un pacto personal y libre de todos los miembros. También, por tanto la ‘decisión mayoritaria’, a la que la minoría se somete. La legitimidad de esa decisión mayoritaria ha sido por eso desconocida o problemática por largo tiempo”. WEBER, Max: *Economía y sociedad*, ob. cit., págs. 40-41. En este punto, me parecen fundamentales los análisis de ELSTER, Jon: “Introduction”, en ELSTER, Jon (ed): *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, 1998, págs. 5 y ss. y de NINO, Carlos S.: *La constitución de la democracia deliberativa* (trad. Roberto P. Saba), Gedisa, Barcelona, 1997, págs. 166 y ss.

ralmente coinciden con muchos de los particularismos que cada constitución incorpora. Obviamente, esto está muy vinculado a lo dicho anteriormente a propósito de que el constitucionalismo como ideología no puede dejar de plantearse el problema de cuánto hay de espurio (dominación) y de genuino (necesario o irrenunciable) en las constituciones formales. Una conciencia clara al respecto parece imprescindible para poder superar los escollos que el paso del tiempo supone para el constitucionalismo. El constitucionalismo como ideología de los derechos no puede funcionar sólo con criterios formales de identificación de los mismos y, en consecuencia, no distinguir entre privilegios y derechos. La constitución del constitucionalismo tiene que tener una clara vocación universalista, racional e imparcial; los particularismos constitucionales en la medida en que sean puras manifestaciones del poder de negociación en el momento de la redacción de la constitución, no pueden primar sobre los aspectos racionales e imparciales, pues si eso ocurre entonces difícilmente puede pensarse que una constitución supera las exigencias del constitucionalismo. Ahora no puedo detenerme en ello, pero lo anterior apunta a que la constitución no puede verse como un mandato ni como un contrato, y si eso es así, no hay parece demasiado espacio para la interpretación subjetiva o intencionalista de la constitución. No hay una voluntad que desentrañar en el sentido de la voluntad del legislador (teoría intencionalista de la interpretación de la ley) ni de la voluntad de las partes contratantes (teoría intencionalista de la interpretación de los contratos)¹⁶.

3.2. *Sobre la modificabilidad de las constituciones. La oposición entre constituciones rígidas y flexibles.*

Como es sabido, la oposición entre constituciones rígidas y flexibles —que tan afortunada ha resultado— es debida a Bryce. El punto de partida de este autor es la descalificación de la clasificación tradicional entre “constituciones escritas” y “constituciones no escritas”. A partir de ahí, sostiene que el criterio relevante radica en la relación que “cada Constitución mantiene con las leyes ordinarias y con la autoridad ordinaria que las dicta”¹⁷. De esta forma llamará constituciones flexibles a las más antiguas y que se caracterizarán por no establecer ninguna **distinción formal** entre leyes constitucionales y leyes ordinarias. Cita como ejemplos la de Roma del s.II a.c. y la Británica. En este sentido escribe:

¹⁶ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis: “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Doxa* nº 23, 2000, págs. 161 y ss. y ZAGREBELSKY, Gustavo: “Storia e costituzione”, en ZAGREBELSKY, G., Portinaro, P. P. y LUTHER, J (compiladores): *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Turín, 1996, págs. 76 y ss.

¹⁷ BRYCE, James: *Constituciones flexibles y constituciones rígidas* (Est. Preliminar de Pablo Lucas Verdú), CEC, Madrid 1988, págs. 6 y 7.

“[...] en Inglaterra las llamadas leyes constitucionales sólo difieren de las otras leyes por la materia, pero no son de jerarquía superior en modo alguno. Cada una de estas leyes, aunque todas, sin excepción, estén comprendidas en la denominación de Constitución británica, puede ser modificada en cualquier momento por la autoridad legislativa ordinaria, como cualquier otra ley [...] Entre una ley para la construcción de un ferrocarril entre Manchester y Liverpool y otra ampliando el sufragio electoral a todos los cabezas de familia o aboliendo la Iglesia episcopal protestante en Irlanda, no existe diferencia alguna respecto a la forma o al grado de su autoridad”¹⁸

“[Frente a ellas, son constituciones rígidas] las del tipo más moderno [en las que] las leyes principales y fundamentales denominadas Constitución, poseen una jerarquía superior a las leyes ordinarias y no son modificables por la autoridad legislativa ordinaria”.¹⁹

La teoría constitucional contemporánea ha incorporado esta clasificación como un instrumento compartido, aunque es común también introducir algunos matices en relación con la misma. Así, suele considerarse que la terminología usada por Bryce tal vez no es la mejor, porque mientras que en el lenguaje natural los términos flexible/rígido hacen referencia a una propiedad continua o graduable, él los usa en un sentido no graduable. La flexibilidad es una propiedad todo o nada: si en un sistema político-jurídico no hay diferencias de procedimiento ni autoridad entre una ley ordinaria y una ley “constitucional”, entonces la constitución de ese sistema es flexible; si la hay, ya es rígida. También es común considerar que la clasificación tiene que enriquecerse para permitir dar cuenta de la distinción entre constituciones rígidas y constituciones inmodificables (en todo o en parte). Según ello, la oposición conceptual en realidad debería ser trimembre, donde la flexibilidad fuera una propiedad no graduable (todo o nada); la rigidez, una propiedad graduable; y la inmodificabilidad o rigidez absoluta, una propiedad no graduable (todo o nada). Finalmente, también se ha matizado la clasificación en el sentido de que la rigidez efectiva de una constitución no depende sólo ni fundamentalmente de las dificultades o exigencias formales previstas en una constitución, sino más bien de otros factores vinculados con la realidad política concreta de cada comunidad de referencia²⁰.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 12.

¹⁹ *Ibidem*, pág. 13.

²⁰ En este sentido, como ha resaltado Víctor Ferreres, la rigidez efectiva de una constitución depende de una combinación de exigencias jurídico-formales y de circunstancias políticas. Entre las primeras destaca como factores de los que depende la rigidez los siguientes: a) el número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir; b) el tamaño de las mayorías exigidas para la reforma; y c) la exigencia de la participación popular. Pero la rigidez efectiva depende también del contexto político, histórico, social. Así menciona como variables relevantes las siguientes: a) el sistema de partidos políticos (cuanto más disciplinados

En este punto, antes de proseguir, conviene llamar la atención sobre algunas cuestiones. En primer lugar, la clasificación de Bryce está construida a partir de la noción de “modificabilidad de la constitución”; de manera que son flexibles las constituciones modificables por ley ordinaria, mientras que son rígidas las que no son modificables por ley ordinaria. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la clasificación de Bryce remite a la noción de “forma constitucional” (o constitución formal) como opuesta a la noción de “forma legal” y ello parece sugerir que hay una conexión conceptual entre rigidez constitucional y forma constitucional²¹.

Y, en tercer lugar, la cuestión que me parece más importante, el grado de rigidez constitucional está vinculado con el aspecto o la dimensión constitutiva de las constituciones formales. Tratemos de explicarlo brevemente. En toda constitución formal pueden distinguirse al menos tres dimensiones. Presenta una dimensión constitutiva dado que la constitución **crea** las formas básicas de la acción política y jurídica –básicamente órganos y procedimientos–, pues como es sabido la acción política y jurídica en el marco del Estado nunca es una acción natural –o amorfa–, sino acción institucional. Tiene también una dimensión regulativa porque **regula** acciones como obligatorias, prohibidas o facultativas, es decir, contiene normas regulativas que imponen deberes a ciertos sujetos normativos. Y, finalmente, tiene una dimensión valorativa pues la constitución **reconoce** valores y principios que, por un lado, dotan de sentido a las formas de acción creadas por la misma constitución y, por otro, operan como razones justificativas de los

sean los partidos y más arraigada esté la cultura de coalición, tanto más fácil será reformar una constitución); b) el papel simbólico que desempeña la constitución (por ejemplo, en España la reforma de la Constitución es una especie de tema “tabú”); c) el papel que juegan las tradiciones políticas (es posible que muchas de ellas pueden ser conservadoras, en el sentido de que las razones para proceder a la reforma deban ser de mucho peso); etc. Cfr. FERRERES COMELLA, Víctor: “Una defensa de la rigidez constitucional”, en *Doxa*, nº 23-2000, págs. 29 y ss. (<http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>)

²¹ En otro lugar he sostenido la conexión conceptual entre las nociones de constitución formal (o de forma constitucional como opuesta a la idea de forma legal) y la de constitución rígida. Y, así he afirmado que un sistema jurídico político cuenta con la forma constitucional cuando se dan las dos siguientes condiciones: 1. el conjunto de normas fundamentales de ese sistema jurídico-político se halla codificado; y 2. el procedimiento para la reforma o derogación está fuera del alcance del legislador ordinario; o, lo que es lo mismo, es un procedimiento agravado en relación con el de la legislación ordinaria. De la conjunción de ambas se sigue una tercera y es que 3. la constitución ocupa una jerarquía normativa superior a la ley dentro del sistema de fuentes. Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep: “Sobre la constitución del Estado constitucional”, en *Doxa* nº 24, 2001, págs. 441 y ss. Ahora bien, un comentario crítico de Víctor Ferreres me hizo ver la posibilidad de introducir la distinción entre forma constitucional y forma legal a partir simplemente de la desactivación del principio de *lex posterior* para la ley constitucional. Es decir, impidiendo la derogación tácita de las normas constitucionales y exigiendo su derogación expresa. Tal vez esta posibilidad obligue a revisar la referida conexión conceptual.

deberes impuestos por la constitución. Este es, por cierto, el papel que en las constituciones del constitucionalismo político siempre se atribuyó a los derechos. Pues bien, lo importante de lo anterior radica en darse cuenta de que la noción de rigidez constitucional debe ser aprehendida tomando en cuenta fundamentalmente la dimensión constitutiva de las constituciones; de manera que la rigidez dependa de las formas de acción creadas por la constitución para producir el cambio constitucional. Cuanto más exigentes sean esas formas de acción creadas por la constitución (más instituciones tengan que pronunciarse, mayores sean las mayorías previstas, etc.) más rígida será la constitución. Si se mira así la cuestión, entonces es fácil percatarse de que la rigidez poco tiene que ver con prohibiciones y permisiones²², y mucho con facilidades y/o dificultades (es decir, con probabilidades) para (de) producir resultados institucionales que supongan cambios del texto constitucional.

A partir de todo lo anterior, es posible proponer una reinterpretación de la clasificación de Bryce que la haga trimembre y que distinga tres tipos de sistemas constitucionales: sistemas con una constitución flexible, que no incorporan la forma constitucional y admiten la forma legal ordinaria como medio (forma de acción) para cambiar la constitución; sistemas con una constitución rígida, que incorporan la forma constitucional y hacen posible el cambio de la constitución formal (la rigidez es una cuestión de grado, el cambio resultará más o menos probable en función de cuán exigentes sean las formas de acción previstas); y, finalmente, sistemas con una constitución absolutamente rígida o inmodificable (en todo o en parte), que incorporan la forma constitucional y no prevén ninguna forma de acción para la modificación (en todo o en parte) de la constitución formal.

3.3. Sobre el carácter regulativo de las constituciones. La oposición entre constituciones abiertas y cerradas.

La expresión “constitución abierta” puede interpretarse de múltiples maneras; sin embargo aquí voy a referirme exclusivamente a dos²³, aunque luego –como se verá– descartaré una de ellas. “Constitución abierta” se usa, en primer lugar, para designar a aquellas constituciones (o concepciones de la constitución) que permiten (en términos regulativos) la defensa de valores contrarios u opuestos a los que la propia constitución reconoce como funda-

²² En este punto el lector podría pensar que estoy ignorando el papel que cumplen las llamadas cláusulas de intangibilidad que normalmente se interpretan en términos de prohibición del cambio de alguna parte de la constitución, pero –como se verá algo más adelante– en realidad me parece que la operatividad normativa de dichas cláusulas se traduce en exigencias de lealtad y aceptación, más que de prohibición del cambio.

²³ Tomo estos dos sentidos de Francisco Javier Díaz Revorio: *La constitución como orden abierto*, MacGraw-Hill, Madrid, 1997 Págs. 3 y ss.

mentales y permiten también el cambio de los mismos, siempre y cuando dicha defensa y modificación se hagan respetando los medios (procedimientos o formas de acción) que la propia constitución prevé u ofrece. Frente a ellas, “cerradas” serán las constituciones (o concepciones de la constitución) que no permiten (en términos regulativos) esa defensa de valores contrarios a la constitución y, por tanto, tampoco la modificación de los mismos (lo que se ha llamado democracia militante). Esta forma de entender la oposición entre constituciones abiertas y constituciones cerradas, es decir, construyéndola a partir de la idea de modificabilidad de la constitución en términos regulativos, no resulta interesante para los propósitos de este trabajo porque, entre otras cosas, se asemeja demasiado a la oposición entre constituciones rígidas y flexibles. En este sentido, no es difícil mostrar que aquí la clasificación podría hacerse también trimembre y distinguir entre constituciones que **permiten, toleran o prohíben** el cambio de los valores constitucionales. Pero más allá de esta proximidad, en mi opinión, las prohibiciones (en términos regulativos) del cambio de los valores constitucionales en realidad no operan tanto como mecanismos normativos vinculados a la reforma de la constitución, cuanto como mecanismos normativos cuya operatividad se traduce en exigencias de lealtad y aceptación de la constitución. Obviamente el grado de aceptación de los valores constitucionales que se exige a jueces, formaciones políticas y ciudadanos es diverso; pues bien, la función normativa que acaban por cumplir las cláusulas que prohíben (repito, en términos regulativos) la modificación de algunos valores constitucionales consiste centralmente en la posibilidad normativa de prohibir (ilegalizar) formaciones políticas que no asuman dichos valores. Es claro que todo ello tiene una extraordinaria relevancia política, pero queda fuera del alcance de este trabajo.

La oposición abierta/cerrada predicada de las constituciones sí resulta interesante para nuestros fines cuando se construye no en torno a las ideas de “modificabilidad/inmodificabilidad de las constituciones”, sino de “desarrollo/aplicación de las constituciones”. Así, una constitución regulativa será abierta cuando permite (en términos regulativos) desarrollos constitucionales muy diferentes entre sí que son la plasmación de opciones políticas e ideológicas muy diversas sin que sea necesario para ello proceder a la modificación o reforma de la constitución. Por el contrario, serán cerradas las constituciones que al tener un fuerte perfil político e ideológico no permiten (en términos regulativos) desarrollos ideológicos diferentes entre sí sin previamente proceder a la modificación de la constitución. Naturalmente el juicio sobre el carácter abierto/cerrado de una constitución puede ir referido a toda la constitución o a algunas de sus normas en particular. En general, todas las constituciones positivas contienen normas cerradas y normas abier-

tas. Por ejemplo, y sin necesidad de explicar ahora dónde radica la clave para formular estos juicios, todo el mundo aceptaría que la Constitución española es cerrada por lo que se refiere a la pena de muerte (no es posible desarrollar un programa legislativo de política criminal que la incluya sin reformar la constitución) y es abierta por lo que se refiere al derecho a la educación (cabén desarrollos legislativos muy diferentes entre sí). En cualquier caso, aquí la oposición abierta/cerrada interesa no tanto para abordar cuestiones de dogmática constitucional, ni para clasificar constituciones, cuanto para oponer dos concepciones diferentes de la constitución; porque tomada así es relevante a la hora de determinar el rol normativo que una constitución debe desempeñar en el interior de un orden jurídico. De este modo, propugnar el modelo de la constitución abierta supone afirmar que el rol normativo que la constitución debe desempeñar en el interior del orden jurídico es el de orientar todos los procesos de creación y aplicación del Derecho; todos esos procesos serán vistos como actos de desarrollo constitucional. Ser partidario de la constitución abierta es, en definitiva, ser partidario de una constitución que requiere desarrollo y que, por tanto, supone que el resto del orden jurídico es una concreción, una determinación de las guías constitucionales. Por el contrario, ser partidario de una constitución cerrada, es ser partidario de una constitución que requiere sólo ejecución o aplicación, de donde se sigue que el rol normativo que la constitución juega en el interior del orden jurídico es si se quiere más intenso, pero desde luego mucho menos expansivo. Allí donde la constitución es aplicable su rol normativo resulta definitivo, su aplicación es todo o nada; pero esa intensidad se traduce en irrelevancia de la propia constitución para el resto del orden jurídico.

En cualquier caso, parece haber una cierta conexión entre, por un lado, constitución abierta, desarrollo constitucional e imprecisión constitucional, y, por otro, constitución cerrada, aplicación de la constitución y precisión constitucional. Pues bien, estos dos pares parecen poner en dificultades la posibilidad de una constitución regulativa. En efecto, no han sido pocos los autores que han recelado de las posibilidades regulativas de muchos estándares y conceptos constitucionales, pues, se dice, están formulados en un altísimo nivel de abstracción y su significado es objeto de permanente controversia. La desconfianza hacia este tipo de conceptos ha sido compartida también por autores que en principio no han mostrado objeciones radicales hacia la constitución regulativa, pero sí han sostenido que las constituciones deberían evitar el uso de términos valorativos, tales como justicia, libertad, etc. En este sentido, Kelsen vendría a sostener algo así como que la operatividad regulativa de una constitución era directamente dependiente de la claridad de sus mandatos, pues de ello dependería la posibilidad de emitir juicios de inconstitucionalidad o no. La eficacia regulativa de una

constitución como de cualquier otro texto dependería de su claridad²⁴. Pero ello lleva inexorablemente, me parece, al problema que representa el paso del tiempo para la forma constitucional. En este sentido creo que acertaba Hayek al sostener que “una norma general que todo el mundo obedece, a diferencia de una orden verdadera, no presupone necesariamente una persona de la que haya emanado [...] Sin embargo [...] a medida que su contenido se hace más específico, la leyes se transforman gradualmente en órdenes”²⁵. Es decir, cuanto más precisa sea una norma constitucional, más se asemejará a los mandatos y mayores dificultades supondrá en términos de tiranía del pasado.

Pero vayamos por partes. Parece que la resistencia constitucional está vinculada con la constitución abierta y ello obliga a enfrentar el reto del carácter regulativo de los estándares imprecisos (“la positivación de valores y principios constitucionales”).

²⁴ En este punto, no me resisto a reproducir por extenso un pasaje en el que Kelsen muestra todas sus reticencias hacia tales conceptos y/o principios: “Precisamente en esta circunstancia de que la consideración o la plasmación de estos principios, a los que nadie [...] ha podido hasta ahora dotar de un contenido medianamente unívoco, no tiene ni puede tener en el proceso de creación del Derecho, por las razones anteriormente indicadas, el carácter de una aplicación del Derecho en sentido técnico, se encuentra la respuesta a la cuestión de saber si pueden ser aplicados por una jurisdicción constitucional [...] Las fórmulas en cuestión [equidad, libertad, igualdad, justicia, moralidad, etc.] no tienen, pues, de forma general, un gran significado. No añaden nada a la realidad efectiva del Derecho.

Sin embargo, estas mismas fórmulas pueden jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional. Podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, etc. como directivas relativas al contenido de las leyes. Esta interpretación sería evidentemente equivocada, porque ello no podría ser así más que si la Constitución estableciera una directiva precisa, es decir, si indicara un criterio objetivo cualquiera. Ello no obstante [...] no es imposible que un tribunal constitucional llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley la anule por el motivo de ser injusta, siendo la justicia un principio constitucional que el tribunal debe consiguientemente aplicar. Pero, en este caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley. Va de suyo que la Constitución no ha querido, al emplear un término tan impreciso y equívoco como el de justicia u otro similar, hacer depender la suerte de cualquier ley votada en el Parlamento del simple capricho de un órgano colegiado compuesto, como el tribunal constitucional, de una manera más o menos arbitraria desde un punto de vista político. Para evitar un desplazamiento semejante [...] del poder del Parlamento a una instancia que le es ajena y que puede transformarse en representante de fuerzas políticas muy distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible”. KELSEN, Hans: *Ibid.* págs. 142 y ss.

²⁵ HAYEK, Frederik A.: *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1960, págs. 149-150, citado por SARTORI, Giovanni: *Teoría de la democracia. 2. Los problemas clásicos*, ob. cit., pág. 406.

4. Constitución abierta, (im)precisión constitucional y acuerdos incompletamente teorizados

En términos generales suele considerarse que una constitución democrática y regulativa tiene que ser “abierta” para permitir que el sistema jurídico-político pueda reflejar las alternativas políticas que operan a su amparo. En este sentido, parece que la constitución abierta tiene que ser una constitución relativamente imprecisa. La cuestión de la imprecisión de los textos normativos es un tema central de la teoría de la interpretación jurídica y –como es obvio– la interpretación de la constitución (cómo deben leerse las constituciones) es un problema ineludible para todas las concepciones de la constitución. Las causas de la imprecisión de los textos normativos en general han sido ampliamente estudiadas y son bastante bien conocidas. Los problemas de ambigüedad (semántica, sintáctica y contextual), de vaguedad (intensional, extensional, combinatoria, gradual, etc), de “textura abierta” constituyen un lugar común sobre el que aquí no quiero insistir. Estos problemas se proyectan sobre la teoría de la interpretación jurídica en general y alcanzan también a la interpretación de la constitución. Hay, sin embargo, dos causas de imprecisión de los textos normativos que, si bien no son privativas de las constituciones, en ellas se presentan de manera tan acusada que hacen que la interpretación de la constitución presente peculiaridades que no pueden extenderse a toda la interpretación jurídica. Me refiero, por un lado, a la presencia masiva en las constituciones de los llamados conceptos valorativos, polémicos (o esencialmente controvertidos) y, por otro, a los conflictos entre estándares constitucionales, entre principios constitucionales. La primera suele plantearse como una cuestión semántica (de significado), la segunda, como una cuestión sistemática. Aquí voy a referirme exclusivamente a la primera, a los conceptos valorativos, polémicos o esencialmente controvertidos; la cuestión de la ponderación de principios está más allá de los propósitos de este trabajo, pero estoy convencido –aunque aquí no puedo detenerme en ello– de que, en realidad, debe abordarse como una prolongación o extensión de la primera.

Antes he dicho que las constituciones reconocen cosas, básicamente derechos, principios y valores. No cabe duda de que esas cosas reconocidas por las constituciones están formuladas generalmente en un altísimo nivel de abstracción y, por consiguiente, son objeto de permanentes controversias sobre su significado. Controversias que no afectan sólo a la periferia del concepto, sino que en muchas ocasiones parece que dichos conceptos no tienen ningún núcleo de claridad compartido. Ello ha llevado a no pocos juristas –formados en los esquemas clásicos del imperio de la ley– a pensar que esos conceptos al ser tan imprecisos y conflictivos no pueden dar lugar a lecturas realmente regulativas de las constituciones (“son música celestial”).

Sea como fuere, no cabe duda de que la presencia en las constituciones de conceptos como los arriba indicados representa un problema para el constitucionalismo regulativo.

Marisa Iglesias, recogiendo las contribuciones de Gallie, Waldron y Hurley, ha caracterizado los conceptos centralmente contestados a partir de las cuatro siguientes notas²⁶. En primer lugar, se trata de conceptos evaluativos, es decir, de conceptos que se utilizan para asignar valor a acciones y a estados de cosas. En segundo lugar, son conceptos complejos; ello supone no sólo que su caracterización requiere la enunciación de un conjunto de propiedades que los ponen en contacto con otros conceptos, sino que además su uso exige la formulación de teorías de forma que se definan relaciones de prioridad entre dichas propiedades. La libertad, la igualdad, la dignidad, etc. no son aplicables al margen de una concepción de las mismas. En tercer lugar, son conceptos que tienen un carácter argumentativo, es decir, suelen estar envueltos en una permanente controversia. Ello en realidad no es más que una consecuencia de lo anterior, al ser conceptos cuya operatividad depende de una concepción, su aplicación supone siempre desplegar una actividad argumentativa destinada a persuadir de la corrección en el uso del concepto. Y finalmente son conceptos funcionales, es decir, son conceptos que son usados para canalizar las disputas acerca de las cuestiones socialmente más relevantes; operan como el punto de “encuentro” (la arena, el ring, el foro, la cancha) en el que se ventilan las disputas políticas fundamentales. Por ello, del mismo modo que en el ring no cabe un resultado pactado, las disputas en torno a estos conceptos no pueden resolverse jamás mediante una simple estipulación convencional de significado. Se trata de conceptos que tienen una carga emotiva tan intensa que nadie con aspiraciones de incidir sobre la realidad social de una comunidad puede renunciar a su uso. Se trata de entrar en el ring y usar el concepto con el fin de ganar una disputa político-social, y ello desemboca siempre en la formulación de concepciones del concepto en cuestión²⁷.

²⁶ IGLESIAS VILA, Marisa: “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, en *Doxa* nº 23-2000, págs. 77 y ss. (<http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>).

²⁷ Lo que aquí se acaba de decir respecto de los conceptos centralmente controvertidos no puede resultar extraño a cualquier jurista acostumbrado a leer y a participar en las frecuentes y eternas discusiones relativas a las “naturalezas jurídicas” de las instituciones. Más allá del hecho de que esas discusiones tienden a estar presididas por un sinfín de enredos y a ocultar los términos sobre los que realmente versan, en lo arriba expuesto están dadas las claves para la comprensión de las mismas. Las discusiones a propósito de las naturalezas jurídicas son discusiones normativas destinadas a aclarar el alcance de un concepto o institución; para ello se trata generalmente de determinar qué propiedad dentro del conjunto de propiedades que caracterizan al concepto o institución opera como propiedad “rectora” (la que determina su “esencia

Si pensamos en los ejemplos que puse antes de “cosas reconocidas” por la constitución (libertad, seguridad, igualdad, soberanía popular, democracia, etc.) se verá que todos ellos encajan perfectamente dentro de esta caracterización. Todos ellos son conceptos valorativos, sirven para asignar y negar valor a acciones y estados de cosas; no pueden usarse sin formular una teoría o una concepción de los mismos, no cabe extraer consecuencias normativas de esos conceptos sin articular una concepción porque nunca operan aisladamente –unos remiten a otros– y hay que establecer prioridades entre sus propiedades; son argumentativos, presuponen un cierto contexto discursivo en el que la palabra y la persuasión son el medio y el fin centrales; y, finalmente, nadie renuncia a su uso y, en consecuencia, nadie aceptaría una estipulación de significado como forma de zanjar una disputa a propósito de ellos.

Si ello es así, si resulta que nuestras constituciones están saturadas de conceptos en torno a los cuales no hay posibilidad de definir un núcleo compartido, no hay nada parecido a un núcleo de claridad, entonces parece difícil que de las cláusulas constitucionales puedan extraerse guías regulativas de la conducta. Pero no conviene adelantarse en las conclusiones. En otro lugar he sostenido que una buena concepción de la constitución debe de ser capaz de dar cuenta de (y dotar de sentido a) la diferencia entre “darse una constitución” y “vivir en constitución”²⁸. La distinción viene ahora a cuento por lo siguiente. Lo que desde la perspectiva de la interpretación constitucional muchos teóricos han calificado de “conceptos esencialmente controvertidos”, desde la perspectiva de la redacción de una constitución se

o naturaleza” y que permite definir prioridades entre esas propiedades); son claramente argumentativas, se trata siempre de ofrecer razones en favor de una determinada interpretación; y, finalmente, vienen a constituir el “ring” en el que las diferentes ideologías jurídicas ventilan sus disputas. Ahora bien, si las semejanzas entre las disputas a propósito de las naturalezas jurídicas y a propósito de los conceptos centralmente contestados me parecen manifiestas, no menos claras son sus diferencias. Las dos que en mi opinión resultan más acusadas son las siguientes: En primer lugar, las discusiones sobre las naturalezas jurídicas si bien versan sobre la teorización completa de una institución, tienen un ámbito operativo bastante restringido; es decir, las consecuencias normativas que pueden inferirse afectan generalmente tan sólo a la periferia de la institución en cuestión, el núcleo común a todas esas teorizaciones es relativamente amplio. Ello supone –a diferencia de lo dicho respecto de los conceptos centralmente controvertidos– que el uso de esas instituciones en la mayoría de casos no exige siempre una teorización de la misma. En segundo lugar, el carácter de conceptos fundamentales para el orden jurídico de los conceptos constitucionales que en el texto se han caracterizado como “esencialmente controvertidos” los convierte –si se quiere decir así– en conceptos “transcendentales” en el sentido de que atraviesan o recorren todos los demás conceptos jurídicos. Ello supone que una teorización completa de los mismos tiene una fuerza expansiva extraordinaria, genera un sinfín de consecuencias jurídicas.

²⁸ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep: “Sobre la constitución del Estado constitucional”, en *Doxa* nº 24, 2001

ve como “acuerdos incompletamente teorizados”. Si se es capaz de dotar de sentido a la formulación de tales acuerdos, entonces probablemente venga de suyo el sentido que haya que atribuir a los “conceptos esencialmente controvertidos”.

Si se acepta que la constitución del Estado constitucional no puede verse como una mera función del poder político existente en un momento determinado, es decir, como la pretensión de perpetuar una cierta dominación política, entonces parece que el momento constituyente debe interpretarse otorgando una cierta prioridad al discurso y al consenso (al reconocimiento de los criterios de legitimidad) frente a la negociación y el voto (manifestaciones de poder político). Si ello es así, entonces surge la pregunta clave en esta cuestión: ¿cómo es posible que en sociedades complejas y pluralistas, donde conviven concepciones del bien y de la justicia claramente divergentes entre sí, con un alto potencial de conflicto, etc., se alcance un acuerdo en torno a ciertas formas de acción y a ciertos criterios de legitimidad consistentes en valores y principios? La respuesta a esta pregunta creo que puede ayudar bastante a superar algunas de las perplejidades que los llamados conceptos esencialmente controvertidos han planteado a la teoría de la interpretación constitucional.

Cass Sunstein ha propuesto una respuesta que me parece que arroja bastante claridad²⁹. Su respuesta consiste básicamente en reconocer que con mucha frecuencia la gente puede llegar a acuerdos sobre prácticas constitucionales, derechos y valores fundamentales incluso estando en un desacuerdo profundo sobre las concepciones de la constitución y/o las concepciones de esos derechos y valores. El vehículo a través del cual el constitucionalismo es posible no es otro que lo que él llama “los acuerdos incompletamente teorizados”. Estos acuerdos tienen la virtud de silenciar aquello en lo que se está en real y radical desacuerdo y explicitar aquello en lo que se está de acuerdo. El acuerdo se alcanza a veces mediante procesos de abstracción y a veces mediante procesos de concreción, pero lo relevante es huir de aquello que radicalmente separa a los que participan en la convención constituyente. Por ejemplo, a veces en las constituciones se pueden encontrar normas que constituyen un acuerdo bastante concreto y cerrado y sin embargo es perfectamente posible que sea un acuerdo incompletamente teorizado. Es decir, que las razones por las cuales los participantes creen que una determinada práctica debe estar prohibida o debe estar permitida pueden diferir radicalmente. Pensemos por ejemplo en la prohibición constitucional de la pena de muerte. Es perfectamente posible que se alcance un consenso

²⁹ En el desarrollo de este punto sigo a SUNSTEIN, Cass R.: “Constitutional Agreements Without Constitutional Theories”, en *Ratio iuris*, vol. 13, nº 1, Mayo-2000, págs. 117-130.

respecto a su prohibición y que sin embargo se dé un desacuerdo radical respecto a las razones por las que se considera ilegítima la pena de muerte. El acuerdo por concreción tiene la virtud de silenciar el desacuerdo sobre los principios más generales.

En otras ocasiones, el acuerdo se alcanza mediante la operación inversa; es decir, en lugar de descender conceptualmente se trata de ascender. Por ejemplo, un asunto especialmente conflictivo en casi todos los estados constitucionales es el del aborto; por lo que resulta prácticamente imposible generar un consenso en torno al mismo. De ello se sigue que la empresa de pretender constitucionalizar una solución normativa respecto del aborto esté probablemente llamada al fracaso. Una buena estrategia para alcanzar el acuerdo es silenciar el desacuerdo sobre el caso concreto y acordar respecto de los principios más generales a partir de los cuales cada uno de los participantes cree poder inferir la solución concreta que le parece correcta. Obviamente ello supone que el acuerdo respecto de esos principios generales es un “acuerdo incompletamente teorizado”. Ahora bien, que esos principios abstractos o más generales no estén teorizados no significa que no tengan cada uno de ellos un núcleo concreto y compartido de casos claros amparados por esos conceptos generales. Pensemos en el derecho a la vida, la libertad personal, la dignidad de la persona, etc. como principios relevantes en materia de aborto y a partir de los cuales, según cómo se teoricen, pueden alcanzarse soluciones diferentes; el que ello sea así, efectivamente muestra su carácter de incompletamente teorizados, pero ello no quita para que respecto de cada uno de ellos haya a su vez casos concretos compartidos; ejemplos claros, paradigmáticos y, por tanto, compartidos de atentados contra el derecho a la vida, contra la libertad personal y contra la dignidad de la persona³⁰.

Los “acuerdos incompletamente teorizados” tendrían la virtud de permitir alcanzar un acuerdo allí donde el acuerdo es necesario y hacer innecesario alcanzar un acuerdo allí donde el acuerdo es imposible. Desde esta perspectiva las constituciones serían una gran explicitación respecto de lo que estamos de acuerdo y un silencio elocuente respecto de lo que nos enfrenta. Naturalmente los silencios de una constitución no consiguen eliminar para el futuro el conflicto ideológico subyacente, pero sirven para poner en

³⁰ José Juan Moreso, remitiéndose a Quine, ha insistido particularmente en la idea de que si no hubiera casos paradigmáticos no habría concepto. En este sentido, ha escrito: “Podemos decir que un concepto es esencialmente controvertido si y sólo si: 1) es valorativo, en el sentido de que atribuye a los casos de aplicación del concepto la posesión de algo valioso o disvalioso, 2) la estructura del concepto es internamente compleja de manera que permite criterios distintos que reconstruyen su significado y que compiten entre ellos y 3) reales o hipotéticos, hay algunos casos que son paradigmas de la aplicación del concepto”. MORESO, José Juan: “Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional”, en *Doxa* n°23.

el primer plano el consenso básico a partir del cual puede construirse una práctica jurídico-política centralmente discursiva o deliberativa³¹. Como es obvio toda constitución además de “acuerdos incompletamente teorizados” tiene que establecer formas de acción política a partir de las cuales puedan desarrollarse esos acuerdos. Los acuerdos alcanzados por abstracción suelen desembocar en conceptos esencialmente controvertidos y, por ello requieren de procedimientos de determinación, es decir, de formas de acción política y jurídica que permitan concretar aquello que la constitución silenció. O dicho en otros términos, requieren de procedimientos que permitan pasar de los principios constitucionales a las reglas jurídicas; pero de nuevo, en este punto, lo fundamental es que estos procedimientos tendrán que tener un perfil netamente discursivo. Detrás de la idea de “democracia deliberativa” –tan en boga en los últimos tiempos– se encuentra precisamente eso. El valor de la democracia no proviene sólo del hecho de que sea un mecanismo de agregación de preferencias (eso en sí ya es relevante por cuanto es una forma de combatir la exclusión política), cuanto de que lo que se agreguen sean preferencias transformadas como consecuencia de un debate público que toma en cuenta los intereses o preferencias de todos. Aunque no puedo detenerme en ello, tengo la impresión de que en muchas ocasiones cuando se recela de las relaciones entre constitución regulativa y democracia, no se atiende suficientemente al hecho de que la deliberación relevante requiere

³¹ Nótese que la presencia de conceptos “polémicos” es propia del ámbito de lo político, del ámbito en el que se manifiesta el conflicto político; en este sentido es en el que decía que podían verse como el ring en el que se ventilaban las principales disputas político-sociales y que por ello su indeterminación nunca se resolvía mediante una estipulación de significado. Ahora bien, en este punto me interesa llamar la atención sobre el hecho de que la interpretación de los mismos como acuerdos incompletamente teorizados opera como un factor de integración (resalta aquello en lo que se está de acuerdo) y permite generar una práctica política centralmente discursiva. Todo ello resulta congruente con la visión del constitucionalismo que aquí se está tratando de transmitir. Ahora bien, también es cierto que sin una conciencia clara de los males que el constitucionalismo trata de combatir no hay constitucionalismo posible y ello supone inevitablemente límites a la integración. En este sentido, más allá del arbitrarismo y del voluntarismo que destila, creo que en el siguiente párrafo Schmitt se encuentran no pocas bases para una semántica de los conceptos esencialmente controvertidos: “[...] todos los conceptos, ideas y palabras poseen [en el ámbito de lo político] un sentido *polémico*; se formulan con vistas a un antagonismo concreto, están vinculados a una situación concreta cuya consecuencia última es una agrupación según amigos y enemigos (que se manifiesta en guerra o revolución), y se convierten en abstracciones vacías y fantasmales en cuanto pierde vigencia esa situación. Palabras como estado, república, sociedad, clase, o también soberanía, estado de derecho, absolutismo, dictadura [...] etc. resultan incomprensibles si no se sabe a quién en concreto se trata en cada caso de afectar, de combatir, negar, y refutar con tales términos”. SCHMITT, Carl: *El concepto de lo político* (trad. R. Agapito), Alianza, Madrid, 1991, págs. 60 y 61.

consensos básicos y que por tanto no puede verse a la democracia como un simple mecanismo de agregación de preferencias³².

Si en relación con los acuerdos incompletamente teorizados alcanzados por abstracción la idea de desarrollo constitucional requiere de procedimientos de determinación, en relación con los acuerdos alcanzados por concreción requiere de procedimientos de incorporación. En efecto, la presencia de normas constitucionalmente cerradas, tales como la prohibición de la pena de muerte, supone básicamente que se trata de reglas inderrotables en ese sistema jurídico; que tienen un carácter tan básico que no cabe respecto de ellas ninguna deliberación que pudiera desplazarlas. De ello se sigue que respecto de los casos que esas reglas (generalmente prohibitivas) regulan sólo cabe aplicación de la constitución, no desarrollo. Ahora bien, a partir de ellas es posible construir razonamientos por analogía (lo que implica que presuponemos principios subyacentes) y si ello es así, quiere decir que aquí también tiene sentido hablar de desarrollo constitucional. Nada impide, por ejemplo, argumentar que las penas consistentes en privar de la integridad física mediante amputaciones están excluidas constitucionalmente por los mismos principios subyacentes que llevaron a prohibir la pena de muerte. Lo relevante de ello radica en que las normas constitucionales cerradas cierran la deliberación respecto de los casos por ellas reguladas pero la abren en relación con aquellos casos que son susceptibles de ser incorporados tomando el caso regulado por la regla como paradigma³³.

³² En este punto, tal vez convenga aclarar que las tensiones entre constitución regulativa y democracia sólo se observan en la medida en que se considere a la democracia en términos participativos de los ciudadanos (bien como simple agregación de preferencias, bien como agregación de preferencias transformadas tras una deliberación), puesto que si se la ve exclusivamente en términos de un sistema destinado a la selección competitiva de las élites gobernantes, entonces no se observa esa tensión. En este sentido, me parecen esclarecedoras las siguientes palabras de Sartori: “La única forma conocida de construir un sistema político que no sea opresor es despersonalizar el poder, colocando a la ley por encima de los hombres. Pero el lazo que une la libertad y la ley nunca ha sido tan precario como hoy. Cuando la supremacía de la ley se disuelve en la supremacía de los legisladores, se abre la vía, al menos en principio, a la más sutil forma de opresión: la que se ejerce ‘en nombre de la ley’. Y el remedio es, a mi juicio, el retorno al Estado constitucional con una conciencia renovada. No existe nada legalista en esta tesis porque, según mi razonamiento, la libertad política es la que sirve de apoyo a la legalidad, y no viceversa. Lo que sirve de protección de nuestras libertades en el momento presente son los ‘derechos’, no la ley como mera forma en la que los juristas confían; y nuestros derechos son la constitucionalización de una libertad negativa [...] En este sentido y bajo estas condiciones [...] sólo un sistema constitucional entendido como un instrumento regulador impersonal (no el poder popular como tal) han sido y todavía son los guardianes de las sociedades libres”. SARTORI, Giovanni: *Teoría de la democracia. 2. Los problemas clásicos* (trad. S. Sánchez González), Alianza, Madrid, 1988, págs. 408-409.

³³ La persistencia de los desacuerdos (o la posibilidad sólo de acuerdos incompletamente teorizados) que desembocan siempre en procedimientos de determinación y de incorporación

5. De nuevo sobre la resistencia constitucional: tiranía del pasado y práctica constitucional

El propósito central del epígrafe anterior ha sido el de superar determinadas perplejidades que suscita a los juristas la idea de interpretación de la constitución regulativa por la vía de considerar que si tiene sentido alcanzar acuerdos incompletamente teorizados, tiene que tener sentido interpretar conceptos esencialmente controvertidos. El origen de las perplejidades se encuentra en abordar la cuestión con la mentalidad del jurista formado en torno a la idea de imperio de la ley, pues la presencia en las constituciones de conceptos esencialmente controvertidos (de principios constitucionales, en definitiva) hace que el razonamiento jurídico-constitucional no pueda ser en muchos casos directamente subsuntivo. En mi opinión, el sentido regulativo de tales conceptos y/o principios constitucionales sólo se ve claro si se asume que el sentido de darse una constitución es el de fundar una práctica constitucional orientada por principios y valores. No se trata por tanto de que la norma constitucional resuelva *ex ante* todos los problemas y/o conflictos que puedan surgir, sino más bien de que la constitución oriente la solución de todos esos problemas. En algunos casos la constitución cerrada exige consistencia respecto de todas las normas del orden jurídico, se trata de aquellos casos en los que cabe hablar de aplicación o ejecución de la constitución, pero en todos los ámbitos en los que la constitución resulta abierta reclama desarrollo. Las perplejidades que genera la interpretación de las constituciones se disuelven en gran medida si uno se aproxima a la cons-

ha llevado a Waldron a considerar que el constitucionalismo ha olvidado que toda regla de decisión colectiva acaba siendo siempre una regla de decisión estrictamente procedimental, es decir, que desemboca siempre en una cuestión de autoridad. A partir de ahí, extrae algunas de sus conclusiones en contra del constitucionalismo y la *judicial review*, dado que la democracia es la forma de autoridad más justificada. Cfr. WALDRON, Jeremy: "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol 13, nº1, págs. 32-33. En relación con los procedimientos de determinación, Bayón le ha criticado el que éstos sean inevitables, pues en su opinión dependen de la forma que asuman las restricciones sustanciales incorporadas al procedimiento. Así, ha sostenido que "el procedimiento de determinación es inevitable cuando las restricciones sustanciales han sido formuladas en forma de principios, pero es superfluo si se formulan en forma de *reglas* precisas [...] El problema no es, en realidad, sólo el de los desacuerdos entre unos y otros, sino también el de la *indeterminación* de nuestras propias concepciones acerca del contenido y los límites de las restricciones sustanciales que queremos que sean respetadas por cualquier regla de decisión: las formulamos en forma de principios no sólo porque a mayor vaguedad mayor posibilidad de aceptación general, sino también porque *no sabemos ser más precisos* sin correr el riesgo de comprometernos con reglas frente a las que, si se aplican estrictamente, nosotros mismos daríamos marcha atrás, en circunstancias que no somos capaces de establecer exhaustivamente por adelantado". BAYÓN, Juan Carlos: "Diritti, democrazia, costituzione", en *Ragion Pratica*, 1998, nº 10, págs. 58-59; también en *Discussiones* nº I-2000, págs. (<http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>).

titución formal como un documento fundacional de una práctica orientada por principios y valores, en lugar de aproximarse a ella como un documento normativo en el que se hallan las respuestas a todos los problemas jurídico-políticos que puedan surgir. Si bien se considera, este planteamiento no trata de ser más que una aplicación de lo dicho anteriormente a propósito de que la expresión “continuidad de una práctica constitucional” se presenta como una síntesis armónica que permite eludir los términos indeseables de sometimiento al pasado y de ausencia de garantías de los derechos (de estabilización de expectativas relativas a los derechos).

En efecto, toda concepción de la constitución tiene que dar respuesta al desafío que representa la tiranía del pasado. En mi opinión, el problema es irresoluble en la medida en que uno se aproxime a la constitución formal como un documento regulativo y autoritativo que trata de resolver *ex ante* los problemas jurídico-políticos que puedan plantearse. Es decir, si uno acepta el proceso constituyente como un proceso de imposición que cierra la deliberación, entonces la ilegitimidad de la forma constitucional me parece palmaria e irresoluble. Ahora bien, si uno ve el proceso constituyente como el origen de una práctica constitucional orientada por principios y valores tal conclusión ya no es obvia. Ello es así porque la acción social orientada por principios y valores aceptados es una acción orientada hacia el futuro; y, en este sentido, la acción política de las generaciones constituidas puede ser una acción perfectamente racional; no tiene por qué ser una acción simplemente anclada en (o motivada por) la simple obediencia al pasado. Para que ello pueda ser así, las generaciones que actúan bajo una constitución tienen que ver el proceso constituyente (y en consecuencia aceptarlo) como un proceso guiado por la aceptación de ciertos principios y valores, y, así, poder entender su propia práctica constitucional como guiada también por esos mismos principios y valores. Ello, en mi opinión, es fundamental para poder afirmar —en frase que ha hecho fortuna— que “la constitución pertenece a las generaciones vivas”³⁴. Esta es la razón por la que, en mi opinión, hay que insistir en la idea de que los constituyentes “reconocen” valores, no los constituyen. Lo fundamental para la estabilidad de una práctica constitucional es que las generaciones vivas se “reconozcan” en esos mismos valores aunque sin duda es posible que los “teoricen” de maneras distintas a como los hubieran teorizado los “padres fundadores”. Lo que dota de continuidad a una constitución es la orientación, no precisamente los contenidos concretos. En la medida en que las generaciones vivas “reconozcan” también los valores incorporados a la constitución (aunque —repito— tal vez los teoricen

³⁴ RUBIO LORENTE, FRANCISCO: *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, CEC, Madrid, 1997.

de maneras diferentes) la estabilidad de esa constitución está, me parece, garantizada. La clave de la continuidad constitucional está en poder interpretar la acción de los constituyentes como orientada por el reconocimiento de principios y valores y la acción de los constituidos como orientada también por el reconocimiento de esos mismos principios y valores.

Tal como se vio anteriormente, la resistencia constitucional de la que hablaba Tomás y Valiente es una versión de esa síntesis armónica a la que antes me he referido en los términos de “continuidad de una práctica constitucional”, pues al final se trata de hacer posible la perdurabilidad en el tiempo evitando los costes y los traumas sociales que comporta la reforma constitucional (haciéndola innecesaria) y evitando a su vez la deslegitimación que supone el que las generaciones presentes se queden ancladas en mandatos de las generaciones pasadas. Ello –en la reinterpretación que he intentado aquí– se puede alcanzar a partir de una adecuada combinación de rigidez en el aspecto constitutivo por lo que se refiere a las formas de acción previstas para producir el cambio constitucional (dificultad para el cambio del texto constitucional) y de apertura en el aspecto regulativo (adaptabilidad del texto constitucional al cambio político)³⁵. En mi opinión, más allá de la cuestión del punto adecuado de equilibrio que hace resistentes a las constituciones, es importante darse cuenta de que si se asume el reto que supone para el constitucionalismo el problema de la tiranía de las generaciones pasadas, entonces quien sea partidario de una constitución regulativa se ve constreñido a moverse en una función que relaciona la rigidez y la apertura constitucionales. Esta función vendría a determinar que a medida que se incrementa la rigidez constitucional tiene que incrementarse su apertura regulativa. Obviamente ello no implica reducir el problema a una cuestión meramente estructural del diseño de las instituciones, supone también el desarrollo de las actitudes adecuadas.

Para terminar y tomando en cuenta la función que relaciona la rigidez y la apertura creo que pueden mostrarse cuatro modelos teóricos claramente incompatibles con el *desideratum* de la resistencia constitucional. En efecto, si se toma, por un lado, la flexibilidad absoluta como punto mínimo de la rigidez (0) y la inmodificabilidad como punto máximo (10) y, por otro, el cierre absoluto (es decir, normas que sólo cabe aplicar, no desarrollar) como punto mínimo de la apertura (0) y la ausencia de guía regulativa de la conducta como punto máximo apertura (10), entonces es fácil ver que si se admite el problema del peso del pasado sobre el presente, a medida que

³⁵ Sobre la relación entre rigidez y abstracción, véase Ferreres COMELLA, Víctor: “Una defensa de la rigidez constitucional”, en *Doxa*, nº 23-2000, págs. 29 y ss. (<http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>).

se aumenta la rigidez (se dificulta el cambio) debe aumentarse la apertura (facilitarse la adaptación). A partir de ahí, pueden destacarse cuatro modelos de actitudes frente al constitucionalismo que me parecen relevantes y que, en cierto sentido, vendrían a representar alguna forma de desviación frente al constitucionalismo resistente propugnado por Tomás y Valiente. Son los siguientes:

a) El primer modelo vendría dado por aquellos que se sitúan en el punto (0,0), es decir, partidarios de una normativa completamente flexible (modificable) y cerrada (sólo ejecutable); vendrían a representar el **anticonstitucionalismo legalista**, pues negarían legitimidad a la forma constitucional en favor de la legislación: el punto 0 de rigidez implica que no hay diferencia formal entre legislación y constitución y el punto 0 de apertura implica todas las ventajas derivadas del imperio de la ley (gobierno *per leges* en el sentido de reglas).

b) El segundo modelo vendría dado por aquellos que se sitúan en el punto (0,10), es decir, partidarios de una normativa completamente flexible (modificable) y completamente abierta y que los podríamos llamar **judicialistas radicales (o también particularistas extremos)**; negarían la forma constitucional y afirmarían una legislación de valores o principios de manera que las reglas jurídicas sólo fueran un producto del Derecho del caso, del Derecho de los jueces (vendrían a ser los partidarios del gobierno de los hombres).

c) El tercer modelo sería el de aquellos que se sitúan en el punto (10,0), es decir, partidarios de la inmodificabilidad de una constitución cerrada y que vendrían a representar lo que podría llamarse el **fundamentalismo constitucional sustantivista**, pues estarían defendiendo que se formularan derechos inderrotables, inmutables (tanto expansiva como restrictivamente) e inmodificables.

d) Y el cuarto modelo sería el de aquellos que se sitúan en el punto (10,10), es decir, los partidarios de la inmodificabilidad absoluta de una constitución puramente procedimental y completamente abierta (sin guías sustantivas de conducta); este modelo representaría lo que podría llamarse el **fundamentalismo constitucional procedimentalista**.



DOXA 26 (2003)

EL DERECHO Y LA CONTINGENCIA DE LO POLÍTICO

F. Atria*
Universidad de Chile

En este artículo quiero discutir sobre el control de constitucionalidad. Por ‘control de constitucionalidad’ entenderé principalmente el control *jurisdiccional* de constitucionalidad, a pesar de que es importante tener en mente que el control constitucional puede ser ejercicio (y normalmente lo es) de muchas maneras, incluso por los ciudadanos. Con la constitución de 1980 se ha establecido entre nosotros, sin embargo, la idea de que la constitución es una ley (fundamental, sí, pero ley al fin) análoga (salvo en su jerarquía) a las demás leyes, y por eso se ha llegado a la conclusión, prácticamente unánime, de que el control de la constitución exige un tribunal, del mismo modo que el cumplimiento de las reglas del Código Civil descansa, en última instancia, en un tribunal con potestad para ordenar su cumplimiento. Es esta idea la que quiero objetar. Ustedes podrán haber escuchado que esta idea a veces se fundamenta por analogía con historia de Ulises y las Sirenas¹. En *La Odisea* Ulises (como el pueblo en momentos constitucionales) le ordena a su tripulación que lo ate al palo mayor para que pueda oír el canto de las Sirenas, pero que no lo liberen aunque él se lo pida o se lo ordene. De esta manera Ulises pudo, por un lado, oír el canto de las sirenas y, por otro, evitar la suerte de todos los que, fascinados (como el pueblo, se dice, en momentos de paroxismo) por el canto de las sirenas, naufragaban en sus arrecifes. Si menciono esta historia no es porque crea que provee de justificación al con-

* Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad de Chile (fernando.atria@uai.cl). Este artículo es una versión, ojalá mejorada, de la ponencia presentada al *Primer Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional*, organizado por el Centro de Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y realizado en Santiago entre los días 6 y 9 de Agosto de 2003. Mis agradecimientos a la comisión organizadora por la invitación. La investigación de la que este artículo forma parte es financiada por FONDECYT (proyecto 1010461).

¹ Elster, *Ulises y las Sirenas*.

trol jurisdiccional de constitucionalidad (no lo hace²), sino porque espero mostrar que la promesa del control jurisdiccional de constitucionalidad, *i.e.* la ilusión de que podemos escapar de la contingencia de la política, es el canto de las sirenas, que hoy nos encanta y nos ha hecho sacrificar (o aceptar la imposición de la pérdida, para ser más fieles a la historia de la constitución de 1980) algunas de las características más notables de la tradición jurídica y política chilena bajo la vigencia de la constitución de 1925³.

El tema de este artículo (I): Tres respuestas incorrectas

Para llegar a esta conclusión debemos previamente ralea el campo. Por eso, y exponiéndome al riesgo de decir algunas trivialidades, permítanme mencionar algunos temas que *no* estamos discutiendo al discutir la cuestión de la protección jurisdiccional de la constitución⁴.

La supremacía de la constitución

Desde que la Corte Suprema norteamericana decidiera el famoso caso *Marbury v. Madison* en 1804, es común creer que al discutir el problema del control de constitucionalidad de las leyes estamos preguntándonos sobre si hemos de considerar a la Constitución la norma suprema del sistema jurídico. Como se sabe, la corte de *Marbury* decidió, sin texto constitucional que la autorizara explícitamente para ello, arrogarse jurisdicción para conocer de reclamos de constitucionalidad de una ley. El fundamento de su decisión fue la idea de que, si la constitución era la ley suprema, entonces los jueces llamados a aplicar el derecho debían pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley ordinaria, porque debían poder decir cuál era el derecho que correspondía aplicar⁵. Siguiendo una argumentación similar a la lógica de Marshall, muchos hoy repiten que sólo puede afirmarse que un sistema jurídico se sujeta al ideal de la supremacía de la constitución si las leyes contrarias a la constitución pueden ser invalidadas por un órgano judicial, más o menos ‘ordinario’.

Pero este argumento es evidentemente falaz⁶. ¿Qué pasa, por ejemplo, con un juez de primera instancia que, después de haber visto su sentencia

² Véase Waldron, *Law and Disagreement*.

³ No me referiré a esa tradición en este artículo. Algo ya he dicho en Atria, “Inaplicabilidad y coherencia”.

⁴ De hecho, yo creo que lo que sigue es bastante trivial, pero es necesario volver a las trivialidades cuando ellas son negadas.

⁵ Para una exposición y crítica del argumento del Juez Marshall en *Marbury v. Madison*, véase Nino, “Fundamentos del control judicial” 98-102.

revocada por el juez superior, llega a la conclusión de que la sentencia de segunda instancia es inconstitucional y se niega en virtud de ello a dictar el ‘cúmplase’? ¿O con el carabinero que debe hacer cumplir una ley que a su juicio es inconstitucional? Me parece claro que en ningún sentido sensato la idea de supremacía constitucional puede significar que cualquier funcionario puede declarar la inconstitucionalidad de una regla, a menos que queramos decir que el carabinero y el juez de primera instancia tienen el deber constitucional de declarar la nulidad de la ley o de la sentencia de segunda instancia.

La razón que explica lo anterior es que el derecho es un sistema formal, es decir, un sistema elaborado sobre la base de una más o menos sofisticada red de competencias e incompetencias. Como consecuencia de esto, no basta que una acción o decisión sea contraria a derecho para que haya alguien autorizado a declararlo: no basta que un contrato sea ilegal para que un juez tenga competencia para declararlo (se requiere que una parte solicite la nulidad, o que la nulidad, si es absoluta, aparezca de manifiesto en el acto o contrato, conforme al art. 1682 CC); no basta que una sentencia sea contraria a la ley para que cualquier juez tenga competencia para declararlo así, no basta que una ley sea contraria a la constitución para que cualquier juez tenga competencia para declarar su invalidez⁷.

A pesar de lo anterior, no tenemos problema en decir que la ley prima sobre el contrato, la sentencia de segunda instancia sobre la de primera, la constitución sobre la ley.

Aun si el argumento anterior no se aceptara sería todavía posible seguir rechazando la conclusión de Marshall: reconocer la constitución como suprema nada dice sobre qué órgano es el llamado a aplicarla. La constitución puede ser aplicada por un tribunal ordinario o todos los tribunales ordinarios, puede ser aplicada por un tribunal constitucional...o por el parlamento mismo. En resumen, cuando la pregunta es “¿ha de tener un órgano judicial la última palabra respecto de la interpretación de la constitución?”, la idea de supremacía constitucional no la responde.

⁶ Adicionalmente a Nino (*cit. supra*. N 5), véase Troper, “Logic of justification of judicial review” 103-109.

⁷ Esto es básicamente una reiteración del (correcto) argumento kelseniano de que el derecho no conoce normas nulas, sino anulables. Y el corolario obvio de que del hecho de que haya una norma anulable no se sigue que cualquier órgano tiene competencia para declarar esa nulidad. Véase Kelsen, *Teoría Pura* (1960).

La existencia de derechos como límites a las decisiones mayoritarias

Si no es en la supremacía constitucional, algunos creen que pueden fundar la tesis de la revisabilidad judicial de la constitución en la existencia de *derechos* entendidos (a la manera del art. 5° de la constitución chilena) como “límites a la soberanía”. Como el legislador ejerce soberanía, y la soberanía reconoce en esos derechos límites, cuando el legislador traspasa esos límites actúa viciadamente, y cuando actúa viciadamente se requiere un juez que así lo declare.

De nuevo, la conclusión es apresurada. Si el argumento fuera plausible, estaríamos obligados a concluir que los derechos no obligan a la Corte Suprema cuando falla en casación, por la sencilla razón de que no hay recurso alguno en contra de su decisión, o al tribunal constitucional, cuando decide sobre la constitucionalidad de un proyecto. Siempre hay alguna autoridad que tiene la última palabra respecto de un problema substantivo (cuando el problema es suficientemente serio), y esa última palabra no vale definitivamente porque esté en lo correcto, vale porque es la última⁸.

Como ustedes pueden ver, el argumento para responder estos dos primeros intentos de fundar el control de constitucionalidad es el mismo: en ambos casos el argumento inicial es que hay un estándar normativo X (la constitución, los derechos fundamentales) que es (o debe ser) supremo respecto de otros estándares normativos, y se nos invita a aceptar que reconocerle supremacía a estos estándares normativos (la constitución o los derechos) *significa* crear mecanismos institucionales que permitan declarar inválido cualquier estándar que los contravengan.

En ambos casos la respuesta es la misma, y la verdad es que es una respuesta que está muy cerca de constituir la clave para entender el derecho, al menos el derecho moderno. El derecho tiene autoridad, y que el derecho tenga autoridad quiere decir que las reglas jurídicas valen no porque sean correctas, sino porque son jurídicas⁹. Es perfectamente inútil que el juez diga, al fallar sobre la demanda del comprador contra el vendedor, “el vendedor debe hacer lo que es justo que haga”. Y esta respuesta es inútil porque fue el desacuerdo sobre qué es justo que el vendedor haga lo que llevó a las partes a juicio; lo que el juez debe hacer al fallar es dar una respuesta cuyo contenido las partes puedan conocer a pesar de estar en desacuerdo sobre qué es justo que hagan. Lo mismo vale para el legislador. Sería per-

⁸ Como sostuvo Schmitt, una sentencia judicial vale no porque contiene “una argumentación que pretenda convencer a todos, sino [...] una decisión que se limita a suprimir la duda de un modo autoritario” (Schmitt, *Defensa de la Constitución* 61).

⁹ La mejor formulación de este argumento, aunque lo lleva a consecuencias incorrectas, está en Raz, “Authority, Law and Morality”.

fectamente inútil que el legislador dijera “debe pagarse como IVA lo que es justo pagar como IVA”; el legislador debe dictar, a los ciudadanos, una regla que pueda ser identificada por personas que tienen diversas ideas sobre la justicia de la obligación tributaria, desde el anarco-capitalista que cree que pagar impuestos es esclavitud hasta el colectivista que cree que el sistema tributario debe estar orientado a producir igualdad completa entre todos los ciudadanos al final de cada ejercicio tributario.

Evitar el terror

Una tercera respuesta a nuestra pregunta, “¿qué es lo que estamos discutiendo al discutir sobre control judicial de constitucionalidad?” es la siguiente: el siglo XX nos ha enseñado que las decisiones mayoritarias pueden violar derechos. No porque sea una decisión mayoritaria la limpieza étnica es aceptable. Por consiguiente, deben existir mecanismos institucionales que permitan cuestionar la validez substantiva de una decisión mayoritaria, de modo de poder evitar el terror incluso cuando, como en Alemania en los años 30, éste sea democráticamente elegido. Entre esos mecanismos está el control judicial de constitucionalidad.

Pero esta respuesta es incorrecta, porque las instituciones judiciales no sirven para evitar el terror. Y no sirven porque las instituciones judiciales no son el *tipo* de instituciones que puedan resistir el terror. Cuando aparece el terror, los tribunales o hacen su contribución a él (como los tribunales chilenos con los miles de recursos de amparo rechazados durante el terror y los vergonzosos discursos inaugurales de esos años¹⁰), o son intervenidos. Para una dictadura como la chilena, que detenta el poder necesario para desencadenar el terror y para aprobar la constitución por decreto-ley, no es muy difícil modificar la composición de un tribunal por decreto-ley¹¹.

Los dos primeros argumentos yerran el blanco porque no entienden la estructura del derecho: el derecho no vale porque sea correcto sino vale porque es derecho. Y esto no es un *defecto* del derecho, es precisamente su virtud, porque es precisamente esto lo que nos permite tener derecho aun cuando estemos en desacuerdo sobre lo que es correcto. El tercer argumento yerra porque espera del derecho una cosa que el derecho no puede dar: el derecho no puede dar protección cuando el derecho está suspendido. Los primeros no entienden la fortaleza del derecho, el último no entiende su debilidad.

¹⁰ Véase Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, *Informe 97-104*. Véase también Atria, “La hora del derecho” 52-57.

¹¹ Sobre este punto, véase Atria, “La hora del derecho”, Atria, “Legalismo, política y derechos”.

El tema de este artículo (II) Política y derecho

¿De qué, entonces, estamos hablando? Quiero hacer un cuarto intento y veremos que con él llegaremos un poco más lejos. Este cuarto intento recuerda la famosa formulación del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, que se ve a sí mismo asegurando ‘la sujeción del derecho a la política’¹². Entonces podemos decir que lo que estamos discutiendo aquí es: ¿Debe la política ser sujeta al derecho? Pero antes de responder esta pregunta es importante ver cómo el derecho *podría* sujetar a la política, y para eso lo mejor es ver los casos en los que el derecho *sujeta* al poderoso.

Derecho y conflicto

Usaremos el modelo de un conflicto de derecho privado: después de haber celebrado el contrato, y cuando ha llegado el momento de cumplirlo, el vendedor se niega a hacerlo aduciendo que de parte del comprador ha habido mala fe. El comprador cree que de su parte no ha habido mala fe, y lo demanda. La situación aquí es que hay dos partes que en algún momento en el pasado utilizaron ciertas reglas para crear una relación entre ellos y luego se encuentran que uno de ellos no quiere cumplir lo que habían acordado. Aquí cada parte está intentando maximizar su utilidad, y al mismo tiempo cada parte está decidiendo qué es lo que debe hacer bajo el contrato.

Para solucionar este conflicto, el derecho permite a cualquiera de las partes llevarlo ante un tercero imparcial, que conoce las reglas conforme a las cuales las partes crearon la relación contractual en cuestión, y que adicionalmente carece de cualquier interés personal en la resolución del mismo. Esta solución, de que el conflicto sea solucionado por un juez, es adecuada por dos razones:

En primer lugar, porque las reglas que el juez aplicará no son, en principio, extrañas a las partes¹³. Típicamente, las partes conocerán esas reglas al menos en cuanto ellas definen una práctica que ellas adicionalmente habrán hecho suya para establecer su relación. Por eso puede decirse que el juez aplica a las partes su propias reglas.

En segundo lugar, porque, típicamente de nuevo, las partes no estarán en desacuerdo sobre qué es lo correcto hacer en abstracto, sino sobre qué es lo que cada una de ellas debe hacer en concreto. El desacuerdo existe porque “el amor propio puede inclinar [a los hombres] a actuar con parcialidad, a

¹² Formulación adoptada, entre otros, por Peña, *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales* 198.

¹³ Véase Detmold, “Law as Practical Reason”.

favor suyo y en el de sus amistades”¹⁴: las partes tienen su juicio afectado por su involucramiento en el problema.

Dentro del marco de una explicación como la anterior, que el derecho ‘sujete’ al poderoso quiere decir que la interpretación auto-interesada que el poderoso da a las reglas abstractas aplicables no es más fuerte por ser la interpretación del poderoso. El derecho ‘soluciona’ el conflicto mirando sólo a lo que, de acuerdo con las reglas jurídicas aplicables, es relevante, y excluyendo todo lo demás. En ‘todo lo demás’ resulta excluido el hecho de que el demandante es, por ejemplo, una poderosa y millonaria sociedad, mientras el demandado es una pobre viuda patrocinada por la Corporación de Asistencia Judicial.

Permítanme detenerme un minuto más en esta caracterización jurídica del conflicto, esta vez mirando a la decisión que lo resuelve¹⁵. Esa decisión se basa, al menos en los casos normales, en reglas abstractas que, como vimos, no puede decirse que sean reglas *extrañas* a las partes¹⁶; son, de hecho, las mismas reglas que las partes invocaron en el momento de crear su relación jurídica¹⁷. No estoy sosteniendo la tesis de que esa decisión se sigue silogísticamente de esas reglas, pero sí que esa decisión (se espera que) refleje el contenido de esas reglas aplicadas al caso¹⁸. Y éste es el punto que quiero enfatizar aquí: la decisión refleja el contenido de las reglas abstractas comunes a las partes, no refleja el desacuerdo ni el contenido del desacuerdo entre las partes. Estrictamente hablando, el conflicto entre comprador y vendedor no es relevante para determinar la corrección de la decisión, en el sentido de que la decisión debería en principio ser la misma con o sin conflicto, porque la aplicación de esas reglas abstractas a ese caso debería llevar a la misma conclusión aunque las partes no hayan estado en desacuerdo. El conflicto, en consecuencia, configura la *ocasión* para la decisión (no habría habido juicio sin conflicto), pero no tiene impacto en lo que los abogados llaman ‘lo dispositivo del fallo’.

De lo anterior se sigue otro aspecto importante de esta forma de solucionar conflictos: el tercero que lo resuelve no debe decidirlo considerando todos los aspectos que son normativamente relevantes. Él debe considerar

¹⁴ Locke, *Dos Ensayos* 211 (Segundo Ensayo, §13).

¹⁵ Aquí vuelvo sobre un tema ya tratado en Atria, “Legalismo y reflexividad”.

¹⁶ Esto permite vadear lo que Detmold llama el ‘vacío de particularidad’ (*particularity void*). Véase Detmold, “Law as Practical Reason”.

¹⁷ A veces las reglas son extrañas, o a veces las reglas comunes a las partes no son suficientes para solucionar el conflicto. Estos casos crean problemas especiales de legitimidad de la decisión judicial, pero no afectan el argumento del texto principal, porque estos son casos en que algo no es como idealmente debe ser, son por eso casos patológicos.

¹⁸ Véase Atria, ‘Legislación y Jurisdicción’ (MS en poder del autor)

sólo una parcela de ellos, los que el derecho no excluye¹⁹. Así, por ejemplo, sus ideas sobre la justicia de la conmutatividad, y la equivalencia entre las prestaciones de comprador y vendedor no son, salvo en casos especiales, relevantes para decidir. El juez debe decidir conforme a reglas públicas, que son las que eran comunes a las partes. El juez *no* debe decidir de acuerdo a lo que le parece substantivamente correcto o justo.

Cuando las partes llevan su conflicto al juez no se están sometiendo a una especie de justicia del Cadí²⁰. El juez no debe decidir el caso de acuerdo a lo que es (a su juicio) no-contingentemente justo, sino de acuerdo a lo que el derecho dispone. Y el juez puede adoptar la perspectiva del derecho simplemente porque sabe derecho y sabe ser juez. ‘Saber derecho’ significa manejar un canon especial de argumentación, *i.e.* saber identificar y evaluar la fuerza de un argumento que ‘cuenta como’ jurídico. Aquí yace toda la pretensión de autoridad que el juez y, a través de él, el derecho exhiben frente a las partes: en que la solución al conflicto entre ellas será una solución ofrecida desde el punto de vista jurídico, no sobre la base de lo que podríamos llamar ‘argumentación práctica general’. Resolver en derecho no es lo mismo, *no puede ser lo mismo*, que resolver en justicia. Si resolver en derecho y resolver en justicia fueran lo mismo, entonces comprador y vendedor estarían en desacuerdo no sólo en cuanto a qué debe hacer cada uno de ellos, sino también en cuanto a ante qué juez llevar el caso. Es por eso que, en principio, la persona del juez resulta irrelevante para las partes²¹.

¹⁹ Véase Atria, “Ubi ius, ibi remedium”.

²⁰ La expresión es de Weber, *Economy and Society* 976-978.

²¹ La controversia sobre el pez espada, entre Chile y la Unión Europea, es un buen ejemplo de esto: Invocando las normas de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (Convemar) que permiten a los estados ribereños adoptar medidas tendientes a la conservación y explotación sostenible de los recursos marítimos, Chile decidió imponer ciertas restricciones a la extracción de pez espada en lo que éste denomina ‘mar presencial’, que de acuerdo a esa convención es alta mar. Por supuesto, Chile no se arroga derechos de policía sobre la alta mar; sólo prohíbe a los barcos pesqueros que violen las regulaciones sobre el uso de puertos chilenos. La Unión Europea, invocando los artículos V y XI del GATT, respondió solicitando la formación de un panel bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio, para que éste declarara que Chile había infringido las obligaciones que había asumido bajo el GATT. Chile entonces recurrió al Tribunal Internacional de Derecho del Mar, el órgano encargado de la aplicación de la Convemar, para que éste declarara que la Unión Europea había violado su obligación, especialmente bajo el art. 64 de dicho tratado, de cooperar “con miras a asegurar la conservación y promover el objetivo de la utilización óptima de dichas especies [altamente migratorias] en toda la región, tanto dentro como fuera de la zona económica exclusiva”. Por ahora los dos procedimientos están detenidos, porque las partes han llegado a un acuerdo preliminar. Pero el problema que plantea esta duplicidad de foros es importante, e ilustra la tesis del texto principal: en la medida en que las partes entiendan que los jueces aplicarán diversas normas sustantivas, o que la manera en que aplicarán las normas (aun siendo éstas las mismas) será sensible al tipo de jueces que son, entonces la controversia sobre el derecho de Chile a

El conflicto político

¿Es asimilable el conflicto político al conflicto entre el comprador y el vendedor, que acabamos de considerar con cierta detención? Hans Kelsen, en su famosa polémica con Carl Schmitt, creía que sí, porque en definitiva el argumento central de Kelsen del control de constitucionalidad es el mismo que hemos dado antes para sujetar el conflicto entre comprador y vendedor al conocimiento de un juez:

Si algo es indudable es que ninguna otra instancia es menos idónea para [garantizar que los límites jurídicos no serían transgredidos] que aquélla, precisamente, a la que la constitución confiere el ejercicio total o parcial del poder y que, por ello, tiene en primer lugar la ocasión jurídica y el impulso político para violarla. Pues sobre ningún principio jurídico se puede estar tan de acuerdo como que: nadie puede ser *juez de su propia causa*²².

Tenemos dos tipos de razones para objetar este argumento. La primera, una de *hecho* (porque nótese que el argumento descansa sobre un supuesto de hecho, que el legislador se comportará como un comprador cuya obligación está sujeta a una condición meramente potestativa que depende de su voluntad): no es verdad que los órganos políticos actúen como los individuos en el mercado, intentando maximizar su utilidad (en este caso su poder). Y de esto tenemos una muestra reciente: cuando uno mira la discusión que ha habido en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado con ocasión de las reformas constitucionales sobre justicia constitucional, uno puede ver el extraño espectáculo de parlamentarios enfrentados a ministros de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Mientras los primeros buscaban formas de limitar aun más sus *propias atribuciones* por la vía de crear una novedosa “acción de inconstitucionalidad”, los segundos opinaban con una finalidad en mente: la de evitar cualquier recorte de sus competencias y beneficiarse de cualquier extensión de competencias que los senadores se manifestaban inclinados a discutir²³. Al menos en este caso (y

imponer restricciones a la pesca de albacora en su mar presencial se reproducirá al momento de elegir el tribunal que ha de conocer del litigio. Para Chile la controversia versa sobre la necesidad de conservación de una ‘especie altamente migratoria’. Chile entonces lleva el caso a un tribunal ante el cual el argumento conservacionista tendrá más expectativas de ser exitoso. Para la Unión Europea la controversia es una sobre libre comercio y restricciones unilateralmente impuestas. La Unión Europea, entonces, lleva el caso a un tribunal ante el cual la protección del libre comercio tiene más probabilidades de pesar como un argumento exitoso. Es el mismo conflicto, no uno distinto. Sobre este problema, véase Hervé y Fuentes, “La controversia del pez espada”; véase también Boyle, “The World Trade Organization and Maritime Environment”.

²² Kelsen, *Quien debe ser* 5.

²³ Véase Boletines NN° 2.526-07 y 2.534-07 (6 de Noviembre de 2001), pp. 506-510; al respecto véase Atria, “Legalismo y reflexividad”.

creo que esto es generalizable) no ha sido el Congreso sino los tribunales (constitucional y Corte Suprema) los que han buscado, por la vía de la interpretación de las reglas que definen sus competencias o de la reforma constitucional, ampliar cada vez más sus atribuciones. Y estos tribunales también son jueces de su propia causa cuando el problema es el de delimitar la esfera de sus competencias.

Como ha sostenido M Tushnet, si los miembros del Congreso tienen un incentivo para maximizar la esfera de sus poderes y responsabilidades, lo mismo vale para la Corte Suprema respecto de su esfera. Y en *Boerne*²⁴ la Corte ejerció tanto como pudo esa capacidad de maximizar su poder. Si la Corte es escéptica respecto de las decisiones que el Congreso toma al definir la esfera de sus poderes y responsabilidades, el Congreso y la ciudadanía deberían ser escépticas respecto de las decisiones de la Corte al definir –y maximizar– la esfera de sus poderes y responsabilidades²⁵.

Pero esta no es la razón principal para objetar el argumento de Kelsen. Él suponía que el conflicto y su decisión debían ser caracterizados de modo análogo a nuestro caso de comprador y vendedor. Recuérdense esas características: (1) el conflicto surge no porque haya desacuerdo sobre las reglas abstractas, sino porque hay desacuerdo sobre cómo esas reglas abstractas definen las posiciones relativas de las partes en concreto; (2) la razón por la cual las partes están en desacuerdo es, al menos en una medida considerable, porque las personas tienden a ser más generosos con sus intereses que con los ajenos, particularmente cuando ellos están en contradicción; (3) las reglas a las que el juez debe recurrir para solucionar el problema no son ajenas a las partes; y (4) el juez debe decidir el problema no desde el punto de vista de su subjetividad, es decir, de sus concepciones del bien y el mal, la justicia y la conmutatividad, sino desde el punto de vista jurídico.

Me gustaría que resultara más bien natural ver a estas características en pares: porque (1) entonces (3), porque (2) entonces (4). Si tengo razón hasta aquí, ahora podemos ver claramente lo que estamos discutiendo en este panel: ¿se justifica la *juridificación* del conflicto político (o parte de él)? ¿Es razonable concebir al conflicto político, como Kelsen lo hizo, como un conflicto que responde a la descripción profunda del conflicto entre

²⁴ En *City of Boerne v. Flores*, 117 S Ct 2157 (1997) la Corte Suprema Norteamericana declaró inconstitucional la *Religious Restoration Act* 1993, a través de la cual el Congreso (en respuesta a *Employment Division v Smith* (494 US 872 (1990), en que la Corte sostuvo que los miembros de la Iglesia Nativa Americana que consumían peyote con fines sacramentales podían ser perseguidos criminalmente de acuerdo a la ley del estado de Oregón) pretendía interpretar las garantías constitucionales de igual tratamiento y debido proceso. La Corte sostuvo que esa pretensión violaba sus atribuciones exclusivas.

²⁵ Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, 26.

comprador y vendedor? Para que los profesores de derecho constitucional, siempre listos para reclamar de la aplicación de criterios de ‘derecho privado’ a cuestiones constitucionales, no objeten esta formulación, o para que no crean ustedes que estoy siendo tendencioso al poner el tema de esta manera, déjenme explicitar qué quiero decir con ‘sentido profundo’: ¿es adecuado concebir el conflicto político como un conflicto cuya solución reside en encontrar reglas comunes y que pueda ser solucionado utilizando una forma de razonamiento que no depende de la subjetividad de quien decide, sino se puede resolver desde *el punto de vista* de esas reglas comunes? En la segunda parte de mi exposición quiero explicar por qué la respuesta a esta pregunta es negativa. Antes de eso, sin embargo, aclarar un punto preliminar, sobre el que volveré al final.

El lector podrá haber notado que no se trata de si el conflicto político *es* como el conflicto entre comprador y vendedor, sino si es *adecuado* concebirlo así. La diferencia entre las formulaciones es crucial, porque la política (o lo político) no es una *cosa* que pueda ser descrita desde fuera, de modo que la mejor teoría será la que mejor la describa. En este sentido, la política (como el derecho) no es como el movimiento de los cuerpos celestes y la evolución de las especies. Nuestras prácticas sociales, la política en particular, son prácticas constituidas por nuestras descripciones (al menos hasta cierto punto)²⁶. Si en un sistema jurídico determinado los seguidores de Oliver W. Holmes convencieran a todos los abogados y jueces de que el derecho es sólo un conjunto de profecías acerca de lo que los tribunales harán, entonces en esa jurisdicción el derecho efectivamente *será* un conjunto de tales profecías. Si un partidario de la escuela del *public choice* nos convenciera a todos de que los agentes políticos se comportan con la misma racionalidad que los agentes de mercado, entonces en nuestra práctica política los agentes políticos se comportarán *efectivamente* como agentes de mercado. Si todos nosotros nos convencemos de que el conflicto político es análogo al conflicto entre comprador y vendedor, entonces *será* análogo. La adecuación de la práctica a la teoría no demuestra la corrección de la teoría, sino sólo que ésta ha sido suficientemente influyente. Nótese la importancia de este punto: para decidir una cuestión sobre estas prácticas (parcialmente) constituidas por nuestras descripciones no podemos hacer lo que hacemos cuando queremos decidir (o mejor, en este caso: *verificar*) si la mecánica

²⁶ Esto no es una característica metafísica de las prácticas sociales (por eso la referencia a ‘nuestras’ prácticas sociales más que a ‘las’ prácticas sociales). Nuestras prácticas sociales son, en algún sentido, auto-concientes: no sólo tenemos prácticas (*e.g.*) políticas y jurídicas, sino que somos conscientes de que tenemos esas prácticas como prácticas diferenciadas. Reflexionamos y discutimos sobre la política y el derecho. La diferenciación y auto-conciencia de nuestras prácticas es lo que las hace dependientes de nuestras teorías.

de Newton es una teoría adecuada de la gravitación universal: no nos sirve observar la cosa objeto de la descripción y ver si ésta es correctamente descrita, porque ahora la cosa no existe con prescindencia de nuestras descripciones. Tratándose de estas prácticas, la determinación de lo que cuenta como una concepción adecuada (no *verdadera*) en algún momento debe hacer referencia a cómo sería *bueno* que fuera lo que estamos ‘describiendo’. Creer que estamos describiendo algo que existe con prescindencia de nuestras descripciones cuando en realidad lo que estamos haciendo es (al menos parcialmente) *constituir* lo que estamos describiendo es lo que desde Marx podemos llamar *falsa conciencia*.

Ahora es necesario volver al argumento del penúltimo párrafo. Recuerden nuestras dos preguntas: (1) ¿Hay reglas comunes a las partes del conflicto cuya aplicación imparcial lo resuelva? (2) Hay una manera de resolver el conflicto que no dependa de la subjetividad del que decide? A la primera pregunta la respuesta natural es: si las hay, son los derechos fundamentales. A la segunda es: si la hay, es el derecho (constitucional). Ahora, en consecuencia, debemos hablar de los derechos fundamentales y del derecho constitucional, aunque veremos que en definitiva el tema es reconducible a uno: el de la distinción entre el razonamiento práctico general y una forma especial del mismo, el razonamiento jurídico.

Derechos Fundamentales

Los derechos fundamentales son el candidato obvio para cumplir la función de constituir las ‘normas propias’ de las que hemos hablado. Basta mirar la mayoría de las constituciones contemporáneas para notar que en ellas la idea de derechos fundamentales tiene una función estrictamente constitucional, constituyente. Ya lo decían los revolucionarios norteamericanos en 1776: “Sostenemos como verdades auto-evidentes” que los hombres nacen dotados de ciertos derechos. Precisamente en la idea de auto-evidencia es donde aparece la dimensión constitutiva de los derechos, porque las verdades ‘auto-evidentes’ no son aceptadas como verdades porque sean redimidas a través de la deliberación pública²⁷. Al contrario, ellas fijan las condiciones bajo las cuales el conflicto es político y no (abierto o solapadamente) militar. Así como los norteamericanos creían en esas verdades auto-evidentes, nosotros, dice el argumento, creemos en los derechos “asegurados” por el artículo 19. En este sentido, entonces, los derechos del artículo 19 son ‘nuestras’ reglas, ‘nuestras’ en el sentido de que ellos nos constituyen a nosotros, los chilenos (aquí, pero sólo *ad arguendo*, me sumo a la aparente amnesia

²⁷ El tema es discutido, con referencia a la idea de derechos humanos, en Atria, “La hora del derecho” (de próxima aparición en *Estudios Públicos*).

colectiva que afecta a los constitucionalistas chilenos sobre el origen de la constitución de 1980).

Sin embargo, las disposiciones del artículo 19 no son normas que satisfagan los requisitos propios de una norma jurídica. Y no los satisfacen no porque sean normas *incorrectas*, es decir injustas (aunque algunos por cierto lo son), sino porque ellas no expresan *concepciones* sino *conceptos*²⁸. Un concepto de justicia, por ejemplo, es el de Ulpiano, ‘dar a cada uno lo suyo’ (D 1.1.10). En este sentido, un concepto es una formulación muy abstracta del contenido de una idea. Un concepto no es una tautología (la tesis de Ulpiano puede ser negada sin contradicción) pero su nivel de abstracción lo hace políticamente incontrovertido. Las personas con concepciones opuestas de la justicia no necesitan discutir el concepto de justicia, pueden reservarse su batería de argumentos para las controversias que surgirán al momento de intentar especificar el contenido del concepto, en este caso al intentar especificar qué es lo que cada uno puede reclamar como suyo²⁹. Esta ulterior especificación es lo que constituye una concepción.

No estoy sosteniendo que los conceptos son vacíos o políticamente inútiles. Al contrario, los conceptos nos permiten entender el rol constitutivo de los derechos. Así entendida, una comunidad política se define por el consenso sobre los conceptos: es correcto dar a cada uno lo suyo (justicia), tratar a todos con igual consideración (igualdad), ordenar las interacciones sociales de modo que cada uno pueda vivir como es bueno para ellos vivir (libertad). La consecuencia de esto, sin embargo, es que los conceptos no aparecen en propia persona en el conflicto político normal: el conflicto político normal es el conflicto sobre cómo hemos de entender nuestros conceptos comunes (es decir, sobre concepciones).

Por lo anterior, la apelación a un concepto (como los derechos fundamentales) nos permite responder sólo una de nuestras dos preguntas: si son normas comunes su aplicación imparcial no puede solucionar el conflicto; si su aplicación imparcial puede solucionar el conflicto no son normas comunes. Ante un conflicto sobre la justicia podemos efectivamente decir que hay un ‘estándar común’ constituido por el concepto de justicia, pero es un estándar que es inútil para dirimir nuestro conflicto. Norberto Bobbio, por ejemplo, ha notado esto en su intento de distinguir derecha e izquierda. Como se sabe, él cree que la distinción está en las concepciones de la igualdad de cada una de estas posiciones, pero no se encuentra, la diferencia, en los

²⁸ La distinción entre conceptos y concepciones fue formulada originalmente por Hart, *Concept of Law*, y fue luego utilizada por Rawls, *Theory of Justice* §1 (Rawls, *Teoría* 1) y por Dworkin, *Law & Empire* 71-72 (Dworkin, *El Imperio de la Justicia* 60-61).

²⁹ Esto ya lo había notado, entre otros, Kelsen, *¿Qué es la Justicia?* 67-68.

conceptos de igualdad, en el hecho de que sólo una de las partes encuentre en la igualdad algo valioso. Como ha dicho Norberto Bobbio, “¿qué doctrina política no tiene que ver en mayor o menor medida con la igualdad?”³⁰.

Lo que aquí Bobbio está diciendo es que a pesar de que las concepciones sobre la igualdad son las que distinguen derecha de izquierda, o mejor dicho precisamente por eso, no podemos usar la *idea* (o concepto) de igualdad para decidir un conflicto entre derecha e izquierda. Ambas partes aceptan el concepto de igualdad (es decir: ambas partes creen que la igualdad es importante, pero aun así están en desacuerdo sobre qué cuenta como ‘igualitario’). De nuevo: si hablamos de *el concepto* de igualdad, estamos haciendo referencia a una norma común a izquierda y derecha, pero a una norma cuya aplicación imparcial no puede solucionar el conflicto, precisamente por ser común; si lo soluciona, entonces no estamos hablando de una norma común, sino de una concepción (de izquierda o derecha) de la igualdad.

Si los derechos constitucionales expresan *conceptos*, entonces, ellos son efectivamente ‘normas comunes’, pero son normas cuya aplicación no adjudica el conflicto. Para adjudicar el conflicto los conceptos que aparecen en el art. 19 de la constitución deben ser complementados por una concepción de esos derechos. Pero esa concepción no está en la constitución, porque la constitución es (o debe ser) neutral entre las diversas concepciones (*precisamente* porque es, o debe ser, ‘nuestra’, común). Por lo tanto, si utilizamos la aplicación judicial de la constitución para dirimir el conflicto político, entonces estamos exigiendo al juez que complemente el contenido del art. 19 con *su propia concepción* de los derechos fundamentales. Pero entonces el juez deja de ser un tercero imparcial, cuya neutralidad respecto del conflicto de las partes era, recuérdese, la mejor garantía de que su juicio sería correcto. Ahora sí nos importa si el juez es socialista o liberal, y con esto violamos la segunda condición establecida al principio: no hay manera “jurídica” de decidir estos conflictos que no sea una reproducción del conflicto político. El juez puede seguir llamándose juez, pero ahora es un aliado de una de las partes. Es un activista (liberal, conservador o socialista, etc.) disfrazado de juez.

Razonamiento jurídico

El argumento, entonces, nos ha llevado al segundo problema. Hemos encontrado ‘normas comunes’ para las partes de un conflicto político, pero son normas que no *pueden* ser suficientes para solucionar el conflicto. Esto nos lleva a cuestionar la plausibilidad de la segunda condición indicada al principio, esto es, que solucionar el caso ‘jurídicamente’ no es lo mismo que

³⁰ Bobbio, *Derecha e Izquierda*, 141.

solucionarlo ‘políticamente’. La idea aquí es que el razonamiento jurídico no es simplemente el razonamiento político o moral conducido por alguien a quien una norma jurídica llama “juez”, sino es un razonamiento de *tipo* distinto.

Nótese la importancia de esta condición: imaginen un conflicto sobre la igualdad entre personas sosteniendo concepciones socialistas y liberales de la igualdad. ¿Qué razón podría tener el liberal para creer que la manera adecuada de solucionar el conflicto es llevar el problema ante un juez socialista? La única razón que puede tener (aparte de su deseo de rendirse) es su creencia de que el juez, antes que solucionar el caso como socialista, lo hará como juez. Pero esto supone que el caso de que se trata *puede* ser solucionado por una persona como juez y no como socialista o liberal, y eso es lo que quiero discutir aquí.

En la sección anterior hemos encontrado razones para pensar que esto es imposible: el artículo 19 contiene una lista de *conceptos* políticos, y los conceptos políticos no discriminan entre posiciones políticas normales, a menos que sean complementados por concepciones. Pero las concepciones son lo que anima la deliberación y el conflicto político, por lo que el juez sólo podrá solucionar el conflicto si se adhiere a una concepción (socialista, liberal u otra). Y ¿cuál será la concepción a la que el juez adherirá? Respuesta obvia: la que el juez crea correcta. El socialista adherirá a una concepción socialista, el liberal a una concepción liberal, etc. Cuando se trata de aplicar el art. 19 de la constitución, no hay, *no puede haber*, distinción entre el razonamiento jurídico y político.

Mi impresión, sin embargo, es que este argumento no exhibe toda su fuerza cuando es presentado en abstracto. Por eso es conveniente ofrecer ahora una demostración ejemplar de qué es lo que quiero decir cuando digo que tratándose del artículo 19 no puede haber diferencia entre el razonamiento jurídico y el político. Para eso, en lo que sigue quiero primero exponer un caso de conflicto político sobre los derechos y luego considerar diversas maneras en que ese ejemplo podría intentar ser respondido por quien quisiera defender la distinción, a este nivel, entre lo jurídico y lo político, para que podamos ver cómo estas estrategias fallan.

El ejemplo que quiero discutir es el siguiente: yo estoy convencido (aunque no puedo ofrecer el argumento aquí) que un compromiso verdadero con la igualdad exige, *inter alia*, la creación de un sistema de salud universal, gratuito al momento de uso, combinado con (a) impuestos progresivos y (b) regulaciones que hagan imposible o a lo menos disuasivamente caro para los ricos excluirse y contratar seguros privados. No hay otro modo, creo, de asegurar igualdad en el suministro de asistencia médica. Ahora, puede que me equivoque porque me falta alguna información empírica. Quizás

simplemente no sé lo suficiente sobre los méritos comparativos del sistema chileno de IISAPRE³¹ frente a un sistema de salud financiado públicamente independiente del nivel de ingresos de los individuos (en adelante, servicio nacional de salud, o SNS). Es más, podría estar equivocado en otro sentido, si la igualdad pudiera en los hechos ser asegurada por un sistema de seguros de salud privados, es decir, si mi teoría sobre la igualdad como valor político fuera incorrecta. Pero éste no es el punto aquí, porque seguiré creyendo lo que creo ahora hasta ser convencido de lo contrario, porque uno sólo puede creer lo que cree (en todo caso, el que ésta sea la idea que inspira al llamado ‘estado de bienestar’ europeo la dota, al menos, de plausibilidad inicial)³².

El problema que quiero discutir ahora es: ¿qué se supone que debo decidir si un reclamo sobre la constitucionalidad de la ley que regula las IISAPRE en Chile debe ser dirimida por la corte constitucional de la que formo parte?

Permítaseme primero definir las reglas del juego: tanto el derecho a la igualdad (arts. 1º, 19 Nº 2) como el derecho a la “protección de la salud” (19 Nº 9) son mencionados por la constitución chilena como parte de los llamados ‘derechos constitucionales’. Ambos parecen poderosos candidatos a ser fundamentales, por lo menos tan poderosos como cualquier otro. Si los derechos fundamentales constituyen ‘límites a las decisiones mayoritarias’ y si yo verdadera y honestamente creo que un seguro privado sumado a subsidios estatales basados en el ingreso va a producir desigualdad, entonces no veo cómo puedo evitar la conclusión de que mi deber como guardián de la constitución y los derechos fundamentales es declarar inconstitucional la ley de IISAPRE. Considero, sin embargo, esta conclusión como una *reductio ad absurdum*: si la corte constitucional puede elegir el sistema de salud para un país como Chile, no veo por qué no debería decidir sobre la tasa adecuada del impuesto a la renta, la manera preferible de combatir la delincuencia, la lista de conductas que debe ser penalmente típica, etc.

Éste es, entonces, nuestro problema: si he de aplicar los conceptos constitucionales del art. 19 a controversias políticas tendré que complementar esos conceptos con alguna concepción, y naturalmente no podré hacerlo sino con la concepción que es a mi (falible) juicio correcta (lo contrario sería prevaricación). Pero mi concepción sobre la igualdad o la protección

³¹ ISAPRE (*pl* IISAPRE)=Institución de Salud Previsional (agencia privada de seguros de salud).

³² NB: Que uno sólo pueda creer lo que cree no quiere decir, desde luego, que uno no pueda cambiar sus creencias. Pero el converso que recuerda sus días agnósticos entenderá que entonces estaba equivocado (no sólo que ahora estaría equivocado si siguiera creyendo lo mismo), y eso no cambiará por el hecho de que si en esos días le hubieran preguntado su opinión acerca de los creyentes también habría respondido que ellos están equivocados.

de la salud o la libertad es suficiente para dirimir prácticamente todos los conflictos políticos, como supongo que le ocurre al lector también: uno tiene opiniones sobre la igualdad, la libertad, la protección de la salud, etc, que justifican sus opiniones políticas sobre la mayoría de los temas políticos que se discuten. De las opiniones de cada uno sobre la igualdad, la libertad, el debido proceso (etc), se sigue una opinión sobre el problema de la inmigración, la utilización de cámaras de velocidad en las carreteras, la anticoncepción de emergencia, el llamado ‘problema de los derechos humanos’ en Chile, etc. Si el deber de un miembro de un tribunal constitucional es complementar los conceptos constitucionales de igualdad y libertad (etc) con *sus propias concepciones*, entonces todos los conflictos políticos son solucionados por la constitución así complementada. Podemos prescindir del parlamento y pedirle a los miembros del tribunal constitucional que tomen las decisiones por nosotros.

Como dije, creo que esto es una *reductio ad absurdum*, es decir, creo que quien quiera defender la aplicación judicial de la constitución a conflictos políticos deben evitar esta conclusión. De modo que veamos cómo es posible evitarla:

Primero. Se ha dicho que no se llega a la situación en la que el tribunal constitucional reemplaza al Parlamento, porque este tribunal es un ‘legislador negativo’³³. No tiene iniciativa para decidir, sino sólo para vetar. Pero esta limitación, aunque soluciona parte del problema, deja abierto el problema principal, porque yo puedo estar convencido de que sólo tengo autoridad como legislador negativo y aun así revocar la ley de IISAPRE: todo lo que tendría que concluir es que no puedo *instruir* al legislador a crear un SNS, pero eso me dejaría en libertad para declarar inconstitucional toda otra alternativa hasta que el legislador le ‘acierte’.

Segundo. Algunos autores han creído que el problema que estamos discutiendo es una peculiaridad de los llamados derechos ‘sociales’ que no se presenta respecto de los derechos llamados ‘civiles y políticos’. Ellos explican esta diferencia porque éstos son *negativos* en el sentido de que sólo exigen una abstención, mientras aquellos son *positivos* porque demandan una acción³⁴. Si esto fuera correcto, la solución a nuestro problema podría ser la de restringir el rango de los derechos judicialmente protegibles, y limitarlo a los llamados derechos ‘negativos’. Pero esto tampoco funciona, porque el argumento de nuestro ejemplo no es que el gobierno, al modificar la ley de IISAPRE, está *dejando de hacer* algo (aunque también creo es-

³³ Cf. Kelsen, *¿Quién Debe Ser el Defensor de la Constitución?* (Madrid: Tecnos, 1995; orig edn 1931), pp. 36-37.

³⁴ He discutido esta cuestión en Atria, “¿Existen derechos sociales?”.

to), sino que está activamente haciendo algo que implicará un tratamiento desigual, algo que llevará, como ha llevado en Chile, a la existencia de dos países: uno donde la gente va a la consulta y luego a la clínica, antes de ir a dejar a los niños al colegio, y otro donde uno va primero al consultorio y luego al hospital, antes de recoger a los niños de la escuela (todo esto complementado con un derecho a la igual libertad de ricos y pobres no sólo para dormir bajo los puentes del Mapocho, sino también para elegir entre escuelas y colegios, consultas y consultorios, hospitales y clínicas). De aquí que un derecho negativo, que proteja a los ciudadanos de cualquier acto gubernamental que niegue su igualdad justificaría, bajo los supuestos descritos aquí, que yo revoque la ley de IISAPRE por inconstitucional, y por consiguiente no nos permitiría evitar la conclusión absurda de que es el tribunal constitucional el que tiene potestad para decidir todas las cuestiones relevantes políticamente³⁵.

Tercero. Una distinción relacionada que podría usarse aquí (o quizás la misma distinción bajo distintas etiquetas) es la que distingue entre derechos de ‘libertad’ y de ‘bienestar’³⁶, derechos que sólo pueden ser respetados actuando de un modo determinado y derechos que pueden ser satisfechos de varias maneras alternativas. R. Alexy ha sostenido que los derechos ‘de libertad’ corresponden a la primera descripción mientras los derechos ‘de bienestar’ corresponden a la segunda. Así las cosas, mi deber como magistrado constitucional de no revocar la ley de IISAPRE por inconstitucional nacería del reconocimiento de que, como hay más de una forma de respetar y promover esos derechos de ‘bienestar’, debería reconocérsele al poder legislativo un ‘margen de acción’. Alexy explica esta idea de la siguiente manera:

³⁵ Otra manera de mostrar que la distinción entre derechos positivos y negativos no puede cumplir la función de distinguir entre derechos-como-límite y otros derechos es ésta: en la noche del 22 de abril de 1993 un adolescente negro, Stephen Lawrence, fue apuñalado hasta la muerte en Londres. La policía no presentó cargos contra quienes eran considerados como los principales sospechosos del crimen, un grupo de adolescentes blancos. Después de una investigación pública y dos conducidas por la policía se llegó a la conclusión de que la Policía Metropolitana actuaba con considerable racismo conciente e inconsciente. La investigación pública, conducida por Sir William MacPherson, llegó a la conclusión de que la Policía Metropolitana demostraba considerable ‘racismo institucional’, *i.e.* “el fracaso colectivo de una organización de proveer un servicio apropiado y profesional a las personas en razón de su raza, cultura, u origen étnico”. El derecho a no ser discriminado por razones raciales es probablemente uno de los candidatos más obvios a ser un derecho-como-límite (negativo), y sin embargo en este caso para que el gobierno lo respetara no era suficiente que se abstuviera de hacer cosas: debía hacer, al contrario, un cantidad de cosas bastante caras para cambiar la cultura policial que fomentaba y mantenía ese racismo institucional.

³⁶ ‘De bienestar’ lo uso aquí como sinónimo de ‘de prestación’ (hay controversia sobre su propia denominación, por lo que aquí debe entenderse la anterior como una *mera* etiqueta).

Si es posible salvar a alguien que se está ahogando o bien nadando o bien arrojándole un salvavidas o con la ayuda de un bote, en modo alguno están ordenadas al mismo tiempo las tres acciones de salvamento. Lo que está ordenado es, más bien, la realización de la primera, de la segunda o de la tercera acción. Pero esto significa que el destinatario del mandato de salvamento, si no se suman otras razones limitantes, tiene un *campo de acción* dentro del cual puede elegir cómo desea cumplir con el mandato. Con la expresión ‘campo de acción’ se ha pronunciado la frase clave con respecto a la justicialidad de los derechos a acciones positivas³⁷.

El problema con esta explicación es que contiene una petición de principios. Ciertamente yo *podría* creer que tanto un SNS como un sistema de IISAPRE son igualmente adecuados para proteger el derecho a la igual protección de la salud, pero esto no es lo que creo. De hecho, la mayoría de los partidarios de ambos sistemas estarían en desacuerdo con esta afirmación. ¿Desde dónde opina el abogado de Alexy cuando sostiene que ambas formas son igualmente adecuadas? Esto *parece* ser simplemente una tercera posición, pero Alexy cree que puede formularla desde un punto arquimedeano, neutral entre ellas. Sólo concibiéndola así podemos usar esta tercera postura para decidir si el conflicto entre las otras dos es constitucionalmente aceptable, para decidir si el legislador tiene un ‘campo de acción’ constitucionalmente protegido. Pero este punto arquimedeano no existe, y esta posición, la que sostiene que ambos sistemas son ‘constitucionalmente equivalentes’ y por eso que el legislador tiene un ‘campo de acción’, el mismo campo de acción que tiene la persona que debe salvar al que se está ahogando arrojándole un salvavidas o nadando hacia ella, *es simplemente una tercera posición*. Ahora en nuestro ejemplo debemos tomar en cuenta tres posiciones, no dos: (1) al que cree que sólo un sistema público con restricciones al seguro privado logra proteger igualmente la salud; (2) al que cree que sólo un sistema de seguros privados (con subsidios para los que no pueden pagarlos) es aceptable por consideraciones de libertad personal, y (3) la de Alexy, que sostiene ambas fórmulas proveen de la misma protección. Pero la posición (3) es una concepción de los derechos en cuestión que no se distingue cualitativamente de las otras. Alexy sólo ha mostrado que si uno cree que los dos sistemas son aceptables, entonces los dos sistemas son constitucionalmente aceptables. Pero la recomendación de Alexy al que cree en la posición (1) no soluciona nuestro problema:

Cuando son adecuadas varias acciones de protección o promoción, ninguna de ellas es necesaria para el cumplimiento del mandato de protección

³⁷ Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; orig. ed. 1986) p. 447.

o promoción; lo único que es necesario es que se realice alguna de ellas. Sólo si existe una única acción adecuada de protección o promoción, ella es necesaria para el cumplimiento del derecho a prestación. *En este caso, la estructura del derecho a prestación es igual a la del derecho de defensa*³⁸.

El argumento de Alexy se basa en la distinción entre la pregunta política (¿cuál es el mejor sistema?) y la pregunta *jurídica* (¿cuáles son los sistemas aceptables constitucionalmente?). Pero estas dos no son cuestiones distintas: un socialdemócrata europeo creará en (1), mientras lo que nosotros llamamos un 'liberal' creará en (2), y lo que los norteamericanos llaman un '*liberal*' creará (3). Alexy arbitrariamente concede a (3) una posición de preferencia, de árbitro. Me sorprendería mucho si en su calidad de ciudadano Alexy no pensara que la posición correcta es la (3).

Cuarto. La cuarta forma de evitar nuestra conclusión absurda, defendida por C. Rosencrantz³⁹, soluciona el problema de raíz: ella afirma que, como hay desacuerdo político respecto de cuáles son los principios distributivos correctos, debemos excluir del catálogo constitucional referencia a los llamados 'derechos sociales'. Rosencrantz llega a la misma conclusión a la que ya habíamos llegado respecto de los que llama 'derechos distributivos', es decir, que no constituyen normas comunes a las partes cuya aplicación imparcial pueda solucionar el conflicto entre ellas. Pero él cree descubrir esas normas comunes en las que, siguiendo a Rawls, denomina 'libertades básicas'⁴⁰, y por eso afirma que ellas pueden ser constitucionalizadas sin detrimento del conflicto y la deliberación políticos. De este modo el profesor Rosencrantz cree poder evitar la conclusión absurda: el derecho a la protección de la salud no estaría constitucionalmente protegido, y por consiguiente la manera en que los servicios públicos o privados han de organizarse para proveer protección a la salud sería una cuestión que quedaría completamente entregada a la decisión legislativa. Pero lo que Rosencrantz no nota es que lo que él llama 'derechos distributivos' pueden afectar a las libertades básicas, al menos de acuerdo a algunas concepciones de éstas (y de aquellas). Así, por ejemplo, un sistema público y universal de salud sólo es sostenible en la medida en que se restringe el derecho de los usuarios de elegir el médico tratante. ¿Es esto una restricción a las libertades básicas protegidas por la constitución? O para considerar un caso más cercano a nuestra experiencia: el Gobierno chileno ha anunciado su intención de establecer la obligación de los colegios particulares subvencionados de recibir

³⁸ *Idem*, p. 47 (subrayado agregado). Alexy llama a veces 'derechos de defensa' a los 'derechos de libertad', pero estos términos son sinónimos (*cf. idem*, p. 419).

³⁹ Rosencrantz, "La pobreza, la ley y la constitución"

⁴⁰ Rawls, *Theory of Justice* (Rawls, *Teoría* §11).

una cuota de 15% de lo que el Gobierno llama ‘alumnos vulnerables’, que los colegios subvencionados no podrían rechazar. Esta medida, podemos suponer aquí, pretende aumentar la integración y diversidad social de esos colegios y mejorar la educación a la que pueden acceder niños de condición ‘socioeconómica y familiar’ precaria. Los sostenedores⁴¹ de esos colegios probablemente reclamarán que esta restricción a su libertad es inconstitucional, y ese reclamo llegará a una corte⁴². La corte, por su parte, notará que lo que el Gobierno busca no es, en términos de Rosencrantz, promover una ‘libertad básica’, sino un objetivo agregativo (disminuir la desigualdad del sistema educacional, o aumentar las oportunidades de los niños más ‘vulnerables’). No es posible determinar la constitucionalidad de esta medida sin una concepción política que asigne peso relativo a la libertad del dueño de un colegio subvencionado de elegir a los alumnos de éste y a la igualdad de oportunidades (o la finalidad que a su juicio esté detrás de la iniciativa de Gobierno)⁴³.

⁴¹ En Chile hay establecimientos educacionales (básicos y secundarios) de tres regímenes: municipales, privados subvencionados y privados. Los últimos son establecimientos que se financian exclusivamente con lo que perciben de sus alumnos como pago de la educación que reciben. Los dos primeros son financiados por el Estado. Los establecimientos *municipales* son además gestionados por el Estado, a través de los municipios. Los *privados subvencionados* pertenecen a una persona natural o jurídica (un ‘sostenedor’) que recibe una subvención por alumno. El sostenedor de un establecimiento subvencionado lo administra y tiene una libertad bastante amplia para decidir cuestiones sustantivas como admisión, filiación religiosa del establecimiento (muchos de estos colegios subvencionados pertenecen a la Iglesia Católica y son colegios de denominación católica), reglamento interno (incluyendo causales de expulsión), etc.

⁴² Como ya han reclamado algunos profesores: véase Sierra, “Cuotas obligatorias”.

⁴³ Otra instancia del mismo problema: En Chile, toda persona que recibe una remuneración como trabajador dependiente está por ley obligada a destinar el 7% de ella (con un tope superior) a pagar por un plan de salud. Si esa cantidad es suficiente, la persona contrata un seguro privado de salud con una ISAPRE; si no lo es, la persona es cubierta por FONASA (=Fondo Nacional de Salud), el sistema público, y su 7% es percibido por FONASA. Como parte de una reforma de los sistemas de protección de la salud, el Gobierno ha propuesto que en todo caso una parte de este 7% se destine a FONASA. Así, parte de lo que hasta hoy es una cotización obligatoria pasaría a ser un impuesto. Con el resto las personas todavía podrán hacer lo que deseen: contratar un seguro en una ISAPRE o recurrir a FONASA. Huelga decir cuál será la consecuencia de esta reforma, si llega a realizarse: muchas personas que hoy están en condiciones de pagar un seguro privado no podrán hacerlo y tendrán que retirarse del sistema privado para recurrir al público. ¿Es esto constitucionalmente aceptable? Para los que creen que (1) es la respuesta correcta, ésta puede ser una medida transicional adecuada; quienes creen (2) creerán que es inaceptable. De hecho, un miembro del tribunal constitucional chileno que es partidario de (2) ya ha hecho saber su opinión: “el 7% de cotización obligatoria impuesta por la ley es patrimonio del cotizante respectivo, estando destinada [sic] a contribuir al financiamiento de las acciones de salud para él y sus familiares. Se trata por consiguiente y sin duda, de un bien cuyo dominio o propiedad pertenece al cotizante. Por tal razón consideramos discutible el mérito constitucional de la idea, hasta hoy sólo tal y no articulada en proyecto de ley, que destina el 3% de ese guarismo a un fondo común y solidario para el propósito referido” (Cea, *Derecho Constitucional Chileno* 312).

Pero se nos ha dicho que los derechos (al menos los ‘de libertad’) son protecciones contra-mayoritarias, “cartas de triunfo”⁴⁴, queriendo decir con eso que los derechos no pueden ser ‘sopesados’ cuando entran en conflicto con finalidades agregativas, es decir, de bienestar colectivo. En nuestros ejemplos, sin embargo, parece que hemos llegando precisamente a la conclusión de que el juez constitucional deberá sopesar derechos contra finalidades colectivas. Para evitar esta conclusión, deberíamos volver sobre nuestros pasos, desechar el argumento del párrafo anterior y negarle al juez constitucional potestad para balancear la libertad del sostenedor de un colegio subvencionado de elegir a los alumnos de éste con la igualdad de oportunidades. El juez tiene que declarar inmediatamente la inconstitucionalidad del proyecto mencionado porque, con independencia de cuánto bienestar colectivo ellas podrían originar, lo hacen restringiendo libertades, y los derechos nunca pueden ser restringidos para aumentar la utilidad global.

De modo que enfrentamos una alternativa, a pesar de que para evitar alternativas como éstas ya hemos pagado el precio increíblemente alto de eliminar de nuestra constitución toda referencia a los ‘derechos sociales’: o instruimos a nuestros jueces para que entiendan las libertades básicas como ‘cartas de triunfo’, declarando inconstitucional cualquier medida que, para obtener una finalidad agregativa, afecte a una de esas libertades, o los instruimos para que cuando una finalidad colectiva afecte una libertad básica sopesen los valores relativos de una y otra; consideren el valor de la libertad que se ve afectada en relación al valor del fin agregativo que la medida en cuestión persigue. Si elegimos el primer camino, estaremos dando prioridad completa a las libertades básicas sobre las demandas de justicia distributiva, constitucionalizando un régimen neoliberal nozickeano⁴⁵; en el segundo, estaremos volviendo a nuestro problema original, porque para decidir cuál es el peso relativo de las distintas políticas de gobierno tenemos precisamente al parlamento⁴⁶.

⁴⁴ Dworkin, “Rights as Trumps”.

⁴⁵ La referencia es a Nozick, *Anarquía*.

⁴⁶ En conversación, el profesor Rosencrantz ha manifestado que el argumento anterior no lo representa fielmente. Él no constitucionalizaría una garantía de libertad en sentido amplio, precisamente para evitar el problema al que me he referido. La lista de derechos constitucionales que Rosencrantz incluiría en la constitución resulta ser particularmente restringida, y sólo se referiría, podemos suponer, a aquellos derechos en contra de cuya violación “todos reaccionarían instantáneamente”. Rosencrantz, “La pobreza, la ley y la constitución”, 249. A mi juicio, con esta solución Rosencrantz soluciona nuestro problema, pero al precio de reducir nuestras normas comunes a un mínimo extraordinariamente reducido. Como se verá, mi respuesta es que incluir conceptos en la constitución tiene una función constitutiva importante, y no veo, como Rosencrantz, razón para entender que nuestras normas comunes deben ser interpretadas por otros: ¿por qué no podemos, como ciudadanos, reclamar *para nosotros* la competencia de

Y ahora completemos el círculo, antes de volver al punto inicial. Hemos visto que en definitiva nos vemos enfrentados a la alternativa de entender que cuando la constitución protege libertades básicas las está convirtiendo en lo que los filósofos del derecho llaman *razones excluyentes*⁴⁷, es decir, razones para decidir sin considerar el balance de (otras) razones, en particular sin considerar cómo la acción propuesta fomenta el bienestar colectivo, o concebirlos como razones de primer orden especialmente fuertes, que en consecuencia pueden ser derrotadas por otras razones de primer orden (como el bienestar colectivo que se seguirá de la adopción de determinada política). Enfrentados a esta cuestión ¿cómo hemos de decidir? La respuesta es previsible: no puede ser sino una cuestión de concepciones políticas. La primera posibilidad termina en un estado nozickeano, mínimo o ultramínimo, y no es raro que quienes tienen simpatías por el neoliberalismo de *Anarquía, Estado y Utopía* entenderán los derechos de esta manera, como Nozick, como restricciones morales indirectas⁴⁸ (el libro de Nozick comienza diciendo “los individuos tienen derechos, y hay cosas que ninguna persona o grupo puede hacer sin violar esos derechos”⁴⁹). La segunda, por su parte, hace constitucionalmente posible un estado más interventor, y por eso no es extraño que quienes se encuentran más cercanos a posiciones socialdemócratas o socialistas optan por la segunda opción. No es sólo el concepto de libertad o igualdad lo que requiere ser complementado por una concepción de la libertad y la igualdad. Es el concepto mismo de *derecho* el que no sirve si no es complementado por una concepción del mismo tipo.

Conclusión. Política y derecho: todo es político

En algún sentido esto nos enseña lo que ya sabemos. Todos nosotros tenemos creencias, más o menos fuertes, sobre el bien y la justicia, sobre cuáles son las decisiones políticas correctas y cuáles incorrectas. En clave de primera persona del singular, estas creencias no son contingentes: yo no puedo creer en una concepción de la justicia y al mismo tiempo creer que creo sólo porque decido creer. No, yo creo en lo que creo porque lo que creo es correcto⁵⁰.

interpretar (a través de la acción política) nuestras normas comunes? He discutido el estatus de esta lista muy restringida de derechos extraordinariamente duros en Atria, “La hora del derecho”, Atria, “Legalismo, política y derechos”.

⁴⁷ Raz, *Practical Reason and Norms* 142.

⁴⁸ Nozick, *Anarquía* 40-47.

⁴⁹ *ibid* 7.

⁵⁰ Esto lleva a interesantes paradojas tratándose de creencias que sabemos que tenemos por razones contingentes (como el que es católico pero sabe que si no hubiera nacido en una familia católica no lo sería): véase Cohen, *Si Eres Igualitarista, ¿Cómo es que eres tan rico?* 23-38.

Las creencias que describimos en tercera persona, por otra parte, pueden ser concebidas como contingentes.

Aunque lo anterior puede parecer insostenible, en realidad es obvio, y para mostrar su obviedad podemos decirlo de otro modo: es perfectamente posible decir, en *tercera persona*, 'él cree que X (es correcto), pero está equivocado'; es contradictorio decir, en *primera persona*: 'yo creo que X (es correcto) pero estoy equivocado'. Por supuesto esto no implica que yo no pueda estar, de hecho, equivocado. Sólo implica que yo no puedo creer que X y al mismo tiempo creer que sería correcto que pensara de modo distinto. En este sentido yo no puedo concebir mis creencias morales como contingentes.

Pero las decisiones políticas que *nosotros* tomamos valen precisamente por razones contingentes, como por ejemplo que una mayoría las ha aprobado en las circunstancias tales y cuales. La democracia sólo es posible en la medida en que cada ciudadano acepte que sus opiniones, no contingentes como cada uno de ellos las entiende, carecen de cualquier preferencia especial: ellas valen tanto como las opiniones contingentes de los otros. Por esto, lo político empieza cuando ante el hecho del desacuerdo los miembros de una comunidad están dispuestos (al menos parte del tiempo) a ver sus creencias desde la perspectiva de la tercera persona, simplemente como creencias que pueden o no ser correctas. Esto no quiere decir falta de fidelidad a las creencias de uno, quiere decir que entre las creencias de uno está la creencia de que la existencia de la comunidad política hace posible una forma de vida que tiene valor aun a pesar de que ella a veces actúe de modo reprochable. Pero no hay garantía de que esto siempre va a ser así. El colapso de 1973 se debió a que una buena cantidad de chilenos creyeron que la supervivencia de la comunidad política chilena tenía menos valor que la justicia o injusticia intrínseca de esa práctica. Esta es probablemente una de las decisiones más profundas que una persona puede tomar, y para ella cada uno de nosotros está solo en el universo: ¿Es tu posición, con la que yo disiento, tan opuesta a mi forma de vida o a lo que yo creo que es correcto que nuestra común pertenencia a una comunidad política pierde su valor? ¿O es una que, aunque considero más o menos equivocada, no priva de valor a la comunidad que tu y yo compartimos? En el primer caso hemos llegado a los límites de lo político: más allá queda la guerra. Ese fue el punto que los chilenos alcanzamos hace 30 años. En el segundo caso nos reconocemos como ciudadanos iguales de una práctica política valiosa, y seremos adversarios políticos. Pero estas decisiones son nuestras, como ciudadanos, y no de jueces. En esto los jueces son, como hemos visto, simplemente otros ciudadanos.

Al nivel del que estamos hablando, *todo es político* y no podemos escaparnos de eso. No tiene sentido que, llenos de nostalgia por un premo-

derno orden natural, no-contingente, busquemos anclar nuestras prácticas políticas en algo que no dependa de nuestras prácticas: sólo el Barón de Münchhausen puede salir del agua tomándose de los pelos y tirándose hacia arriba. Desde los inicios de la modernidad hemos entendido lo político como contingente, en el sentido de que podría haber sido de otro modo. Para bien o para mal, ya no podemos encontrar refugio ni en la naturaleza ni en la divina providencia, porque ni la naturaleza ni la divina providencia nos gobiernan: *nosotros* nos gobernamos, y sólo por eso podemos ser libres. La contingencia de la política es lo que hace posible la libertad. Pero la contingencia de la política aterra, en particular a comunidades políticas que han quedado traumatizadas, como la chilena, después de haber sufrido las consecuencias de esta contingencia, de que las cosas siempre puedan ser de otro modo, incluso del peor modo posible. Es entonces cuando oímos el canto de sirena del derecho, la promesa de que es posible encontrar algo no contingente, algo que puede atarnos cuando el conflicto político se decida de modos que a nosotros nos parecen inconvenientes e incluso perversos. Es entonces cuando queremos poder volvernos hacia algo que no dependa de los contingentes resultados de la política, algo que esté *siempre ahí*. Pero no hay nada. No sirve sujetar la mesa para evitar que se desplome el castillo de naipes cuando hay un terremoto. Sólo sirve intentar construirlo de la mejor manera posible, no para que soporte cualquier terremoto concebible, porque eso es imposible, sino para que soporte lo más posible, y esperar confiados que no haya uno más fuerte.

No quiero terminar con esta analogía, porque induce a creer que la suerte del proceso político depende de fuerzas que operan en su exterior. No cabe duda de que en algunos casos es así. Pero no, me atrevo a decir, en los más importantes. Y es importante decirlo aquí, en este auditorio, porque los abogados (a diferencia de los filósofos del derecho) siempre han sabido que el derecho no es una *cosa* que pueda ser descrita con independencia de lo que los participantes de nuestras prácticas jurídicas crean que es. Lo que he hecho en estas palabras finales es rescatar una concepción del derecho y de lo político distinta de la que subyace a las ideas hoy en boga sobre control de constitucionalidad. En esta visión, lo que nos han enseñado a mirar como un defecto de lo político, su contingencia, es su virtud. Riesgosa, sí, pero su virtud. ¿Y el derecho? El derecho lo que hace es *reducir* la contingencia porque una de las razones por las que lo político tiene valor es que nos permite llevar nuestras vidas privadas. Esas vidas necesitan mecanismos de reducción de la contingencia, que nos permitan planificar nuestras vidas y vivir conforme a nuestros planes y no simplemente ser cuerpos a través de los cuales la vida es vivida. La política como contingencia, el derecho como negación de la contingencia. Si intentamos sujetar la política al derecho, podemos

perder ambos: al derecho porque se hace contingente, vulgarizándose⁵¹; la política porque se hace no-contingente, en el sentido de que se transforma en una actividad puramente gerencial, reducida a simple racionalidad de medios, pues los fines a los que esa actividad gerencial se orienta ya están determinados por la constitución y sus intérpretes autorizados.

Referencias

- ATRIA, F.: “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, en 12 *Revista de Derecho* (2001): 119-156.
- ‘Legalismo y reflexividad: la contraloría como modelo’, en J Pallavicini y R Herrera (eds): *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho* (Santiago: Contraloría General de la República, 2002).
- “La hora del derecho. Los ‘derechos humanos’ entre el derecho y la política”, en 91 *Estudios Públicos* (2003): 45-90.
- ‘Legalismo, política y derechos’, en M Alegre, A do Amaral, F Atria et al: *Los Derechos Fundamentales* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003).
- “Ubi ius ibi remedium? La relevancia jurídica de los derechos humanos”, en 3 *Revista de Estudios de la Justicia* (2003): 35-47.
- “¿Existen derechos sociales?” en 4 *Discusiones* (2004).
- BOBBIO, N.: *Derecha e Izquierda* (Madrid: Taurus, 1996), traducido por A Picone.
- BOYLE, A.: ‘The World Trade Organization and Maritime Environment’, en M H Nordquist, J N Moore y S Mahmoudi (eds): *the Stockholm Declaration and the Law of the Marine Environment* (The Hague: Kluwer, 2003).
- CEA, J. L.: *Derecho Constitucional Chileno. Derechos, deberes y garantías* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004).
- COHEN, G. A.: *Si Eres Igualitarista, ¿Cómo es que eres tan rico?* (Barcelona: Paidós, 2001).
- COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN: *Informe* (Santiago: La Nación, 1991).
- DETMOLD, M. J.: “Law as Practical Reason”, en 48 *Cambridge Law Journal* (1989): 436-471.
- DWORKIN, R.: ‘Rights as Trumps’ (1981), en J Waldron (ed): *Theories of Rights* (Oxford: Oxford University Press, 1984).
- *Law’s Empire* (London: Fontana, 1986); también *El Imperio de la Justicia* (Barcelona: Gedisa, 1988), traducido por C Ferrari.
- *El Imperio de la Justicia* (Barcelona: Gedisa, 1988; edn orig 1986), traducido por C Ferrari.
- ELSTER, J.: *Ulises y las Sirenas* (México: Fondo de Cultura Económica, 1989; edn orig 1979).
- HART, H. L. A.: *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1994; edn orig 1961); también *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963), traducido por G Carrió.

⁵¹ Véase Atria, “La hora del derecho” 57-69.

- HERVÉ, D. y X. FUENTES: “La controversia del pez espada”, en de próxima aparición en *Estudios Internacionales* (2004).
- KELSEN, H.: *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* (Madrid: Tecnos, 1935)1931), traducido por Brie, R.
- *¿Qué es la Justicia?* (Buenos Aires: Leviatán, 1987; edn orig 1957).
- *Teoría Pura del Derecho* (México: Porrúa, 1991; edn orig 1960), traducido por R J Vernengo.
- LOCKE, J.: *Dos Ensayos sobre el Gobierno* (Madrid: Espasa-Calpe, 1991)1690), traducido por Giménez, F.
- NINO, C.: ‘Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad’, en Ackerman, Rosenkrantz, Balbín et al: *Los Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad* (Madrid: Centro de Estudios Públicos, 1991)1991.
- NOZICK, R.: *Anarquía, Estado y Utopía* (México: Fondo de Cultura Económica, 1990; edn orig 1974), traducido por R Tamayo.
- PEÑA, C.: *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales* (Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, s.f.).
- RAWLS, J.: *A Theory of Justice* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971); también *Teoría de la Justicia* (México: Fondo de Cultura Económica, 1985), traducido por M D González.
- *Teoría de la Justicia* (México: Fondo de Cultura Económica, 1985)1971), traducido por M D González.
- RAZ, J.: ‘Authority, law and morality’, en Raz: *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Clarendon Press, 1985)1994.
- *Practical Reason and Norms* (Princeton: Princeton University Press, 1992; edn orig 1975); también *Razón Práctica y Normas* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992), traducido por J Ruiz Manero.
- ROSENCRANTZ, C.: ‘La pobreza, la ley y la constitución’, en A Bullard, J Couso, R Gil Lavedra et al: *El Derecho como Objeto e Instrumento de Cambio Social* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003).
- SCHMITT, C.: *La Defensa de la Constitución* (Barcelona: Labor, 1998)1931), traducido por Sánchez, M.
- SIERRA, L.: “Cuotas obligatorias de alumnos ‘vulnerables’ en la educación subvencionada: defectos constitucionales”, en 266 *Centro de Estudios Públicos: Puntos de referencia* (2003).
- TROPER, M.: “The logic of justification of judicial review”, en 1 *International Constitutional Law* (2003): 99-121.
- TUSHNET, M.: *Taking the Constitution away from the Courts* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999).
- WALDRON, J.: *Law and Disagreement* (Oxford: Clarendon Press, 1999).
- WEBER, M.: *Economy and Society* (Berkeley: University of California Press, 1978; edn orig 1922).



DOXA 26 (2003)

UNA FILOSOFÍA PARA ERIZOS: UNA APROXIMACIÓN AL PENSAMIENTO DE RONALD DWORKIN

M^a Lourdes Santos Pérez
Universidad de Salamanca

Desde “Judicial Discretion”¹ hasta “Terror and the Attack on Civil Liberties”², han transcurrido cuarenta años. En cuatro décadas, Dworkin se ha revelado un escritor muy prolífico, con una producción literaria que ronda las doscientas publicaciones entre conferencias, artículos y libros. No sólo estamos ante una bibliografía abultadísima sino que ésta representa una de las aportaciones más fecundas a la filosofía del derecho. Además de las numerosas reimpresiones de sus obras, de la traducción a numerosas lenguas y de la abultadísima bibliografía secundaria que ha generado, existe un acuerdo generalizado en el sentido de reconocer que, desde que saliese a la luz en 1977 *Taking Rights Seriously*, Dworkin ha protagonizado algunas de las polémicas que han tenido efectos más importantes en el desarrollo de la teoría del derecho de los últimos tiempos.

Pero que Dworkin sea un autor muy popular no significa que sea suficientemente *bien conocido*. El hecho de que a menudo su pensamiento haya sido objeto de interpretaciones erróneas y malentendidos puede explicarse, en mi opinión, a la luz de ciertos rasgos asociados a su obra. Me gustaría llamar la atención sobre tres de ellos. *En primer lugar*, estamos ante un escritor muy fecundo. Aunque en el grueso de su producción no faltan “libros”, Dworkin se ha revelado ante todo un articulista prolífico, que además no desdénia incursiones en ámbitos temáticos que trascienden la esfera estrictamente académica. Más aún, buena parte de los libros por él publicados no obedecen a un diseño sistemático, sino que son más bien colecciones de artículos publicados al hilo de incitaciones muy diferentes. Eso hace que en ocasiones no sea inmediatamente perceptible el nexo sistemático que, sin embargo, presta unidad teórica a contribuciones suyas dispersas. *Además*,

¹ DWORKIN 1963. Debo advertir que las referencias que contiene este trabajo no son exhaustivas sino meramente ilustrativas.

² Cuando redacto estas líneas acaba de aparecer este nuevo título: cfr. DWORKIN 2003.

Dworkin construye su teoría recurriendo asiduamente a una terminología y, en general, a un “utillaje” teórico muy original, que dificulta considerablemente la tarea de situar sus ideas dentro de un marco de discusión más convencional. Esto es particularmente visible en la relación que Dworkin establece con las teorías rivales: él elabora su teoría del derecho y su teoría política en gran medida a partir de la crítica de posiciones adversas, pero muy a menudo construye sus propios contrincantes a la medida de sus necesidades argumentales, y eso crea problemas a la hora de identificarlos en el panorama histórico-filosófico. *Finalmente*, Dworkin tiende a situar la discusión en el nivel más profundo de los supuestos de fondo, allí donde convergen cuestiones fundamentales de teoría del derecho, filosofía política y filosofía moral, disolviendo las barreras disciplinares convencionales que sirven de coordenadas para las discusiones. Para entender este último punto, resulta particularmente reveladora la distinción que Dworkin ha trazado en uno de sus últimos trabajos³ entre lo que denomina una filosofía moral y política *para zorros* y una filosofía moral y política *para erizos*. Mientras que los zorros son una clase de pensadores que mantienen una visión dispersa y múltiple de la realidad persiguiendo, en consecuencia, fines diferentes, en ocasiones contradictorios entre sí, sin pretender integrarlos en una única visión globalizadora, los erizos, entre los que se incluiría el propio Dworkin, aspiran a poder articular una visión del mundo coherente a partir de un principio rector o de un conjunto coherente de principios, a la par que organizar su vida con unidad y armonía.

En lo que sigue intento ofrecer indicaciones para una mejor comprensión del pensamiento de Dworkin que permita percibir los nexos sistemáticos que existen entre las diversas piezas. Con este propósito, he dividido este trabajo en tres partes⁴. En la primera parte, empezaré exponiendo las tesis fundamentales de su pensamiento en el terreno de la teoría del derecho, de la teoría de la justicia y de la teoría ética. En este sentido, mi interés principal radica no tanto en llevar a cabo un análisis exhaustivo y definitivo –obviamente, razones de espacio, más aún el hecho de que Dworkin sea un autor vivo que se encuentra en pleno proceso de elaboración de su obra,⁵

³ DWORKIN 1999.

⁴ El trabajo se completa con un Apéndice Bibliográfico –que incluye escritos inéditos–, donde he seguido un criterio de ordenación cronológico.

⁵ Dworkin sigue escribiendo mucho –por ejemplo, es un colaborador habitual de la prestigiosa revista *New York Review of Books*– y de forma muy creativa. Así, por poner solo un caso, está próxima la aparición de un nuevo libro suyo de teoría política cuyo título provisional es *The Roots of Justice* [DWORKIN 1997b, 1997c], algunos de cuyos capítulos, que están circulando de forma más o menos privada, anticipan novedades importantes para la comprensión de su pensamiento.

limitan considerablemente mi empeño⁶—, cuanto en mostrarlo de un modo más ordenado. En la segunda parte me detengo a examinar lo que llamaré el “holismo metodológico” o “ambición de continuidad” que parece presidir su obra. En efecto, como se verá, en el pensamiento de Dworkin teoría del derecho, teoría de la justicia —y más aún, teoría ética— forman un *continuo* que representa un desafío a los contornos convencionales de cada disciplina. En relación a este punto me interesan sobre todo dos cosas: *identificar* el punto de conexión —o tal vez mejor, el vehículo de circulación— entre teoría del derecho, teoría de la justicia y teoría ética, y *precisar* el sentido y las consecuencias de esa afirmación o presupuesto de continuidad que, de un modo más o menos articulado, orienta su pensamiento. Dedicaré la tercera parte del trabajo a considerar una objeción que podría formularse al pensamiento de Dworkin al hilo de las reflexiones precedentes. Una vez que se muestra la continuidad que Dworkin establece entre su teoría del derecho y una teoría liberal de la justicia, ¿no resulta evidente que la teoría del derecho de Dworkin no puede pretender validez general? Visto desde otro ángulo, si no sólo la comprensión de las prácticas jurídicas sino también la comprensión de lo que Dworkin llama la “moralidad política” necesita de “interpretación”, y la interpretación ha de hacerse desde el interior de un universo cultural, ¿podemos afirmar que su teoría política puede pretender tener validez general? En definitiva, ¿es la suya una teoría del derecho —y por ende, una teoría política y una teoría ética— pensadas sólo para la sociedad norteamericana, o más restrictivamente, pensadas sólo para los sectores “liberales” (en el sentido que esta expresión tiene en los Estados Unidos) de esa sociedad?

I

Aunque entre nosotros Ronald Dworkin es conocido fundamentalmente por sus escritos de teoría del derecho, lo cierto es que estamos ante un autor cuya producción se ha orientado también al estudio de temas de teoría política y de teoría ética. He organizado las tesis principales de Dworkin obedeciendo a la secuencia *teoría del derecho—teoría de la justicia—teoría ética*, no sólo porque parece el modo más natural de exposición, sino porque esa secuencia en cierto modo refleja el proceso mismo de formación del pensamiento del autor. En efecto, aunque la idea de continuidad y la ambición holista probablemente forman parte de los impulsos y convicciones más tempranos de Dworkin, y aunque muy a menudo es problemático intentar

⁶ Las ideas aquí recogidas han sido objeto de un tratamiento más extenso en mi tesis doctoral, inédita, *La Filosofía Política de Ronald Dworkin y la relación con su Teoría del Derecho*. Estoy en deuda con Miguel Ángel Rodilla, su director, quien puso a mi disposición todo su tiempo y conocimientos, que confío haber sabido reflejar y expresar, también en el presente trabajo.

situar sus escritos en una u otra área temática, lo cierto es que desde *Taking Rights Seriously* hasta *Sovereign Virtue* y los esbozos que conocemos de *The Roots of Justice* es perceptible un desplazamiento del centro de gravedad en los intereses del autor siguiendo precisamente esa secuencia.

1. EL “DERECHO COMO INTEGRIDAD”: MÁS ALLÁ DE LA ALTERNATIVA “O POSITIVISMO O IUSNATURALISMO”. Sin ninguna duda la obra de Dworkin ha influido notablemente en el desarrollo de la *teoría del derecho* de los últimos treinta o cuarenta años. Su principal contribución, en este sentido, consiste en el ataque que ha dirigido al positivismo jurídico, probablemente el más poderoso que se ha llevado a cabo contra esta tradición de pensamiento en los últimos decenios. Pero Dworkin no se ha limitado a minar los cimientos del positivismo; al mismo tiempo ha elaborado una teoría alternativa.

La teoría del derecho de Dworkin, que él mismo denomina “derecho como integridad”, es el resultado de un largo proceso de gestación en el que cabe distinguir al menos dos grandes etapas. En una primera, presidida por su archiconocido libro *Taking Rights Seriously*, sus esfuerzos se orientan a la crítica de algunas de las tesis centrales del positivismo, en particular en la versión que del mismo nos ha sido suministrada por Hart y que el mismo Dworkin denominó “el modelo de las reglas (*model of rules*)”⁷. Conforme al modelo de las reglas, el contenido del derecho se agota en un catálogo discreto de normas positivas identificables mediante algún criterio convencional del tipo de la *regla de reconocimiento* de Hart. El campo de pruebas a que somete el autor a este modelo lo constituyen los llamados “casos difíciles” (*hard cases*), aquellos casos en los que no existe una solución inequívoca aplicando las reglas convencionales existentes; frente a estos, el modelo positivista desarrolla una teoría de la jurisdicción en la que ocupa un lugar central la idea de discreción judicial. Si, de acuerdo con el “modelo de reglas”, el derecho está integrado exhaustivamente por un conjunto finito de reglas convencionales, los casos difíciles no pueden, por definición, resolverse adecuadamente mediante la aplicación de las reglas del sistema sino que precisan la intervención libre del juzgador. En opinión de Dworkin,

⁷ En realidad la crítica que pone en marcha el autor es mucho más general y se dirige contra una “teoría jurídica” a la que considera “dominante”. Dicha “teoría” se caracterizaría por los rasgos siguientes. En primer lugar, se trata de una teoría que se concibe a sí misma como “liberal”. En segundo lugar, es una teoría compleja en el sentido de que “tiene dos partes” que se corresponden con las que Bentham denominaba “jurisprudencia descriptiva” y “jurisprudencia censoria”. Dworkin aclara, además, que en la primera parte la teoría dominante adopta alguna variante del positivismo jurídico, y en la segunda alguna versión del utilitarismo. Y en tercer lugar, se trata de una teoría que, aun admitiendo su complejidad estructural, rechaza en todo caso que exista una relación de “dependencia recíproca” entre las dos partes que la integran. Véase a este respecto DWORKIN 1981³ [en particular la *Introducción*].

el positivismo, así descrito, lleva a una descripción del proceso judicial que no sólo contradice la forma como los jueces interpretan su propia actividad sino que además es contraria a los principios políticos en que se asienta la actividad institucional de los tribunales –*verbigracia*, el principio de división de poderes y el principio de irretroactividad de las leyes–. A juicio del autor se obtiene una comprensión mejor del proceso judicial si se admite que el derecho está integrado no sólo por reglas positivas sino también por *principios*, una clase de normas que no son creadas deliberadamente pero de cuya existencia nos cercioramos en el proceso de solución de los casos difíciles, y que mantienen una relación interna con las reglas vigentes en la medida en que las informan, les prestan justificación y, al tiempo, guían la interpretación de la totalidad del material jurídico⁸.

La crítica de Dworkin al positivismo, con su insistencia en el papel que desempeñan los principios en la práctica de aplicación del derecho, abrió una crisis muy profunda en la teoría del derecho que había dominado en las décadas anteriores: no sólo obligaba a revisar la tesis de la separación entre derecho y moral, sino que además ponía en cuestión la tesis hartiana sobre la discreción judicial y la llamada “tesis sobre las fuentes sociales del derecho”. Pero además estaba cargada de implicaciones *filosófico-políticas*. Que la teoría del derecho de Dworkin tenía relevancia filosófico-política es algo que inmediatamente se puso de manifiesto cuando las discusiones sobre el modelo dworkiniano de sistema jurídico se pusieron en conexión con las discusiones que por entonces se estaban produciendo sobre la naturaleza, la estructura y los fundamentos del Estado constitucional. Así, por ejemplo, la discusión que Dworkin abrió en relación con la discreción judicial afectaba al principio de la división de poderes y a la significación del principio de vinculación de los jueces al derecho; y la conexión que mostró entre principios y derechos, unida a la distinción conexas entre “argumentos de principio” y “argumentos de oportunidad política”, enlazaba con las discusiones sobre el lugar de los derechos en un sistema constitucional, y en general sobre los límites constitucionales del poder legislativo⁹.

Con la publicación de *Law's Empire* se abre una segunda etapa en la que los esfuerzos del autor se orientan ya no sólo a la crítica de la “teoría dominante” sino también a la *construcción* de una teoría jurídica alternativa. Dworkin concibe su “derecho como integridad” como una “concepción interpretativa” del derecho enfrentada polémicamente a otras “concepciones interpretativas” rivales, en particular al “convencionalismo” que se corres-

⁸ En los capítulos 2, 3 y 4 de DWORKIN 1981³ se encuentra el meollo de la crítica que el autor formula al positivismo hartiano.

⁹ Cfr. DWORKIN 1985 [en particular los capítulos 1, 2 y 3].

ponde con la versión ideológica del positivismo jurídico, y al “pragmatismo” que se corresponde con el realismo jurídico norteamericano.

Como se desprende de lo anterior, Dworkin aborda el concepto de derecho como un “concepto interpretativo” y no como un “concepto semántico”. Tomando como base una reflexión sobre las “discrepancias teóricas”¹⁰ que se producen entre los juristas en los procesos de aplicación del derecho, Dworkin sostiene la tesis de que, para esclarecer qué se entiende por derecho, es inútil pretender sacar a la luz las reglas que regulan el uso del término, sino que se requiere más bien un proceso *interpretativo* en el que están presentes, inevitablemente, valoraciones *políticas*. El error de buena parte de las teorías del derecho consiste, a juicio del autor, en haber ignorado la naturaleza *interpretativa* –y no *semántica*– del concepto de derecho tal y como se usa en la práctica jurídica. Por cierto que en ese ataque de Dworkin a las teorías semánticas ocupa un lugar muy destacado la crítica a la que él denomina la “perspectiva del derecho como mero hecho” (la *plain fact view*), que viene a corresponderse con la versión conceptual del positivismo; pero el ataque es un ataque general a un enfoque muy extendido que afecta también a algunas versiones del iusnaturalismo. Ahora bien, si se acepta que el concepto de derecho es un concepto interpretativo, y no semántico, la superioridad de una teoría del derecho se mide en función de su capacidad para ofrecer una interpretación de ese concepto que, al mismo tiempo *concuere* con las realizaciones efectivas de la práctica en que ese concepto está involucrado y ofrezca la mejor *justificación* de tales realizaciones. En este sentido, Dworkin propone su propia concepción del “derecho como integridad”.

¹⁰ Así como *Taking Rights Seriously* el punto de partida es una consideración de los casos difíciles, *Law's Empire* arranca de un examen de las discrepancias que se producen entre los juristas a propósito del derecho. El campo de las discrepancias que se producen en la práctica del derecho es amplio y variado. Dworkin limita su análisis en varios sentidos. Para empezar, no le interesan todas las discusiones que pueden surgir en la práctica jurídica sino sólo aquellas que versan sobre lo que él mismo llama “cuestiones de derecho”. A diferencia de los desacuerdos sobre “cuestiones de hecho”, que versan sobre los hechos que configuran el caso, y los desacuerdos sobre “cuestiones morales”, que versan sobre si la solución que proporciona el derecho al caso es justa o injusta, y en el segundo supuesto, si los jueces y otros funcionarios públicos deben o no imponerla, los desacuerdos sobre “cuestiones de derecho” son más bien discrepancias sobre cuál es el derecho aplicable al caso. Ahora bien, necesitamos introducir todavía una distinción más dentro del conjunto de los “desacuerdos sobre cuestiones de derecho”. A propósito del derecho aplicable pueden surgir “desacuerdos empíricos” y “desacuerdos teóricos”. Los “desacuerdos empíricos” se dan cuando, existiendo consenso sobre cuáles serían los fundamentos de derecho que, si se satisficieran, harían que una proposición jurídica relativa a un caso fuera verdadera, existen en cambio dudas sobre si de hecho esos fundamentos se ven satisfechos o no en el caso. En cambio, los desacuerdos que Dworkin denomina “teóricos” son aquéllos en los que se disiente sobre los fundamentos mismos, es decir, sobre qué tipo de enunciados deciden la verdad o falsedad de las proposiciones jurídicas. Cfr. DWORKIN 1986: 3-6.

No puedo examinar con un mínimo de atención por qué esta concepción interpretativa suministra una interpretación mejor (en las dos dimensiones que ya sabemos de “concordancia y justificación”) de la práctica jurídica que las otras dos concepciones. Tengo que limitarme a unas cuantas indicaciones¹¹.

Para empezar, Dworkin presenta la integridad como un “ideal” o “virtud” política que encierra la exigencia general de que los poderes públicos se conduzcan no de modo caprichoso o arbitrario sino de manera coherente, es decir de acuerdo a un único sistema coherente de pautas de corrección y de rectitud, que el propio autor caracteriza como “los principios de justicia, equidad y debido proceso”, aún cuando en la comunidad política de que se trate existan desacuerdos más o menos profundos a propósito de cuáles son precisamente las exigencias de la justicia, la equidad y el debido proceso¹². Con el fin de aclarar esta idea, Dworkin establece un paralelismo entre la integridad como valor político y la integridad como virtud personal. Igual que respecto de nuestros vecinos, amigos, colegas de trabajo..., etc. podemos exigir que se comporten, si no de acuerdo a lo que *nosotros* entendemos que son *las* pautas correctas, sí al menos con coherencia de acuerdo con lo que *ellos* entienden que es correcto, del mismo modo el ideal de la integridad política exige al gobierno “hablar con una sola voz”, es decir actuar aplicando de forma consistente los principios de una filosofía política definida, aunque esa filosofía no sea compartida en todos sus extremos por todos sus ciudadanos. Dworkin añade que la asociación de las prácticas jurídicas de una comunidad con la integridad supone admitir una cierta personificación de la comunidad, que es tomada como un agente moral en el sentido de que se considera que es capaz de adoptar y expresar sus *proprios* principios, que pueden ser distintos de los que defienden sus miembros individualmente¹³.

¹¹ Cfr. DWORKIN 1986: capítulos 4 a 6.

¹² De acuerdo con Dworkin, cualquier teoría política mínimamente articulada atribuye un lugar central a los valores de justicia, equidad y debido proceso. Con el rótulo de la *equidad*, Dworkin se refiere a una exigencia relativa a la forma correcta de distribución del poder político en sus diferentes ramas y niveles. A su vez, el término *justicia* se refiere al requisito de que el contenido distributivo de las decisiones que adopten los poderes públicos sea moralmente defendible. Finalmente, bajo la exigencia del *debido proceso* subyacería la exigencia de que los procesos que se adopten para resolver las pretensiones de los ciudadanos en las distintas esferas de decisión pública respondan a criterios no arbitrarios. Por lo demás, Dworkin advierte que estos rótulos son en gran medida arbitrarios, que no siempre la filosofía política designa con estos nombres estas exigencias. Cfr. DWORKIN 1986: 164 ss.

¹³ Al formular la idea de la personificación, Dworkin no está en realidad avanzando una tesis metafísica antinomialista; en realidad el tratamiento de una colectividad como una persona está ya presente en la praxis de atribución de responsabilidades en el ámbito del derecho de daños y del derecho de sociedades. Por lo demás, la personificación de la comunidad, implícita en la teoría del “derecho como integridad”, permite hacer justicia a ciertas idealizaciones que

Ahora bien, integridad es un valor abstracto que opera a lo largo y a lo ancho del funcionamiento de todo el sistema político y jurídico; pero *diferenciadamente*. En este sentido, Dworkin diferencia un principio de integridad en la legislación y un principio de integridad en la jurisdicción. El primero exige a los políticos y los funcionarios del estado que actúen –*verbi-gracia*, al introducir normas nuevas o reformar normas vigentes– basándose en un conjunto coherente de principios que se supone que están en la base de todo el material jurídico vigente¹⁴. Por su parte, la integridad aplicada a la práctica jurisdiccional exige a los jueces interpretar el derecho existente bajo la hipótesis de que fue creado por un único legislador que, además, actuaba bajo un esquema coherente de principios¹⁵.

En realidad, es en la aplicación judicial del derecho donde se manifiesta de forma más significativa la importancia que tiene la idea de integridad para la concepción dworkiniana del derecho. Dworkin señala reiteradamente que la práctica jurídica por excelencia es la práctica judicial, que, por así decirlo, los tribunales constituyen el escenario idóneo para poner a prueba la superioridad interpretativa de su teoría del derecho. En este sentido, el autor insiste en que la integridad forma parte de las condiciones sobre las que se desarrolla la actividad cotidiana de los jueces, de modo que la caracterización del derecho como “integridad” hace justicia a los presupuestos normativos bajo los que opera el trabajo jurisdiccional. Este último punto merece un poco más de atención.

Como he apuntado, el principio jurisdiccional de la integridad requiere que los jueces procuren actuar manteniendo coherencia con el derecho en su conjunto; debe añadirse ahora que esta concepción no les recomienda, para conseguir este objetivo, un programa de trabajo concreto y bien definido, sino que, por así decirlo, se limita a exhortarles a que continúen *interpretando* el material jurídico vigente, tal y como han hecho las generaciones anteriores de jueces. Frente al convencionalismo, que pide a los jueces que, a la hora de dictar sus sentencias, sigan las convenciones jurídicas de su comunidad y, a falta de ellas, resuelvan discrecionalmente, y frente al pragmatismo, que insta a los jueces a que tomen sus decisiones tratando de prever cuáles serán las mejores consecuencias para el futuro de la comunidad, la concepción del derecho como integridad propone al juez que trabaje *como si*

aparecen implícitas en los procesos jurisdiccionales, además de que permite un tratamiento más satisfactorio del problema de las relaciones entre “individuo” y “comunidad”. Para Dworkin sólo una comunidad asentada en el valor de la integridad es una verdadera comunidad, una comunidad “de principio”, compatible con el respeto de los ciudadanos y de sus convicciones morales personales. Cfr. DWORKIN 1986: 167 ss., 208 ss.; también *infra* p. 13.

¹⁴ Cfr. DWORKIN 1986: capítulo 6.

¹⁵ Cfr. DWORKIN 1986: capítulo 7.

el derecho de una comunidad fuera la obra de un “legislador racional” de modo que para cada caso hubiera una respuesta correcta y sólo una.

Esta formulación hace ver que la teoría de Dworkin se levanta a la sombra de fuertes idealizaciones. Pero éstas no son arbitrarias, sino que derivan de presuposiciones sobre las que se asienta el trabajo jurisdiccional, al menos en un estado de derecho. En efecto, en el marco de un Estado de derecho, y en la medida en que está proscrito el pronunciamiento de *non liquet*, los jueces tienen el deber institucional de resolver todos los casos litigiosos, y además el deber de hacerlo con arreglo a derecho. En este sentido actúan (y en realidad deben actuar) bajo la suposición de que siempre hay una solución –lo que es tanto como decir que el derecho no alberga lagunas– y que sólo hay una solución correcta en términos del sistema –lo que es tanto como decir que el derecho no adolece de antinomias–. Imponer a los jueces el deber de fallar en *todos los casos* y además fallarlos con arreglo al derecho vigente obliga a estos al desarrollo de una teoría omnicompreensiva del derecho de proporciones definitivamente “hercúleas” capaz de especificar los principios que subyacen a las prácticas jurídicas.

El mítico juez Hércules¹⁶, al que Dworkin confía el desarrollo práctico de su teoría, es en realidad la personificación teórica de ciertas presuposiciones normativas bajo las que descansa la actividad jurisdiccional. A diferencia de la actividad arbitral y de las meras decisiones, la actividad jurisdiccional está sometida a una exigencia institucional de justificación, y por cierto de una justificación que sólo puede extraer sus argumentos del derecho vigente. En este sentido puede que, llegado el caso, el juez tenga que llevar a cabo lo que Dworkin denomina un “ascenso justificatorio”¹⁷, buscando una solución al litigio en áreas del derecho cada vez más remotas y alejadas. Aunque ese “ascenso justificatorio” normalmente no es preciso hacerlo explícito, siempre está implícito en toda argumentación jurídica. Esta idea la ha expresado el autor de un modo tal vez más claro, deshaciendo de paso un equívoco bastante extendido a propósito de la significación de los llamados “casos difíciles”. Los “casos fáciles”, señala Dworkin, no son más que un supuesto especial de los “difíciles”: en todo litigio que se ventila ante un tribunal está siempre latente la posibilidad de que el caso se transforme en un “caso difícil”; lo que sucede es que, por lo general, aquel estado de “dificultad latente” no llega a concretarse en un estado de “dificultad manifiesta”, y por eso no exige del juzgador apartarse de aquello que se tiene por cierto e indubitado para embarcarse en la empresa titánica de proporcionar una justificación completa de todo el material jurídico¹⁸.

¹⁶ Cfr. DWORKIN 1981³: capítulo 4; también DWORKIN 1986: 239 ss.

¹⁷ Cfr. DWORKIN 1997a.

¹⁸ DWORKIN 1986: 265-6.

Para terminar este repaso por la teoría jurídica de Dworkin, dedicaré algunas líneas a una cuestión que ha generado cierto debate. Me estoy refiriendo a las señas de identidad de su teoría, a su posible adscripción a una de las dos grandes tradiciones de pensamiento que constituían la vieja alternativa “o yusnaturalismo o positivismo jurídico”. Opiniones en ambos sentidos no han faltado, aunque quizá sean más quienes han visto en su obra conexiones con el yusnaturalismo. Aunque es verdad que el autor ha dedicado poca atención a este tema¹⁹, lo cierto es que algunas de sus tesis filosófico-jurídicas arrojan luz sobre esta cuestión.

A mi juicio, el pensamiento de Dworkin no puede catalogarse de “o yusnaturalista o positivista”, sino que se sitúa más allá de este modo de organizar las discusiones en teoría del derecho. Que la posición del autor no responde claramente a ninguna postura ortodoxa es algo que se manifiesta claramente cuando examinamos el tratamiento que ofrece del viejo problema de las relaciones entre derecho y moral. Uno de los puntos interesantes de la idea de integridad como “virtud” característica del derecho es que permite explicar de modo satisfactorio la *conexión* necesaria y al mismo tiempo la *diferenciación* entre ambos órdenes normativos. La teoría del derecho como integridad afirma la existencia de una relación interna entre derecho y moral. En efecto, Dworkin señala que la práctica jurídica –de forma muy señalada, la práctica jurisdiccional– está sometida a una exigencia de justificación que no puede satisfacerse apelando a meras convenciones sino que requiere el recurso a principios, y que esos principios han de entrar en el proceso de justificación como principios *morales*. Aunque los jueces no pueden decidir sobre la base de sus propios principios, sino sobre la base de los principios del sistema, la integridad les exige aplicarlos no como meras creencias convencionales sino en su condición de principios morales genuinos, con la pretensión de que son correctos. *Ahora bien*, la teoría del derecho como integridad también señala que no se opera desde el vacío institucional, que la búsqueda y la administración de la justicia está condicionada por la existencia de otras normas así como de instituciones y procedimientos normativos –integridad, recordemos, significa coherencia en la concepción de justicia y equidad que subyace a las normas vigentes²⁰–. Dado que no se

¹⁹ Puede encontrarse un pronunciamiento explícito en “Natural Law Revisited” [DWORKIN: 1982], que, sin embargo, es confuso. En concreto Dworkin en ese artículo se reconoce yusnaturalista pero da una definición de yusnaturalismo que se corresponde escasamente con el uso habitual.

²⁰ En sus comentarios conclusivos a *El imperio del derecho* [DWORKIN 1986], Dworkin introduce inesperadamente una distinción entre lo que llama una “integridad inclusiva” y una “integridad pura”. La primera busca coherencia entre *todas* las virtudes –justicia, equidad y debido proceso–; la segunda hace abstracción de las restricciones que derivan de la equidad y

puede hacer tabla rasa de estas restricciones, se comprende fácilmente que la pretensión de corrección que asociamos a los principios que están en la base de las decisiones de los jueces puede revelarse errónea; y esto explica que los diferentes sistemas jurídicos se hallan permanentemente sujetos a la cuestión de la legitimidad y abiertos a la crítica moral.

La tesis de la integridad, ligada a una consideración interpretativa del concepto de derecho, ofrece por lo demás una respuesta al problema de los derechos injustos mucho más diferenciada y refinada que las respuestas meramente “clasificadoras” basadas en un enfoque semántico (ya sea de corte positivista, ya sea de corte yusnaturalista), que simplifica el problema de la relación entre derecho y justicia afirmando o negando que la condición de justo sea una propiedad “definitoria” del derecho. En esencia, Dworkin viene a decir que el problema de si el derecho injusto es o no derecho no es un simple problema “conceptual” de naturaleza clasificatoria sino que incluye un puñado de problemas diversos de naturaleza *interpretativa*²¹.

2. LA “IGUALDAD LIBERAL”, UNA TEORÍA LIBERAL DE LA JUSTICIA. La exigencia de integridad es una exigencia compleja porque requiere actuar sobre la base de un conjunto de principios de moralidad política de diversa naturaleza: junto a principios morales substantivos (principios de justicia) han de considerarse principios formales y procedimentales (principios de equidad y principios de debido proceso). El juez y el intérprete –operando *de lege data*– han de trabajar sobre la base de una “teoría política” que articule de una forma satisfactoria las exigencias derivadas de esos principios, y que determine en qué medida las exigencias de justicia quedan sujetas a las exigencias derivadas del carácter institucional del derecho. En este sentido deben respetar lo que Dworkin denomina “integridad inclusiva”²². En cambio el legislador y el teórico del derecho –operando *de lege ferenda*– pueden desentenderse ampliamente de las restricciones formales y procedimentales

el debido proceso, e invita a considerar lo que sería el derecho si los jueces fuesen libres para perseguir libremente coherencia en relación con los principios de justicia. Esta distinción permite introducir una mayor complejidad en la concepción del derecho que estamos examinando. Indica que, una vez que adoptamos la idea de integridad como el núcleo de una concepción interpretativa del derecho, nos vemos obligados a reconocer la existencia de una cierta tensión o compromiso del derecho actual –que está fijado por la integridad inclusiva– hacia su propio perfeccionamiento –de acuerdo con las exigencias defendidas por la integridad pura–. Para expresarlo de otra manera, la distinción de estos dos niveles de integridad permite diferenciar claramente lo que es la teoría del derecho de una comunidad de lo que es su teoría de la justicia; en puridad, el paso de la integridad *inclusiva* a la integridad *pura* representa el paso desde la teoría del derecho a la teoría ideal de justicia de una comunidad. Cfr. DWORKIN 1986: 400 ss. Me ocuparé inmediatamente de este punto.

²¹ DWORKIN 1986: 73 sigs; 101-108.

²² *Supra* n. 20.

impuestas por la equidad y el debido proceso, e investigar cuál sería la solución de un caso operando simplemente a la luz de los principios de justicia subyacentes al derecho de su comunidad, haciendo caso omiso de la ley existente al respecto. En ese caso estarían respondiendo más bien a las exigencias de lo que Dworkin denomina “integridad pura”²³. Ahora bien, en ambos casos, tanto bajo la integridad pura como bajo la integridad inclusiva, estamos trabajando en el interior de una determinada historia jurídica y, por consiguiente, reconstruyendo la teoría política y los principios de moralidad política propios de una comunidad particular. El paso de la teoría del derecho a una teoría de la justicia requiere trascender las barreras impuestas por la pertenencia a una tradición jurídica y política particular. Eso es precisamente lo que hace Dworkin cuando pasa de la teoría del “derecho como integridad” a la teoría de la “igualdad liberal”.

Bajo la denominación “igualdad liberal”, Dworkin elabora una teoría de la justicia que, a pesar de su alto grado de abstracción, pretende ser distintivamente liberal. El proyecto filosófico-político de Dworkin se enmarca dentro de una interesante reflexión sobre el estado actual del liberalismo²⁴. De acuerdo con su diagnóstico, el liberalismo aparece sumido en una profunda crisis de identidad, que se desenvuelve en dos planos diferentes. *Por un lado*, en el marco de las discusiones políticas domésticas, a menudo hay dificultades para identificar un programa político como distintivamente liberal, porque no está claro cuáles son sus ingredientes y componentes fundamentales, su núcleo esencial. *Por otro lado*, el liberalismo ha perdido buena parte del atractivo que en otro momento tuvo, porque no se han explorado debidamente sus fundamentos más profundos, sus vínculos con otras ramas del conocimiento, muy en particular con la ética. Para salir de esa crisis, Dworkin se propone seguir una estrategia doble: *por una parte*, identificar los elementos fundamentales del liberalismo, la estructura básica de principios de una concepción distintivamente liberal que el autor denomina los “fundamentos políticos”; *por otra*, investigar la fundamentación filosófica de semejante concepción, sus “fundamentos filosóficos”, en particular mostrar que esos principios tienen una conexión sólida con una concepción ética atractiva. Analizaré a continuación los esfuerzos de Dworkin por identificar el núcleo de una concepción política distintivamente liberal, el corazón de lo que él denomina la “moralidad constitutiva” del liberalismo, ocupándome

²³ *Supra* n. 20.

²⁴ Tal vez no está de más recordar que lo que ha terminado considerándose *pensamiento liberal* es el resultado de la acumulación histórica de ingredientes procedentes de una cierta variedad de doctrinas como son el liberalismo clásico, el utilitarismo, el socialismo y otros procedentes de la herencia de la ilustración. Cfr. DWORKIN: 1978; también DWORKIN 1985: capítulos 8 y 9.

después de la forma como Dworkin aborda el tema de proporcionar fundamento a esa concepción.

Acabo de señalar que la teoría dworkiniana de la justicia es una teoría distintivamente *liberal*. En este sentido, la filosofía política del autor avanza en la estela abierta por la obra de John Rawls quien, como sabemos, ha marcado en las últimas décadas la agenda de los especialistas en filosofía política y filosofía moral. Como Rawls, también Dworkin elabora una teoría que se distancia netamente del utilitarismo, de posiciones ultraliberales (“libertarias” al estilo de Nozick) y también del neoconservadurismo. Con todo, la versión dworkiniana del liberalismo difiere de Rawls, por lo pronto, en que su contenido no consiste propiamente en un conjunto definido de principios de justicia sino más bien en una *interpretación* del valor de la justicia [y de otros valores conexos], de la que puedan extraerse indicaciones para la justificación de normas e instituciones y argumentos para la crítica²⁵.

La reflexión del autor parte de una indagación sobre el significado del principio abstracto de “igualdad de consideración y respeto”, que exige a los gobiernos tratar a las personas no por igual sino *como iguales*. Dworkin presenta su teoría de la *igualdad liberal* precisamente como una interpretación (liberal) de ese principio, que considera ampliamente aceptado y que desde muy pronto introdujo, casi como un axioma de su propia teoría. La igualdad liberal trata de organizar en un esquema teórico coherente exigencias de igualdad, libertad y eficiencia, manteniendo la congruencia con los presupuestos básicos de un Estado constitucional democrático²⁶. Las ideas más relevantes asociadas a este programa son: (1) una interpretación de la idea de igualdad distributiva en términos de “igualdad de recursos”, que, entre otras cosas, permite mostrar de un modo nuevo en qué sentido las consideraciones de eficiencia tienen un lugar en una teoría de la justicia, (2) una interpretación de la libertad como condición de la igualdad, más que como un ideal en competencia con la igualdad, y (3) el desarrollo de una concepción “comunal” de la idea de democracia, contraria a la interpretación “mayoritarista” más extendida, y que tiene el interés de disipar el pretendido

²⁵ Por lo demás, no es sólo que entre los principios de justicia propuestos por Rawls y la concepción de la “igualdad liberal” articulada por Dworkin existan, por encima de concordancias de fondo, diferencias apreciables. Más importante es que Dworkin impugna de forma muy resuelta la estrategia de fundamentación *política* seguida por Rawls, y busca en cambio una estrategia de fundamentación de carácter *ético*. Como veremos, frente al “liberalismo *político*” de Rawls, que quiere presentarse como una teoría independiente respecto de doctrinas morales, religiosas o filosóficas comprensivas, Dworkin, obedeciendo a un impulso declaradamente holista, avanza hacia la formulación de un “liberalismo *ético*”, basado en una concepción sobre la vida buena. Volveré en el apartado siguiente sobre este punto.

²⁶ Cfr. DWORKIN 2000: capítulos 1 a 5; también ampliando la discusión hacia la justificación del estado constitucional cfr. DWORKIN 1990; 1995; 1996a; 1997d; y 1998.

conflicto entre democracia y constitucionalismo, integrando sin dificultad en la idea misma de democracia la garantía de los derechos fundamentales y los mecanismos de control del poder legislativo.

(1) Como teoría de la justicia *distributiva*, la teoría de Dworkin es una teoría profundamente igualitarista; pero hay que entender bien en qué sentido lo es. Por un lado, no busca hacer iguales a las personas en el bienestar, sino más bien en los *recursos* de que disponen para perseguir sus intereses y satisfacer sus necesidades –y, por cierto, busca la igualdad no en la cuota *final* sino más bien en la cuota *inicial* de recursos–. Por otro lado, quiere ser sensible tanto a la exigencia de compensar a las personas por los accidentes naturales y sociales de los que no son responsables, como a la responsabilidad de cada uno en relación con los efectos distributivos de sus decisiones, de sus ambiciones y del estilo de vida que desean llevar. En este sentido Dworkin distingue entre la “personalidad” de la gente y sus “circunstancias”, y propone igualar a las personas (en términos de recursos) en aquellas circunstancias que no hayan sido resultado de sus libres elecciones. Con el fin de dar contenido a la idea de igualdad de recursos en estas condiciones, el autor recurre a dos dispositivos teóricos: por un lado, hace uso de la idea de una subasta rawlsiana de recursos para medir la igualdad de recursos en términos de una igualdad en los costes de oportunidad; y por otro, se sirve de ciertos mercados hipotéticos de seguros para idear la medida de la compensación que se debe a las personas desfavorecidas por los efectos negativos (inmerecidos) del azar social y la lotería natural. Es indudable que se trata aquí de recursos teóricos no sólo muy abstractos sino también altamente especulativos. Sin embargo, con ayuda de ellos, Dworkin ofrece una interpretación del ideal de la igualdad que permite comprender el lugar que tienen las consideraciones de eficiencia en un programa igualitarista.

(2) La forma como Dworkin articula la teoría de la igualdad de recursos ofrece además una forma muy interesante de abordar el problema virulento de las relaciones entre *libertad* e igualdad. En lugar de considerar las libertades como un recurso más, que hubiera que distribuir junto con otros recursos (como la renta y la riqueza), según el valor que las personas le asignen, Dworkin las introduce entre las condiciones que hacen posible un reparto de recursos igualitario con arreglo a los “verdaderos” costes de oportunidad. Esta estrategia hace que el “reparto” de las libertades no dependa de los intereses contingentes que puedan tener las personas por la libertad en relación con otros valores sociales, y hace posible una defensa de la prioridad de la libertad que no necesita apoyarse en presunciones o generalizaciones más o menos especulativas sobre las preferencias de los individuos. Además, permite tratar a la libertad no como un ideal en competencia con el ideal de la igualdad, como si entre ellos hubiera que buscar alguna solución de

compromiso, sino más bien como una condición de la igualdad. En la tesis de que el rasgo distintivo del liberalismo no ha de buscarse en una forma determinada de resolver el supuesto *conflicto* entre las exigencias de la libertad y las de la igualdad, sino más bien en una forma determinada de *integrar* el ideal de la libertad en el de la igualdad se encuentra, en mi opinión, una de las aportaciones más interesantes de Dworkin a la aclaración del ideario político del liberalismo.

(3) Dworkin interpreta, pues, la justicia distributiva en términos de igualdad de recursos; enfrentándose a una visión muy extendida, se niega en cambio a interpretar la democracia en términos de igualdad de poder. A estos efectos, desarrolla una argumentación muy minuciosa para mostrar que la identificación de la democracia con la igualdad de poder es errónea. Una vez disuelta la ecuación que a menudo se establece entre democracia e igualdad de poder, Dworkin tiene vía libre para desarrollar lo que él denomina una *partnership conception* de la democracia, ligada a una concepción del pueblo entendido como una colectividad (un “nosotros”) a la que es posible referirse no meramente en términos “estadísticos”, sino más bien en términos “comunales”. Esta concepción de la democracia, que él enfrenta a la concepción mayoritarista más corriente, le pone en condiciones de articular una respuesta plausible a algunos problemas que han sido fuente de algunas de las controversias más enconadas en la teoría del Estado constitucional. En primer lugar, le permite mostrar que las limitaciones constitucionales, *verbigracia* las formuladas en términos de derechos fundamentales, lejos de ser un límite a la soberanía del pueblo, forman parte de las condiciones de posibilidad de la existencia del pueblo mismo como unidad soberana, y por eso, lejos de significar un compromiso con la idea de democracia hacen posible la democracia misma como gobierno del pueblo. En segundo lugar, le permite justificar el control jurisdiccional del poder legislativo apelando, no a la conveniencia de controlar los posibles errores o abusos del pueblo soberano, sino apelando más bien a la soberanía del pueblo mismo, que se concibe como una unidad de acción gobernada por principios. En este sentido, si la teoría del derecho como integridad permitía explicar la superioridad del constitucionalismo frente al legalismo, la teoría de la igualdad liberal permite justificar una interpretación constitucionalista de la democracia.

Uno de los aspectos del pensamiento político de Dworkin más interesantes en la coyuntura filosófico-política actual, dominada en parte por las discusiones entre comunitaristas y liberales, es su insistencia en que sólo bajo el gobierno de los ideales liberales es posible una verdadera comunidad. De modo que el ideal liberal de la tolerancia, que requiere respetar las formas de vida heterodoxas siempre que no contravengan exigencias de justicia, no sólo no representa una amenaza sino que más bien es condición necesaria

para que puedan desarrollarse debidamente los vínculos de identificación colectiva característicos de una verdadera comunidad. La idea de una “comunidad liberal” da ahora contenido substantivo a la idea puramente formal de una “comunidad de principio”, que Dworkin había explorado en *Law's Empire* al hilo de su teoría del derecho como integridad.

3. EL “INDIVIDUALISMO ÉTICO” O EL LIBERALISMO COMO DOCTRINA ÉTICA. Pasando por alto diferencias menores, la concepción de la igualdad liberal emparenta a su autor con el pensamiento filosófico-político de Rawls, el mayor representante del liberalismo en nuestros días. Sin embargo, esta afirmación ha de formularse con cierta cautela. Aunque no hay duda de que en la explicitación del contenido del ideario liberal Dworkin sigue la huella dejada por Rawls, se distancia de éste de forma abierta y polémica en lo que se refiere a su estrategia de *fundamentación*. Frente al liberalismo *político* de Rawls, que aspira a presentarse como una teoría independiente de doctrinas morales, religiosas o filosóficas comprensivas, Dworkin propone la formulación de un liberalismo *ético* basado en una concepción de la vida buena. En este sentido, Rawls y Dworkin responden de forma diferente al desafío combinado del comunitarismo y el pluralismo. Rawls quiere hacer del liberalismo el foco de atracción de un consenso por solapamiento entre personas que sustentan concepciones comprensivas diferentes, y para ello presenta los principios liberales como principios políticos independientes. Dworkin, en cambio, quiere atraer adeptos al liberalismo (adquirir *popularity*) mostrando que descansa en una visión ética estimulante y atractiva de la vida²⁷.

En buena medida, el “giro ético” que ha experimentado la teoría de Dworkin en los últimos años obedece a su deseo de salir al paso de ciertas críticas recurrentes dirigidas contra el liberalismo, últimamente desde las filas del comunitarismo, sobre la supuesta indiferencia de esa tradición política frente a los problemas relativos al bienestar y la vida buena. En este contexto se inscribe la polémica de Dworkin con Rawls que ha contribuido a enriquecer el debate dentro de las propias filas del liberalismo. Pero sería un error pensar que esta preocupación responde a un interés meramente coyuntural y exógeno. Últimamente, Dworkin parece estar embarcado en la tarea de articular una teoría de la argumentación moral ligada a una teoría sobre la fundamentación de los juicios de valor, que localiza los fundamentos últimos de una concepción moral (o política) en su contribución al logro de una vida satisfactoria —empleando la expresión de la ética antigua, una “vida buena”—.

²⁷ Cft. DWORKIN 1999; también DWORKIN 2000: 113 ss.

Dejando a un lado las motivaciones, la teoría ética que Dworkin sitúa como trasfondo y fundamento del liberalismo, es una teoría muy abstracta²⁸ que se articula en torno a dos piezas teóricas. *Por una parte*, están los dos principios del “individualismo ético” (*ethical individualism*), el principio de “igual importancia” (*equal value*) y el principio de “especial responsabilidad” (*special responsibility*). Con ellos intenta responder a dos conjuntos de cuestiones centrales de toda teoría ética. En primer lugar cuestiones relativas a la “fuente” (*source*) del valor ético de una vida –*verbigracia* por qué deberíamos estar preocupados por cómo vivamos; si existe alguna diferencia entre vivir bien y disfrutar simplemente con la vida que se ha elegido vivir; de existir esa diferencia, si es más importante aquello (que la gente viva bien) que esto (que la gente se divierta con la vida que lleva); si esto es importante solo para la persona que vive esa vida o es independiente de lo que la persona opina al respecto; si es más importante que algunas personas lleven una vida buena o es igual de importante que todas lleven una vida valiosa, etc.–. En segundo lugar, tenemos cuestiones sobre la imputación de la “responsabilidad” por el éxito o el fracaso de una vida –*verbigracia* quién es el responsable de que una vida se desarrolle con éxito; si es necesario establecer algún tipo de agencia que supervise la bondad de las vidas que la gente lleva; si es lícito que un Estado induzca, e incluso llegue a forzar, a sus ciudadanos a que asuman determinados estilos de vida que se consideran particularmente valiosos, etc.–. En respuesta al primer grupo de cuestiones, Dworkin propone el primer principio del individualismo ético, el “principio de igual importancia”, según el cual una vez que ha comenzado una vida es importante desde un punto de vista objetivo que no se eche a perder, y que eso es igualmente verdadero respecto de cualquier otra vida humana. Al segundo grupo de interrogantes, el segundo principio del individualismo ético establece con carácter general que sobre cada persona pesa una responsabilidad especial y personalísima de hacer de su vida una vida valiosa. Junto a los principios del individualismo ético Dworkin propone lo que él

²⁸ En rigor, “abstracción” y “discriminación” son requisitos formales que Dworkin considera necesarios para que una teoría ética pueda ser “popular”. En efecto, si mediante el principio de la tolerancia el liberalismo justifica un deber de abstención o de no injerencia de los poderes públicos frente a concepciones diferentes del bien, entonces la ética que le sirva de fundamento no podrá consistir en una doctrina demasiado concreta sobre cómo debemos vivir, que podría resultar controvertida en la comunidad política a la que se dirige. Utilizando una expresión del propio Dworkin, tenemos que remontarnos “aguas arriba” de lo que nos divide, buscando una teoría ética que pueda encontrar amplio asentimiento. Pero al mismo tiempo, como el objetivo es construir una ética *liberal*, es decir, una ética que *congenie* con los principios políticos del *liberalismo*, tiene que tener un contenido substantivo distintivo. Tenemos que encontrar, pues, principios que no sean tan abstractos como para ser inútiles, ni tan robustos como para no poder ganar popularidad.

mismo denomina el “modelo del desafío” como “métrica” del valor ético de una vida. De acuerdo con sus indicaciones, el valor ético de una vida se mide no por sus resultados, por el impacto que tiene en el mundo, sino por la destreza con que se acomete la tarea que uno mismo se ha impuesto sobre cómo vivir.

Una vez establecidas las líneas fundamentales de esa concepción ética²⁹, el autor sostiene, de forma bastante persuasiva, que su concepción de la igualdad liberal, si no se deriva en sentido estricto de esa concepción ética, sí es al menos fuertemente consonante con ella. En este sentido es indudable que los dos principios del individualismo ético, en los que Dworkin ve los “principios ancestrales” del liberalismo, guardan cierta relación de consonancia con la concepción de la igualdad liberal. El “principio de igual importancia” se encuentra en la base del fuerte igualitarismo que impregna la interpretación dworkiniana de la igualdad liberal, entendida precisamente como igualdad de recursos. El “principio de igual responsabilidad”, por su parte, no sólo respalda la idea de libertad, sino que justifica la forma como Dworkin hace uso de la distinción entre “personalidad” y “circunstancia” dentro de la teoría de la igualdad de recursos para diseñar la subasta de los recursos y para afrontar el problema de los gustos caros. Por su parte, en el “modelo del desafío” el valor ético de una vida se mide no por sus resultados sino por la destreza con que uno desempeña una tarea autodefinida y autoimpuesta. La forma como Dworkin articula el modelo le permite dar cuenta de algunos aspectos de la teoría de la igualdad liberal y subrayar la significación de algunas consecuencias ligadas a ella: *verbigracia* explica que mida la igualdad en términos de recursos y no de bienestar; que las consideraciones de eficiencia no puedan contar como consideraciones independientes en competencia con las exigencias de la igualdad, sino sólo en la medida en que la eficiencia forme parte de las consecuencias derivadas de instrumentar la igualdad de recursos; que exijamos al gobierno igual solicitud a pesar de que nosotros consideramos que es moralmente aceptable que mostremos parcialidad en nuestra vida privada. Particularmente interesante es que la forma como Dworkin diseña el modelo del desafío permite presentar a la justicia no como una limitación, sino más bien una condición del éxito de una vida.

II

El pensamiento de Dworkin obedece a un proyecto muy ambicioso que desafía las delimitaciones disciplinares convencionales. Como he pretendido mostrar, su teoría del derecho (*derecho como integridad*) remite más allá

²⁹ Cfr. DWORKIN 1997b y c; también DWORKIN 2000: capítulo 6.

de ella misma hacia el terreno de una teoría de la justicia o de la moralidad política (*igualdad liberal*), la cual por su parte busca sus fundamentos en una teoría ética (*individualismo ético*) como doctrina de la vida buena. Me gustaría en este momento aclarar cómo se produce la conexión entre estas tres disciplinas y cómo debemos entender dicha conexión. A mi juicio, el punto de conexión entre teoría del derecho, teoría de la justicia y teoría ética se encuentra en una teoría holista y coherentista sobre la naturaleza interpretativa de los conceptos y valores morales y políticos, teoría que se apoya por lo demás en una actitud realista –o cognitivista, si es que se prefiere una expresión más al uso– sobre la justificación de los juicios normativos y de valor³⁰.

Al presentar la teoría del derecho como integridad, he señalado que su tesis central es que el concepto de derecho es un concepto *interpretativo*. En realidad, Dworkin se encarga de advertir que la actividad interpretativa es una actividad ubicua en nuestras vidas: interpretamos en contextos muy diversos y desarrollamos clases muy diferentes de interpretación. Más en concreto, el autor señala que la interpretación del derecho es un caso de interpretación de una *práctica social* que, a su vez, pertenece a una clase más general de interpretación, la interpretación *creativa* o *constructiva*. Siguiendo a Dworkin, si una interpretación es por naturaleza el relato de una “intención”³¹, en los casos de interpretación de prácticas sociales, antes

³⁰ Debo advertir que la teoría de Dworkin sobre la argumentación moral y la fundamentación de los juicios de valor se encuentra todavía en curso de elaboración, de modo que mi exposición en este punto resultará necesariamente fragmentaria y tentatoria.

³¹ La relación del intérprete con el objeto que se interpreta supone la asunción por parte de aquél de lo que Dworkin denomina una “actitud interpretativa”. La existencia de una actitud tal requiere la presencia de dos elementos. El primero consiste en suponer que la práctica en cuestión, además de existir, tiene un valor o *point*, es decir, que sirve a algún interés o propósito, o hace cumplir algún principio. El segundo consiste en suponer que el contenido de la práctica, es decir, aquello que la práctica estipula, no se agota necesariamente en aquello que hasta el momento se ha venido considerando que forma parte de ella, sino que resulta *sensible* a su sentido o valor, de modo que ese *point* es decisivo a la hora no sólo de aplicar las reglas de la práctica sino incluso para determinar cuáles son esas reglas. Es decir, según la tesis de Dworkin, la actitud interpretativa supone que la práctica que se interpreta sirve a unos objetivos que vienen dados por unos principios o valores y que tienen primacía sobre determinadas reglas pertenecientes a la práctica. Por otra parte, la actitud interpretativa se asienta sobre un cierto consenso de fondo existente en una comunidad, sin el cual el proceso mismo de interpretación sería imposible; y quien la adopta aspira también a dar con una interpretación susceptible de ser ampliamente aceptada. Pero no garantiza el consenso. Para entender de qué modo y en qué medida la interpretación requiere consenso, y de qué forma está abierta al desacuerdo, Dworkin introduce tres distinciones, que revelan aspectos centrales de la estructura interna del proceso interpretativo. Para empezar, el proceso de interpretación de una práctica, con vistas a determinar las exigencias que derivan de ella, es un proceso complejo en el que pueden distinguirse tres *etapas* (*stages*): una etapa preinterpretativa, la etapa interpretativa y una etapa postinterpretativa. A medida que se va pasando de una etapa a otra se debilita la fuerza del

que descubrir la intención de alguien –pongamos por caso, el autor de la práctica–, el intérprete atribuye una “intención” –esto es, un significado o sentido– a la práctica de que se trate, con el fin de mostrarla en su mejor perspectiva, dentro de la forma o el género al que se supone que pertenece. Si el derecho es una práctica social que requiere interpretación, entonces, cuando los jueces discuten a propósito de qué es lo que exige el derecho vigente, sus discrepancias se deben en último término a que mantienen interpretaciones diferentes a propósito del *sentido* o *significado* de la práctica en que consiste el derecho.

Como sabemos ya, para Dworkin la integridad representa el significado o intención suprema del derecho, entendido como una práctica social específica. En este sentido, la praxis jurídica –mayormente, la praxis de los tribunales– no sólo se encuentra presidida por este valor sino que es el que la guía u orienta. De modo más concreto, “tratar los casos iguales de manera igual” implica una apertura de la tarea judicial a la filosofía política: la integridad, decíamos, exige a los jueces actuar sobre la base de un conjunto coherente de principios –aquéllos que se considera que subyacen al material jurídico vigente, en el sentido de que lo explican y justifican de la mejor forma posible– que, juntos, dan forma a una filosofía política determinada.

Ahora bien, no sólo el derecho, también los distintos conceptos morales y políticos que conforman una filosofía política determinada son conceptos interpretativos, no conceptos semánticos³². La tesis de Dworkin, que ya conocemos, acerca de la naturaleza interpretativa del concepto de “derecho” ha de hacerse pues extensiva a todos los conceptos morales y políticos. En este sentido, las discusiones sobre el contenido de esos conceptos no pueden zanjarse mediante criterios lingüísticos, sino que han de substanciarse en procesos de interpretación constructiva, en los que se entrometen necesariamente juicios de valor. Las diversas concepciones interpretativas morales y políticas a propósito de la igualdad, la libertad, la democracia etc. son precisamente interpretaciones de esos conceptos: responden al intento de

consenso interpretativo. Ligada hasta cierto punto a la distinción entre etapas interpretativas, Dworkin introduce una nueva distinción, esta vez entre el *concepto* de una práctica, que es una noción más amplia e incontrovertida, y la *concepción* de esa misma práctica, que es una “subinterpretación de una idea más abstracta”. Finalmente, en toda interpretación se hace uso de *paradigmas* como elementos de contraste. Paradigmas son ciertos casos que en una comunidad se consideran como casos claros de la práctica que se interpreta. El uso de paradigmas introduce un elemento importante de control en el proceso de interpretación “sujetando” las posibles interpretaciones que se hagan de la práctica concreta para que no resulten una pura y simple invención. Cfr. DWORKIN 1986: 45-73.

³² Para una caracterización de la “moralidad política” como una práctica interpretativa, cfr. DWORKIN 2002.

explicitar lo que hay de “bueno”, de valioso, en los ideales representados por esos conceptos, y a partir de ahí identificar las exigencias que implican.

Ahora bien, Dworkin concibe la tarea de fundamentar una concepción filosófico-política determinada como una labor muy ambiciosa que exige avanzar en un proceso de interpretación *expansiva*. Aunque sería un error interpretar dicho proceso como un procedimiento estrictamente secuencial, en aras de una mayor claridad expositiva puede describirse como un proceso que se desarrolla en tres fases de progresiva complejidad.

La *primera* fase busca ofrecer una concepción interpretativa que dé contenido substantivo al concepto moral o político de que se trate, alcanzando lo que Dworkin denomina “equilibrio reflexivo” dentro de “los límites de sentido” del concepto en cuestión. En este sentido, consideraremos una determinada concepción moral (o política) como correcta o aceptable si guarda la *debida* correlación con nuestras convicciones (morales o políticas) más *arraigadas*. Intencionadamente las expresiones “debida” y “arraigadas” aparecen en cursiva para llamar la atención sobre dos puntos: primero, que *el tipo* o *la clase* de coherencia requerida no es una relación de concordancia cualquiera sino que ha de darse dentro de lo que primero Rawls y ahora Dworkin denominan un “equilibrio reflexivo”; y segundo, que *los términos* entre los que debe materializarse esa condición particular de coherencia son *no* las concepciones morales o principios y *cualesquiera* juicios de moralidad ordinarios, sino los principios y una clase *especial* de juicios morales, aquéllos que Rawls denominó “juicios considerados”.

La expresión “coherencia en equilibrio reflexivo” sirve para designar la situación a la que se llegaría al final de un proceso dinámico en el que nuestras concepciones morales/principios y nuestros juicios morales se han visto sometidos a operaciones de ajuste y corrección mutua. Mientras se va construyendo la teoría, cualquiera de estos elementos puede verse alterado. Como no se puede poner todo en cuestión al mismo tiempo, empezamos con ciertos juicios considerados, ciertas convicciones particularmente arraigadas que tomamos como *fixed points*, en expresión de Rawls. Pero ni siquiera ellas están sustraídas a la posibilidad de ser revisadas en el curso del proceso. Sólo al final se alcanzaría por así decirlo el punto de coherencia general en cuya virtud cada uno de esos elementos pasa a quedar explicado y justificado en función de su correspondencia con los otros. En la *segunda* fase, el proceso, en los términos en que ha sido descrito, se expande más allá de los “límites de sentido del concepto” en cuestión, incorporando todos los valores morales/políticos –en suma, las distintas concepciones interpretativas de los diferentes conceptos–, en busca de una concepción política más integrada, que suministre coherencia en equilibrio reflexivo a nuestra explicación global de todos ellos. Este segundo paso se apoya en el presu-

puesto de que entre las diversas concepciones ha de existir apoyo mutuo antes que conflicto. Ahora bien, este presupuesto dista mucho de ser obvio. En este punto Dworkin se enfrenta críticamente al pluralismo valorativo formulado por Isaiah Berlin, en el sentido de la inevitabilidad de un conflicto entre valores, particularmente entre la igualdad y la libertad³³. Frente a esta propuesta, Dworkin insiste en la necesidad de buscar integridad en nuestros ideales y valores políticos, tesis por lo demás que vendría refrendada en la exigencia de integridad a que, según el autor, está sujeto el derecho. En este punto, la teoría del derecho como integridad contribuye a iluminar un aspecto polémico de la teoría política liberal.

El *tercer* paso expande el proceso del equilibrio reflexivo más allá del área de los conceptos político-morales, hacia una concepción global de la vida buena: una concepción filosófico-política es aceptable en la medida en que su aplicación sistemática favorece una forma de vida valiosa. De este modo la fundamentación de juicios y principios morales es, en último término, *ética*.

Debo advertir que este último movimiento viene propiciado en Dworkin por una consideración sobre la naturaleza de los valores políticos y morales. En concreto, el autor sostiene que, a diferencia de algunos otros valores (como, por ejemplo, el valor de los descubrimientos científicos o de las obras de arte), los valores morales y políticos no son valores “independientes” sino valores “derivados”; no tienen una relación “incorporativa” con los valores éticos, sino más bien una relación “interactiva”: valen sólo por su contribución a una vida buena, en la medida en que contribuyen a hacer valiosa la vida humana. Eso significa que los conceptos morales y políticos no pueden ser interpretados sino como *componentes* o *ingredientes* fundamentales de un plan de vida que se pretende desarrollar y consumir con éxito. En este sentido, los valores morales y políticos tienen en último término un fundamento *ético*³⁴.

Recapitulando, frente a la concepción piramidal que corrientemente se asocia a la idea de fundamentación, en la que enunciados de distinto nivel se fundamentan unos a otros siguiendo un esquema jerárquico unidireccional, el procedimiento en el que Dworkin viene trabajando en los últimos años es un procedimiento holista y coherentista que concibe la fundamentación como un proceso en el que se busca el apoyo recíproco de todos los elementos dentro de una trama de fundamentación en la que todos han de responder por todos. Expresándolo con palabras del autor, las interpretaciones de los

³³ Cfr. DWORKIN 2001a y d.

³⁴ Cfr. DWORKIN 1993: 16 ss; DWORKIN 1997b: 15 ss.; DWORKIN 2001b: 22 ss.; DWORKIN 2001c: 11 ss.

distintos valores han de sostenerse unas a otras análogamente a como se comportan las piezas de una cúpula geodésica³⁵.

Certificada la conexión entre teoría del derecho, teoría de la justicia y teoría ética, la pregunta es si resulta posible seguir contemplando estas disciplinas como independientes, o si, por el contrario, la concepción de Dworkin no conduce a una confusión entre ellas. En mi opinión, la propuesta de Dworkin apunta en la dirección correcta al reclamar un tratamiento más de conjunto de estas tres disciplinas *sin* que eso signifique en modo alguno indiferenciación.

Es verdad que la teoría dworkiniana del derecho remite a la teoría de la justicia en la medida en que sostiene que la práctica misma de interpretación y aplicación del derecho presupone que, además de las reglas creadas deliberadamente por el aparato institucional del estado, el derecho contiene necesariamente principios de moralidad política que prestan al material jurídico una pretensión de justificación moral. Sin embargo, la teoría del derecho no se confunde con la teoría de la justicia, fundamentalmente por dos razones. *La primera* es que la teoría del derecho como integridad se abstiene de substanciar esa pretensión de justificación: la teoría de la justicia ha de elaborarse haciendo abstracción de las restricciones institucionales bajo las que opera el proceso de interpretación del derecho con vistas a su aplicación, e incluso de la dependencia respecto de una determinada tradición jurídica³⁶. *La segunda razón* es que la consideración del concepto de derecho como un concepto *interpretativo*, no semántico, impide establecer una conexión “clasificatoria” entre derecho y moral que haga de la justicia

³⁵ Cfr. DWORKIN 2001b: 13. Como he indicado más arriba, la tesis dworkiniana de que el derecho es una práctica interpretativa, junto con la caracterización que ofrece el autor del proceso de fundamentar juicios morales y políticos como un procedimiento coherentista y holista, presuponen una teoría más general sobre la justificación de los juicios normativos y de valor que Dworkin, recientemente, ha catalogado como una forma de “realismo interno”. Si no interpreto erróneamente, podemos entender esta caracterización, por contraste, del siguiente modo: al proclamarse *realista*, su concepción quiere distanciarse de forma decidida de cualquier postura *escéptica* en relación con la posibilidad de justificar nuestros juicios morales –mejor aún, nuestros juicios interpretativos–, mientras que al añadir el adjetivo de *interno* subraya las diferencias con las posiciones –tanto escépticas como realistas u objetivistas– *externas*, o como le gusta decir últimamente *arquimédicas*, que interpretan la cuestión de si los juicios morales son o no justificables en el sentido de si existe o no una base independiente que pueda alegarse como fundamento externo. Resumiendo, para Dworkin resulta posible defender la verdad y objetividad de nuestros juicios interpretativos sin tener que presuponer para ello la existencia de un fundamento último independiente. Frente a lo que él cataloga como “posiciones arquimédicas”, Dworkin insiste en que los fundamentos de los juicios de valor son *internos* a la práctica misma de formular juicios normativos o juicios de valor. Cfr. DWORKIN 1986: 76 ss.; DWORKIN 1996b; DWORKIN 2001b y c.

³⁶ *Supra* pp. 354-355.

una propiedad definitoria del derecho al modo como ocurría en algunas versiones del yusnaturalismo³⁷.

También es verdad que la teoría dworkiniana de la justicia remite fuera de sí hacia la teoría ética, en la medida en que su autor rechaza la posibilidad de fundamentarla en conceptos o ideales puramente políticos (como una *freestanding view*, al modo de Rawls) y, en cambio, busca sus fundamentos en principios éticos y concepciones sobre la vida buena. Con todo, la teoría de la justicia tampoco se confunde con la teoría ética en la medida en que entre ambas no existe una relación de estricta derivación, que haga de los principios (morales) de la justicia meras deducciones a partir de los principios (éticos) de la vida buena³⁸.

III

Para concluir este repaso apretado por la obra dworkiniana voy a considerar una objeción recurrente entre sus críticos; me refiero al riesgo de particularismo que parece acompañar a su propuesta.

Como he tratado de demostrar, en el caso de Dworkin estamos ante un autor cuyo pensamiento alberga fuertes deseos holistas y de continuidad. El paso desde la teoría del derecho a la teoría política y desde ésta a la teoría ética³⁹ arranca de una caracterización del derecho y de lo que Dworkin llama la “moralidad política” como prácticas o conceptos interpretativos. Ahora bien, en la medida en que se acepte que la interpretación y la argumentación ocupan un lugar central en las prácticas jurídicas y morales, la descripción y explicación de lo que ocurre en el derecho y en la moralidad política –o a través del derecho y de la moralidad política– no son posibles sin una comprensión de la conducta de quienes intervienen en ellas. En otras palabras, la comprensión del derecho y de la moralidad política como prácticas sociales que necesitan ser interpretadas, y por cierto interpretadas constructivamente, presupone el primado del punto de vista interno o del

³⁷ *Supra* p. 355.

³⁸ *Supra* pp. 364-365.

³⁹ En realidad, tal como lo presenta Dworkin, el proceso de fundamentación de una concepción filosófico-política coordina dos movimientos complementarios: por un lado, tenemos un movimiento de abajo arriba, desde nuestras intuiciones políticas más localizadas hacia los principios éticos más generales y abstractos, en una espiral expansiva; por otro lado, tenemos un movimiento de arriba abajo, desde los principios éticos más generales y abstractos hasta nuestras concepciones políticas y nuestros juicios más concretos. Expresándolo con cierta imprecisión, podríamos decir que en el primer movimiento el proceso de fundamentación adquiere los relieves de un proceso *interpretativo* de explicitación, mientras que el segundo adquiere más bien la forma de un proceso *justificadorio*. Ésta es, desde luego, una forma imprecisa de hablar porque, como sabemos, en Dworkin no es posible entender justificación e interpretación como procesos sustancialmente diferentes.

participante. Así las cosas, la adopción de una perspectiva de este género, ¿no frenaría cualquier intento de elaborar una teoría *general* del derecho válida para todo sistema jurídico? Peor aún, si la filosofía jurídica de Dworkin remite fuera de sí hacia una filosofía política de signo liberal, la cual, por su parte, se fundamenta en una determinada concepción ética, ¿no habría que catalogar su propuesta de *particular* –cortada por así decirlo a la medida de las sociedades liberales angloamericanas–, y lo que es más preocupante, no como una proposición *descriptiva* sino como una propuesta destinada a servir como discurso *justificadorio* de dichas sociedades? Para contestar a estas objeciones voy a diferenciar dos aspectos. En primer lugar haré una consideración sobre cuál es la verdadera naturaleza de la teoría jurídica de Dworkin, para pasar después a valorar en qué medida el compromiso del autor con el pensamiento “liberal”⁴⁰ afecta a la pretensión de generalidad de la teoría del derecho como integridad.

Conviene empezar admitiendo que los comentaristas de Dworkin no cometen ningún error cuando señalan que desde el punto de vista interno y con fines justificatorios, sólo es posible construir y desarrollar teorías *particulares* del derecho. Por emplear una analogía, igual que la práctica de la crítica literaria, que es otra forma de interpretación, tiene naturalmente por objeto la interpretación de *determinados* textos literarios –por ejemplo, un determinado poema de Yeats–, no se falta tampoco a la verdad si se afirma que la teoría del derecho que construye un juez para resolver un caso, o la de, pongamos por caso, un especialista en derecho civil, tiene naturalmente por objeto la interpretación de un *determinado* sistema jurídico, por lo general aquél al que pertenece su intérprete. Ahora bien, siendo esto correcto, ello no está reñido con la posibilidad de construir una teoría jurídica que tenga por objeto explicar y justificar el modo como se elaboran *en general* teorías particulares desde el punto de vista de sus participantes.

Dworkin defiende la tesis de que los jueces, al resolver sus casos, han de sacar a flote los principios implícitos en su sistema y elaborarlos en una teoría que permita reconstruir el sistema con vistas a su aplicación; en este sentido, la teoría que construye al efecto es necesariamente particular. Sin embargo, la idea misma del derecho como integridad que está detrás no tiene por qué serlo: las tesis básicas implícitas en esta idea son tesis que, independientemente de si son verdaderas o falsas, ostentan una pretensión de validez universal. Por lo demás, una teoría así no podría ser calificada de descriptiva pero tampoco de prescriptiva; es más bien una teoría de carácter

⁴⁰ Es indudable que su teoría de la justicia es inequívocamente liberal: en realidad, representa una de las aportaciones más importantes que se han hecho en los últimos tiempos a la definición y aclaración de los principios del liberalismo.

reconstructivo, que pretende *reconstruir* aquello que hace una comunidad política *en general* cuando pretende dar una explicación y justificación adecuadas de lo que son sus prácticas jurídicas.

Pasando al segundo aspecto del problema, no hay duda de que algunas de las tesis más sobresalientes ligadas a su teoría del derecho son coherentes con una concepción política liberal sobre el papel del derecho –pensemos, por ejemplo, en la tesis sobre el lugar de los principios en el derecho–; más aún, parece claro que la teoría del derecho como integridad no sólo permite explicar satisfactoriamente algunos rasgos del sistema jurídico característicos de un estado constitucional sino que ofrece herramientas que ayudan a entender la superioridad de ese sistema frente a otros⁴¹. Pero si la teoría tiene una pretensión de validez *general*, entonces tendría que poder ser aplicable a cualquier sistema jurídico, incluso a sistemas que se asientan sobre premisas políticas que se encuentran muy distantes de los principios del liberalismo.

Por otra parte, es verdad que Dworkin ofrece una versión *ética* del liberalismo, en la medida en que presenta los principios políticos del liberalismo como principios que hunden sus raíces en una concepción de la vida buena. Sin embargo, si no interpreto erróneamente, Dworkin confía en que los principios del individualismo ético y el modelo del desafío, en los que se apoya el liberalismo ético, representan concepciones que puedan ser sustentadas por una amplia mayoría, y no sólo por quienes apoyan los principios políticos del liberalismo. En este sentido hay que interpretar el hecho de que los principios del individualismo ético y el modelo del desafío sean tan abstractos, y que entre estos y los principios de la igualdad liberal exista una relación de coherencia y consonancia, no de derivación deductiva⁴².

Para concluir, voy a referirme a una cuestión que puede afectar la valoración final que merezca la propuesta de Dworkin. Me refiero al hecho de si re-

⁴¹ La tesis de Dworkin conocida como “la lectura moral de la constitución” presenta conexiones importantes con algunos temas centrales de teoría del estado constitucional –*verbi-gracia*, la significación del constitucionalismo, el sentido de la idea de democracia, la justificación de la institución de la *judicial review*, etc.–. La concepción interpretativa del “derecho como integridad”, aplicada al campo del derecho constitucional, conduce a lo que Dworkin denomina “lectura moral” de la constitución. Que la interpretación *jurídica* de la constitución requiere una teoría *política* o “lectura moral” significa que, cuando un juez se enfrenta a un caso que requiere interpretar algunos contenidos del texto constitucional, en concreto alguna(s) de las disposiciones recogidas bajo la rúbrica genérica “Bill of Rights”, es inevitable incurrir en apreciaciones y juicios de valor políticos y morales. La razón para proceder de este modo es que ese conjunto de disposiciones han sido redactadas en un lenguaje deliberadamente abstracto con inequívocas connotaciones de carácter moral. La lectura moral, en consecuencia, “propone que todos nosotros –jueces, abogados y ciudadanos– interpretemos y apliquemos estas cláusulas abstractas en base al entendimiento de que invocan principios morales de decencia y justicia políticas”. Cfr. DWORKIN 1996a.

⁴² *Supra* pp. 18-19.

sulta preferible una fundamentación *política* del liberalismo al modo de Rawls o, por el contrario, una fundamentación *ética* como la defendida por Dworkin. No puedo hacer en este momento más que una brevíssima indicación.

Para empezar, la descripción que hace Dworkin del enfoque rawlsiano como si impusiera discontinuidad esquizofrénica entre ética y política descansa en una simplificación. En realidad el enfoque “político” rawlsiano articula continuidad y discontinuidad: aunque los principios mismos no descansan en una concepción comprensiva, la idea rawlsiana de un “consenso por solapamiento” implica que cada uno de los que participa en el consenso lo hace a partir de sus propias concepciones comprensivas, que, si son “razonables”, le inducirán a aceptar los principios de la razón pública cuando se discute sobre cuestiones constitucionales básicas. En este sentido el liberalismo ético de Dworkin puede integrarse sin dificultades en el liberalismo político de Rawls. Por otra parte, hay que señalar que también en Dworkin se presenta en cierto sentido esta combinación entre continuidad y discontinuidad. En la medida en que los principios del individualismo ético y el modelo del desafío son muy abstractos, y entre ellos y la concepción de la igualdad liberal no hay una relación fuerte de derivación, admiten una cierta variedad de concreciones políticas: es verdad que los principios del individualismo ético y el modelo del desafío respaldan los principios políticos del liberalismo (que por eso puede presentarse como liberalismo ético), pero no hay por qué excluir que puedan respaldar también principios políticos que no son estrictamente liberales. Además, el enfoque de Rawls y el de Dworkin responden a dos problemas diferentes. Rawls aspira a que los principios políticos del liberalismo puedan atraer un consenso *constitucional* en un mundo en el que se ha instalado de forma irreversible el “hecho del pluralismo”. La concepción ética del liberalismo, propuesta por Dworkin, no puede aspirar a tal cosa, si se admite que cualquier concepción comprensiva de la vida buena –por más abstracta que sea– es inevitablemente particular. Pero Dworkin aspira, en cambio, a que los principios políticos del liberalismo aumenten su *popularidad* en competencia con otras concepciones rivales, que se disputan la adhesión en el universo cultural de una sociedad pluralista. Que Rawls y Dworkin articulan su concepción del liberalismo en respuesta a problemas algo diferentes se refleja, en cierta medida, en el hecho de que mientras Rawls formula el contenido del liberalismo en términos de principios, como supernormas destinadas a constituir el contenido de la “razón pública” y que, llegado el caso, podrían adquirir carta de naturaleza constitucional, Dworkin lo formula más bien ideando una situación idealmente justa que, como aspiración, podría orientarnos políticamente⁴³.

⁴³ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación financiado BIU 2002-01494.

Referencias bibliográficas

- DWORKIN R. (1963): "Judicial Discretion", *Journal of Philosophy*, 60.
- (1978): "Liberalism", en HAMPSHIRE S., *Public and Private Morality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- (1981³): *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth.
- (1982): "Natural Law Revisited", *University of Florida Law Review*, 34.
- (1985): *A Matter of Principle*, Londres: Harvard University Press.
- (1986): *Law's Empire*, Londres: Fontana Press.
- (1990): "Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court", *Alberta Law Review*, 28.
- (1993): *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York: Knopf.
- (1995): "Constitutionalism and Democracy", *European Journal of Philosophy*, 3.
- (1996a): *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press
- (1996b): "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It", *Philosophy & Public Affairs*, 25.
- (1997a): "In Praise of Theory", *Arizona State Law Journal*, 29.
- (1997b): "The Roots of Justice. Part I" (inédito).
- (1997c): "The Roots of Justice. Part II" (inédito).
- (1997d): "Reflections on Fidelity", *Fordham Law Review*, 65.
- (1998): "The Partnership Conception of Democracy", *California Law Review*, 86.
- (1999): "Justice for Hedgehogs" (inédito).
- (2000): *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- (2001a): "Do Liberal Values Conflict?", en LILLA, M., R. DWORKIN & R. SILVERS (eds.), *The Legacy of Isaiah Berlin*, New York, New York: New York Review of Books.
- (2001b): "Internal Realism" (inédito).
- (2001c): "Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy" (inédito)
- (2001d): "Do Values Conflict? A Hedgehog's Approach", *Arizona Law Review*, 43.
- (2002): "Interpretation, Morality and Truth" (inédito).
- (2003): "Terror & the Attack on Civil Liberties", *New York Review of Books*, 6 de noviembre.

Apéndice

Bibliografía de Ronald Dworkin

1. "Judicial Discretion", *Journal of Philosophy*, 60, 1963.
2. "Wasserstrom: The Judicial Decision", *Ethics*, 75, 1964 (Con un título distinto, "Does Law Have a Function? A Comment on the Two-Level Theory of Decision", *Yale Law Journal*, 74, 1965).

3. "Philosophy, Morality and Law. Observations prompted by Professor Fuller's Novel Claim", *University of Pennsylvania Law Review*, 113, 1965.
4. "The Elusive Morality of Law", *Vanderbilt Law Review*, 10, 1965 (Una versión más abreviada en "Philosophy, Morality and Law. Observations prompted by Professor Fuller's Novel Claim", *University of Pennsylvania Law Review*, 113, 1965).
5. "Lord Devlin and the Enforcement of Morals", *Yale Law Journal*, 75, 1966 (También en WASSERSTROM, R., *Morality and the Law*, Belmont: Wadsworth, 1971. Con un título distinto, "Liberty and Moralism", en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 10).
6. "The Case for Law. A Critique", *Valparaíso Law Review*, 1, 1967.
7. "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review*, 35, 1967 [Con un título distinto "Is Law a System of Rules?" en SUMMERS (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, Blackwell, 1968. Con el mismo título en *Law, Reason, and Justice: Essays in Legal Philosophy*, New York: New York University Press, 1969. Con un título distinto "The Model of Rules I" en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 2. También en DWORKIN (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1977; y en *Jurisprudence*, New York: Garland Publ., 1994].
8. "There Oughta Be a Law", *New York Review of Books*, 14 de marzo de 1968.
9. "On Not Prosecuting Civil Disobedience", *New York Review of Books*, 6 de junio de 1968 (Con un título distinto "Civil Disobedience" en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 8. También en *Civil Disobedience*, Lanham MD: University Press of America, 1989).
10. "Morality and the Law", *New York Review of Books*, 22 de mayo de 1969 (Con un título distinto, "Jurisprudence", en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 1).
11. "Taking Rights Seriously", *New York Review of Books*, 17 de diciembre de 1970 [También en *Is Law Dead?*, New York: Simon & Schuster, 1971; y en SIMPSON, A. W. B., *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press, 1973; y en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 7; y en *The Philosophy of Human Rights*, Belmont (Cal.): Wadsworth, 1989].
12. "What Is the Rule of Law?", *The Role and Rule(s) of Law in Contemporary America*, Ohio: Antioch Press, 1970.
13. "Rights and Interests", *New York Review of Books*, 11 de marzo de 1971.
14. "Philosophy and the Critic of law", *The Rule of Law*, New York: Simon & Schuster, 1971.
15. "The Jurisprudence of Richard Nixon", *New York Review of Books*, 4 de mayo de 1972 (Con un título distinto, "Constitutional Cases", en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 5).
16. "Americans at Table", *The Times*, 23 de mayo de 1972.
17. "Safeguards in Court", *The Times*, 3 de julio de 1972.
18. "Social Rules and Legal Theory", *Yale Law Journal*, 81, 1972 (Con un título distinto, "The Model of Rules II", en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 3).

19. "Fact Style Adjudication and the Fourth Amendment", *Indiana Law Journal*, 48, 1972.
20. "Justice and Rights", *University of Chicago Law Review*, 1973 (También en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 6).
21. "Did Mill Go Too Far?", *New York Review of Books*, 31 de octubre de 1974 (Con un título distinto, "Liberty and Liberalism", en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 11).
22. "A View of U.K.: Reports of Immanent Death Are Greatly Exaggerated", *Sunday Times*, 11 de mayo de 1975.
23. "The Law of the Slave-Catchers", *Times Literary Supplement*, 5 de diciembre de 1975.
24. "Hard Cases", *Harvard Law Review*, 88, 1975 (También en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 4).
25. "Justice Accused", *Times Literary Supplement*, 9 de enero de 1976.
26. "The Defunis Case: The Right to Go to Law School", *New York Review of Books*, 5 de febrero de 1976 (Con un título distinto, "Reverse Discrimination", en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 9).
27. "The Defunis Case: An Exchange", *New York Review of Books*, 15 de julio de 1976.
28. "Journalist's Right to a Fair Trial", *The Times*, 30 de noviembre de 1976.
29. "What Rights Do We Have?", en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 12.
30. "Can Rights Be Controversial?", en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 13.
31. *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977 (Hay traducción al castellano de M. GUASTAVINO, *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1984). El libro recoge los artículos numerados como 5, 7, 9, 10, 11, 15, 18, 20, 21, 24, 26, 29, 30 y 33.
32. "Why Bakke Has No Case", *New York Review of Books*, 10 de noviembre de 1977 (Con un título distinto, "Bakke's Case: Are Quotas Unfair?", en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, cap. 14).
33. "Social Sciences and Constitutional Rights. The Consequences of Uncertainty", *Journal of Law and Education*, 6, 1977 (También en *The Educational Forum*, 41, 1977).
34. "Seven Critics", *University of Georgia Law Review*, 11, 1977 (Una versión corregida y aumentada con el título de "A Reply to Critics", en *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977).
35. "What Moral Philosophies Can Learn from the Law", *University of Maryland Law Forum*, 7, 1977.
36. "No Right Answer?", en *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford: Clarendon Press, 1977 (Con un título distinto, "Is There Really No Answer in Hard Cases?", en *University of New York Law Review*, 53 y en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, cap. 5. Hay traducción al castellano de M. NARVÁEZ, "¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?", *El ámbito de lo jurídico*, CASANOVAS P. y MORESO J. J. (eds), Barcelona: Crítica, 1994).

37. (ed.) *The Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1977 (Hay traducción al castellano de J. Sáinz de los Terreros, *La Filosofía del Derecho*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1980).
38. "The Bakke Decision: Did It Decide Anything?", *New York Review of Books*, 17 de agosto de 1978 (Con un título distinto, "What Did Bakke Really Decide?", en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, cap. 15).
39. "The Bakke Case: An Exchange", *New York Review of Books*, 28 de septiembre de 1978.
40. "Soulcraft", *New York Review of Books*, 12 de octubre de 1978.
41. "The Rights of Myron Farber", *New York Review of Books*, 26 de octubre de 1978 (Con un título distinto, "The Farber Case: Reporters and Informers", en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1985, cap. 18).
42. "The Rights of M. A. Farber: An Exchange", *New York Review of Books*, 7 de diciembre de 1978.
43. "Liberalism", en HAMPSHIRE S., *Public and Private Morality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978 (También en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, cap. 8. Hay traducción al castellano de M. Córdoba, *Moral pública y privada*, México: Fondo de Cultura Económica, 1983).
44. "Political Judges and the Rule of Law", *Maccabean Lecture in Jurisprudence. Proceedings of the British Academy*, 64, 1978 (También en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, cap. 1).
45. "Some Views of Mrs. Thatcher's Victory", *New York Review of Books*, 28 de junio de 1979.
46. "How to Read the Civil Rights Act", *New York Review of Books*, 20 de diciembre de 1979 (También en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, cap. 16).
47. "Is the Press Losing the First Amendment?", *New York Review of Books*, 4 de diciembre de 1980 (También en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, cap. 19).
48. "Is Wealth a Value?", *Journal of Legal Studies*, 9, 1980 (También en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, cap. 12).
49. "Why Efficiency?", *Hofstra Law Review*, 8, 1980 (También en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, cap. 13).
50. "Dissent on Douglas", *New York Review of Books*, 19 de febrero de 1981.
51. "How to Read the Civil Rights Act: An Exchange", *New York Review of Books*, 15 de mayo de 1981.
52. "An Exchange on William O. Douglas", *New York Review of Books*, 28 de mayo de 1981.
53. "Let's Give Blacks a Head Start", *The Times*, 12 de diciembre de 1981.
54. "Do We Have A Right to Pornography?", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1, 1981 (También en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, cap. 17. Con un título distinto, "Rights as Trumps", en WALDRON J., (ed.), *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1984).

55. "The Forum of Principle", *New York University Law Review*, 56, 1981 (También en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, cap. 2).
56. "Principle, Policy, Procedure", en *Crime, Proof and Punishment: Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, Londres: Butterworths, 1981 (También en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, cap. 3)
57. "What Is Equality? Part I: Equality of Welfare", *Philosophy and Public Affairs*, 10, 1981 (Con un título distinto, "Equality of Welfare", en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000, cap. 1)
58. "What Is Equality? Part II: Equality of Resources", *Philosophy and Public Affairs*, 10, 1981 (Con un título distinto, "Equality of Resources", en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000, cap. 2)
59. "Natural Law Revisited", *University of Florida Law Review*, 34, 1982 [Hay traducción al castellano de S. Íñiguez de Onzoño, "Retorno al Derecho "Natural"", en DE PÁRAMO, J.R & J. BETEGÓN (eds.), *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Barcelona: Ariel, 1990].
60. *Humanities in Review*, Cambridge, 1982.
61. "Law as Interpretation", *Critical Inquiry*, 9, 1982 [También en *Texas Law Review*, 60, 1982; así como en AARNIO, A. & N. MACCORMICK (eds.), *Legal Reasoning*, Aldershot: Dartmouth, 1992; y en MITCHELL, W. J. T. (ed.), *The Politics of Interpretation*, Chicago: Chicago University Press, 1983. Con un título distinto, "How Law Is Like Literature", en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, cap. 6. Hay traducción al castellano de J. M. POMBO, "Cómo el derecho se parece a la literatura", en RODRÍGUEZ C., (ed.), *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Santa Fé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1997].
62. "My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk about Objectivity Any More", en MITCHELL, W. J. T. (ed.), *The Politics of Interpretation*, Chicago: Chicago University Press, 1983 (Con un título distinto y en una versión diferente, "On Interpretation and Objectivity", en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, cap. 7).
63. "What Liberalism Isn't", *New York Review of Books*, 20 de enero de 1983.
64. "In Defense of Equality", *Social Philosophy and Policy*, 1, 1983.
65. "Why Liberals Should Believe in Equality?", *New York Review of Books*, 3 de febrero de 1983 (También en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, cap. 9).
66. "To Each His Own", *New York Review of Books*, 14 de abril de 1983 (Con un título distinto, "What Justice Isn't", en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, cap. 10).
67. "Spheres of Justice: An Exchange", *New York Review of Books*, 21 de julio de 1983.
68. "A Reply by Ronald Dworkin", en COHEN J., (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Londres: Duckworth, 1983.
69. "Respuesta" a la encuesta realizada por la Revista *Doxa*, 1, 1984.

70. "Regan's Justice", *New York Review of Books*, 8 de noviembre de 1984.
71. "Regan's Justice: An Exchange", *New York Review of Books*, 14 de febrero de 1985.
72. "Art as a Public Good", *Art and the Law*, 9, 1985.
73. "The High Cost of the Virtue", *New York Review of Books*, 24 de octubre de 1985.
74. "Law's Ambition for Itself", *Vanderbilt Law Review*, 71, 1985.
75. "Civil Disobedience and Nuclear Protests", *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, cap. 4.
76. "Can a Liberal State Support Art?", *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, cap. 11.
77. *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985 (El libro recoge los artículos numerados como 32, 36, 38, 41, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 54, 55, 56, 61, 62, 65, 66, 75 y 76).
78. "La théorie du droit comme interprétation", *Droit et Société*, 1, París, 1985.
79. "A New Link in the Chain", *California Law Review*, 74, 1986.
80. "Report from Hell", *New York Review of Books*, 17 de julio de 1986.
81. *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986 (Hay traducción al castellano de C. Ferrari, *El Imperio de la Justicia*, Barcelona: Gedisa, 1988).
82. "Introduction", en *Nunca más: the Report of the Argentine National Commission on the disappeared*, New York, 1986.
83. "The Changing Story", [para el programa] *In Search of the Constitution with Bill Moyers*, 1987 [documento audiovisual].
84. "Legal Theory and the Problem of Sense", en GAVISON R., (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford: Clarendon Press, 1987.
85. "The Press on Trial", *New York Review of Books*, 26 de febrero de 1987 (También en *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 7).
86. "Time's Settlement", *New York Review of Books*, 12 de marzo de 1987.
87. "Time's Rewrite", *New York Review of Books*, 9 de abril de 1987.
88. "Plea for a Philosopher", *New York Times*, 22 de julio de 1987.
89. "The Bork Nomination", *New York Review of Books*, 13 de agosto de 1987 (También en *Cardozo Law Review*, 9, 1987. Con un título distinto, "Bork: The Senate's Responsibility", en *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 12).
90. "Reckless Disregard: An Exchange", *New York Review of Books*, 24 de septiembre de 1987.
91. "The Bork Nomination: An Exchange", *New York Review of Books*, 8 de octubre de 1987.
92. "The Bork Nomination", *New York Review of Books*, 5 de noviembre de 1987.
93. "From Bork to Kennedy", *New York Review of Books*, 17 de diciembre de 1987 (Con un título distinto, "What Bork's Defeat Meant", en *Freedom's Law. The*

- Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 13).
94. "What Is Equality? Part III: The Place of Liberty", *Iowa Law Review*, 73, 1987 (Con un título distinto, "The Place of Liberty", en *Sovereign virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000, cap. 3).
 95. *Philosophical Issues in Senile Dementia*, US Congress: US Government Printing Office, 1987.
 96. "What Is Equality? Part IV: Political Equality", *University of San Francisco Law Review*, 22, 1987 (Con un título distinto, "Political Equality", en *Sovereign virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000, cap. 4).
 97. "Devaluing Liberty", *Index on Censorship*, 17, 1988.
 98. "The New England", *New York Review of Books*, 27 de octubre de 1988.
 99. "La complétude du droit", en AMSELEK, P. y GRZEGORCZYK, C., (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du Droit*, Paris: Presses Universitaires de France, 1989.
 100. "The Great Abortion Case", *New York Review of Books*, 29 de junio de 1989 (Con un título distinto, "Roe in Danger", en *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 1).
 101. "The Future of Abortion", *New York Review of Books*, 28 de septiembre de 1989 (Con un título distinto, "Verdict Postponed", en *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 2)
 102. "Liberal Community", *California Law Review* 77, 1989 [Hay traducción al castellano de D. BONILLA e I. C. JARAMILLO, "La comunidad liberal", Santa Fé de Bogotá: Siglo del Hombre ed., 1996. También en *Morality, Harm and the Law*, Boulder (Co.): Westview Press, 1994; y en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000, cap. 5].
 103. *A Bill of Rights for Britain. Why British Liberty Needs Protecting*, Londres: Chatto & Windus, 1990.
 104. "Foundations of Liberal Equality", en *Equal Freedom: Selected Tanner Lectures on human values*, Salt Lake City, Utah: University of Utah Press, 1990 (Hay traducción al castellano de R. Domènech, *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona: Paidós, 1993. Con un título distinto y en una versión algo más simplificada en "Equality and the Good Life", *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge Mass.: Harvard University Press, 2000, cap. 6).
 105. "Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court", *Alberta Law Review*, 28, 1990.
 106. "Bork's Jurisprudence", *University of Chicago Law Review*, 57, 1990 (Con un título distinto, "Bork's Own Postmortem", en *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 14).

107. "The Right to Death", *New York Review of Books*, 31 de enero de 1991 (Con un título distinto, "When Is It Right to Die", en *New York Times*, 17 de mayo de 1994. También con un título distinto, "Do We Have a Right to Die?", en *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 5).
108. "The Detention of Sari Nussiebeh", *New York Review of Books*, 7 de marzo de 1991 (En colaboración con BARNES, J., BERLIN, I., COHEN, J., DAVIDSON, D., DUMMETT, M., etc.).
109. "A Harmful Precedent", en *Index on Censorship*, 28 (Con un título distinto, "No News is Bad News for Democracy", en *The Times*, 27 de marzo de 1991).
110. "The Reagan Revolution and the Supreme Court", *New York Review of Books*, 18 de julio de 1991 (Con un título distinto, "Gag Rule and Affirmative Action", en *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 6).
111. "Jurisprudence and Constitutional Law", en *Encyclopaedia of the American Constitution*, 1991.
112. "Pragmatism, Right Answers and True Banality", en *Pragmatism in Law and Society*, Boulder (Co.): Westview Press, 1991.
113. "La Cour Supreme", en *Pouvoirs*, 1991.
114. "On gaps in the Law", en *Controversies About Law's Ontology*, Edimburgo: Edinburgh University Press, 1991.
115. "Pornography, feminism and liberty", en *Pornography: Private Right or Public Menace?*, Buffalo (N.Y.): Prometheus Books, 1991.
116. "Liberty and Pornography", *New York Review of Books*, 15 de agosto de 1991 (Con un título distinto, "The Unbearable Cost of Liberty", en *Index on Censorship*, 24, 1995. También con un título distinto, "Pornography and Hate", en *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 9).
117. "Justice for Clarence Thomas", *New York Review of Books*, 7 de noviembre de 1991 (Con un título distinto, "The Thomas Nomination", en *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 15).
118. "One Year Later, the Debate Goes On", *The New York Times Book Review*, 25 de octubre de 1992 (Con un título distinto, "Anita Hill and Clarence Thomas", en *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 16).
119. "Unenumerated Rights: Whether and How *Roe* Should be Overruled", *University of Chicago Law Review*, 59, 1992 (También en *The Bill of Rights in the Modern state*, Chicago: University of Chicago Press, 1992. Con un título distinto "What the Constitution Says", en *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 3).
120. "The Coming Battles over Free Speech", *New York Review of Books*, 11 de junio de 1992 (Con un título distinto, "Why Must Speech Be Free?", en *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 8).

121. "The Center Holds!", *New York Review of Books*, 13 de agosto de 1992 (Con un título distinto, "Roe Was Salved", en *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 4).
122. "Law as Integrity. Integrity and Interpretation", *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*, Boulder (Co.): Westview Press, 1993
123. "Integrity", en *Justice*, Atlantic Highlands: Humanities Press, 1993.
124. "Feminism and Abortion", *New York Review of Books*, 10 de junio de 1993.
125. "Life is Sacred: that's the Easy Part", *The New York Times Magazine*, June 16, 1993. (También en *Arguing Euthanasia: the Controversy over Mercy Killing, Assisted Suicide, and the "Right to Die"*, New York: Simon & Schuster, 1995).
126. "Women and Pornography", *New York Review of Books*, 21 de octubre de 1993 (También en *New York Review of Books*, 3 de marzo de 1994. Con un título distinto, "MacKinnon's Words", en *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 10).
127. *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York: Knopf, 1993 (Hay traducción al castellano de R. CARACCILO, *El domino de la vida*, Barcelona: Ariel, 1994).
128. "Justice in the Distribution of Health Care", *McGill Law Journal*, 38, 1993.
129. "Will Clinton's Plan Be Fair?", *New York Review of Books*, 13 de enero de 1994 (Con un título distinto, "Justice and the High Cost of Health", en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000, cap. 8).
130. "Mr. Liberty", *New York Review of Books*, 11 de agosto de 1994 (Con un título distinto, "Learned Hand", en *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 17).
131. "Hart's Posthumous Reply", 1994 [inédito].
132. *Conferencias de Ronald Dworkin en Chile*, Santiago de Chile: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Colección de estudios, 2, 1994.
133. "Why Academic Freedom?", *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 11 [Con un título distinto, "We Need a New Interpretation of Academic Freedom", en MENAND L. (ed.), *Academic Freedom and Its Future*, Chicago: University of Chicago Press, 1996].
134. "Does Britain Need a Bill of Rights?", *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 18 (Este capítulo aparece sólo en la edición *inglesa* del libro).
135. "The Moral Reading of the Constitution", *New York Review of Books*, 21 de marzo de 1996.
136. *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996 (El libro recoge los artículos numerados como 85, 89, 93, 100, 101, 106, 107, 110, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 126, 130, 133 y 134).
137. "Indeterminacy and Law", en *Positivism Today*, Aldershot: Dartmouth, 1996.
138. "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It", *Philosophy and Public Affairs* 25, 1996.

139. "Posner's Charges: What I Actually Said", www.nyu.edu/gsas/dept/philo/faculty/dworkin/papers/posner.html.
140. "Sex, Death and the Courts", *New York Review of Books*, 8 de agosto de 1996; y "Assisted Suicide: What the Court Really Said", *New York Review of Books*, 24 de septiembre de 1997, aparecen reunidos en "Sex, Death, and the Courts", *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000, cap. 14.
141. "The Curse of American Politics", *New York Review of Books*, 17 de octubre de 1996.
142. "Do Liberty and Equality Conflict?", en BAKERS P., (ed.), *Living as Equals*, Oxford: Oxford University Press, 1996 (Hay traducción al castellano de J. F. ÁLVAREZ, "¿Entran en conflicto la libertad y la igualdad?", en *Vivir como iguales*, Barcelona: Paidós, 2000).
143. "Politics, Death and Nature", *Health Matrix*, 6, 1996.
144. "Assisted Suicide: The Philosophers' Brief", *New York Review of Books*, 27 de marzo de 1997 (En colaboración con NAGEL, T., R. NOZICK, J. RAWLS, T. SCANLON & J. JARVIS THOMSON. También en www.nyu.edu/gsas/dept/philo/faculty/dworkin/papers).
145. "The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve", *Fordham Law Review*, 65, 1997.
146. "Reflections on Fidelity", *Fordham Law Review*, 65, 1997.
147. "Assisted Suicide: What the Court Really Said", *New York Review of Books*, 25 de septiembre de 1997.
148. "Naturaleza contra autocreación", *El País*, 17 de marzo de 1997.
149. "Comment", en GUTMAN A., (ed.), *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton: Princeton University Press, 1997.
150. "In Praise of Theory", *Arizona State Law Review* 29, 1997.
151. "In Defense of Theory", *Arizona State Law Review* 29, 1997.
152. "The Roots of Justice (Partes I y II)", 1997 (inédito).
153. "Darwin's New Bulldog", *Harvard Law Review* 11, 1998.
154. "The Partnership Conception of Democracy", *California Law Review*, 86, 1998.
155. "Euthanasia, Morality and Law. A Reply by Ronald Dworkin", *Loyola of Los Angeles Law Review*, 31, 1998.
156. "Affirming Affirmative Action", *New York Review of Books*, 22 de octubre de 1998 (Con un título distinto, "Affirmative Action: Does It Work?", en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000, cap. 11).
157. "Is Affirmative Action Doomed?", *New York Review of Books*, 5 de noviembre de 1998 (Con un título distinto, "Affirmative Action: Is It Fair?", en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000, cap. 12).
158. "Justice for Hedgehogs", 1999 (inédito).
159. "Free Speech, Politics, and the Dimensions of Democracy", en ROSENCRANZT; J., (ed.) *If Buckley Fell*, New York: Century Foundation, 1999 (También en *Sove-*

- reign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000, cap. 10).
160. "A Kind of Cup", *New York Review of Books*, 14 de enero de 1999.
 161. "The Wounded Constitution", *New York Review of Books*, 18 de marzo de 1999.
 162. "Philosophy & Monica Lewinsky", *New York Review of Books*, 9 de marzo de 2000.
 163. "'An Affair of State': An Exchange", *New York Review of Books*, 27 de abril de 2000
 164. "The Phantom Poll Booth", *New York Review of Books*, 21 de diciembre de 2000.
 165. "Equality and Capability", en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000, cap. 7.
 166. "Justice, Insurance and Luck", en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000, cap. 9.
 167. "Playing God: Genes, Clones and Luck", en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000, cap. 13. [Hay traducción al castellano, "Jugar a ser Dios: Genes, clones y suerte", en *Claves de Razón práctica*, 135, septiembre de 2003].
 168. *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000 (Hay traducción al castellano de Fernando AGUIAR y M^a Julia BERTOMEU, *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós: 2003). El libro recoge los artículos numerados como 57, 58, 94, 96, 102, 104, 129, 140, 155, 156, 158, 164, 165 y 166.
 169. "Does Equality Matter?", en *Progressive Governance For The XXI Century: Conference Proceedings. Florence, 20th and 21st Nov, 1999*. Florencia: European University Institute, 2000.
 170. "A Badly Flawed Election", *New York Review of Books*, 11 de enero de 2001.
 171. "Do Liberal Values Conflict?", en LILLA, M., R. DWORKIN & R. SILVERS (eds.), *The Legacy of Isaiah Berlin*, New York: New York Review of Books, 2001.
 172. "Internal Realism", 2001 (inédito).
 173. "Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy", 2001 (inédito).
 174. "Do Values Conflict? A Hedgehog's Approach", *Arizona Law Review*, 43, 2001.
 175. "The Threat to Patriotism", *New York Review of Books*, 28 de febrero de 2002.
 176. "The Trouble with the Tribunals", *New York Review of Books*, 25 de abril de 2002.
 177. (ed.) *A Badly Flawed Election: Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2002.
 178. "Interpretation, Morality and Truth", 2002 (inédito).
 179. "Taking Rights Seriously in Beijing", *New York Review of Books*, 26 de septiembre de 2002.
 180. "The Court and the University", *New York Review of Books*, 15 de mayo de 2003.

181. "The Court & the University: An Exchange", *New York Review of Books*, 14 de agosto de 2003.
182. "Rights and Terror", 2003 (inédito).
183. "What Are Human Rights?", 2003 (inédito).
184. "Terror & the Attack on Civil Liberties", *New York Review of Books*, 6 de noviembre de 2003.



DOXA 26 (2003)

AFINIDADES ENTRE DWORKIN Y POUND. UN BREVE ESTUDIO SOBRE INFLUENCIAS Y COINCIDENCIAS

César Arjona
ESADE

1. Introducción

1. *Objeto.* El objeto del presente estudio es establecer y analizar afinidades entre la obra de dos de los más grandes juristas norteamericanos del siglo XX: Roscoe Pound y Ronald Dworkin. El término ‘afinidad’ es portador de una ambigüedad en la que me apoyo deliberadamente. Sugiere tanto la existencia de relaciones de causalidad como de meras coincidencias (Burnet 1985: 244).

Roscoe Pound (1870-1964) ha sido considerado como el jurista teórico [*legal scholar*] más importante de todos los tiempos en Estados Unidos (Summers 1984: 428). Durante años fue la figura más destacada en la filosofía jurídica de aquel país.¹ Su teoría, comúnmente conocida con el nombre de *jurisprudencia sociológica*, marcó el desarrollo del Derecho estadounidense tanto en su dimensión teórica como práctica durante los comienzos y mediados del siglo XX. Además, su conocimiento erudito de otras culturas jurídicas y el carácter universalista de su obra lo convirtieron en referente más allá de las fronteras de su país. Su influencia, sin embargo, declinó ya en los últimos años de su longeva carrera y hoy, incluso en muchos sectores del Derecho norteamericano, Pound ha caído en el olvido o es objeto de una atención puramente retórica.²

Por el contrario, Ronald Dworkin (1931-) es posiblemente el filósofo del Derecho más influyente en la actualidad. El carácter internacional de esa in-

¹ El propio Dworkin se refirió a él como “*the playing captain of American legal philosophy for decades*” (Dworkin 1967: 215).

² Para quien esté interesado en una aproximación biográfica a Roscoe Pound, la obra más recomendable es Wigdor 1974. Una versión en lengua española, más reducida pero muy reveladora y que contiene las circunstancias esenciales de la vida de Pound, puede encontrarse en el primer capítulo de García Ruiz 2002.

fluencia iguala y supera al de Pound. La obra de Dworkin constituye la base de muchos programas docentes y de investigación en centros académicos de todo el mundo y resulta difícil pensar que alguien que se dedique a la filosofía del Derecho no esté en alguna medida al corriente de su obra.

Existen muchos puntos de contacto entre Pound y Dworkin. Por razones que indicaré más abajo, no resulta sencillo determinar cuándo Pound ejerció una influencia sobre Dworkin o cuándo la correspondencia es casual. De entre todos los aspectos en los que existe esa correspondencia, aquí escogeré dos que me parecen especialmente significativos, y procederé a un análisis sucinto de las semejanzas y sus implicaciones. En relación con uno de ellos, la distinción entre reglas y principios, existen razones para pensar que Dworkin fue conscientemente influido por Pound. En el caso del segundo, esto es, la distinción entre derechos y objetivos, que tiene su paralelo en la contraposición poundiana entre intereses individuales y sociales, parece existir más bien una significativa coincidencia.

Este trabajo presupone cierta familiaridad con la obra de Ronald Dworkin. Las cuestiones de su teoría de las que aquí se trata son de las más conocidas y las introduciré sin mayor presentación. Por el contrario, sí presentaré, con carácter previo a la comparación, los conceptos pertinentes de Pound, por ser éste un autor en general poco conocido por el jurista español.

1.2. *Objetivos*. El objetivo de este trabajo es de carácter esencialmente académico. Se trata de dejar establecido que en Pound se prefiguran algunas de las tesis básicas de Dworkin y planteada la posible influencia, hasta ahora poco destacada en la literatura, del primero sobre el segundo. Junto con el anterior, se pretende una revalorización del pensamiento de Roscoe Pound, un autor cuyo prestigio actual dentro y fuera de Estados Unidos no hace justicia a su verdadera importancia.

Paralelamente, este trabajo supone un acercamiento real al contenido de una pequeña parte de la obra de Pound, una obra sugerente y en buena medida imperecedera, por consistir ante todo en *direcciones generales de pensamiento*.³ Las obras de Pound cumplen una función dinamizadora: su visión y talento para plantear grandes temas jurídicos contrastan con las ambigüedades y contradicciones internas que lastran el desarrollo de los mismos. Que lo poco que aquí presento de Pound pueda servir de inspiración, ya sea para interpretar a Dworkin o ya sea con cualquier otro fin, es algo que depende tanto del lector como del autor de estas páginas, quien, si eso sucediera, habría visto superados con creces los objetivos que se planteaba al escribirlas.

³ Tomo prestada la expresión de Robert S. Summers, quien la utiliza, por ejemplo, en Summers 1982: 19.

1.3. *Nota metodológica.* El objeto de este estudio presenta ciertas particularidades metodológicas que me interesa destacar. Ya he hecho referencia a la dificultad de establecer la influencia de Pound en Dworkin. La causa de esa dificultad hay que buscarla en ambos autores.

Pound ejerció una gran influencia tanto en el mundo práctico como en el de la academia (Sayre 1948: 360; Patterson 1968: 395). Pero aunque buena parte de esa influencia fue directa (y quedó reflejada en citas y referencias), la mayor parte fue una influencia indirecta. Esto es, Pound contribuyó de manera importante en la creación de una atmósfera intelectual que fue el origen de importantes desarrollos. Pero tanto el grado de esa contribución como sus consecuencias son muy difíciles de determinar. Que la influencia ejercida por Pound fuera sobretodo indirecta es consistente con su estilo: la brillantez de Pound se manifestó, como se acaba de decir, al nivel de direcciones generales de pensamiento más que de cuestiones particulares. Este tipo indirecto de influencia puede ser tanto o más importante que la influencia directa, pero resulta difícil de probar.

En cuanto a Dworkin, no hace falta más que consultar cualquiera de sus obras principales para percatarse de que su esmero a la hora de citar y referirse a otros autores es sólo relativo. Aunque algunos de sus textos están sazonados con extensas notas, es cosa conocida en la comunidad académica que Dworkin no es el autor más riguroso en cuanto a la identificación de sus fuentes. Es por eso que a menudo resulta especialmente dificultoso trazar el origen de algunas de sus ideas y arriesgado establecer quién y cómo le ha influido.

La conjunción de estos dos factores dificulta la tarea de determinar qué tipo de correspondencia existe entre Dworkin y Pound y justifica que prefiera referirme a sus puntos de contacto como afinidades.

1.4. *Fuentes.* La literatura específica sobre la comparación entre Dworkin y Pound es muy escasa. Dado que la obra de Dworkin ha generado un cuerpo muy nutrido de literatura secundaria, las causas de aquella escasez parece que pueden deberse o bien a falta de literatura sobre Pound o bien a falta de interés en la comparación en sí. Ambas alternativas se combinan. En relación con la falta de interés por la comparación, hay que tener en cuenta las dificultades metodológicas recién planteadas, que sin duda no han servido para estimular esta vía de investigación. En cuanto a la falta de interés en Pound, ésta merece una reflexión aparte.

Hay un “hueco” en la literatura jurídica en torno a Pound (Hull 1997: 2).⁴ Aunque existen (y esto tiene algo de paradoja) muchos artículos y libros

⁴ Ese hueco también se extiende a otros campos relacionados por su contenido con el pensamiento de Pound, como la sociología (Treviño 1997: xxii) o la filosofía (Martin 1965: 37).

sobre Pound, normalmente ofrecen una visión parcial y fragmentaria de la obra de este autor. El hueco, pues, se refiere a la ausencia de estudios generales y comprensivos sobre el pensamiento y la relevancia de Pound. Existen unos pocos, pero insuficientes, tanto cuantitativa como cualitativamente, sobretodo cuando se los compara con la literatura generada por otras figuras de alcance e importancia no superiores a los de Pound. ¿Por qué esto? Dentro de las causas que pueden haber desanimado de distintas maneras a los estudiosos se encuentran la vastísima extensión de su obra, el eclecticismo de su filosofía o su importancia como figura pública.⁵ Su gran longevidad no tuvo, en este sentido, un efecto positivo: durante las últimas décadas de su vida Pound añadió bastante poco a su trabajo anterior y se dejó llevar por la rutina de la repetición, cada vez menos sentida y a veces algo adulterada, de lo ya escrito y de lo ya dicho, lo cual derivó en falta de interés por parte de los juristas entonces jóvenes (Patterson 1953: 511). Desde una perspectiva más amable con el Decano Pound, puede aducirse que tal fue la influencia que ejerció durante los primeros años de su carrera, que sus ideas quedaron completamente integradas en la cultura jurídica, neutralizándose así su originalidad y la atracción por el hombre que las formuló. Cabe decir en ese sentido que Pound fue víctima de su propio éxito (Treviño 1997: xliv).

Hasta donde llega mi conocimiento, la única fuente dedicada exclusivamente al estudio comparado de estos dos autores es un breve artículo publicado por David Burnet hace casi veinte años (Burnet 1985). Dentro de otros trabajos, destaca el capítulo sexto de la obra *The Politics of Jurisprudence*, de Roger Cotterrell, en el que se trata de forma conjunta y exclusiva a Dworkin y Pound (Cotterrell 1992).⁶ En nuestro país, García Figueroa en su libro *Principios y positivismo jurídico* ha dedicado un breve epígrafe al tratamiento de Pound como antecedente de Dworkin (García Figueroa 1998).⁷ Más allá de esto, desconozco la existencia de algún estudio conjunto sobre Pound y Dworkin en nuestro país.⁸ Finalmente, hay que destacar una fuente en la que el propio Dworkin trata sobre Pound. Se trata de una sucinta

⁵ Se puede decir con seguridad que la faceta de hombre público repercutió negativamente en la calidad académica del trabajo de Pound. Como dato más destacado dentro de aquella faceta, hay que señalar que Pound fue decano de la Harvard Law School durante veinte años (1916-1936). La importancia que tuvo ese cargo en su imagen la demuestra el hecho de que después de renunciado al mismo se le siguiera conociendo como Decano Pound [*Dean Pound*].

⁶ Pp. 150-181: “6. The Problem of the Creative Judge: Pound and Dworkin”.

⁷ Se trata del epígrafe “1.4.5. Roscoe Pound: un antecedente de Dworkin”, pp. 127-130.

⁸ Ni García Figueroa 1998 (en las páginas relevantes) ni García Ruiz 2002 (en su monografía sobre Pound, la primera en España según el propio autor) hacen referencia a pieza alguna en este sentido.

crítica que aquél escribió para acompañar la publicación póstuma de la pieza de Pound titulada *The Case for Law* (Dworkin 1967).

2. Reglas y principios

2.1. *Reglas y principios en la filosofía jurídica: el cisma del positivismo jurídico.* La discusión acerca de los principios jurídicos y de su distinción con las reglas es una de las más importantes de la filosofía jurídica contemporánea. Las tesis sobre los principios más divulgadas y debatidas son las de Ronald Dworkin.⁹ Su contenido es bien conocido. Dworkin construye su teoría como un ataque frente al positivismo jurídico en su versión más sofisticada, la de H.L.A. Hart. El positivismo, según Dworkin, ve el ordenamiento jurídico como un sistema normativo compuesto exclusivamente por reglas,¹⁰ las cuales son identificadas como tales por la manera en que son adoptadas o desarrolladas (lo que Dworkin denomina su *pedigree*). Sin embargo, cuando los juristas razonan utilizan estándares distintos a las reglas, como son los principios, algo que, arguye Dworkin, el positivismo ha olvidado (Dworkin, 1970).

La crítica de Dworkin es de gran relevancia, ya que ataca las tres tesis básicas del positivismo, a saber, la tesis de las fuentes sociales del Derecho, la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral y la tesis de la discreción judicial (Moreso 2002: 94). La tesis de las *fuentes sociales del Derecho*, según la cual la pertenencia de normas a un sistema jurídico depende de una serie de hechos sociales (en Hart, la regla de reconocimiento), quiebra, dado que los principios no son susceptibles de ser identificados por medio de un test semejante a la regla de reconocimiento (en términos de Dworkin, por su *pedigree*). Su pertenencia al Derecho no la determina la manera en que son creados sino su contenido. La tesis de la *separación conceptual entre Derecho y moral*, según la cual ni la validez jurídica de una norma implica su bondad moral ni de la bondad moral de una norma puede derivarse su validez jurídica, también quiebra, ya que para Dworkin la pertenencia de un principio al sistema jurídico no se produce, como se acaba de decir, por hechos socialmente comprobables sino precisamente por el valor moral de su contenido. La validez jurídica de los principios sí deriva de su bondad moral. Finalmente, la tesis de la *discreción judicial*, según la cual cuando ninguna regla es aplicable a un caso en cuestión el juez es libre de ejercer su discreción para llegar a una solución, cae también, ya que en

⁹ Sin embargo, sobre los principios habían escrito ya en Europa ilustres juristas muchos años antes de que lo hiciera Dworkin en Estados Unidos (véase Atienza y Ruiz Manero 1996: 3; García Figueroa 1998: 92 y ss.).

¹⁰ Caracterización, por cierto, discutida (Raz 1972: 845).

esos casos, si bien es cierto que las reglas se agotan, el juez debe recurrir a los principios, los cuales permiten, dicho gráficamente, cerrar el sistema normativo. De esto último, me ocupo con mayor extensión más adelante.

Estas críticas someramente presentadas de Dworkin han recibido múltiples respuestas. Entre ellas, destacadamente, las del propio Hart en el *post-script* a su obra magna, *El concepto de Derecho* (Hart 1994). Esas respuestas, a menudo tan o más convincentes que los ataques de Dworkin, han reforzado en cualquier caso la importancia de sus críticas, pues han llevado a la adopción de distintas posturas dentro del seno del positivismo hasta el punto de haberse producido algo parecido a una escisión en dos corrientes que se han dado en llamar positivismo jurídico excluyente y positivismo jurídico incluyente (Moreso 2002: 94-95). En términos muy generales, el positivismo jurídico incluyente se caracteriza por “aceptar que los principios morales substantivos pueden ser parte del Derecho de una comunidad en virtud de su estatus como principios morales siempre que la regla de reconocimiento relevante incluya una provisión a ese efecto” (Coleman 1996: 287-88). La mayoría de los filósofos del Derecho contemporáneos se adhieren a alguna forma de positivismo jurídico incluyente.¹¹ Entre ellos, el propio Hart, quien concedió que “en algunos sistemas jurídicos (...) el criterio último de validez jurídica puede incorporar explícitamente, además del pedigree, principios de justicia y valores morales substantivos” (Hart 1994: 247). Esta versión del positivismo es sensible a la crítica de Dworkin, ya que incorpora los principios como estándares jurídicos que crean obligación, pero mantiene su carácter positivista, ya que está comprometida con la regla de reconocimiento como criterio de pertenencia de una norma al sistema (Coleman 1996: 288). Los criterios de pertenencia, pues, siguen siendo convencionales, pero esa convención puede remitir al valor moral de la norma, con lo cual se da entrada a los principios tal como los concibe Dworkin (Bayón 2002: 70).

El positivismo jurídico excluyente, por el contrario, niega a los principios el carácter de Derecho obligatorio y no considera la posibilidad de recurrir al valor moral de un estándar para determinar su pertenencia al sistema. El defensor más ilustre de esta posición es Joseph Raz. Por la misma razón por la que los positivistas incluyentes entienden que Dworkin, al dirigir sus críticas contra el positivismo hartiano, yerra el blanco de las mismas (García Carrió 1990: 234), los ataques de Dworkin parecen más apropiados contra una posición de corte excluyente. De hecho, Dworkin y Raz comparten una misma caracterización de lo que es el positivismo: ambos sostienen que las normas jurídicas sólo pueden ser identificadas en último término en base a

¹¹ Para un tratamiento general de esta versión del positivismo véase Waluchow 1994, Coleman 2001, Himma 2002.

convenciones sociales sin que éstas puedan remitirse al valor moral de los estándares, esto es, sin que la regla de reconocimiento pueda incorporar criterios de naturaleza moral (Perry 1997: 814). Por eso dice Waluchow que Raz y Dworkin son aliados; aliados, se entiende, en su deseo por minar el positivismo jurídico incluyente (Waluchow 1994: 83).

2.2. *Influencia de Pound en Dworkin.* Esbozada la importancia que las tesis de los principios tienen en la filosofía jurídica contemporánea, cabe decir que la principal de esas tesis, esto es, que en el sistema jurídico existen principios, los cuales son normas tan obligatorias jurídicamente como las reglas pero distintas a las mismas, fue ya formulada por Pound.¹² En términos similares a los que más tarde utilizaría Dworkin, Pound apuntó como “la jurisprudencia analítica (...) inglesa y americana ha sido perniciosa al inculcar la idea de que el Derecho no es más que una agregación de leyes y que las leyes no son más que reglas que relacionan una consecuencia detallada y definida a un estado de hechos detallado y definido” (Pound 1967: 203).¹³

Es plausible pensar que en este punto Pound ejerció una influencia directa sobre Dworkin. El principal motivo para creerlo así es que Dworkin, de quien ya se ha dicho que no es prolífico en sus citas, reconoce el mérito y la originalidad de Pound en este particular. Dworkin En su artículo fundacional *The Model of Rules*, señala expresamente que Pound había ya diagnosticado la tendencia de los juristas a asociar el Derecho con una colección o sistema de reglas (Dworkin 1970: 52-53).¹⁴ En su crítica a la pieza de Pound *The Case for Law*, Dworkin reconoce el potencial de las líneas apuntadas por el Decano, en particular que el Derecho es más que un conjunto de reglas,

¹² Pound parece haber sido el primer norteamericano en presentar esta tesis. Ya se ha dicho que el tema de los principios se ha tratado también en Europa, y se ha hecho de forma contemporánea e incluso anterior a Pound. Dado el amplio conocimiento que éste poseía de la literatura jurídica europea parece normal suponer la influencia de algún autor europeo en esta materia. Sin embargo, no existen referencias explícitas de que eso fuera así: Pound no se apoya de manera especial en ningún autor ni teoría en el tema de los principios. Esa falta de referencias es muy significativa, ya que a la hora de citar y reconocer influencias Pound se congratulaba en mostrar su erudición (más aún cuando el objeto de la misma era la cultura no estadounidense) y sus referencias rayan el exceso. Se dice que el jurista norteamericano Harold Laski pensaba que Pound creía “en el derecho natural de todo alemán a ser citado” (Wigdor 1974: 285). Juristas tan destacados como Frankfurter y Holmes declaraban sentirse cansados ante el arsenal de títulos y nombres que Pound manejaba y expresaba en sus obras (Treviño 1997: vi; Wigdor 1974: 285). Por ello, el que Pound no remita a nadie más en su tratamiento de los principios, parece ser buen indicativo de su originalidad al respecto.

¹³ Aunque el texto del que se extrae la cita se publicó póstumamente en 1967, constituye la base de una conferencia pronunciada por Pound en 1959.

¹⁴ De hecho, si no estoy equivocado, en el texto de ese artículo, y dejando de lado alguna nota al pie, Dworkin sólo hace referencia a tres juristas: Austin, Hart y Pound, y a los dos primeros los trae a colación para tomarlos como blanco de sus críticas. Creo que eso deja bien a las claras la relevancia de la cita a Pound.

que también hay principios, y que los principios “son Derecho en el *sentido* en que las reglas particulares lo son” (Dworkin 1967: 217). No cabe duda de que Dworkin explotó ese potencial en el desarrollo de su propia filosofía jurídica.

2.3. *Pound sobre principios*. El tratamiento de los principios por parte de Pound ocupa un breve espacio dentro de su ingente obra y no llega a un nivel de desarrollo suficiente como para poder hablar de una auténtica teoría de los principios. Lo esencial de lo que dice Pound en este contexto puede resumirse fácilmente.

Antes de todo, insisto en que su mayor valor radica en la tesis de partida, esto es, la inclusión de los principios como preceptos jurídicos distintos de las reglas pero con un carácter vinculante igual al de las reglas. Pound define una *regla* como un precepto jurídico que relaciona una consecuencia jurídica definida y detallada con un estado de hechos definido y detallado. El artículo de un código penal que impone un castigo por la comisión de un delito es un ejemplo de regla. También son ejemplos de reglas las normas que regulan la ejecución de los testamentos. Pound define un *principio* como un punto de partida del razonamiento jurídico dotado de autoridad a partir del cual deducimos reglas o razones en las que basar decisiones. Los principios no contemplan estados de hecho detallados y definidos ni consecuencias jurídicas detalladas y definidas. Como ejemplos de principio Pound se refiere al precepto según el cual quien culpablemente causa una pérdida a otro es responsable del daño o a aquél que prescribe que nadie debe enriquecerse injustamente a expensas de otro (Pound 1959: II, 125-26).

Los principios “son empleados continua y legítimamente en los casos que no están cubiertos o no están completa u obviamente cubiertos por reglas” (Pound 1933: 483). Los principios, dice Pound, organizan la experiencia (especialmente la experiencia judicial); sirven para diferenciar entre distintos casos y sitúan proposiciones generales tras las diferencias, explicando algunos casos por referencia a un punto de partida concreto y otros por referencia a un punto de partida diferente, o encontrando un punto de partida más inclusivo para el campo entero (Pound 1977: 45-46). A diferencia de las reglas, los principios no obtienen su mejor expresión en leyes escritas ni en decisiones judiciales sino en la doctrina (Pound 1933: 483). De hecho, son introducidos en el sistema principalmente a través del estudio y la enseñanza del Derecho (Pound 1944: 44). Aunque su presencia, señala Pound, es un elemento característico de los sistemas jurídicos desarrollados, en los estadios primitivos del Derecho puede encontrarse algo parecido a los principios en forma de proverbios o máximas jurídicas (Pound 1959: II, 126).

Pound hace hincapié en la inviabilidad de un sistema jurídico compuesto exclusivamente por reglas. El ingenio humano siempre irá más lejos que las provisiones contenidas en esas reglas y por ello, dice Pound, los principios son necesarios ya que permiten justificar una decisión en aquellos casos donde no es aplicable ninguna regla. Esa necesidad se hace extrema en las sociedades industriales modernas. Dada la complejidad del orden económico-social contemporáneo, razona Pound, las reglas se muestran como claramente insuficientes en la tarea de mantener el control social. Para hacer frente a las múltiples y diversas controversias que emergen en un contexto permanentemente cambiante o bien recurrimos a la analogía o bien recurrimos a estándares más generales y flexibles que las reglas, estándares que pueden ser adaptados a diferentes situaciones de hecho, como son los principios. Los principios aparecen, en definitiva, como preceptos necesarios para mantener el orden económico (Pound 1944: 44-45).

De lo dicho se deduce que Pound no fue muy sofisticado tanto en la distinción interna como externa de los principios. Mejor dicho, no hay ningún tipo de distinción interna, ya que Pound no establece ninguna subcategorización dentro de los principios. En cuanto a la distinción externa hay que decir que el criterio de Pound para diferenciar reglas de principios no parece demasiado satisfactorio, ya que se refiere exclusivamente al grado de detalle y al carácter más o menos definido tanto de los casos o situaciones de hecho como de las consecuencias jurídicas enlazadas a los mismos. Los términos que definen el criterio son vagos y Pound no se ocupó de precisarlos. En ningún caso parece vislumbrarse la conocida distinción de Dworkin, según la cual las reglas se aplican en forma de todo o nada mientras que los principios tienen una dimensión de peso de la que carecen aquéllas (Dworkin 1970: 37-39).¹⁵ Por lo demás, la propia definición de principio de Pound es sólo relativamente clarificadora. Situada en el contexto de los muchos sentidos en que se ha utilizado el término ‘principio’, parece que a los que mejor se adapta su uso son los de principio como norma muy general, principio como norma cuyos términos son vagos y, posiblemente también, principio como máxima que proviene de la tradición jurídica (Atienza y Ruiz Manero 1996: 3; García Carrió 1990: 211).¹⁶

¹⁵ El criterio de distinción de Dworkin ha sido a su vez criticado, entre otros, por García Carrió 1990: 226 y Hart 1994: 262.

¹⁶ Cabe hacer notar que Atienza y Ruiz Manero señalan que las características de gran generalidad y vaguedad de los términos no son suficientes en sí mismas para distinguir a una norma como principio (Atienza y Ruiz Manero 1996: 5).

2.4. *Los principios y el problema de la discreción judicial.* Pound comparte con Dworkin la preocupación por el papel de los jueces y la discreción judicial (Cotterrell 1992: 150-52).¹⁷ Acabamos de ver como Pound introduce los principios con la función de limitar la discreción judicial. El sistema capitalista y la economía de mercado requieren estabilidad jurídica y es por ello que resulta necesario un sistema de principios (estándares jurídicamente obligatorios) en que basar la toma de decisiones cuando un caso cae fuera del ámbito regulado por las reglas, de manera que el juez no quede obligado a decidir sin la ayuda de estándares jurídicos (Pound 1944: 45).

La posición de Dworkin en relación con la discreción judicial es bien conocida, pues ella constituye el núcleo de su controversia con el positivismo.¹⁸ Dworkin sostiene que no existe discreción judicial: para cualquier caso que se plantee, el sistema jurídico, compuesto por reglas y principios, ofrece una respuesta correcta. Dworkin incluye a Pound en una lista de defensores de la tesis de la discreción, es decir, de la tesis según la cual las dos únicas fuentes de decisión judicial son las reglas y la discreción, y cuando las reglas no determinan el resultado de un caso el juez encargado de decidirlo queda libre de sujeciones jurídicas para elegir la solución que considera más conveniente (Dworkin 1963: 624 n.1).

Esta consideración de Dworkin merece matizarse. De partida resulta curioso que tome a Pound como uno de los principales representantes de esa tesis, cuando él mismo reconocerá después el mérito del propio Pound en haber advertido que los estándares jurídicos obligatorios no se agotan en las reglas. Pero Dworkin tiene motivos para aquel inicial encasillamiento. Pound llegó a afirmar que la existencia de discreción judicial no es sólo inevitable, sino que en determinadas cuestiones puede ser ventajosa (Pound 1959: II 367-69). En su *Teoría de la decisión judicial*, Pound admitía que a la hora de determinar los materiales para resolver un caso, los jueces pueden buscarlos fuera del sistema jurídico, y que tal cosa es legítima y necesaria (Pound 1923: 948-49). Además, afirmaba que el poder del juez para decidir de acuerdo con su propia conciencia sin estar sometido al control de estándares es un elemento integrante de la moderna administración de justicia (Pound 1959: II 357-58).

Ahora bien, junto a las ideas que en este sentido se reproducen a lo largo de la obra de Pound, este autor elaboró una tesis algo más sofisticada en relación con la discreción judicial, la cual rompe con la dualidad entre regla

¹⁷ Pound reconocía que su visión del derecho correspondía al punto de vista del juez (Pound 1933: 476).

¹⁸ Hart mismo expresó que el desacuerdo más agudo entre Dworkin y él era el relativo al de la discreción judicial (Hart 1994: 272).

y discreción que Dworkin le atribuye.¹⁹ En concreto, Pound planteó algo parecido a una concepción gradual de la discreción (Pound 1959: II 353; cf. Barak 1989: 36-41). Según ésta, el dualismo entre regla y discreción es una imagen simplista de la decisión judicial heredada del siglo XIX. Más bien, habría que hablar de cuatro tipos de casos frente a los que puede encontrarse el juez en el ejercicio de su función, los cuales son:

- (nivel 0)²⁰ casos que pueden ser resueltos mediante la aplicación de reglas.
- (nivel 1) casos que no están cubiertos por reglas pero pueden ser resueltos razonando a partir de principios.
- (nivel 2) casos que deben ser decididos mediante discreción ajustada a principios específicos sobre cómo ejercerla (discreción judicial).
- (nivel 3) casos que sólo pueden ser decididos mediante discreción sin referencia a ningún estándar dotado de autoridad (discreción personal).

Creo que es legítimo ver en la lista presentada una gradación de la discreción en el ejercicio de la función judicial. El primer nivel supone la ausencia absoluta de discreción, sería un nivel 0 de discreción. Ese nivel representaría el ideal de la *jurisprudencia mecánica* decimonónica, esa concepción de la función judicial como aplicación automática e incontrovertida de reglas que fue el objeto principal de las críticas del joven Pound pero que, según él mismo reconocía, no debía ser completamente descartada puesto que se adaptaba bien a muchas cuestiones jurídicas, como aquellas relacionadas con el derecho de propiedad o en general con las transacciones comerciales (Pound 1923: 825; cf Frank 1970: 221-31).

El segundo nivel rompe el dualismo regla-discreción y demuestra el importante papel que los principios juegan en la concepción de la discreción judicial de Pound, que prefigura el que jugarán en Dworkin. En efecto, tenemos ya un nivel 1 de discreción, que se presenta en aquellos casos en los que la aplicación “mecánica” de reglas no permite llegar sin más a una solución. Salvado el anacronismo, parece claro que este nivel de discreción equivale a lo que Dworkin ha denominado discreción débil. Concretamente, me refiero

¹⁹ Esta atribución de dos tesis no del todo consistentes, la cual resultaría quizás excesivamente heterodoxa en relación con un autor más riguroso, tiene perfecta cabida en Pound. Dos aspectos deben resaltarse aquí. Primero, que Pound se movía a menudo en un gran nivel de abstracción sin dejar pistas claras respecto a cómo concretar sus teorías. Segundo, que las habilidades analíticas no fueron nunca las más destacadas de su pensamiento. Como resultado, algunos puntos de su obra pueden ser interpretados de muchas maneras e incluso él dejó apuntados caminos divergentes, cuando no contradictorios. Véase, en este sentido, el interesantísimo ejercicio que se realiza en un reciente artículo, cuyo autor plantea dos lecturas opuestas de un aspecto de la obra de Pound, reconociendo que ambas son posibles, legítimas y valiosas en sí mismas, sin que sea posible sintetizarlas (Lasser 2002).

²⁰ Esta y las siguientes denominaciones no son creación de Pound sino que las añadío yo.

al primer sentido de discreción débil, esto es, la que ejerce un juez cuando los estándares relevantes no son susceptibles de una aplicación mecánica y debe hacer uso de su discernimiento. Esta noción débil de discreción se contrapone al sentido fuerte del término, que hace referencia a la situación en la que el juez no está vinculado por ningún tipo de estándar jurídico. Este último es el sentido en el que Dworkin asegura que no existe discreción. Es a ese sentido fuerte al que se circunscribe la oposición de Dworkin con los positivistas (Dworkin 1970: 45-46).

Volviendo a Pound, podemos concluir que el nivel 1 de discreción corresponde a lo que Dworkin denomina discreción en sentido débil: los principios, al tiempo que vinculan al juez, le obligan a ejercer su buen juicio y discernimiento para llegar a la solución jurídicamente correcta.

¿Qué sucede con los dos últimos grados, los que pueden denominarse nivel 2 (discreción judicial) y nivel 3 (discreción personal)? Empecemos con la discreción judicial. En este ámbito, la ambigüedad de Pound es muy grande ya que no queda muy claro a qué se refiere cuando habla de “principios sobre cómo ejercer la discreción”. ¿Son estos algo distinto a los principios tal como han sido definidos con carácter general? ¿O no son distintos, en cuyo caso estaríamos hablando de casos que quizás requieren un plus de discernimiento por parte del juez pero que están aún controlados por los preceptos del sistema? Esta última opción parece cuando menos plausible. La definición más precisa de discreción personal en la obra de Pound se halla en un artículo que publicó en la última etapa de su carrera, cuando su principal preocupación había pasado a ser la defensa de los medios tradicionales del *common law* frente a la amenaza de la creciente intervención administrativa. Allí Pound define la discreción judicial como “un poder para determinar cuestiones a las que ninguna *regla* de Derecho es aplicable, las cuales se dejan al *discernimiento* del tribunal, que debe ser ejercido de acuerdo con *principios establecidos*” (Pound 1940: 42, cursiva añadida). Si eso debe interpretarse como el reconocimiento de discreción fuerte pero limitada o como discreción débil es pregunta a la que no puede responderse con seguridad, ya que estamos aplicando las categorías de forma anacrónica (algo por otra parte inevitable cuando se trata de comparar a dos autores no contemporáneos), pero la segunda posibilidad parece bastante admisible. En cualquier caso, la ambigüedad misma apoya la tesis de que la idea de discreción débil estaba de alguna forma presente en Pound (lo estaba sin duda en el nivel 1 de discreción y bien pudiera estarlo en el nivel 2), con lo cual hay argumentos para sostener que el pensamiento de Pound al respecto es más complejo de lo que Dworkin pareció asumir, y, por cierto, mucho más cercano al suyo propio. Confío en que esto se verá aún más claro cuando

introduzca un nuevo elemento que sofisticaría todavía más la teoría de Pound: el de los ideales.

2.5. *Los ideales prefiguran la tesis de la respuesta correcta.* ¿Qué pasa con el nivel 3 de discreción, el de discreción personal? Aquí es donde la ambigüedad de Pound resulta más aguda, y, en cierto sentido, más fructífera. Por una parte, parece que Pound considera esta forma de tomar decisiones como discreción en sentido fuerte: la discreción personal le permite al juez decidir de acuerdo con su propia conciencia, sin control por parte de estándares dotados de autoridad (Pound 1959: II 358). Pero por otra parte, esto contrasta con lo que el mismo Pound dice en relación los niveles 2 y 3 de discreción, a saber, que en ellos “los ideales dotados de autoridad [*authoritative ideals*] restringen u orientan en mayor o menor medida la elección personal o el discernimiento del juez” (Pound 1959: II 354).

Describiré de forma muy breve qué son los ideales para Pound, lo cual me lleva a referirme sucintamente a su definición misma de Derecho. El Derecho puede definirse según Pound como “el sistema de materiales dotados de autoridad para motivar o guiar la acción judicial y administrativa reconocidos o establecidos en una sociedad políticamente organizada” (Pound 1959: II 106).²¹ A su vez, esos materiales se dividen en tres grupos: los preceptos, las técnicas y los ideales. Tanto las reglas como los principios son ejemplos de preceptos. Una técnica es una forma particular “de desarrollar y aplicar preceptos jurídicos mediante la cual esos preceptos son (...) extendidos, restringidos y adaptados a las exigencias de la administración de justicia (...). Son hábitos mentales que gobiernan el trabajo jurídico y judicial” (Pound 1959: II 107, 111). Nuestro mayor interés reside en los ideales. Un ideal es “una imagen del orden social en un momento y lugar determinados, una tradición jurídica al respecto de lo que ese orden social es y del fin o propósito del control social, imagen que constituye la base [*background*] de la interpretación y aplicación de preceptos jurídicos” (Pound 1959: II 116; en general, Pound 2002). Para ilustrar esta idea me referiré a uno de los ejemplos recurrentes que Pound utilizaba: el ideal al que los tribunales americanos se adherían a finales del siglo XIX, el cual consistía en la imagen de una sociedad con un máximo de asertividad individual en la que el gobierno debía limitarse a garantizar la seguridad general. Ese ideal, que estaba anquilosado en la América rural y pionera del pasado, era usado sistemáticamente por los tribunales para obstruir la entonces naciente

²¹ Este es uno de los sentidos del término ‘Derecho’, que según Pound tiene tres. Los otros dos son Derecho como orden jurídico y Derecho como proceso jurídico (Roscoe Pound 1941: 249). No desarrollaré más este punto que no es estrictamente relevante para el propósito del presente artículo.

legislación social y laboral. Con el paso del siglo, Pound constataba como un nuevo ideal, basado en la idea de cooperación, iba sustituyendo a aquél en los tribunales de su país (Pound 1936: 81).

De todo esto, la idea esencial para nuestro propósito es que los ideales no son preceptos jurídicos (como las reglas y los principios) pero *si son Derecho* en el sentido más riguroso del término: son *materiales jurídicos dotados de autoridad normativa que vinculan a los jueces*. Y recordemos que incluso el nivel más fuerte de discreción, la discreción personal, está limitada por esos ideales. Pound afirma que si excluimos a los ideales de nuestra concepción del Derecho no sólo suprimimos un fenómeno de la mayor relevancia para la comprensión del funcionamiento real de la administración de justicia sino que, además, “perjudicamos mucho a los tribunales al dejar caer sobre ellos la acusación de decidir sin atender al Derecho [*lawlessly*] cuando hacen lo que deben hacer, y lo que los tribunales siempre han estado obligados a hacer cuando administran justicia de acuerdo a Derecho” (Pound 1959: II 122-23). Eso no parece corresponder con la concepción de la discreción como una zona de libertad donde el juez no está vinculado por estándares jurídicos. De hecho, Pound asegura que las principales líneas de los ideales están tan estrictamente fijadas como las del sistema de preceptos, esto es, como las reglas y los principios que habitualmente bastan para determinar la decisión de un caso. Y dice que la función de esos ideales es *mantener la seguridad general y la estabilidad* del sistema, al tiempo que permiten dirigir y organizar el crecimiento del Derecho (Pound 1923: 657).

Dicho todo eso, resulta bastante evidente que Pound se desmarca de una concepción simplista que vería en la decisión judicial una alternativa entre el seguimiento mecánico de reglas y la discreción ilimitada del juez cuando aquéllas no dictan la solución de un caso. El suyo no es, después de todo, el mejor ejemplo de la posición que Dworkin ataca. Más bien al contrario, su introducción de los ideales dotados de autoridad como orientadores de la decisión del juez incluso en los casos más difíciles prefigura la tesis de la respuesta correcta: el sistema siempre determina esa respuesta, aunque sea finalmente por medio de los ideales heredados sobre cuál es el fin o propósito del Derecho en la sociedad.

Cabría sugerir, por supuesto, que lo que propone Pound en su nivel 3 de discreción (y quizás también en su nivel 2) se parece más a un modelo de discreción fuerte limitada que a un modelo de discreción débil con respuesta correcta. Visto así, los ideales jugarían un papel de límite a la libertad del juez similar a otros que se han propuesto, como por ejemplo, el de la zona de razonabilidad (Barak 1989: 116-123). Como ya se ha dicho antes el anacronismo nos impide dar una respuesta definitiva. Aun así, creo que lo dicho anteriormente sobre los ideales (que sus líneas están bien fijadas,

que garantizan la seguridad y la estabilidad del sistema) apunta a que éstos son algo dotado de un contenido más denso y más determinado que el de la zona de razonabilidad u otros criterios que se han sugerido para limitar la discreción en sentido fuerte. Dicho con otras palabras, si entendemos que Pound plantea un modelo de discreción en sentido fuerte, ésta está sometida a unas limitaciones que son, valga la redundancia, especialmente fuertes, además de tener un origen plenamente jurídico. Hasta tal punto eso es así, que resulta bastante plausible pensar en su concepto de discreción como una discreción en sentido débil en la cual ante cualquier caso difícil y después de mucho y difícil discernimiento un juez daría con la respuesta correcta tal como está determinada por el Derecho, esto es, tal como está determinada por los preceptos, la técnica para desarrollarlos y aplicarlos y, en último término, los ideales que engloban el contexto del razonamiento jurídico.

2.6. *Los ideales prefiguran la concepción del 'Derecho como integridad'*. Existen signos que permiten establecer una correspondencia entre los ideales de Pound y la concepción de Dworkin del Derecho como integridad. En su listado de estándares distintos a las reglas, los cuales limitan la libertad del juez y excluyen la discreción fuerte, Dworkin incluye los que llama “juicios de la comunidad”, utilizados por los tribunales cuando éstos “invocan los *ideales* de la sociedad” (Dworkin 1963: 635, cursiva añadida).²² Ese elemento, como bien indica Dworkin, determina una oposición contra la tesis de la estricta separación entre los sistemas jurídico y moral de una comunidad, oposición que comparten Dworkin y Pound (en general, Pound 1926). Y es que la introducción de los ideales en el modelo de decisión judicial ofrece más resonancias de la teoría de Dworkin, al apuntar incluso hacia su concepción misma del Derecho como integridad (Dworkin 1986: 176-275).

Creo que merece la pena introducir una cita algo larga de Pound, por ser muy reveladora en este sentido.

“Los tribunales y los juristas de cualquier sistema jurídico desarrollado siempre han actuado en base a algo más que el cuerpo formal de preceptos jurídicos dotados de autoridad vigentes en su tiempo. Incluso el jurista analítico, que se jacta de trabajar completa y exclusivamente sobre las reglas que de hecho prevalecen en los tribunales de los estados modernos, en la práctica importa a su ciencia un modelo ideal de cómo esas reglas deben ser que en gran parte determina sus resultados. Él establece un *esquema ideal* [ideal plan] que le permitirá explicar tanto como sea posible del fenómeno actual de la administración de justicia y trata de conformar con el mismo lo que queda sin explicar” (Pound 1959: II 121, cursiva añadida).

²² Por supuesto no estoy sugiriendo que Pound y Dworkin utilizasen el término ‘ideal’ con un mismo sentido, aunque la correspondencia terminológica es significativa.

Si a eso se añade lo que ya sabemos, a saber, que esos ideales son los que guían al juez en la solución del caso difícil, creo que no resulta injustificado suponer que el juez que Pound tenía en mente se habría sentido bastante cómodo tratando de imitar a Hércules. El modelo de Dworkin, según el cual el jurista construye la mejor interpretación posible de las prácticas existentes en la comunidad y toma la decisión que mejor se ajusta a las mismas, se esboza en las palabras escritas por el Decano Pound. De hecho, dado que los ideales son para Pound una imagen de la comunidad política y del papel que el Derecho juega en ella, permiten la entrada en el razonamiento judicial de la filosofía política de una forma semejante a como lo hace Dworkin en su modelo de la integridad. En relación con ello, y aunque Pound nunca definiera un criterio de pertenencia al sistema jurídico, el que la decisión en los casos difíciles dependa del ideal político-jurídico que mejor se ajuste a las prácticas de la comunidad muestra la fusión de ser y deber ser, de teoría jurídica normativa y teoría jurídica descriptiva, que caracteriza el pensamiento de Dworkin, y que éste comparte también con Pound (García Figueroa 1998: 130).

Dworkin no sólo desarrolla infinitamente más que Pound, desde un punto de vista teórico, esta cuestión, sino que además se expone en supuestos prácticos en los que muestra en acción la metodología de los jueces dentro de su concepción del Derecho como integridad.²³ Ahora bien, aunque de forma embrionaria ésta fue esbozada por Pound. ¿Influencia o coincidencia?

3. Intereses y derechos

3.1. *Derechos, objetivos e intereses.* La distinción entre argumentos de principio y argumentos políticos [*policy arguments*], así como su análoga entre derechos y metas u objetivos [*goals*], que son centrales en la teoría de la decisión judicial de Dworkin, viene anticipada por la distinción establecida por Pound entre intereses individuales e intereses sociales (Burnet 1985: 240).

Para Pound el fin del Derecho es la satisfacción de intereses, definiéndose intereses como “las peticiones, demandas o deseos que los seres humanos, ya sea individualmente o en grupos, asociaciones o relaciones, tratan de satisfacer, los cuales, por tanto, se deben tomar en cuenta en la regulación de las relaciones y la ordenación de la conducta por medio de la fuerza de la sociedad políticamente organizada” (Pound 1943: 1). Los intereses son,

²³ Por poner un ejemplo, véase cómo Dworkin confronta a Hércules con un caso real y construye su razonamiento en 1986: 240 y ss. Por el contrario, las ilustraciones de Pound sobre el funcionamiento de los ideales en el proceso de decisión suelen ser históricas y muy generales (por ejemplo, Pound 1959: II 116 y ss.).

pues, situaciones de hecho existentes en la sociedad a las que el Derecho da o debería dar cobertura. Pound se inspiró en uno de sus juristas más admirados, Rudolph von Ihering, para distinguir los intereses en tres categorías: individuales, colectivos y sociales.

Pound asegura que en última instancia todos los intereses los hacen valer individuos. Cabe preguntarse, pues, cuál es el criterio para distinguir entre intereses individuales y sociales.²⁴ Pues bien, lo importante para establecer esa distinción es desde qué *perspectiva* se contemplan y a *título* de qué se afirman esos intereses. Así, los intereses individuales son aquéllos “que están implicados en y son vistos desde el punto de vista de la vida individual como tal –son afirmados a título de [*asserted in the title of*] la vida individual”. Ejemplos de intereses individuales son el interés en la inmunidad corporal, en la propia opinión, en la propiedad o en las ventajas prometidas. Los intereses sociales son “las peticiones implicadas en el mantenimiento, la actividad y el funcionamiento de la sociedad; las demandas y deseos más amplios que son afirmados a título de la vida social y contemplados desde el punto de vista de la vida social en una sociedad civilizada”. Ejemplos de intereses sociales son el interés en la seguridad general, en las instituciones económicas o en el progreso cultural. Además, Pound advierte, no toda demanda tiene porqué estar encasillada exclusivamente en una de las categorías ya que una misma demanda puede ser vista tanto desde la perspectiva del individuo como desde la perspectiva social. Dependiendo desde dónde la contemplemos y a título de qué la afirmemos representará un interés individual o un interés colectivo (Pound 1959: III 23-24).

3.2. *Coincidencia entre Pound y Dworkin.* Existen razones para suponer que la correspondencia entre intereses individuales y sociales, por una parte, y derechos y objetivos, o argumentos de principio y argumentos políticos, por otra, es casual, se trata de una coincidencia o, como mucho, de una ilustración de la influencia indirecta de Pound. A pensar así contribuye el que los breves pero explícitos reconocimientos de Dworkin hacia Pound en relación con la tesis de los principios no se reproducen en ninguna medida en la cuestión que ahora nos ocupa. Más bien al contrario, cuando Dworkin introduce la distinción entre argumentos de principio y argumentos políticos, se refiere a ella como “una distinción fundamental en la teoría política”, lo que en interpretación de Burnet indica que Dworkin la considera como un lugar común (Dworkin 1975: 1058; Burnet 1985: 244).²⁵ Sugiero que el

²⁴ De los públicos podemos prescindir en este análisis. Vienen a ser algo así como los intereses del Estado. Pero el propio Pound no les da mucha importancia en su obra.

²⁵ Aunque el propio Burnet afirma que “la relativa insignificancia de esa distinción embrionaria en los términos de la obra de Pound no precluye la posibilidad de que Dworkin se

hipotético carácter casual (y no causal) de esta afinidad no imposibilita el análisis comparado ni neutraliza su interés.

3.3. *Pound sobre intereses*. Introducidos sucintamente el concepto de interés de Pound y la distinción establecida por él entre intereses individuales e intereses sociales, se trata ahora de precisar un poco más qué uso le dio el Decano a su teoría de intereses, lo cual se me antoja necesario antes de proceder a la comparación con Dworkin.

Aunque no me es posible reproducir el amplio inventario de intereses que Pound diseñó, tampoco creo que eso sea necesario para imaginar que en el grupo de intereses individuales se puede identificar una típica enumeración de los tradicionalmente llamados derechos naturales o fundamentales. Así, por ejemplo, el denominado por Pound interés individual de personalidad en la opinión estaría protegido por el derecho a la libre expresión, o el interés individual de substancia en la propiedad estaría garantizado por el derecho a la propiedad, ambos generalmente reconocidos en las constituciones occidentales modernas. Sin embargo, esta identificación es justo lo que Pound trataba de evitar con su teoría, si mi interpretación de la misma es correcta. Pound tenía una concepción instrumental del Derecho (por cierto, punto de clara divergencia con Dworkin): el Derecho es, ante todo, un instrumento, un medio para la consecución de fines. Partiendo de esa base, la confusión entre derechos e intereses es la confusión entre medios y fines que Pound fuertemente criticó porque adulteraba la naturaleza instrumental del Derecho. El fin del Derecho no es la protección de derechos sino la satisfacción de deseos humanos, el aseguramiento de intereses. Los derechos, siempre según Pound, no son sino los medios que se atribuyen para garantizar aquellos intereses dignos de protección. En su opinión, la jurisprudencia decimonónica, particularmente en los Estados Unidos, no había sabido o querido distinguir los intereses que subyacían a los derechos y, tomando a éstos, a los medios, como fines en sí mismos, se había alejado de la realidad social. Pound confiaba en que gracias al concepto de interés el jurista de comienzos del siglo XX podría cerrar el boquete abierto entre Derecho y sociedad que con tanto énfasis había él denunciado en sus primeros trabajos. “La doctrina de que el Derecho existe para asegurar intereses, ya sean individuales, públicos o sociales, obliga al jurista a mantenerse en contacto con la vida” (Pound 1921: 205).

Pound aplicó su teoría de intereses para ofrecer una explicación reveladora de la lucha por el desarrollo del Derecho laboral que tuvo lugar a finales del siglo XIX y durante el cambio de siglo en Norteamérica. En

haya aprovechado de ese argumento y lo haya desarrollado para sus propios propósitos” (1985: 244).

esa época los tribunales anulaban cualquier legislación que, con el fin de proteger los intereses de los trabajadores, interfiriera en el tráfico mercantil. Se basaban para ello en el carácter poco menos que sagrado de los derechos individuales, especialmente el derecho de propiedad y la libertad de contratación. Esos derechos, Pound observaba acertadamente, eran algo más que derechos: representaban todo un ideal de Derecho e incluso de economía política. Pero ese ideal, que había sido el dominante en la América pionera, quedábase obsoleto ante las nuevas circunstancias sociales que acompañaron al cambio de siglo y que estaban relacionadas con un vertiginoso proceso de industrialización, inmigración y urbanización. Nuevas cuestiones relacionadas con ese nuevo contexto social empezaron a plantearse ante los tribunales: eran cuestiones que se incluían bajo la etiqueta de políticas públicas (*public policies*). La protección de los trabajadores industriales se presentaba, pues, como un conflicto entre políticas públicas y derechos individuales. Mientras que éstos últimos eran la expresión bien consolidada de aquel ideal tradicionalmente dominante que se hallaba en la base filosófica del sistema, la categoría de políticas públicas era vaga y estaba mal definida, de forma que los juristas desconfiaban de ella.²⁶

Pound se ocupó de desvelar la ficción bajo la cual esa jurisprudencia anticuada estaba operando y contribuyó con ello al nacimiento de una nueva etapa en el Derecho estadounidense. Si los derechos individuales debían ser considerados, como así él lo pensaba, medios para la protección de intereses individuales, las políticas públicas eran medios (por tanto, *a priori* en pie de igualdad con los anteriores) para la protección de intereses sociales.²⁷ Así, Pound insistía en que el conflicto entre derechos y políticas, casi siempre desigualmente planteado y resuelto, debía en realidad concebirse como un conflicto entre intereses individuales e intereses sociales.

Yendo aún más allá, Pound aplicaba a ese debate su principio de generalización. Según este último (basado en un hecho que se ha apuntado antes, a saber, que las demandas de los individuos pueden a veces subsumirse tanto en la categoría de intereses individuales como en la de intereses sociales) todas las demandas, para ser comparadas, deben ser traducidas siempre que eso sea posible en términos de intereses sociales. En el contexto del debate

²⁶ Esta situación, frente a la que Pound se rebeló enfáticamente en sus primeros escritos, había llegado a constituirse en un círculo vicioso, ya que la propia primacía de la asertividad individual, representada en los derechos individuales como base imperecedera del sistema, era causa del escaso interés por definir y concretar qué se escondía bajo las políticas públicas (Laube 1949: 294).

²⁷ De hecho, Pound identificó bajo algunas de las políticas públicas que con poco éxito se habían formulado en los tribunales algunos de los intereses sociales incluidos en su catálogo (Pound 1943: 7-8).

antes planteado esto implica un nuevo cambio de enfoque: el verdadero conflicto, según Pound, se producía no ya entre intereses individuales y sociales sino entre distintos intereses sociales. Se trata de un segundo paso en el proceso de desenmascaramiento de las decisiones obstructoras de la incipiente legislación. Por una parte estaba el interés en la seguridad general en sus manifestaciones de seguridad en las adquisiciones y seguridad en las transacciones. En realidad éstos eran los intereses (en su versión social) que estaban protegidos, respectivamente, por el derecho de propiedad y por la libertad de contratación. Por otra parte estaban los intereses sociales que se escondían bajo las políticas públicas, en concreto, el interés en la seguridad de las instituciones, en la moral general y, de manera muy especial, el llamado por Pound interés social en la vida individual.²⁸ Esta lucha entre intereses sociales tenía lugar en los tribunales de forma subconsciente y el sacarla a la luz era paso previo y necesario para el desarrollo más completo de la teoría de intereses (Pound 1943: 6). Fue en ese paso previo donde el trabajo de Pound resultó más iluminador.

3.4. *Colectivismo vs. individualismo*. Retomando lo dicho al comienzo de este apartado tercero, Ronald Dworkin establece una distinción entre los dos tipos fundamentales de argumentos utilizados para justificar decisiones políticas: los argumentos de principio y los argumentos políticos. Los argumentos políticos son aquéllos que “justifican una decisión política mostrando que la misma favorece o protege alguna meta u objetivo colectivo de la comunidad como un todo”. Por el contrario, los argumentos de principio “justifican una decisión política mostrando que esa decisión respeta o asegura algún derecho” (Dworkin 1975: 1059). La propuesta de comparación que plantea Burnet sugiere que la distinción de Pound entre intereses individuales (que se hallan en la base de los derechos) e intereses sociales (en la base de las políticas públicas) anticipa la distinción dworkineana entre derechos (corresponderían a los intereses individuales) y objetivos colectivos (corresponderían a los intereses sociales).

Aquí no nos encontramos sólo frente a una coincidencia sino también, dentro de esa coincidencia, frente a una dramática diferencia en cuanto a la posición de ambos autores que merece ser destacada. Dworkin plantea la distinción para presentar inmediatamente su tesis de fondo según la cual las decisiones judiciales, de forma característica, están basadas y deben basarse en argumentos de principio (esto es, en derechos característicamente individuales) y no en argumentos políticos (esto es, en objetivos de la colectividad) (Dworkin 1975: 1060). Lo que pedía Pound, si aceptamos

²⁸ Al cual concedía Pound una gran importancia (Pound 1943: 33, para un tratamiento del mismo véase Pound 1959 III: 315-24).

el paralelismo en la distinción, era más bien lo opuesto: que la atención se desplazara de los intereses individuales a los colectivos, de los derechos a los objetivos y a las políticas. En Pound los argumentos enfrentados en conflictos jurídicos deben generalizarse lo más posible para que la discusión se plantee en forma no de derechos sino de políticas públicas.

Varias aclaraciones son pertinentes a este respecto. La primera, que la tesis de los derechos de Dworkin se circunscribe a la actividad judicial. No alcanza, pues, al legislador, y como el mismo autor afirma “la justificación de un programa legislativo de cierta complejidad exigirá, por lo común, ambas clases de argumentos”, esto es, argumentos de principio y argumentos políticos (Dworkin 1975: 1059). La teoría de intereses de Pound, por su parte, es una teoría para la toma de decisiones jurídicas en general: no se circunscribe a la función judicial sino que es igualmente aplicable a la legislativa (Pound 1913). Esta última quedaría fuera de la oposición, la cual se circunscribe al ámbito del razonamiento judicial.

Una segunda aclaración pasa porque la preferencia de Dworkin por los derechos contra los objetivos parece más estricta que la de Pound en sentido contrario. En relación con Dworkin, cualquiera que conozca el contexto general de su obra entenderá bien lo que digo: los derechos constituyen un núcleo esencial de la filosofía jurídica de este jurista, quien es un crítico declarado de cualquier concepción pragmática e instrumental del Derecho. El instrumentalismo de Pound, sin embargo, se presenta a veces de manera menos clara que el anti-instrumentalismo de Dworkin, aunque finalmente considero que sin duda domina su pensamiento. Burnet pone ese dominio en duda cuando resalta algunas matizaciones que el propio Pound realiza a posiciones utilitaristas en relación con la teoría de intereses (Burnet 1985: 240 en referencia a Pound 1959: III 332-34). Aunque en mi opinión esas aclaraciones son poco importantes, se podría incluso acordar con Burnet que “parece que no existe una prioridad *intrínseca* de los intereses sociales” (Burnet 1985: 240, cursiva añadida). Bastaría con decir que existe en Pound una *cierta* prioridad de los intereses sociales. Creo que esa conclusión es acertada puesto que respeta la identidad filosófica de Pound al tiempo que expresa la diferencia entre su postura y la de Dworkin (pues en este último sí parece haber una prioridad intrínseca y fundamental por los derechos).

La última de las aclaraciones, la más importante, nos remite a la importancia del contexto en las tesis de los dos autores, y creo que puede sugerir reflexiones de interés respecto a nuestra interpretación de Dworkin. Las críticas de Pound contra un tipo de razonamiento judicial basado en el concepto de derecho individual eran una reacción contra el paradigma dominante en el Derecho americano de finales del XIX y tránsito al XX, esto es, lo que él llamaba *jurisprudencia mecánica* o lo que más recientemente ha sido

bautizado como el *pensamiento jurídico clásico* (Wiecek 1998).²⁹ Ese paradigma se basaba en ideales heredados de un contexto social, económico y geográfico que no representaba el fuerte cambio que Estados Unidos estaba experimentando. Los nuevos problemas, derivados de la industrialización, requerían nuevas soluciones, simbolizadas en las emergentes leyes sociales, pero el progreso de éstas era repetidamente obstruido por el atrincheramiento de la posición económica de los propietarios, traducido jurídicamente en la sacralización de los derechos individuales. En esto el Derecho se estaba quedando atrás en relación con el ambiente intelectual y político del país, que estaba sustituyendo en todos los ámbitos el prisma del individualismo por el del colectivismo (Kuklick 2001: 105-10). La teoría de Pound estaba inserta en ese cambio. La esencia de su teoría de intereses, simbolizada por el principio de generalización, según el cual el énfasis en el discurso jurídico pasaba de los intereses individuales a los intereses sociales, del individuo a la sociedad, era el reflejo de la nueva filosofía social dominante a la que Pound se adhería (Pound 1907: 607; Pound 1906: 20-21).

Cuando Dworkin desarrolla su teoría de los derechos, esto es, a finales del siglo XX, la situación del Derecho americano contrasta con la de comienzos de siglo. Durante las décadas intermedias, algunas de las ideas de Pound, apoyadas por sus más radicales discípulos, los realistas, han sido llevadas más lejos de lo que él mismo hubiera querido. Dworkin se encuentra con un sistema jurídico en el que las políticas públicas ocupan una posición dominante. La comunidad académica se centra en cuestiones políticas hasta el punto de que parte de la misma se identifica seriamente bajo el lema de que “el Derecho es política”.³⁰ El énfasis de Dworkin en los derechos, en tomar *los derechos en serio*, como reza el título de una de sus obras principales, debe explicarse contra ese telón de fondo. Un telón de fondo, por cierto, eminentemente localista. Si el realismo jurídico no ha tenido predicamento fuera de las fronteras de Estados Unidos lo mismo, con más énfasis aún, hay que decir en relación con los *critical legal studies* o, en general, todas las posiciones que reducen el Derecho a cuestiones políticas [*law-is-policy reductionists*].

Así pues, son los enemigos que ambos intentaban combatir los que permiten explicar (y hasta cierto punto justificar) las posiciones respectivas de Dworkin y Pound y su aparente enfrentamiento. Teniendo esto en cuenta

²⁹ Una muy buena aproximación al mismo y a su articulación jurisprudencial puede encontrarse en castellano en Solar Cayón 2002.

³⁰ Un *slogan* común en el movimiento de los *critical legal studies*, herederos, por su parte, del realismo jurídico, y por tanto, en ese sentido, descendientes lejanos de Pound, de quien sin embargo es plausible imaginar que si pudiera pronunciarse al respecto renegaría de toda relación de parentesco con los mismos.

cabe pensar que ellos no se encuentran en su pensamiento tan alejados el uno del otro como sugiere una primera aproximación a sus obras. Dworkin se vio obligado a poner en primera línea los valores tradicionales del *common law* frente a la amenaza de una extendida actitud instrumentalista hacia el Derecho. Pero lo cierto es que el último Pound, quien vivió el auge de los realistas y la elevación de las cuestiones políticas hasta un lugar predominante en el Derecho americano, no se pronunció en términos muy diferentes a los de Dworkin en relación con esos valores tradicionales del *common law*, particularmente el respeto por el proceso debido y, ante todo, por el individuo, representado en la defensa a ultranza de sus derechos fundamentales. Por eso, después de la ruptura con la tradición que inicialmente supuso, se ha podido afirmar que “la teoría de los intereses sociales es mucho menos radical de lo que parece a primera vista” (Patterson 1968: 397).

La discusión, insisto, y esto creo que se deduce de lo dicho, es típicamente americana. Las teorías de Pound y Dworkin esbozan, con sus líneas principales, un período en la historia del Derecho estadounidense. Esto llama la atención sobretodo dado el interés universal suscitado por la filosofía jurídica de Dworkin. Si el contexto desde el que escribe un autor es siempre importante, en el caso de Dworkin es fundamental. Su tesis de los derechos la motiva ante todo el enfrentamiento con posiciones académicas americanas. Sus propuestas y los ejemplos que utiliza para ilustrarlas son innegablemente americanos. Su objetivo es afrontar los problemas específicos de una cultura jurídica muy concreta. Este hecho, que parece aconsejable tener en cuenta para una completa comprensión de su obra, es pasado por alto con excesiva frecuencia.

Por supuesto, esta reflexión se inserta en el contexto de descubrimiento de la teoría de los derechos de Dworkin, y, en general, de su filosofía jurídica. Para imaginar porqué esa teoría tiene un éxito universal es necesario entrar en otra dimensión, la de la justificación. Aquí las tesis de Dworkin han encontrado un terreno abonado en otros contextos distintos al de su origen. En nuestro entorno, el constitucionalismo europeo (claro, no ajeno en su desarrollo histórico al americano) y la cultura de los derechos que en él impera, encuentran en la filosofía dworkiniana un marco teórico a primera vista adecuado. Pero en esa cuestión no entraré aquí pues ya nos aleja mucho de la comparación entre los dos autores que es objeto del presente estudio.

3.5. *El bloqueo utilitarista.* Resulta casi inevitable destacar que Dworkin plantea los problemas jurídicos de una forma semejante a como lo hacía la antigua jurisprudencia contra la que Pound se enfrentó, a saber, como una oposición entre derechos y políticas públicas. Hay, en este sentido, un aire de familiaridad entre Dworkin y el pensamiento jurídico clásico del *common law* (Cotterrell 1992: 168). En cierto sentido el debate actual entre las po-

siciones que ven el respeto a los derechos como el fundamento esencial del Derecho y las que proclaman la identificación del Derecho con la política, es un síntoma del fracaso de la teoría de intereses de Pound. Si yo la entiendo correctamente, su objetivo era el de romper esa dicotomía y trasladar el foco de la discusión al concepto de interés, base fáctica subyacente tanto de derechos individuales como de políticas públicas.

La explicación de ese fracaso se halla en las dificultades de plantear una teoría de los derechos partiendo de bases utilitaristas. Pound, como muchos de los juristas de su generación, adoptó su teoría de la justicia de la filosofía pragmática americana y, por extensión, del utilitarismo, del que aquella bebía en esa cuestión (Summers 1982: 42). La teoría de los intereses es lo más parecido a una teoría de la justicia que se puede encontrar en Pound. Es cierto que el utilitarismo de Pound está matizado por su profundo respeto hacia la tradición del *common law* y que el Decano no es consistente del todo en su defensa, pero aún así su teoría de intereses puede seguir calificándose como utilitarista, y ha recibido muchas críticas específicas dirigidas en esa línea (entre otras, Stone 1935, Patterson 1947, di Filippo 1988).

Aquí no hay lugar para entrar en ellas, pues sólo tienen interés de cara a un estudio monográfico sobre Pound. Prefiero más bien incidir, aunque sólo sea de forma general, en que la posibilidad misma de construir una buena teoría de los derechos partiendo de bases filosóficas utilitaristas ha sido puesta seriamente en duda. La crítica más común pasa por afirmar que el utilitarismo es incompatible con la importancia moral de los individuos, de la individualidad misma de las personas, al subordinar su felicidad a la felicidad global de un ente colectivo, la sociedad en su conjunto (Hart 1980: 8-10). Como se ha expresado, de forma muy gráfica, el utilitarismo implica “fundir los intereses de los individuos en un sistema unitario, desconociendo que son intereses de personas distintas y separadas” (Nino 1989: 242). Ni que decir tiene que esa concepción es profundamente anti-liberal y que casa bastante mal con el concepto de derecho subjetivo, o al menos con la concepción del mismo dominante en nuestra cultura, en la que aquél cobra su máxima expresión precisamente contra corriente del bien común, cuando se debe hacer efectiva “la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas” (Dworkin 1984: 303). El reconocimiento de los derechos individuales en una sociedad perfectamente utilitarista en la que toda medida o acción tuviera como justificación última la persecución del bien común sería, más que otra cosa, inoperante y superfluo (Nino 1989: 261-62).

Aunque el utilitarismo es una de las grandes doctrinas políticas de nuestro tiempo y ha tenido un predicamento importante hasta mediado el pasado siglo, las últimas décadas de éste experimentaron una transición en el mun-

do de la filosofía jurídica y política desde el utilitarismo en alguna de sus formas hacia teorías bien distintas basadas en los derechos fundamentales (Hart 1980: 7). La importancia que la idea de derechos humanos posee en nuestra cultura relega a la teoría de intereses de Pound a una posición secundaria. Una posición, por otra parte, a la que el propio Pound contribuyó mediante su infructuoso intento de compatibilizar la teoría de intereses con el pensamiento tradicional del *common law*, un pensamiento individualista de corte liberal en el que los derechos juegan un papel clave, en vez de hacer el esfuerzo por desarrollar una teoría de la justicia consistente en su utilitarismo.

4. Recapitulación y consideraciones finales

4.1. *En relación con las reglas y los principios.* A pesar de que Pound fue relativamente parco en sus tesis sobre los principios y la distinción entre los mismos y las reglas, su influencia en el pensamiento jurídico en ese aspecto ha sido fundamental. Y ello por dos razones. Primera, porque ese tema se ha convertido en uno de los focos de discusión más importantes de la filosofía jurídica contemporánea, lo cual maximiza la influencia de cualquier contribución al respecto. Y segunda, porque lo poco que Pound dijo fue muy importante. En particular, formuló la tesis básica que ha sido adoptada por Dworkin como caballo de batalla frente al positivismo dominante (o al menos su caracterización del mismo), a saber, que el derecho no se compone sólo de reglas sino también de principios, los cuales son distintos a las reglas pero tan vinculantes jurídicamente como ellas, son Derecho en el mismo sentido en que lo son las reglas. El propio reconocimiento por parte de Dworkin del mérito de Pound resalta su influencia. Sin embargo, Dworkin encasilló a Pound como representante de un modelo simplista en relación con la discreción judicial, según el cual no habría término medio entre el recurso mecánico a la regla y la decisión libre de estándares vinculantes por parte del juez. Un estudio exhaustivo de la obra de Pound muestra que el Decano elaboró un modelo algo más sofisticado de decisión judicial, un modelo gradual en el que se adivinaban algunos planteamientos actuales. La inclusión en ese modelo de los ideales, materiales jurídicos distintos a las reglas y a los principios pero dotados igualmente de autoridad normativa, prefigura otros puntos importantes de la teoría de Dworkin, como la tesis de la respuesta jurídica correcta y su concepción misma del Derecho como integridad. Con las pruebas existentes, no es posible determinar si en este particular existe una verdadera influencia o si hay que hablar más bien de semejanzas significativas.

4.2. *En relación con los intereses y los derechos.* Existe un interesante paralelo entre la distinción que Dworkin establece entre derechos y objeti-

vos y la establecida por Pound entre intereses individuales y sociales. En su momento, Pound presentó la teoría de intereses como una ruptura con el paradigma del pensamiento jurídico clásico que, articulado judicialmente a través del conflicto entre derechos y políticas públicas, obstaculizaba los intentos de modernización del derecho americano, simbolizados en la naciente legislación social. El paralelo entre Dworkin y Pound nos permite contrastar el carácter colectivista de éste, representado por la primacía otorgada a los intereses sociales, con el individualismo de Dworkin y la posición central que en su filosofía ocupan los derechos. Ese contraste es en gran medida el contraste entre dos momentos históricos del derecho americano, e incide en la necesidad de contextualizar las teorías, de manera particular la del universalizado Dworkin.

4.3. *Consideraciones finales.* Tanto Pound como Dworkin son dos juristas de indudable importancia, dos iconos del pensamiento jurídico contemporáneo. Sus obras han tenido (las del primero) y tienen (las del segundo) una gran repercusión. Pero mientras Pound era un entusiasta de la erudición, Dworkin parece más bien serlo de la originalidad. De Pound resaltaba ante todo su habilidad para trasladar, reorganizar y combinar ideas ajenas. Su pensamiento era un mosaico de influencias minuciosamente referenciadas, una portentosa obra de bricolaje.³¹ Dworkin le pone las cosas un poco más difíciles a sus intérpretes interesados en trazar las influencias de sus teorías, algo que se antoja necesario para entenderlas plenamente. Aunque pocas veces se haga mención a ello, hay mucho en Dworkin de dos de sus antecesores en la cima de la filosofía jurídica norteamericana: Roscoe Pound y Lon Fuller.³²

Se ha intentado aquí en relación con el primero un breve ejercicio académico, identificándose unos pocos puntos de correspondencia entre su teoría y la de Dworkin en los cuales podrían anidar influencias. Que tal influencia existe de manera directa parece claro al menos en uno de esos puntos: la identificación y denuncia del “modelo de las reglas” y la formulación de la tesis de los principios. Respecto a los demás, hay lugar para la especulación. Es posible, en cualquier caso, que el valor principal de esa especulación no sea tanto el de poder alcanzar una respuesta definitiva en un sentido u otro, como el de aproximarse por medio de aquélla, aunque sea mínimamente, al sugerente pensamiento de Pound, y quizás, de forma silenciosa y sin que apenas nos demos cuenta, éste pueda iluminar la interpretación de la compleja obra de Dworkin. Ése es en realidad el espíritu de su singular influencia, un espíritu cuyas resonancias no sólo se escuchan en los trabajos

³¹ Hull 1997 utiliza repetidamente el calificativo de *bricoleur* para referirse a Pound.

³² En relación con la influencia de Fuller en Dworkin algo se ha dicho recientemente en Escudero 2002: 328-331.

de Dworkin sino en una gran parte de la filosofía jurídica norteamericana contemporánea, de la que el Decano Pound fue el reconocido fundador.

Bibliografía citada

- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1996): *Las piezas del Derecho. Una teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.
- BARAK, Aharon (1989): *Judicial Discretion*, Yale University Press, New Haven, Connecticut (1ª ed. en hebreo 1987, trad. Yadin Kaufmann).
- BAYÓN, Juan Carlos (2002): “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Pablo E. Navarro y María Cristina Redondo (comp.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, pp.57-92.
- BURNET, David (1985): “Dworkin and Pound”, 71 *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 234.
- COLEMAN, Jules (1996): “Authority and Reason”, en Robert P. George (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon, Oxford, 1996, pp.287-319.
- (2001) *The Practice of Principle*, Oxford University Press, Oxford.
- COTTERRELL, Roger (1992): *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1992 (1ª ed. 1989).
- DI FILIPPO, Terry (1988): “Pragmatism, Interests Theory and Legal Philosophy. The Relation of James and Dewey to Roscoe Pound”, 24 *Transactions of the Charles S. Peirce Society* 487.
- DWORKIN, Ronald (1963): “Judicial Discretion”, 60 *Journal of Philosophy* 624.
- (1967): “The Case for Law – A Critique”, 1 *Valparaiso University Law Review* 201.
- (1970): “Is Law a System of Rules?”, reimpresión en Robert S. Summers (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, Basil Blackwell, Oxford, (originalmente “The Model of Rules”, 35 *University of Chicago Law Review* 14 (1967); reimpresión como capítulo II de *Los derechos en serio*)
- (1975): “Hard Cases”, 88 *Harvard Law Review* 1057 (reimpresión como capítulo IV de *Los derechos en serio*).
- (1984): *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona (1ª ed. en inglés 1977, trad. Marta Guastavino).
- (1986): *Law’s Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- ESCUDERO ALDAY, Rafael (2002): “Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller”, *Anuario español de filosofía del Derecho*, tomo XIX, pp.309-331.
- FRANK, Jerome (1970): *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester (1ª ed. 1930).
- GARCÍA CARRIÓ, Genaro (1990): “Principios jurídicos y positivismo jurídico”, en *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 4ª ed. (1ª ed. 1965)³³.

³³ Aunque, como el propio autor señala en su introducción (p. 9), la primera aparición del ensayo aquí citado no se produce hasta 1970.

- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (1998): *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- GARCÍA RUIZ, Leopoldo (2002): *Derecho, intereses y civilización. El pensamiento jurídico de Roscoe Pound*, Comares, Granada.
- HART, H.L.A. (1980): “Entre el principio de utilidad y los derechos humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, vol.58, pp.7-28.
- (1994): *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 2ª ed. con Postscript editado por Joseph Raz y Penelope Bulloch (1ª ed. 1961).
- HIMMA, Kenneth Einar (2002): “Inclusive Legal Positivism”, en Jules Coleman y Scott Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, pp.125-165.
- HULL, N.E.H. (1997): *Roscoe Pound & Karl Llewellyn. Searching for an American Jurisprudence*, The University of Chicago Press, Chicago.
- KUCLICK, Bruce (2001): *A History of Philosophy in America*, Clarendon, Oxford.
- LASSER, Mitchel (2002): “Comparative Readings of Roscoe Pound’s *Jurisprudence*”, *50 The American Journal of Comparative Law* 719.
- LAUBE, Herbert (1949): “The Jurisprudence of Interests”, *34 Cornell Law Quarterly* 291.
- MARTIN, Michael (1965): “Roscoe Pound’s Philosophy of Law”, *51 Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 37.
- MORESO, José Juan (2002): “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, en Pablo E. Navarro y María Cristina Redondo, *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, pp.93-116.
- NINO, Carlos S. (1989): *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona.
- PATTERSON, Edwin (1947): “Pound’s Theory of Social Interests”, en Paul Sayre (ed.), *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, Oxford University Press, Oxford, p.558-573.
- (1953): *Men and Ideas of the Law*, The Foundation Press, Brooklyn, New York.
- (1968): “Roscoe Pound”, en David A. Sills (ed.), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, MacMillan, New York, pp.395-398.
- PERRY, Stephen (1997): “Two Models of Legal Principles”, *81 Iowa Law Review* 787.
- POUND, Roscoe (1906): “The Spirit of the Common Law”, *18 Green Bag* 17.
- (1907): “The Need of a Sociological Jurisprudence”, *19 Green Bag* 607.
- (1913): “Legislation as a Social Function”, *18 American Journal of Sociology* 755.
- (1921): *The Spirit of the Common Law*, Marshall Jones Company, Boston.
- (1923): “The Theory of Judicial Decision”, *36 Harvard Law Review* 641, 802, 940.
- (1926): *Law and Morals*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, North Carolina, 2ª ed. (1ª ed. 1924).

- (1933): “Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law”, 7 *Tulane Law Review* 475.
- (1936): “How Far Are We Attaining a New Measure of Values in Twentieth Century Juristic Thought?”, 42 *West Virginia Law Quarterly* 81.
- (1940): “The Twilight of Liberty”, 28 *Nation’s Business* 8.
- (1941): “My Philosophy of Law”, en *My Philosophy of Law. Credos of Sixteen American Scholars*, Boston Law Books, Boston, pp.249-262..
- (1943): “A Survey of Social Interests”, 57 *Harvard Law Review* 1.
- (1944): *The Task of Law*, Franklin and Marshall College, Lancaster, Pennsylvania.
- (1959): *Jurisprudence* (5 vols.), West Publishing, St. Paul, Minnesota.
- (1967): “The Case for Law”, 1 *Valparaiso University Law Review* 201.
- (1997): *Social Control Through Law*, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey (1ª ed. 1942).
- (2002): *The Ideal Element in Law*, Liberty Fund, Indianapolis (1ª ed. 1958).
- RAZ, Joseph (1972): “Legal Principles and the Limits of Law”, 81 *Yale Law Journal* 823.
- SAYRE, Paul (1948): *The Life of Roscoe Pound*, State University of Iowa, Iowa City.
- SOLAR CAYÓN, José Ignacio (2002): *Política y derecho en la era del New Deal. Del formalismo al pragmatismo jurídico*, Dykinson, Madrid.
- STONE, Julius (1935): “A Critique of Pound’s Theory of Justice”, 20 *Iowa Law Review* 531.
- SUMMERS, Robert S. (1982): *Instrumentalism and American Legal Theory*, Cornell University Press, Ithaca, New York.
- (1984): “Roscoe Pound”, en A.W.B. Simpson (ed.), *Bibliographical Dictionary of the Common Law*, Butterworths, London, pp.427-431.
- TREVIÑO, Javier A. (1997): “Introduction” a Roscoe Pound, *Social Control Through Law*, Transaction, New Brunswick, New Jersey.
- WALUCHOW, W.J. (1994): *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon, Oxford.
- WIECEK, William M. (1998): *The Lost World of Classical Legal Thought*, Oxford University Press, Oxford.
- WIGDOR, David (1974): *Roscoe Pound. Philosopher of Law*, Greenwood Press, Westport, Connecticut.



DOXA 26 (2003)

¿QUÉ QUEDA DEL POSITIVISMO JURÍDICO?

Ángeles Ródenas
Universidad de Alicante

La expresión *crisis del positivismo jurídico* parece estar en boca de todos en los últimos tiempos. Sobre este tema se suceden estudios que niegan categóricamente la existencia de tal crisis, otros que certifican la defunción del positivismo jurídico y, finalmente, algunos que tratan de reformular la teoría positivista, haciéndola resistente a las críticas. En este maremagno de críticas, réplicas y contrarréplicas, conviene comenzar precisando, con la mayor claridad posible, cuál es el objeto de la polémica: aunque la discusión no quede limitada a ello, en líneas generales puede entenderse que la crisis que se predica del positivismo jurídico afecta fundamentalmente a la “*versión fuerte*” de la “*tesis de las fuentes sociales*”. De acuerdo con dicha versión, puede identificarse aquello que el Derecho es, con completa independencia de los juicios sobre lo que debiera ser, de forma que las consideraciones basadas en juicios de valor no intervienen a la hora de determinar cuál es el Derecho de una comunidad. Dicho en el lenguaje de las razones para la acción, de acuerdo con esta “*versión fuerte*”, el Derecho proporciona a los operadores jurídicos razones que son independientes del contenido de las prescripciones, por lo que se excluye la deliberación sobre las razones a favor y en contra de realizar la acción prescrita. Como es fácil percatarse, la “*versión fuerte*” de la tesis de las fuentes del positivismo jurídico no sería sino una interpretación radical de la tesis hartiana de las fuentes sociales, de acuerdo con la cual la existencia y el contenido del Derecho de una comunidad dependen únicamente de un conjunto de hechos sociales, es decir, de un conjunto de acciones de los miembros de dicha sociedad, que *pueden* ser descritos sin recurrir a la moralidad¹, ni, en general, a los juicios evaluativos.

¹ Cfr. H.L.A. Hart, “Postscript” a *The Concept of Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1994.

Se asuma o no el diagnóstico, los síntomas de crisis de esta versión del positivismo son claros y variados. Aunque en este trabajo no pretendo ocuparme de ellos, seguidamente voy a realizar, con una pretensión meramente introductoria, un breve bosquejo de los mismos. Los orígenes de la crisis de la versión fuerte del positivismo jurídico podríamos remontarlos a la célebre crítica que Dworkin hiciera a Hart². Como se recordará, el sentido central de dicha crítica puede resumirse en la idea de que el positivismo jurídico no es capaz de explicar la presencia en el Derecho de los principios. Estas pautas, a diferencia de las reglas, no tienen su origen en ningún hecho social (su validez no depende de su *pedigree*); los principios no son jurídicamente válidos en razón de su fuente, sino por razón de su contenido. Simplificando un tanto las cosas, las modernas reformulaciones del positivismo jurídico en positivismo excluyente y positivismo incluyente –así como las diferentes subdivisiones de éstos– pueden considerarse como distintas respuestas a la crítica de Dworkin a Hart. Así, mientras que el positivismo excluyente enfatizaría los rasgos discordantes de ambas concepciones, excluyendo que cualquier consideración valorativa pueda determinar la existencia y el contenido del Derecho, el positivismo incluyente se escoraría ligeramente hacia la concepción de Dworkin –sin zambullirse por completo en sus aguas– dando cabida a las consideraciones valorativas en la identificación del Derecho, pero sin renunciar a trazar una línea de separación (conceptual) entre el Derecho y la moral.

Toda esta polémica en el seno de la teoría del Derecho no es tan artificiosa como a alguien, a simple vista, pudiera parecerle. La discusión sobre la inclusión o no de estándares valorativos de cara a la identificación del Derecho tiene consecuencias muy importantes a la hora de dar cuenta de fenómenos jurídicos reales. Así, por ejemplo, la versión fuerte del positivismo jurídico tropieza con una dificultad tradicional en el caso de los sistemas de *common law*, en los que la contribución de los jueces al desarrollo del Derecho adquiere una dimensión muy destacada. No en vano este sistema tuvo uno de sus principales detractores en uno de los padres fundadores del positivismo jurídico: Jeremy Bentham; cuya hostilidad hacia las oscuridades y mistificaciones del *common law* y defensa del Derecho codificado son sobradamente conocidas. Ciertamente, las pretensiones recogidas en la “tesis fuerte del positivismo jurídico” parecen casar mejor con un sistema jurídico que dé prioridad en sus fuentes al Derecho legislado: Aunque no siempre

Sobre la versión fuerte y débil de la tesis hartiana de las fuentes sociales cfr. trabajo de José Juan Moreso: “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, en *La relevancia del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2002, págs. 94 a 95.

² Cfr. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth ed., Londres, 1977.

esté del todo claro cómo debe ser interpretado un texto legal, éste facilita la posibilidad de acuerdo acerca de qué es lo que el Derecho requiere³. La dificultad tradicional de la versión fuerte del positivismo jurídico para dar cuenta de los sistemas de *common law*, se ve más agravada en el caso de prácticas como la de los EEUU de Norteamérica, en las que los jueces parecen ser más proclives a aceptar como “proposiciones de Derecho” argumentos sustantivistas (no basados en la autoridad de la fuente de la que proceden), que en el Derecho inglés, más formalista (con un sistema de fuentes más vinculado a las autoridades)⁴.

Finalmente, el moderno auge del constitucionalismo también pondría en entredicho —esta vez desde la tradición del *civil law*— la versión fuerte del positivismo jurídico, al haberse incorporado al Derecho un amplio catálogo de valores fundamentales que deben ser seriamente tomados en consideración por los jueces a la hora de resolver los casos. El nuevo paradigma constitucionalista en el que estamos inmersos resulta incompatible con una aplicación mecánica de las normas y obliga al interprete a realizar constantes ponderaciones para poder concretar tales valores de forma que afecten a las circunstancias del caso.

Esta apelación inicial a los síntomas de la crisis del positivismo sólo pretende esbozar algunas pinceladas del telón de fondo en el que se desenvuelve este trabajo. El objeto de las páginas que siguen no es —al menos directamente— profundizar en estas cuestiones sino, en primer término, analizar lo más sistemáticamente posible los principales factores (internos al Derecho) que minan la tesis fuerte del positivismo jurídico (1) para, seguidamente, examinar la viabilidad de diferentes respuestas que desde el positivismo jurídico se han dado para superar estos obstáculos (2). Dicho análisis me abonará el terreno para abogar por una teoría del Derecho que no sólo dé cuenta de las reglas, sino también de los valores y —más específicamente— de los compromisos entre valores (o, si se prefiere, de los balances entre razones) que albergan los sistemas jurídicos, como única vía capaz de ofrecer una reconstrucción alternativa satisfactoria de los casos que ponen en tela de juicio la tesis fuerte del positivismo jurídico (3). Esta propuesta de reconstrucción me llevará a reflexionar sobre el papel que desempeñan las convenciones y la coherencia de cara la identificación del Derecho (4). Por último, el trabajo se cierra con algunas reflexiones finales en las que, toman-

³ Cfr. Tom Campbell, “El sentido del positivismo jurídico”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, Alicante, 2002, págs. 328 y sig.

⁴ Cfr. P.S. Atiyah y R.S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Clarendon Press, Oxford, 1987.

do en consideración los desarrollos precedentes, trato de dar respuesta a la pregunta que le sirve de título: ¿Qué queda del positivismo jurídico? (5).

1.– Las tensiones internas al Derecho que minan la tesis fuerte del positivismo jurídico:

Como acabo de apuntar, voy a defender la idea de que hay factores internos al Derecho que ponen en tela de juicio la tesis fuerte del positivismo jurídico. Dicha tesis –que, como se recordará, afirma que la identificación del Derecho es independiente de su contenido– sería cierta si los sistemas jurídicos pudieran siempre operar consistentemente atrincherando reglas con perfecta autonomía semántica respecto de sus razones subyacentes. Es decir, si las reglas pudieran aplicarse a todos los casos sin consideración a las razones que les sirven de fundamento. Pero, como vamos a ver, un sistema jurídico que tomara siempre las reglas como completamente opacas respecto a las razones que les sirven de justificación adolecería de ciertas insuficiencias y estaría abocado a cometer determinados excesos.

Voy a intentar mostrar que tales insuficiencias y excesos no son sino la manifestación de las tensiones internas al Derecho causadas por el carácter dual de las razones que incorpora: razones autoritativas (razones basadas en los criterios autoritativos, independientes del contenido, fijados en su sistema de fuentes) y valores jurídicos (razones dependientes del contenido). Mi tesis es que, al menos en lo que a los sistemas jurídicos desarrollados se refiere, hay determinadas ocasiones en las que hacer depender la identificación del Derecho de juicios de valor no sólo no contraviene lo que el Derecho requiere de los jueces y demás aplicadores de normas, sino que, por el contrario, viene exigido por éste. En concreto, voy a sostener que los juicios de valor operarían en el momento de la aplicación del Derecho en un doble sentido: haciendo, por un lado, que normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes⁵, no serían identificables como Derecho, resulten ser, no obstante, aplicables (1.1) y, por otro lado, que normas autoritativamente identificadas como Derecho resulten, pese a ello, inaplicables (1.2). Mientras que en el primer caso diríamos que los juicios de valor permiten identificar como jurídicas normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos del sistema de fuentes, no lo serían, en el segundo caso podemos afirmar que los juicios de valor excluyen como jurídicas normas que, de tener en cuenta sólo tales criterios, sí serían Derecho.

1.1.– En primer lugar, como acabo de indicar, cabe que normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes, no

⁵ Dicho en otros términos, criterios que nos permiten afirmar que la norma *n* pertenece al sistema *S*, sin tener que entrar a evaluar su contenido.

serían identificables como Derecho, resulten ser, no obstante, aplicables debido a consideraciones valorativas. En estos casos podemos afirmar que, con el fin de suplir las *insuficiencias* propias de un sistema que operara atrincherando reglas de mandato, el Derecho hace una llamada para que la moral (u otras consideraciones valorativas) se incorporen al contenido del mismo. Dicho en otros términos, el Derecho abre la puerta a la utilización para la resolución de conflictos de criterios no fundados en su sistema autoritativo de fuentes, sino en consideraciones basadas en juicios de valor.

Así, en muchos casos es el propio legislador el que prevé una remisión a criterios extrajurídicos, basados en valores, para dotar de contenido y/o de condición de aplicación a determinadas normas. De ello son buena muestra ciertos conceptos valorativos ligados al constitucionalismo moderno, como el tan citado de “trato degradante”. Lo característico de la utilización de este tipo de conceptos es que implican una renuncia del legislador a introducir propiedades descriptivas en la norma y, en su lugar, una remisión a las convenciones interpretativas vigentes en un determinado colectivo social. Lo cual no significa, por cierto, que dichas convenciones prevean una respuesta para todos y cada uno de los casos que se le planteen, pero sí que siempre habrá un conjunto de casos que son paradigmas de la aplicación del concepto⁶.

Ahora bien, la inclusión en el Derecho de este tipo de conceptos valorativos no es un fenómeno relativamente reciente, ligado al moderno auge del constitucionalismo. Si bien es cierto que en el constitucionalismo moderno esta tendencia resulta más perceptible, es una característica de los sistemas jurídicos tradicionales la inclusión de conceptos como los de “buena fe”, “diligencia de un buen padre de familia”, “honor”, etc. que, indudablemente, participan de estas características⁷. En estos y similares ejemplos, el legislador, conscientemente, abre una puerta de entrada a la moral en el Derecho⁸, renunciando a regular los casos mediante propiedades descriptivas y requiriendo del aplicador del Derecho el esclarecimiento de las mismas a partir de consideraciones basadas en juicios de valor.

Pero, en contra de lo que pudiera parecer, la remisión del legislador a criterios extrajurídicos no es el único mecanismo que permite a los operadores jurídicos aplicar normas no identificables autoritativamente. Además, existirían otros mecanismos que pueden considerarse como una respuesta

⁶ Cfr. José Juan Moreso, “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, *ob.cit.*, pág. 101.

⁷ Cfr. José Juan Moreso, *ob. cit.*, pág. 106.

⁸ Sobre la progresiva inclusión en el Derecho de aspectos morales cfr. Laporta, Francisco, *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México, 1993, núm. 26, págs. 60 a 63.

proveniente del “método jurídico” –o, si se prefiere, en una terminología más de moda en la teoría del Derecho, de nuestras “prácticas jurídicas interpretativas”– a las *insuficiencias* de un sistema que operara sólo mediante reglas de mandato. Figuras como la de la *analogía legis* prevista en nuestro Código Civil, o construcciones doctrinales como la de la *interpretación extensiva* tienen precisamente aquí su anclaje.

Utilizando la interpretación extensiva a modo de ejemplo, se recordará como la dogmática mantiene que éste tipo de interpretación tiene lugar cuando el aplicador del Derecho extiende la formulación literal de una norma, para adecuarla a su *ratio*. La interpretación extensiva –se dice– tiene lugar cuando una norma expresa menos de lo que quiere⁹.

Como ejemplo de interpretación extensiva citan Díaz-Picazo y Gullón “el caso del antiguo artículo 317 (323 actual), en el que se limitaba la capacidad de obrar del menor emancipado, pese a ser considerado como persona mayor para regir su persona y sus bienes. El emancipado no puede, decía el precepto, gravar ni vender bienes por sí sólo. El sentido de la norma era el de prohibirle la disposición sobre bienes raíces, por lo que le estaba vedado todo acto de disposición, no exclusivamente la venta; permuta, donación, dar en pago de una deuda ese bien, transmitir la propiedad a cambio de que el adquirente le pague una renta vitalicia, etc. En todos estos casos existe la salida de un inmueble del patrimonio del emancipado, como en la venta. *La Ley, se ve, expresaba menos de lo que quería*”¹⁰.

En este ejemplo vemos cómo un conjunto de normas que prohíben una serie de actos de disposición de los bienes de un menor –permuta, donación, etc.– resultan aplicables, pese a no estar contemplados dichos actos en la norma prohibitiva original, que se refería sólo a la venta y gravamen. De acuerdo con la doctrina, lo que el Derecho requiere del aplicador no es una aplicación mecánica de la norma, antes al contrario, se trata de que realice un juicio fundado en consideraciones valorativas que le permita extender las razones subyacentes a la norma a otras situaciones.

En suma, los sistemas jurídicos adolecen de insuficiencias que son –en buena medida– como ya señalara Hart, la consecuencia inevitable de la textura abierta del lenguaje y de la relativa indeterminación de los hechos futuros¹¹. Pero el Derecho establece también mecanismos que permiten suplir tales insuficiencias, recurriendo a consideraciones valorativas. Tales mecanismos pueden estar previstos por el legislador o tener su origen en las prácticas jurídicas y hacen posible que normas que en principio no

⁹ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/1, 1998, Madrid, págs. 101 y sig.

¹⁰ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/1, ob.cit., pág. 102 (la cursiva es mía).

¹¹ Cfr. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, ob.cit.

pertencen al sistema, resulten finalmente aplicables. Las consideraciones valorativas que se introducen en virtud de tales mecanismos nos posibilitan determinar cuáles son las condiciones de aplicación de una norma, o bien extender las razones subyacentes a una norma, o al Derecho, más allá de lo que su tenor literal permite.

1.2 Ahora bien, como señalaba al comienzo, también es posible que consideraciones basadas en juicios de valor lleven a inaplicar normas que, en principio, de tener en cuenta sólo los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes, sí serían Derecho. Me interesa resaltar que, aunque podemos encontrar supuestos que encajen simultáneamente en esta categoría y en la que acabo de hacer referencia –casos en los que una norma no identificable de acuerdo con criterios autoritativos resulta, no obstante, aplicable– esta segunda posibilidad es conceptualmente independiente de la anterior¹². Lo definitorio en estos casos es que las consideraciones basadas en juicios de valor llevan a excluir la aplicación de normas que, en principio, pertenecen al sistema. Dicho en otros términos, mientras que en el primer caso las consideraciones valorativas operarían como *condición suficiente* de la juridicidad (aunque siempre con carácter *subsidiario* –en ausencia de respuesta basada en los criterios autoritativos fijados en las fuentes–), en el segundo caso las consideraciones valorativas serían *condición necesaria* de la juridicidad, ya que permiten excepcionar, o incluso invalidar, el Derecho basado en los criterios autoritativos reconocidos en las fuentes¹³.

Los sistemas jurídicos operan básicamente mediante reglas de mandato, tales reglas son el resultado de realizar un balance entre razones subyacentes a favor y en contra de realizar la acción prescrita. Por lo tanto, si se dan las condiciones de aplicación previstas en la norma, la regla debe ser aplicable sin más. Ahora bien, también sabemos que ningún sistema puede operar consistentemente utilizando sólo reglas de mandato, de ahí que los sistemas jurídicos prevean mecanismos, basados en criterios valorativos, que permitan excluir normas aplicables, bien introduciendo excepciones en el Derecho basado en fuentes, bien incluso invalidándolo¹⁴.

¹² Esto es lo que sucede con las normas que se refieren al abuso de derecho, fraude a la ley o desviación de poder, pues, aunque está claro que en estas normas la condición de aplicación está indeterminada, vamos a ver que también se trata de mecanismos que el legislador incorpora para excepcionar la aplicación de otras normas. De ahí que he preferido hacer referencia a ellas en este segundo apartado.

¹³ Juan Carlos Bayón traza esta distinción para diferenciar entre dos posibles formas de positivismo incluyente en “Derecho, convencionalismo y controversia”, en *La relevancia del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2002, págs. 71 a 72.

¹⁴ La idea de excluir normas jurídicas, como se verá, guarda una estrecha relación con la noción de derrotabilidad de las normas jurídicas.

Nuevamente aquí, un vistazo superficial a nuestro sistema jurídico nos basta para encontrar ejemplos en los que es el propio legislador el que prevé mecanismos para excepcionar reglas, tanto permisivas como prohibitivas: El abuso del Derecho, fraude a la ley, desviación de poder son claros ejemplos de instituciones que permiten dejar de lado *reglas permisivas*. Siguiendo a Atienza y Ruiz Manero, estas tres figuras, que conforman la categoría general de los ilícitos atípicos, tienen los siguientes elementos en común: a) la existencia, *prima facie*, de una acción permitida por una regla; b) la producción de un daño como consecuencia, intencional o no de esa acción; c) el carácter injustificado de ese daño a la luz de consideraciones basadas en juicios de valor; d) la generación, a partir de ese balance, de una nueva regla que limita el alcance de la primera, al calificar como prohibidos comportamientos que, de acuerdo con aquélla, aparecían como permitidos¹⁵.

Pero además, nuestro sistema jurídico también contempla tradicionalmente mecanismos correctores para las *reglas que establecen prohibiciones*, de lo que son buena muestra las causas de justificación del Derecho penal, o la objeción de conciencia. Todas estas figuras cumplen una función común en nuestro ordenamiento: exceptuar reglas que establecen deberes. Para que tal función tenga lugar será necesario que el aplicador del Derecho realice una valoración sobre si, dadas las circunstancias del caso, las razones subyacentes a las reglas son o no de aplicación. Así, por ejemplo, antes de aplicar la norma que justifica la legítima defensa, el intérprete deberá realizar un razonamiento previo sobre si el bien protegido era de igual valor o no que el bien sacrificado¹⁶.

Pero no sólo es el legislador el que prevé mecanismos que permiten excluir normas aplicables en base a consideraciones valorativas: Como sucedía en el caso inverso –el de las normas no identificables mediante criterios autoritativos, pero que resultan, no obstante, aplicables– conviene

¹⁵ Cfr. M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, ed. Trotta, Madrid, 2000. Siguiendo con el análisis de estos autores, la diferencia entre estas tres figuras sería la siguiente: a) El abuso de derecho presupone sólo la existencia de una regla permisiva vg. abuso del derecho de propiedad. b) En fraude de ley y la desviación de poder lo *prima facie* cubierto por una regla permisiva es el uso del poder conferido una norma que confiere poder (un tipo de norma que establece que si en determinadas circunstancias un agente realiza determinada acción, entonces se produce un resultado institucional o cambio normativo: un contrato, un acto administrativo, una ley, etc.). Por lo tanto, no sólo interviene una norma permisiva, sino también una norma que confiere poder (cuyo uso está regulado por la norma permisiva). c) A su vez, la diferencia entre estas dos últimas figuras está en que, cuando se trata de poderes normativos privados, la figura pertinente es la del fraude de ley (vg. utilizar el poder para hacer donaciones para transferir un patrimonio en detrimento de los herederos); y cuando se trata de poderes normativos públicos, la figura pertinente es la desviación de poder (vg. usar el poder de calificación urbanística del suelo para favorecer los intereses de una inmobiliaria) [Ob. cit., págs. 126 a 127].

¹⁶ Cfr. Moreso, José Juan, “En defensa del positivismo inclusivo”, ob. cit., pág. 106.

tener presente que también nuestras prácticas jurídicas tienen algo que decir a este respecto. Así, la dogmática civil española habla sin ambages de una interpretación restrictiva que sería el resultado de restringir el tenor literal de una norma para adecuarla a su “contenido sustancial” o “*ratio*”¹⁷. Si, como vimos, en la interpretación extensiva la dogmática mantiene que “la norma dice menos de lo que quiere”, en estos casos se sostiene que “la norma dice más de lo que quiere”.

“Un ejemplo de interpretación restrictiva –señalan Díez-Picazo y Gullón– es el artículo 1.459.2 del Código Civil, que prohíbe a los mandatarios la compra de los bienes de cuya enajenación o administración estuviesen encargados. Dado que el motivo de la prohibición es velar por los intereses del mandante, pues si el encargado de enajenar los comprase para sí podría defraudar aquéllos, cuando es el propio dueño el que vende al mandatario no rige la prohibición, ya que el peligro que se trata de conjurar desaparece. La ley aquí dice más de lo que quiere”¹⁸.

Por lo tanto, una conducta que está claramente incluida en el supuesto de hecho de una norma prohibitiva –que el mandatario compre sus bienes al propio mandatario– resulta, no obstante, permitida en atención a las propias razones que sirven de justificación a la norma –la protección de los intereses del mandante–.

A estas y otras figuras, que demuestran la presencia en el Derecho, desde tiempo atrás, de mecanismos previstos por el legislador o por nuestras prácticas interpretativas para excepcionar normas aplicables debido a consideraciones valorativas, se le suman las previsiones legislativas características del constitucionalismo moderno que permiten, bien sea a los órganos jurisdiccionales ordinarios, bien tribunales de rango constitucional, invalidar normas cuyo contenido vulnere valores fundamentales de la constitución.

En el siguiente esquema se resumen los principales supuestos a los que he hecho alusión en las páginas precedentes:

1. Aplicación de normas no identificables autoritativamente:

–Prevista por el legislador:

vg. *conceptos jurídicos indeterminados*.

–Prevista en nuestras prácticas jurídicas interpretativas:

vg. *interpretación extensiva*.

2. Inaplicación de normas autoritativamente identificables:

2.1 Casos en los que la norma inaplicada sigue perteneciendo al sistema:

2.1.1 *Inaplicación de normas permisivas:*

– *Prevista por el legislador:*

vg. *ilícitos atípicos*.

¹⁷ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, ob.cit., pág. 101.

¹⁸ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, ob.cit., pág. 102.

– *Prevista en nuestras prácticas jurídicas interpretativas:*
 vg. *interpretación restrictiva.*

2.1.2 *Inaplicación de normas prohibitivas:*

– *Prevista por el legislador:*
 vg. *causas de justificación del Derecho penal, objeción de conciencia.*

– *Prevista en nuestras prácticas jurídicas interpretativas:*
 vg. *interpretación restrictiva.*

2.2. *Casos en los que la norma inaplicada deja de pertenecer al sistema:*

vg. *declaración de inconstitucionalidad.*

2. La respuesta del positivismo

Vistas así las cosas, es indudable que la práctica de nuestros sistemas jurídicos se resiste a ajustarse el corsé de la versión fuerte de la tesis de las fuentes del positivismo jurídico: no siempre la identificación del Derecho es posible mediante criterios independientes del contenido; en ocasiones las consideraciones valorativas son decisivas de cara a la identificación de las normas. Las respuestas que desde el positivismo jurídico se pueden dar para salvar este obstáculo son de lo más variado, y pueden ser ordenadas de acuerdo con su grado de radicalidad. La respuesta más extrema consiste en presentar este fenómeno como defectos o imperfecciones de los sistemas jurídicos reales, de los que poco o nada se puede decir. Pues –de acuerdo con esta respuesta– una vez que hemos dado cabida a la moral, estos fenómenos se vuelven inabordables desde categorías racionales. Un sistema jurídico es más perfecto en la medida en la que deja menos de estos resquicios abiertos a la arbitrariedad. Frente a este punto de vista se puede objetar que, aunque indudablemente la inclusión en los sistemas jurídicos de consideraciones valorativas de cara a la identificación de normas plantea muchos problemas de racionalidad, estos mecanismos no parecen haber sido introducidos en el Derecho por un deseo irracional, sino, antes al contrario, con la pretensión de racionalizarlo. Como se ha tratado de demostrar en los ejemplos de las páginas anteriores, un sistema jurídico que operara única y exclusivamente mediante reglas de mandato atrincheradas sería un sistema bastante más irracional que el que, en determinadas circunstancias, habilita a sus operadores a identificar el Derecho aplicable de acuerdo con consideraciones valorativas.

Una respuesta más matizada a los excesos de la tesis fuerte del positivismo jurídico la encontramos en algunos de los últimos escritos de Raz¹⁹. De

¹⁹ Cfr. Joseph Raz “On the Autonomy of Legal Reasoning”, en *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press, 1994, págs. 310 y sig.

acuerdo con Raz es posible distinguir entre un “razonamiento para establecer el contenido del Derecho” y un “razonamiento con arreglo a Derecho”. En el primer caso, el intérprete realiza un razonamiento basado únicamente en las fuentes del Derecho y, por lo tanto, autónomo. Pero es posible que el resultado que tal razonamiento arroje sea el otorgamiento de discrecionalidad a los jueces para apartarse de lo que el Derecho establece si se dan razones morales relevantes para ello. Si este fuera el caso, entraría en escena el segundo tipo de razonamiento, el razonamiento con arreglo a Derecho, en el que el juez tiene discreción para apartarse de las pautas jurídicas identificadas según la tesis de las fuentes y aplicar las razones morales.

A mi juicio, a estos y semejantes intentos de salvar la tesis fuerte del positivismo jurídico le son oponibles una misma cuestión: ¿La renuncia del Derecho a juzgar estos casos equivale a la indiferencia de éste respecto de los criterios que se usen para resolverlos?. Así, por ejemplo, cuando el legislador utiliza conceptos como el de “honor” o “trato inhumano o degradante”, ¿pueden verse como una mera renuncia a juzgar los casos, otorgando plena discrecionalidad al aplicador?. O, todavía más grave, categorías como las de la interpretación extensiva y la restrictiva ¿pueden verse como construcciones doctrinales que hacen posible la introducción subrepticia en el Derecho de las propias convicciones morales del aplicador cuando lo estime procedente?. Parece dudoso que la respuesta a estas cuestiones pueda ser favorable. Si los jueces tuvieran discrecionalidad para apartarse de las fuentes prescritas en las circunstancias y en la dirección que estimen moralmente procedentes la idea de autoridad del Derecho se desvanecería²⁰. Una de las características distintivas del Derecho, frente a otros sistemas normativos, es que éste se presenta como un conjunto de pautas o patrones autoritativos para la resolución de las disputas y requiere el reconocimiento de tal pretensión por parte de aquellos a los que se aplica. El Derecho pretende que las pautas por él ofrecidas constituyen una razón suficiente para que se produzca la conducta conforme. El haberlo hecho constar así es precisamente mérito de Raz. No lo es tanto el haber vinculado necesariamente esta tesis a la tesis fuerte del positivismo jurídico. Pero las razones para desvincular ambas tesis no pueden ser adelantadas ahora, sino que van a ser desgranadas a lo largo de las páginas siguientes.

²⁰ La respuesta que desde estas concepciones se podría dar es que, aunque el Derecho no tiene nada que decir en estos casos, los criterios valorativos que usan los jueces deben basarse en pautas sociales compartidas. Pero, toda vez que el intérprete está sujeto a unas pautas sociales compartidas, no parece que la discrecionalidad tenga mucho o poco que jugar ahí. Dicho en otros términos, parece extraño afirmar que el Derecho no tiene la respuesta para estos casos, a la vez que se mantiene que no le es indiferente cuál sea la solución que se les dé. Puesto que el Derecho obliga a realizar juicios de valor fundados en criterios provenientes de las prácticas sociales compartidas, la discrecionalidad parece excluida. Más adelante me ocuparé de esta forma de entender la aplicación del Derecho.

Otra respuesta diferente al papel que desempeñan las consideraciones valorativas en la identificación del Derecho la encontramos en el positivismo incluyente. Como señalaba al comienzo, de acuerdo con esta concepción, la identificación de las normas de un sistema jurídico no se lleva a cabo únicamente mediante criterios independientes del contenido; la determinación del Derecho de una comunidad es una cuestión de hechos sociales complejos que pueden remitir no sólo a los criterios autoritativos fijados en su sistema de fuentes, sino también a determinados estándares morales. Ahora bien: ¿A qué clase de estándares morales se refieren los partidarios de esta concepción?; ¿se trata de que el intérprete del Derecho incorpore aquellas consideraciones valorativas que, de acuerdo con un razonamiento moral independiente de las convicciones morales dominantes, juzgue como más adecuadas? o, por el contrario, ¿remite el Derecho a algún criterio convencional de racionalidad que impone límites en el proceso deliberativo del intérprete?.

La respuesta a esta cuestión podría ser que, efectivamente, el intérprete debe basar la respuesta a estos casos única y exclusivamente en las pautas a las que, a su juicio, se llegaría como resultado de seguir un razonamiento moral autónomo. Así, aunque en principio las decisiones judiciales deben fundarse en el sistema de fuentes, el Derecho habilita a los jueces a apartarse de lo prescrito en función de su sistema de fuentes toda vez que estimen que, de acuerdo con la moral crítica, deben hacerlo. Paradójicamente esta reconstrucción del Derecho no proyectaría una imagen del Derecho muy distinta de la defendida por Raz, aunque desde parámetros diametralmente opuestos. De acuerdo con la concepción de este último, como se recordará, aunque el Derecho exige del intérprete una decisión basada en el sistema de fuentes, también otorga discrecionalidad a los jueces para apartarse de lo que el Derecho establece si hay razones morales relevantes para ello. De hecho, esta forma de entender el positivismo incluyente tropieza con el mismo obstáculo que la concepción de Raz: Si los jueces tuvieran discrecionalidad para apartarse de las fuentes prescritas en las circunstancias y en la dirección que estimen más acorde con la moral crítica, la idea de autoridad del Derecho se desvanecería.

Pero creo que todavía es posible defender una forma alternativa de positivismo incluyente que no tropezaría con las dificultades anteriores. De acuerdo con dicha versión, el Derecho remitiría a criterios convencionales de racionalidad que señalan límites en el proceso deliberativo del intérprete. Creo que en los supuestos que nos ocupan el Derecho todavía tiene mucho que decir²¹ y, para demostrarlo, voy a volver sobre los casos que hemos visto

²¹ No sostengo que el Derecho tenga siempre respuesta para todos los casos. Admito que es posible que el Derecho no tenga respuesta en aquellos casos en los que no sea posible acudir

en la sección anterior, tratando de reconstruirlos a partir de una concepción del Derecho que no sólo tome como elemento nuclear las reglas, sino que incorpore también los valores.

3.– Una propuesta de reconstrucción: Reglas, valores y compromisos en el Derecho

Todos los supuestos a los que me he referido bajo el rótulo de “las tensiones internas al Derecho” nos obligan a recapacitar sobre el hecho de que el Derecho no sólo se compone de reglas con autonomía semántica, sino también de valores. Por supuesto, los ordenamientos jurídicos incorporan un amplio catálogo de valores en sus cartas constituyentes, pero el Derecho no sólo se limita a reconocer valores; con frecuencia establece también prioridades entre ellos, bien sea en relación con un sector o subsector del ordenamiento jurídico²², bien sea para casos más o menos genéricos²³. Este fenómeno resulta singularmente perceptible cuando exploramos las razones subyacentes a las reglas de mandato²⁴; es precisamente en términos de balances entre valores o razones contrapuestas para casos genéricos en los que damos cuenta de las justificaciones subyacentes a las reglas de mandato²⁵. Por ejemplo, pensemos en una señal que prohíbe los aparatos de radio en la biblioteca universitaria: La señal podría haberse colocado debido a la molestia que ocasiona a los usuarios de la biblioteca el ruido de dichos aparatos. El juicio de que tal razón viene a prevalecer frente a la constituida por el deseo de algunos usuarios de escuchar la radio en la biblioteca vendría a ser la justificación subyacente a la regla.

Ahora bien, si interrogamos a la señal, lo único que ésta nos dice es que queda prohibido introducir aparatos de radio en la biblioteca. Somos capaces de atribuir significado a la señal que prohíbe los aparatos de radio en la biblioteca, aunque desconozcamos cuál es la justificación subyacente a esta

a las pautas sociales compartidas, porque no las haya. Pero ésta es una cuestión que plantea especiales dificultades, por lo que la abordaré más adelante.

²² Por ejemplo, esto es lo que sucede en Derecho penal, donde el principio de legalidad adquiere un peso decisivo del que carece en otros sectores del ordenamiento, o con el principio de autonomía de la voluntad en relación con las obligaciones y contratos en Derecho civil.

²³ La prevalencia entre razones difícilmente puede ser absoluta, sino que tendrá que referirse a clases de casos más o menos genéricos en los que se precisan las condiciones de aplicación en las que se prevea la colisión entre razones.

²⁴ De todo ello me he ocupado en profundidad en *Razonamiento judicial y reglas*, Fontamara, México D.F., 2000 y en “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, Alicante, 2001.

²⁵ Por supuesto, estas consideraciones no son de aplicación a las reglas de mandato que resuelven puros problemas de coordinación, vg. conducir por la derecha o por la izquierda. Pero este tipo de reglas no me parece que constituyan el caso central de regla de mandato.

disposición. De ahí que podamos afirmar que las formulaciones normativas –vgr. “prohibidos los aparatos de radio en la biblioteca”– poseen *autonomía semántica*, esto es, que su significado –lo que las mismas prescriben– puede establecerse sin tomar en cuenta la justificación que subyace a las mismas. Siguiendo a Frederick Schauer, podemos entender las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas como generalizaciones que tratan de ejemplificar el resultado que normalmente podría obtenerse de la aplicación directa de las justificaciones (no ocasionar molestias a los usuarios de la biblioteca)²⁶. Como acabo de indicar, esta distinción entre el significado de las formulaciones normativas y la justificación subyacente a las mismas nos proporciona un buen instrumento de análisis desde el que abordar los casos que ilustran lo que he llamado “las tensiones internas al Derecho”.

3.1 Aunque es una característica distintiva del Derecho expresarse mediante formulaciones normativas que poseen autonomía semántica –y hay poderosas razones para que así sea– éste no siempre lo hace así. A veces el Derecho se limita a mostrar cuáles son sus valores subyacentes, y deja en manos del aplicador la determinación de si a un caso en concreto le son o no de aplicación tales valores. Esto es lo que sucede cuando el legislador emplea **conceptos valorativos**. Como hemos visto anteriormente, en estos casos el Derecho renuncia a regular los casos mediante propiedades descriptivas, e insta al juez a la determinación de tales propiedades. Ahora bien, no por ello podemos tachar sin más la tarea aplicativa del juez de discrecional. Dicho en otros términos, no creo que en estos casos al Derecho le sea indiferente el contenido de la resolución a dictar: Los conceptos valorativos combinan casos claros, en los que, a la luz de nuestras prácticas interpretativas, no resulta controvertible la subsunción de un caso individual en el concepto valorativo²⁷ con *casos difíciles*, en los que compiten diversas concepciones de un mismo concepto que producen soluciones diferentes²⁸. Pues bien, tratándose de un caso claro, me parece incuestionable que el intérprete está mediado por el significado convencional del concepto, pero creo que, aún siendo un caso difícil, es defendible que la solución a adoptar no tiene por qué ser indiferente al Derecho. Todo depende de cuál sea la concepción que tengamos de nuestras prácticas interpretativas.

Siguiendo a Bayón²⁹, podemos diferenciar dos formas de entender el convencionalismo. Para la primera de ellas –que Bayón bautiza como *conven-*

²⁶ Cfr. Frederick Schauer, *Playing by the Rules*, Oxford Clarendon Press, 1991.

²⁷ Hay cientos de ejemplos de aquello que, de acuerdo con nuestras prácticas interpretativas, no tendríamos dudas en calificar de *trato degradante*.

²⁸ Cfr. José Juan Moreso, “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, ob. cit., págs. 100 a 101.

²⁹ Cfr. Juan Carlos Bayón, “Derecho, convenciones y controversia”, ob. cit., págs. 78 a 81.

cionalismo superficial— los criterios de corrección de un concepto llegan hasta donde hay acuerdo explícito por parte de la comunidad de referencia acerca del conjunto de sus aplicaciones correctas. Por lo tanto, más allá de donde se extiende ese acuerdo explícito, no se puede hablar —por definición— de criterios compartidos. En cambio, para la otra forma de entender el convencionalismo —que Bayón denomina *convencionalismo profundo*—, puede afirmarse que en algún sentido existen las convenciones, aunque haya controversia acerca de su contenido. Inspirándose en Raz, Bayón sostiene que el reconocimiento de los casos paradigmáticos por parte de la comunidad implica dominar una técnica de uso, pero que esto, a su vez, no requiere más que un conocimiento tácito de los criterios de corrección, no siendo el acuerdo explícito en torno a las aplicaciones concretas lo que define las prácticas como correctas, sino el *trasfondo de criterios compartidos*. En todo caso, la objetividad de los hechos de los que esta concepción pretende dar cuenta se apoya en un conjunto de creencias y actitudes compartidas, de ahí que la concepción puede seguir siendo considerada como *convencionalista*, aunque para este tipo de convencionalismo los criterios de corrección de un concepto no coincidan sin más con lo que la comunidad explícitamente sostiene al respecto.

Afrontar los conceptos valorativos desde los postulados del *convencionalismo profundo* supone afirmar que, aún cuando nos encontremos en un caso situado en la zona de penumbra, tiene sentido afirmar que el operador jurídico carece de discrecionalidad, ya que, más allá de los acuerdos explícitos relativos a las aplicaciones concretas de un concepto, subyacen los criterios tácitos de corrección de los mismos. De ahí que sea oportuno aplicar a los conceptos valorativos una estrategia de tipo *rawlsiano*, de acuerdo con la cual estos conceptos precisan ser *moldeados*³⁰. Se impondría pues una metodología coherentista que exigiría partir de los casos claros para formular una hipótesis sobre cuáles son las condiciones de aplicación de los conceptos, tratando de contrastar dicha hipótesis con nuestras intuiciones más asentadas de modo que, si no se supera dicho test, o bien éstas deban ser abandonadas o la hipótesis reformulada. Asumir este punto de vista no implica, por cierto, suponer que en todos los casos de controversia sea posible encontrar una respuesta correcta, lo será siempre y cuando haya un trasfondo de criterios compartidos —que no precisan estar perfectamente determinados a primera vista— pero más allá de tales convenciones nos enfrentamos a los límites del Derecho³¹.

³⁰ Cfr. José Juan Moreso, “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, ob.cit., pág. 100.

³¹ En este mismo sentido cfr. Juan Carlos Bayón, “Derecho, convenciones y controversia”, ob. cit., pág. 81.

3.2 Volviendo otra vez a la distinción entre el significado de las formulaciones normativas y la justificación subyacente a las mismas, voy a ahondar algo más en esta distinción para obtener criterios que nos permitan dar cuenta del resto de los casos a los que antes me he referido bajo el rótulo de “las tensiones internas al Derecho”: Puede suceder que en algunos casos se produzca un desajuste entre aquello que la formulación normativa nos exige y lo que la justificación subyacente a la misma requiere. Este tipo de experiencias son conocidas como *experiencias recalcitrantes* y pueden revestir dos formas: Cabe que, en ciertos casos particulares, la generalización contenida en la formulación normativa no comprenda ciertos estados de cosas que pueden contribuir, en casos particulares, a la consecuencia representada en la justificación subyacente a la regla, es decir, cuando las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas no incorporan ciertos supuestos a los que, en cambio, su justificación subyacente sí sería aplicable. Por ejemplo, la prohibición de aparatos de radio en la biblioteca no afecta a los reproductores de audio, televisores, etc., pero, sin embargo, parece claro que su utilización causaría molestias análogas a los usuarios de la biblioteca. Decimos que en estos casos la prescripción contenida en la formulación normativa es *infraincluyente* en relación con su justificación subyacente, en el sentido de que tal prescripción no incorpora ciertos supuestos –reproductores de audio, televisores, etc.– a los que sería aplicable su justificación.

En cambio, la prescripción contenida en la formulación normativa es *supraincluyente* cuando comprende estados de cosas que no produzcan la consecuencia representada en la justificación de la regla. Volviendo al ejemplo de la señal que prohíbe los aparatos de radio en la biblioteca, es fácil concebir supuestos en los que la justificación subyacente a esta regla no sería aplicable: el empleado que limpia la biblioteca antes de la hora de apertura al público; la bibliotecaria que, ante una alarma de inundaciones, está pendiente de un aviso de protección civil para evacuar la biblioteca, etc. Decimos que en estos casos la prescripción contenida en la formulación normativa es *supraincluyente* en relación con su justificación subyacente, en el sentido de que tal prescripción incorpora ciertos supuestos –el del empleado de la limpieza o el de la bibliotecaria– en los que no sería aplicable su justificación.

3.2.1 Como acabo de apuntar, estas dos formas de *experiencias recalcitrantes* nos proporcionan un buen instrumento de análisis desde el que abordar el resto de los casos que antes he traído a colación. Así, en las páginas precedentes señalaba, en primer término, que consideraciones basadas en juicios de valor permiten **identificar como jurídicas normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos del sistema de fuentes, no lo serían**. La interpretación extensiva constituía un claro ejemplo con el que ilustrar este supuesto ya que, de acuerdo con la dogmática, en estos casos “la ley dice menos de lo que

quiere” y el aplicador del Derecho se ve forzado a “extender la formulación literal de una norma, para adecuarla a su *ratio*”. Recurriendo a las nociones que acabo de introducir, podríamos dar cuenta de la interpretación extensiva en términos de respuesta del aplicador del Derecho a una experiencia recalcitrante causada por el carácter infraincluyente de una formulación normativa; las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas no incorporan ciertos supuestos a los que, en cambio, su justificación subyacente sí sería aplicable. Volviendo al ejemplo que antes había traído a colación, la prescripción contenida en la formulación normativa –la prohibición del menor de gravar o vender los bienes por sí sólo– es *infraincluyente* en relación con su justificación subyacente –la protección del patrimonio inmobiliario del menor–, en el sentido de que tal prescripción no incorpora ciertos supuestos –la permuta, donación, etc.– a los que sería aplicable su justificación.

Ahora bien, una cosa es admitir que los jueces puedan aplicar normas que no resultan identificables de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes, y otra diferente es hablar de discrecionalidad en estos casos. El Derecho no renuncia a determinar cuándo los jueces pueden aplicar normas no identificables autoritativamente, ni le es indiferente cuál deba ser su contenido. El operador jurídico que aplique una norma no identificable autoritativamente tendrá que desarrollar una argumentación tendente a mostrar que, de acuerdo con el Derecho, concurren razones para resolver el caso aplicando tal norma y que el contenido de dicha norma es coherente con el resto de valores del ordenamiento. Aunque moviéndonos en un considerable nivel de abstracción, se podría concretar algo más el sentido de dicha argumentación diferenciando entre tres niveles: En primer lugar, argumentos dirigidos a tratar de establecer cuál es el balance de razones que subyace a la norma cuyo significado literal se pretende expandir. En segundo lugar, argumentos dirigidos a mostrar la grave omisión que supondría, al a luz del balance de razones subyacentes a la norma, atender sólo al tenor literal de la misma. Y, por último, la conformidad de la nueva regla con el balance de razones subyacentes a la norma preexistente.

3.2.2 En segundo término, la noción de experiencia recalcitrante debida al carácter supraexcluyente de las prescripciones nos va a ayudar a dar cuenta de los casos en los que, debido a consideraciones valorativas, **se excluye la aplicación de una norma identificable como jurídica de acuerdo con los criterios autoritativos que figuran en el sistema de fuentes**. En todos los casos englobados en esta categoría hay un punto en común: Aunque atendiendo al significado de la formulación normativa sería posible subsu- mir los hechos del caso en la norma, la aplicación de la misma resulta inadecuada en atención a su justificación subyacente. Dicho en otros términos, el

significado de la formulación normativa comprende casos a los que no es de aplicación la justificación subyacente a la norma.

En otro lugar he diferenciado dos tipos de supuestos que encajan perfectamente en este género de experiencias recalcitrantes. Se trata de los supuestos que quedan fuera del *alcance* de una regla y de aquellos que constituyen una *excepción* a la misma³². Empecemos por los primeros. Decimos que un caso está fuera del alcance de una regla si las principales razones que respaldan la regla no son aplicables a tal caso. Si volvemos nuevamente al ejemplo de la prohibición de aparatos de radio en la biblioteca, el supuesto del empleado de la limpieza que conecta la radio antes de la hora de apertura al público podría considerarse como un caso fuera del *alcance* de la regla, ya que la acción del empleado no causa molestias a los usuarios de la biblioteca. También el ejemplo que servía para ilustrar la interpretación restrictiva es una clara muestra de un caso situado fuera del alcance de una regla: Como se recordará, el artículo 1.459.2 del Código Civil prohíbe a los mandatarios la compra de los bienes de cuya enajenación o administración estuviesen encargados. La razón subyacente a dicha prohibición sería velar por los intereses del mandante, pues si el encargado de enajenar los comprase para sí podría defraudar aquéllos. Pero, cuando es el propio dueño el que vende al mandatario, la dogmática estima que no rige la prohibición, ya que el peligro que se trata de conjurar desaparece; se trataría, en suma, de acuerdo con lo que acabamos de ver, de un caso situado fuera del alcance de la regla³³.

En cambio, un caso cae bajo una *excepción* a la regla cuando le es aplicable algunas de las principales razones en pro de la regla, pero hay otras razones presentes que no han sido tenidas en cuenta en el balance de razones que la regla contempla y cuyo peso es decisivo para la resolución del caso. Así, en el caso de la bibliotecaria que conecta la radio pendiente de un aviso de protección civil, podríamos entender que estamos en presencia de una excepción a la regla, ya que ciertamente la acción de la bibliotecaria produce molestias a los usuarios de la biblioteca, lo que sucede es que se considera que la información de la que está pendiente la bibliotecaria es vital de cara a abortar el peligro para la vida de las personas que están en la biblioteca y que esta última razón, el valor de la vida humana, prevalece sobre aquellas otras contempladas en el compromiso (o juicio de prevalencia) expresado en la regla. Dicho de otro modo, lo que la regla contempla es simplemente que la tranquilidad de los usuarios de la biblioteca (razón 1) prevalece frente al

³² *Razonamiento judicial y reglas*, Fontamara, México D.F., 2000 e “Indeterminación, derrotableidad y aplicación judicial de normas”, ob. cit. He desarrollado estas categorías a partir de una distinción que Raz realiza en *Razón práctica y normas*, ob. cit., pág. 82.

³³ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, ob.cit., pág. 102.

deseo de algunos usuarios de oír la radio (razón 2), pero no frente al valor de la vida humana (razón 3). En estos mismos términos de excepción a la regla podemos dar cuenta de otros casos de inaplicación de normas pertenecientes al sistema, como las causas de justificación del Derecho penal o la objeción de conciencia.

Como se advierte en los ejemplos anteriores, tanto en los supuestos de excepción a las reglas, como en los casos fuera del alcance de las mismas, se cuestiona la prescripción contenida en la formulación normativa, pero no el balance de razones subyacente a la misma. Esto es así debido a que las cuestiones relativas al alcance y a las excepciones a las reglas pueden resolverse sin reabrir el balance de razones subyacentes. El vigilante que no impide al empleado de la limpieza o a la bibliotecaria oír la radio no necesariamente vuelve a realizar un balance con todas las razones de primer orden aplicables al caso. Puede considerar que el compromiso que refleja la regla que prohíbe los aparatos de radio –la tranquilidad de los usuarios prevalece frente al deseo de oír la radio– es plenamente válido y, por lo tanto, permanece sin derrotar, no obstante lo cual, estos supuestos quedan fuera del alcance de la regla o constituyen una excepción a la misma. Por lo tanto, en estos supuestos lo que se deja de lado es la prescripción contenida en la formulación normativa mediante la que la regla se expresa, pero no del balance de razones subyacentes a la misma.

En suma, podríamos señalar que los jueces y demás aplicadores del Derecho pueden dejar de lado una regla cuando estimen que el caso en cuestión está fuera del alcance de la regla o constituye una excepción a la misma. Pero los aplicadores del Derecho no son libres de formular cuantas excepciones o exclusiones del alcance de las normas deseen y cuando lo deseen. Dicho en términos muy abstractos, los jueces tendrán que desarrollar una argumentación tendente a establecer, en primer lugar, cuál es el balance de razones que subyace a la formulación normativa cuya aplicación se pretende restringir. Además, el juez deberá proveer argumentos que muestren el grave error que supondría atender sólo al significado de la formulación normativa, bien porque el caso en discusión constituye una excepción a la regla o bien porque está excluido de su alcance. Si el caso está fuera del alcance de la regla, la argumentación tendrá mostrar que no son de aplicación al caso en cuestión aquellas razones subyacentes a la regla cuyo peso es decisivo para inclinar el balance. En cambio, si el caso constituye una excepción a la regla, el juez deberá aportar otra razón adicional –no contemplada en el balance de razones subyacente a la regla– y mostrar los siguientes aspectos: En primer término, que se trata de una razón que cuenta ya con un reconocimiento (expreso o tácito) en el ordenamiento jurídico. Además, que la razón debería ser tenida en consideración en el balance de razones aplicables al ca-

so en cuestión. Y, finalmente, que la nueva razón tiene un peso decisivo que inclina definitivamente el balance de razones aplicables al caso a su favor. Aspecto este último para el que habrá que apelar a casos paradigmáticos que descansen en balances entre razones semejantes a las aplicables al caso en discusión, y en los que la razón excluida tenga un peso decisivo.

Dicho en forma esquemática, cuando los jueces **formulan una excepción o excluyen un caso del alcance de una norma**, tendrían que proveer argumentos que demuestren –de acuerdo con lo que acabamos de ver– los siguientes aspectos:

1) El **balance de razones** que subyace a la formulación normativa cuya aplicación se pretende restringir.

2) El **grave error** que supondría atender sólo al significado de la formulación normativa. Los argumentos en este sentido serán diferentes según se trate de:

2.1) Casos fuera del alcance una la regla:

Se tendrá que mostrar que **no son de aplicación razones subyacentes a la regla cuyo peso es decisivo** para inclinar el balance.

2.2) Casos que constituyen una excepción la regla:

Se deberá aportar **otra razón adicional** –no contemplada en el balance de razones subyacente a la regla– y mostrar los siguientes aspectos de la nueva razón:

2.2.1) que cuenta ya con un reconocimiento (expreso o tácito) en el ordenamiento jurídico;

2.2.2) que debería ser tenida en consideración en el balance de razones aplicables al caso en cuestión;

2.2.3) que tiene un peso decisivo que inclina definitivamente el balance de razones aplicables al caso a su favor.

3.3 Lo dicho hasta aquí se refiere a aquellos supuestos en los que, en atención al balance de razones subyacentes, se excluye la aplicación de una norma **identificable como jurídica de acuerdo con los criterios autoritativos del sistema de fuentes**, pero también podría suceder que, en atención a dicho balance, **la norma resultara invalidada**. Para dar cuenta de estos casos debo volver a la distinción entre prescripciones contenidas en la formulación normativa de las reglas y justificaciones subyacentes a las mismas. Pues bien, tiene sentido hablar de derrotabilidad en ambos niveles. Es posible que lo que se derrote sea –como en los ejemplos anteriores– la prescripción contenida en la formulación normativa –prohibido radios en la biblioteca–, pero también cabe la derrotabilidad de los compromisos (o juicios de prevalencia) entre razones subyacentes a las reglas. De manera que es posible también que, en segundo término, de forma excepcional, los jue-

ces y demás aplicadores del Derecho dejen de lado una regla cuando estimen que el compromiso entre razones que subyace a la formulación normativa está mal construido. Tal cosa sucede cuando, a la luz de otros compromisos o juicios de prevalencia entre razones, que se hallan implícitos o explícitos en otras partes del sistema jurídico y que son aplicables al caso en cuestión, se aprecia un error en el propio compromiso entre razones de primer orden que opera como justificación subyacente de la regla. Lo característico de esta derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas, frente a la derrotabilidad en el de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas, es que la regla fracasa, tanto en este caso como en casos sucesivos, como razón protegida. No se trata, como en los ejemplos anteriores, de problemas producidos por el carácter supraincluyente de la *prescripción contenida en la formulación normativa*, que en nada cuestionan el juicio de prevalencia entre razones de primer orden que opera como justificación subyacente de la regla; lo que se refuta por erróneo es *el propio juicio de prevalencia* que opera como razón subyacente de la regla, por lo que se asume que ésta no debe jugar ningún papel en la toma de decisiones futuras³⁴.

Abundando en esta idea, podríamos añadir que, mientras lo que se cuestiona en el primer tipo de supuestos es sólo la aplicabilidad de la prescripción al caso concreto, en el segundo es su validez. De manera que, mientras en el primer caso decimos que la norma queda desplazada, en el segundo nos referimos a su nulidad. Por cierto, en sistemas jurídicos como el nuestro, de control de constitucionalidad concentrado, no está previsto que los jueces ordinarios declaren la nulidad de una regla (de rango legal), sino que suspendan la aplicación de la regla y planteen una cuestión de inconstitucionalidad. En los sistemas de control de constitucionalidad difuso, por el contrario, es el propio órgano de aplicación el que debe desarrollar una argumentación que demuestre que el sistema jurídico contiene otro juicio de prevalencia de las razones aplicables al caso que es opuesto al que opera como razón subyacente a la regla y que es aquél el que debe prevalecer.

Ahora bien, admitir la derrotabilidad de la justificación subyacente a las reglas, no supone sin más negar que el Derecho determine positivamente la conducta de los jueces. Tampoco podemos hablar de discrecionalidad por parte del juez cuando éste aprecia la derrotabilidad de las justificaciones

³⁴ En *Razonamiento judicial y reglas* hablaba de *errores de primer grado* y *errores de segundo grado* para referirme a dos tipos de errores -correlativos a las dos formas de derrotabilidad de las reglas a las que acabo de referirme- que cometerían los jueces que aplicaran estas reglas [cfr. ob. cit., págs. 77 y sig.]. Los errores de primer grado están vinculados a la derrotabilidad en el nivel de las formulaciones normativas, mientras que los errores de segundo grado están vinculados a la derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas.

subyacentes a las reglas³⁵. Para empezar, un juez no puede rechazar por erróneo el compromiso entre razones contenido en una norma jurídica aplicable basándose en razones hasta el momento no reconocidas por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, no puede apelar simplemente a la consecución de los intereses de ciertos grupos sociales, a la realización de programas políticos, a la potenciación de nuevos objetivos sociales o a la promoción de nuevos valores no incorporados hasta el momento al orden jurídico. Razones como éstas sólo pueden ser alegadas por el legislador para justificar la aprobación de una regla que incorpore un nuevo compromiso entre razones de primer orden, o la derogación de un regla que contenga un compromiso que se estime inadecuado, pero nunca pueden ser esgrimidas por los órganos de aplicación.

Además, los jueces tampoco pueden componer a su arbitrio un nuevo compromiso entre las razones de primer orden contenidas en las reglas. Sería un error suponer que el operador jurídico que decide dejar de lado una regla tiene plena discrecionalidad para componer el balance de razones que estime oportuno, con tal de que lo haga basándose en razones ya reconocidas por el ordenamiento jurídico: Los jueces sólo pueden dejar de lado las reglas oponiendo la prevalencia de otros compromisos entre las razones de primer orden aplicables al caso en cuestión que ya figuran expresa o tácitamente en el sistema, lo que hará imprescindible que desarrollen una argumentación tendente a mostrar casos paradigmáticos en los que los resultados de las ponderaciones apuntan en un sentido diferente.

En suma, tanto en el caso de la derrotabilidad de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas, como en el de las justificación subyacentes a las reglas, para poder dejar de lado una regla en principio aplicable el juez tiene que basarse en un sistema de valores que le viene ya dado y del que él no es artífice; de manera que la solución que prevea para el caso pueda superar el test de la coherencia normativa o congruencia.

El siguiente esquema resume la propuesta de reconstrucción que acabo de exponer:

1. Aplicación de normas no identificables autoritativamente:

1.1 Enunciados que muestran directamente las razones subyacentes:

vg. los conceptos jurídicos indeterminados.

1.2 Experiencias recalcitrantes causadas por el carácter infraincluyente de las formulaciones normativas:

vg. la interpretación extensiva

³⁵ Sigo de cerca las consideraciones expresadas por J. Aguiló en “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Isonomía*, México, núm. 6, pág. 75.

2. Inaplicación de normas autoritativamente identificables:

2.1 Experiencias recalcitrantes causadas por el carácter supraincluyente de las formulaciones normativas (respecto de su propia justificación subyacente):

En estos casos la norma inaplicada sigue perteneciendo al sistema.

2.1.1 Casos situados fuera del alcance de la regla:

vg. la interpretación restrictiva

2.1.2 Excepciones a la regla:

vg. la legítima defensa

2.2. “Experiencias recalcitrantes” causadas por la incompatibilidad del balance de razones subyacente a la norma con otros balances del sistema:

En estos casos la norma inaplicada deja de pertenecer al sistema.

vg. declaración de inconstitucionalidad.

4.- El recurso a las convenciones y a la coherencia en la identificación del Derecho

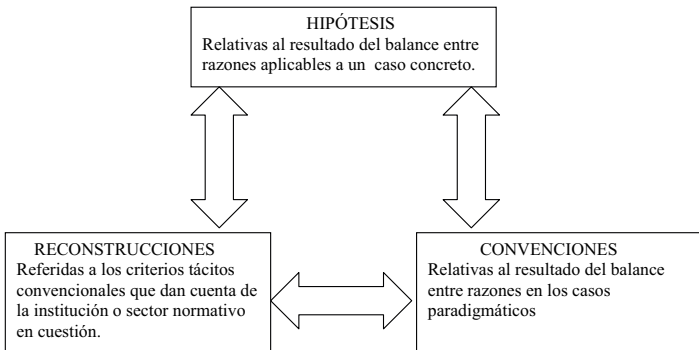
Estas reflexiones tratan de mostrar cómo desde la teoría del Derecho es posible desarrollar un marco conceptual desde el que dar cuenta de los concretos mecanismos que, como hemos visto en las páginas precedentes, tanto el legislador como la dogmática jurídica han ido desarrollando para poder aplicar normas que no son autoritativamente identificables, o para dejar de lado normas autoritativamente identificables. Todos los mecanismos que hemos estudiado obedecen a una misma necesidad: dotar de coherencia (de coherencia valorativa o justificativa) al sistema jurídico. Se trata de que se produzca un ajuste entre la dimensión directiva y la justificativa del Derecho; entre aquello que se nos ordena y las razones por las que se nos ordena. En ese sentido, estas o parecidas categorías son comunes a todos los ordenamientos jurídicos evolucionados, puesto que resultan necesarios para evitar el formalismo extremo en la aplicación del Derecho, que conduciría a la incoherencia valorativa de las decisiones jurídicas³⁶.

Por lo tanto, ni en los casos en los que resultan aplicables normas no identificables autoritativamente, ni en los que resultan inaplicables normas identificables autoritativamente, el Derecho renuncia a guiar la respuesta a cuál es la solución correcta a los casos. Ahora bien, es indiscutible que aquí el grado de certidumbre es mucho menor que el que teníamos cuando una regla perteneciente al sistema es sin más aplicable a un caso, ya que la empresa de reconstrucción de las razones en juego exige un proceso de

³⁶ Atienza y Ruiz Manero realizan estas mismas consideraciones en relación con los ilícitos atípicos en *Ilícitos atípicos*, ob.cit., pág. 126.

deliberación por parte del intérprete fundado en convenciones que van más allá de la simple regla del significado literal³⁷.

En todo caso, la incertidumbre no proviene tanto de la necesidad de recurrir a convenciones interpretativas más complejas que las puramente semánticas, sino de que el alcance de nuestras convenciones interpretativas no siempre está perfectamente determinado para todos los casos; en ocasiones nuestras convenciones interpretativas no nos ofrecen soluciones claras. Aquí son de aplicación consideraciones semejantes a las que veíamos en relación con los conceptos jurídicos indeterminados: A un convencionalismo superficial –que limita el alcance de nuestras convenciones a aquellas cuestiones en las que se produce un acuerdo explícito– se le opone un convencionalismo profundo, según el cuál son los criterios tácitos de corrección los que fundamentan la objetividad de la convención y no los acuerdos explícitos realmente existentes. Es desde este convencionalismo profundo desde donde tiene pleno sentido afrontar los casos polémicos con una metodología coherentista, de acuerdo con la cual las hipótesis que se formulan sobre el peso de las razones en conflicto implicadas en la resolución de los casos concretos deben apoyarse en reconstrucciones de los criterios tácitos convencionales que dan cuenta de la institución o sector normativo en cuestión y tales reconstrucciones, a su vez, deberán confrontarse con nuestras convenciones interpretativas más arraigadas que se ponen de relieve en los casos paradigmáticos. De manera que, si de resultados de tales comparaciones, se produjesen desajustes, estos se salvarán mediante un ir y venir entre hipótesis, reconstrucciones y convenciones que nos lleven ora a descartar algunas de nuestras convenciones, ora a ofrecer otra reconstrucción, o, en fin, a reformular las hipótesis, hasta lograr un ajuste mutuo entre los tres elementos.



³⁷ Juan Carlos Bayón habla a este respecto de *convenciones de segundo nivel*, “ respecto a las convenciones semánticas en virtud de las cuales tienen significado ordinario los enunciados formulados en lenguaje natural” [Cfr. “Derecho, convenciones y controversia”, ob.cit., págs. 62 a 63 y 80 a 81]

Naturalmente, este esbozo de metodología coherentista suscita muchas cuestiones. Seguidamente voy a abordar algunas de las que me parecen más relevantes. En primer lugar está la cuestión de si esta propuesta requiere el desarrollo de un *genuino razonamiento moral* para la identificación del Derecho y de si, por tanto, presupone la asunción de alguna forma de objetivismo moral: Puesto que este ir y venir entre hipótesis, reconstrucciones y convenciones, está orientado por consideraciones basadas en juicios de valor, el Derecho parece requerir alguna suerte de razonamiento moral para la determinación de su contenido. Ahora bien, ello no obstante, para abordar debidamente esta cuestión, se hace imprescindible diferenciar, en primer término, entre el nivel de la teoría del Derecho y el de la práctica. No parece que un teórico del Derecho que quiera desarrollar un discurso puramente descriptivo necesite comprometerse con el objetivismo ético³⁸. El teórico del Derecho puede limitarse a constatar que el hecho de que, en determinadas situaciones, los órganos jurisdiccionales se ven forzados a resolver las disputas tomando como base de la resolución juicios de valor fundados en las prácticas interpretativas de la comunidad en cuestión. Naturalmente, uno no se involucra en prácticas evaluativas cuando las describe. ¿Pero sucede otro tanto con los jueces y demás aplicadores del Derecho? Los órganos jurisdiccionales se ven obligados a descartar convenciones, ofrecer reconstrucciones o a reformular hipótesis operando sobre la base de un *trasfondo moral*, lo que parece resolver la cuestión del lado del objetivismo³⁹. Ahora bien, ello no obstante, el trasfondo moral sobre el que opera el intérprete no es un discurso que se libre al margen de nuestras convenciones; por el contrario, es un discurso condicionado por nuestras convenciones. Esta última consideración ha llevado a Juan Carlos Bayón a defender la conclusión opuesta: la hipótesis del objetivismo moral debe descartarse, ya que el discurso que precisa desarrollar el intérprete, al estar constreñido por nuestras convenciones, no es un genuino discurso moral⁴⁰. Pero esta conclusión me parece un tanto precipitada: Que nuestras convenciones operen como un límite en el contenido del discurso identificativo del Derecho no es razón suficiente para descartar que estemos en presencia de una forma genuina de discurso

³⁸ Esta cuestión debe diferenciarse, naturalmente, de la de hasta qué punto es fructífero o interesante desarrollar un discurso teórico puramente descriptivo

³⁹ En relación con los conceptos jurídicos indeterminados ésta parece ser la conclusión a la que llega Jose Juan Moreso: “[E]l intérprete o el aplicador del Derecho precisan *moldear* el concepto, ponerlo en relación con otros conceptos e, inevitablemente, para moldear conceptos morales es preciso disponer de un trasfondo moral sobre el cual trabajar. Esto es, es necesaria una red conceptual donde los conceptos morales ocupan algunos de los nodos y esa red conceptual debe controlarse, en una especie de *equilibrio reflexivo*, con nuestras intuiciones, para ello es preciso embarcarse en una reflexión moral” cfr. ob.cit. pág. 100.

⁴⁰Cfr. “Derecho, convenciones y controversia”, ob.cit., págs. 77 y 81.

moral. Aquellas concepciones que asumen que (bajo ciertas condiciones) las practicas sociales existentes están dotadas de un cierto valor moral que debe ser tomado en consideración en el razonamiento jurídico justificativo no hacen sino conciliar convencionalismo y objetivismo.

Un buen ejemplo de aquello a lo que me refiero lo constituye el modelo de racionalidad que Nino postula para nuestras prácticas constitucionales⁴¹. Dicho modelo responde a un tipo de racionalidad “de lo segundo mejor”, ya que muchas veces lleva a un alejamiento progresivo del modelo óptimo en atención a sus efectos sobre la práctica social. Esta analogía trata de enmarcar la acción de los operadores jurídicos “como partícipes de una obra colectiva que es el Derecho vigente como parte de un fenómeno todavía más amplio que es el complejo de prácticas, instituciones, costumbres, actitudes culturales y creencias básicas que definen a una sociedad”. Así pues, aunque los casos individuales estarían mucho mejor resueltos si pudiéramos justificar nuestras acciones y decisiones sobre la base de principios valorativos últimos, se asume que tales casos no pueden ser resueltos fuera de una práctica constitucional. De ahí que, para preservar dicha práctica, debamos conformarnos con justificar nuestras acciones y decisiones de modo compatible con la práctica que tenemos, siempre que, por hipótesis, postular una práctica alternativa –o la extinción de la práctica– lleve a peores soluciones.

De forma más pormenorizada, Nino defiende la adopción de un tipo de razonamiento *escalonado en dos niveles*: a) En un nivel primero, y más básico, se deben articular las razones que legitiman o no la práctica social, para lo que se tendrán en cuenta razones de tipo sustantivo y procedimental. Además, en este primer nivel del razonamiento práctico también se debe tener en cuenta cuáles son las alternativas realistas a la preservación de la práctica en cuestión. b) Si el resultado del razonamiento en el primer nivel es favorable a la legitimidad, aún imperfecta, de la práctica constitucional, es posible pasar al segundo nivel, en el que se trata de aplicar esa constitución para justificar acciones o decisiones. El que se desarrolla en este segundo nivel es un razonamiento constreñido, ya que debe respetar el resultado del razonamiento del primer nivel. Esto quiere decir que quedan excluidas las razones justificativas que son incompatibles con la preservación de la práctica, si es que el razonamiento de primer nivel ha arrojado el resultado de que la práctica en cuestión es más legítima que cualquier alternativa realista.

Ahora bien, esto no significa que los principios morales no tengan relevancia en el discurso jurídico, ni que éste tenga autonomía respecto del discurso moral. Nino descarta tal conclusión ya que, en primer lugar, tales principios

⁴¹ Nino, Carlos S. *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, edit. Astrea, Buenos Aires, 1992, págs. 66 a 77.

gobiernan el primer nivel del razonamiento justificatorio, y, dada la prelación de este nivel sobre el segundo, tal jerarquía determina los resultados del razonamiento en su conjunto. Además, en segundo lugar, los principios morales tienen relevancia en el segundo nivel del razonamiento justificativo en la medida en la que no sean incompatibles con las conclusiones alcanzadas en el primer nivel (de lo contrario Nino advierte de que serían autofrustrantes, puesto que neutralizarían las conclusiones alcanzadas mediante su propio empleo). En suma, no parece que para aquellas teorías que, como la de Nino, asumen que las convenciones pueden tener un valor moral, la aceptación de la existencia de límites convencionales en la determinación del contenido del Derecho le suponga ningún problema de compatibilidad con cierta forma de objetivismo; aunque operen los límites de las convenciones sí estaríamos en presencia de una forma genuina de razonamiento moral.

Llegados a este punto, un lector suspicaz de este trabajo podría recelar de si la aceptación de una metodología coherentista como la aquí propuesta nos obliga a suscribir la tesis de que el Derecho es siempre determinado y de que, por tanto, hay una *única respuesta correcta* para todos los casos. Pero una inferencia como ésta debe rechazarse de plano tan pronto como reparamos en que también para el convencionalismo profundo los límites del Derecho están en los límites de nuestras convenciones⁴²: Aunque lo que determine la verdad o falsedad de nuestras convenciones sean los criterios tácitos compartidos por la comunidad y no el carácter expreso de la misma, todavía el Derecho permanece indeterminado en todos aquellos supuestos que presentan una litigiosidad tal que es imposible fijar unos criterios tácitos compartidos. Así, es en los límites de nuestras convenciones donde se sitúan los confines del Derecho. Verdaderamente es una frontera situada a muchos miles de kilómetros de donde la fijaba la tesis fuerte de las fuentes del Derecho, pero es una frontera al fin y al cabo.

Estas consideraciones nos proporcionan un óptimo punto de partida desde el que abordar la última de las cuestiones de las que me propongo ocuparme aquí: El problema de los límites entre *la actividad interpretativa del Derecho y la discrecionalidad*⁴³. A mi juicio, la naturaleza de la tarea que llevan a cabo los jueces y tribunales cuando argumentan a favor de la aplicación de una norma no identificable autoritativamente o en contra de aplicar una norma autoritativamente identificable es interpretativa, entendida la interpretación como una operación que no consiste simplemente en aclarar el significado de una expresión dudosa, sino en conformar el Derecho al

⁴² Cfr. J.C. Bayón, "Derecho, convenciones y controversia", *ob.cit.*, pág. 79.

⁴³ De esta cuestión me he ocupado más a fondo en "En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas",

conjunto de razones subyacentes a las mismas, de manera que éste pueda presentarse como un todo coherente⁴⁴. Así pues, podemos afirmar que la actividad interpretativa está encaminada a la resolución de la indeterminación del Derecho asociada tanto a problemas de tipo lingüístico, como a problemas de coherencia o congruencia normativa. ⁴⁵Para la resolución de los problemas de indeterminación lingüísticos y de coherencia normativa se hace necesario recurrir a las convenciones establecidas. Dichas convenciones incluirían no sólo pautas o reglas de tipo semántico, sino también pautas o reglas interpretativas (como puedan ser, en nuestro contexto jurídico, el llamado “instrumento teleológico”, el “histórico-evolutivo”, etc). Ahora bien, la mayor o menor extensión que se de a estas reglas o pautas interpretativas depende, en buena medida de la concepción del Derecho de la que se parta.

La discrecionalidad en la aplicación de normas, por su parte, entraría en juego en los casos de indeterminación del Derecho que tienen su origen en lo que en otro lugar he llamado *derrotabilidad radical* de las normas jurídicas⁴⁶. Si en el caso de la interpretación, las convenciones lingüísticas e interpretativas jugaban –como acabamos de ver– un papel decisivo para la resolución de los problemas de indeterminación, cuando de derrotabilidad radical se trata, dichas convenciones no se aplican. En estos casos podemos entender, siguiendo a Bayón, que concurren razones para apartarse del criterio que el Derecho establece (es decir, convencionalmente determinado) a la luz de criterios que no establece (o sea, no convencionales) y que, por lo tanto sería *externos* al Derecho. Para dar cuenta de una situación como ésta Bayón propone hablar de *convenciones que se autoanulan*⁴⁷. Es decir, en ausencia de una regla de clausura respecto de la relevancia, o de normas que preestablecen relaciones de preferencia de acuerdo con las convenciones relevantes, la calificación normativa de una conducta se hace depender de criterios que la totalidad de las convenciones relevantes deja sin seleccionar.

⁴⁴ Cfr. M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, ob.cit., pág. 128.

⁴⁵ No obstante lo dicho, conviene tener presente que, en sentido lato, también se entiende interpretar como “sistematizar” el Derecho, lo que abarcaría una serie de operaciones distintas como la integración del Derecho (en presencia de lagunas normativas) y la resolución de antinomias. Ahora bien, como advierte Guastini, aunque la doctrina tradicionalmente engloba estos supuestos como problemas de interpretación, en sentido estricto no lo serían, ya que “las lagunas [las lagunas normativas] y las antinomias son características del sistema jurídico entendido como sistema de normas” y no de las disposiciones jurídicas. Es decir, tanto las lagunas como las antinomias, se presentan -si es que se presentan- cuando ya ha tenido lugar la interpretación [Guastini, Riccardo, *Le fonti del Diritto e l'interpretazione*, ob. cit., págs. 330 y 356].

⁴⁶ De esta cuestión me he ocupado más a fondo en “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, ob.cit.

⁴⁷ Cfr. J.C. Bayón, “Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y positivismo jurídico”, *Isonomía*, núm. 13, México, 2000, págs. 112 y 114.

5.— ¿Qué queda del positivismo jurídico?:

El desarrollo de los temas aquí tratados nos aboca a la pregunta inicial que sirve de título a este trabajo: ¿qué queda del positivismo jurídico? La respuesta a esta cuestión puede diseccionarse en paralelo al desglose en tres tesis desde las que podemos abordar la concepción positivista del Derecho: La tesis conceptual, la tesis empírica y la tesis normativa sobre las relaciones entre el Derecho la moral⁴⁸. Veamos detenidamente cada una de ellas.

5.1 Desde un **punto de vista puramente conceptual**, el positivismo se ha caracterizado por mantener que no hay una relación *necesaria* entre el Derecho y la moral, o entre el Derecho que es y el que debe ser⁴⁹. Dicho en otros términos, el Derecho y la moral pueden ser independientemente identificados y analizados en sus propios términos, sin dependencias recíprocas. Naturalmente, esta *tesis de la separabilidad* puede interpretarse de diferente forma, y según el grado de rigidez con que se haga nos encontraremos ante dos versiones diferentes del positivismo jurídico: el llamado “positivismo excluyente” o “duro” y el “positivismo incluyente” o “blando”. Para el positivismo excluyente la regla de reconocimiento de un sistema *no puede* incluir estándares morales, so pena de incurrir en una inconsistencia. En cambio, para el positivismo incluyente la regla de reconocimiento *sí puede* incluir estándares morales.

Precisamente, uno de los objetos centrales de mi trabajo ha sido tratar de mostrar las principales tensiones internas a lo que podemos denominar los “Derechos modernos”, que ponen en entredicho la viabilidad del positivismo excluyente. Tales tensiones tendrían su origen en el carácter dual de las razones que el Derecho incorpora: razones autoritativas (razones basadas en fuentes, independientes del contenido) y valores jurídicos (razones dependientes del contenido). También he tratado de mostrar cómo desde la teoría del Derecho es posible desarrollar un marco conceptual desde el que dar cuenta de los diversos mecanismos de los que el Derecho se vale para dotar de coherencia (de coherencia normativa o justificativa) al sistema jurídico. Se trata de que se produzca un ajuste entre la dimensión directiva y justificativa del Derecho; entre aquello que se nos ordena y las razones por las que se nos ha ordenado.

Por lo tanto, el análisis aquí desarrollado puede resultar compatible con la asunción central del positivismo incluyente de que la regla de reconocimiento de un sistema puede incluir estándares morales. Ahora bien esta

⁴⁸ En el análisis que voy a desarrollar sigo muy de cerca las consideraciones hechas por Tom Campbell en “El sentido del positivismo jurídico”, ob. cit., aunque, como se verá, me aparto de las conclusiones a las que llega.

⁴⁹ Cfr. H. L. A. Hart “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, págs. 593 y sig.

tesis, así enunciada, es lo suficientemente vaga como para poder albergar diferentes versiones del positivismo jurídico incluyente: Así, por ejemplo, puede entenderse que los estándares morales incluidos en la regla de reconocimiento juegan sólo un papel de condición necesaria de cara a la identificación del Derecho; lo que supone que los estándares identificados de acuerdo con pautas independientes del contenido serán Derecho siempre y cuando no contradigan determinadas pautas valorativas. Pero también puede concebirse que dichos estándares juegan un papel de condición suficiente en la identificación del Derecho; lo que a mi juicio resulta bastante más problemático pues, de aceptarse sin matices, se le negaría al Derecho cualquier relevancia práctica⁵⁰. La tesis que yo he mantenido a lo largo de estas páginas –y, por lo tanto, el tipo de positivismo incluyente que yo suscribiría– es la de que, en determinados sistemas jurídicos, ciertos estándares valorativos son condición necesaria para la identificación del Derecho y pueden serlo también suficiente, siempre y cuando operen de forma subsidiaria (en ausencia de estándares jurídicos identificables autónomamente).

Otra de las encrucijadas ante la cual el positivismo incluyente tiene inevitablemente que decantarse es la relativa a la naturaleza de los estándares morales de acuerdo con los cuales se produce la identificación del Derecho: ¿Se trata de estándares convencionalmente aceptados, o de principios morales autónomos?. La tesis que aquí he defendido ha sido, como se recordará, la de que la reconstrucción más plausible del tipo de razonamiento que demandan nuestras prácticas jurídicas tendría un carácter mixto: Por un lado, se integrarían elementos convencionales –o, si se prefiere, las convenciones expresas ejemplificadas en los casos paradigmáticos– pero, por otro lado, al requerir por parte del intérprete un proceso deliberativo encaminado al esclarecimiento de los criterios convencionales implícitos, tendrían cabida determinados principios morales autónomos.

Dicho entimemáticamente, las tesis sostenidas a lo largo de este trabajo son incompatibles con el positivismo excluyente y estarían próximas a cierto tipo de positivismo incluyente: Aquél que asume que los principios morales en el razonamiento judicial son condición necesaria de la validez jurídica y sólo subsidiariamente suficiente y, además, se asienta en el convencionalismo profundo.

5.2 En segundo lugar, el positivismo no se ha caracterizado –en términos generales– por negar la existencia, desde un **punto de vista empírico**, de una relación intensa entre el Derecho y la moral. La moral y el Derecho son fenómenos que, aunque puedan ser independientemente descritos y analizados,

⁵⁰ Cfr. José Juan Moreso, “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, *ob.cit.*, pág. 107.

en la práctica se hayan profundamente interrelacionados. Como señala Tom Campbell al respecto, “la tesis conceptual de la separabilidad no es una “tesis de la separación” como podemos llamar al punto de vista de que moral y Derecho son fenómenos empíricos distintos. De hecho ningún positivista niega que la moral y el Derecho interactúen, y que hay una superposición contingente entre el contenido y las funciones de la moral en una sociedad y su Derecho”⁵¹.

Nada de lo aquí señalado es incompatible con lo que he defendido a lo largo de las páginas precedentes. Por el contrario, he dedicado una sección a tratar de mostrar los concretos mecanismos previstos bien por el legislador, bien en nuestras prácticas interpretativas, para, en atención a consideraciones valorativas, incorporar estándares no identificables autoritativamente, o excluir –o incluso invalidar– normas identificables autoritativamente como jurídicas.

5.3 Finalmente, se habla también de un **positivismo normativo**, que no trata primariamente de ofrecer instrumentos analíticos y descriptivos, sino que directamente nos proporciona una caracterización de cómo deben ser los Derechos y los sistemas jurídicos⁵². Así, por ejemplo, Tom Campbell, defiende explícitamente “un positivismo ético como una teoría que va más allá de la tesis de la separabilidad para mantener la pretensión de que no sólo puede, sino que debe haber una clara separación entre el Derecho y la moral en la práctica del Derecho”⁵³. La pretensión no es la de que no debe haber superposición entre el contenido del Derecho y el de la moral en la práctica del Derecho, una cuestión en la que la teoría, dado su alcance restringido, es básicamente neutral, sino más bien que la regla de reconocimiento no debe contener términos que inviten al juicio moral. Esta es la tesis de la separación prescriptiva o, más específicamente, el *positivismo prescriptivo duro*⁵⁴.

A mi juicio, el positivismo normativo excluyente preconizado por Tom Campbell tropieza con un serio obstáculo: Como señalaba al comienzo de este trabajo y he tratado de mostrar a lo largo de sus páginas, un sistema

⁵¹ Cfr. “El sentido del positivismo jurídico”, ob. cit., págs 309 a 310.

⁵² Naturalmente, no todos los autores considerados como positivistas han suscrito este tipo de tesis normativa. En realidad, una tesis como ésta es difícilmente compatible con los postulados relativistas que subyacen en muchas de las concepciones positivistas. Ahora bien, creo que, en ocasiones, sí existe una asunción tácita de la misma, aunque, debido –sospecho– al afán de no incurrir en contradicción con los postulados propios del relativismo –o sea, de no prescribir asumiendo al mismo tiempo que no hay criterios últimos de racionalidad en los que fundar tal prescripción– dicha adscripción no se pone explícitamente de manifiesto.

⁵³ También Liborio Hierro ha formulado recientemente una propuesta en este sentido en “Por qué ser positivista”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, Alicante, 2002, págs. 263 a 302.

⁵⁴ Cfr. Tom Campbell, “El sentido del positivismo jurídico”, ob.cit., pág. 311 (la cursiva es mía).

jurídico desarrollado que operara siempre atrincherando reglas con perfecta autonomía semántica respecto de sus razones subyacentes adolecería de ciertas insuficiencias y estaría abocado a cometer determinados excesos. Ahora bien, lo dicho no debe interpretarse como una renuncia a *tomarse las reglas en serio*. Por el contrario, creo que las reglas deben de gozar de una fuerza presuntiva o *prima facie* en la argumentación judicial, pero que también resulta necesario, por razones de racionalidad práctica, la inclusión en los sistemas jurídicos de mecanismos por medio de los cuales ciertos estándares valorativos jueguen algún papel en la identificación del Derecho .

Traducida en términos de reglas procesales de la argumentación, mi propuesta se articularía de la siguiente forma:

1) Salvo prueba en contrario, las reglas (de mandato) operarán en el razonamiento de los aplicadores del Derecho como razones perentorias e independientes del contenido⁵⁵.

2) Corresponde a quien lo alega mostrar que una regla no identificable autoritativamente debe ser aplicada a un caso, o que una regla así identificada no debe ser aplicada (bien porque el caso en cuestión constituye una excepción a una regla, está fuera de su alcance, o porque la regla resulta invalidada).

3) Quien pretenda la aplicación de una regla no identificable autoritativamente, o la inaplicación de una así identificada, deberá realizar un razonamiento tendente a demostrar que, de acuerdo con las convenciones interpretativas vigentes (expresas o tácitas), hay razones suficientes, para incorporar una nueva regla al sistema o para apartarse de lo que ellas establecen.

⁵⁵ Ahora bien, de acuerdo con lo que he defendido en las páginas precedentes, el carácter excluyente de las reglas de mandato no se predicaría del enunciado con autonomía semántica, sino del compromiso entre razones de primer orden que la regla incorpora. De esta cuestión me he ocupado también en “Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21-I, 1998, así como en *Razonamiento judicial y reglas*, Fontamara, México D.F, 2000.



IGUALDAD, GENERALIDAD, RAZONABILIDAD Y CRISIS DE LA LEY

Liborio L. Hierro
Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción

La reunión para la cual escribí este trabajo fue convocada bajo el título “*Igualdad, crisis de la ley, razonabilidad*”.¹ Puesto que la igualdad se vincula con frecuencia a la generalidad de las leyes y la crisis de la ley se vincula en parte, también con frecuencia, a su supuesta pérdida de generalidad, me parece oportuno, si no necesario, añadir a los términos de la convocatoria el de “generalidad”, por lo que este trabajo se titula “*Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley*” y ello a pesar de que mis argumentos vendrán a confirmar algo que, probablemente, el título de la convocatoria estaba insinuando. Dedicaré una primera sección a plantear el problema y una sección sucesiva a cada uno de estos cuatro ítems. Resultará claro, espero, que de los cuatro el que a mí más me interesa es el de la igualdad. La igualdad entre los seres humanos me parece que es un valor moral, un ideal social, un principio político y, además, un derecho de las personas. La generalidad, por el contrario, no me parece muy interesante y creo que tiene poco que ver con la igualdad. Es más, es fácil demostrar que la igualdad requiere normas-menos-que-generales o, mejor dicho, normas desiguales. Es cierto, sin embargo, que cuando se asume como punto de partida la igualdad entre los seres humanos cada norma desigualitaria requiere una específica justificación que hoy suele subsumirse bajo la elusiva idea de la “razonabilidad”. De

¹ Este trabajo fue preparado para la última sesión del IX Seminario hispano-italiano de Teoría del Derecho que se celebró los días 10 y 11 de Octubre de 2003 en Agrigento. Forma parte del Proyecto de Investigación “*Los derechos entre la teoría jurídica y la filosofía política*” del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica, financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (Proyecto nº BJU 2002-00467). Agradezco a Alfonso Ruiz Miguel sus observaciones críticas que me obligaron a introducir correcciones importantes y a matizar sensiblemente mis apreciaciones sobre la irrelevancia de la generalidad y la abstracción.

la crisis de la ley me ocupé hace algunos años y no he cambiado de opinión cuando, en estos últimos meses, he leído dos sesudas y muy bien construidas tesis doctorales sobre el tema;² no creo en la crisis de la ley o creo que la ley siempre ha estado en crisis, lo que para el caso es lo mismo. Las mencionadas tesis doctorales me han confirmado en ello; sus respectivos autora y autor sostienen, con abundante apoyo bibliográfico, que la ley siempre ha estado en crisis; si esto es cierto resulta difícil encontrar algo nuevo en lo que hoy se ha puesto de moda como “crisis de la ley” y, si es que hay algo nuevo, me parece que tiene poco que ver con la igualdad.

Recurriré a algunos cuentos. Quien haya leído el libro de Peter Westen, que es el mejor análisis del concepto de igualdad que conozco, verá enseguida que lo de recurrir a cuentos probablemente me ha sido inspirado por él. Respecto al centro de la cuestión, la igualdad política y las leyes, creo que una gran parte de lo que pienso proviene del excelente trabajo de Francisco Laporta de 1985 y de los numerosos trabajos sobre la igualdad de Alfonso Ruiz Miguel (básicamente: 1994, 1995, 2002a y 2002b) .

2. Planteamiento del problema

Creo que es un tópico generalmente admitido en el pensamiento político y jurídico contemporáneo que *“dado que el principio de igualdad no excluye las desigualdades, antes al contrario las admite siempre que tengan una justificación objetiva y razonable, el control de constitucionalidad de la desigualdad legislativa es, en el fondo, un control de su razonabilidad”* (Martínez Tapia 2000, p. 11). Sin embargo cualquier matemático, o incluso cualquier persona normal y corriente ajena a las disquisiciones político-jurídicas, consideraría un oximoron afirmar que la igualdad no excluye las desigualdades sino que las admite. La afirmación de que $10 = 4 + 6$ no admite ninguna desigualdad. La afirmación de que las personas negras son iguales a las personas blancas no admite ninguna desigualdad.

El objeto de este artículo es, en primer lugar, analizar la relación entre la igualdad de los seres humanos y la generalidad y abstracción de las normas jurídicas. La igualdad de los seres humanos puede enunciarse como

² La primera, *Crisis de la ley y Ciencia de la legislación*, es obra de Gema M^a Marcilla Córdoba bajo la dirección de Marina Gascón. Se leyó el pasado mes de Junio en la Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla La Mancha (Albacete) y recibió con todo merecimiento la máxima calificación. La segunda, *Crisis de la ley y Estado Constitucional*, es obra del mejicano Miguel Angel Suárez Romero bajo la dirección de Francisco J. Ansuátegui y se encuentra ya depositada, y sólo pendiente de lectura, en la Universidad Carlos III. El trabajo mío al que me refiero, *El imperio de la ley y la crisis de la ley*, se publicó primero en DOXA nº 19 (1996), pp. 287-308, y luego como primer capítulo del libro *Estado de Derecho. Problemas actuales*, 1998, Editorial Fontamara, México, (segunda edición 2001).

un valor o como un derecho.³ Su afirmación como un valor no implica que constituya un derecho, pero su afirmación como un derecho sí implica que constituye un valor. Sea que se afirme sólo como un valor sea que se afirme como un derecho, la realización normativa de la igualdad pareció exigir que las normas fueran generales y abstractas.⁴ Las normas singulares o concre-

³ Kai Nielsen distingue entre la igualdad “*as a goal*” y la igualdad “*as a right*” y señala que “*what starts as a goal -what in some historical circumstances is little more than a heuristic ideal- turns into a right when the goal can realistically be achieved*” (Nielsen 1985, p. 9). Suscribo su criterio de cómo un objetivo ideal puede convertirse en un derecho (Hiero 1982, pp. 59-60, aunque mi tesis es que, además, los derechos se vinculan a necesidades). Muchas constituciones contemporáneas, y entre ellas la Constitución Española, permiten distinguir entre valores, principios y derechos; en este sentido es lo más frecuente decir, por ejemplo, que en la Constitución Española la igualdad se enuncia como un valor en el artículo 1.1, como un principio en los artículos 9.2 y 14 y como un derecho sólo en el artículo 14. En todo caso este tipo de enunciados proporciona a los valores o principios (o “*goals*”) un fuerte sesgo jurídico-normativo.

⁴ El lugar clásico es la afirmación de Rousseau: “*Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera a los súbditos en cuanto cuerpos y a las acciones como abstractos: nunca toma a un hombre como individuo ni una acción particular...*” (Rousseau [1762] 1969, p. 50). Más adelante discutiré esta afirmación de Rousseau. Como es sabido, Norberto Bobbio señaló, de un lado, que la generalidad y abstracción no son requisitos “*de la norma jurídica como es, sino como debería ser; para corresponder al ideal de justicia ... estos son requisitos no tanto de la norma jurídica (o sea, de la norma válida en determinado sistema), sino de la norma justa*” y, de otro lado, que el valor que inspira la generalidad es el de la igualdad y el valor que inspira la abstracción es el de la certeza (Bobbio 1991, pp. 144-145). Esto, como veremos, parece más que discutible.

No quiero entretenerme ahora en cuestiones terminológicas, aunque puedan tener implicaciones conceptuales importantes, sobre “generalidad” y “abstracción”. Von Wright llamó *prescripción particular* a la que tiene por sujeto un individuo humano específico y *prescripción general* a la que tiene por sujeto a todos los hombres o a todos los hombres que respondan a una cierta descripción (Von Wright 1979, p. 94). Esto es muy llamativo porque, con relación a la ocasión, Von Wright parece cambiar el criterio al llamar *particular* tanto a la prescripción que se refiere a una ocasión específica como a la que se refiere a un número finito de ocasiones específicas y *general* a la que se refiere a un número ilimitado de ocasiones (ibídem, pp. 95-96). Ross, por su parte, distinguió entre normas *individuales*, *genéricas* y *universales*, según el sujeto esté especificado como clase cerrada, como clase abierta o incluya a todo el mundo y aplica el mismo criterio a la ocasión (Ross 1971, pp. 104-106). Bobbio llama normas *universales* o *generales* a las que tienen como sujeto a una clase de personas y normas *particulares* a las que tienen como sujeto a un individuo concreto, normas *abstractas* a las que regulan una acción-tipo y normas *concretas* a las que regulan una acción particular (Bobbio 1991, pp. 142-144). Yo utilizaré aquí la terminología tradicional de *generales-particulares* y *abstractas-concretas* entendiendo por generales las que tienen como sujeto a conjuntos amplios de personas (aunque sean conjuntos cerrados) y por particulares a las que tienen como sujeto a una persona o un conjunto pequeño de personas (aunque sean conjuntos abiertos). Las normas serían *absolutamente generales* si se refieren a todas las personas y *absolutamente individuales* si se refieren a un individuo concreto. A los efectos de este trabajo me parece mejor este criterio, quizás poco ortodoxo, pero trato de no considerar general a una norma que, por ejemplo, se refiera a un conjunto abierto pero muy pequeño como serían normas cuyo sujeto fuera “*el heredero de la Corona*” o “*los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo*”. No pretendo, con ello, impugnar

tas parecían infringir el valor de la igualdad o el derecho a la igualdad al introducir diferentes tratamientos normativos entre unos seres humanos y otros ya fuera en atención a características específicas de ciertos sujetos o grupos de sujetos (normas singulares) o a características de ciertas ocasiones o tipos de ocasiones en que los sujetos se encuentren (normas concretas). En consecuencia, la igualdad de los seres humanos parecería exigir que todas las normas que tienen como destinatario (sujeto) a un ser humano fueran generales y abstractas; es decir: estuvieran dirigidas a todos los seres humanos en cualesquiera circunstancias.

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral”, tal y como establece el artículo 15 de la Constitución Española, sería un ejemplo cabal de norma general y abstracta. Esta norma trata, en efecto, a todos por igual.

Una norma puede ser menos general (o más singular) y abstracta.

“Los españoles son iguales ante la ley”, tal y como establece el artículo 14 de la Constitución Española, es una norma menos general (o más singular) pero abstracta. Esta norma no trata igual a los españoles y a los no-españoles (extranjeros).

Una norma puede ser menos abstracta (o más concreta) y general.

“El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”, tal y como establece el artículo 138 del Código Penal español actualmente vigente, es una norma general pero menos abstracta (o más concreta). Esta norma no trata igual a los que han matado a otro y a los que no han matado a otro.

Una norma puede ser menos general (o más singular) y menos abstracta (o más concreta).

“La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S.M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica”, tal y como establece el artículo 57 de la Constitución Española, es una norma bastante singular y bastante concreta. Esta norma no trata igual a los sucesores de Don Juan Carlos y a los que no son sus sucesores, pero sólo los distingue respecto a la posibilidad de heredar la corona.

Sin duda lo que quieren decir quienes afirman que la igualdad no excluye las desigualdades es que el principio de que todos los seres humanos valen igual, o la afirmación de que todos los seres humanos tienen derecho a ser tratados como iguales, no implica que todos los seres humanos deban ser tratados del mismo modo (igualmente) en cualquier ocasión, o que tengan derecho a ser tratados del mismo modo (igualmente) en cualquier ocasión.⁵

la corrección de la distinción lógica sino señalar que tal distinción lógica es poco relevante a los efectos político-jurídicos de saber si una norma que establece un determinado tratamiento lo establece para muchos o para pocos. Por supuesto ello es independiente, a su vez, de que el tratamiento diferencial esté o no esté justificado.

En efecto, si asumiésemos como premisa mayor que la justicia como igualdad se reduce a “tratar igualmente lo que es igual” y como premisa menor que “todos los hombres son iguales”, la conclusión sería que todos los hombres deben ser tratados del mismo modo (igualmente) con total independencia de cualquier característica específica u ocasión específica. El único tipo de norma justa sería el del primer ejemplo. La norma del segundo ejemplo debería decir “*Todos son iguales ante la ley*”, lo que a muchos les resultaría efectivamente más justo que lo que establece la norma del ejemplo.⁶ La norma del tercer ejemplo debería decir “*Todos serán condenados a la pena de prisión de diez a quince años*”, lo que, sin embargo, a cualquiera le resultaría tan injusto como absurdo; por no decir nada del cuarto ejemplo que requeriría algo así como “*La Corona de España es hereditaria en todos*”.

Ello quiere decir que el principio de igualdad entre todos los seres humanos no implica que todos los seres humanos deban ser tratados (o tengan derecho a ser tratados) del mismo modo en cualquier ocasión. El corolario es que el principio de igualdad entre todos los seres humanos es, en cuanto principio de justicia, un principio relativo al sujeto pero no un principio relativo a la ocasión y, por ello, que el problema de la igualdad se convierte en el problema de la desigualdad:⁷ ¿cuándo y cómo está justificado tratar de diferente modo a los seres humanos? Sean cuales sean los casos en que esté justificado tratar de diferente modo a los seres humanos, las normas que lo hagan serán normas menos-que-absolutamente-generales o menos-que-absolutamente-abstractas.

3. Sobre la igualdad y cómo el derecho a la igualdad requiere un Derecho desigual

Laporta ha señalado que “*la idea de igualdad pasa por ser uno de los parámetros fundamentales del pensamiento social, jurídico y político de nuestro tiempo*” (Laporta 1985, p. 3) y Will Kymlicka dedicó su conocido libro de 1990 a “*examinar una sugerencia, presentada por Ronald Dworkin, según la cual las teorías políticas modernas no tienen valores fundacionales diferentes. De acuerdo con la postura de Dworkin, –señala Kymlicka– cada teoría política plausible tiene el mismo valor último, que es la igualdad*”

⁵ Ha sido Dworkin quien, con particular influencia, ha distinguido entre el derecho a un trato igual y el derecho a ser tratados como iguales para afirmar que “*el derecho a ser tratado como igual es fundamental, y el derecho a igual tratamiento, derivado*” (Dworkin 1984, p. 332).

⁶ He discutido particularmente este punto en relación con las tesis de Javier de Lucas y Manuel Atienza en Hierro 1995, *passim*.

⁷ Vid. Laporta 1985, pp. 15 y 17, y Martínez Tapia 2000, p. 19.

(Kymlicka 1995, p. 14). Puesto que la obra de Kymlicka es una obra de “*filosofía política normativa*” o “*teoría de la justicia*” (ibídem pp. 11 y 17) el planteamiento no debería resultar muy novedoso ya que desde Aristóteles venimos entendiendo que la justicia es una cuestión de igualdad.

“Por ejemplo, parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales, y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales” (Aristóteles, *Política*, III, 9, 1280 a, 11-14)⁸

Lo que, en realidad, nos separa radicalmente de Aristóteles y de los siglos posteriores hasta finales del XVIII no es la configuración de la justicia como igualdad, sino la asunción de que todos los hombres son iguales. Dicho en términos de Bobbio, lo que hoy parece resuelto por unanimidad es la primera pregunta sobre la igualdad: “*¿igualdad entre quiénes?*” (Bobbio 1993, p. 83). Peter Singer ha señalado, en este sentido, que “*el principio de que todos los seres humanos son iguales es hoy parte de la ortodoxia ética y política dominante*” (Singer 1984, p. 28, subrayado mío).⁹ Lo que no hemos resuelto es la segunda pregunta que Bobbio sugiere: “*¿igualdad en qué?*”. La solución de la primera cuestión reduce a dos las cuatro respuestas posibles que Bobbio sugería. Las dos que ahora quedan son: (a) igualdad entre *todos los seres humanos* en todo o (b) igualdad entre *todos los seres humanos* en algo (Bobbio 1993, p. 83).

Los problemas de A y A

Ángeles y Aulis se casaron con la intención compartida de formar una familia numerosa. En algún momento Ángeles suscitó la cuestión de cómo deberían tratar a los hijos. Aulis respondió:

–“Es sencillo; lo único que deberemos hacer es tratarles a todos por igual”.

Dos días después ella insistió:

–“Lo he estado pensando –dijo– y creo que no será suficiente tratarles a todos por igual; podría ocurrir que les tratásemos igual de mal”.

Él, tras pensar un poco, concedió:

–“Creo que tienes razón. Lo que deberemos hacer es tratarles a todos igual de bien... desde luego, les llevaremos al mismo colegio, les compraremos el mismo tipo de ropa, les enseñaremos los mismos deportes... Naturalmente nos esforzaremos para proporcionarles todo lo que necesiten y se lo daremos a todos ellos por igual”.

Unos días después, fue él quien reabrió la cuestión:

⁸ Nótese que aquí Aristóteles no dice que la igualdad consista en igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales, sino que la *justicia* consiste en igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales (Vid. Ruiz Miguel 1994, p. 79). Ciertamente es, sin embargo, que cuando introduce la idea de igualdad geométrica da lugar a una idea muy ambigua de igualdad.

⁹ Paul Barker atribuye la paternidad del principio de igualdad a Jefferson, lo que sería admisible sólo en un sentido político-institucional (Barker 2000, p. 11).

–“Sigo dando vueltas al problema -dijo-. Pudiera ocurrir que alguno de nuestros hijos fuese más torpe, quizás incluso con alguna enfermedad o discapacidad... No estaría bien darle lo mismo que a los otros”.

Ella contestó con rapidez:

–“¡Desde luego! Yo daba por supuesto que tratarles a todos igual de bien no significaba darles lo mismo, sino dar a cada uno lo que necesitase para estar igual de bien que los demás, para vivir igual de bien, para ser igual de feliz...”

–“Me temo -apostilló Aulis- que no esté a nuestro alcance hacerles felices. Quizá lo único que podremos hacer es proporcionarles las mismas oportunidades de llegar a serlo”.

De este modo Ángeles y Aulis rechazaron, primero, el principio “debemos tratar a todos nuestros hijos por igual” en favor del principio “debemos tratar a todos nuestros hijos igual de bien”; después, rechazaron éste en favor del principio “debemos dar a cada uno lo que necesite para estar igual de bien que los demás”; finalmente, rechazaron también éste en favor del principio “debemos tratar a todos nuestros hijos de forma que tengan las mismas oportunidades de llegar a estar igual de bien”.

Ángeles y Aulis tuvieron, en efecto, cuatro hijos: Bruno, Cristina, Daniel y Elena.

Durante el mes de septiembre de 2003, un mes absolutamente corriente en su vida, Ángeles y Aulis realizaron, entre otras, las siguientes acciones.

(1) *El jueves día 4, con ocasión de celebrar su aniversario de boda, invitaron a todos sus hijos a cenar en un restaurante caro y, en los postres, dieron a cada uno de ellos como regalo un cheque por 200 euros.*

(2) *El miércoles día 10, siguiendo las instrucciones del médico, gastaron 200 euros en medicinas destinadas a su hijo Bruno que había contraído una infección gripal aguda. El mismo día regalaron a Cristina una motocicleta, que costó 3.600 euros, con motivo de haber terminado brillantemente sus estudios de secundaria. Los otros tres hermanos protestaron, entre bromas, alegando que nunca se habían hecho regalos tan caros; Ángeles y Aulis replicaron, con cierta seriedad, que nunca ninguno de los otros había obtenido tan buenas notas.*

(3) *El viernes día 19 se celebró una reunión familiar para establecer el presupuesto dedicado al esquí durante el curso 2003-2004 (el esquí es el deporte preferido de los cuatro hijos). Ángeles y Aulis comunicaron que habían podido prever 60.000 euros para la temporada, pero que –teniendo en cuenta que en la temporada anterior Bruno, Cristina y Elena habían recibido cada uno de sus respectivos padrinos, como regalo de cumpleaños, un nuevo equipo completo y que los padrinos de Daniel habían fallecido hacía dos años en accidente de tráfico– había que deducir del presupuesto la cantidad de 1.200 euros para comprar un equipo nuevo a Daniel, por lo que el presupuesto restante era de 58.800 euros, correspondiendo a cada uno de los hijos la cantidad de 14.700 euros. Los hermanos de Daniel protestaron repetidamente y coincidieron en afirmar, sin éxito, que ellos no tenían ninguna culpa de que los padrinos de Daniel hubiesen fallecido.*

(4) *El miércoles día 24, a pesar de la fuerte oposición de sus cuatro hijos, Ángeles y Aulis decidieron que sólo Bruno y Daniel podrían asistir a la concen-*

tracción en favor de la paz que se celebraría durante todo el fin de semana en un camping. Tras muchas discusiones, Ángeles y Aulis sostuvieron su decisión con el argumento de que la concentración podía resultar peligrosa para las chicas bajo muchos puntos de vista, incluida tanto la asistencia de gente poco deseable como la previsible intervención de la policía.

(5) El viernes día 26 Ángeles y Aulis otorgaron testamento –sin conocimiento de sus hijos– mejorando¹⁰ por partes iguales a Cristina y Elena en la previsión (de la que ellos estaban honradamente convencidos) de que sus posibilidades de desenvolvimiento laboral futuro eran mucho menores que las de sus hermanos por el mero hecho de ser mujeres.

Los cinco ejemplos cotidianos de las decisiones de A y A coinciden, según creo, con intuiciones muy comunes y no ofrecen ningún aspecto particularmente problemático, aunque podamos discrepar de alguna de ellas.

En el primer caso nos encontramos con un trato igual hacia todos los hijos que es lo que, a primera vista, esperamos que hagan los padres en ausencia de circunstancias especiales. Todos los hijos reciben la misma consideración y respeto y, en consecuencia, reciben idéntico trato e igual regalo. Es un sencillo ejemplo de lo que cabe denominar un *trato igual*.¹¹

En el segundo caso nos encontramos con dos supuestos de *trato desigual* a favor, respectivamente, de B y de C. El trato desigual a favor de B consiste en gastar una cantidad en medicinas para él; como es natural ninguno de los hermanos protesta. Parece que a nadie se le ocurre que la igual consideración y el igual cariño requieran comprar medicinas para quien no está enfermo y, tampoco, compensar con una igual cantidad económica a quien no ha requerido medicinas. Parece, pues, que es fácilmente admisible que merece un trato desigual quien *lo necesita*; sin embargo es de destacar que, en este supuesto, el gasto extraordinario no implica –dado el nivel económico de una familia media europea (como es el de A y A, que son ambos profesores universitarios)– ningún sacrificio inmediato en el bienestar o en las expectativas de sus hermanos. Es muy probable que esta circunstancia haga particularmente no-problemática la situación. El trato desigual a favor de C sí genera ciertas protestas –aunque benévolas– del resto de los hermanos; que los padres hayan decidido premiar el brillante rendimiento escolar

¹⁰ El Código Civil español, vigente en todos los territorios que no tienen Derecho Civil propio, distingue, cuando hay hijos o descendientes, tres tercios en la masa hereditaria: uno de “legítima estricta” que corresponde por partes iguales a todos los hijos o descendientes llamados por ello “herederos forzosos”; otro de “mejora” que el testador puede repartir a su gusto pero sólo entre los herederos forzosos (el viudo o la viuda tiene derecho, como legítima, al usufructo del tercio de mejora cuando concurre con hijos o descendientes); y, por fin, otro “de libre disposición” que el testador puede repartir como quiera y entre quien quiera.

¹¹ El trato igual puede ser, como en el ejemplo, un trato positivo o puede ser un trato negativo como ocurriría si A y A prohíben a todos sus hijos salir de casa el fin de semana anterior a los exámenes del trimestre.

de C puede resultar arbitrario si no habían establecido una regla en este sentido y, probablemente, es esto lo que suscita su moderada indignación; posiblemente es moderada, también, porque ninguno de los hermanos tiene un rendimiento similar ni se les exige y porque presumen que, de llegar a tenerlo, probablemente recibirán un regalo similar. En todo caso, todos ellos admiten que C tiene un particular *mérito* y que la decisión está de algún modo justificada. Es de destacar, nuevamente, que el regalo no se traduce, en este supuesto, en ningún sacrificio inmediato en el bienestar o en las expectativas de los hermanos y, puesto que ninguno de ellos es patológicamente envidioso, esta circunstancia hace una vez más que la situación no resulte particularmente problemática.

El tercer supuesto es un poco más complicado. A y A establecen un *trato desigual* a favor de D. El motivo de ello es, sin embargo, situar a D en las mismas condiciones en que están B, C y E, es decir: igualar a D con sus hermanos. Como ya sabemos el motivo de la desigualdad en que se encuentra D no ha sido su propia conducta sino un desgraciado azar. Probablemente los hermanos no hubieran opuesto ninguna objeción si A y A, en lugar de ser profesores de universidad, hubiesen sido accionistas mayoritarios de una empresa farmacéutica y le hubiesen comprado el equipo sin necesidad de aquilatar gastos. Pero no ha sido así y la consecuencia es que el *trato desigual para igualar* a D supone un daño inmediato (aunque no sea muy grave) para B, C y E.

A la cuarta decisión se opusieron unánimemente todos los hijos, chicas y chicos. El aparente talante liberal de A y A parecía ceder, en este caso, ante ancestrales prejuicios de género, mezcla de temores infundados a la promiscuidad sexual, la violencia social y la presunta mayor debilidad física de las hijas. La decisión es claramente lo que llamamos un *trato discriminatorio*. Conviene señalar, sin embargo, que la discriminación de C y E, en este caso, representa un daño para ellas pero no representa ningún beneficio especial, ni ningún daño especial, para B y D.

En la quinta decisión, por fin, nos encontramos de nuevo con un *trato discriminatorio* aunque, en esta ocasión, presenta dos rasgos totalmente distintos. En primer lugar, la discriminación no perjudica sino que favorece a las discriminadas; en segundo lugar la discriminación causa un perjuicio a B y D. Es fácil suponer que B y D, de haberlo sabido, se hubieran opuesto activamente a semejante decisión.

Los problemas escenificados de A y A no agotan ni remotamente los que podrían imaginarse pero son suficientes, según creo, para poner de relieve cómo —una vez que A y A han aceptado reflexivamente un principio de igualdad entre sus hijos que se traduce en “*debemos* tratar a todos nuestros hijos de forma que tengan las mismas oportunidades de llegar a estar igual

de bien”— las circunstancias parecen requerir rápidamente tratos desiguales en atención a la necesidad, al mérito o incluso a supuestas características derivadas del estatus (en los ejemplos, del género), características estas últimas que podrían tratar de justificarse bien en razón de la aptitud (en el ejemplo, de la supuesta falta de aptitud) o bien en razón de la necesidad. Ponen de relieve, también, que junto a estos factores interviene uno que puede revestir gran importancia: si el trato desigual produce o no produce un daño (digamos, un daño emergente o un lucro cesante) en los demás.

El primer problema de la igualdad es, por tanto, el de los criterios que justifican o exigen un trato desigual cuando se quiere tratar a un conjunto de personas como iguales. Asumiré ahora sin mucha discusión que en la ortodoxia dominante estos “*criterios de relevancia*” para justificar tratamientos desiguales son los de la necesidad, el mérito, la capacidad (o aptitud) y el estatus.¹² Pero no es éste el único problema. Aunque discrepemos de alguna de sus decisiones, ninguno pondremos en duda que son correctos tanto el valor que inspira la búsqueda de un principio como las decisiones para aplicarlo de A y A: pensamos todos, en efecto, que todos sus hijos son iguales, es decir: deben valer lo mismo para ellos o tienen derecho a ser tratados como iguales por ellos. No pensamos, sin embargo, que tengan el mismo igual valor, o el mismo derecho a ser tratados como iguales, sus sobrinos, los hijos de sus amigos o, con mayor motivo, los hijos de los desconocidos. Ello quiere decir que el principio de igualdad no es un principio de la ortodoxia ética dominante en todo su ámbito, sino exclusivamente de la ortodoxia dominante en el ámbito de la ética pública o política. Una concepción paternal del Estado ha sido, durante mucho tiempo, la precisa justificación de que el derecho a ser tratados como iguales se entendiese aplicable sólo a los ciudadanos. Una concepción universalista de los derechos humanos requiere, sin embargo, que el derecho a ser tratados como iguales se entienda como un derecho moral básico de cualquier persona. Aquí empieza el problema más serio, aunque no me ocuparé ahora de él.¹³

Conviene señalar, resumiendo, que si tomamos en cuenta que el trato desigual puede obedecer a diversos criterios justificativos, que puede ser positivo o negativo, y que puede causar o no causar daño a otros, y barajamos a la manera de Bobbio estos tres tipos de factores es fácil resumir las dieciséis decisiones posibles de trato desigual que A y A podrían tener que enfrentar:

¹² Vid. Laporta 1985, pp. 15 y 20, donde denomina a estos criterios como “principios de tratamiento diferenciado”. Un buen análisis, del que parte Laporta, es el de Eckhoff 1974.

¹³ Me he ocupado en Hierro 1995.

Trato desigual

	Sin daño		Con daño	
	Positivo	Negativo	Positivo	Negativo
Por necesidad	Positivo	Negativo	Positivo	Negativo
Por mérito	Positivo	Negativo	Positivo	Negativo
Por aptitud	Positivo	Negativo	Positivo	Negativo
Por estatus	Positivo	Negativo	Positivo	Negativo

Lo único –cabe añadir– que A y A no podrían hacer, si asumen que hay criterios de relevancia, es pretender satisfacer mediante normas generales y abstractas el derecho de sus hijos a ser tratados como iguales porque cualquiera de los dieciséis supuestos exige una norma menos-que-general o menos-que-abstracta; lo que, en términos jurídicos, llamaríamos un “Derecho desigual”.¹⁴

4. Sobre la generalidad y abstracción de las normas y cómo el derecho a la igualdad requiere normas menos-que-generales o menos-que-abstractas

Pienso que casi nadie cree hoy que la generalidad y abstracción de las normas jurídicas o, al menos, de las normas jurídicas superiores –las “leyes”– sean caracteres ontológicos o definicionales de ellas. Respecto al debate clásico, Von Wright apuntó sabiamente lo siguiente:

“Por lo que respecta al término «ley», la disputa entre Austin y Blackstone me parece carente de interés. Podría ser, no obstante, una cuestión interesante de filosofía política y de filosofía de la jurisprudencia, la de saber si no es esencial para la ley (o para el Estado) el que las leyes del Estado sean generales. La pregunta tendría entonces que relacionarse con nociones atinentes al propósito de las leyes y a la raison d’être de un estado” (G. H. Von Wright, 1979, p. 99)

Pienso, sin embargo, que muchos sí piensan que generalidad y abstracción son, como dijo Bobbio, caracteres ideales de las leyes, es decir: son caracteres de las leyes justas, porque la generalidad satisface el valor de la igualdad y la abstracción satisface el valor de la certeza, y ahí reside –dirían– la respuesta a la pregunta de Von Wright. Pero dudo seriamente de que sea ésta la respuesta correcta.

¹⁴ En la *Crítica al Programa de Gotha*, Marx explicaba que el derecho burgués era formalmente igual pero que “en el fondo es, por tanto, como todo derecho, el derecho de la desigualdad”; como contrapartida Marx no proponía mayor igualdad jurídica, sino precisamente que “para evitar todos estos inconvenientes, el derecho no tendría que ser igual, sino desigual” (Marx [1891] 1968, p. 23). Atienza comentaba que era dudosa la viabilidad del proyecto de Marx ya que este Derecho “supondría –entre otras cosas– un sistema jurídico cuya base no fueran normas generales y abstractas, sino normas particulares y concretas” (Atienza 1983, p. 255, nota 169).

*Historia del Rey Funes*¹⁵

Dos meses antes de morir, Ireneo Funes fue designado primer rey de la recién constituida Monarquía Igualitaria de la Patagonia. De acuerdo con el protocolo del reino, Funes juró solemnemente tratar a todos sus súbditos por igual. El rey Funes visitó la primera semana las cien aldeas de mil habitantes cada una que formaban el nuevo reino. Al volver de la visita recordaba perfectamente a sus cien mil súbditos, sus nombres, apellidos, rostros, estaturas, atuendos y, es más, recordaba a cada uno *cada una de las veces que lo había percibido o imaginado*; a unos los recordaba de seis formas, a otros de diecisiete y a sus ministros los recordaba ya en miles de formas y momentos.

Un día el primer ministro le dijo:

–“Rey, los habitantes de la Aldea del Norte piden que se les exima de pagar impuestos durante tres meses porque han sufrido una dura sequía. Te pido que apruebes una ley eximiéndoles”.

El Rey contestó:

–“Querrás decir que debo aprobar mil leyes, una para eximir del pago a cada uno de ellos. Pero esto no es posible; he jurado tratar a todos por igual de modo que no puedo eximir de impuestos sólo a los habitantes de la Aldea del Norte. Así que eximiré a todos mis súbditos. Prepara cien mil leyes, una para Abel Abín, otra para Adela Acosta, otra para Antonio Aguado...”

y continuó recitando la lista de sus súbditos hasta que el ministro le sugirió que él mismo consultaría el censo. Al día siguiente firmó las cien mil leyes.

Dos días después el primer ministro le dijo:

–“Rey, hay cuatro niños en la Aldea del Sur que han contraído una grave enfermedad que sólo puede tratarse con una costosa medicina de importación. Te pido que apruebes cuatro leyes –el ministro creyó haberle cogido el tranquillo al Rey– concediéndole a cada uno el derecho a la medicina y ordenando al Gobierno que la adquiera para entregársela.”

Respondió el Rey:

–“Ya sabes que esto no es posible, he jurado tratar a todos por igual de modo que no puedo dar la medicina a estos cuatro niños nada más, así que se la daremos a todos los súbditos. Prepara cien mil leyes, una para Abel Abín, otra para Adela Acosta, otra para Antonio Aguado ...”

Y las preparó y se firmaron, publicaron y cumplieron.

Pocos días después el ministro le dijo:

–“Rey, en la Aldea del Este un tal Zenón Zaforas está robando ganado. Te pido que dictes una ley prohibiendo robar ganado y condenando a todo el que lo haga a la pena de diez años de cárcel. Esta ley –se adelantó agudamente el ministro– se la aplicaremos a Zaforas si vuelve a robar y a cualquier otro si también lo hace.”

–“¡Ah! Eso está bien visto –dijo el Rey– pero sigo sin entender esa manía que tienes de hacer una sola ley ignorando que cada uno de mis súbditos es un individuo distinto y separado. Hay que dar a cada uno su Derecho y por tanto

¹⁵ Fue Francico Laporta, hace unos años, en el borrador de un trabajo sobre conceptos jurídicos que no llegó a publicarse, quien llamó mi atención sobre este espléndido cuento de Borges que ahora me permito continuar a mi modo. El personaje (Funes el memorioso) y las dos frases subrayadas en mi cuento son originales de Borges.

prepararás cien mil leyes. La primera dirá “Si Abel Abín roba ganado, será condenado a diez años de cárcel”; la segunda dirá “Si Adela Acosta roba ganado, será condenada a diez años de cárcel”, la tercera dirá “Si Antonio Aguado roba ganado, será condenado a diez años de cárcel”...

y continuó su lista hasta que el ministro se fue a preparar las cien mil leyes.

A los dos meses del reinado de Funes, el Gran Lord del Sello decidió convocar a la Asamblea para deponer al Rey y le formuló dos preguntas:

–“¿Es nuestro Rey Funes igualitario?”

La Asamblea respondió por unanimidad que sí.

–“¿Es nuestro Rey Funes justo?”

La Asamblea respondió por unanimidad que no.

Como la Constitución preveía deponer al Rey si no era igualitario pero no preveía deponerle si no era justo, el Gran Lord, que era el único que había estudiado en Oxford, improvisó una tercera cuestión con distinto ajuste constitucional:

–“¿Está nuestro Rey bien de la cabeza?”

La Asamblea respondió por unanimidad:

–“No, es idiota”.

Y lo depusieron. *Ireneo Funes murió en 1889, de una congestión pulmonar.*

Muchos autores se han ocupado de la posibilidad de convertir normas singulares en normas formalmente generales. Enseguida me ocuparé de ello. Me parece que es menos frecuente haber prestado atención a la obviedad que la “*Historia del Rey Funes*” pone de relieve: la posibilidad de convertir normas generales, absolutamente generales, en normas singulares.¹⁶ Si uno quiere prescribir la conducta C para un conjunto de sujetos S, puede dictar una norma general que diga “Todos los S deben C” o puede dictar tantas normas singulares como sujetos S haya, que digan cada una de ellas: “S1 debe C”, “S2 debe C” ... Obviamente el único inconveniente es que tiene que conocer a todos los S del conjunto y que el conjunto, por grande que sea, ha de ser cerrado. Cada vez que aparece un nuevo S el edictor tiene que promulgar una nueva norma. Si todas las normas establecen la misma conducta para todos los sujetos (da igual, obviamente, que hablemos de una prohibición, una obligación, un permiso, la atribución de una competencia, etc.) todos los sujetos son tratados normativamente exactamente del mismo modo, son iguales ante la ley. La singularidad de las normas no impide, en absoluto, la igualdad de trato. El problema de la singularidad de las normas

¹⁶ Hernández Marín sostiene que *todos* los enunciados jurídicos individuales son reducibles a algún enunciado jurídico general, mientras que sólo algunos enunciados jurídicos generales son reducibles a enunciados jurídicos individuales; otros enunciados jurídicos generales no son reducibles a enunciados individuales y estos son propiamente los enunciados *generales o generales no reducibles a individuales* (Hernández Marín 1989, p. 68).

no estriba en la desigualdad, sino en la estupidez. Hay una doble estupidez. Por un lado, es un trabajo tan ímprobo como inútil el que el Rey Funes encomendaba a su primer ministro. El pensamiento consiste en abstraer y el pensamiento del que crea normas consiste en abstraer normas.¹⁷ Si uno quiere que todos los S hagan C, es más racional decir que “Todos los S deben C” que dictar una norma de este tenor para cada uno de los S. Por otro lado, la formulación racional de la norma, en términos generales, permite preestablecer que cualquier futuro S haga C, es decir: permite abrir el conjunto para integrar en él a todo posible miembro que reúna las características de los S; el conjunto se convierte así en un conjunto abierto, no determinado pero determinable.

El cuento, por cierto, no es tan irreal como pueda parecer. En los albores del Estado moderno el Derecho era, en los reinos de España como en toda Europa, de marcado carácter localista; cada ciudad tenía su fuero, cada estamento su privilegio (“ley privada”, en su sentido textual). Cuando los reyes empezaron a tratar de consolidar los reinos como entidades políticas separadas, a ser “emperadores en sus reinos”, procuraron la homogeneización del Derecho y alguno recurrió, para ello, a conceder el mismo fuero a diferentes ciudades; en Castilla, por ejemplo, el rey Fernando III, el año 1222, confirmó y extendió la vigencia del derecho municipal de Toledo, que estaba principalmente constituido por el **Liber Iudiciorum** (un código del siglo VII), propiciando su traducción al castellano que se publicó bajo el nombre de **Fuero Juzgo** y concediéndolo como “fuero” a un gran número de ciudades (Tomás y Valiente 1979, pp. 162-163). Así que Fernando III, como el Rey Funes, hizo muchas leyes singulares con el mismo contenido.

Tengo la impresión también de que algo muy parecido a esta exigencia de racionalidad es lo que tenía en mente Juan Jacobo Rousseau que, cuando sienta con tanto éxito la tesis de que las leyes han de ser generales, parece estar más preocupado por la racionalidad de su formulación que por la igualdad de su contenido. Al menos eso cabe deducir de sus propias palabras:

“Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera a los súbditos en cuanto cuerpos y a las acciones como abstractos: nunca toma a un hombre como individuo ni una acción particular. Así, la ley puede estatuir muy bien que habrá privilegios; pero no puede darlos especialmente a nadie. La ley puede hacer muchas clases de ciudadanos y hasta señalar las cualidades que darán derecho a estas clases; más no puede nombrar a éste o aquél para ser admitidos en ellas; puede establecer un gobierno real y una sucesión hereditaria, mas no puede elegir un rey ni nombrar una familia real: en

¹⁷ “Pensar es olvidar diferencias, es generalizar, abstraer” (Borges 1993, p. 17).

una palabra, toda función que se relacione con algo individual no pertenece al Poder legislativo.” (Rousseau [1762] 1969, pp. 50-51, subrayados míos)¹⁸

¿Cómo se puede establecer un gobierno real y una sucesión hereditaria sin elegir un rey y nombrar una familia real? El artículo 57 de la vigente Constitución Española se redactó, por cierto, sin contar con Rousseau, por lo que dice: “*La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S.M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica.*” Si se hubiese redactado contando con Rousseau, debiera haber dicho: “*La Corona de España es hereditaria en los sucesores del ciudadano que resulte ser legítimo heredero de la dinastía histórica.*” Como en España siempre ha habido alguna discusión dinástica pendiente quizás debiera haberlo aclarado diciendo “*de la dinastía histórica que haya reinado por última vez*” o algo así. Yo no creo, por supuesto, que la norma sea más general con la segunda redacción que con la primera porque establece lo mismo; desde luego, tampoco creo que sea más ni menos injusta en una forma que en otra, porque establece lo mismo.

Peter Westen ha discutido con particular claridad la posibilidad de convertir normas singulares en normas generales. En los términos de Westen, la diferencia estriba en formular la norma utilizando una clasificación de un solo rasgo (*single-trait*) o de múltiples-rasgos (*multiple-trait*). Si tomamos una norma como “*P3 Todo ciudadano tiene el derecho de pedir al gobierno la reparación de agravios*”, esta norma se puede formular con un solo rasgo o con múltiples rasgos. En el primer caso la norma dirá: “*P3 Todo ciudadano tiene el derecho de pedir al gobierno la reparación de agravios*”; en el segundo caso, dirá: “*P3’ Toda persona que sea un ciudadano tiene el derecho de pedir al gobierno la reparación de agravios*” (Westen 1990, p. 81). Naturalmente, Westen no pretende que de aquí se derive ninguna consecuencia importante.

“Sustantivamente, P3 y P3’ son idénticas produciendo los mismos resultados normativos en cualquier caso. Formalmente, sin embargo, difieren significativamente. P3 crea una sola clase general de “ciudadanos” cuyos miembros son

¹⁸ Aun cuando la libertad republicana requiere, en Rousseau, una igualdad positiva o igualdad como ciudadanos y una cierta igualdad de condiciones (*ni demasiado ricos ni demasiado pobres*), es patente que los requisitos de generalidad y abstracción de la ley no se conectan tanto con el valor de la igualdad como con un alambicado concepto de ley como voluntad general, conforme al cual el todo no puede legislar para una parte porque, en tal caso, ya no sería el todo sino el todo menos una parte y esto no es el todo (ibídem, p. 50). Sin embargo la ley puede establecer diferencias e incluso privilegios. Esta peculiar ontología de la ley tuvo, como es sabido, una extensa influencia en el positivismo clásico para el cual la ley *era* necesariamente general y abstracta, aunque fuese para regular “en general” situaciones concretas o incluso para conceder “en abstracto” privilegios (sobre el alcance de la igualdad en Rousseau vid., Maurice Cranston 1985, *passim*).

prescriptivamente iguales sin ser en ningún aspecto prescriptivamente desiguales. P3', en contraste, crea una clase general de "personas" y una subclase de "ciudadanos". Ahora los miembros de la clase general son al mismo tiempo prescriptivamente iguales y prescriptivamente desiguales – iguales porque todos ellos poseen el privilegio de pedir al gobierno la reparación de agravios si pueden demostrar que son ciudadanos, desiguales porque sólo los ciudadanos poseen tal privilegio.

La relación entre P3 y P3' es significativa porque sucede que cualquier regla de la forma P3 puede reformularse como P3'. En otras palabras, toda regla que crea derechos o deberes en las personas que poseen un rasgo singular, X, puede reformularse como si creara derechos y deberes dentro de una clase inicial de "personas" que posean además el rasgo adicional prescrito X. En ese sentido, todas las personas son iguales bajo todas las reglas morales o jurídicas, porque en cuanto "personas" tienen todas ellas los derechos y deberes prescritos si pueden demostrar que poseen cualesquiera rasgos adicionales que las reglas puedan requerir. Pero al mismo tiempo las personas son también desiguales bajo la mayor parte de las reglas morales o jurídicas porque la mayor parte de las reglas también distinguen entre las personas tratando a aquellos que poseen rasgos particulares de modo diferente a quienes no los poseen" (ibídem, pp. 81-82).

El argumento de Westen me parece irrefutable.¹⁹ Hace unos años he discutido con Manuel Atienza y con Javier de Lucas la justificación (o falta de justificación) del artículo 14 de la Constitución Española, que dice: "*Los españoles son iguales ante la ley...*" Supongo que nadie pretenderá que nuestros respectivos argumentos sobre la cuestión tuvieran que cambiar si el artículo se modificase para decir: "*Todas las personas que sean españolas son iguales ante la ley*".

Las normas generales pueden formularse como normas singulares sin que esto quite ni ponga nada al igual o desigual tratamiento de sus destinatarios. Las normas singulares pueden formularse como normas generales sin que esto quite ni ponga nada al igual o desigual tratamiento de sus destinatarios. La generalidad, mayor o menor, de las normas tiene poco que ver con la igualdad. Sí tiene que ver, sin embargo, con la racionalidad lingüístico-normativa y con la posibilidad de regular la conducta de sujetos u ocasiones posibles, lo que sólo puede hacerse mediante generalización y abstracción. Por ello tiene que ver con la predecibilidad normativa y, en consecuencia, tiene que ver con la seguridad jurídica y, de este modo, tiene mucho que ver con la justicia. Pero no por el camino de la igualdad, sino sólo por el camino de la seguridad y, a través de ella, de la libertad.²⁰

¹⁹ El mismo argumento, aunque menos explicado, es el de Hernández Marín sobre la *irrelevancia* de la distinción normas individuales/normas generales (Vid. supra nota 16).

²⁰ Puedo ahora aclarar la discrepancia con Bobbio que anuncié al principio (supra nota 4): la generalidad y la abstracción sirven, ambas, a la certeza; ninguna de ellas a la igualdad.

5. Sobre la justificación razonable de los tratamientos desiguales

Asumí antes que los criterios relevantes, moralmente relevantes, para el tratamiento desigual de sujetos que tienen derecho a ser tratados como iguales (o a los que se debe tratar como iguales) son cuatro. Cada uno de ellos tiene una justificación distinta y opera en distinto ámbito. Repetiré ahora lo que, de forma muy sucinta, he sostenido en trabajos anteriores tratando de enunciar el derecho a la igualdad:

*“Todo ser humano tiene derecho a un igual trato legal y a unas iguales oportunidades para desenvolverse como agente moral. (1) La diferenciación por rasgos distintivos relevantes sólo procede cuando la no discriminación por rasgos irrelevantes está satisfecha. (2) La diferenciación en resultados sólo procede cuando la igualdad en oportunidades está satisfecha. (3) Una sociedad, sus normas e instituciones, satisfacen el derecho a la igualdad cuando sus posiciones y bienes están abiertos a todos en virtud del principio de no discriminación y de igualdad de oportunidades y sólo establece tratos desiguales en virtud de criterios relevantes y adecuados al caso, a saber: (3.1) el criterio de necesidad vale para diferenciar en la igualación de oportunidades y en la redistribución de resultados; (3.2) el criterio de mérito vale para atribuir premios, recompensas y castigos a las acciones voluntarias y en la atribución de resultados; (3.3) el criterio de aptitud vale para atribuir cargos y funciones que no sean representativas; (3.4) el criterio de status vale sólo si es reducible a alguno de los anteriores, e incluye la discriminación inversa en función de la igualación en oportunidades.”*²¹

En la medida en que el principio de igualdad entre todos los seres humanos es un principio relativo al sujeto pero no relativo a la ocasión, se hace

Hay, no obstante, un aspecto casi trivial en que la mayor generalidad tiene algo que ver con la igualdad: si una norma tiene como destinatario un conjunto muy amplio de sujetos (es muy general, en el sentido en que vengo hablando) obvio es concluir que da igual tratamiento a ese amplio número de sujetos.

²¹ “Sólo procede” debe entenderse aquí como una aserción en el plano moral; significaría que “sólo tiene una justificación moral completa”. Por supuesto la imperfección de las estructuras sociales reales y la dinámica de la realidad hacen imposible cualquier pretensión de suspender toda diferenciación en resultados (en razón del mérito) hasta que haya una perfecta igualdad de oportunidades. Lo que el principio expresa es que tal diferenciación en resultados no tendría una justificación moral completa en tanto en cuanto no se diera una perfecta igualdad de oportunidades. No parece inútil tener claro quiénes son moralmente los deudores y quiénes los acreedores en una sociedad en la que no se haya podido llegar a cancelar toda discriminación por rasgos irrelevantes y/o no se haya podido satisfacer perfectamente la igualdad de oportunidades.

Estos enunciados se basan principalmente en el análisis de Laporta 1985, pp. 20-27. En particular el principio (1) de que “la diferenciación basada en rasgos distintivos relevantes procede sólo cuando la no discriminación por rasgos irrelevantes está satisfecha” fue textualmente enunciado por él (ibídem, p. 26). He desarrollado un principio similar (2) para la relación resultados-oportunidades. El enunciado general del principio (3) es también suyo aunque he añadido a la condición de no-discriminación la condición de igualdad-de-oportunidades.

imposible sostener para su implementación un principio como el que, respecto a la libertad, implica el imperativo categórico, es decir: no es posible sostener que la igualdad de cada uno sólo está limitada por la “igual” igualdad de los demás. Si ello fuera posible, se traduciría exclusivamente en que la igualdad sólo permitiría diferenciaciones tendentes a igualar a los que están peor con los que están mejor. En términos constitucionales diríamos: el artículo 14 de la Constitución Española sólo permite diferencias legales que estén requeridas por su artículo 9.2.²² No conozco a nadie, ni siquiera entre los igualitaristas más radicales, que sostenga que lo único que justifica un tratamiento desigual es la igualdad misma;²³ ello implicaría sostener que, en el ejemplo de A y A, sólo el supuesto 3 estaba justificado. Todo el mundo admite, por el contrario, que a la hora de atribuir premios y castigos el criterio relevante es el del mérito, aun cuando la aplicación del criterio no tiende a igualar a los que tienen menos méritos con los que tienen más méritos; igual sucede con el criterio de la capacidad o aptitud; sólo el criterio de necesidad podría someterse al principio de diferencia y nadie piensa sensatamente que sea éste el único criterio justificativo de tratamientos desiguales.²⁴ Esa es la

²² El artículo 14 dice: “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*” El artículo 9.2 dice: “*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*”

²³ La obra más reciente que conozco en defensa de un igualitarismo radical es la del canadiense Kai Nielsen (Nielsen 1985). No niega, sin embargo, la virtualidad de los principios de mérito y aptitud (ibidem, pp. 106, 109, 112, 128, 130 y 177). Respecto al criterio general, que vendría a ser el de la necesidad o capacitación, lo más llamativo en la obra es su constante ritornello a la *Crítica al Programa de Gotha* cuando, una y otra vez, diseña como condición necesaria de una sociedad igualitaria-radical el contexto de una sociedad de abundancia. Sobre el sentido y los límites de esa condición vid. Laporta 1985, p. 28 y Hierro 2002, pp. 9-10.

²⁴ Laporta ofrece un análisis breve pero lúcido de los cuatro “*principios de tratamiento diferenciado*”, necesidad, mérito, aptitud y estatus (Laporta 1985, pp. 20-27), señalando que no son exhaustivos, que su interpretación depende del contexto sociocultural lo que les hace variables, que son graduales y que pueden ser conflictivos entre sí. Suscita también la cuestión de si son propiamente principios de igualdad o principios de justicia, cuestión en la que yo –como ya he insinuado citando a Aristóteles– me adhiero a la segunda tesis.

La literatura general sobre estos criterios es inmensa, sin embargo su estudio monográfico es más bien escaso salvo para el criterio de mérito. Además de que el criterio de mérito está en la base de la teoría penal de la acción, su utilización privilegiada junto a una concepción meramente formal de la igualdad de oportunidades es la base de toda concepción meritocrática (su crítica más lograda es el conocido libro de Michael Young, *The Rise of the Meritocracy*, de 1958). El criterio de necesidad ha empezado, recientemente, a ser objeto de una reconstrucción teórica (Len Doyal y Ian Gough, *A Theory of Human Needs*, de 1991 y, en España, M^a José Añón, *Necesidades y derechos*, de 1994). El único intento que conozco de un estudio detallado

razón –es fácil suponer– de que los tribunales constitucionales ni siquiera se hayan planteado la idea de que los tratamientos desiguales sólo puedan ser constitucionales si tienden a fomentar la igualdad.

Una segunda aproximación podría sostener que sólo un valor político fundamental (es decir: un valor o principio constitucional) puede justificar un tratamiento desigual. Esto implicaría, por ejemplo, que sólo el derecho a la vida justifica castigar como homicidas a todos los que matan a otro y sólo a los que matan a otro, pero que no habría justificación alguna para castigar como furtivos a los cazadores que matan animales durante la veda y sólo a ellos en cuanto –hoy por hoy– las crías de los animales no son titulares de derechos fundamentales. De acuerdo con esta aproximación resultaría admisible en España diferenciar por mérito y capacidad para acceder a la función pública, puesto que la Constitución Española en su artículo 103 menciona estos criterios para dicho ámbito, pero no sería posible que el legislador exigiera un determinado título académico para trabajar como agente de la propiedad inmobiliaria ya que no se trata de una función pública. También esta aproximación ha sido desechada por los tribunales constitucionales.

Los tribunales constitucionales coinciden en exigir, para justificar constitucionalmente los tratamientos desiguales, un criterio mucho más débil y mucho más formal. Suele traducirse en la elusiva idea de que el tratamiento diferente sea “razonable”.²⁵ Digo que la idea es elusiva porque el criterio de “razonabilidad”, por más esfuerzos que se han hecho para depurarle de vaguedad, termina por convertirse en un criterio meramente formal. Se trata, en definitiva, de que quien está autorizado para establecer un tratamiento diferenciado (en primer lugar, el legislador) sea capaz de aducir justificaciones objetivas y razonables para hacerlo. Cuando digo que es elusiva no digo, sin embargo, que sea en ningún modo inútil.

y conjunto de estos criterios sería el de Michael Walzer en *Spheres of Justice*, de 1983. La gran aportación de Walzer es, en mi opinión, la demostración de que la igualdad es un valor complejo que requiere la utilización de criterios diferentes para esferas diferentes. Sin embargo me parece que el libro adolece de una demostración mínimamente sistemática de cuáles son las razones que sustentan el criterio que debe regir en cada esfera, defecto que, con toda seguridad, es el precio del “comunitarismo” de Walzer que le conduce a una conclusión tan desilusionante como ésta: “Así como es posible describir un sistema de castas que cumpla con los parámetros (internos) de la justicia, es posible describir un sistema capitalista que cumpla con la misma finalidad” (Walzer 1993, p. 324).

²⁵ Sobre la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán puede verse Robert Alexy 1993, pp. 388-402. Es suficiente ahora señalar que “*El Tribunal Constitucional Federal subraya reiteradamente que, en el ámbito de la igualdad de tratamiento, el legislador dispone de «una muy amplia libertad de configuración»*” (ibídem, p. 393) en la que el único límite es que no se trate de un tratamiento desigual arbitrario, es decir: carente de razón “razonable” (ibídem, p. 395).

El Tribunal Constitucional español ha depurado bastante la idea de razonabilidad llegando a consolidar una doctrina que, según creo, podría resumirse en un requisito general y ciertos requisitos especiales:

(1) Razonabilidad: un tratamiento desigual debe ser razonable para ser constitucional. La razonabilidad es algo más que la pura deducción y algo menos que la optimización política: ninguna diferenciación no-razonable es constitucional pero toda diferenciación razonable es constitucional.

(1.1) Objetividad: un tratamiento desigual debe corresponder a una situación fáctica diferente. El tratamiento desigual no puede responder exclusivamente a características del sujeto sino a circunstancias u ocasiones en que el sujeto se encuentra o a relaciones entre características y situaciones .

(1.2) Finalidad: un tratamiento desigual tiene que perseguir una finalidad razonable. La mera objetividad no garantiza por sí sola la razonabilidad.

(1.3) Adecuación: un tratamiento desigual tiene que ser adecuado a la finalidad pretendida.

(1.4) Proporcionalidad: un tratamiento desigual tiene que mantener una proporción entre el tratamiento desigual y la finalidad.

Exigir el pago de una contribución especial sólo a los habitantes de los números pares de las calles para financiar las vacaciones del alcalde satisface el requisito de objetividad pero no el de finalidad;²⁶ exigir el pago de una contribución especial sólo a los habitantes de los números pares de las calles para financiar la ayuda al desarrollo satisface los requisitos de objetividad y finalidad, pero no el de adecuación; condenar a muerte a todos los que aparquen indebidamente satisface los requisitos de objetividad, finalidad y adecuación pero no el de proporcionalidad.

La objetividad, la adecuación y la proporcionalidad no me parecen requisitos muy problemáticos aunque adolezcan de cierta vaguedad. El núcleo del problema se centra en la finalidad, es decir: en la justificación de la diferente consecuencia jurídica que se establece ante una desigualdad fáctica. Me parece que, en este aspecto, la jurisprudencia constitucional lo único que requiere es que la finalidad tenga una justificación pública admisible en el marco constitucional; es decir: que no sea arbitraria y que no sea directamente anticonstitucional (racista, sexista, etc.). Ello supone que

²⁶ La objetividad es claramente dependiente de la finalidad de tal modo que la finalidad justifica la objetividad pero nunca a la inversa. Es frecuente citar como ejemplo de desigualdad objetiva justificada la de requerir la condición de ser de raza negra para desempeñar un papel de “persona de raza negra” en una obra de teatro. Aquí la finalidad justifica la objetividad del trato desigual. Si un Ayuntamiento crease un cuerpo de policías de raza negra sin ninguna razón funcional, sino por meras razones “estéticas” (como Franco creó la “Guardia Mora” como recuerdo colonial), la falta de razonabilidad de la finalidad no quedaría justificada por la objetividad del diferente color de la piel.

el legislador tiene un amplio margen para utilizar, en atención a diferencias fácticas diversas, los criterios de necesidad, de mérito, de aptitud y, con más restricciones, de estatus.²⁷ Esto permite, en consecuencia, justificar constitucionalmente el establecimiento de escalas progresivas en la imposición directa, la concesión de privilegios fiscales para determinados sectores productivos o para los habitantes de zonas deprimidas, el otorgamiento de ayudas especiales para deportistas de alto nivel, la imposición de penas reforzadas para los delincuentes reincidentes, la reserva de puestos de trabajo para discapacitados, la imposición de cuotas femeninas en las listas electorales, etc. etc. En definitiva –como señala Alexy– existe una asimetría entre el principio de igualdad y los principios de tratamiento diferenciado que se traduce en *“un principio de igualdad que, prima facie, exige un tratamiento igual y sólo permite un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones opuestas”* (Alexy 1993, p. 398).

Cuando se admite que entre la argumentación moral y la argumentación jurídica existen importantes diferencias, no hay inconveniente en admitir la enorme dosis de vaguedad que las exigencias de la jurisprudencia constitucional implican. Es muy plausible que, con los mismos requisitos jurisprudenciales de objetividad, finalidad, adecuación y proporcionalidad, se hubiese podido justificar hace algunas décadas la inadmisión de las mujeres en los ejércitos y en la policía; como es plausible pensar que con los mismos requisitos jurisprudenciales no se pueda justificar, dentro de algunas décadas, que las uniones heterosexuales y las uniones homosexuales tengan distinto tratamiento legal. Como dice Laporta, *“la remisión al contexto social, cultural y lingüístico se hace necesaria para descubrir la mayoría de los criterios de uso de tales nociones. Esto tiene una importancia apenas disimulada, porque supone que la determinación de la existencia de esos rasgos diferenciales es por necesidad algo variable, evolutivo en el tiempo, ligado de algún modo al desenvolvimiento de las pautas culturales de la comunidad”* (Laporta 1985, p. 25). Esto es una ventaja para la jurisprudencia constitucional, que puede asumir la constitucionalidad de los tratamientos desiguales en un ámbito vagamente determinado, y una ventaja para el legislador, que puede remitirse a criterios sociales variables que él interpreta. Pero no es una ventaja para el filósofo del Derecho; él tiene que revisar y afinar la justificación de cada uno de ellos, su ámbito y sus límites. Para él la razonabilidad no es un requisito a satisfacer, sino un horizonte a alcanzar.

Un aspecto especial de la razonabilidad del tratamiento desigual es el que se plantea en la llamada *“igualdad en la aplicación de la ley”*, que tam-

²⁷ Vid. supra nota 25 sobre la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán. La doctrina del Tribunal Constitucional español es exactamente la misma en este punto.

bién ha sido acogida como exigencia del artículo 14 por la jurisprudencia constitucional española. Si el marco de la razonabilidad de los tratamientos desiguales por parte del legislador adolece de vaguedad, el marco de la pretendida razonabilidad de los tratamientos desiguales por parte de las decisiones judiciales ha terminado por resultar un puro formulismo.

El joven juez

Un joven juez le consultó al viejo magistrado:

–“Señor, he aprendido que la igualdad en la aplicación de la ley me exige resolver igual todos los casos que sean iguales. Pero no concibo cómo puede haber dos casos iguales.”

–“No hay dos casos iguales, muchacho, sino cientos de miles. Los casos son iguales cuando sus aspectos legalmente relevantes son iguales. Y por cierto que no se trata propiamente de una cuestión de igualdad. Un antiguo jurista de la vieja Europa llamado Hans Kelsen decía que si dos casos caen bajo la misma ley, hay que aplicarles la misma ley y que eso es una cuestión de simple aplicación de la ley.”

–“Pero, Señor,” –insistió el joven juez– “¿qué hago si, después de haber aplicado la ley del mismo modo en diez casos legalmente iguales, en el undécimo caso legalmente igual descubro que me estaba equivocando?”

–“Es sencillo, muchacho. En primer lugar debes tratar de encontrar alguna diferencia legalmente relevante en el caso undécimo, lo que no es nada difícil; si, a pesar de todo, no la encontraras, puedes decir que el contexto social en que aplicas la norma es ahora distinto. Lo importante es esto: que inventes alguna razón para cambiar de criterio y que procures no decir que antes te has equivocado.”

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional española la igualdad en la aplicación de la ley no exige que dos órganos judiciales distintos resulevan del mismo modo casos iguales; esto, a lo sumo, es una cuestión de mera legalidad a resolver, en su caso, por el Tribunal Supremo. La igualdad en la aplicación de la ley tampoco exige que el mismo órgano judicial resuelva siempre del mismo modo dos casos iguales. En este caso lo único que el Tribunal Constitucional requiere es que, si un mismo órgano judicial resuelve de forma distinta un caso sustancialmente igual a otro resuelto anteriormente, aporte algún “*fundamento suficiente y razonable*” para hacerlo (STC 63/84, fundamento jurídico 2º).²⁸ El requisito se traduce obviamente en una mera formalidad ya que el Tribunal Constitucional, en aras de la

²⁸ La jurisprudencia constitucional española ha evolucionado desde la STC 8/81 que sostuvo que “*la igualdad ante la ley quiebra cuando dos supuestos semejantes se sitúan ante una misma norma jurídica y reciben tratamiento diferente*” hasta las STC 49/82, 63/84 y 144/88 que, en aras de la independencia judicial, han establecido que la igualdad en la aplicación de la ley no exige que todos los órganos judiciales decidan igual casos semejantes, ni que un mismo órgano judicial no pueda cambiar de doctrina. Como señala Martínez Tapia la doctrina constitucional sentada implica “*admitir que, para un mismo supuesto de hecho, puede haber varias soluciones jurídicas correctas*” (Martínez Tapia 2000, p. 139).

independencia judicial, no entra en estos casos a escrutar si el fundamento es verdaderamente razonable en cuanto a finalidad, adecuación o proporcionalidad.

6. Sobre la llamada crisis de la ley y lo poco que tiene que ver con la igualdad

El tópico de que las leyes han dejado de ser expresión racional del Derecho en cuanto han dejado de ser reglas abstractas y generales, convirtiéndose en meros actos de conformación política, fue ya enarbolado, no por primera vez, en un conocido discurso rectoral de Otto Bachof de 1959 (Bachof 1985). Tal argumento iba entonces, como suele ir ahora, acompañado de un llamamiento al juez para que restablezca “*los valores superiores del Derecho*”.

Que es un requisito de racionalidad de las leyes su formulación en forma general y abstracta es algo que creo haber dejado ya claro. Tan claro como que el derecho de las personas a ser tratados como iguales requiere tratamientos desiguales cuando la ocasión lo requiere, incluyendo la ocasión de situar a las personas en igualdad de condiciones. Una norma no es justa por el mero hecho de ser general y abstracta y una norma no es injusta por el mero hecho de ser singular y concreta. Incluso una ley absolutamente singular y absolutamente concreta –y que, como tal, no contenía propiamente una norma, sino que más bien era una ley-medida o ley-mandato– como fue en España la Ley de Expropiación de Rumasa puede ser, como en mi opinión lo fue ésta, perfectamente justa.

Creo que bajo el rótulo “crisis de la ley” se encierra más bien la crisis de un cierto concepto de ley que la crisis de la institución misma de la legislación. He expuesto en otro lugar (Hierro 1996) que los motivos de esta crisis son cuatro: (1) la diversificación de la ley y la competencia entre diversos tipos de leyes, (2) la aparición de normas no legales de carácter paralegal²⁹ en los procesos de integración regional de los estados, (3) la expansión de la fuerza normativa de las constituciones y (4) la expansión de la fuerza normativa de los principios. Estos cuatro factores afectaban de forma distinta tanto a lo que allí denominé “concepción débil” del imperio de la ley como a la “concepción fuerte”, a la que yo me adhería.³⁰

²⁹ Denomino “normas no legales de carácter paralegal” a las Directivas y Reglamentos comunitarios que prevalecen sobre la legislación estatal.

³⁰ Entendía allí por “concepción débil” la que sólo requiere que leyes satisfagan ciertos requisitos estructurales (competencia, generalidad, no retroactividad y publicidad) y por “concepción fuerte” a la que, además, requiere que satisfagan el principio democrático.

Reproduciré ahora las conclusiones a las que entonces llegaba y que, por el momento, no he encontrado razón alguna para rectificar:

–(1) La diversificación de tipos de leyes en nada afecta a la concepción débil siempre y cuando los tipos de leyes reconocidos en un sistema dado cumplan los requisitos genéricos de estructura de las normas y se relacionen entre ellas conforme a criterios de competencia o jerarquía claros, públicos y prospectivos. Afecta, sin embargo, a la concepción fuerte (el imperio de la ley como expresión de la “voluntad general”) en cuanto aparentemente quiebra la noción de que la ley es única y suprema. Deja de ser única porque hay diferentes tipos de leyes y deja de ser suprema en cuanto algunas de ellas son superiores a las otras (en la diversificación vertical) o todas ellas están por debajo de la norma que divide la competencia (en la diversificación horizontal). Pero esto sólo afecta a una noción de ley que tuvo predicamento ante una realidad jurídica –la del Estado liberal de Derecho en su forma continental– más simple que la actual. La suposición de que el concepto de ley y de su imperio implica un único tipo de ley era una constatación derivada de la estructura de los sistemas jurídicos modernos tras la consolidación del Estado-nación. Pero no hay, en la idea de ley como expresión de la “voluntad general”, ninguna implicación necesaria de que la ley constituya un tipo único, o un grado jerárquico único. Lo que tienen en común diversos tipos de normas como la Constitución, las leyes orgánicas, las ordinarias, las autonómicas, las estatales o las federales, es su peculiar autor y su peculiar procedimiento de decisión, que exige una discusión abierta entre representantes de los electores (o entre ellos mismos, en el caso de un referéndum) y una decisión por mayoría. Es esta doble peculiaridad –el carácter directamente representativo y plural del órgano competente y el procedimiento deliberativo– lo que define a la ley como expresión de la “voluntad general” y, en este sentido, la pluralidad de manifestaciones de la “voluntad general” en nada afecta al carácter de la ley, a su legitimidad y a su pretensión moral de obediencia.

–(2) La aparición de normas no legales de carácter paralegal tampoco parece afectar en absoluto a la concepción débil. Las normas comunitarias, sean cuales sean las dificultades para dar cuenta del sistema de fuentes resultante en los sistemas jurídicos internos, parecen reunir los requisitos que la concepción débil exige de las normas. Sin embargo constituyen una quiebra total de la concepción fuerte. No se trata en este caso de que obliguen a cambiar o corregir algún elemento de nuestro concepto normativo de ley, se trata de que no lo satisfacen en absoluto. Y ello no parece ser un problema conceptual sino un urgente problema real. De modo que la concepción fuerte no deja alternativa: o reivindicamos la democratización de la Unión Europea o hacemos dejación de nuestra concepción moral del imperio de la ley. Lo único que cabe decir es que la realidad jurídica no corre, ni nunca ha corrido, pareja con su deseable

legitimidad. El Derecho comunitario es, en este aspecto, necesariamente perfectible y, lo que es más grave, urgentemente perfectible. Su reconversión, su maduración, en términos de imperio de la ley no es sólo algo deseable, es algo necesario si quiere merecer nuestro respeto.

–(3) La supremacía de la Constitución, y su expansiva fuerza normativa, tampoco afecta a la concepción débil por las mismas razones indicadas en (1). Sí parece, sin embargo, poner en crisis aquellos otros tres rasgos tradicionalmente asociados a la concepción fuerte del imperio de la ley (su carácter originario, supremo e incondicional). Pero de nuevo habría que señalar que tales rasgos son contingentes para este concepto. El mismo Locke ([1690] 1969, Capítulo XI, & 135) sostenía que el poder legislativo supremo, “*a pesar de que sea el supremo poder de cualquier Estado*”, está sometido a restricciones pues no puede ser superior al poder que los miembros de la sociedad tenían en estado de naturaleza. En realidad los rasgos de originariedad, supremacía e incondicionalidad corresponden más a los intentos de explicar la posición de la ley en la estructura del sistema normativo que a la concepción moral (normativa) del imperio de la ley. En el terreno explicativo es obvio que tales rasgos –por otra parte discutidos y discutibles– se trasladan a la Constitución. La forma última en sentido jerárquico en que la voluntad general se expresa es la Constitución, y la Constitución es bien definida como primera instancia de poder legislativo. Es necesario, por otra parte, romper la ecuación entre ley (o constitución) y soberanía, porque el concepto de soberanía es una vaporosa imagen de una forma política periclitada. Lo que nos importa es que las leyes sean expresión de la voluntad general y, por ello, que en cada escalón de la constitución o desenvolvimiento de las comunidades políticas, las decisiones normativas estén originariamente legitimadas democráticamente. Una soberanía escalonada sigue siendo un ejercicio colectivo de la libertad negativa mediante las técnicas de instrumentación de la libertad positiva. Una Constitución es un momento del pacto social, pero un momento muy limitado, y el pacto social sólo puede ser una realidad actuante en la medida en que se actualiza mediante la legislación.

–(4) La fuerza expansiva de los principios, que actúa unida a la expansiva normatividad de las constituciones, sí parece plantear problemas a ambas concepciones del imperio de la ley. A la concepción débil en la medida en que, como se reconoce expresamente, supone una progresiva judicialización del Derecho y, con ello, un debilitamiento de la función de aplicar reglas en favor de “aplicar” razones.³¹ Más todavía quiebra los requerimientos de la

³¹ Vid. J. C. Bayón 1996, p. 24: “*el ideal clásico del imperio de la ley requiere un derecho de reglas, por cuanto un derecho de principios daría lugar a un modelo de jurisdicción sobre la*

concepción fuerte cuando sitúa al juez por encima de toda “perentoriedad normativa”. Porque el juez, o cualquier otro funcionario a quien corresponda el rol de aplicar las normas de un sistema dado, no tiene otra legitimación que aquélla que tengan las normas (sean éstas normas-regla o normas-principio) de ese sistema. Su legitimidad no proviene de la representación, sino de la función. Pero la función, contra lo que Bachof dijo, no es ni ajena ni alternativa, ni mucho menos superior, al título. La única legitimidad del juez es la propia legitimidad del sistema del que es operador cualificado e, inevitablemente, en algún grado creador. Por lo tanto la única legitimidad del juez democrático es aplicar las leyes –y los principios– del sistema democrático. Y ello exige un “principio fuerte de deferencia” (Bayón 1996, p. 31) del juez ante la ley.

Posiblemente la legislación es hoy deficitaria, si es que alguna vez no lo ha sido, en calidad. Posiblemente el legislador democrático es un muy imperfecto espejo de una comunidad ideal de decisión racional. Pero el legislador democrático, y sus leyes, son hoy por hoy –y mientras no se demuestre lo contrario– no sólo el menos malo de los sistemas posibles de decisión colectiva sino, sin duda alguna, el mejor de todos los conocidos. Y cuando la ley es expresión de la voluntad popular su imperio constituye el primer imperativo de la moral colectiva.

Como al principio indiqué, la lectura de dos recientes e interesantes monografías sobre la crisis de la ley, ambas todavía inéditas, no me han hecho modificar estos puntos de vista. Si los he traído a colación, en forma resumida, es sólo para dejar claro que, entendida como la entiendo, la llamada “crisis de la ley” tiene mucho que ver con el problema de la soberanía, con la organización de los estados, con la fuerza normativa de las constituciones, con la fuerza normativa de los principios y con la función de los jueces, pero muy poco que ver, si es que tiene algo que ver, con el problema de la igualdad.

Bibliografía citada

- ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. (Orig: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Berlin, 1986)
- AÑÓN, M^a José (1994): *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid
- ARISTÓTELES (1989): *Política*, edición de J. Marías y M. Araujo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid
- ATIENZA, Manuel (1983): *Marx y los derechos humanos*, Mezquita, Madrid

pauta de la «jurisprudencia de razones» que frustraría el propósito primario de servir de condición de posibilidad de la autonomía individual.”

- BACHOF, Otto (1985): *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid (Orig: *Grundgesetz und Richtermacht*, J.C.B. Mohr-Paul Siebeck, Tübinga, 1959).
- BARKER, Paul (2000): *Vivir como iguales. Apología de la justicia social*, Paidós, Barcelona (Orig: *Living as Equals*, Oxford University Press, Oxford, 1996).
- BAYÓN, Juan C. (1996): *Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional*, inédito.
- BOBBIO, Norberto (1991): *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid (Orig: *Teoria della norma giuridica y Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Turín, 1958 y 1960).
- (1993) *Igualdad y Libertad*, Paidós/ICE-UAB, Barcelona. (Orig: *Equaglianza-Libertá*, voces en la *Enciclopedia del Novecento*, vol. II, pp. 355-364 y vol. III, pp. 994-1004, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1977 y 1979).
- BORGES, Jorge L. (1993): *Artifícios*, Alianza, Madrid.
- CRANSTON, Maurice (1985): *Rousseau on Equality*, en Paul, Ellen F., Miller Jr., Fred D. y Paul, Jeffrey (eds.) 1985, pp. 115-124.
- DOYAL, Len y GOUGH, Ian (1994): *Teoría de las necesidades humanas*, Fuhem/Icaria, Madrid. (Orig: *A Theory of Human Needs*, The MacMillan Press, Londres, 1991).
- DWORKIN, Ronald (1984): *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona (Orig: *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth, Londres, 1977).
- ECKHOFF, Torstein (1974): *Justice. Its Determinants in Social Interaction*, Rotterdam University Press, Rotterdam.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael (1989): *Teoría general del Derecho y de la Ciencia jurídica*, Promociones y publicaciones universitarias, Barcelona.
- HIERRO, Liborio L. (1982): *¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto*, Sistema nº 46, pp. 45-61.
- (1995) *Las huellas de la desigualdad en la Constitución*, en Mate, Reyes (ed.) 1995, pp. 131-150.
- (1996) *El imperio de la ley y la crisis de la ley*, DOXA nº 19, pp. 287-308.
- (1998) *Estado de Derecho. Problemas actuales*, Fontamara, México (2ª edición en 2001).
- (2002) *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- KYMLICKA, Will (1995): *Filosofía política contemporánea*, Ariel, Barcelona (Orig: *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 1990; 2ª edición en 2002).
- LAPORTA, Francisco J. (1985): *El principio de igualdad: introducción a su análisis*, Sistema nº 67, pp. 3-31
- LOCKE, John [1690] (1969): *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Aguilar, Madrid.
- MARCILLA CÓRDOBA, Gema Mª (2003): *Crisis de la ley y Ciencia de la legislación*, tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha (Albacete), inédita.
- MARTÍNEZ TAPIA, Ramón M. (2000): *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, Almería
- MATE, Reyes (ed.) (1995): *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica*, Fundación Argentaria/Visor, Madrid.

- MARX, Carlos [1891] (1968): *Crítica del Programa de Gotha*, Ricardo Aguilera editor, Madrid.
- NIELSEN, Kai (1985): *Equality and Liberty, A Defense of Radical Egalitarianism*, Rowman & Allanheld, Totowa (N.J.).
- PAUL, Ellen F., MILLER Jr., FRED D. y PAUL, Jeffrey (eds.) (1985): *Liberty and Equality*, Basil Blackwell, Oxford.
- ROSS, Alf (1971): *Lógica de las normas*, Tecnos, Madrid (Orig: *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1968).
- ROUSSEAU, Juan Jacobo [1762] (1969): *Contrato social*, Espasa Calpe, Madrid.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (1994): *Discriminación inversa e igualdad*, en Valcárcel, Amelia (comp.) 1994, pp. 77-93.
- (1995) *Las huellas de la igualdad en la Constitución*, en Mate, Reyes (ed.) 1995, pp. 109-129.
- (2002a) *La igualdad política*, Derechos y Libertades nº 11, pp. 65-98.
- (2002b) *Concepto y concepciones de la igualdad*, en Zapatero, Virgilio (ed.) 2002, pp. 671-700.
- SINGER, Peter (1984): *Ética práctica*. Ariel, Barcelona (Orig: *Practical Ethics*, Cambridge University Press, 1979).
- SUÁREZ, Miguel Angel (2003): *Crisis de la ley y Estado constitucional*, tesis doctoral (pendiente de lectura), Universidad Carlos III de Madrid, inédita.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (1979): *Manual de Historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid.
- VALCÁRCEL, Amelia (comp.) (1994): *El concepto de igualdad*, Edit. Pablo Iglesias, Madrid.
- WALZER, Michael (1993): *Las esferas de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México (Orig: *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, 1983).
- WESTEN, Peter (1990) *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of "Equality" in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton (N.J.).
- WRIGHT, Georg H. von (1979): *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid (Orig: *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963).
- YOUNG, Michael (1964) *El triunfo de la meritocracia. Un ensayo sobre la educación y la igualdad*, Tecnos, Madrid (Orig: *The Rise of the Meritocracy*, Thames and Hudson, Londres, 1958).
- ZAPATERO, Virgilio (ed.) (2002): *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, tomo 1, Universidad de Alcalá.



ACERCA DEL VALOR MORAL DE LA SEGURIDAD JURÍDICA*

Ricardo García Manrique
Universidad de Barcelona

1. La creencia en el valor moral de la seguridad jurídica

a) *La creencia*

Una creencia muy extendida socialmente, en especial entre los juristas, es la de que hay algo intrínsecamente bueno en el recurso a la técnica normativa en la que consiste el derecho. Esta bondad intrínseca puede explicarse más o menos en estos términos: cuando el poder político se ejerce mediante normas preestablecidas y conocidas por sus destinatarios, los individuos sujetos a dicho poder tienen la capacidad de predecir su ejercicio y, por lo tanto, de actuar en consecuencia; es decir, saben a qué atenerse con respecto a los agentes del poder político. Esta predicción es posible cuando las normas jurídicas son, en alguna medida, públicas, generales, claras, estables, de cumplimiento posible, irretroactivas y no contradictorias, y cuando los encargados de su aplicación (jueces y demás funcionarios) lo hacen de manera consistente y regular¹. Por tanto, esta predicción es posible en alguna medida *siempre* que existe un sistema jurídico, puesto que un sistema jurídico *siempre* posee estas cualidades en alguna medida (en efecto, si no las poseyera en absoluto, su eficacia sería nula y, por lo tanto, no existiría o, en otros términos, no sería un sistema jurídico sino otra cosa²). Cuando

* El texto que sigue es el avance de un trabajo en curso.

¹ Se trata, claro está, de los ocho elementos de la moral interna del derecho (véase L. L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven y Londres, Yale University Press, 2ª ed., 1969, pág. 33 y sigs.).

² Ésta es la tesis de Fuller, que me parece correcta (véase L. L. Fuller, *The Morality of Law*, cit., pág. 39). No hace falta, por cierto, rechazar el positivismo para compartirla, como muestra R. Escudero Alday en la primera parte de su libro *Positivismo y moral interna del derecho* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000); en contra de la posibilidad de hacer compatibles a Fuller y a Hart en este punto (que es lo que Escudero intenta, a mi juicio

así sucede, se dice que los individuos sujetos al derecho tienen seguridad jurídica, esto es, se sienten seguros respecto del contenido de las normas y respecto del modo en que serán aplicadas; por tanto, a todos los que creen que este efecto de los sistemas jurídicos es intrínsecamente valioso en un sentido moral cabe considerarlos partidarios de la que podemos llamar “tesis del valor moral de la seguridad jurídica”, que es el nombre que utilizaré para identificar esta creencia.

b) *Algunos ejemplos*

En el ámbito de la literatura jurídica, los autores que han defendido alguna versión de esta tesis son muchos; a modo de ejemplo, me referiré a tres de ellos: Gustav Radbruch, Elías Díaz y Felipe González Vicén.

En algunos trabajos breves que publicó inmediatamente después del final de la segunda guerra mundial, y que fueron muy difundidos, Gustav Radbruch replanteó la relación de tensión entre seguridad jurídica y justicia (ya establecida en trabajos anteriores³) como una manera de abordar algunos conflictos surgidos en el seno de ciertos procesos judiciales en los que se juzgaban hechos acaecidos durante los años del nazismo. Lo interesante de estos textos, en relación con nuestro asunto, es que en ellos Radbruch otorgaba prioridad a la justicia sobre la seguridad jurídica en ciertos casos, resolviendo a través de dicha prioridad alguno de esos procesos; sin embargo, al tiempo Radbruch reafirmaba con rotundidad el valor de la seguridad jurídica, no fuese que la prioridad otorgada, *en ciertos casos*, a la justicia lo oscureciese. Con esta intención, escribió: “Toda ley positiva lleva un valor en sí misma, independientemente de su contenido: es siempre mejor que la falta de ley, pues crea seguridad jurídica”; además, el ideal de la seguridad jurídica es considerado *de igual valor* que el de la justicia porque, en verdad, no es sino una forma de la misma justicia, dado que “la aplicación uniforme de un derecho injusto, su aplicación igual lo mismo hoy que mañana, su aplicación a unos y a otros, sin distinciones, corresponde precisamente a aquella igualdad que forma la esencia de la justicia”; por eso, “en la mayoría de los casos, la validez [entendida como obligatoriedad] del derecho positivo puede justificarse por las exigencias de la seguridad jurídica”; y, por tanto, “sólo en casos excepcionales, tratándose de leyes extraordinaria-

con éxito), véase J. Rodríguez-Toubes, “La relevancia conceptual y valorativa de la moral interna del derecho” (en *Derechos y libertades*, nº 10, 2001, págs. 215-232), págs. 217-221; y la respuesta del propio Escudero, “La moral interna del derecho como objeto de debate” (también en *Derechos y libertades*, nº 10, 2001, págs. 233-253).

³ G. Radbruch, *Filosofía del derecho* (trad. J. Medina Echavarría, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933; es la traducción de la 3ª edición alemana de 1932; hay reedición en Granada, Comares, 1999), § 9, págs. 95-101.

mente injustas, cabe la posibilidad de desconocer la validez de tales leyes, por razón de su injusticia”⁴. El ejemplo de Radbruch es significativo por ser el del “último gran teórico de la seguridad jurídica”⁵, y porque la rotunda afirmación del valor de la seguridad jurídica se produce precisamente en un contexto en el que lo que pretendía era otorgar prioridad (puntual) a la justicia sobre la seguridad, algo a destacar sobre todo cuando en los últimos tiempos se suele asociar a Radbruch con la afirmación de esta prioridad y no tanto con la defensa del valor de la seguridad jurídica⁶.

El segundo ejemplo es el de Elías Díaz, que defendió el valor de la seguridad jurídica en estos términos: “El Derecho proporciona al menos la seguridad mínima de poder saber con certeza lo que está prohibido y lo que está permitido. Y esto es siempre mejor, creo, que la total arbitrariedad o la absoluta inseguridad del no-Derecho. La mera existencia de un Derecho produce seguridad; puede decirse, desde esta perspectiva, que el *valor* seguridad (...) es algo que aparece irremediamente cuando comienza a hablarse de lo que el Derecho *es* y de lo que el Derecho *hace* en la sociedad”. Esta defensa venía seguida del establecimiento de un “segundo nivel” de la seguridad jurídica, en el cual aparecía vinculada con la justicia: “Tener seguridad jurídica no es sólo saber que existe un sistema legal vigente, por injusto que sea, no es sólo saber a qué atenerse, no es sólo saber lo que está prohibido y permitido por un ordenamiento jurídico. Tener seguridad jurídica es eso, que es sumamente importante, pero es también mucho más: es la exigencia de que la legalidad realice una cierta legitimidad, es decir, un sistema de valores considerados como imprescindibles en el nivel ético social alcanzado por el hombre y considerado por él como conquista histórica irreversible: la seguridad no sólo es un *hecho*, es también, sobre todo, un *valor* (...) No

⁴ Estos pasajes se encuentran en G. Radbruch, “Arbitrariedad legal y derecho supralegal” (incluido en Id., *Relativismo y derecho*, trad. L. Villar Borda, Bogotá, Temis, 1992, págs. 25-42), pág. 34; y en G. Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho* (trad. W. Roces, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1974), págs. 44, 51 y 52. Cabe insistir en el hecho, no siempre tenido en cuenta, de que el “giro iusnaturalista” de Radbruch no modifica esencialmente su modo de plantear la relación entre justicia y seguridad, que se mantuvo básicamente estable al menos desde la última edición de su *Filosofía del Derecho*, de 1932; en todo caso, como señala Alexy, los trabajos de posguerra suponen un “pequeño ajuste en su sistema”; véase R. Alexy, “A Defence of Radbruch’s Formula” (en D. Dyzenhaus, ed., *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Oxford, Hart, 1999, págs. 15-39), págs. 17 y 32-33.

⁵ F. González Vicén, “La obediencia al derecho” (incluido en Id., *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, 1979, págs. 365-398), pág. 381.

⁶ Seguramente debido a la recuperación de la “fórmula de Radbruch” [“el derecho extremadamente injusto no es derecho”] por parte de Robert Alexy, aunque, desde luego, Alexy es plenamente consciente del valor que Radbruch otorgaba a la seguridad jurídica, también después de la experiencia del nazismo (R. Alexy, “A Defence of Radbruch’s Formula”, cit., págs. 32-33).

habrá, en este sentido, seguridad si no existe, al propio tiempo, un suficiente respeto a las exigencias de la libertad y de la igualdad...”. Por supuesto, este segundo nivel de la seguridad jurídica era claramente preferido al primero, pero lo que interesa destacar es que Elías Díaz dejaba claro que este primero también es valioso, dado que “la legalidad [equivalente al primer nivel de la seguridad] es siempre un progreso respecto de la arbitrariedad”, y advertía de que “el orden, y la seguridad primaria que de él deriva, constituyen, en cualquier caso, una finalidad básica y fundamental para el Derecho. Es necesario no infravalorar alegremente este valor del orden...”⁷. La concepción de la seguridad jurídica de Elías Díaz es significativa porque, aunque sostiene que en un “segundo nivel” la seguridad jurídica está vinculada con la justicia, también asume que la seguridad jurídica del primer nivel tiene “valor”; y porque, además, ha influido de manera notable en la filosofía del derecho española contemporánea⁸.

El tercer ejemplo es el de Felipe González Vicén. En un trabajo muy conocido y comentado, en el que rechazaba que pudiese existir una obligación moral de obediencia al derecho, explicaba que una de las fundamentaciones que se habían propuesto para tal obligación estaba constituida por la teoría de la seguridad jurídica. González Vicén descartaba que esta teoría, “ideología clásica de la clase burguesa acerca de la obediencia jurídica”, justificase una obligación de obediencia al derecho, pero afirmaba taxativamente el valor que corresponde a la seguridad jurídica, pues escribía que “el problema que hay que plantearse no es el de si la seguridad jurídica constituye un valor, cosa evidente, sino el de si constituye un valor absoluto y supremo (...): ¿es verdaderamente y de por sí la seguridad jurídica un valor que fundamenta éticamente la obligatoriedad del Derecho?”; la respuesta de González Vicén no consistía en negar el valor de la seguridad jurídica, dado que “la seguridad jurídica es (...) un valor inmanente al Derecho, y lo es, porque establece la certeza en las relaciones sociales y verifica uno de los fines esenciales del Derecho, que es el aseguramiento de las relaciones humanas de convivencia”; sin embargo, continuaba, “esto no puede significar que esta verificación de uno de los fines del Derecho sea bastante para fundamentar éticamente la obediencia jurídica sin consideración a ningún

⁷ Todos los pasajes pertenecen a E. Díaz, *Sociología y filosofía del derecho* (Madrid, Taurus, 2ª ed., 1980), págs. 41-42, 45-46, 42 y 47.

⁸ Escudero señala las concepciones de la seguridad jurídica de Peces-Barba, Peces-Barba y Atienza como deudoras de la de Elías Díaz, en R. Escudero Alday, “Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller” (en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIX, 2002, págs. 309-331), pág. 318.

otro valor”⁹. El ejemplo de González Vicén es significativo porque la valoración de la seguridad jurídica se produce en el contexto de la negación de la existencia de cualquier obligación moral de obedecer el derecho.

Es fácil observar lo que une a estas tres concepciones de la seguridad jurídica: las tres establecen un vínculo necesario entre la existencia del derecho y la generación de seguridad jurídica; las tres niegan que en la sola base de la seguridad jurídica pueda justificarse la obediencia al derecho (aunque la de Radbruch se acerca mucho a eso); pero las tres le atribuyen algún valor moral, vale decir, sostienen la tesis del valor moral de la seguridad jurídica.

c) Relevancia de la creencia

Crear que hay algo intrínsecamente bueno en el ejercicio del poder a través de normas previamente establecidas y conocidas por sus destinatarios tiene una consecuencia importante: dota de cierta legitimidad al poder jurídico y a su derecho, una legitimidad que es independiente del contenido y del origen de sus normas. Así, los que sostienen esta creencia han encontrado una respuesta a la vieja pregunta de San Agustín: “Quitada la justicia, ¿qué otra cosa son los reinos sino grandes latrocinios?”¹⁰. Su respuesta sería que entre los reinos (justos o no, democráticos o no) y los grandes latrocinios hay una diferencia importante, si los reinos se constituyen como estados de derecho, o incluso si simplemente recurren a la técnica normativa y respetan el principio de legalidad en su actuación. Esta diferencia importante consistiría en que bajo un régimen así sucede algo que es altamente improbable en los grandes latrocinios: los individuos saben a qué atenerse y pueden predecir la acción pública, y este hecho no es irrelevante desde un punto de vista moral.

Por tanto, la creencia en el valor moral de la seguridad jurídica constituye un dato importante a la hora de reflexionar sobre la legitimidad del derecho y del estado. Además, en tiempos de relativismo axiológico o de desconfianza ante el buen funcionamiento de los mecanismos de representación política, o cuando el derecho presenta un grado de complejidad tal que es difícil determinar su grado de justicia, esta legitimidad jurídica que podemos llamar “formal” gana fuerza correspondientemente, porque puede identificarse con mayor facilidad que la corrección material o genética de las

⁹ F. González Vicén, “La obediencia al Derecho”, cit., págs. 380, 382, 384 y 385. Lo mismo se reitera en F. González Vicén, “La obediencia al derecho. Una anticrítica” (en *Sistema*, n.º 65, 1985, págs. 101-105), pág. 103.

¹⁰ Agustín de Hipona, *La ciudad de Dios* (trad. L. Riber, Madrid, CSIC, 1992), IV-4, pág. 85.

normas (cuando menos, no es difícil sentirlo así). La creencia en la legitimidad formal del derecho vendría a suponer lo siguiente: incluso si las normas jurídicas son injustas o no democráticas, o si no estamos seguros de que sean justas o democráticas, el derecho que genera seguridad en sus destinatarios es moralmente valioso en alguna medida; y de aquí no sería difícil deducir la existencia de una obligación *prima facie* de obediencia al derecho, o de una *razón* para la obediencia.

d) La creencia contraria

Frente a esta creencia tan arraigada, podemos colocar esta otra: resulta extraño que se valore moralmente la forma de hacer las cosas, en este caso la forma de ejercer el poder; parece que el poder debería ser evaluado sólo mediante los fines a los que sirve y no mediante los medios que utiliza para ello (siempre y cuando los propios medios no violen los fines). Los que así piensan, que no son pocos aunque es probable que sean menos que los anteriores, no suelen sostener la tesis del valor moral de la seguridad jurídica. Acusan a sus partidarios de “formalistas” y creen que el concepto de seguridad jurídica tiene un significado estrictamente instrumental o técnico. Creen que la seguridad que el derecho puede garantizar sólo es deseable si el derecho sirve a la justicia, pero que es indeseable cuando el derecho busca fines inicuos.

La intención de este trabajo es contribuir a determinar cuál de las dos creencias permite una mejor fundamentación racional. Para ello, examinaré algunos de los argumentos que se han propuesto en favor de la tesis del valor moral de la seguridad jurídica. Si tales argumentos se muestran insuficientes para justificarla, ganaría fuerza la creencia contraria aunque, claro está, eso no probaría que la tesis sea falsa: haría falta un argumento que justifique que la seguridad jurídica merece sólo una consideración instrumental o técnica, algo que sólo esbozaré al final.

e) Definición de seguridad jurídica y otras concepciones de la misma

Antes de seguir adelante, conviene precisar un poco más el concepto de seguridad jurídica. A partir de aquí, entenderemos por seguridad jurídica “la certeza respecto del contenido de las normas jurídicas vigentes y respecto del hecho de que las normas jurídicas vigentes son aplicadas de acuerdo con su contenido”. Esta definición es de tipo lexicográfico, puesto que da cuenta de uno de los modos en que el término es usado habitualmente. Por ejemplo, coincide en esencia con las de Radbruch y Kelsen: para el primero, la seguridad jurídica no es “la seguridad por medio del derecho, la seguridad que el derecho nos confiere al garantizar nuestra vida o nuestros bienes contra el asesinato o el robo, etc., sino la seguridad

del derecho mismo”¹¹; para el segundo, la seguridad jurídica consiste “en que las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado, y por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al derecho pueden orientarse en su comportamiento según las decisiones judiciales previsibles”¹²; y muchos otros autores han ofrecido definiciones similares¹³. Una definición como ésta supone una concepción que podemos llamar “formal” de la seguridad jurídica porque exige sólo lo que Pérez Luño ha llamado “suma de corrección estructural y funcional del derecho”¹⁴ o Liborio Hierro, “consistencia del sistema normativo”¹⁵; en cambio, no exige del derecho contenidos materiales concretos, salvo el de las normas secundarias, o normas que regulan la creación y aplicación de otras normas, de las que depende dicha corrección estructural y funcional.

Hay otras concepciones de la seguridad jurídica que pueden calificarse como “materiales” porque entienden que la seguridad jurídica no exige del derecho sólo corrección estructural y funcional sino también la justicia de sus normas o, al menos, de algunas de ellas; siendo así, no sería posible que un sistema jurídico injusto, o radicalmente injusto, generase “seguridad jurídica”¹⁶. Los que sostienen estas concepciones de la seguridad jurídica lo hacen probablemente con la intención de evitar la utilización del ideal del

¹¹ G. Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., pág. 40.

¹² H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* (trad. R. J. Vernengo, México D. F., UNAM, 1986), pág. 260.

¹³ Por citar sólo monografías, véanse F. Lopez de Oñate, *La certeza del derecho* (trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redin, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1953), págs. 74-75; A. E. Pérez Luño, *La seguridad jurídica* (Barcelona, Ariel, 1991; hay 2ª ed. de 1994 con leves modificaciones), pág. 22; N. Álvarez, *Jalones para una teoría crítica de la seguridad jurídica* (Madrid, 1995), pág. 9; J. L. Mezquita del Cacho, *Seguridad jurídica y sistema cautelar* (Barcelona, Bosch, 1989), vol. I, pág. 41; o F. Arcos, *La seguridad jurídica: una teoría formal* (Madrid, Dykinson, 2000), págs. 32-34.

¹⁴ A. E. Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, cit., págs. 23 y 26; esta doble exigencia estructural y funcional aparece reiteradamente en las definiciones de seguridad jurídica o en la enunciación de sus requisitos; véase, por ejemplo, T. Geiger, *Estudios de sociología del derecho* (trad. A. Camacho, G. Hirata, R. Orozco, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1983), pág. 92; H. Henkel, *Introducción a la filosofía del derecho* (trad. E. Gimbernat, Madrid, Taurus, 1968), pág. 92; o L. Recasens, *Tratado general de filosofía del derecho* (México, Porrúa, 1959), pág. 221.

¹⁵ L. L. Hierro, “Seguridad jurídica y actuación administrativa” (en Id., *Estado de derecho: problemas actuales*, México D. F., Fontamara, 1998, págs. 59-77), pág. 60.

¹⁶ Las concepciones materiales son, según Escudero, mayoritarias en España (R. Escudero, “La moral interna del derecho como objeto de debate”, cit., pág. 249). La más claramente material es la de G. Peces-Barba, “La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho” (en Id., *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 261-279), págs. 278-279; en ocasiones se proponen “niveles” distintos de seguridad jurídica, como es el caso ya visto de Elías Díaz, el de M. Atienza, *El sentido del derecho* (Barcelona, Ariel, 2001), pág. 182 y, creo, el de A. E. Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, cit., pág. 57.

que venimos hablando en favor de regímenes políticos injustos o no democráticos, o con la intención de evitar el positivismo ideológico, siquiera moderado, en el que incurre todo aquel que sostiene la tesis del valor moral de la seguridad jurídica, tal como aquí se ha definido¹⁷. Tal propósito es encomiable; sin embargo, entiendo que la mejor forma de lograrlo no es la redefinición material de la seguridad jurídica, sino un atento examen de su valor en tanto concepto formal. En general, a estas concepciones materiales puede seguramente aplicárseles lo que tanto Joseph Raz como Robert Summers han escrito respecto de las concepciones materiales del *rule of law*, también muy extendidas, a saber: que suponen una superposición de los ámbitos de denotación de distintos conceptos jurídicos, lo cual impide su precisa identificación, evaluación y, en caso de conflicto entre sí, ponderación¹⁸. En todo caso, estas concepciones materiales no se tendrán en cuenta aquí.

f) *Conceptos afines al de seguridad jurídica*

La creencia en el valor moral de la seguridad jurídica se muestra a menudo como creencia en el valor moral de otras cosas, y conviene recordar cuáles son. De hecho, el concepto de seguridad jurídica es propio de la teoría jurídica moderna, pero la creencia que nos ocupa, se dice, es tan antigua como la cultura occidental, aunque haya sido nombrada de otro modo. Suele citarse el último de los diálogos platónicos como uno de los primeros lugares donde se enuncia con claridad, como preferencia del gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres: “En la ciudad donde la ley sea señora de los gobernantes y los gobernantes siervos de esa ley, veo realizada su salvación y todos los bienes que otorgan los dioses a las ciudades”¹⁹. Esta misma preferencia ha sido expresada a través de la alabanza del imperio de

¹⁷ Véase N. Bobbio, *El positivismo jurídico* (trad. R. de Asís y A. Greppi, Madrid, Debate, 1993), págs. 233-235.

¹⁸ J. Raz, “The Rule of Law and its Virtue” (en Id., *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, págs. 210-229), pág. 211; R. S. Summers, “A Formal Theory of the Rule of Law” (en *Ratio Juris*, vol. 6/2, 1993, págs. 127-142), págs. 136-137 o “The Principles of the Rule of Law” (en *Notre Dame Law Review*, vol. 74, 1999, págs. 1691-1712), págs. 1709-1711. En España recogen estos argumentos F. Arcos, *La seguridad jurídica: una teoría formal*, cit., págs. 395-403 o L. Miraut, *La teoría de la decisión jurídica de Benjamin Nathan Cardozo* (Madrid, Dykinson, 1999), pág. 164.

¹⁹ Platón, *Las leyes*, 715 (véase en la edición de J. M. Pabón y M. Fernández-Galiano, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª ed., 1999, pág. 145). No obstante, la enunciación explícita de esta preferencia parece que hay que atribuirse a Harrington, ya en el siglo XVII, quien en su *Océana* definía el buen gobierno como el “imperio de las leyes y no el de los hombres”, en J. Harrington, *La república de Océana* (trad. E. Díez-Canedo, México, Fondo de Cultura Económica, 1987), págs. 49-50. La indicación de que fue Harrington el primero en utilizar la conocida fórmula (“empire of laws and not of men”) se encuentra en F. Laporta, “Imperio de la ley y seguridad jurídica” (en E. Díaz y J. L. Colomer, eds., *Estado*,

la ley, del estado de derecho, del principio o principios de legalidad, de la igualdad ante la ley, de la justicia formal, de la moral interna del derecho o del *rule of law*. Todos estos conceptos han sido y son valorados moralmente por el mismo motivo: su puesta en práctica produce ese efecto referido al principio y atribuido a la seguridad jurídica, llámese predecibilidad, previsibilidad, orden, certeza o interdicción de la arbitrariedad. Sin duda, estos conceptos designan cosas distintas, por ejemplo: un tipo de estado (estado de derecho), un principio regulador de la acción pública (principio de legalidad), una cualidad de los actos de aplicación de las normas (justicia formal) o un conjunto de requisitos formales del derecho (moral interna del derecho o principios de legalidad); pero también es indudable que todas esas cosas están relacionadas entre sí, al menos de la manera indicada. Establecer con mayor precisión de qué modo se relacionan no sería muy difícil, pero sí prolijo, y por eso no lo haré aquí, a salvo de la indicación que contiene el párrafo siguiente. Lo que sí interesa es destacar que nos hallamos ante una única creencia: la creencia en que el efecto de previsibilidad generado por la seguridad jurídica o por cualquiera de los demás conceptos mencionados es un efecto moralmente valioso. Es posible, pues, que no nos hallemos tanto ante un complejo “universo ético”, como señaló Francisco Laporta refiriéndose al conjunto de conceptos asociados con el del imperio de la ley, cuanto ante un complejo universo “lingüístico”, dado que si los nombres y conceptos aquí implicados son muchos, el valor moral al que apuntan puede ser uno solo²⁰. Por lo tanto, puede aceptarse, en este sentido, la *afinidad* entre la seguridad jurídica y todos los demás conceptos señalados en este párrafo, con dos corolarios importantes: en primer lugar, los argumentos utilizados para justificar el valor moral de cualquiera de esos conceptos pueden ser tenidos en cuenta a la hora de analizar el posible valor moral de la seguridad jurídica; en segundo lugar, el resultado de este análisis debería valer no sólo en relación con la seguridad jurídica, sino también en relación con cualquiera de los demás conceptos.

Aunque he optado por no analizar aquí las relaciones existentes entre la seguridad jurídica y los conceptos afines a ella, sí es necesario advertir lo siguiente: varios de estos conceptos admiten una concepción formal y una concepción material o, si se quiere, una versión débil y una versión fuerte; esta dualidad afecta, en particular, al imperio de la ley, al estado de derecho

justicia, derechos, Madrid, Alianza, 2002, págs. 105-132), pág. 129. La conexión entre Platón y Harrington ha sido señalada también por M. Á. Ramiro, *Utopía y derecho. El sistema jurídico de las sociedades ideales* (Madrid, Marcial Pons, 2002), págs. 358-360.

²⁰ Véase F. Laporta, “Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz” (en *Doxa*, nº 15-16/1, 1994, págs. 133-145), pág. 134.

y al *rule of law*. En su concepción formal, los tres exigen sólo cualidades formales del derecho; en su concepción material, los tres exigen además otras cosas: origen democrático de las leyes, en el caso del imperio de la ley, y reconocimiento de derechos fundamentales, en el caso del estado de derecho y del *rule of law*²¹. Debe quedar claro que la afinidad de la seguridad jurídica con el imperio de la ley, el estado de derecho y el *rule of law* lo es con sus concepciones formales y no con sus concepciones materiales.

En lo que sigue, examinaré los tres argumentos que considero más relevantes en favor de la tesis del valor moral de la seguridad jurídica (o de cualquiera de los conceptos afines a ella): el de la autonomía, el de la justicia material y el de la justicia formal.

2. El argumento de la autonomía

El argumento de la autonomía en favor de la tesis del valor moral de la seguridad jurídica consiste básicamente en mostrar que existe un vínculo entre la seguridad jurídica y la autonomía individual²²; según cuál sea ese vínculo, podemos distinguir dos versiones del argumento. En su primera versión, o versión fuerte, se afirma que la seguridad jurídica es condición suficiente del respeto y promoción social de la autonomía; en su segunda versión, o versión débil, se afirma que la seguridad jurídica es condición necesaria del respeto y promoción social de la autonomía. Antes de precisar los términos en los que se establece el vínculo entre seguridad jurídica y autonomía en cada una de las dos versiones y discutir su validez, conviene aclarar en qué sentido se utiliza el término “autonomía” y por qué nos hallamos ante un argumento especialmente relevante.

Podemos entender por “autonomía” la capacidad de un individuo para orientar significativamente su vida de acuerdo con sus propias decisiones. Esta escueta definición es suficiente para nuestros propósitos y, me parece, acorde con las que han sido propuestas, por ejemplo, por Nozick, Dworkin,

²¹ Acerca de esta dualidad formal-material, véanse, por ejemplo: respecto del imperio de la ley, L. L. Hierro, “El imperio de la ley y la crisis de la ley” (en *Id.*, *Estado de Derecho: problemas actuales*, cit., págs. 17-44); y M. Gascón, “El imperio de la ley: motivos para el desencanto” (en *Jueces para la democracia*, n° 32, 1998, págs. 25-35); respecto del estado de derecho, E. Fernández, “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho” (en *Sistema*, n° 138, 1997, págs. 101-114); R. de Asís, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho* (Madrid, Dykinson y Universidad de Jaén, 1999), págs. 43-111; y F. J. Ansuátegui, “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales” (en *Sistema*, n° 158, 2000, págs. 91-114); respecto del *rule of law*, P. Craig, “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework” (en *Public Law*, otoño de 1997, págs. 467-487); B. J. Hibbits, “The Politics of Principle: Albert Venn Dicey and the Rule of Law” (en *Anglo-American Review*, vol. 23/I, 1994, págs. 1-31); y T. R. S. Allan, “Dworkin and Dicey: The Rule of Law as Integrity” (en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 8/2, 1998, págs. 266-277).

Nino o Laporta²³. Sin duda, “el concepto de autonomía –ha escrito Silvina Álvarez– está lejos de contar con una definición o unos límites claros e incontestables. Tanto las características definitorias como las fronteras de la acción autónoma son objeto de constante análisis y revisión”²⁴; sin embargo, hay dos cosas que quedan claras en su trabajo, y que aquí daremos por buenas: una, que la autonomía está casi unánimemente considerada como un ideal moral del más alto rango; y dos, que la formulación kantiana del ideal como una suma o combinación de racionalidad e independencia del sujeto sigue siendo válida. Por otra parte, la relevancia del argumento de la autonomía se funda en dos razones: la primera es que reviste especial solidez, dado que tanto el carácter moral del ideal de la autonomía cuanto una cierta conexión entre autonomía y seguridad jurídica, en los términos que veremos, son difíciles de cuestionar; la segunda, que seguramente deriva de la primera, es que se trata de un argumento muy extendido, aunque no siempre sea posible distinguir a cuál de sus dos versiones se recurre y aunque no siempre se recurra expresamente al ideal de la autonomía, sino a conceptos equivalentes en el contexto, tales como los de “dignidad” o “libertad”²⁵; también, como veremos en la sección 4, el valor de la autonomía está en la base de la atribución de moralidad a la justicia formal.

a) Primera versión: la seguridad jurídica como condición suficiente de la autonomía

La primera versión del argumento de la autonomía puede enunciarse así: el derecho genera en los individuos sujetos al mismo la capacidad de predecir ciertas conductas ajenas, en particular las conductas de aquéllos que ejercen el poder público (y tanto más la genera cuanto más seguro sea). Esta capacidad de predicción favorece la autonomía del sujeto, que puede tomar decisiones en relación con su vida, planificándola en cierta medida.

²² En adelante usaré “autonomía” como sinónimo de “autonomía individual”.

²³ Véanse en R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (Oxford, Blackwell, 1974), pág. 49; G. Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy* (Cambridge University Press, 1988), pág. 20; C. S. Nino, *Ética y derechos humanos* (Barcelona, Ariel, 1989), págs. 204-205; F. Laporta, “Imperio de la ley”, cit., pág. 135.

²⁴ S. Álvarez, “La autonomía personal” (en E. Díaz y J. L. Colomer, eds., *Estado, justicia, derechos*, cit., págs. 153-175), págs. 153-154.

²⁵ A la hora de acreditar el valor del *rule of law*, Fuller, Raz y Summers lo conectan con el respeto de la dignidad individual, y Hayek y Rawls lo conectan con la libertad. Hayek sostiene la primera versión del argumento de la autonomía: véase en F. A. Hayek, *Camino de servidumbre* (trad. J. Vergara, Madrid, Alianza, 1976), pág. 114 y sigs.; como veremos, Raz (y probablemente Rawls) sostienen en cambio la segunda versión. No sabría decir cuál de las dos versiones sostienen Fuller o Summers, respectivamente en L. L. Fuller, *The Morality of Law*, cit., pág. 162, y R. S. Summers, “The Principles of the Rule of Law”, cit., pág. 1705.

Por lo tanto, la seguridad jurídica generada por un sistema jurídico garantiza un cierto nivel de autonomía a todos los individuos sujetos a dicho sistema jurídico. Pues bien: si la seguridad jurídica respeta, promueve o garantiza una cierta autonomía, y si la autonomía es moralmente valiosa, habría una buena razón para afirmar que la seguridad jurídica es moralmente valiosa. Podemos decir que el argumento se basa en que la seguridad jurídica es *condición suficiente* del respeto y promoción social de un algún nivel de autonomía individual. Por ejemplo, y como mínimo, es condición suficiente de la capacidad para prever con antelación las consecuencias de ciertos actos (si la norma N establece: “Si A, entonces C”, un individuo podrá elegir entre hacer o no hacer A, sabiendo de antemano que la consecuencia de ello será C o no C): habiendo seguridad jurídica, uno “sabe a qué atenerse”²⁶.

En esta versión, el argumento de la autonomía puede cuestionarse revisando las condiciones en las que se puede afirmar que estamos ante la posibilidad de actuar autónomamente y comparándolas con las condiciones generadas por la seguridad jurídica. Joseph Raz establece dos condiciones necesarias para que el ejercicio de las capacidades humanas de discernimiento y elección pueda ser considerado valioso: una es la independencia del sujeto, esto es, que el sujeto pueda tomar decisiones libremente, sin constricciones exteriores (un esclavo o un siervo no serían independientes); la segunda condición es la disposición de una adecuada gama de opciones, lo cual significa que las posibilidades de elección han de ser relevantes o significativas (uno de los dos ejemplos de “inadecuada gama de opciones” que propone Raz es el de un individuo que vive en el fondo de un pozo, es incapaz de salir de él, y puede elegir solamente las horas en que come y duerme, y si se rasca o no la oreja izquierda; el otro ejemplo es el de una mujer que vive en una pequeña isla desierta y dedica todo su tiempo y energías a escapar de una fiera que la persigue)²⁷. Si el ejercicio de las capacidades de discernimiento y elección tiene lugar en condiciones de dependencia, o si permite elegir sólo entre opciones no relevantes o planes de vida no valiosos, el ejercicio de dichas capacidades no puede ser considerado como un ejercicio de “autonomía”; de donde se deduce que no cualquier ejercicio de las capacidades humanas de discernimiento y elección es un ejercicio

²⁶ Recuérdese que éste es el argumento de E. Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, cit., págs. 41-42; lo ha sostenido también R. Escudero, *Positivismo y moral interna del derecho*, cit., págs. 527 o 539. Más adelante comprobaremos que un argumento similar sirve a Campbell para defender el valor moral de la justicia formal, en T. Campbell, *La justicia. Los principales debates contemporáneos* (trad. S. Álvarez, Barcelona, Gedisa, 2002), pág. 43.

²⁷ Véase J. Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford, Clarendon Press, 1986), págs. 372-378.

de autonomía si, como hemos hecho, concebimos ésta como una capacidad cuya posesión es moralmente valiosa.

Y bien, ¿cuáles son las condiciones que genera la existencia de seguridad jurídica? Desde luego, no las que la autonomía exige, porque el hecho de que el poder político conforme su actuación con normas preestablecidas y conocidas por sus destinatarios no es garantía alguna ni de la independencia de los sujetos ni de la puesta a su disposición de una adecuada gama de opciones. Los ejemplos que ofrece la historia del derecho son numerosos y no es necesario referirse a ellos; en general, puede aceptarse que las condiciones de la autonomía exigen del derecho ciertos contenidos materiales y no meramente cualidades formales de carácter estructural y funcional. De aquí se sigue que la capacidad garantizada al sujeto por la seguridad jurídica, la capacidad de seguir o no seguir una norma, de saber a qué atenerse, la mera capacidad para elegir entre dos cursos de acción conociendo las consecuencias de cada uno de ellos, no aumenta la autonomía moralmente valiosa a disposición del sujeto, pues –de nuevo Raz– “la autonomía requiere que estén a disposición de una persona muchas opciones moralmente aceptables”²⁸. Como es obvio, una norma jurídica no necesariamente pone a disposición del agente “muchas opciones moralmente aceptables”: puede ser que no ponga a su disposición ninguna. Esta discordancia entre las condiciones de la autonomía valiosa y las condiciones garantizadas por la seguridad jurídica lleva a concluir que la seguridad jurídica no es condición suficiente de grado alguno de autonomía, y que el argumento de la autonomía, en su primera versión, no prueba la tesis del valor moral de la seguridad jurídica. Cabe añadir una reflexión acerca de los motivos que explican el recurso a este argumento: sus partidarios acaso manejan un concepto de autonomía distinto del asumido aquí, un concepto del que quedarían fuera las condiciones de independencia y adecuada gama de opciones, y que equivaldría a la mera capacidad de discernimiento y elección. Esta capacidad sí resulta aumentada por la seguridad jurídica, en tanto que la seguridad jurídica aumenta nuestro conocimiento. La cuestión, en fin, radica en lo que ha de entenderse por autonomía moralmente valiosa²⁹.

²⁸ J. Raz, *The Morality of Freedom*, cit., pág. 378.

²⁹ Un argumento equivalente al del texto ha sido utilizado por Matthew Kramer para negar el valor moral de la moral interna del derecho; distingue Kramer entre autonomía como cualidad cognitiva (“capacidad de un sujeto para entender una norma y decidir seguirla o no seguirla”) y autonomía como objetivo moral (“capacidad de un sujeto para orientar su propia vida”) e imputa a Fuller la confusión entre ambas; véase en M. Kramer, *In Defense of Legal Positivism. Law without Trimmings* (Oxford University Press, 1999), págs. 58-62.

b) *Segunda versión: la seguridad jurídica como condición necesaria de la autonomía.*

Todavía, empero, la relación entre autonomía y seguridad jurídica puede ponerse en otros términos con el fin de fundamentar en la primera el valor moral de la segunda. Puede sostenerse que, si bien la seguridad jurídica no es condición suficiente de la autonomía, sí es, al menos, condición necesaria de la misma; estaríamos así ante la que podemos denominar versión débil del argumento de la autonomía. Francisco Laporta es quizá quien mejor y de forma más explícita lo ha expuesto, aplicándolo a justificar la condición “esencialmente” moral del imperio de la ley, que “se extrae del principio ético de la autonomía individual”, y escribiendo en otro lugar, con el mismo sentido, que “con el imperio de la ley es posible una sociedad injusta, pero sin imperio de la ley es imposible una sociedad justa. Para decirlo con algo más de precisión, el imperio de la ley es condición necesaria, pero no suficiente, de la sociedad justa”³⁰. Argumentos similares han sido empleados por John Rawls, Joseph Raz y Jeremy Waldron para justificar el valor del *rule of law*³¹. En todos estos casos, no se alega que la seguridad jurídica, el imperio de la ley o el *rule of law* garanticen de por sí grado alguno de autonomía; sólo se dice que la seguridad jurídica, el imperio de la ley o el *rule of law* son condición necesaria, aunque no suficiente, del respeto y promoción de

³⁰ Véase F. Laporta, “Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz”, cit., págs. 135-139 y F. Laporta, “Imperio de la ley y seguridad jurídica”, cit., págs. 127-128. El segundo trabajo refuerza la conexión, ya apuntada en el primero, entre imperio de la ley y seguridad jurídica; en cambio, las referencias a la autonomía, aunque presentes en ambos, se reducen en el segundo en beneficio de las referencias a la “justicia” o a la “sociedad justa”. De todos modos, en ambos está clara la conexión entre las nociones de autonomía y justicia.

³¹ J. Rawls, *A Theory of Justice* (Oxford University Press, 1973), § 38, págs. 235-243; J. Raz, “The Rule of Law and its Virtue” (en Id., *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, págs. 210-229), en especial págs. 221-222; y J. Waldron, “The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory” (en *Ratio Juris*, vol. 2/1, 1989, págs. 79-96), págs. 85 y 94. Waldron señala expresamente que el *rule of law* es condición necesaria pero no suficiente del respeto de la autonomía. Raz escribe: “el derecho puede violar la dignidad de la gente de muchas formas. Respetar el *rule of law* no garantiza en absoluto que tales violaciones ocurran. Pero está claro que una deliberada falta de respeto por el *rule of law* viola la dignidad humana” (pág. 222). Raz vincula esta violación de la dignidad con la falta de respeto por la autonomía individual; sin embargo, no tengo claro si el valor que atribuye al *rule of law* es meramente instrumental o, por la razón derivada del pasaje transcrito, también moral. En cuanto a Rawls, escribe: “[El *rule of law*] proveerá una base más segura para la libertad y un medio más efectivo para organizar esquemas cooperativos; sin embargo, debido a que estos preceptos [los del *rule of law*] garantizan sólo la administración imparcial y regular de las normas, cualesquiera que éstas sean, ellos son compatibles con la injusticia. Imponen límites bastante débiles a la estructura básica, pero unos límites que no son en absoluto despreciables” (pág. 236); y más adelante (pág. 239) insiste en la conexión entre libertad individual y *rule of law*. No obstante, tampoco en este caso he podido esclarecer si todo ello supone una valoración moral del *rule of law* o solamente una valoración instrumental.

la misma; y ésta sería una razón suficiente para justificar el valor moral de la seguridad jurídica o de conceptos afines.

Frente a esta versión del argumento de la autonomía, se puede razonar por dos vías: o bien admitiendo que la seguridad jurídica es condición necesaria del respeto y promoción social de la autonomía, pero rechazando que este hecho atribuya valor moral alguno a la seguridad jurídica; o bien rechazando que la seguridad jurídica sea condición necesaria del respeto y promoción de la autonomía individual. Prestaré mayor atención a la primera vía, más prometedora, y muy poca a la segunda, de tránsito difícil, además de innecesario si la primera nos lleva donde queremos ir.

Por la primera vía, me basaré en la siguiente idea: las condiciones necesarias para la realización de una acción no participan necesariamente de las cualidades de tal acción; en concreto, las condiciones necesarias para la realización de una acción moral no participan necesariamente de la cualidad moral de la acción, como se comprueba en el ejemplo siguiente: si estoy moralmente obligado a visitar a un familiar enfermo (acción moral), y si la única forma de llegar hasta él (condición necesaria) es tomando el tren, tengo el deber moral de tomar el tren; lo que se sigue de aquí es que “tomar el tren para visitar a un familiar enfermo” es una acción moral, pero no se sigue que “tomar el tren” sea una acción moral en cualquier caso. Obviamente, la acción “tomar el tren” no es, en sí (fuera de un contexto) ni moral ni inmoral; será una acción moral o inmoral en función del fin que la anime. Si se acepta esta idea, el argumento de la autonomía, en su segunda versión, no sirve para justificar el valor moral de la seguridad jurídica. En efecto, el argumento se basa en la idea opuesta de que una acción, por así decir, transmite su naturaleza a las condiciones necesarias de dicha acción, algo que veo difícil de admitir. Podemos admitir (aunque es discutible) que el respeto y la promoción social de la autonomía requiere recurrir, necesariamente, a un sistema jurídico que garantice la seguridad jurídica; pero de aquí no se sigue que la naturaleza moral de la acción “respetar y promover socialmente la autonomía individual” se comunique a todos los pasos necesarios para realizarla. En general, muchas acciones cuya naturaleza es estrictamente instrumental son necesarias para llevar a cabo fines morales, pero no por ello varía su naturaleza instrumental; sólo si la acción instrumental se realiza con un fin moral adquiere ella misma naturaleza moral. Acaso podría decirse que la segunda versión del argumento de la autonomía incluye una variante de la falacia de la división, consistente en atribuir a las partes las cualidades del todo.

Lo que se pretende mostrar quedará más claro añadiendo una consideración adicional: con independencia de que la seguridad jurídica sea o no condición necesaria del respeto y la promoción social de la autonomía, la

seguridad jurídica puede ser también condición necesaria de ciertas violaciones de la misma. Ciertas, y particularmente graves, violaciones de la autonomía requieren, en un mundo complejo como el nuestro, el concurso de un sistema jurídico desarrollado, sin el cual no podrían ejecutarse. Matthew Kramer lo ha destacado en un análisis crítico de la supuesta moralidad de la moral interna del derecho³²; años antes, Hart ya escribió lo siguiente: “el paso desde las formas simples de la sociedad (...) al mundo jurídico, con su legislatura centralmente organizada, sus tribunales, funcionarios y sanciones, trae consigo ventajas considerables, pero a un cierto precio (...). El precio es el riesgo de que el poder centralmente organizado pueda ser empleado para la opresión de muchos, cuyo apoyo no le resulta imprescindible, de una manera que el régimen más simple de reglas primarias no podía llevar a cabo”³³. Si se acepta esto (y qué duda cabe de que la historia contemporánea ofrece múltiples ejemplos del recurso al derecho como medio necesario para perpetrar gravísimas ofensas a la autonomía individual), sólo queda aceptar que un sistema jurídico técnicamente avanzado genera un grado de seguridad jurídica mayor que un sistema jurídico primitivo, para concluir que la seguridad jurídica es condición necesaria de ciertas violaciones (gravísimas) de la autonomía individual, o condición necesaria de la represión de la autonomía individual de muchos (un modo aceptable de traducir la expresión “opresión de muchos”, unos “muchos” que, advierte Hart, no encuentran en el sistema jurídico “nada que los llame a la lealtad, sino únicamente cosas a temer. Ellos son las víctimas del sistema, no sus beneficiarios”³⁴). Ahora, si la seguridad jurídica es condición necesaria tanto del respeto y la promoción social de la autonomía como de su violación y represión, esto es, si la seguridad jurídica es condición necesaria para la realización de acciones tanto morales como inmorales, resulta impertinente atribuirle valor moral en todo caso, e igualmente impertinente decir que el poder político recurre a un medio intrínsecamente moral para llevar a cabo fines inmorales; y la impertinencia deriva, a mi juicio, de que no es razonable aceptar que las condiciones necesarias para llevar a cabo una acción moral posean ellas mismas, por esa razón, valor moral.

³² M. Kramer, *In Defense of Legal Positivism*, cit., pág. 44: “Los regímenes perversos pueden encontrar en el derecho un vehículo indispensable para sus fines atroces. No es sólo que el funcionamiento del derecho no sirva para disuadir de la perversidad, sino que puede ser crucialmente útil para objetivos perversos. En breve, aunque la fe de Fuller en los efectos saludables de la promulgación de normas está, sin duda, justificada en ciertas circunstancias, puede resultar completamente infundada en otras”.

³³ H. L. A. Hart, *El concepto de derecho* (trad. G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980), pág. 250.

³⁴ H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, cit., pág. 248.

La anunciada segunda vía de razonamiento es la siguiente: podría ser que la seguridad jurídica no fuese siquiera condición necesaria del respeto y promoción social de la autonomía; esto podría afirmarse si se creyese posible ordenar las relaciones sociales al margen del derecho (por ejemplo, mediante mecanismos normativos institucionales no coactivos), pero de tal forma que la autonomía de todos quedase garantizada igual o mejor que a través del derecho. Se trata, sin duda, de una cuestión controvertida y de gran alcance, pero afortunadamente no es necesario desarrollarla aquí, puesto que la primera vía de análisis crítico de la segunda versión del argumento de la autonomía puede ser suficiente para rechazarla. En todo caso, a pesar de todos los intentos que tratan de demostrar la necesidad del derecho para una sociedad bien ordenada, es difícil encontrar pruebas fehacientes de que, en el futuro, no pueda existir una sociedad bien ordenada sin derecho; pero esta cuestión podemos dejarla al margen de nuestra línea argumental.

c) Conclusión

Si se acepta el razonamiento propuesto, las conexiones que pueden establecerse entre la autonomía y la seguridad jurídica o conceptos afines no bastan para otorgar a ninguno de éstos valor moral alguno: en primer lugar, porque la seguridad jurídica no es condición suficiente de la garantía de grado alguno de autonomía moralmente valiosa; en segundo lugar, porque el hecho de que la seguridad jurídica sea condición necesaria del respeto y promoción social de la autonomía moralmente valiosa no permite transmitir a la primera el valor moral de la segunda.

3. El argumento de la justicia material

a) Enunciación. La tesis de la incompatibilidad o de la predisposición

Un segundo argumento en favor de la tesis del valor moral de la seguridad jurídica podemos extraerlo a partir de un texto de Fuller³⁵. En 1961, Hart había escrito que el respeto de los principios de legalidad es compatible con una “enorme iniquidad” y que, por tanto, de dicho respeto no podía deducirse una conexión muy relevante entre derecho y moral³⁶. Fuller, con razón, se sintió aludido, pues él era el “crítico del positivismo” al que Hart hacía mención en ese lugar; era él quien había sostenido recientemente la tesis que Hart rechazaba (un rechazo, dicho sea de paso, en términos poco contundentes)³⁷. Como era de esperar, Fuller volvió a sostener en su libro de

³⁵ L. L. Fuller, *The Morality of Law*, cit., pág. 153 y sigs.

³⁶ H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, cit., págs. 255-256.

³⁷ L. L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart” (en *Harvard Law Review*, vol. 71/4, 1958, págs. 630-672; se trata de la réplica a H. L. A. Hart, “Positivism

1964 que el respeto de los principios de legalidad, o de la moral interna del derecho, era incompatible con la persecución de ciertos fines radicalmente injustos, y ofreció una serie de argumentos en defensa de su tesis.

Merece la pena recordar lo que Fuller entendía por “moral interna del derecho”: un conjunto de cualidades formales sin cuyo concurso es imposible crear y/o mantener un sistema jurídico: generalidad, publicidad, claridad, coherencia, estabilidad, irretroactividad y posibilidad de cumplimiento de las normas; y congruencia entre la acción oficial de aplicación de las normas y lo exigido por éstas. Si estas exigencias fuesen violadas en bloque, el resultado no sería, dice Fuller, un mal sistema jurídico, sino que no sería un sistema jurídico en absoluto³⁸. Es fácil comprobar que la moral interna del derecho es un concepto muy cercano al de la seguridad jurídica: el respeto de los elementos de la moral interna del derecho tiene como efecto la seguridad jurídica (los siete primeros garantizan lo que Pérez Luño llama corrección estructural del derecho; el octavo equivale a la corrección estructural del derecho; y recuérdese que la corrección estructural más la corrección funcional da lugar a un derecho generador de seguridad jurídica)³⁹. Como correlato de esta cercanía conceptual, bien puede suponerse que todo argumento que acredite la moralidad de la moral interna del derecho puede servir también para acreditar la moralidad de la seguridad jurídica.

La incompatibilidad entre el respeto de la moral interna del derecho y la persecución de fines radicalmente injustos constituye, a juicio de Fuller, uno de los argumentos en favor de la moralidad de la moral interna del derecho. Tal incompatibilidad fue enunciada por Fuller en estos términos: es cierto

and the Separation of Law and Morals”, publicado en ese mismo volumen), donde, por ejemplo, puede leerse (pág. 636): “El profesor Hart parece asumir que los fines perversos pueden tener tanta coherencia y lógica interna como los buenos fines. Yo, al menos, me niego a aceptar tal asunción (...) La coherencia y el bien tienen una mayor afinidad que la coherencia y el mal. Aceptando esta creencia, también creo que cuando los hombres son obligados a explicar y justificar sus decisiones, el efecto será generalmente la orientación de las mismas hacia el bien”.

³⁸ Véase supra nota 2.

³⁹ A. E. Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, cit., págs. 22-27. No está de más insistir en que el catálogo de la moral interna del derecho sirve también como catálogo de elementos del *rule of law* o del imperio de la ley; para comprobarlo, cotejese L. L. Fuller, *The Morality of Law*, cit., pág. 33 y sigs., con J. Raz, “The Rule of Law and its Virtue”, cit., pág. 218; con R. S. Summers, “The Principles of the Rule of Law”, cit., págs. 1693-1695; con J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford, Clarendon Press, 1980), pág. 270; y, para el imperio de la ley, con F. Laporta, “Imperio de la ley y seguridad jurídica”, cit., págs. 110-114. Conexiones expresas entre moral interna del derecho y certeza del derecho se encuentran en M. Atienza, *El sentido del derecho*, cit., pág. 182, y en R. Escudero, “Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller”, cit., pág. 318. Rawls también asocia expresamente la moral interna del derecho con el *rule of law*, en J. Rawls, *A Theory of Justice*, cit., pág. 235. Una conexión entre moral interna del derecho y una concepción formal o restringida del estado de derecho se encuentra en R. de Asís, *Una aproximación a los modelos de estado de derecho*, cit., pág. 46.

que “[la moral interna del derecho] es, respecto de un amplio espectro de cuestiones, indiferente hacia los fines sustantivos del derecho y puede servir a varios de tales fines con igual eficacia” (de hecho, los elementos de la moral interna del derecho son *formales*); pero, continuaba, “el reconocimiento de que la moral interna del derecho puede soportar y dar eficacia a una amplia variedad de fines sustantivos no debe llevarnos a creer que cualquier fin sustantivo puede ser adoptado sin compromiso de la legalidad”⁴⁰. Esta tesis de la incompatibilidad entre respeto de la moral interna del derecho y violación de la moral externa del derecho (o justicia material) ha tenido bastante éxito, aunque también ha sido muy criticada⁴¹. Después de Fuller, la han defendido al menos John Finnis, Robert Summers o Trevor Allan⁴². Todos ellos han tratado de refinarla pero, en lo sustancial, su contenido ha seguido siendo el mismo: el respeto de ciertas formas jurídicas es incompatible con la comisión de ciertas injusticias sustantivas; y si ello fuese así, podría constituir la base para un buen argumento en favor del valor moral de la forma jurídica, de la moral interna del derecho o de la seguridad jurídica⁴³. Más allá de eso, los autores que de un modo u otro han defendido la existencia de conexiones necesarias entre ciertas formas y ciertos contenidos jurídicos son muchos, pero no me ocuparé de ellos aquí⁴⁴. Conviene,

⁴⁰ L. L. Fuller, *The Morality of Law*, cit., pág. 153.

⁴¹ Véase la exposición y análisis del debate suscitado por la tesis de Fuller en R. Escudero, *Positivismo y moral interna del derecho*, cit., págs. 392-417, y en F. Arcos, *La seguridad jurídica: una teoría formal*, cit., págs. 139-150. Además, el primero se declara contrario a la tesis de Fuller, en tanto que el segundo, aun con matices, parece mostrarse partidario de su corrección.

⁴² J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, cit., págs. 271-272; R. S. Summers, “A Formal Theory of the Rule of Law”, cit., págs. 139-140, y “The Principles of the Rule of Law”, cit., págs. 1707-1708; T. R. S. Allan, *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law* (Oxford University Press, 2001), págs. 60-61.

⁴³ La modificación más significativa del argumento es la de restringir su validez a sistemas jurídicos liberal-democráticos (es el caso de Summers y Allan); pero entonces el argumento ya no tiene validez general y, por tanto, no tendré en cuenta esta variante. La modificación que introduce Finnis puede resumirse así: no se trata tanto de una incompatibilidad lógica entre principios de legalidad y fines injustos, sino de que los “tiranos” no tienen motivo alguno para respetar unos principios cuyo fin es garantizar ciertos valores (imparcialidad, reciprocidad, respeto por las personas) con los que no comulgan. A esto puede reponerse lo ya señalado en la sección anterior, a saber, que el fin de los principios de legalidad puede ser solamente garantizar la eficacia de un sistema jurídico complejo e injusto.

⁴⁴ Un ejemplo son los trabajos de Weinrib dedicados a justificar que la forma jurídica exige la inclusión en el derecho de ciertos contenidos sustantivos concretos; así E. J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (Cambridge, Harvard University Press, 1995), “Legal Formalism” (en *Yale Law Journal*, vol. 97/6, 1988, págs. 949-1016), y “The Intelligibility of the Rule of Law” (en A. C. Hutchinson y P. Monahan, eds., *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, Toronto, Carswell, 1987, págs. 59-84). Una crítica monográfica, y a mi juicio acertada, del formalismo defendido por Weinrib se encuentra en J. Raz, “Formalism and the Rule of Law” (en R. P. George, ed., *Natural Law Theories*, Oxford, Clarendon Press, 1992, págs. 309-340).

por cierto, advertir de que lo que se diga a continuación en nada cuestiona, ni tiene directamente que ver con, la particular relevancia que cabe atribuir a la forma en el derecho, a todas luces indiscutible⁴⁵.

Antes de examinar los argumentos ofrecidos por Fuller en favor de su tesis, cabe observar que la misma está formulada en términos muy imprecisos: la tesis establece que el respeto de la moral interna del derecho es incompatible con “una gran iniquidad” o con “una brutal indiferencia hacia la justicia y el bienestar humanos”, pero compatible con muchos otros fines injustos. Fuller no precisa mucho más (ni tampoco lo hacen otros partidarios de la tesis), y eso dificulta el análisis, puesto que no es posible determinar qué concretos fines injustos son incompatibles con el respeto de la moral interna del derecho; por eso, podría hablarse de la existencia de una “predisposición hacia la justicia material” de aquéllos que respetan la moral interna del derecho, una predisposición siquiera sea por omisión, en el sentido de que si se respeta la moral interna del derecho es imposible llevar a cabo las violaciones de la justicia material más allá de un punto determinado, de manera que el legislador que no renuncie al respeto de la moral interna del derecho se ve obligado a renunciar a ciertas injusticias; precisamente porque no sabemos dónde situar este punto (ni, por tanto, el alcance de la incompatibilidad) es por lo que podría hablarse de una “tesis de la predisposición” (de los que respetan la moral interna del derecho hacia la justicia material) mejor que de una “tesis de la incompatibilidad” (entre moral interna del derecho e injusticia material)⁴⁶. Quizá así se reflejaría mejor el sentido de lo que Fuller, Finnis, Summers o Allan quieren decir; en todo caso, el nombre es lo de menos⁴⁷.

⁴⁵ Véase R. S. Summers, “How Law is Formal and Why it Matters” (en *Cornell Law Review*, vol. 82, 1997, págs. 1165-1229).

⁴⁶ Véase J. Rodríguez-Toubes, “La relevancia conceptual y valorativa de la moral interna del derecho”, cit., págs. 226-227, donde afirma que entender la tesis de Fuller en términos de incompatibilidad entre moral interna y moral externa es un error.

⁴⁷ Un ejemplo de tesis cercana a la de Fuller pero más precisa es la que propone Ernesto Garzón Valdés en “Seguridad jurídica y equidad” (en Id., *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 301-315): la tesis de la incompatibilidad entre seguridad jurídica y violación extrema de la equidad, entendiendo por equidad el respeto a la dignidad humana, y por violación extrema de la equidad una situación tal en la que el sistema político “tendría que aplicar un procedimiento formal y materialmente arbitrario para la imposición de sanciones, borrar toda diferencia entre los jurídicamente culpables e inocentes y hasta manifestar una cierta tendencia a castigar justamente a aquellas personas que, también de acuerdo con las disposiciones proclamadas, son inocentes (...) En esta situación –que Garzón ejemplifica con el terrorismo de estado argentino– “la violación extrema de la equidad vuelve imposible la seguridad” (págs. 312-313). Una incompatibilidad entre seguridad jurídica e injusticia establecida en estos términos puede aceptarse, pero creo que no es suficiente para aportar valor a la seguridad jurídica, pues ésta se declara expresamente compatible con otras gravísimas violaciones de la justicia.

En definitiva, el argumento de la justicia material en favor de la tesis del valor moral de la seguridad jurídica podría establecerse en estos términos: el respeto de las exigencias de la seguridad jurídica (o de la moral interna del derecho) impide a un legislador y a su sistema jurídico la consecución de ciertos grados de injusticia material o, al menos, los predispone de algún modo hacia la justicia material. Si esto es así, parece haber una buena razón para creer que la seguridad jurídica está dotada de algún valor moral intrínseco y también para justificar la expresión “moral interna del derecho”.

b) Argumentos de Fuller en favor de su tesis y análisis de los mismos

Fuller ofrece tres argumentos en defensa de su tesis de la predisposición o de la incompatibilidad. El primero es que la historia no ofrece ejemplos de compatibilidad entre respeto de la moral interna del derecho y groseras violaciones de la justicia material. El segundo es el argumento de la incompatibilidad entre precisión e injusticia: es muy difícil perseguir fines injustos por medio de normas precisas; por tanto, si las normas son precisas (tal como exigen la moral interna del derecho y la seguridad jurídica), tenderán a ser materialmente justas o no podrán llevar la injusticia más allá de un cierto grado. El tercero es el argumento de la publicidad: la necesidad de que las normas sean públicas (tal como exigen la moral interna del derecho y la seguridad jurídica) orienta al legislador hacia la justicia, dado que se ve obligado a hacer explícitos sus fines ante los destinatarios de las mismas, y ello, se supone, previene al legislador frente a ciertos fines injustos o, genéricamente, le previene frente a la injusticia. Los tres argumentos propuestos por Fuller pueden ser cuestionados como sigue.

El argumento histórico. En primer lugar, cabe dudar de que el argumento histórico sea, en verdad, un argumento, porque, incluso si fuese cierto el juicio de hecho que contiene (la ausencia de ejemplos de incompatibilidad entre respeto de la moral interna del derecho y groseras violaciones de la justicia material), no permitiría establecer un vínculo necesario entre moral interna del derecho y justicia, sino sólo un vínculo contingente, pues del hecho de que la historia no ofrezca tales ejemplos no se deduce que no pudiera haberlos habido ni que no pueda haberlos en el futuro. En segundo lugar, la historia sí ofrece esos ejemplos; como la tesis de la incompatibilidad (o de la predisposición) está formulada en términos imprecisos, es difícil saber en qué grado de injusticia está pensando Fuller cuando la considera incompatible con el respeto de la moral interna del derecho; pero, en todo caso, la esclavitud, la pena de muerte o ciertas guerras son ejemplos de graves violaciones de la justicia que han sido o son causadas a través de sistemas jurídicos que respetan la moral interna del derecho en alto grado y generan seguridad jurídica; además, no hay por qué pensar que en estos ca-

sos el aumento del respeto por la moral interna del derecho o el aumento del grado de seguridad jurídica generada suponga necesariamente restricción alguna respecto de dichas injusticias sino, en cambio, mayor eficacia en la consecución de las mismas, tal como he apuntado a la hora de analizar el argumento de la autonomía.

El argumento de la imprecisión. Éste parece el argumento más débil de los tres y, a decir verdad, no se alcanza a comprender muy bien su sentido. Fuller lo defiende con un ejemplo que también puede utilizarse en contra suya; se trata de las dificultades que encontraron las autoridades sudafricanas de la etapa del *apartheid* para aplicar las normas racistas, pues en muchos casos resultaba muy difícil determinar cuál era la raza de una persona y, por tanto, aplicar la norma discriminatoria correspondiente. Esto bien puede ser cierto y, sin embargo, no constituir argumento alguno en favor de la tesis que se pretende probar, puesto que: (1) las normas que tienen en cuenta la raza de las personas pueden ser perfectamente justas, por ejemplo cuando se trata de normas de acción positiva o “discriminación inversa”; (2) hay normas injustas que recurren a criterios de distinción entre personas perfectamente precisos, o en todo caso mucho más precisos que el de la “raza”, como es el criterio del “sexo” (así sucede con todas las normas en que se sostiene la discriminación sexual o de género); (3) además, el concepto de “raza” no es particularmente impreciso, si lo comparamos con muchos otros que usa habitualmente el derecho, y a cuyo recurso difícilmente puede renunciar (buena fe, diligencia, pena degradante, gravedad, etc.). En síntesis: no hay relación alguna entre el recurso a conceptos jurídicos indeterminados y la búsqueda de la injusticia, y viceversa, no hay relación alguna entre precisión y justicia material. Es más, suele decirse que la moralización contemporánea del derecho ha tenido lugar mediante la introducción de normas de principio en las constituciones, normas que son por definición menos precisas que las reglas.

Argumento de la publicidad. Tal como ha sido formulado (la publicidad de las normas orienta al legislador hacia la justicia material), este argumento supone dos cosas: una, que el legislador necesita del asenso o aquiescencia de los destinatarios de las normas jurídicas para poder llevar a cabo con éxito sus propósitos; y dos, que los destinatarios de las normas jurídicas asumen mayoritariamente una concepción correcta de lo justo. Si fuese así, es plausible pensar que el legislador se preocuparía de dictar normas justas, consciente de que, en caso, contrario sus normas tenderían a ser desobedecidas y, por lo tanto, sus fines se verían frustrados. Sin embargo, no es razonable creer que ambas suposiciones sean ciertas en todos los casos, aunque muy probablemente alguna de las dos, o las dos, sea cierta en algún caso. De hecho, el propio ejemplo ofrecido por Fuller en favor de su tesis

es de dudosa utilidad⁴⁸. Fuller explica que durante los años de gobierno del partido nacionalsocialista en Alemania los judíos que poseían un establecimiento abierto al público eran obligados a poner un cartel con la inscripción “comercio judío”. Esta obligación no derivaba de norma jurídica alguna, sino de las órdenes de miembros del Partido, porque “los nazis –entiende Fuller– sabían que una provisión legal formal y pública suscitaría críticas en el extranjero”; en consonancia con ello, se ordenaba la retirada de tales carteles en la ciudad en que se fuese a celebrar una feria internacional, para que los extranjeros no los viesen; en Berlín, donde la presencia de extranjeros era constante, nunca llegó a haberlos y, en cambio, se obligaba a los judíos a pintar sus comercios con un color determinado al que los extranjeros, se supone, no podían dar un significado especial, pero sí los alemanes. No sé si esta historia es verídica, o exacta, pero en todo caso lo que presume Fuller es: o bien que el gobierno alemán no necesitaba del apoyo de sus ciudadanos para poner en práctica su política (pero sí del foráneo, al menos por omisión, puesto que trataba de evitar las críticas de los extranjeros), o bien que el gobierno alemán tenía este apoyo (pero no el foráneo). Tanto en un caso como en otro, el ejemplo demuestra precisamente que, respecto de sus ciudadanos (destinatarios habituales de la mayoría de las normas jurídicas), el gobierno alemán no tenía necesidad en este caso de ocultar su injusto propósito discriminatorio; y tampoco hubiera tenido necesidad de ocultarlo respecto de los extranjeros que visitaban Alemania si éstos hubieran tenido sentimientos antisemitas o si, por alguna razón, al gobierno alemán le hubiesen tenido sin cuidado sus críticas.

Hart, en un comentario crítico al libro de Fuller, explicó que un gobierno puede querer ocultar sus fines moralmente incorrectos bajo una legislación vaga, oscura e incluso secreta, pero que ello dependerá de la opinión que dichos fines merezcan a los destinatarios de la legislación o de su debilidad como gobierno, no de una conexión necesaria entre moral interna y externa del derecho⁴⁹. En efecto, los ejemplos de normas injustas que gozan del favor de la mayoría de sus destinatarios o de normas injustas que se imponen en contra de la opinión de la mayoría de sus destinatarios son muchos, y desde luego parecen suficientes para descartar la idea de Fuller; podemos aceptar el juicio crítico de Hart y sostener que la necesidad de hacer públicas las normas jurídicas no garantiza en ningún sentido que sean justas.

⁴⁸ L. L. Fuller, *The Morality of Law*, cit., pág. 158.

⁴⁹ H. L. A. Hart, “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*” (en Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983), pág. 353.

c) Conclusión

Con base en los argumentos propuestos por Fuller, no es posible afirmar que el legislador que respeta la moral interna del derecho está *predispuesto* hacia la justicia material o se encuentra inhabilitado para cometer injusticias graves. En consecuencia, no encontraremos aquí un argumento en favor de la moralidad de la moral interna del derecho ni en favor de la tesis del valor moral de la seguridad jurídica. Una posible rehabilitación de la tesis de Fuller podría venir de la mano de la idea de la “pretensión de corrección”, una pretensión que Alexy atribuye a todo sistema jurídico⁵⁰. Desde luego, Alexy ha mostrado su simpatía hacia las ideas de Fuller⁵¹; y un buen conocedor y crítico de su pensamiento ha escrito recientemente que la pretensión de corrección puede ponerse en términos de “disposición [del derecho] a la corrección en la medida en que tiene rasgos que lo inclinan a la corrección”, añadiendo a renglón seguido que “los análisis de Fuller en torno a la llamada «moral interna del derecho» no son sino una exposición de los elementos que disponen el sistema jurídico a la corrección (...) Estos rasgos no aseguran por sí solos corrección moral en el sistema jurídico. Tan sólo lo disponen a ella”⁵². En verdad es probable que la tesis fulleriana de la predisposición pueda reformularse en los siguientes términos: “el derecho tiene la propiedad disposicional de la corrección moral”; el análisis de esta versión de la tesis sería interesante, cuando menos para determinar si aporta algo distinto, aunque habrá que dejarlo para otra ocasión.

4. El argumento de la justicia formal

El tercer argumento del que me ocuparé es el de la justicia formal, que puede resumirse así: la justicia formal tiene valor moral en algún sentido; pero la generación de seguridad jurídica exige el respeto de la justicia formal; luego la generación de seguridad jurídica tiene en algún sentido valor moral. El argumento se basa, por tanto, en la valoración moral de la justicia

⁵⁰ R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho* (trad. J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994), págs. 41-45. Similar intención tiene la idea de “pretensión de legitimidad” defendida por Ernesto Garzón, por ejemplo en E. Garzón Valdés, “Algo más acerca de la relación entre derecho y moral” (en Id., *Derecho, ética y política*, cit., págs. 317-335), o la idea de “pretensión de buena fe” o “pretensión oficial de justicia” de P. Soper, *Una teoría del derecho* (trad. R. Caracciolo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993), págs. 94-96. Acerca de todo ello y con intención crítica, véase J. Betegón, “Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección” (en *Doxa*, nº 21-I, 1998, págs. 171-192).

⁵¹ M. Atienza, “Entrevista a Robert Alexy” (en *Doxa*, nº 24, 2001, págs. 671-687), págs. 673-674.

⁵² A. García Figueroa, “El «derecho como argumentación» y el derecho para la argumentación. Consideraciones metateóricas en respuesta a Isabel Lifante” (en *Doxa*, nº 24, 2001, págs. 629-653), pág. 650.

formal y en la consideración de la justicia formal como condición necesaria de la seguridad jurídica; para analizarlo, procederé así: ofreceré primero un concepto de justicia formal; en segundo lugar, explicaré su conexión con la seguridad jurídica; en tercer lugar, daré cuenta de las razones en que se basa la valoración moral de la justicia formal; por último, cuestionaré estas razones como base para cuestionar el argumento.

a) Concepto de justicia formal

Para empezar, conviene definir lo que entendemos por *justicia formal*: “aplicación consistente y regular de las normas jurídicas vigentes”. Una norma es aplicada consistentemente cuando es aplicada de acuerdo con su contenido, esto es, de acuerdo con lo que ella exige; una norma es aplicada regularmente cuando es aplicada de acuerdo con el modo en que ha sido aplicada en casos anteriores equivalentes; y esto con independencia de cuál sea el contenido concreto de la norma aplicada y, en particular, con independencia de su justicia material, de manera que en la apreciación de la existencia de justicia formal en la aplicación de una norma no juega ningún papel el contenido material de la misma⁵³. Esta definición no es estipulativa, sino que pretende dar cuenta de un concepto presente en toda la historia de la reflexión sobre la justicia, desde Aristóteles, que la llamó “justicia legal”⁵⁴, hasta Rawls, que prefiere la expresión “justicia como regularidad”⁵⁵, pasando por Hart, que habla de “justicia en la aplicación del derecho”⁵⁶; en otras ocasiones la misma noción es aludida con los términos “legalidad” o

⁵³ En realidad, la justicia formal definida como un modo de aplicación de normas puede predicarse de la acción de aplicación de algunos tipos de normas no jurídicas (por ejemplo, las reglas de los juegos), pero esto ahora no importa.

⁵⁴ Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, 1137b 10-25 (trad. J. Pallí, Madrid, Gredos, 1985, pág. 263); se trata del pasaje sobre el concepto de equidad. Sobre este uso aristotélico del término justicia véase F. Schauer, “Generality and Equality” (en *Law and Philosophy*, vol. 16/3, 1997, págs. 279-297), pág. 287; aunque habría que ponerlo en relación con la dicotomía poco antes establecida (1134 20-1135a 15) entre justicia natural y justicia legal.

⁵⁵ J. Rawls, *A Theory of Justice*, cit., pág. 58: “La aplicación regular e imparcial, y en este sentido justa [fair], del derecho podemos llamarla «justicia como regularidad». Esta es una expresión más sugestiva que «justicia formal». Nótese que en la definición de justicia formal del texto he eliminado el elemento de la imparcialidad (que Rawls sí consigna) con el fin de no complicar en exceso el análisis, y con la esperanza de que tal restricción no lo pervierta; sobre este punto, véase D. Lyons, “On Formal Justice” (en Id., *Moral Aspects of Legal Theory. Essays on Law and Political Responsibility*, Cambridge University Press, 1993, págs. 13-40), págs. 32-37 (hay trad. de S. Álvarez, *Aspectos morales de la teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1998); y M. Kramer, “Justice as Constancy” (en Id., *In Defense of Legal Positivism*, cit.), pág. 33.

⁵⁶ O “justicia en la administración del derecho”; H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, cit., págs. 255 y 200.

“igualdad ante la ley”⁵⁷. También hay quien ha calificado como “formal” la idea de justicia *simpliciter*, pero esto podemos dejarlo ahora al margen⁵⁸. Aquí supondremos que existen dos ideas diferentes, aunque puedan estar relacionadas: la de justicia material o sustantiva y la de justicia formal.

b) Conexión entre la justicia formal y la seguridad jurídica

La conexión entre la justicia formal y la seguridad jurídica no es difícil de establecer, tal como se han definido una y otra: la justicia formal (o aplicación consistente y regular de las normas jurídicas vigentes) es un elemento necesario de la generación de seguridad jurídica (o certeza respecto del contenido y del modo de aplicación de las normas jurídicas vigentes); en particular, el hecho de que los jueces u otros aplicadores del derecho conformen su acción a la justicia formal es una de las bases de la certeza respecto del modo de aplicación de las normas jurídicas, segundo y decisivo elemento de la seguridad jurídica. Por lo tanto, podemos decir que la acción formalmente justa de los aplicadores del derecho es condición necesaria de la generación de seguridad jurídica o, simplemente, que la justicia formal es condición necesaria de la seguridad jurídica. Lo mismo puede observarse también a través de la idea de la moral interna del derecho, cuyo octavo elemento, la congruencia entre la acción oficial de aplicación de las normas y lo exigido por éstas, puede considerarse sin más como equivalente a la justicia formal. Puede afirmarse, pues, que esta premisa del argumento es verdadera: la generación de seguridad jurídica exige el respeto de la justicia formal⁵⁹.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, A. Ruiz Miguel, “Equality Before the Law and Precedent” (en *Ratio Juris*, vol. 10/4, 1997, págs. 372-391), pág. 372, donde escribe que la justicia formal establece que “los casos iguales deben ser tratados igual, lo que en la esfera de la aplicación de las normas jurídicas es especificado habitualmente a través del tradicional principio de la igualdad ante la ley”. Por supuesto, la igualdad ante la ley que es equivalente a la justicia formal es la que ha sido denominada “igualdad en la aplicación de la ley”, y no la “igualdad en el trato dado por la ley” o “igualdad en la ley”, distinción que se encuentra por ejemplo en algunas sentencias del Tribunal Constitucional español (STC 49/1982, FJ 2º y STC 144/1988, FJ 1º); un análisis de esta distinción se encuentra en A. Ruiz Miguel, “Las huellas de la igualdad en la Constitución” (en M. R. Mate, ed., *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica*, Madrid, Visor y Fundación Argentaria, 1995, págs. 109-129), págs. 111-116.

⁵⁸ Véase G. Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., págs. 33-35.

⁵⁹ Acerca de las relaciones entre justicia formal, seguridad jurídica y moral interna del derecho: Pérez Luño define la corrección funcional del derecho (segunda exigencia de la seguridad jurídica) como “regularidad en la actuación de los órganos encargados de su aplicación”, esto es, como justicia formal (A. E. Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, cit., pág. 26); Peces-Barba equipara la justicia formal con la seguridad jurídica (G. Peces-Barba, “La seguridad jurídica

c) Las razones de la justicia formal

Los que defienden el carácter moral de la justicia formal alegan para ello una de dos razones, o las dos. La primera es la siguiente: una acción justa es el resultado de aplicar una norma materialmente justa de un modo formalmente justo; por tanto, la justicia formal es una condición necesaria de la acción justa y, por eso, participa de alguna manera de la naturaleza moral de la justicia. Así puede interpretarse este famoso pasaje de Radbruch: “No solemos hablar de un juez «legalista», sino de un juez justo, puesto que todo juez atendido a la ley, es por eso, y sólo por eso, también al mismo tiempo un juez justo”⁶⁰; lo cual concuerda con otro pasaje de una obra posterior en el que sostiene que la seguridad jurídica es una “forma de la justicia” y que ya he citado: “La aplicación uniforme de un derecho injusto, su aplicación igual lo mismo hoy que mañana, su aplicación a unos y a otros, sin distinciones, corresponde precisamente a aquella igualdad que forma la esencia de la justicia”⁶¹. Hart, por su parte, entiende que “aunque las normas más abominables pueden ser justamente aplicadas, en la mera noción de aplicar una norma de acuerdo con lo que ella exige tenemos el germen de la justicia”⁶². La segunda razón en favor de la moralidad de la justicia formal es ésta: hay algo intrínsecamente moral en la aplicación consistente y regular de las normas porque así se respetan las expectativas creadas por la existencia de las normas que después son aplicadas; al respetar estas expectativas, se aumenta la capacidad de previsión de los individuos, y así se favorece su autonomía.

Obsérvese que la primera razón se basa en la asociación de la justicia formal con la justicia material, derivando el valor moral de la primera desde el de la segunda; es decir, la justicia formal tendría valor moral *por participación* del valor moral de la justicia material, o bien, la justicia formal tendría valor moral por ser condición necesaria de la justicia material. En cuanto a la segunda razón, no se basa en ese vínculo, sino en el respeto o aumento de la autonomía individual por parte de la acción formalmente

desde la filosofía del derecho”, cit., pág. 279); y Rawls, en algún pasaje, identifica prácticamente la justicia formal con la moral interna del derecho (J. Rawls, *A Theory of Justice*, cit., págs. 59-60).

⁶⁰ G. Radbruch, *Filosofía del derecho*, cit., págs. 112-113.

⁶¹ G. Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., pág. 44.

⁶² H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, cit., pág. 255. En este modo de valorar la justicia formal le siguen D. N. MacCormick, “Natural Law and the Separation of Law and Morals” (en R. P. George, ed., *Natural Law Theories*, cit., págs. 105-133), págs. 121-125; y, con alguna vacilación, K. Greenawalt, “Too Thin and Too Rich: Distinguishing Features of Legal Positivism” (en R. P. George, ed., *The Autonomy of Law*, Oxford University Press, 1996, págs. 1-29), págs. 12-13 y 28.

justa, mediante la aplicación de cualesquiera normas; en este caso, la justicia formal tendría un valor derivado del que le corresponde a la autonomía. Ambas razones atribuyen valor moral a la acción formalmente justa con independencia de cuál sea la norma aplicada a través de dicha acción, pero extraen la moralidad de la justicia formal de fuentes diferentes. Dicho lo cual, sin embargo, creo posible que esta dualidad sea sólo una apariencia y que, en realidad, ambas fuentes de moralidad sean una sola; pero no abordaré esta cuestión o, al menos, no directamente.

d) Análisis de las razones

El argumento de la justicia formal en favor de la tesis del valor moral de la seguridad jurídica parece ser lógicamente correcto; si la justicia formal fuese condición necesaria de la seguridad jurídica, y si la justicia formal tuviese valor moral, podría afirmarse que la seguridad jurídica adquiere valor moral. Además, ya hemos visto que la primera premisa puede darse por buena; en cambio, la verdad de la segunda premisa puede cuestionarse; y si puede mostrarse que es una premisa inaceptable, estaremos en condiciones de descartar el argumento.

Abro aquí un pequeño paréntesis para aclarar que el ya examinado argumento de la autonomía (en su segunda versión) y el de la justicia formal son netamente distintos, aunque en ambos se trate de dotar de valor moral a la seguridad jurídica a partir de su relación necesaria con otros conceptos supuestamente dotados de valor moral: obsérvese que, en el primer caso, se sostiene que la seguridad jurídica es condición necesaria de la autonomía, y del valor moral de la segunda se deriva el de la primera; en el segundo caso, se sostiene que la justicia formal es condición necesaria de la seguridad jurídica, y del valor moral de la primera se pretende derivar el de la segunda. A mi juicio, la primera inferencia es incorrecta y la segunda es correcta (me refiero a la inferencia en sí, con independencia de que la autonomía y la justicia formal tengan o no valor moral). La diferencia estriba, claro está, en que en el primer caso la seguridad jurídica ocupa el lugar de condición necesaria (de la autonomía) y en el segundo caso ocupa el lugar de condición suficiente (de la justicia formal). Aunque no estoy versado en lógica general ni deóntica, entiendo que nuestra forma habitual de razonar es coherente con este argumento: si una acción A es condición necesaria de otra acción B, y si A es una acción moral, B también lo será de algún modo, puesto que al hacer B estamos haciendo, o hemos hecho, también A; es decir, nuestro comportamiento incluye un elemento moral, porque no puede darse B sin A (por ejemplo, no puede darse la seguridad jurídica sin justicia formal). En cambio, si una acción A es condición necesaria de otra acción B, y si B es una acción moral, de aquí no se sigue que A lo sea en ningún sentido; la ac-

ción A no incluye necesariamente un elemento moral, porque puede que se dé A pero no B y, por tanto, no aparezca el elemento de moralidad por ninguna parte. Esto puede asociarse, siquiera intuitivamente, con la falacia del consecuente pero, sobre todo, como ya dije, con la falacia de la división.

El análisis crítico de la premisa “la justicia formal tiene valor moral” ha de consistir en la ponderación de las dos razones ofrecidas en favor de la moralidad de la justicia formal. La primera razón era: “la justicia formal es condición necesaria de la justicia material” o “la justicia formal participa de la naturaleza de la justicia material”. Respecto de esta razón, Kelsen señaló en su día que no hay conexión alguna entre la justicia de las normas y la forma en que éstas se aplican: “No hay que confundir el principio de igualdad, postulado por la autoridad que crea la ley con la intención de hacerla igualitaria, con el principio de igualdad ante la ley, destinado a las autoridades que aplican la ley a casos concretos. Los órganos que aplican la ley, al decidir un caso, no establecen ninguna diferencia que no se encuentre en la ley que se va a aplicar, es decir, aplican la ley tal como se debe hacer según su significado. Éste es el principio de legalidad, de la legitimidad inmanente a cualquier orden legal. A veces se presenta este principio como justicia de la ley, *pero en realidad no tiene nada que ver con la justicia*”⁶³. Más adelante, han insistido en lo mismo otros autores que se han ocupado de la justicia formal, como es el caso de David Lyons o Frederick Schauer. Lyons, que se dirige contra la afirmación antes citada de Hart (relativa al “germen de la justicia”), insiste, entre otras cosas, en el hecho de que la justicia no siempre es efecto de la aplicación consistente de una norma⁶⁴. Por su parte, Schauer

⁶³ H. Kelsen, *¿Qué es justicia?* (trad. A. Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1991), pág. 51 (la cursiva es mía). Otros autores que le siguen en este punto son F. Laporta, “El principio de igualdad: introducción a su análisis” (en *Sistema*, n° 52, 1985, págs. 23-43), págs. 6-7; W. Sadurski, “Equality Before the Law: A Conceptual Analysis” (en *Australian Law Journal*, vol. 60, 1986, págs. 131-138), pág. 132; G. Peces-Barba et al., *Curso de Derechos Fundamentales* (Madrid, BOE y Universidad Carlos III, 1995), págs. 284-285; y L. L. Hierro, “Las huellas de la desigualdad en la Constitución” (en Id., *Estado de Derecho: problemas actuales*, cit., págs. 103-127), pág. 104. Examinaré después la opinión contraria de Alfonso Ruiz Miguel.

⁶⁴ D. Lyons, “On Formal Justice”, cit., pág. 28. Este trabajo hizo recapacitar a Hart en los siguientes términos: “Veo ahora, en gran parte como resultado del ensayo del profesor Lyons sobre la justicia formal, que un argumento similar al mío contra Fuller puede ser utilizado para mostrar que mi afirmación hecha en el Ensayo 2 [“Positivism and the Separation of Law and Morals”] y repetida en mi *Concept of Law* de que una mínima forma de justicia es inherente a la misma noción de aplicar una norma de acuerdo con su sentido propio a todos los casos pertinentes está parecidamente equivocada. No estoy seguro de que sea así, pero sí de que mi afirmación requiere una revisión considerable” (H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pág. 18). Véase también M. Kramer, “Justice as Constancy”, cit., pág. 28, ponderando las razones de uno y de otro. La cercanía entre Hart y Fuller en este punto ha sido señalada por el propio D. Lyons, *Ética y derecho* (trad. M. Serra Ramoneda, Barcelona, Ariel, 1986), pág. 86, por M. Martin, *The Legal Philosophy of H. L. A. Hart. A Critical Appraisal*

apunta que no hay ninguna relación necesaria entre los conceptos de justicia y norma ni, por tanto, entre los de justicia y aplicación de normas⁶⁵. Teniendo en cuenta sus argumentos, podemos cuestionar la primera razón en favor de la moralidad de la justicia formal como sigue.

Ante todo, debe advertirse que la aplicación consistente y regular de las normas no siempre produce un resultado justo. No lo hace si la norma aplicada no es (materialmente) justa, pues la aplicación consistente y regular de una norma injusta da lugar a un trato desigual para iguales o a un trato igual para desiguales, y ambas cosas son injustas; de este modo, la consecución de lo justo puede requerir precisamente lo contrario: la desviación respecto de la norma existente a la hora de su aplicación. Obsérvese que lo justo no consiste en tratar igual o desigualmente a los considerados iguales o desiguales por una norma, sino a los que efectivamente son iguales o desiguales desde el punto de vista de la justicia, al margen de que la norma lo reconozca así o no. En otras palabras, las categorías de personas o de actos establecidas por una norma son *a priori* irrelevantes a la hora de determinar si un acto (aunque sea de aplicación de una norma) es materialmente justo o no. Por otra parte, incluso si admitiésemos que el resultado justo exige la aplicación consistente y regular de una norma, de nuevo podemos recurrir a un tópico antes utilizado a la hora de abordar el análisis del argumento de la autonomía, el de la falacia de la división: aunque el resultado justo requiera la aplicación consistente y regular de una norma, de aquí no se sigue que la moralidad del resultado justo se transmita de alguna manera a la moralidad del acto de aplicación de la norma, acto que puede servir igualmente a la injusticia y, por lo tanto, ser un acto inmoral. O, con otros términos ya utilizados, las condiciones necesarias de una acción no participan necesariamente de las cualidades de dicha acción. En definitiva, una cosa es aplicar normas y otra cosa es hacer justicia, y esto es así aunque se admita que el recurso a las normas puede ser el mejor instrumento para hacer justicia⁶⁶.

La segunda razón en favor de la moralidad de la justicia formal parece más fuerte y nos remite, de nuevo, al ideal de la autonomía individual: la acción formalmente justa contribuye a aumentar la autonomía individual

(Filadelfia, Temple University Press, 1987), págs. 231-237, y por R. Escudero, *Positivismo y moral interna del derecho*, cit., pág. 423 y sigs.; puede verse también mi trabajo "Acerca de la moralidad intrínseca del derecho" (en *Derechos y libertades*, nº 10, 2001, págs. 199-213).

⁶⁵ F. Schauer, *Playing by the Rules* (Oxford, Clarendon Press, 1991), pág. 137: "No hay nada esencialmente *justo* en la toma de decisiones basada en normas. No hay razón para creer, y mucha razón para no creer, que la toma de decisiones basada en normas es intrínsecamente más justa que la toma de decisiones en la que las normas no bloquean al que toma las decisiones..."

⁶⁶ Véase D. Lyons, *Ética y derecho*, cit., págs. 86-90 y "On Formal Justice", cit., 28-32.

respetando la expectativa creada previamente por una norma, incluso cuando esta norma es materialmente injusta⁶⁷. Nos hallamos, pues, ante algo muy similar al argumento de la autonomía en su primera versión, según el cual, “la seguridad jurídica es condición suficiente de la autonomía”. En el epígrafe *a* de la sección 2 concluí que tal argumento no sirve para mostrar que la seguridad jurídica tiene valor moral, basándome en el hecho de que la autonomía que la seguridad jurídica es capaz de garantizar por sí sola (con completa independencia del contenido material de las normas) no es una autonomía moralmente valiosa. Ahora, frente a este modo de argumentar el valor moral de la justicia formal, cabe oponer algo equivalente: la autonomía que la justicia formal es capaz de garantizar por sí sola no es una autonomía moralmente valiosa. Esto es fácil de comprender si se tiene en cuenta la relación conceptual establecida más arriba entre la seguridad jurídica y la justicia formal: la justicia formal no es sino uno de los elementos necesarios (una condición necesaria) de la seguridad jurídica; por eso, la autonomía que puede garantizarse por medio de la aplicación formalmente justa de una norma no puede diferir de la autonomía que puede garantizarse por medio de la seguridad jurídica generada por dicha norma.

Conviene observar que la justicia formal puede garantizar una autonomía moralmente valiosa también cuando la norma aplicada es injusta, siempre que la conjunción del contenido de la norma con el hecho de su inaplicación lesione significativamente la autonomía de alguien. En este caso, el valor moral que percibimos es el de la justicia material, porque la lesión de la autonomía individual es una injusticia material. Además, como estamos en el supuesto de aplicación de una norma materialmente injusta, el aplicador puede encontrarse ante el dilema de decidir entre dos injusticias materiales, la que causará al aplicar correctamente la norma y la que causará al no aplicarla correctamente. Puede ser cierto, como ha señalado Rawls, que “incluso donde las leyes y las instituciones son injustas, es a menudo mejor que sean aplicadas consistentemente”⁶⁸; pero esto no debe tomarse como una prueba del valor intrínseco de la justicia formal, sino como la constatación de que la injusticia material contenida en la lesión de la autonomía causada por la aplicación inconsistente de las normas injustas *suele ser* mayor que la injusticia material causada por su aplicación consistente.

Esto puede comprobarse con el análisis de un ejemplo propuesto por un defensor de la justicia formal. Tom Campbell ha escrito que “la aplicación

⁶⁷ Es bien conocida la insistencia de Bentham en la necesidad de respetar las “expectativas” (legítimas o no) como modo de fomentar el progreso social; sobre esto pueden verse sus “Principios del Código Civil” en J. Bentham, *Tratados de legislación civil y penal* (trad. R. Salas, ed. M. Rodríguez Gil, Madrid, Editora Nacional, 1981).

⁶⁸ J. Rawls, *A Theory of Justice*, cit., pág. 59.

inconsecuente de reglas de adjudicación de cargas o beneficios no es un mero obrar técnicamente ineficiente o una inconsecuencia lógica, sino un verdadero tipo de injusticia que es bien distinto del tipo de carga o beneficio en cuestión, así como de las razones por las que en su momento se adoptaron dichas reglas”. El ejemplo con el que apoya su defensa es el siguiente: “Así, en el caso de una regla arbitraria que estableciera que a las personas pelirrojas se les pague en el trabajo un día extra cada semana, se percibirá como formalmente injusto el hecho de que algunos pelirrojos no reciban el inmerecido y discriminatorio beneficio mientras que otras personas pelirrojas sí lo reciban”⁶⁹. Un pelirrojo que no recibe el día extra de salario puede aducir que, al margen de que se considere injusto que los pelirrojos cobren un día extra, el hecho de que algunos pelirrojos lo cobren y él no es, en sí, injusto. Lo que habrá que contestarle es que lo que en realidad es injusto es que algunos pelirrojos cobren un día extra y no lo cobren los demás trabajadores, *sean o no sean pelirrojos* (asumiendo que el hecho de ser pelirrojo no es motivo que justifique mayor salario). Contra esta consideración, lo que puede añadir el pelirrojo es algo que tiene que ver con la previa existencia de la norma, por ejemplo, que él ha planificado ciertas actividades onerosas en función de la expectativa de mayor salario suscitada por la norma y que ahora sufrirá un perjuicio, económico o de otro tipo, derivado de la frustración de la expectativa. Esto bien puede ser cierto y, sin duda, la frustración de la expectativa es injusta, pero calificar esta injusticia como “formal” es inapropiado, porque se trata de una injusticia material: una pérdida económica, o el malestar derivado de no poder satisfacer un deseo; en definitiva, una restricción de su autonomía. Si tenemos en cuenta la razón que animó al aplicador de la norma a violarla en este caso, podemos precisar lo siguiente: si era una razón justa (favorecer a un trabajador más laborioso o a un trabajador más necesitado), el aplicador ha intentado causar la menor injusticia material posible, y ha considerado menor la que consiste en la frustración de la expectativa del pelirrojo; por lo tanto, la acción del aplicador de la norma, unitariamente considerada, no es injusta. Si era una razón injusta (favorecer a un trabajador que le cae simpático y que no reúne ni más ni menos méritos que el pelirrojo), la inaplicación de la norma produce una injusticia: la frustración de la expectativa del pelirrojo, y por la razón explicada; pero esta injusticia no tiene por qué ser mayor que la que sufriría el otro trabajador si la norma fuese respetada, esto es, si el día extra lo recibiese el pelirrojo, que no tiene más méritos que él. Siendo así, no se ve en qué sentido el pelirrojo podría decir que ha sufrido una injusticia “formal”; ha sufrido una injusticia pero, contra lo que sostiene Campbell, ésta no es de un tipo “bien distinto

⁶⁹ T. Campbell, *La justicia*, cit., pág. 41; véanse en general las págs. 39-45.

del tipo de carga o beneficio” asignado por la norma. Lo podemos apreciar mejor cambiando el ejemplo: si la norma dijese “se pagará un día menos de salario a los pelirrojos”, y si la violación de la norma consistiese en no restar a nuestro pelirrojo un día de salario, éste no podría quejarse de injusticia, aunque la supuesta “injusticia formal” se haya cometido igualmente; esto es así porque sólo las injusticias materiales suscitan quejas, y aquí no hay más injusticia material que la que se haya cometido con los demás pelirrojos, a los que antes se les pagó un día menos de salario; ¿podrían quejarse ellos? Un poco más adelante me ocuparé de un caso similar a éste, pero adelanto que la respuesta tendrá que tener en cuenta las razones que han llevado al encargado de los salarios a no aplicar la norma en este caso concreto.

En síntesis, puede afirmarse que: (1) la no aplicación regular y consistente de una norma jurídica supone la lesión de una expectativa; (2) la lesión de una expectativa es, en muchos casos, una conducta moralmente incorrecta; (3) la razón de esta incorrección es que en esos casos se menoscaba la autonomía del individuo cuya expectativa se lesiona, y este menoscabo es una injusticia material; (4) si la lesión de la expectativa no produce menoscabo de la autonomía, no hay injusticia ni, por tanto, incorrección moral; (5) por tanto, no hay nada intrínsecamente inmoral en la no aplicación regular y consistente de las normas jurídicas y siempre habrá que estar al contenido material de la norma aplicable para determinar si su violación produce injusticia o no. Por eso, “*en general*, todo lo que puede decirse es que la fuerza de las exigencias de la justicia formal, de la obediencia al sistema, claramente depende de la justicia sustantiva de las instituciones y de las posibilidades de su reforma”⁷⁰.

Como complemento del análisis precedente, voy a examinar un intento de rehabilitación del valor moral de la igualdad ante la ley, entendida como equivalente de la justicia formal; está contenido en un trabajo de Alfonso Ruiz Miguel y se dirige fundamentalmente contra la ya citada tesis kelseniana de la irrelevancia moral de la igualdad ante la ley, o justicia formal⁷¹. Su propósito es poner en cuestión el siguiente modo de razonar: “cuando la norma es injusta, el principio de igualdad ante la ley es insuficiente porque no sirve para detener la injusticia, y cuando la norma es justa, el principio es innecesario porque bastaría con aplicar la norma correctamente (no igualmente): en ambos casos, la igualdad ante la ley sería éticamente irrelevante”; sin embargo, Ruiz Miguel entiende que “ésta es una alternativa demasiado cruda, presumiblemente basada en casos definidos, que no capta la complejidad de la aplicación de normas en el seno de los sistemas

⁷⁰ J. Rawls, *A Theory of Justice*, cit., pág. 59 (la cursiva es mía).

⁷¹ A. Ruiz Miguel, “Equality Before the Law and Precedent”, citado.

jurídicos”. Por tanto, el valor del principio de igualdad ante la ley debe ser apreciado en casos intermedios, y en el trabajo se proponen varios de estos casos, en los que se intuye algún defecto moral sólo identificable atribuyendo valor moral a la igualdad ante la ley. Comentaré sólo tres de ellos, con la confianza de que sean suficientemente significativos de lo que Ruiz Miguel quiere hacernos ver.

El primer ejemplo consiste en comparar la aplicación de dos normas injustas pertenecientes a un sistema jurídico genéricamente injusto, siendo una de ellas mucho más injusta que la otra. La primera es la norma que exige aplicar la pena capital a judíos políticamente desobedientes, en tanto que la segunda es una norma que prohíbe el nudismo en las playas; ambas son normas eficaces en el sentido de que son aplicadas regularmente. Llegado el caso de aplicar una vez más la primera norma, Ruiz Miguel considera “absurdo” pensar que un juez estaría vinculado moralmente por el principio de igualdad ante la ley si tiene la posibilidad de evitar tal aplicación y, así, salvar la vida de un judío políticamente desobediente. En cambio, si la norma que prohíbe el nudismo en las playas ha sido violada por un el hijo de un hombre rico y poderoso, un juez puede razonablemente tener en cuenta el principio de igualdad ante la ley y aplicarle el castigo previsto por la norma. Esta comparación, explica, “significa que incluso en sistemas jurídicos injustos el principio de igualdad ante la ley sigue teniendo algún peso”⁷², aunque muy bajo en comparación con la injusticia material de la norma y de su aplicación. El segundo ejemplo es el de una norma ligeramente injusta, caso en el cual el peso de la igualdad ante la ley se observa con mayor claridad. Una oficina pública, de acuerdo con la norma vigente, expide sus certificados al día siguiente de haber sido solicitados; un individuo que parece ser amigo de los oficinistas solicita el certificado y éste le es expedido en cinco minutos; yo, que veo a los oficinistas ociosos, creo justo que a mí también se me expida el certificado en el momento, y todavía más justo que se le haga esperar al amigo hasta mañana (es decir, que se le trate como a todo el mundo), incluso aunque la norma que exige esperar un día nos parezca injusta y aunque los oficinistas estén ociosos en ese momento. Ruiz Miguel sostiene que, si no fuese por el peso moral de la igualdad ante la ley, no podríamos formular esta última opinión. El tercer ejemplo se sitúa en la misma oficina del ejemplo anterior, donde sigue rigiendo la misma norma; pero, en este caso, la norma no es aplicada habitualmente, sino que, cuando pido mi certificado, me informan de que lo expiden siempre en el acto. En ese momento, aparece otro individuo que presenta su solicitud de certificado; por alguna razón, comienza a discutir con el oficinista, que acaba diciéndole que vuelva

⁷² A. Ruiz-Miguel, loc. cit., pág. 381.

el día siguiente a recoger el certificado (se supone que para fastidiarlo). Ruiz Miguel se pregunta: “¿No es esta una conducta injusta y arbitraria debido a su desprecio del principio de igualdad ante la ley? ¿No puede decirse que tal desigualdad injusta es un resultado peor que continuar sin aplicar la norma ni, en este caso particular, el principio de legalidad?”⁷³

Examinemos ahora los tres ejemplos de aplicación o inaplicación de normas, sus posibles defectos morales y el posible peso moral de la igualdad ante la ley que cabe inducir a partir de los mismos. En el primer ejemplo, el hecho de que el nudista sea el hijo de un hombre rico y poderoso es considerado como una circunstancia relevante; supongamos, hipotéticamente, que todos los nudistas condenados previamente eran hijos de hombres ni ricos ni poderosos. Sin embargo, no acaba de verse la razón moral que puede haber para condenar al hijo del hombre rico si la norma es considerada injusta. Ser hijo de rico, o rico, no debería estar relacionado con ser condenado por bañarse desnudo en la playa. Los previamente condenados no tienen razones morales para quejarse de que al hijo del rico no se le condene; si tienen razones morales para quejarse de que ellos sean condenados (pero esta queja se basa en la injusticia material que supone castigar a los que se bañan desnudos) y también tienen razones morales para quejarse de que el hijo del rico sea absuelto *porque* es hijo de rico (esta queja se basa también en la justicia material: ser hijo de rico no es un dato relevante en este caso). Las aplicaciones anteriores de la norma son materialmente injustas; ésta también lo será; y también lo será su inaplicación si está en función de la riqueza del padre del nudista, pero no si está en función de la injusticia material que supone condenar a un hombre *cualquiera* por bañarse desnudo. Si la circunstancia de la riqueza del padre es relevante, pensemos qué sucedería si el nudista fuese el hijo de un mendigo: ¿dejaría de pesar el principio de igualdad ante la ley y habría que absolverlo por razones morales, considerando que la injusticia material pesa ahora más que la injusticia derivada del desigual trato? Precisamente, tener en cuenta si el padre del nudista es pobre o rico supone una conducta materialmente injusta, porque tal circunstancia en nada modifica la relevancia que pueda atribuirse a bañarse desnudo. Ciertamente es que el ejemplo podría interpretarse de manera que la circunstancia de la riqueza del padre del nudista fuese relevante: (1) suponiendo que la norma establezca una pena pecuniaria, menos gravosa para los hijos de ricos que para los hijos de pobres; (2) suponiendo que el hijo del hombre rico podía practicar el nudismo en la piscina privada de la familia, cosa que no pueden hacer los otros; (3) suponiendo que el juez (socialista convencido) cree que contribuye a la lucha por la igualdad social castigando injustamente al que, por otras

⁷³ A. Ruiz-Miguel, loc. cit., pág. 382.

razones (la riqueza familiar), ostenta una posición social injusta. En los tres casos, el juez actúa por razones de justicia material y no de igualdad ante la ley. En definitiva, el juez que castiga al nudista hijo de rico *porque* es hijo de rico o bien actúa incorrectamente o bien, si actúa correctamente, lo hace por razones de justicia material.

En el segundo ejemplo, la expedición del certificado en el mismo día para el amigo del oficinista constituye un acto ilegal, aunque puede que justo desde un punto de vista material. La discordancia entre legalidad y justicia deriva de la injusticia de la norma, que habría tenido que expresarse en otros términos (“no deberá esperarse hasta el día siguiente si los oficinistas tienen tiempo de expedir el certificado en el mismo día”, o algo así). En este caso, hay que distinguir el hecho de expedir un certificado *en el mismo día* y el hecho de expedir un certificado en el mismo día *a un amigo*. El oficinista se comporta ilegalmente no porque expida un certificado en el mismo día *a su amigo*, sino porque expide un certificado *en el mismo día*. En cuanto a la justicia del acto, es justo que el certificado sea expedido en el mismo día si el oficinista tiene tiempo para ello, con independencia de que el solicitante sea su amigo o no lo sea. Ahora bien, si el *motivo* del trato dispensado no es el hecho específico de tener tiempo libre, sino el hecho de que el solicitante sea amigo del oficinista, nos hallamos ante un acto materialmente injusto (pero no por razón del trato dispensado, sino por razón del *motivo* del trato dispensado). Esta injusticia material se pone de manifiesto cuando una segunda persona acude a solicitar el certificado y el oficinista, aunque tiene tiempo libre, se niega porque esta segunda persona no es amiga suya. Con esta segunda persona se está cometiendo una injusticia *material*, puesto que ser amigo del oficinista no constituye una justificación para recibir mejor trato en la expedición de certificados (con independencia de que tal mejor trato sea recibido mediante la violación de una norma). Podemos preguntarnos: ¿qué sucedería si el solicitante afortunado no fuese amigo del oficinista? ¿Dejaría de pesar moralmente el principio de igualdad ante la ley? Si todos los solicitantes que encontraron ocioso al oficinista recibieron su certificado en el mismo día, no hay injusticia alguna; si sólo lo recibieron los amigos del oficinista y a los demás se les hizo esperar un día, se trata de una injusticia material porque, insisto, ser amigo del oficinista no es *relevante* para obtener el certificado un día antes o un día después, ni tampoco para recibirlo de acuerdo con la ley o al margen de la ley. Por tanto, la legítima queja del que no es amigo del oficinista se funda en última instancia en la justicia material y no en la igualdad ante la ley.

Por último, el tercer ejemplo puede ser analizado en los términos del anterior: en el caso presente, el oficinista que, por antipatía, rechaza expedir el certificado en el mismo día, opta por ceñirse a la norma (actúa legalmente)

pero en contra del principio de igualdad ante la ley: ¿es esto inmoral? En primer lugar, cabe dudar de que esta actuación vaya contra el principio de igualdad ante la ley, puesto que la norma es sistemáticamente incumplida, pero cumplida en este caso concreto. La actuación estaría, más bien, en contra del principio de igualdad de trato, o justicia material, salvo que el hecho de que todos sean tratados igualmente al margen de la ley se considere un caso de aplicación del principio de igualdad ante la ley; no obstante, esto es secundario ahora. Si todos los solicitantes anteriores recibimos el certificado en el mismo día, también el solicitante actual deberá recibirlo, pues se halla en las mismas condiciones *materialmente relevantes*; que haya discutido con el oficinista o que éste quiera fastidiarlo no son circunstancias relevantes, y si se le expide el certificado con un día de demora se cometerá con él una injusticia material; de aquí deriva la inmoralidad de la conducta del oficinista, no del principio de igualdad ante la ley.

e) Conclusión

Si se aceptan los razonamientos del epígrafe anterior, la moralidad de la justicia formal o de la igualdad ante la ley ha quedado sin acreditar, puesto que no la prueba ninguna de las dos razones propuestas: ni la vinculación de la justicia formal con la justicia material ni el respeto de la autonomía individual producido por la justicia formal. Por tanto, tampoco puede aceptarse el argumento de la justicia formal en favor de la tesis del valor moral de la seguridad jurídica, puesto que depende de la aceptación de la moralidad de la justicia formal. Así lo entiendo, aunque soy consciente de que el concepto de justicia formal y, en particular, su conexión con la autonomía individual, exigen un examen más cuidadoso del que he desarrollado aquí⁷⁴.

5. Cuestiones pendientes

El propósito de este trabajo era cuestionar los argumentos más fuertes ofrecidos en favor de la tesis del valor moral de la seguridad jurídica; es lo que he intentado hacer en las tres secciones anteriores. Sin embargo, la cautela que acabo de imponer al análisis del argumento de la justicia formal puede extenderse también a los otros dos: cada uno de ellos requiere mayor atención. Por lo tanto, una primera cuestión pendiente es la de refinar el análisis de este tipo de argumentos, lo cual exige también clarificar las relaciones conceptuales entre la seguridad jurídica y otras nociones que he considerado afines a ella.

⁷⁴ En todo caso, ténganse en cuenta los ya citados análisis críticos de D. Lyons, "On Formal Justice", y M. Kramer, "Justice as Constancy", en los que pueden encontrarse más, y más elaboradas, razones en contra del valor moral de la justicia formal.

Si mi análisis de los argumentos fuese acertado, ninguno de ellos serviría para sostener la tesis del valor moral de la seguridad jurídica; ahora bien, como es obvio, ello no probaría que la tesis sea incorrecta, sino sólo que tales argumentos no son suficientes para probar su corrección y, acaso, que no es plausible defenderla en tanto no se aporten argumentos nuevos. Una forma de probar que la tesis es incorrecta consistiría en mostrar que la seguridad jurídica tiene una naturaleza estrictamente técnica o instrumental, desplazándola así desde el ámbito de los principios ético-políticos hasta el ámbito de los mecanismos institucionales⁷⁵. Creo posible ensayar una caracterización tal haciendo ver que la seguridad jurídica no es sino la eficacia de un sistema jurídico en tanto sistema normativo, a través de una reflexión acerca del vínculo existente entre las nociones de derecho, eficacia del derecho y seguridad jurídica⁷⁶. Es una segunda cuestión pendiente.

Si se aceptase que la seguridad jurídica tiene un significado estrictamente instrumental, en tanto mera eficacia normativa de un sistema jurídico, sería interesante plantear una tercera cuestión, a saber, la de *por qué* la seguridad jurídica ha sido considerada como un valor moral. Una manera adecuada de abordar esta cuestión es adoptar un punto de vista histórico e indagar la configuración de la idea de seguridad jurídica a lo largo del tiempo y las condiciones en que se le ha atribuido valor moral. En particular, habría que prestar atención al modo en que la seguridad jurídica se constituyó en valor supremo para la cultura jurídica liberal burguesa de los siglos XIX y XX. Aunque mucho se ha escrito al respecto, merece la pena volver sobre ello.

Hay que advertir, en fin, de que el hecho de negar el carácter moral a la seguridad jurídica no significa que no pueda haber un deber moral de promoverla. Este deber moral puede estar justificado previo un análisis de los fines y medios específicos que constituyen cada sistema jurídico particular. Cuando el juicio de moralidad de sus fines y de sus medios específicos sea positivo, será posible afirmar que la seguridad jurídica, en tanto medida de la perfección o excelencia de un sistema jurídico, genera deberes morales para todos aquéllos (legisladores, jueces, abogados, profesores, etc.) que desempeñan funciones jurídicas, y respecto de estas funciones, en tanto que ellas sean consideradas como medios apropiados moralmente para alcanzar

⁷⁵ Véase esta distinción en F. Laporta, “El ámbito de la constitución” (en *Doxa*, n° 24, 2001, págs. 459-484), pág. 473.

⁷⁶ Echo de menos esta perspectiva en el, por lo demás, excelente trabajo de L. L. Hierro, *La eficacia de las normas jurídicas* (Barcelona, Ariel, 2003). Sugiero, entre otros trabajos importantes, el libro de M. Corsale, *Certeza del diritto e crisi di legittimità* (Milán, Giuffrè, 2ª ed., 1979), además de los ya citados L. L. Fuller, *The Morality of Law* y J. Raz, “The Rule of Law and its Virtue”, al margen ahora de las consideraciones axiológicas que contienen.

finas apropiados moralmente. De este modo, cabría intentar la elaboración de una ética común a todas las profesiones jurídicas en la que la noción de seguridad jurídica sería la pieza central⁷⁷.

⁷⁷ En relación con ello véase T. Campbell, "El sentido del positivismo jurídico" (en *Doxa*, nº 25, 2002, págs. 303-331).



DOXA 26 (2003)

LA INSTITUCIÓN PROCESAL: IMPLICACIONES HERMENÉUTICAS A PROPÓSITO DE LA CONSIDERACIÓN INTERPRETATIVA Y ARGUMENTATIVA EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

José Carlos Muínelo

Universidad Nacional de Educación a Distancia

Dejaremos, antes que nada, indicada la propuesta de este estudio: se tratará aquí de problematizar una posible *unidad hermenéutica al debate judicial*¹. Una unidad que trate de sintetizar analógicamente las dos corrientes fundamentales de la interpretación, en sentido amplio, que se manejan en el estudio y aplicación del derecho. Por un lado, lo que se da en llamar *interpretación* en sentido estricto, por oposición a cualesquiera modos argumentativos; por el otro, la *argumentación* jurídica, entendida como una de las especies que definen la formalidad genérica del discurso práctico racional. Con ello se pretende quebrar la fundamentación epistemológica y ontológica clásica de la distinción entre ciencias del espíritu (*Geisteswissenschaften*) y ciencias explicativas o naturales (*Naturwissenschaften*) –al que correspondería ontológicamente la distinción de los campos mental y natural² que ha servido de base a la irreductibilidad metodológica entre

¹ Esta unidad estará fundamentada especialmente en los presupuestos hermenéuticos de la filosofía de Paul RICOEUR (*Teoría de la interpretación –discurso y excedente de sentido*, Siglo XXI, Madrid, 1995; *Du texte à l'action –essais d'herméneutique II*, Seuil, Paris, 1986 (hay traducción al castellano por Pablo Corona: *Del texto a la acción –Ensayos de hermenéutica II*, FCE, México, 2002, 2ª ed.); *Soi même comme un autre*, Seuil, Paris, 1990 (traducción al castellano de Agustín Neira, Siglo XXI, Madrid, 1996); *Amor y justicia*, trad. de Tomás Domingo Moratalla, Caparrós Ed., Madrid, 1994; *Le Juste*, Ed. Esprit, Paris, 1995 (trad. al castellano de Agustín Domingo Moratalla: *Lo Justo*, Caparrós Ed., 1999); *Le Juste 2*, Esprit, Paris, 2001), y en particular en el estudio *Interprétation et/ou argumentation (Le Juste, op. Cit., pp. 163-184/157-176)*, corregido sin embargo en algunos aspectos importantes. **En las citas donde se utilice una doble paginación, la primera corresponderá al original y la segunda a la traducción al castellano. En los demás casos se especificará si se trata del original o de una traducción.**

² Dentro de la inmensa bibliografía que existe acerca del sentido de esta distinción, véase, a modo de ejemplo: W. DILTHEY: *EL mundo histórico*. Trad. de Eugenio Imaz, FCE, México, 1978; “El surgimiento de la hermenéutica”, en *Dos escritos sobre hermenéutica: El surgimiento de la hermenéutica* y los *Esbozos para una crítica de la razón histórica*. Prólogo, traducción

las diversas corrientes de aplicación jurídica, en una *común analogía* que articule plurívocamente cada una de estos dos momentos (el explicativo y el comprensivo) como esencialmente distintos dentro de la reciprocidad común que ambos constituyen en tanto que componentes necesarios del *acto de discurso forense*³. En este sentido, esta analogía, centrada en el ejercicio concreto de la aplicación jurídica dentro del orden de la institución procesal, nos permitirá comprender uno de los aspectos más importantes del *fenómeno jurídico* en su conjunto.

Determinada de esta manera la propuesta, pasará a exponer brevemente su argumento. Éste se iniciará recordando la distinción clásica que, como acabamos de recordar, ha fundamentado el desarrollo de las actuales “ciencias” sociales y jurídicas: *la irreductibilidad óptica y epistemológica del modelo explicativo de las ciencias de la naturaleza y del modelo comprensivo de las ciencias del espíritu*. El análisis de esta irreductibilidad (y, consiguientemente, de la subordinación entre cada uno de estos métodos y campos ópticos), nos conducirá a la necesidad de encontrar una *mediación* o lugar común (*tópos*)⁴ que nos permita vincular ambos momentos dentro de una unidad interpretativa más amplia, esto es, la unidad hermenéutica constituida por el *texto*. Su estudio nos ayudará a corroborar la tesis principal de la analogía entre la categoría del *texto* y la de la *institución* (en concreto, de la institución *procesal*) y de su consiguiente expresión plurí-voca o ana-lógica, en tanto que ejercicios concretos (*lexis*) en los que puede articularse este

y notas de Antonio Gómez Ramos. Epílogo de Hans-Ulrich LESSING, Istmo, Madrid, 2000, p. 21, 31ss., y 69ss.; “Esbozos para una crítica de la razón histórica”, en *Dos escritos sobre hermenéutica*, op. Cit., pp. 109ss.; *Introducción a las ciencias del espíritu*. Traducción de Julián Marias, Alianza Universidad, Madrid, 1986, pp. 27-34. H-G. GADAMER: *Verdad y método I*. Traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, ed. Sígueme, Madrid, 1999, (8ª), pp. 237ss., 281, 289ss., 302ss.; M. MACEIRAS FAFIAN, y S. TREBOLLE BARRERA: *La Hermenéutica contemporánea*, Cincel, Madrid, 1990, p. 24, 39-40, 41ss.; JM. NAVARRO CORDÓN, “Hermenéutica filosófica contemporánea”, en *Fundación Juan March* (287, febrero 1999), p. 5; de P. RICOEUR, véase especialmente: *Teoría de la interpretación –discurso y excedente de sentido*, op. Cit., pp. 83-100; y en general: *Du texte à l’action –essais d’herméneutique II*, op. Cit.. Sobre los antecedentes estructurales medievales de esta distinción, véase, muy especialmente, el libro de André de MURALT: *L’enjeu de la philosophie médiévale, Études thomistes, scotistes, occamiennes et grégoriennes*, Brill, Leiden-New York-Cologne, 1991, 2ª edición, 1993.

³ Se trata de hacer de esta univocidad o lógica universal unívoca, una analogía o lógica universal analógica, y más en concreto una *analogía de proporcionalidad propia*. Sobre el sentido concreto de este tipo de analogía, véase: JUAN DE SANTO TOMÁS, *Ars logica seu de forma et materia ratiocinandi* II, quaestio XIII-XIV, Marietti, Romae, 1929. Sobre los antecedentes aristotélicos de este tipo de analogía (aunque no expresamente llamada así), véase, a modo de ejemplo: ARISTOTELES, *Metafísica*, IX, 6. Introducción, traducción y notas de Tomás Calvo Martínez, Gredos, Madrid, 1994.

⁴ En el sentido aristotélico del término. ARISTÓTELES: *Tópicos*, en *Tratados de lógica I (órganon)*. Introducción, traducción y notas de Miguel Candel Sanmartín, Gregos, Madrid, 1982.

discurso o texto procesal; a diferencia de como se han entendido hasta ahora estos momentos, de forma unívoca y opuesta. Mostrada así esta plurivocidad, procederemos a continuación a su desarrollo procesal concreto distinguiendo dos voces o *lexis* análogas: la primera nos conducirá de los *principios a la regla* como fundamento de aplicación del derecho, la segunda de ésta última al primero. Ambas se corresponderán con los momentos distinguidos por los teóricos del derecho de la *interpretación* y de la *argumentación* jurídica. La comprensión mutua de ambos impedirá que se vea aquí “círculo vicioso” alguno; a la vez, nos permitirá desarrollar propiamente esta plurivocidad significativa correspondiente al lugar de la institución procesal, problematizando, por lo mismo, una posible *unidad hermenéutica del debate judicial*.

I. Planteamiento de la cuestión

Empezaremos, pues, recordando algunos de los aspectos de esta distinción epistemológica clásica aplicados ahora al fenómeno jurídico. En este sentido bastará con saber únicamente dos cosas. En primer lugar, que ambos momentos han aparecido como opuestos e irreductibles. En segundo lugar, que lo han hecho bajo una consideración epistemológica muy distinta y muy jerarquizada. Así, mientras que a lo *explicativo* se le ha conferido tradicionalmente el estatuto de *científico*, lo *comprensivo* ha quedado frecuentemente relegado a lo puramente contingente, intencional, subjetivo o *psicológico*. El primero parece haber heredado toda la tradición epistemológico-trascendental kantiana, y por tanto las *condiciones de posibilidad*, conforme a los criterios de universalidad y de necesidad, para arrogarse el conocimiento de su objeto específico; el segundo parece haberse enclavado en un “relativismo” o situacionismo ético, contingente, ideo-lógico o metafísico. Esta distinción y privilegio del modelo explicativo frente al comprensivo se ha manifestado dentro del ámbito de *lo jurídico*⁵, quebrando igualmente su discurso en dos. Así, frente a la vieja consideración aristotélica de *lo jurídico* como análogo de *lo justo* (en el sentido del *to dikaion*) que informaba los principios fundamentales del *Digesto*⁶, se ha pasado a una consideración científica de *lo jurídico*, articulada bajo una forma lógica normativa o deóntica⁷, y una con-

⁵ En el sentido aristotélico de *to dikaion*. Véase, en general, el libro V de la *Ética a Nicómaco* de ARISTÓTELES (edición bilingüe y traducción de María Araujo y Julián Marias, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1991).

⁶ Tal y como ha demostrado, entre otros, el profesor francés Michel VILLEY: *Le droit roman*, Paris, Que sais-je ?, Presses Universitaires de France, 1987, 8ª ed., pp. 40-44; *Compendio de Filosofía del Derecho –Definiciones y fines del Derecho*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1979, pp. 100-110.

⁷ G. H. VON WRIGHT, *Norm and Action* (hay traducción de P. García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1970); *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action* (hay traducción. Mexico, UNAM, 1976).

sideración ideo-lógica de *lo justo*, desarticulada en consideraciones individuales y comprensivas que toman como fundamento conceptos generalmente homónimos, tal como ocurre con la noción de bien. Por la misma razón, se ha abierto paso también dentro de lo que podríamos llamar la especificidad procesal de *lo jurídico*, mediante las nociones encontradas de *principios* y de *reglas*. Conservando el proceder analógico típicamente aristotélico, podríamos describir esta nueva situación diciendo que, a partir de ahora, el *principio* es a *lo justo*, dentro de la *lexis* retórica forense o instancia judicial, lo que la *regla* a *lo jurídico*. Y a su vez, que el principio es a una *interpretación en sentido estricto* de lo jurídico (Dworkin) lo que la regla es a una *argumentación jurídica* bajo el presupuesto genérico de un discurso práctico racional (Alexy). Bajo esta perspectiva, tanto los *principios* como las *reglas*, como la articulación de éstos en *interpretaciones* o *argumentaciones*, permanecen en una análoga irreductibilidad y jerarquización epistemológica de modelos (explicativos y comprensivos) y de campos ónticos (naturales y mentales). Sintetizar ambos pares de nociones, tomando para ello la noción *común* de interpretación en sentido amplio o *hermenéutica*, es el propósito declarado de este estudio. Pero esto no puede hacerse, tal y como señalábamos más arriba, sin mencionar, aunque sea mínimamente, la categoría hermenéutica fundamental que rige toda nueva investigación: el *texto*⁸.

Con el texto y el círculo hermenéutico de la explicación y de la comprensión que lo acompaña⁹, podemos ser capaces de dar sentido a la noción genérica de institución y a la plurivocidad significativa que implica¹⁰. Esta misma categoría de texto, por oposición al habla, nos permite igualmente tratar de la especificidad procesal en la que ahora nos hallamos. En este sentido hay que saber que todo texto, al igual que toda institución, implica una codificación de acciones, tanto desde el punto de vista *material-formal* como desde el punto de vista *eficiente-final*. Así, *formalmente* todo texto está configurado en la forma de un discurso de acción/es (*mimesis praxeôs*)¹¹, al igual que toda institución es un registro o codificación de

⁸ Véase en general la bibliografía de la nota 1.

⁹ Sobre el círculo hermenéutico de la *explicación* y *comprensión*, véase, en particular: RICOEUR: *Teoría de la interpretación –discurso y excedente de sentido*, *op. Cit.*, pp. 83-100; *Du texte à l'action*, *op. Cit.*, 197-212/182-195.

¹⁰ Las relaciones hermenéuticas entre las categorías de *texto* e *institución* han fundado nuestro trabajo de tesis doctoral: *Del texto a la institución jurídica: una aplicación analógica de la hermenéutica de Paul Ricoeur*, leída en la UNED y a la espera de su próxima publicación. Sobre la noción de *institución*: RICOEUR, *Soi même comme un autre*, *op. Cit.*, p. 228/203.

¹¹ Según el sentido aristotélico de *tragedia*: ARISTÓTELES, *Poética* VI, 1450 a 7 15-19 (edición trilingüe de Valentín García Yebra, Madrid, Gredos, 1988, 2ª ed.). Sobre las implicaciones hermenéuticas de esta noción, véase las obras de P. RICOEUR: *Soi même comme un autre*, *op. Cit.*, pp. 180ss./152ss. y *Temps et récit-L'histoire et le récit*, Seuil, "Points Essais", 1991 (trad.

hechos o acciones. *Finalmente* todo texto, al igual que toda institución, no se agota en la simple codificación de sentido, sino que requiere de forma necesaria de una actualización de éste: sea en el momento eficiente o inicial del acto primero de escritura o en el momento final del acto segundo de lectura, sea en el acto primero del instituyente o en el acto segundo de su interpretación. En ambos casos se desarrolla una relación a cuatro términos: tanto el *escritor* como el *lector* en el caso del texto, como el *ciudadano* y el *gobernante* en el caso de la institución, participan de la relación misma, común a ambos (*texto e institución*), sin posibilidad de hipostatización alguna: ni de los terminos que ponen en acto la relación ni de la relación misma que da *sentido o codifica* a sus términos¹². Bajo esta estructura analógica sustentada en la mediación (*todo/parte*) o *lugar común (tópos)* del texto, vemos como se quiebra tanto con el *subjetivismo* de la comprensión como con el *objetivismo* de las ciencias explicativas; pudiendo, a partir de ahora, los intérpretes mismos (lector-autor, ciudadano-gobernante) interpretar (y por ende, reflexivamente, interpretar-se) sin estar ya pre-mediados por una determinación unívoca del sentido de alguna de las *partes* del texto o de la institución (*subjetivismo*), o de estas últimas al margen de los sujetos que los ponen en acto (*objetivismo*). Se rompe, de este modo, con la irreductibilidad y el enfrentamiento clásicos de los aspectos explicativos u objetivos frente a los aspectos comprensivos o subjetivos y de estos últimos frente a los primeros, para tomar ahora a ambos momentos como dos aspectos esencialmente distintos en su orden propio, pero recíprocamente vinculados en tanto que momentos necesarios del círculo hermenéutico de los textos y, por analogía, de las instituciones.

Para precomprender el objeto de la tesis que defendemos aquí, sólo restaría por saber que el texto, a diferencia del habla y a semejanza de la institución, introduce una serie de rasgos que, sin dejar de participar del carácter común de acontecimiento que caracteriza en general a todo discurso, hablado o escrito, por oposición a la lengua (en el sentido de la *langue* saussureiana)¹³,

al castellano de Agustín García Neira: *Tiempo y narración I –configuración del tiempo en el relato histórico*, Cristiandad, Madrid, 1987), pp. 136/144.

¹² En el ámbito concreto de la institución procesal, esta relación recíproca se da entre el *acto* de creación de la norma (si se quiere, acto del legislador) y el *acto* de interpretación de la misma (o acto de cada uno de los intérpretes judiciales), dentro del *acto* completo que constituye el texto jurídico como institución.

¹³ F. DE SAUSSURE: *Curso de lingüística general*. Traducción al castellano por Mauricio Armiño, Nuevo mar, Madrid, 1982. Esta distinción aparece frecuentemente en RICOEUR. A modo de ejemplo, véase: *Teoría de la interpretación –Discurso y excedente de sentido*, op. Cit., p. 16; *Du texte à l'action*, op. Cit., p. 103/97. Un análisis especialmente lúcido de esta cuestión lo encontramos en: A. DE MURALT, “De l’interprétation par l’usage des noms”, en *Comment dire l’être ? L’invention du discours métaphysique chez Aristote, Vrin*, Paris, 1985, p. 151.

constituye por sí una entidad lingüística irreductible a las otras unidades lingüísticas que lo componen (tanto a las palabras, unidades lingüísticas de la *lengua*, como a las oraciones, unidades lingüísticas del discurso en general); entidad que le asemeja estructuralmente a la *lengua*, y que, sin dejar por ello de ser *discurso*, permite que se le aplique la metodología estructuralista¹⁴ que rige, para la lengua, en unidades lingüísticas inferiores a la frase¹⁵. Esta metodología estructural es consecuencia de la *fijación* (*fixation*)¹⁶ propia que constituye el texto en tanto que discurso escrito, lo que, por nuestra parte, nos hace más fácilmente observar, a diferencia de lo que ocurre en el caso del habla (cuyo sentido está muy comprometido todavía con la situación contextual de los hablantes y por tanto con la exclusiva intención del locutor, que siempre está ahí para responder por el sentido de sus palabras), la distinción, a la vez que vinculación, entre los aspectos explicativos o estructurales (*argumentativos*, se dirá más adelante) del texto y los aspectos intencionales o comprensivos de los sujetos que intervienen en la relación textual (*interpretativos*, se dirá más adelante), así como el círculo hermenéutico que debe regir entre ambos aspectos¹⁷.

Tras esto último, se habrá comprendido el objeto de la tesis que queremos defender aquí. Nuestra pretensión consiste en explicitar, con un cierto detenimiento, cómo a la hora de interpretar hermenéuticamente la *lexis* retórica del discurso jurídico-procesal no cabe ni la actitud unívoco-comprensiva de una interpretación conforme a principios, tal y como propone por ejemplo Dworkin sin tener en cuenta necesidad argumentativa alguna, ni la univocidad explicativa o argumentativa conforme a reglas que propone Alexy, sin tener tampoco en cuenta, al menos en algún estado de justificación de su inferencia, este elemento comprensivo¹⁸. Una *hermenéutica jurídica*¹⁹,

¹⁴ Un ejemplo de metodología estructuralista particularmente interesante lo encontramos en la obra de Claude LÉVI-STRAUSS: *Antropología estructural*, trad. de Eliseo Verón, Barcelona, Paidós, 1992. Sobre las implicaciones hermenéuticas de esta *epoje* estructuralista, véase: P. RICOEUR, *Teoría de la interpretación –Discurso y excedente de sentido*, op. Cit., pp. 93ss.

¹⁵ RICOEUR, *Du texte à l'action*, op. Cit., pp. 13/17, 147/136.

¹⁶ Rasgo fundamental que caracteriza al *texto* frente al *habla* y que le dota de su carácter propio. *Ibid.*, p. 185/171; *Teoría de la interpretación –Discurso y excedente de sentido*, op. Cit., p. 40.

¹⁷ Lo que explica más claramente la plurivocidad de significaciones que abre el *texto* por relación al *habla*. Esta plurivocidad es consecuencia directa de la disyunción, introducida por la fijación del texto en tanto que discurso escrito, entre el *significado* y la *intención* de éste (*Ibid.*, pp. 199-200/184).

¹⁸ Evidentemente nos referimos a la inferencia lógica de la justificación interna, no a la justificación externa que ciertamente incorpora elementos interpretativos. Sobre esta distinción, véase: R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid, 1989, 214-272. Tb: Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1989.

¹⁹ H-G., GADAMER, *Verdad y método I*, op. Cit., pp. 396-414.

diremos, es aquella capaz de conciliar en una dialéctica la comprensión completa de esta parcela de *ser* que determinamos *como* lo jurídico. Ésta vendrá determinada, en este momento de la investigación, por la *común analogía de entender, a la vez y recíprocamente, la interpretación y la argumentación como dos acercamientos esencialmente distintos pero totalmente vinculados, dentro de la pluralidad de significaciones (lexis) que abre esta nueva consideración procesal (lógos) del lugar (tópos) institucional, por analogía metodológica al texto*²⁰.

Veremos a continuación, pues, el primero de estos acercamientos o ejercicios retóricos dentro de la primera de las dos significaciones procesales que tomamos como referencia, la *interpretación judicial conforme a principios*, para seguidamente analizar los segundos, la *argumentación jurídica conforme a reglas*, y sintetizarlos poco después en una dialéctica que tome a ambos como dos momentos esencialmente distintos dentro de su común “participación”²¹ en este discurso eminentemente procesal.

II. Del principio a la regla. Implicaciones hermenéuticas

Lo acabamos de decir: la propuesta consiste en conferir al discurso judicial una unidad hermenéutica análoga a la dialéctica de la explicación y de la comprensión desarrollada en el lugar (*tópos*) del texto. Así, mientras que la pre-comprensión hermenéutica queda emparejada, en su orden específico, con una interpretación conforme a principios (Dworkin), la explicación, en su orden propio, lo hace con una argumentación jurídica, considerada como una especificación del discurso práctico general (Alexy). De esta forma,

²⁰ Con este planteamiento seguimos la línea diseñada por A. DE MURALT, a propósito de la convertibilidad del lenguaje-discurso lógico (*logos*) con el lenguaje-estilo retórico y el lenguaje-estilo poético (*lexis*), en: *De l'interprétation par l'usage des noms*, en *Comment dire l'être ?*, op. Cit., pp. 149-176.

²¹ Es importante, si se quiere seguir bien el hilo de la investigación, aclarar el concepto de *participación* que manejamos. Al hablar de *participación* no nos referimos a una relación extrínseca, en un género determinado, entre los participantes y lo participado (relación de extensión potencial de lo participado en sus participantes y de comprensión actual de cada uno de los participantes –y de su diferencia específica- con lo participado) al modo neoplatónico y plotiniano, sino de una relación de *similitud* entre todos los participantes y *principalmente* con respecto a un primero, que hace las veces de *participado* (ARISTOTELES, *Metafísica*, op. Cit., 1003 b 16-17, 1045 b 29-31; *Física*, 223 b 18 (trad. de Guillermo R. De Echandía, Madrid, Gredos, 1995); *Tópicos*, op. Cit., 121 a 11-12). Es muy esclarecedor, en este sentido, observar la comparación estructural realizada por el profesor suizo, A. DE MURALT, del pensamiento platónico y aristotélico a propósito de este problema de la *participación* en: “Dialectique de l'idée et analogie de l'être ?. Comparaison structurelle du *Sophiste* de Platon et des *Métaphysiques* d'Aristote” (*Comment dire l'être ?*, *L'invention du discours métaphysique chez Aristote*, op. Cit., pp. 133-148). Del mismo autor, véase: *Genèse et structure de la métaphysique chez Aristote*, en *Revue de Philosophie Ancienne*, n° 1, ouisia, 1996, pp. 43-45.

tratamos de mostrar la *analogía* que existe entre el círculo de la explicación y de la comprensión en el ámbito filosófico, y el círculo de la interpretación y la argumentación en el ámbito jurídico-procesal. A su vez, la *proporcionalidad propia* entre ambos a partir de la noción común de *acto o acción codificada*: el acto de la pre-comprensión hermenéutica es al acto de la interpretación conforme a principios lo que el acto de la explicación es a la puesta en acto argumentativa del discurso forense conforme a reglas²².

Empezaremos para ello analizando el primer momento de la dialéctica: la interpretación conforme a principios (Dworkin).

El punto de partida de una teoría de la interpretación según el modelo de los principios lo situaremos en la conocida reflexión surgida a propósito de los llamados “casos difíciles” (*hard-cases*)²³. Son éstos, como sabemos, supuestos de lagunas; es decir, supuestos de hecho a los que no hay norma que se les pueda aplicar. Al menos ésta parece ser la interpretación de Dworkin, que no de la corriente del positivismo jurídico (Austin, Hart), a la que precisamente éste opone, fundando, su mentada teoría interpretativa. Pues si sostenemos, vendrá a decir, que en la aplicación judicial existen –como parece que existen– situaciones anómicas, se hace entonces necesaria una interpretación jurídica. Interpretación ésta completamente desdeñada por la corriente positivista, para la cual las “lagunas jurídicas”, si las hubiera, quedarían siempre solventadas por procedimientos tipificados *ad hoc* en el propio ordenamiento jurídico²⁴ y nunca más allá.

En este sentido, siempre según la perspectiva dworkiana, la teoría positivista del derecho ha recurrido generalmente a tres tipos de “soluciones” que trataban de evitar, en la medida de lo posible, este ejercicio o *lexis* interpretativa que con tanto entusiasmo reivindica Dworkin: lo que podríamos llamar una especie de *heurística* judicial basada en principios no reconocidos necesariamente por el Derecho con mayúsculas. Mientras, como decimos, las “soluciones” positivistas ante los “casos difíciles” adoptaban principalmente alguna de estas tres formas: una primera salida consistía –hablo en boca de Dworkin– en apelar al llamado “*pedigreé*” de la norma, esto es, al recurso de la presunta intención del legislador que elaboró aquélla; en segundo lugar –y

²² Sobre la metacategoría ontológica de *acto o acción codificada* y su articulación analógica, véase: ARISTÓTELES, *Metafísica*, *op. Cit.*, IX, 6.

²³ R. DWORKIN, “Los casos difíciles”, en *Los derechos en serio*, *op. Cit.*, pp. 146-208.

²⁴ “El positivismo –argumenta DWORKIN– es un modelo de y para un sistema de reglas, y su noción central de una única prueba fundamental de lo que es el derecho nos fuerza a pasar por alto el importante papel que desempeñan estos patrones (o principios) que no son reglas” (“¿Es el derecho un sistema de reglas?”, en *Cuadernos de crítica*, nº 5, 1975, p. 18). Un buen resumen de los subterfugios teóricos construidos por la dogmática con respecto al problema de las lagunas puede encontrarse en el trabajo de M. SEGURA ORTEGA, “El problema de las lagunas en el Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1989, pp. 285-312.

si no todo el positivismo, sí al menos cierto tipo de positivismo- se apelaba a la *inequívoca univocidad* que, según ellos, caracteriza a todas las disposiciones jurídicas; por último, otros consideraban que siempre cabría solucionar la laguna recurriendo simplemente al *poder discrecional del juez*²⁵. De este modo, tanto la remisión a la intención del legislador, como a la univocidad significativa de la norma, como la llamada al poder discrecional del juez constituían los argumentos fundamentales que la corriente del positivismo jurídico ha esgrimido ante los supuestos de “laguna jurídica”. Pues bien, ha sido precisamente consecuencia de la necesidad que sintió Dworkin de refutar estas tesis lo que nos ha provisto del contenido fundamental de su teoría de la interpretación; una teoría que, sin embargo, lo alejará claramente –como veremos a continuación- de la llamada teoría de la argumentación jurídico-práctica y, por tanto, de una hermenéutica.

No nos sería sin embargo difícil mostrar, junto a Dworkin, las incoherencias expresadas por el positivismo jurídico ante las soluciones a estos supuestos casos de lagunas desde nuestra perspectiva hermenéutica arriba indicada. No nos detendremos, con todo, en un análisis que excede ampliamente nuestra problemática; tan sólo dejaremos anunciadas algunas notas a fin de que podamos delimitar más claramente el pensamiento interpretativo de Dworkin, así como aquello que lo diferencia de una hermenéutica –integradora, como sabemos, a diferencia de éste, del polo argumentativo.

(1) En primer lugar, se dice que la corriente del positivismo jurídico apela a la *intención del legislador* como medio para evitar la “laguna” interpretativa de la norma. Esta “llamada” al legislador impide, como implícitamente hemos recordado más arriba, cualquier tarea hermenéutica; pues bajo esta consideración, el legislador adopta la forma de un alocutor *intemporal* descontextualizado del sustrato situacional que delimita históricamente el sentido de sus palabras. En este sentido, si apelamos a la intención del legislador tenemos que apelar a un legislador concreto (me refiero a su presencia física), a un lugar y espacio concreto (al lugar y al modo en el que elaboró la norma) y a un tiempo determinado (el momento en que aprobó ésta). Ahora bien, estos condicionantes –sin desmerecer por otro lado su

²⁵ Sobre las soluciones a los supuestos de lagunas propuestos por la corriente del positivismo jurídico, véase: R. DWORKIN, “¿Es el derecho un sistema de reglas?” en *Cuadernos de crítica*, op. Cit., n° 5, pp. 10-11. Sobre las diferencias en el seno mismo del positivismo (en particular entre Austin y Hart), pp. 17-18. La opinión de Kelsen al respecto se expresa en este último sentido: la norma es un marco abierto a varias posibilidades de aplicación, y sólo el desconocimiento de hasta qué punto la decisión es tanto un acto de conocimiento como de voluntad explica la pretensión de cierto positivismo de encontrar la *única solución correcta* (H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, 12ª ed. Ed. Porrúa, 2002 (1960), pp. 351-352).

importancia-, considerados unívocamente, es decir considerados bajo la estela unitaria de la intención del único sujeto legitimador del sentido de sus palabras, el legislador, desaparecen desde el momento en que la situación deja de tener lugar, permaneciendo el sentido únicamente bajo la forma de un espíritu difuso, plenamente determinable a su modo y manera, y sin estar constreñido discrecionalmente por ningún presupuesto lectivo-hermenéutico, por cualesquiera razones –todas ellas válidas- que se les quiera imponer arbitrariamente. De ahí la necesidad, que recordábamos al principio de la investigación, de acudir al texto como “categoría” hermenéutica fundamental, como matriz objetiva de sentido; y, en concreto, al texto jurídico, en su específica validez y eficacia propias. Pues al tratarse de un texto (esto es, al quedarse fijada, de alguna manera (*secundum quid*), la volátil intención del legislador), comienza a desarrollarse, desde ese mismo momento, un tipo de *autonomía significativa* que impide tanto el recurso “pedigreesco” a la, al parecer, inmemorial significatividad intencional de tal o cual sujeto-legislador, como a la interpretación desnudamente arbitraria, sin referencia noemática o textual alguna, del primer intérprete que se cruzara telepáticamente en el camino del espíritu acaecido del legislador. En este sentido, al no ser el texto ya “dictado” (lo dictado viene determinado por el “dictador”), sino “fijado” de alguna manera propia (y esta es la diferencia fundamental, recordemos, que le distingue del habla), el sentido se autonomiza significativamente –que no realmente- de la situación particular que le ha visto nacer (espiritual, espacial o temporal), siendo a partir de ahora *virtualmente* aplicable (por esa su referencia abierta, no meramente situacional, consecuencia de su fijación, como texto, en su especificidad, en este caso jurídica) a todo *acto*, “caso”, que por su “dificultad” merezca ser interpretado. Lo “fijado”, en este caso hermenéutico, remite al sentido actualizado por los potenciales intérpretes, conforme a una reglamentación (explicación) que con-figura la pre-comprensión tanto del hecho concreto que le vio e hizo nacer, como del hecho concreto al cual se aplicaría en este momento.

(2) En segundo lugar, hemos dicho que el positivismo jurídico hace frente a las “lagunas jurídicas” remitiéndose al *carácter unívoco de las disposiciones jurídicas*. Ante esta pretensión de univocidad, nosotros decimos que el carácter fundamental del texto (texto jurídico) es el de la *plurivocidad de sentidos*, consecuencia como sabemos de su “fijación” característica. Un texto puede ser leído de diferentes formas, a distintos niveles y en diversos contextos, precisamente por no atenerse a una presunta y unívoca voluntad significativa a priori que determinara el decir de *lo dicho como tal*. Hay que tener en cuenta, en este sentido, que un texto es siempre una disposición de acciones en una determinada forma (en el caso concreto del texto jurídico,

con la especificidad formal garantizadora de su práctica mediante reglas de prescripción y de imputación); pues bien, esta ontología *práctica* que parece pre-constituir la norma como texto sería originaria de un eventual conflicto (el mismo que se le presenta al autor al pretender ordenar lo narrativo) en donde podríamos decir que confluyen voluntades significativas unívocas y opuestas. Éste, al menos, pareciera ser el presupuesto del que partiera toda ordenación práctica o textual; al igual que toda mediación ordenada en forma de *proceso judicial (texto como instancia judicial)*²⁶ con sus reglas textuales o procesales propias y distantes, pareciera partir del presupuesto de que existe una situación previa, no mediada aún procesalmente, ininteligible por todavía situacional con respecto a esta ordenación procesal, violenta por directa y absolutamente irreductible, y completamente unívoca al no estar aún mediada conforme a este lugar (jurídico-procesal) de determinación común, en el que parecieran encontrarse las partes (que todavía no son “partes”) antes de la entrada en el proceso (texto). Pero con esta entrada (o más bien, con esta determinación común que realiza ahora el proceso judicial), la antigua univocidad situacional en la que se encontraban las partes se convierte en determinación *proporcional*, característica tanto, en general, de la estructura abierta de todo texto como de la posición misma de *cada una* de las –ahora sí- *partes* del proceso: los diferentes turnos de intervención, la igualdad probatoria, etcétera; cuya “tutela judicial ...” consiste precisamente en posibilitar, mejor dicho, en hacer “*efectiva*”, la pluri-vocidad significativa de la interpretación judicial (textual) que ejerce cada una de las partes. En este sentido, nos preguntamos: ¿no es, en definitiva, el proceso judicial la *puesta en distancia*, mediante su reglamentación “como tal”, “de esta forma”, con respecto a la violencia *no mediada procesalmente* del habla (tal y como distinguimos en su momento)²⁷, la que permite la *pluri-vocidad significativa* del objeto del proceso hasta el momento de la decisión *necesaria*²⁸, garantizadora, en la forma específica jurídico-procesal, del “*juicio veredictivo*”? Y este “juicio veredictivo”, con los requisitos propios de una

²⁶ Sobre la función hermenéutica del “proceso judicial”, puede consultarse: *Amor y justicia, op. Cit.*, pp. 48-55; *Le Juste, op. Cit.*, pp. 185-192/177-183.

²⁷ Puede resultar paradójica esta afirmación de que una *situación de habla* sea característica de relaciones de *violencia*. Para entenderla, hay que representarse, por ejemplo, lo que supone el paso al proceso judicial y los momentos previos a éste, caracterizados normalmente por la incomunicación y el avasallamiento de una de las partes frente a la otra. La “justa distancia” que introduce, en este sentido, el proceso, mediante la fijación de las partes, de los turnos de habla, etcétera permiten corregir la violencia en la que fácilmente incurren estas situaciones de habla cuando no están mediadas, de una u otra forma, por lo impersonal o neutro de la institución (RICOEUR, *Du texte à l’action, op. Cit.*, p. 195/178).

²⁸ Esta *necesidad*, como veremos más adelante, es una de las especificidades de lo jurídico.

nueva escritura “como tal” (bajo la forma de “apelación”, de “casación”) ¿no es, a su vez, por una *pluri-voicidad* que podríamos llamar de “segundo grado”, lo que justifica el hecho de ser recurrida o reinterpretada?

(3) Ahora bien, no será sino la tercera de las tesis que toma en cuenta la corriente del positivismo jurídico, la referencia al *poder discrecional del juez*, la que llamará nuestra atención hasta el final²⁹. También será éste el punto de arranque propiamente dicho de la teoría interpretativa de Dworkin. Esta situación le permitirá poner en cuestión la llamada “autosuficiencia normativa” en la que parece desembocar la solución judicialista que propone el positivismo ante los supuestos de lagunas. Y esto al menos por dos razones. La primera por la relativa facilidad con la que se podría pasar, en su opinión, del ejercicio legítimo de esta discrecionalidad por parte del juez para solventar una determinada “laguna jurídica”, a la no tan legítima ni legal arbitrariedad de poder. La segunda (que más que una razón independiente es una especie de la primera), por la igualmente relativa facilidad con la que se podría producir una auténtica suplantación de poderes, del poder legislativo por el poder judicial, al estar este último legitimado para crear derecho retroactivamente, con las evidentes consecuencias de inseguridad jurídica que este hecho puede comportar. ¿Cómo entonces –se preguntará– “justificar la idea de que siempre haya una respuesta válida sin caer sea en lo arbitrario, sea en la pretensión del juez de erigirse en legislador?”³⁰

Para salir de esta paradoja, común tanto a una interpretación en sentido estricto (dworkiana) como a una interpretación hermenéutica, será necesario que avancemos en un primer momento de la mano del mismo Dworkin (asimilando su teoría de la interpretación como si fuera una hermenéutica, a pesar de que, como acabamos de señalar, esta interpretación no es más que un polo dentro de la más amplia circularidad hermenéutica, que, como sabemos, engloba también una *argumentación*) haciendo frente común a

²⁹ Ésta será la tesis fundamental que guiará toda la contraargumentación dworkiana. Podemos leer al comienzo de “los casos difíciles”, *op. Cit.*, p. 160: “En el positivismo jurídico encontramos una teoría de los casos difíciles. Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez –de acuerdo con esa teoría– tiene “discreción” para decidir el caso en uno u otro sentido. Esta opinión supone, aparentemente, que una u otra de las partes tenía un derecho preexistente a ganar el proceso, pero tal idea no es más que una ficción. En realidad, el juez ha introducido nuevos derechos jurídicos que ha aplicado después, retroactivamente, al caso que tenía entre manos. En los dos últimos capítulos sostuve que esa teoría de la adjudicación de competencias al juez es totalmente inadecuada; en este capítulo he de presentar y defender una teoría mejor”.

³⁰ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, *op. Cit.*, pp. 146-147. Pretensión ésta que, como es bien sabido, sostuvo el llamado *movimiento de derecho libre* (*Freirechtswegung*), y de manera principal su representante más radical, Ernst Fuchs.

estas posibles desviaciones judicialistas que propone el positivismo jurídico para, en un segundo momento, comprobar también la insuficiencia de esta teoría interpretativa estricta presentada por Dworkin con respecto a una hermenéutica como la que proponemos aquí en la correcta aplicación de la norma jurídica, y la consiguiente necesidad de acudir a una teoría más amplia que complementa esta primera interpretación en sentido estricto, argumentándola. Dejaremos de este modo resueltas, al mismo tiempo, dos cuestiones: en primer lugar, la falsa construcción en la que se apoya el positivismo jurídico al apelar a esta discrecionalidad judicial como medio para solventar los supuestos de lagunas; por el otro, la necesidad, sin embargo, para justificar plenamente esta falsedad, de incorporar a la interpretación dworkiana en sentido estricto una argumentación jurídica con la que poseer más armas para afrontar plenamente la dificultad anterior.

Recobremos, para ello, algunos de los recursos hermenéuticos aquí mentados. Empezamos por una analogía que nos irá allanando el camino. Dijimos en su momento que el *texto* (añadamos ahora *literario*) nos permite una disyunción, imperceptible en el habla. Así, mientras que en el habla el sentido de las palabras y la intención significativa del locutor coinciden, pues siempre podemos ir a este último para preguntarle acerca del sentido de su intención (impidiendo propiamente la interpretación hermenéutica del alocutor), en el texto, a diferencia de ésta, el sentido se fija “como tal”, independizándose de la intención del autor. Con el texto, y como consecuencia de la fijación de una determinada manera que éste implica, lo que prima es su significación propia, desarrollando por este motivo la plurivocidad hermenéutica que lo caracteriza. Pues bien, algo parecido parece ocurrir ahora con el *texto jurídico* (paradigma sobre el que cabría esta reconstrucción interpretativa –tanto en el sentido dworkiano como hermenéutico– de las derivaciones “discrecionalistas” que admite el positivismo jurídico). En éste, la disyunción (intención/sentido) viene determinada por el par: *sentido de la ley, instancia de decisión del significado de dicha ley*. Existe, en este sentido, un paralelismo exacto al texto literario: mientras que el *sentido de la ley* remite analógicamente a la *significación inmanente en el texto*, la *instancia de decisión* lo hace con respecto a la *intención del autor*.

En efecto, partiendo de esta distinción textual específicamente jurídica entre la *instancia de decisión* y el *sentido de la ley*, podríamos considerar que tanto desde la perspectiva interpretativa dworkiana como desde una hermenéutica, esta *instancia de decisión del significado de una ley* (lado del acontecimiento o puesta en acto de un sentido), *a falta de ley* (significación inmanente), sería común tanto al poder discrecional de un juez que actúa con arbitrariedad (*sin sometimiento pleno a la ley y al derecho/ sin sometimiento a la significación inmanente*) como a la función legislativa

que no le es propia (intercambio arbitrario, bajo un juego de intropatías puramente psicológicas, de los papeles de autor –legislador- y lector –intérprete judicial: el juez se hace autor, a efectos significativos, de su propia lectura)³¹. En este sentido podríamos decir que, en este nivel de *discrecionalidad judicial* (es decir, bajo la forma de la *instancia de decisión*), haríamos coincidir lo racional con lo puramente volitivo, lo significativo con lo puramente intencional. Pues bien, ahondando más si cabe en estas paradójicas conjunciones por las que lo racional o lo significativo vendría determinado a priori, sea por una voluntad indeterminada o por una intención sin correlato noemático o significativo alguno, el sentido del sentido (sea éste la significación inmanente del texto o el sentido de la ley) estaría puesto, bien en la decisión arbitraria por parte del intérprete judicial (en una voluntad racional a priori), bien en la misma suplantación de poderes, consecuencia del desplazamiento –tomo aquí la analogía textual- del significado inmanente del texto por la voluntad significativa a priori del “querer decir” (*pedigrée*) del autor (legislador), determinada, a su vez, por la conciencia (voluntad de razón) del querer decir del autor por el propio lector. Pues al hacerse, en este caso, el lector autor, en un cortocircuito solipsista en el que la significación inmanente del texto se dejaría de lado, el lector (juez) determinaría a priori (demostraría) sin un correlato noemático (sin el sentido inmanente) cuál sería el sentido de la ley. Esta derivación trascendente, consecuencia de la mentada crítica dworkiana de la con-fusión de poderes (del plano judicial al legislativo; del lector al autor) supondría, además, desde el plano lógico, una demostrabilidad a priori de aquello que fuera lo jurídico, y por tanto de las *condiciones de posibilidad* para arrojarse cualquier tipo de arbitrariedad bajo la forma *auto-referencial* de lo “discrecional” de la interpretación judicial. Recuperaríamos de este modo, frente a la interpretación de lo jurídico aristotélica y romana, el cortocircuito solipsista/representativo presente en Descartes y Kant y, en general, en toda la tradición procedente de la revolución scotista y ockhamista, para la que lo jurídico se determinaría jurídicamente, esto es, en el sentido de que el “sentido” de la ley estaría puesto exclusivamente en el mismo “acto de creación” (unívoca), en el mismo acto eficiente de voluntad divina,

³¹ Volvemos, en este sentido, al “monismo metodológico” característico de la distinción decimonónica: “Hay que comprender al autor y su obra mejor de lo que él mismo lo habría podido hacer” (H-G., GADAMER, *Verdad y método I, op. Cit.*, p. 246). La interpretación de las ciencias humanas, expresadas vitalmente (objetivamente) en la intersubjetividad psicologista de las conciencias de autor y lector, deja a un lado cualquier modelo explicativo, cuyo lugar ontológico queda relegado al de las ciencias de la naturaleza.

recogido ahora por la voluntad divina a semejanza unívoca de un *sujeto trascendental*, del derecho por parte del juez-legislador³².

Hasta aquí podemos decir que hemos ido de la mano del propio Dworkin. Tomando el texto por el lado del *acontecimiento* o de la puesta en acto del sentido de la ley (lo que hemos dado en llamar *intención del autor/instancia de decisión judicial*), las críticas de su interpretación estricta y de nuestra hermenéutica coinciden tanto con respecto a la arbitrariedad “decisionista” que parece subyacer en la concepción positivista de la discrecionalidad judicial para hacer frente a los supuestos de lagunas, como con respecto a la suplantación de poderes que ésta provoca. Pero llegados al otro momento disyuntivo que introduce la categoría textual, el *sentido del texto* (lo que dimos en llamar *significación inmanente del texto/sentido de la ley*), se hace ineludible también la ruptura con Dworkin, debido a la necesidad, si queremos sacar verdadero provecho hermenéutico de lo que debe ser una correcta aplicación de la norma jurídica, de incorporar a esta interpretación, en sentido estricto, una *argumentación* que nos permita verosímelmente explicarla.

En efecto, como sabemos, el sentido del texto se determina en el *ajuste mutuo* y recíproco de la interpretación de cada uno de los hechos o acciones y la interpretación del todo. Es el famoso *círculo hermenéutico* al que aludían Schleiermacher y Dilthey y que, entre otros, acopia Ricoeur³³. Sin ánimo exhaustivo, recordaré como, para todos ellos, existe una rela-

³² Cortocircuito solipsista que muestra a las claras las esenciales similitudes entre posturas habitualmente presentadas como contrapuestas, como consecuencia de un enfoque incapaz de cortar transversalmente el problema: en efecto, tanto un kelseniano como un *Freirechtler* estarían de acuerdo en reconocer en el momento de la decisión judicial la instancia voluntarista (el “acto de creación”) a la que nos hemos referido anteriormente, aunque ambos le otorgarían un sentido muy diferente. En cuanto a los positivistas decimonónicos, en ellos el “acto de creación” se vería desplazado del juez al legislador.

En un contexto jurídico, aunque más general que el tratado aquí, el profesor A. DE MURALT ha diseñado alguna de estas relaciones entre las diversas estructuras de pensamientos y su correspondientes análogos jurídicos: *L'enjeu de la philosophie médiévale. Études thomistes, scotistes et grégoriennes*, op. Cit., pp. 12-13. El mismo método, desde una consideración jurídico-política más amplia, se encuentra también en el mismo autor: *La estructura de la filosofía política moderna*. Trad. de Valentín Fernández Polanco, Istmo, 2002.

³³ El famoso “círculo hermenéutico”, como se recordará, viene representado por la famosa proposición: “Toda comprensión de lo individual está condicionada por una comprensión de la totalidad”. Dilthey lo vio así en Schleiermacher: “La totalidad de una obra tiene que ser comprendida partiendo de las palabras y de sus combinaciones y, sin embargo, la comprensión plena del detalle presupone ya la comprensión del conjunto” (*El mundo histórico*, op. Cit., p. 335). M. MACEIRAS: *Hermenéutica filosófica contemporánea*, op. Cit., p. 33 ss; JM. NAVARRO CORDON: *Hermenéutica filosófica contemporánea*, en *Boletín de la fundación Juan March* op. Cit., p. 6. Tb: RICOEUR., *Tratado de la interpretación –Discurso y excedente de sentido.*, op. Cit., pp. 101-106.

ción interpretativa o significativa entre el todo (*holos*) y la parte (*meros*) del texto. Esta reconstrucción del sentido del texto apela a “relaciones de conveniencia, de justeza o de ajuste, entre la interpretación propuesta de un pasaje difícil y la interpretación del conjunto de la obra”³⁴. Por otro lado, sabemos que el conjunto de la obra jurídico-procesal está constituido en el contexto dworkiano por la “*historia de la “empresa judicial”*”³⁵, y que ésta inevitablemente conlleva un carácter temporal, por lo que, para dar coherencia narrativa a cada uno de los acontecimientos con relevancia jurídico-procesal que se suceden, es necesario salirse del “caso aislado y puntual de un juicio determinado”, situándolo en la perspectiva completa de la empresa judicial en su conjunto. En ese sentido, Dworkin recurre, como nos recuerda Ricoeur, “a la fábula de una cadena de narradores, en lo que cada uno añadiría su capítulo a la redacción de una historia, donde ningún narrador determinaría por sí mismo el sentido global de ésta, pero donde cada uno debería presumirlo, si adoptara como regla la máxima coherencia. Esta anticipación de la coherencia narrativa, conjugada con la comprensión de los capítulos precedentes de una historia que cada narrador se encontraría ya empezados, daría a la búsqueda del “*ajuste*” (“*fit*”) una doble garantía: por un lado, la de los precedentes; por el otro, la de la perspectiva presumible del proceso jurídico en curso de elaboración. Dicho de otra forma, por un lado lo ya juzgado, por otro, el perfil anticipado de la empresa jurídica considerada en su historicidad”³⁶.

El intérprete del derecho, de este modo, no iniciaría nunca la cadena completa en un juicio determinado mediante principios *ad hoc*, al margen de la coherencia narrativa establecida por los precedentes (lo ya juzgado) sobre el que se incorporaría el nuevo hecho a enjuiciar (la perspectiva presumible del conjunto jurídico en curso de elaboración). Pues uno y otro, tanto la tradición de lo ya enjuiciado como la innovación de lo que se pretende enjuiciar, se interpretarían conjuntamente, eliminando, por ese mismo motivo, toda posibilidad de arbitrariedad judicial, todo juicio *ex novo* que no quedase circunscrito en el contexto jurisprudencial establecido por el *todo* de la *empresa judicial*. Hasta aquí el razonamiento de Dworkin podríamos decir que sería escrupulosamente hermenéutico. Pero es llegado a este punto donde se plantea la siguiente cuestión: ¿en qué contexto sería preciso situarse para ver la interpretación de este “*ajuste*” (*fit*) o “*conveniencia*”³⁷ entre la *parte* y el *todo* de esta *empresa judicial*, el acontecimiento particular y

³⁴ RICOEUR, *Le Juste*, op. Cit., pp. 167-168/161.

³⁵ *Ibid.*, p. 168/161.

³⁶ *Ibid.*, pp. 168-169/161-162.

³⁷ *Ibid.*, p. 168/161.

el “sentido” de lo ya juzgado, la interpretación del “caso difícil” y el argumento del texto? ¿Dónde podríamos tender este hilo de engarce comprensivo entre la interpretación del hecho particular, del caso difícil, conforme a determinados principios, y el argumento reglado de conjunto de la “obra judicial”? Aquí es en donde la hermenéutica no puede seguir yendo por más tiempo en compañía de la interpretación propuesta por Dworkin; pues llegado a este momento, éste se desentiende de clarificar³⁸ el necesario momento explicativo (argumentativo) de la comprensión de estos dos momentos que constituyen la empresa judicial, los *precedentes* y las *perspectivas*; es decir, de explicitar la necesaria vinculación entre las referencias abiertas por la *interpretación* de los casos particulares o los juicios concretos, dentro del *argumento* que constituye la historia narrativa judicial.

¿Y por qué cree Ricoeur que ocurre esto? Porque, en su opinión, “Dworkin está mucho menos interesado en la formalidad de los argumentos que en su sustancia moral y política (...). La univocidad es una característica de las reglas (...) Ella –según Dworkin– no conviene a los principios que, en último recurso, son de naturaleza ético-jurídica (...) El derecho establecido, en tanto que sistema de reglas, no agota el derecho en cuanto empresa política”. Y en el mismo sentido, añade Ricoeur: “Estos principios, a diferencia de las reglas, no son identificados por su *pedigrée* sino por su fuerza normativa propia (...) A diferencia de las reglas de segundo grado (de reconocimiento), su estatuto ético-político excluye la univocidad (...) Hay, por tanto, que interpretar cada vez (...)”³⁹. En este sentido, la flexibilidad de estos principios que, como dice Ricoeur, no se dejan subordinar para Dworkin a ningún modelo formal reglado (“hay que interpretar cada vez”; “todo es susceptible de ser más plausible, más probable, más persuasivo...”; “lo importante está en la labor heurística del juez”; “siempre cabrá interpretar tal caso en función de un nuevo principio *ad hoc*...”), entendiendo por tal reglamentación, no una imposición extrínseca o trascendente a estos, sino el hilo jurídico explicativo de lo *ya juzgado* donde se incorporaría ahora, como parte del relato jurisprudencial que le precede, el nuevo hecho particular que se pretende interpretar conforme a *principios*, le lleva a mantener, bajo una distinción irreductible, una “concepción general del derecho inseparable de una teoría política sustantiva”⁴⁰, en la que el ámbito de lo pre-comprensivo, de lo material, del acontecimiento, en definitiva del situacionismo ético-

³⁸ Los sinónimos propuestos: “integridad”, “coherencia” son demasiado indeterminados y no garantizan efectivamente este ajuste (*Ibid.*, p. 169/162; R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, *op. Cit.*, p. 230).

³⁹ *Le Juste*, *op. Cit.*, p. 170/163.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 171/164.

político, determinaría exclusivamente qué fuese lo jurídico, sin tener en cuenta la necesidad argumentativa de este hecho, caso, valor, principio, en el conjunto explicativo que permitiera significarlo de una u otra manera. Es, pues, este “*interés*”⁴¹ en subrogar completamente todo procedimiento explicativo en una interpretación conforme a principios políticos *ad hoc*, lo que parece alejarle, en nuestra opinión, de una teoría formal de la argumentación jurídica.

II. De la regla al principio. Implicaciones hermenéuticas

Lo repetimos una vez más: nuestra pretensión consiste en conferir una unidad hermenéutica al debate judicial sintetizando lo que generalmente se ha presentado como antinómico, a saber: por un lado, una *teoría de la interpretación* que acoge como fundamento *principios*, por el otro, una *teoría de la argumentación* que toma como paradigma *reglas*. Hemos visto la primera parte de la dialéctica. Nos detuvimos justo en el momento en que observábamos las primeras “incongruencias” en la obra de Dworkin. Éste era incapaz de armonizar explicativamente el famoso círculo hermenéutico de la *parte* y el *todo*, el caso particular y la asunción de la “práctica legal”⁴² en su desarrollo histórico, al evitar cualquier tipo de formalidad que escindiera el derecho de la ética y la política. Nos quedamos entonces en la necesidad de conciliar esta interpretación bajo los presupuestos explicativos de una argumentación –más en concreto, de una *argumentación jurídica*. Habiendo tematizado la interpretación, es momento de hacer lo mismo con la argumentación e intentar conjugarlas en una dialéctica. Propondremos para ello como modelo la *teoría de la argumentación jurídica de Alexy*. Nuestra intención únicamente consistirá en tomar este modelo como paradigma –Atienza habla de modelo *standard*-⁴³ sin ánimo exhaustivo, de las diferentes teorías de la argumentación jurídica⁴⁴, para problematizarlo –y pongo el acento en la cuestión metodológica- como miembro de la dialéctica. En consecuencia apenas entraremos en el contenido sustantivo de esta teoría, reteniendo únicamente, a efectos metódicos, los delineamientos fundamentales y las intenciones básicas del autor.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ M. ATIENZA, « Proyecto de una teoría de la argumentación jurídica », en *Las razones del derecho –Teorías de la argumentación jurídica*, Cuadernos y debates, Madrid, CEC., nº 31, 1991, p. 235.

⁴⁴ El mismo Alexy ha recogido alguna de estas teorías en su obra ya citada. Tb. ATIENZA, *op. Cit.* Por otro lado, al tomar a Alexy como modelo de una teoría de la argumentación que toma como paradigma a reglas, no pretendo desconocer el tratamiento de los principios en este autor.

Comenzaremos así con una breve sinopsis de su configuración discursiva, como “*discurso jurídico*”, caso especial del “*discurso práctico normativo general*”⁴⁵. En primer lugar su pretensión, en segundo, su argumento:

En cuanto a la primera, consistirá especialmente en tratar de inscribir el pequeño círculo de la *argumentación jurídica* en el gran círculo de la *argumentación práctico-general*⁴⁶. Éste será el fundamento de su justificación, el cual tematizaremos más adelante⁴⁷. En cuanto al argumento, tratará de sustantivar la pretensión anterior en la descomposición de los conceptos que constituyen el fundamento de la misma. En este sentido, si el discurso jurídico es un caso especial de discurso práctico general será porque efectivamente se discutan *cuestiones prácticas* que implican *interacciones humanas*, tenga una *pretensión de rectitud* o de corrección de éstas y de sus resultados, y quede a su vez delimitado bajo *determinadas condiciones*⁴⁸. Bajo esta forma se dirá que “en el discurso jurídico no se pretende sostener que una determinada posición es sin más racional, sino que puede ser fundamentada racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente”⁴⁹. Siguiendo esta perspectiva se delimita un procedimiento fundado en estos tres presupuestos: en primer lugar, en las reglas y formas del discurso práctico general (que constituirá el primer momento de nuestro acercamiento); en segundo lugar, en las reglas y formas específicas del discurso jurídico, que sintéticamente expresan la sujeción a la ley, a los procedimientos judiciales y a la dogmática. A su vez, y por último, se distinguen dos aspectos en la justificación de las decisiones jurídicas, la justificación interna y la justificación externa, de manera que existen igualmente dos tipos de reglas y formas en la aplicación concreta del discurso jurídico.

Intentaremos, por nuestra parte, abrir un círculo dialéctico-hermenéutico en cada una de estas aproximaciones a fin de evitar los formalismos en los que fácilmente caen estas teorías, incorporando a cada uno de estos momentos formales o reglados en los que se funda la argumentación, una pre-comprensión conforme a los criterios interpretativos estrictos dworkianos,

⁴⁵ Dos referencias bibliográficas fundamentales para la explicación de este segundo modelo. En primer lugar, la ya citada obra de RICOEUR: *Le Juste, op. Cit.*, pp. 163-184/157-176. En segundo lugar, M. ATIENZA, *op. Cit.*, en especial el capítulo VI: “Robert Alexy: La argumentación jurídica como discurso racional”. (Nos parece este último un buen referente al ser el propio autor traductor de la principal obra de Alexy: *Teoría de la argumentación jurídica, op. Cit.*). No obstante, es conveniente también observar la obra ricoeuriana *Le Juste 2, op. Cit.*, en especial, las páginas 81-84.

⁴⁶ R. ALEXY: *Teoría de la argumentación jurídica, op. Cit.*, pp. 272-280.

⁴⁷ M. ATIENZA, *op. Cit.*, pp. 177-178.

⁴⁸ R. ALEXY, *op. Cit.*, p. 207.

⁴⁹ ATIENZA, *op. Cit.*, p. 193. ALEXY, *op. Cit.*, 208.

hasta conducirnos finalmente a la inserción hermenéutica en el aspecto más formal de esta inferencia lógica: el *silogismo jurídico*.

(1) Veamos, pues, brevemente cada uno de estos pasos. En primer lugar, hemos dicho que la pretensión última de Alexy consiste en “considerar al discurso jurídico, a la argumentación jurídica, como un caso especial del discurso práctico general, esto es, del discurso moral”⁵⁰. Para ello habremos de precisar, aunque sea de forma somera, qué entendemos por *discurso práctico racional general*. Resuelto éste en su tratamiento hermenéutico, se verá la necesidad de acudir a su especificación en la forma de *discurso jurídico*. Ya adelante: para esta explicación, tal y como hace Alexy, debemos tomar en consideración la *teoría del discurso práctico habermasiano*⁵¹.

Situémonos en primer lugar al nivel de los conceptos. Decimos: *discurso práctico normativo*. La noción de *práctico*, en su versión sustantivada (practico/práctica), designa, como sabemos, un “lugar” (*tópos*) de interacciones humanas (pragmática). Conlleva, de alguna manera, una “*normatividad*”: las interacciones humanas son dichas como prácticas bajo la formalización de un discurso. ¿Qué tipo de discurso? Veremos cómo al tratar de determinar éste se apelará al criterio de *pretensión de rectitud o de corrección* que hará de él un argumento universal. Pero de momento podemos, en general, decir que todo discurso se caracteriza por un cierta razón formal (la que la palabra *argumentación* sugiere) como elemento mediador de los otros dos conceptos: mediante el discurso de la acción o de las interacciones humanas somos capaces de nominar a éstas bajo una determinada acepción universal práctica. Hablamos así, por ejemplo, de la *práctica jurídica* para referirnos tanto al practicar el derecho *como* (discurso del...) juez, *como* (discurso del...) letrado, *como* (discurso del...) jurista, etcétera.

Dejemos, no obstante, de momento a un lado estas nociones de *discurso y práctica*: el discurso, hemos dicho, es la forma argumentativa que confiere a las interacciones humanas una acepción general. Centrémonos en el concepto de “*normatividad*”. Éste constituye la piedra de toque de todas estas teorías y la que guiará nuestra explicación hasta el final. Designa, como ya avanzamos, la *pretensión de rectitud o de corrección* que debe regir las interacciones humanas cuando éstas son articuladas en argumentaciones o discursos. Sirve además como elemento común fundamentador de la posibilidad de inscribir el discurso jurídico dentro del gran círculo del discurso práctico general. Detengámonos pues en analizar qué entendemos por esta

⁵⁰ *Ibid.*, p. 177. ALEXY, *op. Cit.*, 34, 38ss., 206ss.

⁵¹ J. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios críticos*. Trad de N. Jiménez, Cátedra, Madrid, 1989, p. 121. ALEXY, *op. Cit.*, pp. 110-142.

“pretensión de rectitud o corrección”: ¿No estaremos, me pregunto, ante un concepto análogo al de *universalidad*?

Para responder a esta cuestión habremos de hacer valer los pasos que dijimos tomaríamos en consideración. Habrá entonces que acudir, tal y como hace Alexy, a la *teoría habermasiana del discurso práctico*, desplazándola posteriormente al ámbito jurídico. Leemos en Ricoeur: “la *corrección* es la pretensión que la inteligibilidad eleva, dado que admite el criterio de la comunicabilidad universalizable”⁵². Esta afirmación tiene su apoyo en el mismo Habermas: “Sólo puedo (...) atribuir un predicado a un objeto si también cualquiera que “pudiera” entrar en discusión conmigo “atribuyese” el mismo predicado al mismo objeto; para distinguir los enunciados verdaderos de los falsos, me refiero al juicio de los otros y, por cierto, al juicio de todos aquellos con los que pudiera iniciar una discusión (incluyendo contrafácticamente a todos los oponentes que pudiera encontrar si mi vida fuera coextensiva con la historia del mundo humano). La condición para la verdad de los enunciados es el potencial asentimiento de los demás”⁵³. Este “*potencial asentimiento de los demás*” remite a un horizonte de “*consenso universal*” donde descansan las *reglas formales de toda corrección*. Se habla “*de toda corrección*”, pues es en el discurso o en las argumentaciones ofrecidas por las partes, como elemento mediador entre las formas verbales de la acción o interacciones humanas y las formas verbales sustantivadas de la acción o prácticas, donde rige este criterio de corrección o de universalidad superpuesta, lo que evita caer de nuevo en alguno de estos tres tipos de perversiones análogas a las sugeridas más arriba por la teoría interpretativa dworkiana, que, como se recordará, nos hacían poner el poder discrecional del juez bajo una fuerte sospecha: por un lado, evita que se trate de una lógica puramente formal que no tenga en cuenta el cambio de argumentos entre los sujetos partícipes; por otro lado, evita también que se trate de una lógica simplemente intuitiva o endopática propia de aquellas teorías gnoseológicas o morales que determinan *a priori* y de modo absoluto cuál sea el objeto del conocimiento y de la voluntad; por último, que se trate de un decisionismo volitivo arbitrario, sin finalidad alguna, y por tanto al margen de las contraargumentaciones de los otros sujetos partícipes de la relación práctica.

Estas diversas reglas correctoras constituyen la base de una *pragmática universal*, esto es, la base a partir de la cual se articulan los diversos discursos cuyos fundamentos de “verdad” no vienen determinados por la pretensión semántica de los contenidos proposicionales que los reglan (a modo de correcto e incorrecto), sino “en tanto que referidas a los *actos que se*

⁵² *Le Juste*, op. Cit., 173/165. (Subrayado nuestro).

⁵³ J. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, op. Cit., p. 121.

realizan al decir algo: afirmaciones, promesas, mandatos, etc.; o, dicho de otra manera, (en tanto que referidas) al tránsito del nivel locucionario al ilocucionario del lenguaje”⁵⁴. En este sentido, *si por un lado la universalidad establece un cierto formalismo explicativo basado en el criterio de rectitud, por el otro, no deja de incorporar una relación sobre la que se asienta dicha universalidad: el discurso de la acción o praxis*. Estos autores se desvinculan así del tipo de universalidad contenida en el primer imperativo categórico, al estar todavía con Habermas el principio de universalidad puesto en juego en una situación dia-lógica o pragmática de entrada, a diferencia de Kant cuyo principio permanece confinado en el monólogo interior⁵⁵. El mismo Habermas modifica el imperativo categórico kantiano: “Desde esta perspectiva, hay que volver a formular el imperativo categórico en el sentido propuesto: “En lugar de proponer a todos los demás una máxima como válida y que quiero que opere como una ley general, tengo que presentarles mi teoría al objeto de que quepa hacer la comprobación discursiva de su aspiración a la universalidad. El peso se traslada, desde aquello que cada uno puede querer sin contradicción alguna como ley general, a los que todos de común acuerdo quieren reconocer como ley universal”⁵⁶. Las bases sobre las que se sustenta este criterio corrector fundado en la interacción discursiva de los participantes que lo distingue del imperativo categórico kantiano son las reglas de la “pragmática universal”: “Algunas de ellas, resume Ricoeur, rigen el ingreso en el discurso, digamos, al tomar la palabra: todos tienen un igual derecho a intervenir, a nadie se le prohíbe tomar la palabra. Otras reglas acompañan todo el proceso de diálogo: cada uno debe aceptar la exigencia que se le hace de dar razones y, si es posible, el mejor argumento, o justificar el rechazo. Esta regla constituye la regla general de justificación. Otras reglas rigen el desenlace del discurso: cada uno debe aceptar las consecuencias de una decisión si las necesidades bien argumentadas de cada uno son satisfechas”⁵⁷.

Llegamos aquí, de este modo, al nivel de una primera *mediación*. Recordemos que nuestro propósito consiste en articular una hermenéutica en los distintos niveles de desarrollo de un discurso cuyo punto final aboque a la inclusión de una interpretación conforme a principios en el plano más formal de la inferencia jurídica: el silogismo jurídico. Pues bien, en

⁵⁴ ATIENZA, *op. Cit.*, p. 180.

⁵⁵ Recordemos la formulación más general del imperativo categórico: “Obra únicamente según la Máxima que hace que puedas querer al mismo tiempo que ella se convierta en ley universal” (I. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Trad. de García Morente, Espasa-Calpe, Madrid, 1983, 8^a edición).

⁵⁶ J. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa, op. Cit.*, p. 88.

⁵⁷ *Le juste, op. Cit.*, p. 174/166.

este nivel todavía meramente *práctico general* encontramos razones para vincular los conceptos de *interpretación y argumentación* en virtud del recurso que se hace todavía a las nociones de *necesidad e interés*. En este sentido, piénsese que lo que la *normatividad* ofrece, para estos autores, es *un criterio de corrección en cuanto universalidad de un consenso o de una reglamentación de principios interpretativos comunes, establecido a partir de las interpretaciones expresadas en los discursos y argumentaciones de las partes* conforme a principios de necesidad e interés. La apreciación o, mejor dicho, la pre-comprensión de los principios, sólo es posible a la luz de un criterio explicativo, establecido como horizonte de rectitud o de “situación ideal” de todo discurso bajo la forma reglada de una argumentación donde la estimaciones o pre-comprensiones de los principios soliciten, en aras de la aceptación común, el requisito explicativo de “una estimación compartida por comunidades de tamaño variable”⁵⁸. El argumento nos recuerda mucho, por ejemplo, al desarrollado por Rawls en su *Teoría de la justicia*⁵⁹. Sabemos que en éste, a diferencia de otros contractualistas, no existe ningún hecho de razón a priori por asumir, “sino el recurso laborioso a la teoría de la decisión en un contexto de incertidumbre”⁶⁰ mediante una concepción puramente procedimental de la justicia. Dicha concepción procedimental es análoga *en regla* al *consenso universal*. Ahora bien, lo que interesa destacar aquí es el hecho de que tanto en uno como en otro (ya se trate en el primero de “estimaciones” o “necesidades”, en el segundo de “sentidos” o “convicciones”), lo más que se puede llegar a hacer es formalizar, con arreglo a un criterio explicativo determinado (por ejemplo éste de la universalización), un sentido, una estimación o unos principios que, en realidad, se presuponen continuamente. Quizá el argumento resulte más claro en Rawls que en Ricoeur: “el “argumento” –leemos en Ricoeur– sobre el que se apoya la concepción procedimental o reglada de Rawls se basa en una pre-comprensión de lo que significa lo justo y lo injusto, que permite definir e interpretar los dos principios de justicia antes de que sean escogidos en la situación original bajo el velo de la ignorancia⁶¹. En este sentido habla de “equilibrio reflexivo” entre la teoría y nuestras “convicciones bien sopesadas”⁶². A continuación cita dos ejemplos: “Hay, sin embargo, otro aspecto para justificar una descripción particular de la posición original. Ésta consiste en ver si los principios que podrían

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 174-175/167.

⁵⁹ J. RAWLS, *Teoría de la justicia*. Traducción de María Dolores González, FCE, Mexico, 1979.

⁶⁰ RICOEUR, *Soi même comme un autre*, op. Cit., p. 274/253.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 275/253-254.

⁶² *Ibid.*, p. 275 no 1/254 no. 55.

ser elegidos corresponden a las “convicciones” que tenemos de la justicia o las amplían de un modo aceptable”⁶³. Y un poco más adelante: “Podemos, entonces, comprobar la validez de una interpretación de la situación inicial según la capacidad de sus principios para acomodarse a nuestras más firmes convicciones y para proporcionar orientación allí donde sea necesario”⁶⁴. Lo que en estos ejemplos parece evidente es que los argumentos teóricos desempeñan, pues, la misma función de comprobación que Kant asigna a la regla de universalidad de las máximas, pero con la diferencia que ya mentamos más arriba: *tanto en Alexy como en Rawls, saltamos al ámbito de una pragmática donde el presupuesto ontológico que hay que teorizar viene determinado por la inter-acción de los participantes y de los argumentos con los que tratan de convencer a los otros, pues son éstos los que proporcionan el sustrato sobre los que la explicación, fundada en la pretensión de rectitud o normatividad, cumple la exclusiva función de “racionalizar progresivamente” o “textualizar” (conforme a unos criterios de los que pueden participar todos y no sólo los intervinientes) estas convicciones argumentadas conforme a principios cuando están afectadas o debilitadas por dudas*. Esta racionalización consiste pues, al igual que veíamos con Dworkin, en un proceso complejo de “ajuste” entre la *convicción* y la *teoría*.

De este modo, podemos concluir este primer nivel del discurso señalando cómo, en la medida en que nos encontramos de entrada en el plano de la comunicabilidad, *intereses y necesidades* acceden a la discusión reglada en términos de *comprensión compartida*: “la normatividad formal no se da sin la normatividad presunta por la cual una posición particular se anuncia como discutible, es decir, en el sentido propiamente dicho, como plausible”⁶⁵. Entonces las reglas constitutivas del discurso práctico racional general no tanto “postulan”, sino que *operan* la noción de “situación ideal”⁶⁶ de un discurso en cuyo interior los protagonistas pueden mantener una pretensión para la rectitud de su propio discurso. Las analogías se hacen así del todo evidentes: estas reglas constitutivas del discurso práctico racional (la forma explicativa

⁶³ J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, op. Cit., p. 37.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 38.

⁶⁵ *Le Juste*, op. Cit., p. 175/167.

⁶⁶ Preferimos hablar del carácter *operativo* de la noción de “situación ideal”, frente al más formal de “postulación”, pues éste último implica una reducción formalista, a priori, del ejercicio argumentativo de las interpretaciones aportadas por los participantes. Creemos, sin embargo, que el propio Ricoeur se deja llevar aquí demasiado por una influencia kantiana y husserliana, traicionando, en cierto modo, su propia filosofía, al utilizar expresiones tales como el “consenso” de una “tarea sin fin” (*Ibid.*, p. 173/165) en “situaciones ideales” (*Ibid.*, p. 175/167), lo que le aleja, de modo insoluble, de una perspectiva hermenéutica. No obstante, como podrá comprobar el lector, hemos seguido su línea argumental intentando en lo posible adaptarla a una verdadera hermenéutica.

que, decíamos, constituye el texto como un todo; la conciencia narrativa de la “empresa judicial” que delimita el caso particular en su contexto) operan la noción de “situación ideal” de un discurso en cuyo interior los protagonistas (jueces, legisladores y demás partícipes de la trama, incluidos los lectores) mantienen una pretensión (una pre-legitimación, una pre-comprensión conforme a principios, una interpretación conforme a argumentaciones) para la rectitud (para la validez o para la explicación) de su propio discurso: de su comprensibilidad o de su legitimidad (hermenéutica).

(2) Hasta aquí el primer nivel de *mediación* en esta formulación *general* del discurso práctico normativo. Sigamos, sin embargo, con el desarrollo del discurso que nos propusimos al comienzo de la explicación (por seguir el hilo argumentativo de Alexy), a saber: la caracterización del discurso jurídico como una especie particular del género del discurso práctico. Éste nos llevará, a su vez, al tipo de mediación hermenéutica que requiere la *aplicación del silogismo jurídico*.

Nos preguntaremos en primer lugar por el “lugar” (*tópos*) del *discurso jurídico*. La cuestión es importante, no tanto por cuáles sean los lugares específicos del discurso jurídico sino por si estos lugares comparten rasgos atributivos comunes al lugar por excelencia del discurso práctico general. Si es así, podremos decir que el discurso jurídico es efectivamente un discurso normativo de tipo específico. Y ¿cuál, decíamos, es este “lugar” por excelencia de la forma general del discurso normativo? Aquél, hemos dicho, configurado por un consenso en donde se entrecruzan argumentos que tienen por finalidad la corrección y la universalidad de los principios alegados por las partes. Se trata, pues, de saber ahora si los tipos de procedimientos jurídicos que Alexy añade al discurso práctico general: el lugar de la creación estatal de las normas jurídicas, el de la argumentación jurídica o discurso jurídico en sentido estricto y el discurso judicial, comparten este rasgo común de *corrección*⁶⁷.

Recuerdo que nuestra pretensión última consiste en conferir una unidad hermenéutica al debate judicial; tomaremos para ello como paradigma la “instancia *judicial*”. Ricoeur enumera algunas de las “*constricciones*” propias del discurso jurídico susceptibles de abrir un “*abismo*” entre el discurso práctico en general y este discurso judicial. Las cito brevemente: “Ante todo, la discusión se desarrolla en este ámbito en un recinto institucional propio (tribunales y cortes). En este marco, no todas las cuestiones están abiertas al debate, sino sólo aquellas que se insertan en el marco codificado del proceso. En el proceso mismo, los papeles están innegablemente distri-

⁶⁷ M. ATIENZA, *op. Cit.*, p. 192.

buidos (el acusado no está presente de un modo voluntario: está convocado). Además, la deliberación se somete a reglas procesales codificadas. Añadamos también que la deliberación tiene lugar en un tiempo límite, a diferencia de la dogmática jurídica y, hasta cierto punto, de las deliberaciones de la instancia judicial. En fin, la discusión ante la instancia judicial no se termina con un acuerdo e incluso no busca, al menos en una primera aproximación, el acuerdo; juzgar consiste en zanjar una cuestión y, por ende, en separar las partes, en instituir, como se ha subrayado en otro momento, una justa distancia entre ellas. En fin, no podemos perder de vista la obligación legal de juzgar que pesa sobre el juez⁶⁸.

A pesar de estas fuertes constricciones que, como vemos, lleva aparejada la apertura de un proceso judicial, no podemos decir que se produzca un abismo entre este tipo de discurso normativo específico y el discurso práctico general. Esto es debido a la mentada “pretensión de rectitud” que, *de una u otra manera*, conlleva todo discurso normativo, incluido el jurídico. Quizá para comprenderlo sea conveniente remitirnos a la “categoría” propia que conlleva la *textualidad* con respecto al habla. Dijimos en su momento que el proceso judicial podía ser perfectamente equiparado a la noción de *texto como “instancia judicial”*. En este sentido decíamos que con la aparición del texto mediábamos una *distancia*, imperceptible en el habla, que nos permitía abrir todo el campo de la significación del discurso, así como corregir en cierto modo la violencia aún no mediada procesalmente de las situaciones orales o pre-judiciales, entendidas como aquellas no “fijadas” conforme a unas reglas institucionales bien determinadas. Pues bien, precisamente esta *corrección, del habla al texto*, consecuencia de la distancia y fijación de los pasos procesales frente a la anomia de las situaciones orales, es *la que autoriza de nuevo una verdadera interpretación de los litigantes de acuerdo con el objeto procesal*. En este sentido, *la función de la mediación hermenéutica que supone el texto como “instancia judicial” (proceso judicial) no consiste en otra cosa que en restablecer esta “justa distancia” en virtud de la cual se hacen necesarias las constricciones implícitas al discurso normativo jurídico, con las que garantizar la “pretensión de corrección” o de equilibrio en la igualdad de las partes intervinientes y de sus respectivos argumentos probatorios*. Y esto no sólo al final del proceso, con una sentencia al menos motivada, sino también durante todo su desarrollo. En este desarrollo, las *constricciones del discurso procesal* no dejan, en ningún momento, de quedar delimitadas por este criterio general de la *pretensión de corrección*⁶⁹.

⁶⁸ *Le Juste, op. Cit.*, pp. 176-177/168-169. ALEXU, *op. Cit.*, p. 206.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 177/169.

Una pretensión de corrección, por otra parte, en el sentido de que para estos autores siempre puede ser fundamentada racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente mediante las reglas y formas (análogas al discurso práctico general en cuanto a su formalidad) específicas (en cuanto a su contenido) del discurso jurídico que, sintéticamente, expresan la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática jurídica⁷⁰. La expresión que suele dar inicio al fallo de la sentencias penales “*debemos condenar y condenamos...*” resulta a este respecto muy ilustrativa: no ya sólo porque permite superar una vez más el cortocircuito excesivamente formal del imperativo categórico en un tipo de máxima que ya es acto eficaz y ejecutivo (ilocutivo/perlocutivo)⁷¹, sino porque este elemento pragmático-performativo de la expresión “*deber de condenar*” supone además, desde el punto de vista *correctivo*, no sólo el fundamento *racional* de todo discurso práctico *general*, sino también el criterio *específico* de un discurso racional *jurídico* que *debe* necesariamente poner fin al debate interpretativo (por esa “pretensión de corrección” del desequilibrio originador del conflicto) de acuerdo con las reglas que expresan la naturaleza propia del discurso normativo en el que se está desarrollando el debate: el *discurso judicial*⁷².

Esta nueva comprensión hermenéutica, realizada en el desarrollo mismo del proceso, entre los *principios* alegados por las partes y las *reglas* que los posibilitan (los primeros sólo tienen sentido en un marco delimitado por reglas; las segundas sólo permiten explicar los primeros) termina, pues, con un juicio que, por el especial carácter coactivo que implica la expresión de lo jurídico, pone fin a un debate que si fuese establecido únicamente conforme a principios, se haría interminable. Será precisamente la mediación hermenéutica en esta fase final del proceso judicial, aquella caracterizada por la *justificación de la “decisión judicial”*, la que constituya el último paso en donde haremos convenir de nuevo el principio y la regla, la interpretación y la argumentación, como dos momentos esencialmente distintos, pero totalmente recíprocos, de la unidad hermenéutica que constituye la aplicación judicial.

Veamos pues, a continuación, los modos por los cuales una decisión judicial pueda estar justificada conforme al doble criterio de nuestra dialéctica. La incursión de la hermenéutica en esta fase última del discurso judicial (el momento de deliberación del *juicio veredictivo* que debe ser emitido) constituirá el momento final de nuestra investigación.

⁷⁰ ALEXY, *op. Cit.*, p. 213.

⁷¹ Este enunciado performativo “*debemos condenar y condenamos*”, en virtud del cual el simple hecho de la enunciación equivale a realizar lo mismo que se enuncia, evita, como veíamos más arriba, el que se tachen estas teorías de lógicas formales.

⁷² *Ibid.*, pp. 212-213.

(3) Como sabemos, Alexy distingue dos aspectos en la justificación de las decisiones jurídicas, la *justificación interna* y la *justificación externa*⁷³. La primera concierne a la “coherencia lógica entre las premisas y la conclusión: caracteriza pues el argumento como inferencia”⁷⁴. La segunda hace hincapié en los modos de justificación de las mismas. Estas últimas pueden ser de tres tipos: reglas de derecho positivo, enunciados empíricos y reformulaciones de normas, para cuya fundamentación hay que acudir a la argumentación jurídica; en concreto, a las formas y reglas de justificación externa. Distingue seis grupos de reglas y formas de justificación externa, según que las mismas se refieran: a la interpretación, a la argumentación dogmática, al uso de los precedentes, a la argumentación práctica general, a la argumentación empírica o a las formas especiales de argumentos jurídicos⁷⁵.

Sobre el modo de justificación de las premisas, esto es, sobre la llamada “justificación externa”, no nos detendremos. Es evidente, como señala Ricoeur, que en ésta se produce un entrecruzamiento entre los niveles interpretativos y argumentativos⁷⁶. *Nuestro objeto de interés se situará exclusivamente sobre el plano más formal de la inferencia, sobre la inferencia lógica de la justificación interna. ¿Por qué únicamente sobre este tipo de justificación? Porque lo único que pretendemos es hacer ver el solapamiento continuo, en las diferentes fases del discurso e incluso en las diferentes especificaciones que pueda adoptar éste (hasta ahora hemos visto este solapamiento hermenéutico en el modo general del discurso práctico, en el modo específico del discurso jurídico bajo su forma procesal en desarrollo, queda por ver éste en la fase final, esto es, en la justificación de la decisión judicial), entre interpretar y argumentar, comprender y explicar, principiar y reglar. En este sentido, nos da más pábulo partir del plano más formal de la inferencia lógica para descender progresivamente hacia planos materiales o interpretativos (tal y como hemos hecho, a la inversa, cuando tratamos los principios) donde podamos encuadrar una comprensión común entre una interpretación fáctica y jurídica, conforme al mentado criterio rector de la universalización.*

¿Cómo caracterizar, pues, la argumentación como inferencia? Distinguiremos, de entrada, dos formas de justificación interna. La primera, a la que Alexy llama “*simple*”, pretende satisfacer estas dos primeras reglas de fun-

⁷³ *Ibid.*, p. 213.

⁷⁴ M. ATIENZA, *op. Cit.*, p. 194. ALEXY, *Op. Cit.*, p. 214.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 195-196. ALEXY, *Op. Cit.*, pp. 223ss.

⁷⁶ *Le Juste, op. Cit.*, p. 180/171. Mientras que en la justificación interna –dice Alexy– se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas (ALEXY, *op. Cit.*, p. 214, 220ss.).

damentación interna: la apelación a una norma universal como criterio de fundamentación de una decisión jurídica; la necesidad lógica, junto a otras proposiciones, de justificar la decisión jurídica conforme a una ley universal⁷⁷. La segunda, expresa una forma más “general” de justificación interna, estableciendo diversos pasos de desarrollo, de tal manera que la aplicación de la norma al caso no sea ya discutible. Podría expresarse mediante las siguientes reglas adicionales: (a) Siempre que exista duda sobre si “a” es un “T” o un “M” hay que acudir a una regla que decida la cuestión. (b) Son necesarios los pasos de desarrollo que permiten formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea discutible. (c) Hay que articular el mayor número de pasos de desarrollo⁷⁸.

Quedémonos en la distinción entre una y otra forma de expresión de esta justificación interna. La diferencia es importante. Piénsese, como parece tener en cuenta el propio Alexy, que en algunos casos, la “simple” justificación interna de subsunción de un caso a una regla no resulta suficiente⁷⁹. Se necesita entonces de este segundo tipo de justificación “más general”, mediante la mediación de los diversos pasos de desarrollo configurados bajo una regla de universalidad que permita dilucidar si un caso “a” es un “M” o un “L”. Es el caso del *silogismo jurídico*, donde la subsunción misma es problemática. Con éste llegamos al nivel de una nueva y última *mediación*.

No se trata pues, como bien señala Ricoeur, únicamente de la subsunción de un caso en una regla (cosa que, por otra parte, admitiría Alexy: tal es el fundamento de la inclusión de la forma “general”), sino que este *silogismo* debe, además, satisfacer el “reconocimiento de carácter apropiado”⁸⁰ de la aplicación de tal norma a tales casos. Este “reconocimiento” hace de la aplicación judicial no simplemente un caso de subsunción, incluso descompuesta por grados (tal es el caso de la forma general), sino un *proceso de “ajuste”* (similar al que propuso, aunque sin desarrollar, Dworkin) *entre una interpretación fáctica y una interpretación jurídica*. El razonamiento resulta evidente: si surge la necesidad de incorporar a la forma simple de subsunción una forma más general, es porque la norma jurídica puede flexibilizarse conforme a la flexibilidad implícita que conlleva el hecho. *Ambos deberán interpretarse conjuntamente conforme al criterio de universalidad*. La flexibilidad viene provocada, tal y como nos recordaba Dworkin, por el “carácter narrativo” de todo hecho que se pretende calificar jurídicamente: el caso “a” (que se pretende calificar jurídicamente) es la historia de un caso

⁷⁷ ALEXY, *op. Cit.*, p. 215.

⁷⁸ ATIENZA, *op. Cit.*, p. 194. ALEXY, *op. Cit.*, 219-220.

⁷⁹ Véase nota anterior, en concreto: la forma general de justificación interna.

⁸⁰ *Le Juste*, *op. Cit.*, 178/170.

“a” contextualizado en la situación “b”, “c”,...; que adquiere la condición de “â”. Dicha condición lo acerca a la “conciencia narrativa” que subyace en todo hecho desarrollado en el tiempo. En este sentido, este nuevo “â” desarrolla un tipo de plurivocidad narrativa (la equivocidad potencial de ser efectivamente conformado, narrado de acuerdo a un encadenamiento factual) que imposibilita la univocidad reglada (que tanto quebraderos de cabeza provocaba a Dworkin) conforme al aspecto simple de inferencia (volvemos a Dworkin: “de demostrabilidad”), necesitando, en consecuencia, de una paralela interpretación jurídica donde acomodar dicho encadenamiento factual en este nuevo encadenamiento jurídico mediante el criterio corrector de la universalidad.

Resumiendo entonces: sólo partiendo del criterio narrativo de todo acontecimiento, caso, juicio, norma, etcétera (todos ellos se desarrollan en el tiempo), en el seno de la historia jurídico-procesal, cabría la posibilidad comprensiva de interpretar, al mismo tiempo, los dos momentos (el meramente fáctico y el normativo, la expectativa y lo ya juzgado) como esencialmente distintos dentro del interior de una historia que les precede y les da coherencia. Esta *coherencia* es la que subyace en la necesidad del desplazamiento del silogismo jurídico (de su fase simple a su fase general) para adecuar ambos momentos interpretativos, y la que define el criterio de universalidad como elemento corrector de este ajuste mutuo entre la interpretación propiamente fáctica y la jurídica.

Podemos, pues, decir finalmente que el nexo común donde confluyen la interpretación y la argumentación es aquél donde se cruzan la vía regresiva y ascendente de Dworkin, y la vía progresiva y descendente de Alexy. La primera llega al cruce común en el momento en que la teoría de la interpretación se cuestiona por la coherencia de su modelo narrativo en materia jurídica. La segunda llega a ese cruce cuando, para dar cuenta de su especificidad jurídica, encuentra los procedimientos de interpretación a título de *organon* del silogismo jurídico en virtud del cual un caso es situado bajo una regla⁸¹. Sólo de esta manera cabe entender ambos momentos como dos modos esencialmente distintos dentro de la accidentalidad común que ambos importan en tanto que partes de la universalidad hermenéutica, constituida en este caso por la interpretación y aplicación judicial



⁸¹ *Ibid.*, pp. 183-184/174.

LA DISTINCIÓN ENTRE HECHO Y VALOR: LA DOCTRINA DE LOS DOS MUNDOS Y EL SENTIDO INMANENTE

Hans Kelsen como neokantiano*

Stanley L. Paulson**
Washington University

1. Introducción: dos enfoques sobre la normatividad en el derecho

De acuerdo con Hans Kelsen (1881-1973), la tesis de la *facticidad* o de la *reducción* se refleja en la filosofía del derecho y en la teoría jurídica de muchos de sus antecesores y contemporáneos. Según esta tesis, el derecho se explicita en última instancia recurriendo a un fenómeno social, que bien puede ser la voluntad del soberano o la aceptación del ordenamiento jurídico y sus normas por parte de sus destinatarios. Si la tesis de la facticidad se extrapola a categorías semánticas, puede decirse que los teóricos del derecho que defienden una posición reduccionista, introducen “definiciones eliminatorias”, en virtud de las cuales, reemplazan los conceptos normativos del derecho por conceptos correlativos de tipo descriptivo. La idea de que en esto consiste el discurrir de la ciencia jurídica puede llamarse “tesis semántica reduccionista”¹. La convicción de Kelsen de que esta tesis era errada,

* Traducción de Carlos Bernal Pulido, profesor de filosofía del derecho y derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá), del original en alemán publicado en R. Alexy, L. H. Meyer, S. L. Paulson y G. Sprenger (Edt.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 223-251.

** He tenido la oportunidad de presentar a modo de conferencia, anteriores versiones de este artículo en Kiel (julio de 2000), en la Conferencia del grupo de Bielefeld, en Viena (diciembre de 2000) y en León (mayo de 2001). Quisiera agradecer a Robert Alexy, Martín Borowski y Carsten Heidemann en Kiel, Juan Antonio García Amado, Carlos Bernal Pulido y Miguel Ángel Rodilla en León y Salamanca, Stefan Hammer y Alexander Somek en Viena, Christian Krijnen en Mannheim, Lukas H. Meyer en Nueva York y Bremen, Bonnie Litschewski Paulson en St. Louis y Martín Schulte en Dresden por sus valiosos comentarios. La Fundación Alexander von Humboldt (Bonn-Bad Godesberg) financió este trabajo durante una estancia de investigación de tres meses.

¹ Joseph Raz, “The Purity of the Pure Theory”, en: *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Stanley L. Paulson y Bonnie Litschewski Paulson Edt., 1998 (en lo sucesivo: *Normativity and Norms*), p. 237-252 (239). Sobre esta interpretación de la filosofía del derecho de Kelsen, Cfr. También Joseph Raz, “Kelsens Theory of the Basic Norm”, en id., p. 47-67.

determina el rumbo de su filosofía del derecho², sobre todo en su primera fase, la preclásica³. Como el propio Kelsen enfatiza retrospectivamente: “En los “Problemas capitales de la doctrina del derecho del Estado” se trata en primer lugar de encontrar la *singularidad del derecho* frente a la de la *naturaleza* o frente a la de una realidad social determinada de un modo similar a la naturaleza”⁴. En lugar de la tesis de la facticidad, Kelsen defendió desde el comienzo la *tesis de la normatividad* –es decir, una tesis semántica no reduccionista–.

Tanto en relación con la obra de Kelsen, como también más allá de ella, existen en la literatura de la filosofía del derecho las más diferentes interpretaciones de la tesis semántica no reduccionista o tesis de la normatividad⁵. Una caracterización del enfoque normativo, que a mi juicio resulta ejemplar, proviene de Joseph Raz:

² Cfr. Sobre este aspecto, en general: Stanley L. Paulson, “Konstruktivismus, Methodendualismus und Zurechnung im Frühwerk Hans Kelsens”, en: *Archiv des öffentlichen Rechts* 124, 1999, p. 631-657 (en lo sucesivo: “Konstruktivismus, Methodendualismus und Zurechnung”). (Tiene traducción al castellano en: Stanley L. Paulson, “Constructivismo, dualismo metódico e imputación en la obra inicial de Hans Kelsen”, en Id., *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, Traducción de Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000).

³ La primera fase de Hans Kelsen, que puede denominarse “constructivismo crítico”, tiene su más clara expresión en su primera gran obra, publicada en el año 1911, el escrito de habilitación *Problemas capitales de la doctrina del derecho del Estado (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre)* (en lo sucesivo: *Hauptprobleme*). En esta primera fase, Kelsen trata sobre todo de construir un conjunto de conceptos no reduccionistas, para responder al positivismo jurídico y estatal de vieja laya, que siempre se había basado en lo fáctico. La segunda fase, clásica o neokantiana, que transcurre aproximadamente desde 1920 hasta 1960, puede caracterizarse con base en dos desarrollos que ya se habían llevado a cabo a mediados de los años veinte. De un lado, Kelsen intenta fundamentar, por lo menos parcialmente, los conceptos básicos del derecho mediante una argumentación trascendental. Las particularidades de dicha argumentación pueden exponerse con ayuda de diferentes doctrinas que se remontan hasta Kant y los neokantianos. De otro lado, ya al comienzo de los años veinte Kelsen, adoptó la totalidad de la doctrina del escalonamiento jurídico (*Stufenbaulehre*) de Adolf Julius Merkl. La concepción estática, presentada en los “*Hauptprobleme*”, que sólo estaba compuesta por normas jurídicas generales, fue remplazada por Kelsen por una concepción “jurídico-dinámica”, en virtud de la cual, las normas jurídicas progresan “*en una concreción escalonada que va desde la Constitución [...] hasta los actos jurídicos individuales de ejecución*”. Id., 2ª. Edición, con nuevo prólogo, 1923, p. XV. A comienzos de los años cuarenta comienza Kelsen a introducir en su filosofía del derecho algunos componentes analíticos y empíricos, sin renunciar, sin embargo, a la argumentación neokantiana. Luego, aproximadamente en 1960, Kelsen sustituye por completo su instrumental neokantiano por una teoría voluntarista del derecho, más bien poco disfrazada, en la que asume auténticas posiciones escépticas. Entre ellas se encuentran, por ejemplo, las reservas sobre la aplicabilidad de la lógica al derecho. Esta fase escéptica es la tercera y última, que va hasta la muerte de Kelsen.

⁴ Hans Kelsen, *Hauptprobleme* (citado en la nota núm. 3), 2ª. Edición con nuevo prólogo, 1923, p. VI. La cursiva es del original.

⁵ Cfr. Por ejemplo, los artículos publicados en *Normativity*, J. Dancy Edt., 2000.

*“Algunos aspectos del mundo son normativos, en la medida en que constituyen [...] razones para las personas, y específicamente, razones que hacen que ciertas orientaciones, sentimientos, emociones, intenciones o comportamientos sean apropiados o inapropiados.”*⁶

Una caracterización semejante de la normatividad plantea numerosos interrogantes. ¿Cómo es posible que algunos “aspectos del mundo” funcionen como razones a favor de ciertas orientaciones, comportamientos y fenómenos similares? Aunque no pueda ofrecerse respuestas totalmente satisfactorias para preguntas como ésta, es imposible soslayar el punto de partida de esta tesis de la normatividad: lo característico de la normatividad es el poder aducir razones a favor de una acción. Si se aducen adecuadamente las razones, éstas fundamentan la acción de que se trate. En el contexto institucionalizado del derecho, la tesis de la normatividad se refiere por antonomasia a las obligaciones de los sujetos, a llevar a cabo u omitir determinadas conductas, y las razones para atribuir a alguien dichas obligaciones y reconocerles carácter vinculante.

Aquí se plantea la pregunta de si Kelsen entiende por normatividad algo semejante. De acuerdo con una de las posibles interpretaciones de su obra, este autor concibe la normatividad como la “sustancia intelectual” del derecho y de sus normas.

*“[La Teoría pura del Derecho] es bien consciente de que el significado normativo específico de ciertos hechos materiales, el significado de aquello que se designa como ‘Derecho’, no es el resultado de una interpretación necesaria, sino de una interpretación posible, que se origina sólo a partir de cierta presuposición básica [...]. Sin embargo, la Teoría pura del Derecho no considera que de ello se derive necesariamente la consecuencia de que deba renunciarse a la categoría del deber ser y, de este modo, a una teoría normativa del Derecho, es decir, a una exploración epistemológica y a un tratamiento sistemático de la sustancia intelectual que se origina a partir de los actos naturales, para así otorgarles sentido jurídico.”*⁷

Si se considera la caracterización que Raz hace de la normatividad como la *tesis fuerte de la normatividad*, entonces, bien puede entenderse que la caracterización de Kelsen es más débil. Su enfoque trata de concebir las normas jurídicas como algo *sui generis*⁸, como entidades que tienen validez en una

⁶ Joseph Raz, “Explaining Normativity: On Rationality and the Justification of Reason”, en: *Ibid.*, p. 34-39 (34) *Id.*, *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*, Oxford: OUP, 1999, p. 67-89 (67).”

⁷ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Edición. (citado en la nota núm. 1), § 16 (p. 36 y ss.) (Tiene traducción al castellano: *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1999). Sobre la normatividad en la teoría del derecho de Kelsen, Cfr. También la amplia exposición de Carsten Heidemann, *Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens*, Baden-Baden 1997.

⁸ Cfr. Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence*, traducción de Annie I. Fausbøll, 1946, p. 39-48.

esfera separada del mundo exterior y que por lo tanto no permiten ser reducidas a meros hechos. Dicho de otra forma, este enfoque parte de la concepción de las normas jurídicas como *contenidos objetivos de sentido*⁹, una interpretación que puede fundamentarse apelando a una concepción neokantiana. Más adelante se volverá sobre este punto. Esta tesis de la normatividad es en realidad mucho más débil que la expuesta anteriormente, porque lo único relevante en ella es que la norma jurídica puede resistirse a todo intento de reducirla a algo fáctico. Un problema por entero diferente es establecer si existe una fundamentación semejante que pueda vincularse a la norma jurídica.

De muy distintas maneras los filósofos del derecho han intentado presentar la teoría del derecho de Kelsen por medio de la tesis fuerte de la normatividad¹⁰. No es fácil decidir si esta empresa puede llevarse a cabo con éxito. En esta investigación me ocuparé sólo de los fundamentos filosóficos de la normatividad, tal como Kelsen la entiende, es decir, como la contrapartida de la facticidad. Dado que las dos tesis de la normatividad comparten esta última propiedad, el análisis de la *tesis débil de la normatividad* resulta suficiente para los fines de esta investigación.

Con todo, el enjuiciamiento de la tesis fuerte de la normatividad no resulta tan fácil como puede parecer a primera vista. La razón de ello se encuentra en que esta tesis se relaciona con la doctrina de los dos mundos, de la que a su vez se origina una profunda antinomia que afecta a la teoría del derecho de Kelsen: ambos mundos, el exterior y el normativo (o el de la validez), se separan herméticamente el uno del otro —esto crea una situación antinómica en la que el propio Kelsen insiste—¹¹. La respuesta para la pregunta de si esta antinomia puede resolverse desde el enfoque de Kelsen, presupone emprender una investigación de sus fuentes filosóficas en este área del conocimiento. Su propia contribución al desarrollo de aquello que conduce a dicha antinomia, debe calificarse en realidad como insuficiente. Entre las fuentes filosóficas de la Teoría pura del derecho de Kelsen se encuentra sobre todo el neokantismo.

En el apartado I introduciré la distinción entre hecho y valor y argumentaré que es ésta —y no la particular distinción iusfilosófica entre el ser y el

⁹ Cfr. Las citas referenciadas en las notas núm. 130-131.

¹⁰ A pesar de que por ejemplo Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 2. Edición, 1994, p. 155-186 (tiene traducción al castellano: *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994); Joseph Raz (citado en la nota núm. 1), y Carlos Santiago Nino, "Some Confusions surrounding Kelsen's Concept of Validity", en: *Normativity and Norms* (citado en la nota núm. 1), p. 253-261, defienden muy diferentes interpretaciones de Kelsen, en los tres casos se trata de variantes de la tesis fuerte de la normatividad.

¹¹ Cfr. Apartado II *infra*.

deber ser— aquélla que juega el papel fundamental en las doctrinas sobre la filosofía y la teoría del derecho de los antecesores y contemporáneos de Kelsen, así como en la crítica de este autor hacia dichas doctrinas. En el apartado II expongo la antinomia que se deriva de la teoría de los dos mundos y que subyace a los planteamientos de Kelsen. El apartado III se dedica a la pregunta: ¿Qué clase de neokantiano fue Kelsen? Mediante varias comparaciones materiales y citas bibliográficas intento mostrar que, en aspectos centrales, su filosofía del derecho recibió una considerable influencia sobre todo del neokantismo del Baden o del suroeste de Alemania¹². En el apartado IV vuelvo a referirme a la antinomia, desde la perspectiva de las teorías iusfilosóficas de Kelsen, acuñadas con el sello del neokantismo. En la medida en que pueda afirmarse que la antinomia se puede resolver con la intermediación de la teoría del sentido inmanente —el problema tiene muchas aristas, y aquí sólo puede esbozarse uno de los posibles enfoques de solución—, se satisface una condición necesaria para poder defender la tesis débil de la normatividad. Pero aún más extendido es el alcance de la conclusión que subyace al enfoque utilizado para resolver la antinomia: el propio Hans Kelsen es un neokantiano con impronta de la escuela del Baden, y, por tanto, resulta completamente coherente y útil la idea de que los problemas que se originan a partir de su filosofía del derecho pueden solucionarse apelando al instrumental del neokantismo de la escuela del Baden.

2. La diferencia entre ser y deber ser como la distinción entre hecho y valor

Con frecuencia se acepta que la tradición iusfilosófica occidental puede comprenderse de la mano de dos tesis. En la terminología de hoy, ellas son, por una parte, la tesis moral o tesis de la vinculación y, por otra parte, la tesis de la separación¹³. La tesis de la separación señala que el derecho y la moral pueden separarse conceptualmente, o, en otras palabras, que no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral. La tesis moral o de la vinculación establece exactamente lo contrario, o sea, que en verdad existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Si la idea se formula

¹² El interrogante sobre la influencia de la escuela del Baden en Kelsen ha sido siempre soslayado. Dos importante excepciones en este campo son los trabajos de Carsten Heidemann, *Die Norm als Tatsache* (citado en la nota núm. 7), especialmente las p. 51-55, 222-224, y Stefan Hammer, “A Neo-Kantian Theory of Legal Knowledge in Kelsen’s pure Theory of Law?”, en: *Normativity and Norms* (citado en la nota núm. 1), p. 177-194.

¹³ Un esbozo clásico bien conocido, cuya lectura aún tiene valor es: Xenophon, *Erinnerungen*, I. ii. 40-46, moderna edición en alemán: Xenophon, *Die Sokratischen Schriften*, traducción de Ernst Bux, 1956, p. 59 y ss. Para una exposición actual es recomendable: Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (citado en la nota núm. 10).

correctamente, a partir de la conjunción de la tesis moral o de la vinculación y la tesis de la separación, aparece entonces con claridad una contradicción. Entonces, la contraposición que se plantea entre estas dos tesis iusfilosóficas es fundamental para determinados fines analíticos, ante todo, porque las dos tesis pueden constituir el punto de partida para precisar en qué consiste el problema de la relación entre el derecho y la moral¹⁴.

Esta contraposición clásica es el fiel reflejo de una distinción entre el ser y el deber ser, en la cual, el “ser” se relaciona con el derecho válido y el “deber ser” con las normas de la moral. Esta es la distinción entre ser y deber ser propia de la filosofía del derecho. Con todo, observada desde la perspectiva histórica, esta contraposición no refleja la evolución completa de la filosofía del derecho y de la teoría general del derecho durante el Siglo XIX. En realidad, fue una segunda diferenciación entre el ser y el deber ser la que jugó el papel protagónico en aquél entonces. En esta segunda diferenciación, el “ser” se relaciona con los hechos del mundo exterior, al paso que el “deber ser” tiene que ver con las normas de la moral y del derecho. Esta segunda distinción entre el ser y el deber ser se conoce generalmente con el apelativo de “distinción entre hecho y valor”, que se remonta a David Hume¹⁵, así como con la denominación de “dualismo metodológico”¹⁶. A continuación quisiera presentar sucintamente esta distinción, como quiera que de ella se deriva el enfoque normativo de Kelsen.

¹⁴ Robert Alexy diferencia entre el observador y el participante, lo conceptual y lo normativo, etc., y llega, en un *Tour de Force*, a 64 posibilidades imaginables en que se puede entender las tesis moral o de la vinculación y de la separación. Aun cuando algunas de estas posibilidades de interpretación no son aplicables en la práctica –lo cual es aceptado por Alexy sin ningún reparo–, sus observaciones muestran de manera clara y explícita todo lo que se puede originar desde ese punto de partida, cuando se complementa con una serie de diferenciaciones adicionales. Cfr. *Ibid.*, p. 39-136, especialmente las p. 49-51.

¹⁵ Cfr. David Hume, *A Treatise of Human Nature* (primera publicación: 1739-40), editado por D.F. Norton y M. J. Norton, 2000, libro III, primera parte, apartado primero (p. 302).

¹⁶ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 1932, § 2 (especialmente p. 6 - 9), reproducido en: *Id.*, *Gesamtausgabe*, Edt. por Arthur Kaufmann, Tomo 2: *Rechtsphilosophie II*, 1993, § 2 (especialmente p. 230 - 233). Cfr. También Max Weber, “Roscher und Knies und die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie (3. artículo): Knies und das Irrationalitätsproblem (continuación)”, en: *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich* 30, 1906, p. 81-120, especialmente p. 102 y ss., nota 1, reimpreso en: *Id.*, *Wissenschaftslehre*, 6 edición., Edt. por Johannes Winkelmann, 1985, p. 105-145, especialmente p. 127 nota 1; Max Weber, “Der Sinn der “Wertfreiheit” der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften”, en *Logos* 7, 1917/18, p. 40-88, especialmente p. 51, reimpreso en: *Id.*, *Wissenschaftslehre* (citado en esta nota), p. 489-540, especialmente p. 501. Como H. H. Bruun en su clásica obra *Science, Values and Politics in Max Weber's Methodology*, 1972, p. 23, acertadamente apunta, Weber considera la distinción entre ser y deber ser como una obviedad y por ello no se ocupa de su fundamento filosófico.

Refiriéndose al antagonismo entre las leyes de la naturaleza y las normas, Kelsen expone su distinción entre ser y deber ser de la siguiente manera:

“Un completo antagonismo entre las leyes de la naturaleza y las normas sólo es posible en razón de una completa disparidad entre ser y deber ser. Así como puedo afirmar sobre algo: ello es, así también puedo decir de lo mismo: ello debe ser, y en cada caso habré dicho algo totalmente distinto”¹⁷

Ser y deber ser son las más generales disposiciones del pensamiento, aclara Kelsen¹⁸, o –siguiendo a Georg Simmel– modalidades fundamentales del pensamiento. En este punto Simmel compara estas modalidades con las categorías gramaticales: el futuro y el pretérito, el conjuntivo y el optativo¹⁹. Ser y deber ser sí serían fundamentales como las categorías gramaticales puras, porque serían modalidades elementales, en las que lo indicativo, por una parte, y lo normativo, por otra, no se reflejan mutuamente en modelos deductivos intercambiables. En palabras de Simmel que Kelsen aprueba y cita, la distinción entre hecho y valor se expresa de la siguiente manera:

“El ser nunca (puede) deducirse de meros conceptos, sino sólo de aquellos en los que de alguna manera el ser ya está contenido. El deber ser se comporta de la misma forma. Que nosotros debamos hacer algo, sólo puede demostrarse mediante una reducción a otro deber ser seguro, ya presupuesto (...)”²⁰.

Debido a su empeño, a veces un poco extraño, de debatir la tesis de la facticidad, Kelsen apela constantemente a la distinción entre hecho y valor²¹. Si se parte de que el derecho puede “reconocerse específicamente en las leyes singulares a las que obedece y sin alusión a las leyes de la *naturaleza*”²², entonces el recurso al material fáctico debería considerarse como uno de los ejemplos más graves de sincretismo metodológico, es decir, de vulneración del ideal metodológico de la pureza²³.

¹⁷ Hans Kelsen, *Hauptprobleme* (citado en la nota núm. 3), p. 7.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Georg Simmel, *Einleitung in die Moralwissenschaft*, 2 Tomos, 1892/93, Tomo 1, p. 12, reimpresso en Id., *Gesamtausgabe*, Tomo 3, 1989, p. 22, citado en: Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (citado en la nota 3), p. 7 y ss.

²⁰ Georg Simmel, *Einleitung in die Moralwissenschaft*, (citado en la nota 19), tomo 1, p. 12, reimpresso en Id., *Gesamtausgabe*, Tomo 3, 1989, p. 25, citado en: Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (citado en la nota 3), p. 8. (No se ha transcrito el énfasis de Kelsen).

²¹ Cfr. P. Ej. Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, § 2 (p. 6 y ss.), § 5 (c) (p. 18 y ss.), § 13 (b) (p. 62 y ss.), § 15 (c) (p. 73), § 20 (a) (p. 102 y ss.), § 38 (d) (p. 269 y ss.), § 44 (b) (p. 322 y ss.).

²² Hans Kelsen, *Der soziologische y der juristische Staatsbegriff*, 1922, § 12 (p. 81). (La cursiva es del original).

²³ El ideal metodológico de la pureza puede reconducirse conceptualmente a la caracterización kantiana de los conocimientos como “puros”, cuando “no contienen absolutamente nada empírico”. Inmanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, 1781/87, Tomo 3. Especialmente en el contexto del constructivismo jurídico, la “pureza” se relaciona con la pretensión de evitar la

De manera antagónica a la distinción entre hecho y valor, la separación entre derecho y moral, en el sentido de la tesis de la separación característica del positivismo jurídico —la tesis contraria a la tesis moral o de la vinculación, según la distinción entre ser y deber ser propia de la filosofía del derecho— sólo se admitió vagamente, si acaso lo fue de algún modo, entre los antecesores y contemporáneos de Kelsen. En primer lugar, a diferencia de sus colegas ingleses de esta época, ninguno de los teóricos del derecho del Siglo XIX del ámbito continental-europeo defendió una ética similar a la del utilitarismo, cuyos principios y exigencias debieran separarse tajantemente de las normas jurídicas. A lo largo del siglo XIX, los teóricos del ámbito continental-europeo se ocuparon más bien de otros proyectos totalmente diversos, a saber, de la configuración científica del derecho y de todo lo que implica este proyecto: sistema, estructura conceptual y otros aspectos similares²⁴. Este Leitmotiv, o sea, la configuración científica del derecho, y la carencia de una ética filosófica por parte de los teóricos del derecho del ámbito continental europeo de aquél entonces, condujo a que no vieran ningún motivo para ocuparse de la tesis de la separación.

Aun cuando el teórico del derecho continental-europeo hubiese defendido una ética filosófica, esto no habría implicado nada con respecto a su aplicación a la tesis de la separación, a menos que se hubiese apartado de la tesis de la facticidad. Esta consideración, que constituye la segunda razón para que la tesis de la separación no jugara un papel relevante entre los antecesores y contemporáneos de Kelsen, puede explicarse si se alude a la situación de la teoría general del derecho que entonces predominaba en Inglaterra. Allí sí se hallaba la tesis de la separación en los escritos de John Austin y sus sucesores, pero jugaba un papel subordinado frente a la distinción entre hecho y valor. En esto puede haber sucedido algo que se explica mediante un argumento de dos partes. Por una parte, el supuesto material normativo del derecho podría reducirse a estados de cosas fácticos, y por

mezcla de diferentes métodos cognitivo-teoréticos. Georg Jellinek da un prominente testimonio de este intento por erradicar este “vicio”: “Si se ha comprendido la distinción general entre el mundo de las ideas de los juristas y el mundo objetivo de los sucesos de la naturaleza, entonces de ello se deriva la inadmisibilidad de una extrapolación a aquéllas, de los métodos para el conocimiento de estos últimos. Entre los vicios científicos de nuestro tiempo se encuentra el del sincretismo metodológico”. Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Edición, 1905, reimpresión de 1979, p. 17. Ciertamente, en nombre de la pureza, Kelsen se sale del marco trazado por Jellinek y va mucho más allá. Cfr. El texto citado en las notas núm. 33 y 34.

²⁴ Cfr. en general sobre este aspecto: Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Tomo 2: *Staatslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*, 1992, p. 322-380; Walter Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, 1993; Christoph Schönberger, *Das Parlament im Anstaltsstaat*, 1997, p. 21-182.

otra, dichos estados de cosas fácticos serían suficientes en definitiva para explicar el supuesto material normativo del derecho. Sin embargo, si los meros hechos fuesen suficientes para aportar las explicaciones necesarias, entonces la moral podría considerarse como algo innecesario. De este modo, la introducción de la tesis de la separación se convertiría en algo superfluo.

No es entonces casual que John Austin dedicara una relevante parte de la sexta de sus “Lectures on Jurisprudence”²⁵ a aquéllos estados de cosas fácticos a lo que puede reconducirse la soberanía como un concepto jurídico, mientras que este mismo autor restringiera la cita que después sería entendida como una introducción de la tesis de la separación²⁶, a sólo algunos pasajes²⁷.

Si estos argumentos son acertados, debe concluirse que, desde una perspectiva histórica, la diferencia básica del Siglo XIX no fue entonces la contraposición iusfilosófica entre el ser y el deber ser, sino la distinción entre hecho y valor. Es evidente que no todos los autores que precedieron a Kelsen o fueron sus contemporáneos, y que fueron criticados duramente por este

²⁵ Al comienzo de su sexta lección, Austin aclara que pretendía descomponer diversos conceptos, entre ellos el de soberanía. A partir de ahí se origina un análisis en el que Austin descubre que esta construcción, hasta entonces concebida como un concepto normativo, era una circunstancia puramente fáctica. Esta reducción, llevada a cabo por Austin, se observa de manera patente en su reducción del concepto de soberanía a dos condiciones fácticas: “Aquella forma de dominación suprema que se designa con el concepto de soberanía, junto con la comunidad política independiente que está ligada a ella, se diferencia de otras formas de dominación suprema y, de este modo, de otras formas de comunidad, en las siguientes características o propiedades:

1. Hay una instancia suprema (persona o corporación), que es reconocida de manera idéntica y unívoca por toda la sociedad y que es obedecida habitualmente por la gran mayoría de la población.
2. Esa persona o corporación no obedece habitualmente, por su parte, a ninguna otra instancia superior.”

Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 5. edición, Editada por Robert Campbell, 2 tomos, Londres 1885, Tomo 1, Lecture 6, p. 220. La crítica de Kelsen a la teoría jurídica de John Austin tiene lugar en el marco de la distinción entre hecho y valor. Cfr. Hans Kelsen, “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, en: *Harvard Law Review* 55, 1941/42, p. 44-70 (54), reimpreso en: Id, *What is Justice?*, 1957, p. 266-287, (p. 271 y ss.).

²⁶ Fue sobre todo H.L.A. Hart, quien, refiriéndose a los escritos de Jeremy Bentham y John Austin, introdujo la tesis de la separación en la discusión actual. Cfr. H.L.A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review* 71, 1957/58, p. 593-629, especialmente las p. 594-600.

²⁷ Entre otros, aduce Austin: “Ahora bien, decir que las leyes humanas que se enfrentan a las leyes divinas no son vinculantes, es decir, que no son leyes, es decir una tontería. Las leyes más nocivas, y por tanto aquéllas más opuestas a la voluntad de Dios, han sido y son cotidianamente aplicadas por los tribunales de justicia”. John Austin, *Lectures on Jurisprudente* (citado en la nota núm. 25), Lectura 5 (p. 215). (La traducción está tomada de la versión en castellano: *El objeto de la jurisprudencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 189.)

último en nombre de la distinción entre hecho y valor –por ejemplo, Ernst Rudolf Bierling, Karl Binding, Eugen Ehrlich, Carl Friedrich von Gerber, Otto von Gierke, Alexander Hold v. Ferneck, Georg Jellinek, Rudolf von Jhering, Hermann Kantorowicz, Hugo Preuss, Gustav Radbruch, Felix Somló, Rudolf Stammler, August Thon, Max Weber, Bernhard Windscheid y Ernst Zitelmann, un poco más tarde Carl Schmitt y Rudolf Smend, y finalmente John Austin y Alf Ross– defendieron una teoría basada en lo fáctico.²⁸ En realidad sucedió todo lo contrario, pues entre los muchos autores criticados, tal vez sólo puede considerarse a John Austin y Felix Somló, como representantes de la tesis de la facticidad²⁹. Con todo, esta circunstancia no fue óbice para que Kelsen criticara a todos los demás autores mencionados, a causa de que supuestamente propugnaban una doctrina basada en lo fáctico. Es necesario comprender de un modo un poco desfigurado algunas de las doctrinas tomadas en consideración, para ver en ellas una aplicación de la tesis de la facticidad. Un ejemplo de ello es la interpretación que hace Kelsen de la teoría jurídica de Rudolf Stammler³⁰. Stammler introdujo y aplicó métodos cognitivos fundamentalmente diversos, que además se excluían entre sí: uno teleológico y uno causal³¹. De acuerdo con Kelsen, el método teleológico de Stammler podría reducirse al causal, con lo cual, la teoría de Stammler en general se caracterizaría únicamente por medio de este último método³².

En otros casos, después de un análisis más detenido puede llegar a verse que el teórico del derecho criticado por Kelsen en realidad no se alejaba tanto de la tesis de la facticidad, como en un comienzo se habría podido admitir. Un ejemplo de ello se encuentra en Gerog Jellinek. A primera vista parecería que, en nombre de su “teoría de las dos facetas”, Jellinek hubiese querido entender la faceta jurídica como irreductiblemente normativa³³. Sin

²⁸ Algunas indicaciones sobre la posición de Kelsen en relación con estos autores se encuentran en: Stanley L. Paulson, “Läßt sich die Reine Rechtslehre transzendental begründen?”, en *Rechtstheorie* 21, 1990, p. 155-179, especialmente p. 159 y ss. (Tiene traducción al español en: Stanley L. Paulson, “¿Es posible la fundamentación trascendental de la teoría pura del derecho?”, en Id., *Fundamentación crítica...*, op. cit., p. 77-132, especialmente las p. 86 y ss.)

²⁹ Sobre Austin Cfr. lo referido en la nota núm. 25; sobre Somló, Cfr. su *Juristische Grundlehre*, 2ª. Edición, 1927, reimpresa en 1973, p. 93- 120.

³⁰ Cfr. en general sobre este aspecto: Stanley L. Paulson, “Läßt sich die Reine Rechtslehre transzendental begründen?”, citado en la nota núm. 28, p. 161 y ss. Tiene traducción al español en: Stanley L. Paulson, “¿Es posible la fundamentación trascendental de la teoría pura del derecho?”, citado en la nota núm. 28, p. 89 y ss.).

³¹ Rudolf Stammler, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 2a. Edición, 1906, p. 180-183, 4a. Edición, 1921, p. 174-177.

³² Hans Kelsen, *Hauptprobleme*, citado en nota núm. 3, p. 57-63.

³³ Cfr. Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (citado en la nota núm. 23), p. 12-41; Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2ª. Edición, 1905, p. 71 y ss., 130-134; 3ª. Edición, 1914, p. 74, 136-140 (Tiene traducción al castellano: *Teoría General del Estado*,

embargo, a mi modo de ver, Kelsen estima de manera totalmente acertada que, con arreglo a la concepción de Jellinek, en definitiva las normas jurídicas no podrían “ser nada distinto a reglas del ser, que se reflejan como deber ser –psicológicamente– en la conciencia subjetiva de quien debe comportarse de acuerdo con las reglas del derecho”. En razón de “esta esencia de las normas jurídicas, acuñada desde una perspectiva fundamentalmente psicologicista”³⁴, la teoría de Jellinek hace patente un empirismo radical.

La forma en que Kelsen entiende e interpreta las teorías jurídicas que en aquél entonces estaban en boga, ilustra aquello de lo que trata este primer apartado: el decidido rechazo de Kelsen –expresado con frecuencia con ironía y fundamentado en la distinción entre hecho y valor– hacia todas las supuestas teorías jurídicas basadas en los hechos, preparó el camino a su alternativa a la tesis de la facticidad, es decir, la tesis débil de la normatividad, que se opone de forma contradictoria a la tesis de la facticidad.

No obstante, cabe resaltar que la comprensión de Kelsen sobre la distinción entre hecho y valor va mucho más allá de la formulación de esta doctrina que se encuentra en la obra de Simmel o de Hume, o sea, como un sofisma consistente en derivar un deber ser a partir de un ser. Kelsen permite que la principal diferenciación entre ambas formas de pensamiento aparezca con claridad: “ser y deber ser aparecen como dos *mundos* separados”³⁵. De este modo llegamos a la doctrina de los dos mundos. En el próximo apartado me limitaré a exponer sucintamente la antinomia que se origina a partir de la teoría de los dos mundos, tal como Kelsen la entiende.

3. La antinomia que se deriva de la doctrina de los dos mundos

Kelsen introduce la doctrina de los dos mundos, en la que se refiere al “abismo insalvable” que existe entre ambos mundos, el exterior y el normativo (o de la validez).

“El antagonismo entre el ser y el deber ser es de tipo lógico-formal y, en la medida en que no se rebasan los límites de una consideración lógico-formal, ninguno de los dos caminos lleva al otro, los dos mundos permanecen frente a frente el uno del otro, separados por un abismo insalvable.”³⁶

Comares, Granada, 2000). Cfr. En general sobre este aspecto: Hans-Joachim Koch, “Die staatsrechtliche Methode im Streit um die Zwei-Seiten-Theorie des Staates (Jellinek, Kelsen, Heller), en *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, Edt. Por Stanley Paulson y Martin Schulte, 2000, p. 371-389.

³⁴ Hans Kelsen, *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff* (citado en la nota núm 22), § 20 (p. 119). (El énfasis aparece en el original).

³⁵ Hans Kelsen, *Hauptprobleme*, (citado en la nota núm. 3), p. 8 (el énfasis es mío).

³⁶ *Ibíd.* Cfr. También Hans Kelsen, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, 1911, p. 6, reimpresso en: *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Edt. Por Hans Kleca-

Si sólo existieran pasajes como este, se podría caer en la tentación de entender la “doctrina de los dos mundos” y su discurso del “abismo insalvable” únicamente como una metáfora. Sin embargo, Kelsen se toma en serio esta teoría de los dos mundos. El abismo insalvable de que habla, conduce a una antinomia. Kelsen acepta sin más que “el hombre, que es un objeto de conocimiento bien diverso al del derecho, es decir, el hombre de la biología y de la psicología, en realidad no se sitúa frente al derecho en una relación apropiada para que la ciencia del derecho pueda comprenderlo”³⁷. Con ello se origina una “antinomia inevitable”, que Kelsen expone de una manera señaladamente abierta en su “Teoría general del Estado”, una de las principales obras de su fase intermedia clásica. Por una parte, el teórico del derecho debe reconocer “la relación material entre los dos [...] sistemas”, el de los valores y el de la realidad³⁸. La relación interna entre estos dos sistemas se puede caracterizar especialmente con ayuda de la obligación jurídica, porque una obligación jurídica “no puede tener como contenido nada distinto a un comportamiento humano”.³⁹ Por otra parte, el teórico del Derecho que el dualismo metodológico presupondría necesariamente –según Kelsen–, también debe aceptar que no puede establecerse ninguna relación entre los dos sistemas.⁴⁰ Esta negación de toda posibilidad de establecer relaciones entre los dos sistemas se sigue directamente de la distinción entre hecho y valor, tal como Kelsen la entiende, y refleja la antinomia, en el sentido de que al interior de la filosofía del derecho de Kelsen no puede haber ninguna relación entre el hombre y la persona jurídica, entendida como centro de imputación de las normas.⁴¹

tsky et al., 1968, dos volúmenes, (en lo sucesivo: *WS 1* y *WS 2*), tomo 1, p. 3-36, especialmente la p. 6. Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, (citado en la nota núm. 21), § 13(b) (P. 62). Cfr. En general, sobre este aspecto: Stanley L. Paulson, “Konstruktivismus, Methodendualismus und Zurechnung im Frühwerk Hans Kelsens“, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, 124 (1999), 631-657, en especial, las p. 640 y ss., y 653. (Tiene traducción al castellano en: Stanley L. Paulson, “Constructivismo, dualismo metódico e imputación en la obra inicial de Hans Kelsen”, en Id., *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, Traducción de Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, en especial las p. 36 y ss, y 66 y 67.)

³⁷ Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, (citado en la nota núm. 21) § 13(b) (p. 62); Cfr. También Hans Kelsen, *Hauptprobleme* (citado en la nota núm. 3), 2ª. Edición con nuevo prefacio, 1923, p. XX.

³⁸ Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (citado en la nota núm. 21), § 5(c), (p. 19).

³⁹ Kelsen, *RR 1*, (citado en la nota núm. 7), § 49 (c), (p. 132).

⁴⁰ Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (citado en la nota núm. 21), § 13(b), (p. 62 y ss.).

⁴¹ Un poco más tarde, en la primera edición de la *Teoría pura del Derecho* (citado en la nota núm. 7), § 25 (a), (p. 53) Kelsen habla de una “correspondencia” entre el hombre y la persona jurídica, en cuanto centro de imputación jurídica. Sin embargo, en los escritos de Kelsen queda sin explicitarse la manera en que hay que entender esa correspondencia.

¿Puede resolverse esta antinomia? Para poder responder esta pregunta, –como ya se señaló en la Introducción– es necesario investigar en las fuentes neokantianas de Kelsen. En primer lugar aparece la pregunta de ¿a qué escuela de neokantismo se debe adscribir a Kelsen?

4. Hans Kelsen como neokantiano

A pesar de que no se haya estudiado este campo con profundidad, hasta hoy ha prevalecido el convencimiento de que Kelsen habría sido partidario del neokantismo de la escuela de Marburgo, o, en otros términos, que se habría dejado influir a fondo por las doctrinas pregonadas por esta escuela⁴².

Esto es más que descaminado. La máxima influencia del neokantismo en Kelsen fue la del neokantismo sur occidental o de la escuela del Baden. A continuación me detendré en algunos aspectos que sacan a la luz esta influencia. Sin embargo, de antemano vale la pena incursionar brevemente en el interrogante de cómo Kelsen se catalogaba a sí mismo en relación con su propia filosofía. Esto debe hacerse, pues en realidad Kelsen en una cita dio pie a la suposición de que tenía una gran deuda con la escuela de Marburgo, sobre todo con quien era la cabeza de dicha escuela: Hermann Cohen, y quienes defienden la tesis de que Kelsen era un neokantiano acuñado al estilo de la escuela de Marburgo, atribuyen, por razones evidentes, mucho valor a esta cita. Con todo, cuando se pregunta por la catalogación que Kelsen hacía de su propia filosofía, se pone en evidencia que él también se expresa como si quisiese adherirse a la escuela del sur occidente de Alemania o escuela del Baden:

⁴² Cfr. Sobre la numerosa cantidad de intérpretes que defienden esta concepción en: Eggert Winter, *Ethik und Rechtswissenschaft*, 1980, p. 34, nota 102. A ellos deberían sumarse: Karl Larenz, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 1ª. Edición, 1931, p. 31; Renato Treves, “Il fondamento filosofico della doctrina pura del diritto di Hans Kelsen”, in *Atti della Reale Academia delle Scienze di Torino* 69, 1933/34, p. 52-90, especialmente las p. 62-78, reimpreso en: Hans Kelsen und Id., *Formalismo giuridico e realtà sociale*, Edt. por Stanley L. Paulson, 1992, p. 59-87, especialmente las p. 66-78; finalmente el libro de William Ebenstein aparecido en Praga: *Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre*, 1938, reimpreso en 1969, p. 43, 86. Las nuevas investigaciones sobre el problema de cuál fue el papel que jugó la escuela de Marburgo en la teoría jurídica de Kelsen, son mucho más sutiles, cfr. no sólo Eggert Winter (la cita de esta nota), p. 33-38, sino también Helmut Holzhey, “Kelsen Rechts- und Staatslehre in ihrem Verhältnis zum Neokantianismus”, en: *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Edt. por Stanley Paulson y Robert Walter, 1986, p. 167-192, y Geert Edel, “The Hypothesis of the Basic Norm: Hans Kelsen und Hermann Cohen”, en *Normativity and Norms* (cita 1), p. 195-219. Existe una versión alemana reducida, bajo el título: “Zum Problem der Rechtsgeltung. Kelsens Lehre von der Grundnorm und das Hypótesis-Theorem Cohens”, en *Grenzen der kritischen Vernunft. Helmut Holzhey zum 60. Geburtstag*, Edt. por Peter A. Schmid y Simone Zurbuchen, 1997, p. 178-194.

“En los “Problemas Capitales” se trata en primer lugar de obtener la *particularidad del derecho* frente a la naturaleza o frente a la realidad social determinada de la misma forma en que se determina la naturaleza.

Por ello los “Problemas Capitales” parten de la *contraposición fundamental entre el deber ser y el ser*, descubierta primero por Kant, en su intento por fundamentar la autonomía de la razón práctica frente a la razón teórica, la autonomía de los valores frente a la realidad, de la moral frente a la naturaleza. En conexión con la interpretación de Kant que hacen *Windelband* y *Simmel*, el deber ser se convierte para mí en la expresión de la particularidad del derecho que debe determinarse por la ciencia jurídica, y que debe diferenciarse de un ser social concebido desde un punto de vista “sociológico”...⁴³

Sin embargo, tres observaciones resultan mucho más importantes que las propias formulaciones de Kelsen –en esta cita a favor de la escuela del Baden, pero en otras citas, que curiosamente se encuentran en la misma obra, a favor de la escuela de Marburgo⁴⁴, y en una obra publicada dos años más tarde, a favor de la filosofía de Kant⁴⁵–: en primer lugar, que desde el comienzo Kelsen adoptó algunas doctrinas fundamentales de la escuela del Baden; segundo, que además, en algunos pasajes decisivos, su terminología refleja inequívocamente aquélla de la escuela del Baden; y, tercero, que él conocía bien algunos de los trabajos de los neokantianos de la escuela del Baden. Algo similar no puede decirse sobre Kelsen y la escuela de Marburgo. A continuación profundizaré en estos tres puntos. Luego regresaré otra vez sobre el tema de la escuela de Marburgo.

4. 1. Doctrinas

Entre las doctrinas de los neokantianos del Baden que Kelsen adoptó, se destaca sobre todo la propia doctrina de los dos mundos, o dicho con mayor precisión, la investigación de Wilhelm Windelband sobre los puntos de vista explicativo y normativo, y la investigación

⁴³ Hans Kelsen, *Hauptprobleme* (citado en la nota núm. 3), 2ª. Edición con nuevo prólogo, 1923, p. VI (el énfasis aparece en el original).

⁴⁴ Cfr. Texto citado en la nota núm. 88.

⁴⁵ El método de la teoría del Estado positivo “está –más o menos conscientemente, más o menos consecuentemente– determinado por medio de la crítica kantiana a la razón: dualismo entre ser y deber ser; reemplazo de los postulados metafísicos y de las hipótesis mediante categorías trascendentales como las condiciones de la experiencia; transformación de las antinomias absolutas –en cuanto cualitativas y transsistemáticas– dentro de una misma disciplina, en diferencias relativas, cuantitativas e intrasistemáticas; ascenso a la esfera subjetiva del psicologismo en el ámbito de la validez lógico-objetiva: estos son algunos de los momentos esenciales de este método. Y éstas son las directivas decisivas de mi trabajo teórico jurídico”, Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (citado en la nota núm. 21), prólogo, p. VII.

correlativa, desarrollada por Heinrich Rickert, sobre los “reinos” o mundos. Es por esto que la diferencia entre el punto de vista explicativo y normativo, que Kelsen tomó de los “Preludios” de Windelband, cimienta la tesis de los dos mundos que aparece en algunos pasajes de su obra. Esta doctrina del neokantismo de la escuela del Baden es sin duda fundamental para la filosofía del derecho de Kelsen. Esta doctrina subyace a la tesis débil de la normatividad, que sin ella es inimaginable.

En el artículo de Windelband “Normen und Naturgesetze” (Normas y leyes de la naturaleza), aparecido en los “Preludios” (1884)⁴⁶, este autor comienza con la presentación de un esquema variopinto del dilema central de la filosofía:

“¿Puedo hacer, aquello que debo hacer? –¡esta es la pregunta! Siento una fuerza en mí, de tal modo que, como la ley de la gravedad determina a la piedra, así se configura necesaria e inevitablemente mi idea, mi deseo, mi sentimiento: y aparece en mí la conciencia de un mandato, y según dicha conciencia debo pensar, querer, sentir. ¿Cómo se comportan entre sí aquella fuerza y este mandato, –de qué manera son compatibles y qué sentido tiene el hecho de que se encuentren el uno al lado del otro? Si todo debe suceder en mí tal como de hecho sucede, ¿qué sentido tiene un mandato? ¿Ordena acaso lo mismo, como toda coacción? Y en ese caso, ¿para qué entonces exigir aquello que por sí mismo sucede? Si por el contrario, ordena otra cosa, ¿qué sentido tiene entonces exigir algo que no puede suceder?”⁴⁷

Windelband alude a la impresión de que se está frente a un dilema, refiriendo que en ambos lados se encuentran variantes inaceptables –su alusión al “axioma científico” es en este contexto una abreviación de que las leyes de la naturaleza serían por sí mismas suficientes para fundamentar que todo en mí tiene que suceder como de hecho sucede–. La alternativa es atenerse al axioma científico, sin poder reconocer la validez del mandato, o al contrario: reconocer el mandato y el “patrimonio de la libertad correlativo a éste”, pero al mismo tiempo poner en tela de juicio “la validez del axioma científico”⁴⁸. En realidad, este dilema se presenta en los tres ámbitos de la filosofía que se consideran a continuación: la ética, la lógica y la estética⁴⁹.

⁴⁶ Wilhelm Windelband, “Normen und Naturgesetze”, en: *Präjudien*, 1a. Edición, 1884, p. 211-246, 9a. Edición, 1924, tomo II, p. 59-98. El artículo ya aparecía en la primera edición de los *Preludios*. Windelband lo aceptó con algunas variaciones y adiciones en la tercera edición, y en esta forma se reprodujo en las ediciones posteriores. Mi cita del artículo se refiere a la versión que aparece en la primera edición de los *Preludios*, que en mi opinión refleja la versión original del texto leída por Kelsen.

⁴⁷ *Ibíd.*, 1ª Edición, p. 211, 9ª Edición, Tomo II, p. 59.

⁴⁸ *Ibíd.*, 1ª Edición, p. 214, 9ª Edición, Tomo II, p. 62.

⁴⁹ *Ibíd.*, 1ª Edición, p. 217, 9ª Edición, Tomo II, p. 65.

Para solucionar el dilema, Windelband procede de una manera decididamente kantiana⁵⁰, en la que diferencia entre dos puntos de vista: uno explicativo o propio de las leyes de la naturaleza y otro normativo. Como ejemplo del último puede servir una ley del pensamiento propuesta por la lógica; esta ley expone una determinada forma de conexión entre los elementos del razonamiento, según la cual, “en el individuo pueden producirse ciertas condiciones, pero también pueden estar ausentes”⁵¹. En realidad, *todas* aquellas leyes, es decir, aquellas de la lógica, de la ética y de la estética, serían formas especiales de realización de las leyes de la naturaleza. “El sistema de las normas representa una *gama* de la insoslayable diversidad de las formas de combinaciones en las que las leyes de la naturaleza de la vida física se pueden configurar, según sean los comportamientos individuales”⁵². Según Windelband, tan pronto se reconoce que las normas deben verse de este modo, es decir, como determinadas formas de realización de las leyes de la naturaleza, se soluciona el dilema filosófico por sí mismo. Aquello que sucede necesariamente por la naturaleza, se enjuicia según las “normas ideales”⁵³. El punto de vista normativo “del pensamiento lógico, ético y estético no exige ni que suceda lo que siempre sucede de esa manera exacta, ni aquello que de ningún modo puede suceder: sino que autoriza a hacer algunas cosas de aquellas que pueden suceder, para rechazar las restantes”⁵⁴.

El problema de si la solución que Windelband propone para el dilema filosófico es sostenible, puede dejarse de momento sin decidir. Ello, porque lo que para mis fines es interesante en esa doctrina⁵⁵, es si ella se encuentra

⁵⁰ Ello, sin aludir a Kant, porque Windelband cree que también Kant se encuentra frente a ese dilema, cfr. *Ibíd.*, 1ª Edición, p. 214, 9ª Edición, Tomo II, p. 62.

⁵¹ *Ibíd.*, 1ª Edición, p. 217, 9ª Edición, Tomo II, p. 65.

⁵² *Ibíd.*, 1ª Edición, p. 224 y ss. (el énfasis aparece en el original), 9ª Edición, Tomo II, p. 72 y ss.

⁵³ *Ibíd.*, 1ª Edición, p. 219, 9ª Edición, Tomo II, p. 67.

⁵⁴ *Ibíd.*, 1ª Edición, p. 226, 9ª Edición, Tomo II, p. 74.

⁵⁵ ¿Se encuentra en los escritos de Kelsen una doctrina de la libertad comparable con ésta? Esta pregunta debe responderse afirmativamente. Aquí es relevante la segunda esfera normativa de Kelsen, en la que el hombre “de la biología y de la psicología” se reemplaza por una persona jurídica consistente en un centro de imputación. Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, (citado en la nota núm. 21), § 13 (b), p. 62, pasaje citado en la nota 37 del texto. Kelsen escribe: “Si se entiende por “voluntad” –cuya la libertad se afirma tendencialmente desde hace mucho tiempo– el acto que se desarrolla en el ámbito de lo real y físico, es decir, en el ámbito de la naturaleza determinada por el principio de causalidad, entonces conceptualmente no se puede hablar en realidad de libertad. Comenzar a considerar la conducta –como efecto de una causa– como el acto de voluntad como causa primera, contradice el sentido en que se presupone la categoría de la causa y el efecto. Si la expresión “libertad de la voluntad” debe tener un sentido posible, entonces la “voluntad” no puede aceptarse como un hecho real y físico (porque en ese caso ya se ha aceptado que está determinada causalmente) entonces el concepto de voluntad debe entenderse en el sentido normativo en el que se aquí se ha señalado reiteradamente. El querer, cuya libertad es

de nuevo en Kelsen. Con una referencia al artículo de Windelband, que antes he citado, Kelsen aclara ya al comienzo de los “Problemas capitales” que él adoptó la diferenciación de Windelband entre la perspectiva explicativa y la normativa:

“Habitualmente las leyes de la naturaleza, que explican lo que existe realmente, se entienden como *normas* que se contraponen a todos los demás tipos de leyes que estatuyen un deber ser, tales como las leyes consuetudinarias, jurídicas, lógicas, gramáticas y estéticas (...). Esta contraposición, que tiene un inmenso significado para el método de las disciplinas normativas y especialmente para la ciencia del derecho, se basa en una diferencia del punto de vista desde el cual el hombre observa los objetos. Mientras el cometido de las ciencias naturales es explicar y mostrar el comportamiento real de las cosas, es decir, comprender el ser, otras disciplinas establecen reglas que prescriben comportamientos, que exigen un ser o un no ser, o sea, que estatuyen un deber ser. El primer punto de vista se conoce como el punto de vista explicativo y el último como el normativo, y las reglas que estatuyen un deber ser se llaman reglas, al paso que las reglas del ser tienen validez como leyes de la naturaleza en el sentido más amplio”⁵⁶.

posible, es el deber ser, y la “persona” que puede ser libre, no es el hombre sino el orden del deber ser personificado. En la aceptación de la libertad de la persona radica en primer lugar y de forma puramente negativa, el rechazo de la determinación de la conducta por leyes causales, como una normatividad totalmente ajena al ámbito del deber ser”. *Ibíd.*, § 15 (b) (p. 71 y ss.).

Además de lo anterior, debería investigarse si la doctrina de la libertad de Kelsen pone en duda su propia valoración de la filosofía práctica kantiana. Como quiera que esta doctrina de Kelsen, pasando por Windelband, puede reconducirse a Kant, de cuya doctrina es a la vez reflejo, parece ser difícil hacer compatible el apoyo de Kelsen hacia esta doctrina, con sus observaciones poco encomiosas sobre la filosofía práctica de Kant. De acuerdo con Kelsen, la “Metafísica de las costumbres” de Kant, podría “considerarse como la expresión más completa de la teoría clásica del derecho natural, tal como se desarrolló durante los Siglos XVII y XVIII sobre la base del cristianismo protestante”. Emanciparse totalmente de la metafísica de la filosofía práctica de una “personalidad tan profunda y arraigada en el cristianismo” como Kant, habría sido imposible. Es por ello que “*Kant, cuya filosofía trascendental está llamada especialmente a ofrecer un fundamento a la teoría del derecho positivo y del Estado*, en cuanto filosofía del derecho se quedó en los caminos trillados de la doctrina del derecho natural”. Hans Kelsen, “Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus” (1928), § 40 (p. 76) (el énfasis aparece en el original), reimpresso en: *WS I* (citado en la nota núm. 36), p. 281-350 (p. 349). Cfr. También: Hans Kelsen, *Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Edición, 1929, p. 119, nota 45: “El sistema ético-político de Kant está totalmente orientado hacia la metafísica y su filosofía práctica se identifica con los valores absolutos del Estado y de la teoría jurídica conservadores y monárquicos”; Hans Kelsen, “Reine Rechtslehre, “Labandismus” und Neukantianismus. Ein Brief an Renato Treves”, en: Id. y Renato Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale* (citado en la nota núm. 42), p. 55-58, especialmente las p. 56 y ss.; Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Edición, 1960, p. 368-374, especialmente las 388 y ss. (citado en la nota núm 35), p. 420-425.

Es preciso reconocer que la apelación de Kelsen a la doctrina de Kant sobre la libertad, y de su aún más profunda aceptación de una segunda esfera normativa o de la validez junto a la del mundo exterior, presupone la aceptación de algunos elementos esenciales de la filosofía práctica kantiana.

⁵⁶ Hans Kelsen, *Hauptprobleme* (citado en nota núm. 3), p. 4 y ss. (El énfasis es del original), Cfr. También p. 28, 71. Kelsen alude tanto a Windelband, “Normen und Naturgesetze”

Más allá del ejemplo del derecho, Kelsen no se interesa por las particularidades de la solución de Windelband al dilema filosófico. Sin embargo, en lo que concierne al derecho, Kelsen no puede ser del mismo parecer de Windelband. Esto se debe a que Kelsen supone acertadamente que las normas del derecho sólo tienen sentido, si puede existir una disparidad entre lo que realmente sucede, según las leyes de la naturaleza, y lo que las normas exigen. Si se observa bien, la solución de Windelband excluye la posibilidad de que exista esta disparidad⁵⁷.

En lugar de seguir a Windelband, Kelsen utiliza la doctrina de los dos mundos que va más allá del modelo de aquel autor, que hemos descrito.

“La división entre disciplinas *explicativas* y *normativas*, entre las ciencias causales y normativas, se fundamenta en la contraposición entre el ser y el deber ser. Mientras aquellas disciplinas se orientan hacia lo que realmente está dado, el mundo del ser, la *realidad*, la perspectiva de éstas se refiere al mundo del deber ser, a lo *ideal*”.⁵⁸

Como ya se ha expresado, sería viable tender a observar estas líneas sólo como una metáfora, si no se supiera que el propio Kelsen se planteó *expressis verbis* la antinomia resultante de la teoría de los dos mundos y sus consecuencias.

En la medida en que Kelsen se apoya en la teoría de los dos mundos, Windelband deja de ser su fundamento filosófico entre los neokantianos de la escuela del Baden; este papel lo asume Heinrich Rickert. Este autor había utilizado dos años antes la misma formulación mediante la cual Kelsen menciona la antinomia resultante de la doctrina de los dos mundos en los “Problemas capitales”, publicado en 1911, es decir, que ambos mundos estarían separados entre sí en razón de un “abismo insalvable”. Un “abismo insalvable” es el que existe entre el reino de los “valores teóricos” y el de la “realidad empírica”⁵⁹. En su obra capital “System der Philosophie” (Sistema de la filosofía) (1921) Rickert se ocupa luego con mayor profundidad de la doctrina de los dos mundos.⁶⁰

(citado en la nota núm. 46), como también a Wilhelm Wundt, *Ethik*, 3ª. Edición, 1903, p. 1 y ss. Cfr. También sobre el tema de Kelsen: Wilhelm Wundt, *Logik*, 2ª. Edición, 1893, Tomo 1, p. 1 y ss., 90-93.

⁵⁷ Hans Kelsen, *Hauptprobleme* (citado en nota núm. 3), p. 24 y ss.

⁵⁸ Hans Kelsen, “Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode” (citado en la nota núm. 36), p. 10 y ss. (el énfasis es del original); Cfr. También las p. 6 y ss.; Reimpreso en: *WS I* (citado en la nota núm. 36), p. 8 y ss; Cfr. También p. 6 y ss. En la nota núm. 36 ya se citó un pasaje proveniente de los *Problemas Capitales*, sobre la doctrina de los dos mundos.

⁵⁹ Heinrich Rickert, “Zwei Wege der Erkenntnistheorie”, en: *Kantstudien* 14, 1909, p. 169-228 (especialmente la p. 218), cfr. También las p. 220 y ss.

⁶⁰ Cfr. Heinrich Rickert, *System der Philosophie*, primera parte: *Allgemeine Grundlegung der Philosophie*, 1921 (en lo sucesivo: *System*), especialmente el capítulo V: “Das dritte Reich”

“Todo lo que meramente existe tiene algo en común en comparación con aquello que posee carácter de valor y por ello el mundo se divide en dos esferas bien particularizadas, que, habida cuenta de sus relaciones y conexiones, deben mantenerse estrictamente contrapuestas en lo conceptual, siempre que se pretenda claridad sobre todo lo que existe en el mundo. Los valores ideales se contraponen como reino a todos los objetos realidad, que en todo caso también constituyen un reino en sí mismo”.⁶¹

Al igual que Kelsen, Rickert es consciente de que la relación entre los dos reinos plantea un problema fundamental: ¿cómo se configura esa relación de manera precisa, “de tal forma que el mundo no se desmorone en dos reinos?”⁶² Con todo, de modo bien contrapuesto a Kelsen, Rickert intenta solucionar este problema apelando al sentido inmanente de los actos mediante los que se adopta una determinada posición frente a los valores. En el apartado 5 se volverá sobre este aspecto.

La diferencia de Windelband entre las dos perspectivas, así como la correlativa doctrina de los dos mundos planteada por Rickert, constituyen una doctrina neokantiana de la escuela del Baden, que como se mencionó anteriormente, también se evidenció como fundamental para la filosofía del derecho de Kelsen. Este es el primero de los tres puntos con fundamento en los cuales puede evaluarse la corrección de la tesis según la cual, Kelsen debería considerarse como un representante de algunas posiciones fundamentales de la escuela neokantiana del Baden. Aún hace falta referirse a dos puntos adicionales: el de la *terminología* común y el de la *familiaridad* de Kelsen con los trabajos de los neokantianos de la escuela del Baden.

4.2. Terminología

Toda una serie de expresiones características del Kelsen encuentra un correlato en los escritos de los neokantianos del Baden. Tal vez la más llamativa de dichas expresiones fue la frase “realidad y valor” que se halla por todas partes en los escritos de Kelsen durante la fase clásica⁶³, y que

(El tercer reino) (p. 233-318); no se publicaron otras partes de la obra. Yo utilizo el “System” de Rickert a causa de su plenitud. Sin embargo, la doctrina de los dos mundos fue expuesta en algunos escritos de Rickert anteriores al “System”, como muestra la cita tomada de “Zwei Wege der Erkenntnistheorie” (citado en la nota núm. 59). Cfr. También Heinrich Rickert, “Vom Begriff der Philosophie”, en: *Logos* 1, 1910/11, p. 1-34, especialmente las p. 19, 21 y ss, 26 y ss, reimpresso en: Heinrich Rickert, *Philosophische Aufsätze*, Edt. Por Rainer A. Bast, 1999 (en adelante: *Aufsätze*), p. 3-36, especialmente las p. 21, 23 y ss., 28 y ss. En general sobre Rickert: Christian Krijnen, *Nachmetaphysischer Sinn. Eine problemgeschichtliche und systematische Studie zu den Principien der Wertphilosophie Heinrich Rickerts*, 2001; la detallada monografía de Krijnen puede considerarse como el mejor estudio general sobre Rickert.

⁶¹ Heinrich Rickert, *System* (citado en la nota núm. 60), p. 114.

⁶² *Ibíd.*, p. 235.

⁶³ Cfr. Sobre las fases de evolución de la filosofía jurídica de Kelsen la nota núm. 3.

también se encuentra en los escritos de Rickert. Aun cuando se esté dispuesto a contar en el texto las veces que aparece la contraposición de estas dos expresiones en sus diferentes variantes, debe decirse que ella aparece en el *System* de Rickert literalmente cien veces más⁶⁴. Algunos ejemplos puede evidenciar la similitud en la terminología de ambos pensadores.

La frase estándar “realidad y valor” se encuentra diversamente en los trabajos de Kelsen, muy a menudo de forma paralela a la frase “ser y deber ser”⁶⁵. Kelsen contrapone la “realidad natural” al “sistema de valores”, y paralelamente a ello corre su antagonismo entre “legalidad causal” y “legalidad propia de lo normativo”⁶⁶. En el punto culminante de su fase clásica, Kelsen introdujo su frase tradicional sobre el “conocimiento de la realidad” y el “conocimiento de los valores”.⁶⁷ Y al final de la fase clásica se encuentra la contraposición entre “juicios de realidad” y “juicios de valor”⁶⁸.

Como ya se ha dicho, Rickert utiliza también la frase estándar “realidad y valor” en numerosas citas⁶⁹. Asimismo se encuentran distintas variantes que incluyen la contraposición entre “lo real” y “los valores”⁷⁰, así como entre “lo real” y “lo valorativo”⁷¹. También se habla del antagonismo entre “problemas de la realidad” y “problemas de valores”⁷², así como de “conceptos reales” y “conceptos valorativos”⁷³. Rickert habla de una “ciencia

⁶⁴ Por ejemplo, puede echarse una mirada a una cita en que aparece siete veces la contraposición entre variantes de estas dos expresiones: Heinrich Rickert, *System* (citado en la nota 60), p. 256.

⁶⁵ Cfr. Por ejemplo, Hans Kelsen, “Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft”, en *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, núm. 40, 1916, p. 1181-1239, en especial la p. 1182; reimpresso en: *WS I* (citado en la nota 36), p. 37-93, en especial la p. 38; Hans Kelsen, *Hauptprobleme* (citado en la nota 3), 2ª Edición con nuevo prólogo, 1923, p. VI; Hans Kelsen, *RR1* (citado en la nota 7), § 8, p. 12.

⁶⁶ Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (citado en la nota núm. 21), § 4 (d), p. 15.

⁶⁷ Hans Kelsen, “Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus” (citado en la nota núm. 55), § 23, p. 43; reimpresso en: *WS I* (citado en la nota núm. 36), p. 317.

⁶⁸ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª. Edición (citado en la nota núm. 55), § 4 (e), p. 17; Cfr. También Hans Kelsen, “Value Judgments in the Science of Law”, en: *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence* núm. 7, 1942, p. 312-333; reimpresso en Hans Kelsen, *What is Justice?* (citado en la nota núm. 25), p. 209-230.

⁶⁹ Cfr. Heinrich Rickert, “Zwei Wege der Erkenntnistheorie” (citado en la nota núm. 59), p. 218, 220, 222, 224; Heinrich Rickert, “Vom Begriff der Philosophie” (citado en la nota núm. 60), p. 11-13, 15-17, 19-25, 27, 29, 31, 33; reimpresso en Heinrich Rickert, *Aufsätze* (citado en la nota núm. 60), p. 13-15, 17-19, 21-27, 29, 31, 33, 35; Heinrich Rickert, *System* (citado en la nota núm. 60), p. 116, 123, 128, 138, 141 y ss., 148, 158, 160, 168, 220, 232, 234, 254, 291, 297, 305, etc.

⁷⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 181, 192, 233, 258 y 282, etc.

⁷¹ Cfr. *Ibid.*, p. 138, 255.

⁷² Cfr. *Ibid.*, p. 127, 136, 148, 149, 176, etc.

⁷³ Cfr. *Ibid.*, p. 133.

de lo real” que se contraponen a la “ciencia de los valores”⁷⁴. También entra en escena el antagonismo entre “los niveles de realidad” y “los niveles de valores”⁷⁵, y muy próximos a ellos, lo que está “sobre la realidad” y “sobre los valores”⁷⁶. Otra variante más es la contraposición entre el “todo de la realidad” y el “todo de los valores”⁷⁷. A diferencia de Kelsen, Rickert no contraponen inmediatamente la expresión “conocimiento de la realidad” al correlato de “conocimiento de los valores”, sino que utiliza la expresión “conocimiento de la realidad” en oposición a la “filosofía del conocimiento” y entiende por ella una “teoría de los valores teóricos”⁷⁸.

Esta similitud terminológica no se presenta por casualidad. Ambos pensadores son tributarios de la doctrina de los dos mundos y la frase “realidad y valor”, así como sus variantes, se refieren a dicha doctrina. Sin embargo, es interesante observar que esta similitud entre los dos pensadores va más allá de la apelación a la doctrina de los dos mundos y se convierte en un lenguaje común.

Es posible traer a colación otras expresiones características de Kelsen, como correlato de expresiones que se encuentran en los escritos de los neokantianos del Baden, sobre todo en los de Rickert. Sin embargo, la síntesis expuesta es suficiente para mis fines. Con ello puedo pasar al tercer punto.

4.3. *Familiaridad*

En el tercer punto se trata de que Kelsen conoció muy bien algunos trabajos de los neokantianos del Baden. Como ya se mencionó, en los Problemas Capitales partió de la diferencia entre los puntos de vista aclarativo y normativo de Windelband. En este contexto, Kelsen tuvo la oportunidad de ocuparse del artículo de Windelband “Normen und Naturgesetze” (normas y leyes de la naturaleza). Cinco años después discutió detalladamente con Emil Lask, Gustav Radbruch y sobre todo con Rickert⁷⁹. Profundizó en la obra de Rickert “Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft” (ciencia de la cultura y ciencia de la naturaleza), se ocupó de la filosofía del derecho de Lask y dio cabida en la discusión a los “Fundamentos de filosofía del derecho” de Radbruch⁸⁰. Es indiscutible que Radbruch se dejó in-

⁷⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 135.

⁷⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 137.

⁷⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 138.

⁷⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 164.

⁷⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 177-179, 257.

⁷⁹ Cfr. Hans Kelsen, “Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft” (citado en la nota núm. 65).

⁸⁰ Heinrich Rickert, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 3a. Edición, 1915; Emil Lask, “Rechtsphilosophie”, en: *Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts*.

fluenciar profundamente por los neokantianos del Baden. Aunque a primera vista podría parecer que Kelsen, en su discusión, hubiese querido rechazar totalmente la teoría de Radbruch, en realidad adoptó *sub silentio* más de ella que lo que permite suponer *expressis verbis* su rechazo explícito.⁸¹ Seis años después de esta álgida discusión, Kelsen retornó a Lask en su trabajo “Rechtswissenschaft und Recht” (ciencia del derecho y derecho)⁸². Esta vez se trata del trabajo de Lask sobre la doctrina de las categorías⁸³. Incluso en la última fase escéptica de Kelsen⁸⁴ —la obra principal publicada póstumamente *Teoría de las normas* contiene numerosas, y en parte, bien valiosas referencias al respecto— aparece un neokantiano del Baden: Rickert.⁸⁵ Por medio de Rickert, Kelsen conoció muy bien los trabajos de un teórico: Georg Simmel, cuyo pensamiento evidencia en cierta medida un parentesco con los neokantianos del Baden.⁸⁶

No se puede afirmar que el conocimiento que Kelsen tenía de los trabajos de los neokantianos del Baden fuese especialmente profuso. Sin embargo, en comparación con la prueba un tanto insuficiente de los conocimientos que tenía de los escritos de la escuela de Margurbo, puede decirse que en este ámbito Kelsen era en realidad un entendido.

Kelsen y la escuela de Marburgo. Resulta muy común la referencia a la escuela de Marburgo y sobre todo al emblemático Hermann Cohen, cuando se pregunta por las fuentes neokantianas de algunos conceptos y doctrinas de Kelsen⁸⁷. A primera vista parece muy promisorio de ello el pasaje correspondiente que aparece en el prólogo a la segunda edición de sus “Problemas Capitales” —un pasaje al que los defensores de la tesis de que Kelsen era un neokantiano de la stirpe de Margurbo, atribuyen mucho valor.

Festschrift für Kuno Fischer, Edt. por Wilhelm Windelband, 2a. Edición, 1907, p. 269-320; Gustav Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1914; reimpresso en: Id., *Gesamtausgabe*, Tomo 2 (citado en la nota núm. 16), p. 9-204, 509-561.

⁸¹ En general con ello se trata de la conservación por parte de Kelsen del concepto filosófico de validez de los neokantianos de la escuela del Baden.

⁸² Hans Kelsen, “Rechtswissenschaft und Recht”, en Fritz Sander/Hans Kelsen, *Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre*, Edt. por Stanley L. Paulson, 1988 (en lo sucesivo: *Die Rolle des Neukantianismus*), p. 249-411, especialmente las p. 365 a 370.

⁸³ Emil Lask, *Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre*, 1911.

⁸⁴ Cfr. Sobre la última fase de desarrollo de la filosofía del derecho de Kelsen: la nota núm. 3.

⁸⁵ Cfr. Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Edt. por Kart Ringhofer/Robert Walter, 1979, p. 221, nota 1, p. 296, nota 118.

⁸⁶ En lo que concierne a Simmel como neokantiano, Cfr. A. M. Bevers, *Dynamik der Formen bei Georg Simmel*, 1985, especialmente las p. 31-71.

⁸⁷ Cfr. Las referencias mencionadas en la nota núm. 42.

“De la interpretación de Cohen sobre la doctrina de Kant, sobre todo en su “Ética de la voluntad pura”, obtuve el punto de vista decisivo sobre teoría del conocimiento, que me fue imprescindible para llegar a una concepción correcta del Estado y del Derecho. Una recensión de mis “Problemas capitales de la teoría del Estado”, publicada en 1912 en los *Kantstudien*, en la que se consideraba a esta obra como un intento de aplicar el método trascendental a la ciencia jurídica, me llamó la atención sobre el paralelismo considerable que existía entre mi concepto de voluntad jurídica y los razonamientos de Cohen, que hasta entonces no me eran conocidos. A partir de ese momento se me suscitó entonces la conciencia de la concepción fundamental que Cohen tenía sobre la teoría del conocimiento. De acuerdo con esta concepción, la dirección del conocimiento determina el objeto del mismo; el objeto de conocimiento se produce lógicamente a partir de una fuente. El Estado, entonces, en cuanto constituye objeto del conocimiento jurídico, sólo puede ser derecho, porque conocer o entender algo desde el punto de vista jurídico no significa otra cosa que concebirlo como derecho.”⁸⁸

En esta cita, Kelsen alude a los siguientes conceptos: (1) el método trascendental, (2) el concepto de voluntad jurídica y luego a las doctrinas específicas del “conocimiento teórico”, (3) a la determinación del objeto de conocimiento mediante la dirección o el método del conocimiento, y (4) a la producción lógica del objeto del conocimiento a partir de cierto origen, y finalmente, (5) a la identidad entre Estado y Derecho. A continuación quisiera referirme a todos estos objetos.

El primer objeto en la enumeración de Kelsen, el método trascendental, no remite directamente al asunto de la influencia de los neokantianos de Marburgo. Kelsen ya había aplicado el método trascendental en los Problemas Capitales –así lo indica la afirmación de Oscar Ewald, el autor de la recensión en los *Kantstudien*, de la que Kelsen habla en el pasaje del prólogo antes citado.⁸⁹ La afirmación de Ewald no puede sustentarse en demasiadas evidencias, pero, a pesar de ello, la pregunta sobre la influencia de la escuela de Marburgo en los trabajos tardíos de Kelsen no deja de tener interés. Desde luego no puede excluirse que los neokantianos de Marburgo hubiesen influido en Kelsen, en lo referente a la aplicación del método trascendental, en trabajos posteriores a los Problemas Capitales. Es sabido que, ante todo Cohen expuso elegantemente el método trascendental en más de una obra temprana⁹⁰, y que el artículo de Paul Natorps “Kant und die Marburger

⁸⁸ Hans Kelsen, *Hauptprobleme* (nota 3), 2ª. Edición con nuevo prólogo, 1923, p. XVII.

⁸⁹ Ibid. Cfr. Oscar Ewald, “Die deutsche Philosophie im Jahre 1911”, en: *Kantstudien*, núm. 17, 1912, p. 382-433, especialmente las p. 396-398.

⁹⁰ Cfr. Por ejemplo, Hermann Cohen, *Kants Begründung der Ethik*, 1ª. Edición, 1877, p. 24 y ss.; Hermann Cohen, *Das Prinzip der Infinitesimal-Methode und seine Geschichte*, 1883, reimpreso con una introducción de Meter Schulthess, 1984, p. 5; Hermann Cohen, *Kants Theorie der Erfahrung*, 2ª. Edición, 1885, p. 77. Cfr. En general sobre el método trascendental: Geert Edel, *Von der Vernunftkritik zur Erkenntnislogik*, 1988, p. 117-125; Jürgen Stolzenberg, *Urs-*

Schule” (Kant y la escuela de Marburgo)⁹¹ ofrece tal vez la exposición más accesible del método trascendental que se conozca. No obstante, naturalmente la influencia de la escuela de Marburgo no excluye la influencia de la escuela de los neokantianos del Baden. Dado que, como ya se mostró, algunas de las obras de los neokantianos del Baden eran bien conocidas por Kelsen, puede admitirse que su referencia al método trascendental –en el caso Rickert frecuentemente en citas de paso, relacionadas con el concepto de “suposición”⁹²– también era conocida por Kelsen⁹³.

Tampoco el concepto de voluntad jurídica, el segundo objeto de la enumeración de Kelsen, remite directamente a la influencia de los neokantianos de Marburgo, porque este autor ya había trabajado plenamente este concepto en los Problemas Capitales⁹⁴, es decir, en un momento en que desconocía por entero la filosofía de Cohen. Las verdaderas preguntas que plantea la enumeración de Kelsen, surgen de las doctrinas específicas del “conocimiento teórico”, a saber, las (3) y (4), así como la (5), o sea la tesis acerca de la identidad entre Estado y Derecho. Comenzaré con el punto (3), es

prung und System, 1995, p. 30-34. En un escrito muy temprano: *Kants Theorie der Erfahrung*, 1ª. Edición, 1871, reimpresa en 1987, p. 206, Cohen compara *expressis verbis* el método trascendental con la forma de enseñar regresiva de Kant; Cfr. Sobre esta tesis bien problemática: Jürgen Stolzenberg, *Ursprung und System* (citado en esta nota), p. 30 y ss. Cfr. En general sobre el papel del método trascendental en la filosofía del derecho de Kelsen: Stefan Hammer, “A Neo-Kantian Theory of Legal Knowledge in Kelsen’s Pure Theory of Law?” (citado en la nota núm. 12), p. 181-183.

⁹¹ Cfr. Paul Natop, “Kant und die Marburger Schule”, en *Kantstudien*, núm. 17, 1912, p. 193-221, especialmente las p. 196 y ss.

⁹² Cfr. Heinrich Rickert, “Zwei Wege der Erkenntnistheorie” (citado en la nota núm. 59), p. 174, 193, 226; Heinrich Rickert, *System* (citado en la nota núm. 60), p. 144; Heinrich Rickert, *Der Gegenstand der Erkenntnis* (en lo sucesivo: *Gegenstand*), 3ª. Edición, 1915, p. 244, 4ª y 5ª Edición, 1921, p. 212, 6ª Edición, 1928, p. 240; Cfr. También: Eilhelm Windelband, “Normen und Naturgesetze”, en *Präudien* (citado en la nota núm. 46), 1ª Edición, p. 219, 9ª Edición, Tomo II, p. 66.

⁹³ Cfr. Sobre las propias referencias de Kelsen a los dos componentes principales del método trascendental –el hecho presupuesto de la ciencia y una fundamentación “trascendental” de sus condiciones–, por ejemplo, Hans Kelsen, *RR I* (citado en la nota núm. 7), § 16 (especialmente la p. 37), así como § 29 (especialmente las p. 66 y ss.). En relación con este aspecto es también muy instructivo en esta misma obra § 11 (b) (p. 21-24). Cfr. Sobre este aspecto también: Robert Alexy, “Hans Kelsens Begriff des relativen Apriori”, en R. Alexy, L. H. Meyer, S. L. Paulson y G. Sprenger (Edt.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 179-202.

⁹⁴ Hans Kelsen, *Hauptprobleme* (citado en la nota núm. 3), p. 121-188. Cfr. En general sobre este aspecto: Stanley L. Paulson, “Konstruktivismus, Methodendualismus und Zurechnung” (citado en la nota núm. 2). (Tiene traducción al castellano en: Stanley L. Paulson, “Constructivismo, dualismo metódico e imputación en la obra inicial de Hans Kelsen”, en Id., *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, Traducción de Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.)

decir, la doctrina de la determinación del objeto de conocimiento mediante la dirección del conocimiento.

Por una parte, debe mencionarse que la doctrina (3), junto con su doctrina de los dos mundos, puede considerarse como un reflejo de la distinción kelseniana entre las perspectivas aclarativa y normativa. Ello es así, porque la idea de que la dirección del conocimiento determina el objeto de conocimiento, significa, entre otras cosas, que la dirección o el método aclarativo del conocimiento determina un objeto en el primero de los dos mundos, mientras que la orientación normativa del conocimiento determina un objeto en el segundo mundo. Esto no significa, sin embargo, que la doctrina deba reconducirse a la escuela de Marburgo, sino, en caso de que ella pueda reconducirse de algún modo a una fuente filosófica⁹⁵, a la escuela del Baden.

Por otra parte, y más allá del reflejo de la perspectiva y de la doctrina de los dos mundos de la escuela del Baden que está ligada a ella, es difícil vislumbrar, hasta qué punto la doctrina (3) representa algo más que una petición de principio. En la medida en que Kelsen aplicó una versión de la doctrina (3) en los trabajos de su etapa temprana –por ejemplo en la réplica a la “teoría de las dos facetas” de Jellinek⁹⁶–, este autor admitió fácilmente la existencia de una correlación necesaria entre un método determinado y un objeto particular adecuado para ese método. Con fundamento en esta idea, Kelsen podía argumentar que era completamente falsa la afirmación de Jellinek según la cual, diversos métodos se relacionan con un objeto común⁹⁷.

⁹⁵ Es problemático reconducir a una fuente filosófica esta doctrina en la forma tan poco detallada en que Kelsen la expone. Bruno Bauch señaló una vez que la tesis según la cual, la “correlación entre conocimiento y objeto” se reconduce a una referencia de Rudolf Hermann Lotz. Bruno Bauch “Das transzendente Subjekt”, en *Logos* 12, 1923/24, p. 29-49 (30). Otra posible fuente son las economías nacionales. En este ámbito se afrontó el “problema de la determinación del objeto”. Con referencia a Kant, Windelband y Rickert se expresó así, por ejemplo, el economista Alfred Amonn: “El objeto de conocimiento, es decir, como un producto del acto de pensamiento aislado y abstraído, como una imagen puramente intelectual de un objeto de la experiencia *fundamentalmente* diverso y *necesariamente* separado, es aquél cuyo significado y particular importancia y singularidad está determinado por una ciencia”. Alfred Amonn, *Objekt und Grundbegriffe der theoretischen Nationalökonomie*, 1ª. Edición, 1911, p. 21 (el énfasis es del original). El texto de la 2ª. Edición de la obra de 1925 aparece en la p. 25. La 1ª. Edición aparece en la serie “Wiener Staatswissenschaftliche Studien”, en serie que en aquél entonces fue editada por Edmund Bernatzik, el profesor de Hans Kelsen. No puede excluirse la posibilidad de que fuentes de este tipo hubiesen jugado un importante papel en la recepción de la teoría (3) por parte de Kelsen.

⁹⁶ Cfr. Referencias en la nota núm. 33.

⁹⁷ “Jellinek, y con él casi toda la nueva teoría del Estado, parte de la idea de que el Estado funciona *como un mismo objeto*, que unas veces constituye el objeto de la teoría social o sociología, y en otras ocasiones es el objeto de la ciencia jurídica. Jellinek señala literalmente: “para el conocimiento jurídico se trata sólo finalmente de la respuesta a la pregunta: *cómo debo concebir jurídicamente al Estado?*” Y sobre ello se opina: *el mismo* Estado que constituye el objeto de la sociología”. Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*

Aún falta por analizar la doctrina (4), según la cual, el objeto de conocimiento surgiría lógicamente de un determinado origen. Por lo menos desde el punto de vista terminológico, esta doctrina refleja en algo la filosofía de Hermann Cohen. De acuerdo con Cohen, el pensamiento “no puede tener ningún origen fuera de sí mismo”⁹⁸. Y el principio del origen de Cohen puede llamarse “principio del origen”, porque –según la interpretación de Jürgen Solzenberg– “el solo pensamiento es el que posibilita producir la unidad entre legalidad y objetividad”⁹⁹. Ahora bien, tan pronto se relaciona con Kelsen la doctrina del origen, la referencia a un “origen” remite de inmediato a la norma fundamental kelseniana. Los propios colegas de Kelsen en la escuela de teoría jurídica de Viena, Alfred Verdroß y Felix Kaufmann, interpretan el concepto de “origen” exactamente de esta forma, es decir, en conexión con la norma fundamental. Refiriéndose a la terminología de Cohen sobre la “norma originaria” y la “hipótesis originaria” escribe Verdroß:

“La idea fundamental de la moderna teoría jurídica es el *principio del orden jerárquico de los enunciados jurídicos* en un sistema unitario sobre la base de una *norma fundamental unitaria* o serie fundamental. Como quiera que para los órdenes jurídicos estatales la Constitución del Estado (en sentido material aristotélico) representa el fundamento jurídico más alto, a partir del cual derivan su fuerza jurídica los demás enunciados jurídicos, también la norma fundamental se llama constitución o en terminología neokantiana *norma originaria* o *hipótesis originaria*”¹⁰⁰.

La conexión antes mencionada entre la nomenclatura de la norma fundamental introducida por la escuela vienesa de teoría jurídica, con la terminología de Cohen de la “norma originaria” es insoslayable, por cuando Verdroß correctamente la adscribe, en un comentario, a la obra *Lógica del conocimiento puro* de Hermann Cohen¹⁰¹.

Nada distinto ocurre con Felix Kaufmann. Este autor escoge el apelativo de “norma fundamental” y “no las expresiones “norma originaria” o “hi-

(citado en la nota núm. 22), § 20, p. 115 (el énfasis aparece en el original”, cfr. También § 18 (especialmente la p. 106). La cita dentro de este texto de Kelsen proviene de: Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (citado en la nota núm. 23), p. 13 (el énfasis es de Kelsen). Cfr. En general sobre la problemática de la correlación entre método y objeto: Barna Horváth, *Rechtssoziologie*, 1934, p. 40-49.

⁹⁸ Hermann Cohe, *Logik der reinen Erkenntnis*, 2ª. Edición, 1914, reimpresso con una introducción de Helmut Holzhey, 1977, p. 13.

⁹⁹ Jürgen Stolzenberg, *Ursprung und System* (citado en la nota 90), p. 53. Cfr. En general sobre este aspecto las p. 47-58.

¹⁰⁰ Alfred Verdroß, “Die gesellschaftswissenschaftlichen Grundlagen der Völkerechts-theorie”, en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, núm. 18, 1924/25, p. 413-431 (especialmente la p. 423) (el énfasis es del original) (con referencias, entre ellas una a Cohen), reimpresso en: *WS 2* (citado en la nota 36), p. 2079-2095 (especialmente la p. 2088).

¹⁰¹ Cfr. *Ibid.*.

pótesis originaria” que con frecuencia se encuentran en la obra de Kelsen, porque, pese al uso que Hermann Cohen hace del concepto de “origen” con estas expresiones, fácilmente puede ligarse a ellas una relación temporal que puede originar malos entendidos”¹⁰².

El propio Kelsen introdujo por primera vez en 1914 el término de “norma fundamental”.¹⁰³ Su fuente de aquél entonces, la obra “Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung” (ley, aplicación de la ley y sopesamiento adecuado a los fines) del administrativista Walter Jellinek¹⁰⁴, se situaba bien lejos de la escuela de Marburgo. Este concepto, que entonces todavía no estaba concebido filosóficamente, significaba “norma presupuesta superior”¹⁰⁵. Kelsen desarrolló con el tiempo esta norma de una manera filosófica cada vez creciente, a saber –según una interpretación– como medio para esquematizar su categoría normativa de la imputación¹⁰⁶. En los trabajos que desarrolló hasta 1925, este autor utilizó la nomenclatura de “norma originaria”, así como la de “norma fundamental”¹⁰⁷, para al final limitarse únicamente al concepto de “norma fundamental”¹⁰⁸.

Con todo, no existe ni una sola cita en la que Kelsen acoja el concepto de “origen” en el sentido de Cohen. Por el contrario, se encuentran numerosas citas de varios representantes de la escuela vienesa de teoría jurídica, en los que la “norma originaria” se equipara con la “norma fundamental” en el sentido de Kelsen. Esto permite enunciar la conclusión de que tampoco

¹⁰² Felix Kaufmann, *Die Kriterien des Rechts*, 1924, reimpreso en 1966, p. 129 nota 2.

¹⁰³ Cfr. Hans Kelsen, “Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung” en *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 32, 1914, p. 202-245, 390-438, especialmente las p. 215-220.

¹⁰⁴ Cfr. Walter Jellinek, *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, 1913, p. 26-29. Kelsen habría seguido a Walter Jellinek (Cfr. nota 103) sin referirse expresamente a él. Sin embargo, Kelsen lo superó. Cfr. Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität*, 1920, p. 98, y con mayor explicitud: Hans Kelsen, “Rechtswissenschaft oder Rechtstheologie?”, en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, núm. 16, 1966, p. 233-255, especialmente la p. 241.

¹⁰⁵ Hans Kelsen, “Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung”, (citado en la nota núm. 103), p. 217.

¹⁰⁶ Cfr. Stanley L. Paulson, “Hans Kelsen’s Doctrine of Imputation”, en: *Ratio Juris*, núm. 14, 2001, p. 47-63.

¹⁰⁷ Cfr. Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität* (citado en la nota núm. 104), p. VII, 8, (33 notas), p 48, 97 y ss.; Hans Kelsen, “Rechtswissenschaft und Recht”, (citado en la nota núm. 82), p. 215, 231, 233, reimpreso en: *Die Rolle des Neukantianismus* (citado en la nota núm. 82), p. 391, 407, 409; Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (citado en la nota núm. 21), § 19, p. 99, § 20, p. 104, § 46 (c), p. 338.

¹⁰⁸ Cfr. Hans Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (citado en la nota núm. 55), § 4 (p. 12-14), § 12 (p. 25 ss.), §§ 35-37 (p. 63-72), reimpreso en: *WS I* (citado en la nota núm. 36), p. 286-288, 299 y ss., 337-345; Hans Kelsen, *RR I* (citado en la nota núm. 7), §§ 27-31 (a) (p. 62-76).

la doctrina (4) puede reconducirse a la escuela de Marburgo de una manera que sea digna de mención.

También puede mostrarse que la existencia de una influencia de la escuela de Marburgo en el último objeto de la enumeración de Kelsen, la tesis de la identidad entre Estado y Derecho, es todo menos clara. Ello es así, porque el punto decisivo en esta tesis, es decir, que el Estado, en cuanto constituye objeto de conocimiento jurídico, sólo puede ser derecho¹⁰⁹, puede entenderse como una aplicación de la correlación varias veces mencionada entre el método y el objeto de conocimiento. Kelsen aplicó una y otra vez esta correlación con gran convencimiento¹¹⁰, sin despertar la impresión de que para ello tuviese que aducir una fundamentación de teoría del conocimiento. Sobre este aspecto Kelsen no acepta de ningún modo la idea de Cohen en el prólogo a la 2ª Edición de los Problemas Capitales, en relación con la tesis de la identidad entre el Estado y el Derecho. Más bien, Kelsen lleva a cabo un mayor desarrollo conceptual de esta tesis, al que se refiere en la obra *Das Problem der Souveränität* (el problema de la soberanía), con base en un concepto unitario de persona. En esta obra, terminada ya en el año 1916, no se encuentra ni una sola huella de la escuela de Marburgo¹¹¹.

Finalmente, Kelsen deja una impresión ambivalente e insegura frente a Hermann Cohen, en el único trabajo en el que alude brevemente a quien fue la cabeza de la escuela de Marburgo, “Rechtswissenschaft und Recht”¹¹² (ciencia jurídica y derecho). Por ejemplo, Cohen intentó constituir la ética filosófico-trascendental sobre la existencia de la ciencia, en este caso de la ciencia del derecho. Kelsen, sin embargo, no está dispuesto a valorar positivamente la empresa de Cohen en general, así como tampoco en lo que concierne a la constitución filosófico-trascendental de la ética.

“La pregunta en la que Kant sintetizó sus problemas: de qué modo son posibles los juicios sintéticos, es equivalente a la pregunta de cómo es posible la experiencia, entendiendo la experiencia como ciencia, de cómo es posible la ciencia, entendiendo la ciencia como conocimiento y de cómo es posible el conocimiento. Sobre este preciso punto, cuando Cohen intentó aplicar el método trascendental más allá del ámbito de las ciencias naturales e intentó constituir la ética de modo filosófico-trascendental, también intentó que existiese una ciencia, cuyos juicios sintéticos debieran ser el objeto de ética trascendental a la

¹⁰⁹ Hans Kelsen, *Hauptprobleme* (citado en la nota núm. 3), 2ª Edición con un nuevo prólogo, 1923, p. XVII.

¹¹⁰ Cfr. Por ejemplo, el texto que se encuentra en las notas 96 y 97.

¹¹¹ Sólo el prólogo a *Problem der Souveränität* escrito en la primavera de 1920 (citado en la nota núm. 104), V-IX, representa una excepción.

¹¹² Hans Kelsen, “Rechtswissenschaft und Recht” (citado en la nota núm. 82).

lógica y análoga a una crítica analítica. *La pregunta de si Cohen tuvo éxito con este intento, puede dejarse aquí sólo planteada.*"¹¹³

En uno de los trabajos de Fritz Sanders que despertó la reacción de Kelsen en su trabajo "Rechtswissenschaft und Recht" (ciencia jurídica y derecho), Sander criticó agudamente a Cohen:

"El problema del conocimiento puro escapa de la especificación de las ciencias naturales, todas las cuales –matemática, mecánica, física y química– tienen como tarea la unidad de la naturaleza, el objeto de la naturaleza [...] Se plantea ahora la indeclinable pregunta de si cada científico cuyo objeto de crítica es la ética, contempla y debe contemplar como el objeto de su trabajo a un objeto unitario. Si *la idea de la naturaleza* es la objeto único sobre el que trabajan los científicos naturales, así mismo debería considerarse a la *idea de humanidad* como el único objeto del trabajo de los científicos que se dedican a la comunidad. ¿Cómo entonces, si es que acaso existen ciencias por fuera de las ciencias naturales, su objeto no es nunca o no puede ser nunca la idea de humanidad? ¿En qué sentido puede afirmarse que el objeto ideal de la ciencia jurídica es la idea de humanidad? ¿No tiene esta afirmación un trasfondo de derecho natural? Si, como afirma Cohen, la ciencia jurídica es la matemática entre las ciencias del espíritu, entonces debería existir la prueba de que así como los juicios matemáticos encuentran su relación con la existencia en las ciencias naturales matemáticas, los juicios científico-jurídicos únicamente podrían encontrar su cumplimiento concreto en las demás ciencias del espíritu. *Sin embargo, esto es algo que no puede demostrarse.* Por ello, para dar un ejemplo, no existe ninguna relación immanente entre la ciencia del derecho y la economía".¹¹⁴

En otras palabras, Sander es escéptico de que pueda hablarse de un objeto unitario de las ciencias del espíritu (Hermann Cohen) o de las ciencias de la comunidad (Albert Görland)¹¹⁵. Kelsen suscribe esta crítica de Sander: "Lo que Sander objeta especialmente contra el intento de Cohen, es acertado en general"¹¹⁶.

En relación con esta posición escéptica frente a la teoría del conocimiento de Cohen, expuesta en el trabajo "Rechtswissenschaft und Recht" (ciencia jurídica y derecho), aparecido en 1922, sorprende encontrar un año después, en el prólogo a la segunda edición de los Problemas Capitales, una actitud entusiasta de Kelsen. Ahora bien, aceptar esta circunstancia como una razón favorable a la catalogación de su propia teoría jurídica en relación

¹¹³ *Ibid.* 128 (énfasis mío), reimpreso en: *Die Rolle des Neukantianismus* (citado en la nota núm. 82), p. 304.

¹¹⁴ Fritz Sander, "Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff der Rechtserfahrung", en: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, núm. 1, 1919/20, p. 468-507 (p. 474 y ss.) (El énfasis es del original), reimpreso en: *Die Rolle des Neukantianismus* (citado en la nota núm. 82), p. 75-114 (especialmente las p. 81 y ss.)

¹¹⁵ Cfr. Albert Görland, *Ethik als Kritik der Weltgeschichte*, 1914.

¹¹⁶ Hans Kelsen, "Rechtswissenschaft und Recht" (citado en la nota núm. 82), p. 128, reimpreso en: *Die Rolle des Neukantianismus* (citado en la nota núm. 82), p. 304.

con la escuela de Marburgo, soslaya el hecho de que las citas a favor de la doctrina del neokantismo del suroeste o del Baden adoptada *expressis verbis*, el uso de una terminología común y la familiaridad de Kelsen con las obras de esta escuela, ofrecen argumentos que tienen un mayor peso.

A partir de todo lo anterior, que me autoriza a apelar a ciertas doctrinas de los neokantianos del Baden en conexión con la filosofía del derecho de Kelsen, me referiré de nuevo a la antinomia que surge de la doctrina de los dos mundos. Resolver dicha antinomia es una condición necesaria para poder defender la tesis débil de la normatividad.

5. El sentido inmanente y el problema de la disolución de la antinomia

Si se observa la doctrina de los dos mundos como un reflejo óptico equivalente de la distinción entre hecho y valor, con ello también se puede concluir que el rigor con el que se aplica puede extrapolarse a todos los niveles. Así procede Kelsen. Sin embargo, el tratamiento estrictamente análogo de las dos doctrinas llega demasiado lejos. Si se mantiene a cualquier precio la analogía y, como consecuencia, el abismo insalvable entre ambos mundos, se cae en una trampa.

Heinrich Rickert es consciente de ello. Este autor defiende la concepción de que no podemos

“limitarnos a extraer lo real como uno de los lados del mundo, para luego mostrar que los valores, que sería el otro lado, no pueden reconducirse a un ser real. Tenemos que preguntarnos por la relación que existe entre ambos reinos y entender qué es lo que los une”¹¹⁷.

Rickert expresa su solución, en la que se refiere a la existencia de un tercer mundo, un “tercer reino”¹¹⁸. El último problema del cual se debería ocupar la filosofía, sería el de la unidad entre los valores y la realidad, “y para ello la filosofía debe buscar un tercer reino, que conecta las dos regiones observadas hasta el momento intencionalmente de modo particular”¹¹⁹. Este tercer reino, sin embargo, no puede absorber en sí a los dos primeros, los reinos de los valores y de la realidad, porque si no dominaría un nuevo tipo de

¹¹⁷ Heinrich Rickert, *System* (citado en la nota núm. 60), p. 233. Cfr. También Heinrich Rickert, “Vom Begriff der Philosophie” (citado en la nota núm. 60), p. 19, 21-23, 26 y ss., reimpresso en: Heinrich Rickert, *Aufsätze* (citado en la nota núm. 60), p. 21, 23-24, 28 y ss.

¹¹⁸ Cfr. Heinrich Rickert, *System* (citado en la nota núm. 60), p. 254.

¹¹⁹ Heinrich Rickert, “Vom Begriff der Philosophie” (citado en la nota núm. 60), p. 19, reimpresso en: Heinrich Rickert, *Aufsätze* (citado en la nota núm. 60), p. 21. En relación con este artículo, Johannes von Kries, *Logik*, 1916, p. 649 y ss, reaccionó escépticamente en relación con el tercer reino de Rickert. Sobre enfoques posteriores de Rickert, ante todo el intento de solucionar la problemática de la conexión apelando al sentido inmanente, lamentablemente von Kries no adoptó ninguna posición, a pesar de que los escritos correspondientes de Rickert ya habían aparecido antes de la obra “Logik”.

monismo en vez del dualismo originario. Las dos regiones unidas por medio de este tercer reino, tendrían que “permanecer *protegidas* en su singularidad, es decir, en cierto modo *tampoco* podrían estar unidas”¹²⁰.

Entonces Rickert intenta asegurarse contra el peligro de que los dos reinos, el de los valores y el de la realidad, puedan desembocar en el tercero. Para ello, tan pronto introduce el tercer reino, lo debilita. Como quiera que “un tercer reino”, que tuviese un rango óptico comparable con el de los dos primeros, socavaría el dualismo defendido por Rickert, este autor reemplaza la idea de un tercer reino con la de un reino fronterizo entre los dos existentes:

“Lo que buscamos para la comprensión de la unidad del mundo, sólo puede ser un reino fronterizo, es decir, una región intermedia entre lo válido y lo real, y de eso ya se sigue que no existe un tercer reino, que pueda existir de la manera en que existen los valores y la realidad. De otro modo sería absurdo. Estos dos mundo ya constituyen una alternativa. No puede pensarse entonces en producir su unidad mediante la construcción de otro nuevo mundo”¹²¹.

No obstante, el así llamado reino fronterizo no es más que una representación del problema de la conexión entre los dos mundos, que no consigue resolverlo. La solución que Rickert expuso en algunos de sus primeros trabajos y que luego desarrolló con mayor profundidad en sus obras capitales *System der Philosophie* (Sistema de la filosofía) y *Gegenstand der Erkenntnis* (El objeto del conocimiento), se debe a un análisis del concepto del sentido inmanente.

En *Gegenstand der Erkenntnis* (El objeto del conocimiento) Rickert profundizó en un teoría de tres partes sobre el acto y su contenido de sentido. En primer lugar, es posible diferenciar el acto como procedimiento psicológico, de su sentido. “Hay que escindir de la manera más estricta la ‘mera’ verificación psicológica de la existencia de un acto de enjuiciamiento, de su significado lógico.”¹²² Hasta aquí no hay nada sorprendente. Sin embargo, Rickert va mucho más allá en una segunda distinción. Este autor señala: “Debemos [...] escindir *dos tipos de sentidos* [...], a uno, el subjetivo, lo denominamos el sentido del acto, y al otro, el sentido objetivo, el sentido del objeto producido.”¹²³ La imagen que se tiene en los ojos con el sentido objetivo sería aquello que podría llamarse la “verdad del juicio”, el

¹²⁰ Heinrich Rickert, *System* (citado en la nota núm. 60), p. 254 (el énfasis es del original).

¹²¹ *Ibid.*

¹²² Cfr. Heinrich Rickert, *Gegenstand* (citado en la nota núm. 92), 3ª Edición, p. 164 (el énfasis es del original), 4ª y 5ª Edición, p. 143, 6ª Edición, p. 131; en esta cita y en las que se llevarán a cabo más adelante se hará alusión a la 6ª Edición.

¹²³ *Ibid.* (El énfasis es del original).

contenido del juicio que existe para sí. Este debería concebirse desprendido del sentido inmanente al sujeto, puesto que –Rickert argumenta en este punto exactamente como Gottlob Frege¹²⁴– “nosotros, todos en común, [...] opinamos y entendemos *lo mismo*, allí donde juzgamos o donde afirmamos que algo es verdadero.”¹²⁵

En síntesis, esta teoría del acto y su contenido de sentido constaría de *tres* ámbitos. El primer ámbito, es decir, el acto en sentido psicológico, el ser psíquico real, que puede hacerse objetivo por métodos científicos, representa el primer mundo; el segundo ámbito, es decir, el contenido objetivo válido, representa un segundo mundo. El reino intermedio de Rickert es el del sentido inmanente. Las tres formas de pensamiento en que nos apoderamos de estos tres mundos respectivos, son el aclarar, el entender y el interpretar.¹²⁶

Rickert opina que el sentido inmanente tiene una función de conexión frente a los otros dos ámbitos¹²⁷. Pero, ¿en qué consiste en realidad esa función de conexión? La respuesta de Rickert sobre este aspecto es un poco oscura: el sentido inmanente, el sentido del acto, no sería un ser psíquico, ni un valor que tiene validez, “sino el significado para el valor inmanente al acto y, en esta medida, la conexión y la unidad de ambos reinos”¹²⁸. Ahora puede preguntarse si esta aclaración de Rickert brinda un poco más de claridad. La

¹²⁴ Cfr. Gottlob Frege, “Logik” (escrita entre 1879 y 1971), en: Id., *Nachgelassene Schriften*, Edt. por Hans Hermes, Friedrich Kambartel y Friedrich Kaulbach, 1969, p. 1-8, especialmente, las p. 4 y 7; Gottlob Frege, “Der Gedanke. Eine logische Untersuchung”, en: *Beiträge zur Philosophie des Deutschen Idealismus*, núm. 1, 1918/19, p. 58-77, especialmente las p. 68 y ss., reimpresso en: Id., *Logische Untersuchungen*, Edt. por Günter Patzig, 4ª Edición, 1993, p. 30-53, especialmente la p. 42 y ss. Cfr. En general sobre este aspecto: Wolfgang Carl, *Frege’s Theory of Sense and Referent*, 1994, p. 76-114 et passim. Sobre la compleja pregunta de si Frege debería adscribirse al neokantismo, cfr: Gottfried Gabriel, “Frege als Neukantianer”, en: *Kantstudien*, núm. 77, 1986, p. 84-101; Hans-Johann Glock, “Vorsprung durch Logik: The German Analytic Tradition”, en *German Philosophy since Kant*, Edt. Por Anthony O’Hear, 1999, p. 137-166, especialmente las p. 156-161; Volker Peckhaus, “Kantianer oder Neukantianer? Über die Schwierigkeiten, Frege der Philosophie seiner Zeit zuzuordnen”, en *Gottlob Frege. Werk und Wirkung*, Edt por Gottfried Gabriel y Uwe Dathe, 2000, p. 191-209; Wolfgang Carl, “Frege-A Platonist or a Neo-Kantian?”, in *Building on Frege*, Edt. Por Albert Newen, Ulrich Nortmann y Rainer Stuhlmann-Laeisz, 2001, p. 3-18.

¹²⁵ Heinrich Rickert, *Gegenstand* (citado en la nota núm. 92), 3ª Edición, p. 164 (el énfasis es del original), 4ª y 5ª Edición, p. 143, 6ª Edición, p. 161. Cfr. También Heinrich Rickert, “Zwei Wege der Erkenntnistheorie” (citado en la nota núm. 59), p. 196; Heinrich Rickert, *System* (citado en la nota núm. 60), p. 113.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 262.

¹²⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 261-264. Cfr. También Heinrich Rickert, *Gegenstand* (citado en la nota núm. 92), 3ª Edición, p. 166 y ss., 4ª y 5ª Edición, p. 145 y ss, 6ª Edición, p. 163 y ss.

¹²⁸ Heinrich Rickert, *System* (citado en la nota núm. 60), p. 261.

pregunta debe quedar abierta hasta que se aclare lo que debe entenderse por “significado inmanente para el valor”.

En la primera edición de la *Teoría Pura del Derecho*, Kelsen somete determinados presupuestos para su filosofía del derecho a una aclaración de las ideas de Rickert antes citadas¹²⁹. Al igual que Rickert, Kelsen diferencia el acto como procedimiento psicológico de su sentido: la norma jurídica como “contenido de sentido” sería algo distinto “al acto psíquico en el que éste se quiere o se idea”¹³⁰. También en el prólogo a la segunda edición de los *Problemas Capitales* se expresa claramente esta diferencia: “el deber ser de las normas como un *contenido de sentido específico* se diferencia claramente del *acto psíquico* del querer, en especial del querer de la norma”¹³¹. En la obra de Kelsen se acepta el mismo esquema que se encuentra en la obra de Rickert, es decir, el esquema compuesto por el acto y su sentido objetivo. En este punto, al igual que sucede en la parte de la obra de Rickert que se le asemeja, no hay nada sorprendente. Gracias a las investigaciones de Johann Friedrich Herbart, Bernard Bolzano, Rudolf Hermann Lotze, Frege, el primer Edmund Husserl y otros autores, esta diferenciación se hizo bien conocida.¹³² En las palabras de síntesis de Rudolf Zochers:

“Debe retenerse la diferencia necesaria entre lo que se piensa y aquello mediante lo que se piensa, que se establece de la siguiente forma: los objetos irreales que tienen validez, como elementos del mundo lógico-objetivo, deben

¹²⁹ El presupuesto capital es que no puede estarse satisfecho con una mera “objetivación” del material de la ciencia jurídica –como Rickert lo entiende dentro de la teoría de la ciencia y como Adolf Julius Merkl y Kelsen lo aceptan para emprender un programa semejante, partiendo de la idea de un escalonamiento normativo (cfr. cita núm. 3)–. Cfr. sobre la objetivación en este sentido: Stanley L. Paulson, “Zwei Wiener Welten und ein Anknüpfungspunkt: Carnaps *Aufbau*, Kelsens *Reine Rechtslehre* und das Streben nach Objektivität”, en: *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre*, Edt. por Clemens Jabloner y Friedrich Stadler, 2001, p. 137-190, especialmente las p. 174-188.

¹³⁰ Hans Kelsen, *RR I* (citado en la nota 7), § 5 (p. 6).

¹³¹ Hans Kelsen, *Hauptprobleme* (citado en la nota 3), 2ª Edición con un nuevo prólogo, 1923, p. IX (el énfasis es del original).

¹³² Johann Friedrich Herbart, *Lehrbuch zur Einleitung in die Philosophie*, 4a Edición, 1837, nueva edición con una introducción de Wolfhart Henckmann, 1997, §§ 13, p. 34 et passim; Bernard Bolzano, “Wissenschaftslehre”, especialmente la primera parte, el primer apartado, en Id., *Gesamtausgabe*, Edt. por Jan Berg, tomo 11.1, 1985, §§ 19-33 (p. 103-176); Rudolf Hermann Lotze, *Logik*, 1er libro: *Vom Denken*, 3er libro: *Vom Erkennen*, 1880, reimpresso con la correspondiente introducción de Gottfried Gabriel, 1989; Gottlob Frege, *Grundsätze der Arithmetik*, Tomo 1, 1893, en el prólogo, las p. V-XXVI, especialmente las XIV-XXVI; Edmund Husserl, *Logische Untersuchungen*, Tomo 1: *Prolegomena zur reinen Logik*. También en la publicación: “Zwei Wege der Erkenntnistheorie” (citado en la nota 59), p. 195, nota 1, p. 227, así como en: *Gegenstand* (citado en la nota núm. 92), 3ª Edición, p. 274-276, cita 1, en las ediciones 4ª y 5ª, la p. 238 y ss., cita 1., y en la 6ª Edición, la p. 270 y ss, cita 1, Rickert se refiere a Herbart, Husserl y sobre todo a Bolzano, así como a lo concerniente a la separación entre el sentido objetivo (o “trascendente”) y el sentido práctico.

separarse bien de los actos reales del pensamiento, que son el objeto del mundo psicológico-objetivo”¹³³.

Sin embargo, al igual que ocurre en la obra de Rickert, Kelsen introduce una segunda diferenciación que va más allá. Se trata de la diferenciación entre el sentido inmanente-subjetivo y el sentido objetivo. Según Kelsen, es necesario

“distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. El sentido subjetivo puede coincidir con el sentido objetivo, aunque no es necesario que lo haga. El sentido objetivo incorpora al acto en el sistema de todos los actos jurídicos, es decir, en el sistema del derecho. Lo que hizo el conocido capitán von Köpenick era un acto, cuyo sentido subjetivo pretendía estar conforme con una orden administrativa. Desde el punto de vista objetivo, sin embargo, no se trataba de esto, sino de un delito.”¹³⁴

De acuerdo con Kelsen, el sentido subjetivo puede coincidir con el objetivo. Su solución a la problemática de la conexión, es decir, su solución a la antinomia consiste en la ya mencionada *igualdad de contenido* entre el sentido inmanente o subjetivo y el objetivo.¹³⁵ Kelsen agrega inmediatamente que, como muestra acertadamente el ejemplo del capitán von Köpenick, no es imprescindible desde luego que un sentido coincida con el otro. Para producir una conexión entre los dos mundos, basta con que la coincidencia, es decir, la igualdad de contenido *pueda* tener lugar.¹³⁶

¿Es entonces comparable la solución de Kelsen con la de Rickert, en el sentido de que Kelsen parte del mismo problema y de que, aunque sea en parte, lo presenta con los mismos conceptos que Rickert utilizó? Si se admite que el “significado inmanente” de la idea de Rickert sobre el “significado inmanente para el valor” es comparable con el sentido inmanente-subjetivo de Kelsen, entonces surge la pregunta de si la expresión “para el valor”, que aparece en la idea de Rickert, puede entenderse como una referencia del sentido objetivo. Algunas razones hablan a favor de contestar esta pregunta de modo afirmativo.

En un punto de su obra, en el que Rickert introduce un tercer tipo de concepto de valor, este autor considera el sentido objetivo de un enunciado verdadero como un valor, “valor” que se refiere al nuevo concepto de valor que introduce:

¹³³ Rudolf Zocher, *Die objektive Geltungslogik und der Immanenzgedanke*, 1925, p. 9.

¹³⁴ Hans Kelsen, *RR I* (citado en la nota núm. 7), § 3 (p. 4).

¹³⁵ También Rudolf Zocher expone en esta dirección una solución para la antinomia. Cfr. su monografía: *Die objektive Geltungslogik und der Immanenzgedanke* (citado en la nota 133), p. 18.

¹³⁶ Sin embargo, Kelsen no reconoce –hasta donde llega mi conocimiento– la igualdad de contenido que existe entre los sentidos inmanente-subjetivo y objetivo, como una posible manera de solucionar su antinomia.

“si pensáramos con ello en ámbitos teóricos de valores, es decir, en el sentido de enunciados verdaderos, no podríamos dudar al mismo tiempo de que también existen valores semejantes. El valor de la nutrición se basa en la valoración del hombre que quiere nutrirse, y así ocurre con todos los valores que llamamos hedónicos [...] Por el contrario, si no aceptamos el valor de un enunciado verdadero, tenemos que permanecer en ello. Este valor no sólo no necesita ser reconocido por *todos*, para tener validez “general” a pesar de ello, sino que tampoco es necesario que alguien sepa algo de él, para que a pesar de ello tenga validez, en el sentido de que todos los que quieran conocerlo, deban reconocerlo”¹³⁷.

Rickert expresa de dos maneras que el sentido objetivo de un enunciado verdadero es un valor. Por una parte, se trata de entender como sinónimos, en la cita anterior, las frases “el sentido de un enunciado verdadero” y “el valor de un enunciado verdadero”. La primera frase puede reemplazarse por la segunda frase y viceversa. Por otra parte, se trata de introducir el antes mencionado “argumento de Frege” –todos unidos opinamos y entendemos lo mismo, “cuando juzgamos o predicamos algo como verdadero”¹³⁸– en relación con *ambas* cosas: el sentido objetivo y el valor puro.

Con seguridad, una explicación completa de las relaciones entre el sentido y el valor en la filosofía de Rickert exigiría un análisis profundo de su teoría de los valores. Sin embargo, los textos de los cuales he tomado algunas citas, fundamentan una prueba prima-facie, de que los “valores” en el sentido de Rickert pueden relacionarse con el sentido objetivo.

Ahora puedo retornar una vez más a la idea de Rickert del “significado inmanente para el valor”. “Significado inmanente” puede reemplazarse sin más en este contexto por “sentido inmanente” y, como acabo de argumentar, el término “valor” puede reemplazarse por el concepto de “sentido objetivo”. Esta es exactamente la constelación que corresponde a lo que Kelsen plasmó con su solución basada en la posible igualdad de contenido. Si los reemplazos sugeridos son acertados, entonces el enfoque de Kelsen sería comparable con el de Rickert en el sentido aquí mencionado.

6. Conclusión

Desde el comienzo Kelsen luchó de forma impetuosa y consecuente contra la tesis de la facticidad o de la reducción. Su alternativa es la tesis débil de la normatividad. Esta es –*ceteris paribus*– una alternativa adecuada, por cuando la tesis débil de la normatividad sostiene que las normas jurídicas, como contenidos objetivos de sentido, no tienen su domicilio en

¹³⁷ Heinrich Rickert, *System* (citado en la nota núm. 60), p. 134 (el énfasis es del original), cfr. también la p. 261.

¹³⁸ Cfr. En este texto las citas 124-125.

el mundo exterior del ser, sino en un segundo mundo, el mundo válido del deber ser. Sin embargo, a partir de la solución de este problema planteado con ocasión de la tesis de la facticidad, surge de inmediato un segundo problema: que los dos mundos permanecen uno frente a otro, separados por un “abismo insalvable”. Kelsen intenta –al igual que Rickert *expressis verbis*– solucionar este segundo problema, apelando al concepto de sentido inmanente-subjetivo.

Este problema es desde luego muy profundo y tiene muchas aristas, y yo soy consciente de que los enfoques con los que Rickert y Kelsen construyen respectivamente su solución, plantean del mismo modo muchas preguntas que deben ser respondidas. Sin embargo, al mismo tiempo se ha mostrado que los dos pensadores se ocuparon de una empresa común. Este es un hecho que enfatiza el Leitmotiv de este artículo: también Hans Kelsen era un neokantiano.



DIÁLOGO EN MARBURGO ENTRE HERMANN COHEN Y HANS KELSEN

Ulises Schmill

Instituto Tecnológico Autónomo de México

Hermann Cohen nació en Coswig (Anhalt) en el año de 1842 y murió en Berlín en 1918. Su formación fundamental se llevó a cabo dentro del ambiente judío, habiendo recibido de su padre las primeras enseñanzas bíblicas y talmúdicas con anterioridad a su ingreso en el *gymnasium* de Coswig. Posteriormente estudió en Breslau en el seminario de teología judaica. Muy pronto se interesó por la psicología, siendo su primer trabajo, publicado en 1866, un ensayo cuyo título es “La teoría platónica de las ideas desarrollada desde el punto de vista psicológico”. Una famosa controversia teórica entre K. Fisher y F. A. Trendelenburg sobre el sentido de la *Crítica de la Razón Pura* de Kant suscita un vivo interés en Cohen, quien se dedica a estudiar con gran acuciosidad las obras del maestro de Königsberg. Estos estudios fueron la base de su filosofía y de sus libros fundamentales sobre la filosofía de Kant, cuya intención central fue determinar el sentido correcto de esa filosofía. En 1871 aparece la primera obra de Cohen sobre la filosofía de Kant, “La Teoría Kantiana de la Experiencia”, en que sustituye la interpretación psicologista por la interpretación trascendental de la filosofía de Kant. Se desarrolló una estrecha amistad entre F. A. Lange, autor de la famosa e importante obra “La Historia del Materialismo”, quien intentó ayudarlo en 1871 a ingresar como profesor ordinario en la Universidad de Marburgo, posición que obtuvo a finales del año de 1875, iniciando su labor docente a partir de 1876. Se retiró de la enseñanza en 1912, para instalarse en Berlín, donde prosigue su labor docente e intelectual en la “Escuela Superior de Ciencias Judías”. Las dificultades que tuvo que superar para ser profesor en Marburgo fueron debidas principalmente a su origen judío, lo que también explica que después de su retiro ninguna universidad alemana le haya abierto sus puertas, a pesar de tener fama internacional por haber sido reconocido como la cabeza central de la escuela neokantiana de Marburgo. Las principales obras de Cohen son las siguientes:

- *La Teoría Kantiana de la Experiencia*
- *Fundamentación Kantiana de la Ética*
- *Fundamentación Kantiana de la Estética*
- *La Teoría Platónica de la Ideas y la Matemática*
- *El Principio del Cálculo Infinitesimal y su Historia. Un Capítulo para la Fundamentación de la Crítica del Conocimiento*
- *Lógica del Conocimiento Puro*
- *Ética de la Voluntad Pura*
- *Estética del Sentimiento Puro*
- *Comentario de la Crítica de la Razón Pura de Kant*
- *El Concepto de la Religión en el Sistema de la Filosofía*
- *La Religión de la Razón a partir de la Fuentes del Judaísmo*

Hans Kelsen nació en Praga el 11 de octubre de 1881 y murió en Berkeley, California, EUA el 19 de abril de 1973. Su educación y formación profesional se realizaron en Viena, Austria. Kelsen es conocido como el autor de la Constitución austriaca, actualmente en vigor, que formuló al término de la Primera Guerra Mundial, la que contiene diversas novedades jurídicas, en especial la creación del Tribunal Constitucional Austriaco, en donde por vez primera se estableció en Europa un tribunal que ejerce el control de la constitucionalidad de las normas generales. Debido a problemas con los nacional-socialistas, se vio en la necesidad de renunciar al nombramiento que la Asamblea Nacional le había conferido como miembro vitalicio y relator permanente del Tribunal Constitucional, trasladando su actividad docente a Colonia, a Alemania, a Praga y posteriormente a Ginebra, donde dio varios cursos sobre Derecho Internacional. Durante la guerra pudo trasladarse a la Universidad de Harvard, para terminar aceptando un puesto en la Universidad de California, en Berkeley, donde murió. Ha sido reconocido universalmente como el jurista más importante del Siglo XX, creador de la famosa Teoría Pura del Derecho y fundador de la Escuela Vienesa de Jurisprudencia (Wiener Rechtstheoretische Schule) Entre sus principales obras se encuentran las siguientes:

- *La Teoría del Estado de Dante Alighieri*
- *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*
- *El Problema de la Soberanía*
- *El Concepto Jurídico y el Concepto Sociológico del Estado*
- *Sobre el Acto Ilícito Estatal*
- *Teoría General del Estado*
- *Esencia y Valor de la Democracia*
- *Fundamentos Filosóficos del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*

- *El Amor Platónico*
- *La “Política” de Aristóteles y la Política Helénico- Macedónica*
- *Curso de Derecho Internacional Público*
- *Las Relaciones Sistemáticas entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional Público*
- *La Transformación del Derecho Internacional en Derecho Interno*
- *Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario*
- *Teoría Pura del Derecho*
- *La Aparición de la Ley de la Causalidad a partir del Principio de Retribución*
- *Teoría General del Derecho y el Estado*
- *El Derecho de las Naciones Unidas*
- *Sociedad y Naturaleza*
- *Teoría Pura del Derecho, 2ª. Edición*
- *Teoría General de las Normas*
- *La Ilusión de la Justicia. Una Investigación Crítica de la Filosofía Social de Platón.*
- *Una gran cantidad de ensayos sobre teoría jurídica y filosofía política.*

En 1911 Kelsen publicó su primera gran obra, “*Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*”, la cual fue recibida con indiferencia, a pesar de la gigantesca investigación que supuso. En el año de 1912 apareció en el *Kant-Sudien* una reseña de la obra, hecha por Oscar Ewald, en donde señalaba la notable analogía entre el concepto de la voluntad jurídica de Kelsen con el concepto de la “voluntad pura” de Hermann Cohen, contenido en su “*Ética de la Voluntad Pura*”. En esa época, Kelsen no había leído las obras del filósofo kantiano de Marburgo, por lo que se dedicó a asimilar el pensamiento neokantiano en las obras de Cohen. El biógrafo de Kelsen, el profesor Aládar Metall dice: “En el terreno filosófico, motivado por la reseña de Ewald, se volvió hacia el estudio del kantismo de Marburgo, sobre todo hacia Cohen, cuya teoría del conocimiento tendría una influencia perdurable en él, particularmente después de una corta visita que hizo al propio Hermann Cohen. Con la profundización en la filosofía kantiana de Marburgo, la cual tendía a la pureza metódica más estricta, se agudizó también la visión de Kelsen para descubrir las numerosas y graves confusiones que experimentaba la teoría jurídica, debido a tendencias políticas conscientes o inconscientes”. (Rudolf Aladár Metall. “*Hans Kelsen. Vida y Obra*”. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1976. Trad. Javier Esquivel. pp. 22-23)

El siguiente diálogo es una obra de imaginación de su autor, en el que se presentan algunos de los temas que pudieron haber tocado el viejo maestro del kantismo, Cohen y el joven jurista kantiano, Kelsen. Todos los temas que se analizan en el siguiente diálogo pueden documentarse en las obras de los dos filósofos, aunque se deja traslucir algunos anacronismos, con el objeto de hacer una presentación típica de dos posturas relativamente diferentes.

Kelsen.- Buenos días. ¿Profesor Cohen?

Cohen.- Buenos días. Sí.

Kelsen.- Es un gran honor conocerlo y tener la oportunidad de charlar con Ud.

Cohen.- ¿Profesor Kelsen?

Kelsen.- Sí, señor.

Cohen.- Pase Usted, por favor.

Kelsen.- Muchas gracias.

Cohen.- De modo que viene Usted desde Viena.

Kelsen.- Sí, señor. Vengo desde Viena con el único objeto de poder dialogar con Usted respecto de temas que son para mí de sumo interés.

Cohen.- Bien. ¿Cuáles son esos temas que le preocupan?

Kelsen.- Quiero relatarle lo que me ha impulsado a venir a conversar con Usted. Hace dos años publiqué un libro que lleva el título de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Fue recibido con enorme frialdad, puedo decir, con gran indiferencia, a pesar del pesado trabajo que supuso escribirlo. Sin embargo, el año pasado fue publicada en el *Kant-Studien* una reseña de mi obra, escrita por el profesor Oscar Ewald que lleva por título “La filosofía alemana en el año 1911”. En él, Ewald señala el notable paralelismo de mi concepción de la voluntad estatal con su concepción de la voluntad pura. La lectura de esta reseña me sacudió intelectual y emotivamente. Me puse de inmediato a estudiar su libro *Ética de la Voluntad Pura*, el que me ha generado una gran cantidad de temas y de problemas sobre los que quisiera dialogar. Encuentro gran similitud entre los conceptos que he desarrollado en mi libro y su teoría, especialmente como lo señala Ewald, en el concepto de voluntad.

Cohen.- Eso es interesante, pero debe tener presente que los conceptos de una teoría no se dan en el vacío y que son generados por necesidades sistemáticas. Es probable que su concepto de la voluntad jurídica sea muy parecido al que yo he desarrollado en mi *Ética*, pero pudiera ser que su utilización tenga una función distinta en su teoría que la que tiene en la mía.

Kelsen.- Precisamente, ha tocado Usted uno de los temas que me preocupan. Debo decirle que he estudiado con detenimiento las obras de Kant,

nuestro gran filósofo y he intentado aplicar el método trascendental al campo de la ciencia del Derecho.

Cohen.- Esto no es fácil. Es una tarea llena de dificultades. Como Usted sabe, a Kant le fue suficiente contar con la teoría de la naturaleza de fundamento matemático de Newton y, con base en ello, desarrolló su sistema de Ética, contenido en la *Crítica de la Razón Práctica*.

Kelsen.- Pero yo he visto, profesor Cohen, que a Usted esto no le fue suficiente y que buscó una ciencia históricamente existente para la Ética, es decir, lo que llaman Ustedes un *factum* que fuera una ciencia similar a la de Newton.

Cohen.- Sí, es correcto. Usted lo ha entendido bien. No basta para construir la Ética anclarse exclusivamente en la generalidad, en la legalidad y en los principios de razón. En Kant y en mi pensamiento, el criterio orientador ha sido la generalidad y, con ello, la legalidad, obtenidas a partir de una ciencia determinada. Ya Kant pensaba que Rousseau era el Newton de la moralidad.

Kelsen.- Con lo que yo no estoy de acuerdo. Usted afirma que el *factum* de la Ética es la ciencia del Derecho y, en ocasiones, habla del derecho romano para esos efectos. La importancia de este Derecho para la historia de la humanidad es indiscutible, pero es, también, objeto de explicación de la ciencia del Derecho, como cualquier otro Derecho positivo en vigor actualmente o en el pasado. Por eso no puede funcionar como *factum* de la Ética.

Cohen.- Tiene razón en ello. El derecho romano y los derechos que se han sucedido en la historia son objeto de explicación de la ciencia jurídica, tal como las artes no pueden ser el *factum* de la Estética, sino sólo la ciencia y la historia del arte.

Kelsen.- De acuerdo. Pero, entonces, necesito preguntar sobre la forma de construir la Ética o la Filosofía del Derecho. ¿Son lo mismo o son diferentes?

Cohen.- No son lo mismo. Sus contenidos difieren. Sin embargo, hay que afirmarlo, tienen relaciones entre sí. La Ética utiliza a la ciencia del Derecho para construir su concepto de voluntad y de persona y, con ello, establecer las condiciones generales que hacen posible un comportamiento ético, bueno, justo, valiente, etc. Quiero decir que la Ética sabe que sólo por medio de la ciencia del Derecho y sus conceptos es posible la objetividad del comportamiento ético....y...

Kelsen.- ¿Implica esto que la ciencia del Derecho no es el *factum* de la Ética, de la misma manera como para la Lógica lo es la ciencia natural de fundamento matemático? Si no he entendido mal a Kant y a Usted mismo, la Lógica es ciencia de la ciencia, es fundamentación de la ciencia y nada más.

Cohen.- Sí, pero no solamente. La filosofía tiene una problemática más amplia que la derivada de fundamentar a la ciencia natural matemática. Además de haber construido la Analítica trascendental, Kant redactó la Dialéctica trascendental, para ocuparse de problemas tradicionales de la filosofía y de la metafísica.

Kelsen.- Soy consciente de eso, pero la Dialéctica de Kant tiene un sentido profundamente polémico y su función es refutar todos los errores que se generan por el uso no empírico de los conceptos del entendimiento.

Cohen.- Sí, pero no solamente. En la Dialéctica trata de las Ideas de la razón pura, que son el fundamento de su teoría ética. La filosofía no debe restringirse a la Analítica trascendental, sino debe adicionar al análisis de la ciencia dada, las ideas que indican el camino y el ideal de la ciencia. Este es el puente que conecta a la Lógica con la Ética. Ésta debe decirnos cuál es el deber ser de los hombres, cuál es el criterio objetivo de la moralidad. No debe dejar a la moralidad arrinconada en la subjetividad y el relativismo de cada ser humano en su individualidad, en su unidad. Para ello, recurre a los conceptos de la ciencia del Derecho, los que presuponen los conceptos éticos y con los cuales deben construirse.

Kelsen.- Si esto es así, quedo convencido de que la ciencia del Derecho no es el *factum* de la Ética, sino la esclava, la sirvienta de la Ética. Por el contrario, profesor Cohen, yo pienso que la ciencia jurídica positiva, que estudia los Derechos históricamente existentes, es el *factum* de la ciencia general del Derecho, la que vendría a sustituir a la Ética en su función.

Cohen.- En mi Ética quise construir los fundamentos de una concepción objetiva de la moralidad, que permitiera concebir la objetividad y operancia histórica de los conceptos morales y, con ellos, de la sociedad y de la historia. El problema general de la filosofía es el de fundamentar la objetividad de las construcciones conceptuales, tal como las encontramos en la ciencia natural, en la ciencia del Derecho y en la ciencia del arte. También en la religión e, incluso, en la psicología, con las ciencias respectivas. Le recomiendo la lectura de la obra de Natorp sobre *Psicología General*, muy interesante y algunas observaciones que se encuentran al final del segundo tomo de mi *Estética del Sentimiento Puro*.

Kelsen.- Esto es excelente y creo que mis tesis se ajustan a este concepto que Usted expresa. Ciertamente, creo que el problema general de la filosofía es el fundamentar los *facta*, legitimar o exponer las reglas que permiten la comprensión de la objetividad de las construcciones conceptuales. Si no me equivoco, este es el sentido de hacer a la ciencia del Derecho el *factum* de la Ética.

Cohen.- Evidentemente. Cuando construí mi Ética, como siempre hago en mi labor teórica sistemática, la concebí en relación estrecha con la lógica

del origen que he expuesto en mi obra sobre la Lógica como el concepto fundamental de ella. Comencé diciendo que la Ética es la ciencia del hombre, que es la ciencia que debe proporcionar el concepto del hombre, el concepto de lo humano. Pero la palabra “hombre” adolece de tres ambigüedades: por hombre puede entenderse al hombre individual, en su unidad, que es el objeto de estudio de la Psicología; es decir, puede preguntarse por el concepto del hombre considerando a éste desde la perspectiva de la unidad, es decir, como hombre individual, o desde la perspectiva de la pluralidad, es decir, como miembro de una pluralidad de hombres, por ejemplo, como perteneciente a una religión, a una raza, a una asociación, etc. La ambigüedad no termina allí: se incrementa aún más, brinca sobre sí misma y cae en el concepto de la totalidad de los hombres, siguiendo el camino que normalmente sigue el juicio: unidad, pluralidad, totalidad. El problema para la Ética se transforma en determinar las condiciones de posibilidad del concepto de la totalidad de los hombres, como concepto propio de la Ética, la cual no se disuelve ni en Psicología, ni en Sociología o Antropología o cualesquiera otras disciplinas que se ocupen del hombre en su individualidad o pluralidad. La totalidad del hombre es el problema específico de la Ética. La totalidad no destruye a la pluralidad ni a la unidad. La pluralidad se mantiene, pero a su lado aparece el nuevo concepto de la totalidad de los hombres.

Kelsen.- Comprendo esto muy bien. Es un camino lógico que había que recorrer. La Ética tiene, entonces, que encontrar la fundamentación y las condiciones para que la totalidad de los hombres pueda llevarse a cabo.

Cohen.- Si, es correcto. La pluralidad forma comunidades parciales, que no abrazan ni pueden abrazar a la totalidad de los hombres. No hay religión, o raza, o comunidad basada en el afecto y en los sentimientos que permita abrazar a la totalidad del ser humano.

Kelsen.- Esto sólo es posible, según su pensamiento, no con el Estado, pero sí a través de él, con el Derecho internacional.

Cohen.- Usted me ha comprendido perfectamente. Sólo el Derecho Internacional puede crecer e incrementarse, con los medios metódicos que proporciona la ciencia del Derecho, hasta abarcar a la totalidad de los hombres...

Kelsen.- En una comunidad jurídica internacional centralizada relativamente, por ejemplo, en un Estado federal o en una confederación de Estados.

Cohen.- Aquí está toda la problemática de la *Paz Perpetua* de Kant.

Kelsen.- Pero...Déjeme expresar algunas ideas sobre lo que Usted ha dicho. La Lógica tiene como *factum* a la ciencia natural de fundamento matemático. De acuerdo. Dice Usted que la Ética tiene como *factum* la ciencia del Derecho. De acuerdo, pero afirma, al mismo tiempo, que el problema

fundamental de la Ética es el concepto del hombre como totalidad de lo humano. Esto ya no es una problemática propia de la ciencia del Derecho. Más bien Usted utiliza a la ciencia del Derecho para fundamentar aquellos conceptos que permitirían que las ideas éticas fueran o tuvieran una dimensión objetiva. Para ello, utiliza al Derecho y a los conceptos de la ciencia del Derecho.

Cohen.- Sí, la Ética tiene una problemática distinta de la ciencia de la ciencia del Derecho.

Kelsen.- Que es, precisamente, la restricción fundamental que yo pongo a mi labor, tal como la entiendo con base en Kant y en la exigencia de reflexionar sobre los *facta* culturales. Su Ética va más allá. Proporciona normas a la conducta humana o, por lo menos, criterios de moralidad para el hombre, tomando como guía para ello a la ciencia del Derecho.

Cohen.- La Ética no puede renunciar a su problema peculiar: el concepto del hombre.

Kelsen.- Entiendo que se trata de una problemática distinta. Usted disculpará las siguientes palabras, que son la expresión de mi formación particular y de un pesimismo que se ha apoderado de mí desde tiempo atrás, quizá obtenido de mi educación en una sociedad como la vienesa, llena de hipocresía y de malignidad para el ser humano, para el congénere, que un escritor amigo mío, dice que ha sido elevada, esa malignidad, a obra de arte.

Cohen.- Es inmoral ser pesimista.

Kelsen.- Pero debe uno cuidarse de los seres humanos, en especial nosotros los judíos, que hemos sufrido todo género de violencia y humillaciones.

Cohen.- Pero esto debe terminar y va a terminar. Ya hablaremos más de ello.

Kelsen.- El hombre individual y plural, como Usted dice, es un ser movido por los afectos y las emociones. Por lo tanto, siempre estará con los pies hundidos en la tierra de los intereses y del placer y el dolor, como ya lo ha dicho Kant y Usted. La elevación a la totalidad es utópica e imposible, pues no puede prescindirse del afecto y de la emoción, del placer y el dolor y , lo que es peor, del placer de causar dolor a los demás. No hay afecto que pueda abarcar a la totalidad del ser humano. No hay ser humano que determine su conducta por la razón solamente. Un profesor vienés, de origen judío, ya lo ha establecido: Freud.

Cohen.- Pero por lo dicho, como Usted puede ver, la Ética, desde un punto de vista teórico, no se reduce a ser ciencia de la ciencia del Derecho, sino que va más allá. Tiene una problemática distinta, que tiene que ver con la totalidad de la humanidad, que, dicho sea de paso, es otra forma de formular el imperativo categórico de Kant. Ya en la Lógica encontramos

tendencias, la evolución, las Ideas en suma, a la manera de Platón y de Kant. No sólo hay que examinar la ciencia que de hecho existe y que se ha dado históricamente, sino que la fundamentación de la misma señala tendencias e ideales de la investigación que son ineludibles.

Kelsen.- Lamentablemente, no puedo concordar con ello. Distingo de manera radical el ser del deber ser y no considero que dentro del ser existan tendencias de las que pueda desprenderse un deber. Esto es en el fondo lo que hacen, precisamente, la doctrinas del derecho natural, que yo rechazo, por la razón de que es imposible deducir un deber ser del ser, como ya lo mostró Hume.

Cohen.- Por favor, profesor Kelsen, no mencione a Hume, que es un empirista radical, filosóficamente ingenuo.

Kelsen.- Bien. Hay ingenuidad filosófica en el empirismo y entiendo que Usted no esté de acuerdo con él, en especial por su juicio del origen.

Cohen.- No hay otra posibilidad de construir la filosofía sino a partir de fundamentar el origen de los conceptos. Nada nos está dado, sino todo lo hemos construido. Esta es la enseñanza fundamental de la filosofía de Kant, tal como puede verse con toda claridad en el Prólogo a la Segunda Edición de la *Crítica de la Razón Pura*, que para mí es el ideal de los Prólogos.

Kelsen.- Usted expresa esta concepción fundamental con su juicio del origen que yo utilizo, pero sólo lo aplico al origen teórico de los conceptos de la ciencia jurídica. Observo de nuestra plática, profesor Cohen, que yo restrinjo, quizá de manera muy radical, el concepto de la filosofía kantiana. La ciencia sólo puede ser descriptiva y explicativa, nunca normativa. Y esto se aplica a la filosofía, que es una ciencia. No creo que esté justificado señalar caminos a la investigación científica, con base en la ciencia actual y decir que el futuro debe ser de cierta forma y manera. La ciencia es también la ciencia del genio y éste es el innovador. El científico debe estar en libertad de investigar lo que quiera y usar la metodología que le convenga e invente, para formular sus hipótesis explicativas. No hay filósofo, por genial que sea... ¡vaya!.. ni el mismo Kant, que pueda erigirse en legislador de la ciencia y decir cuales deben ser los caminos que los científicos han de seguir en el futuro.

Cohen.- Veo que Usted rechaza mi principio fundamental de la verdad, que se encuentra en la primera parte de mi *Ética*. Debo preguntarle si Usted considera que las ciencias tienen continuidad histórica, en el sentido de que los problemas de una ciencia se generan dentro del ámbito de los temas de esa ciencia, tal como se encuentran desarrollados históricamente.

Kelsen.- Sí, estoy de acuerdo en ello. Hay continuidad en el desarrollo histórico de las ciencias. No puede ser de otra manera.

Cohen.- Me alegra escuchar sus palabras.

Kelsen.- Lo que yo pienso, señor profesor, es que hay solución de continuidad entre la lógica y la ética, entre la ciencia y la norma, entre el ser y el deber ser. Creo que el sistema de la filosofía no debe construirse enlazando en una deducción lógica los resultados de la ciencia con los de la ética particular que se sustente o apoye. Lo único que acepto de su principio fundamental de la verdad es la exigencia de que las ciencias se construyan lógicamente, pues no puede haber disciplina alguna que pueda estar en contra de principios lógicos.

Cohen.- Esto significa que Usted le niega valor científico y filosófico a la Ética.

Kelsen.- Pienso que ningún teórico o filósofo puede emitir normas y legislar sobre cómo debemos comportarnos, en los diversos ámbitos en los que se efectúa la conducta humana. Y esto lo desprendo de sus propias teorías. La ciencia del Derecho nos muestra cuáles son las normas objetivamente válidas y las condiciones de su validez. Lo que diga un filósofo o un científico sobre el deber ser del hombre es puramente subjetivo y no reúne esas condiciones de validez.

Cohen.- Entonces, según Usted, ¿quién y cómo se determina lo que es bueno y lo que es justo de manera objetiva? Tiene que haber una ciencia que lo haga.

Kelsen.- Creo que no existe. Los valores son irracionales. Dependen de la emoción y de los sentimientos, además de la experiencia individual de cada hombre.

Cohen.- ¡No estoy de acuerdo! Hay racionalidad en las normas. Precisamente, la Ética tiene por objeto determinar cuáles son las normas que se derivan de la razón humana.

Kelsen.- De la misma manera que lo hace el iusnaturalismo racional, al estilo de Grocio, Pufendorf, Leibniz, Wolf, etc., incluso Kant, que pretende derivar normas de la razón humana. Habla de la razón práctica, como Usted nos lo ha mostrado con toda claridad. Mi objeción central es la siguiente: con base en el concepto de las normas jurídicas y de las condiciones que deben darse para afirmar la existencia de ellas, tendríamos que decir que las “normas morales” no cumplen con las condiciones de posibilidad para ser consideradas normas, en el mismo sentido en que se afirma la normatividad del Derecho. Si, a pesar de ello, se afirma la normatividad de la moral, entonces tiene que haber dos conceptos de normas, de la normatividad, radicalmente distintos.

Cohen.- ¡Es Usted un positivista recalcitrante! ¡Cuidado con el realismo ingenuo que subyace en muchos positivistas! Recuerde Usted que nada está dado al pensamiento o a la voluntad del hombre, sino aquello que el hombre construye y crea en los objetos, como ya dijimos.

Kelsen.- Estoy de acuerdo con esta tesis fundamental de Kant, aunque discrepo de las enseñanzas contenidas en la *Crítica de la Razón Práctica* y en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. La razón no es ni puede ser práctica, es decir, no es posible derivar normas de conducta de la razón misma.

Cohen.- Veo que discrepamos radicalmente en este punto. Pero me concederá Usted que es posible, por lo menos, tener como modelo los procedimientos de la razón para decidir qué candidatos a ser una norma los podemos considerar como objetivamente válidos.

Kelsen.- Parcialmente concuerdo. Creo que la tesis ética más inteligente de la historia de la filosofía es la de Kant, resumida y expresada en el imperativo categórico. Sin embargo, si tengo el poder, me refiero al poder del Estado, puedo dictar normas que no satisfacen las condiciones del imperativo categórico y esas normas debo considerarlas como jurídicamente válidas.

Cohen.- Pero no moralmente válidas, no racionales.

Kelsen.- Sólo en el caso de que acepte la ética kantiana.

Cohen.- Esto es caer en un relativismo grotesco, negador de la historia de la Ética.

Kelsen.- Le pido una disculpa por lo que voy a decir. No es caer en un relativismo grotesco, sino elevarse a un relativismo democrático.

Cohen.- Explíqueme esta afirmación, por favor.

Kelsen.- Yo creo que toda postura ética es un intento de encontrar reglas que nos permitan sobrevivir en un ambiente determinado. Esta es una variación del pensamiento de Schopenhauer y de Vaihinger. Bien, veo que no le gusta lo que digo. Sé que no acepta las tesis de estos filósofos, pero contienen algunas semillas que pueden ser aprovechadas. Lo que dije explicaría la diversidad de posturas éticas, derivadas de la diversidad de situaciones en las que el hombre vive. Las diversas éticas son estructuras culturales que nos ayudan a sobrevivir cuando se dan ciertas circunstancias y que producen nuestra extinción cuando no son adaptativas a un ambiente determinado. Recuerdo haber leído que Kant apuntaba máximas en un cuaderno después de haber tenido una experiencia desagradable, máximas cuyo cumplimiento le evitarían caer o estar otra vez en esa clase de situaciones. Las máximas morales pueden ayudar a vivir o a morir, son adaptativas o desadaptativas. Entonces, si se acepta la pluralidad de posiciones éticas, aceptamos la pluralidad de situaciones que las producen y el relativismo nos lleva a reconocer que todas ellas existen porque tienen que existir. El reconocimiento de la diversidad es precisamente la condición de la tolerancia y el reconocimiento de la diversidad y de las minorías. La democracia es la única forma de Estado que reconoce y protege a las minorías, concediéndoles derechos

que garantizan su existencia y, en su caso, su expansión para convertirse en mayoría.

Cohen.- Esto es muy interesante. Como Usted sabe, Kant hablaba de la generalidad de las leyes de la razón. Yo he cambiado esta generalidad por el concepto de la totalidad de lo humano. Con ello quiero decir que la prueba de la validez de una postura ética consiste en que permita e incrementamente la humanidad de cada individuo y que facilite la expresión de todo lo que es humano. Esto es la democracia y el socialismo. Me sorprende que lleguemos por dos caminos diferentes a conclusiones similares. Usted por el camino del relativismo y yo por el camino de la ética de la totalidad de lo humano. Pero conforme a mi teoría, todo esto se encuentra implícito en los conceptos de la ciencia del Derecho y requiere del Derecho para su realización objetiva.

Kelsen.- Estoy de acuerdo parcialmente.

Cohen.- Es Usted un hombre de convicciones profundas.

Kelsen.- Es la forma como me explico al mundo. Conuerdo en que cualquier postura ética para objetivizarse debe formularse en normas jurídicas, pero debe reconocerse que el Derecho puede establecer una dictadura feroz, intolerante y destructora de todo lo humano, tal como existen condiciones en Alemania para ello. El pueblo alemán tiene facultades extraordinarias para la obediencia ciega, incluso a los mandatos más irracionales. Están dispuestos a dar su vida por una causa innoble. La obediencia ciega e incuestionable muestra la peor esencia del ser humano, su más radical irracionalidad.

Cohen.- Kant lo expresaba en su *¿Qué es la Ilustración?*

Kelsen.- Es muy cierto. Las tragedias históricas no han derivado del relativismo, sino de todos los absolutismos.

Cohen.- Yo he expresado en mi *Ética* que existen implícitos conceptos morales en los conceptos jurídicos.

Kelsen.- No entiendo como es esto posible.

Cohen.- Lo puedo expresar con un ejemplo, que en este tiempo he estado redactando en relación con mi próximo libro sobre el concepto de la religión dentro del sistema de la filosofía. Hemos concordado en la necesidad de tener a la ciencia del Derecho como el *factum* de la Ética.

Kelsen.- Sí.

Cohen.- Entonces, el ser humano aparece dentro de la Ética como persona jurídica y sólo como persona jurídica, pues lo único que interesa es el papel que desempeña en la sociedad y en el convivir con otros hombres, convivencia que es muy difícil y dolorosa, como todos tenemos experiencia, especialmente nosotros los judíos.

Kelsen.- Podría relatar muchos acontecimientos que he presenciado en Viena sobre estas dificultades de la convivencia humana.

Cohen.- Bien, pero veamos el argumento que quiero exponerle. Todo sujeto moral es y debe ser y permanecer persona jurídica.

Kelsen.- De acuerdo.

Cohen.- En esto todos los sujetos morales son iguales, pues en tanto personas jurídicas sólo se atiende a su conducta y a las normas que la regulan, prescindiendo de todas las notas características individuales de los sujetos. El hombre es persona, pero la persona no se identifica con el hombre. Éste es más, mucho más que la persona. Ésta es una abstracción, creada por la ciencia jurídica, una especie de ficción, como ya lo señalaba un jurista muy famoso, que Usted debe conocer mejor que yo.

Kelsen.- Sí, claro, Savigny. Pero no sólo él. También Vaihinger, con su teoría de las ficciones.

Cohen.- Tiene observaciones inteligentes, pero ha errado el camino que lo podría haber conducido al concepto adecuado, en el sentido de que muchas de sus ficciones son hipótesis, no falsedades útiles.

Kelsen.- Es muy cierto.

Cohen.- Volviendo a nuestro argumento. El hombre individual de carne y hueso e inmerso en un pueblo y en una cultura determinada, no es idéntico a la persona jurídica.

Kelsen.- Lo entiendo.

Cohen.- Entonces, el hombre en tanto persona es igual a cualquier otra persona jurídica. El hombre de la moralidad es igual a todos los hombres de la moralidad, pues todos ellos son igualmente personas jurídicas.

Kelsen.- Ya veo adonde me conduce. El camino hacia la totalidad de los humano sólo es posible por conducto de la democracia, que se basa en la igualdad y libertad en sentido rousseauiano.

Cohen.- Aquí hay algo interesante. Usted parte de un relativismo y fundamenta la democracia en ello. Yo construyo al hombre moral como persona jurídica y arribo a la democracia por el concepto de la igualdad de las personas jurídicas.

Kelsen.- Esta igualdad no es otra cosa que el relativismo que yo afirmo, pues si son iguales, ninguna puede o debe prevalecer sobre otras, por lo que nos son absolutas, sino relativas unas respecto de las otras.

Cohen.- Muy correcto. De aquí se pueden derivar consideraciones muy interesantes. El error fundamental del cristianismo es pretender que en un ser humano único e individual, Cristo, un hombre histórico, se cumple y realiza la totalidad de lo humano y que sólo nos quede, a los demás humanos, imitarlo. Hay una hipóstasis central en ello. En esto baso mi tesis sobre la religión en el sistema de la filosofía. Vea la diferencia existente entre Tú y Él. Él es el hombre que está al lado (*Nebenmensch*), el alter ego, mi igual como persona. Tú es algo distinto: con el Tú formo una comunidad; no es

igual al Yo, es algo más y distinto. Yo sufro con él, yo me regocijo con sus éxitos y lamento sus fracasos. Es entonces el hombre individual y concreto, que es diferente a mí, pero está conmigo y participo con él en todo. Lo veo sufrir y tengo compasión. Es *Mitmensch*. Este es el origen de la religión sistemática.

Kelsen.- Las religiones históricas hacen lo contrario: crean comunidades parciales y excluyentes, generando el odio a los demás, a los que se atreven a creer de otra manera.

Cohen.- Lo que Usted dice es cierto y está fundado en los hechos históricos. Pero observe lo siguiente: el Derecho es constitutivo de todas las comunidades existentes, que en principio quedan unificadas en el Estado. Y la comunidad de Estados condiciona a la comunidad internacional. El Derecho Internacional es la formación jurídica universal que permite la realización de la ética universal y objetiva.

Kelsen.- Pero, profesor Cohen, también permite la extinción de comunidades estatales, cuando un Estado poderoso se impone sobre otros Estados por medio de la violencia y la guerra. Recuerde Usted a Heródoto y, en especial, a Tucídides, para citar solamente a los autores clásicos.

Cohen.- Por eso debe moralizarse el Derecho.

Kelsen.- Sí, no puedo oponerme a ello. Pero debe reconocerse que ésta que Usted señala es una misión de la política, no de la ciencia del Derecho. La ciencia del Derecho sólo puede describir cómo es y cómo opera el Derecho positivo. La Ética en el campo del Estado es la Política. Creo que esto no significa que los conceptos jurídicos entrañen conceptos éticos, de manera que éstos puedan deducirse de aquellos. Reconozco y es para mí una gran enseñanza que no es posible ética alguna o política alguna sin conceptos jurídicos, pero éstos son independientes y autónomos y sólo tienen por función describir al Derecho positivo.

Cohen.- Pero, repito, la Ética es algo más, mucho más.

Kelsen.- Si. Pero quisiera que volviéramos a un tema anterior que ya hemos tocado.

Cohen.- ¿Cuál?

Kelsen.- El de los *facta* de las ciencias filosóficas, pues creo que de la posición que se asuma en este tema, depende el tratamiento que se dé a muchos problemas filosóficos.

Cohen.- Voy a exponerle las conclusiones a las que he llegado en este tema. Toda filosofía es ciencia de las ciencias. La Lógica tiene como objeto o *factum* a la ciencia natural de fundamento matemático; la Ética lo tiene en la ciencia del Derecho; la Estética en la ciencia e historia del arte; la Psicología en la ciencia de la Historia, pues toda psicología humana está culturalmente originada. Su conocimiento, su moralidad y su arte sólo pueden entenderse

originados en su cultura, en su pueblo, en su comunidad y en los avatares históricos de su pueblo.

Kelsen.- Veo, profesor Cohen, como en Kant, un apartamiento de la tesis central de la filosofía trascendental, en su segunda parte de su sistema de filosofía. Si la Ética no es filosofía del Derecho, entonces quiere obtener normas de una ciencia y eso no es posible. La Ética, estrictamente, no puede ser otra cosa que ciencia general del Derecho.

Cohen.- Entiendo lo que me dice. En su opinión, el apartamiento del concepto de la filosofía trascendental se encuentra, no en el concepto de la voluntad pura, sino en el concepto de la Ética de esa voluntad pura.

Kelsen.- Si. En ello veo una modalidad del iusnaturalismo.

Cohen.- Usted quiere, en realidad, construir una teoría pura del Derecho, no una Ética de la voluntad pura.

Kelsen.- ¡Exactamente! Esa es la expresión más adecuada para mi pensamiento: teoría pura del Derecho. Así voy a denominar a mi teoría.

Cohen.- Muy bien. Me alegro haberle dado esta expresión a su pensamiento. Pero yo no puedo quedarme atorado en una teoría pura del Derecho. Yo veo a la ciencia del Derecho como la matemática de las ciencias culturales, la geometría de las ciencias del hombre. Con esto quiero decir lo siguiente: en la ciencia natural debemos construir su objeto con los medios que el propio pensamiento nos proporciona. Esa es la genialidad de Newton: haber concebido, *a priori*, un esquema, un concepto de la naturaleza, un modelo de lo que son las leyes naturales. Este concepto se encuentra implícito en la ciencia que elaboró. En realidad, Galileo fue el que comenzó por idear este concepto. Recuerde Usted que decía que el libro de la naturaleza está escrito en lengua matemática. Ellos idearon el concepto de la ciencia matemática de la naturaleza. Todo debe formularse matemáticamente para ser ciencia natural. Los fenómenos son los enunciados que describen el resultado de las mediciones. Las leyes naturales son las relaciones funcionales entre los fenómenos...

Kelsen.- ..y Kant se encargó de mostrar explícitamente ese concepto implícito de la ciencia.

Cohen.- Esa es la tarea de la filosofía trascendental. Es el *a priori*, correctamente entendido.

Kelsen.- Profesor, esto me impulsa a afirmar que dentro de la filosofía trascendental sólo cabe, como segundo miembro del sistema, la teoría pura del Derecho. Esta teoría debe hacer explícitos los conceptos *a priori* que fundamentan a la ciencia positiva del Derecho. Expresado de otra manera: debe construir el concepto *a priori* del Derecho.

Cohen.- Eso es correcto, pero no es todo. Yo concibo a la Ética como la ciencia del hombre, la ciencia filosófica del hombre, en su totalidad. Para

ello, debo considerar que el Derecho o, mejor, la ciencia del Derecho constituye la matemática de la ciencia del hombre. Así como en la ciencia natural los fenómenos se construyen matemáticamente, así también los fenómenos humanos, sociales, deben construirse primeramente de manera jurídica. La percepción no nos da el objeto; el fenómeno social sólo está dado a la ciencia como situación jurídica. El calor no es la percepción en la piel, sino la medida de la dilatación de la columna de mercurio. En las cuestiones humanas, acontece algo similar: las relaciones humanas deben traducirse a los conceptos de la ciencia jurídica. Sólo así están dadas para la ciencia, así se objetivizan. Y el Estado debe identificarse con el Derecho. Por tanto, la Ética es la política del Derecho, como ya lo habíamos afirmado. El Estado no se agota en el Derecho. Para determinarlo en su mayor amplitud posible deben colaborar otras ciencias, como la economía y la sociología. Pero el criterio fundamental del acto estatal se encuentra en el Derecho.

Kelsen.- ¡Este es un concepto extraordinario! Profesor Cohen, ha puesto frente a mí una tarea enorme: demostrar la tesis de la identidad del Derecho y el Estado y desarrollarla en toda su amplitud. Es una tesis extraordinaria, que pone orden en todos los problemas de la teoría del Estado. ¡Ahora entiendo el error de las teorías sociológicas del Estado! Son necesarias, pero no son las determinantes conceptualmente. El criterio de lo estatal se encuentra en el orden jurídico. ¡Claro, no puede ser de otra manera!

Cohen.- Ya Platón, el gran filósofo, lo vio con claridad. No en vano escribió su libro *La República*, mal traducido. La república es un concepto de los romanos.

Kelsen.- Sí, pero yo leo a Platón de otra manera. Es el maestro de todos los autócratas. Su *polis* ideal es el modelo más dramático del totalitarismo. Es el enemigo nato de la democracia y colaboró con Critias, el jefe de los Treinta Tiranos, que era además su tío.

Cohen.- Quizá tenga Usted razón en estos datos que me proporciona. Lo que yo quiero destacar, profesor Kelsen, que sólo es posible una Ética objetiva si se sigue el camino del Estado. El fin está en la humanidad, en la unidad del género humano, de ahora y del futuro. La unidad es la paz y la justicia.

Kelsen.- Permítame expresar algunos conceptos pesimistas, derivados de mis experiencias en Viena, una ciudad vieja y escéptica, que ha abandonado muchas esperanzas, realista a fuerza de golpes. Nosotros sólo vemos decadencia y malignidad en el congénere. Si me permite decirlo, el Tú es el enemigo.

Cohen.- ¡Esto es una barbaridad! ¡No es posible que hayan llegado a estos extremos!

Kelsen.- No creemos en el futuro. Sólo el presente existe, un presente lleno de temores. Nos sentimos como personajes de un autor literario judío, de Praga, Franz Kafka, de quien sospecho es pariente lejano mío, por la rama materna. No vemos la unidad del ser humano, la paz, sino la guerra y la destrucción. El Estado puede convertirse en una máquina trituradora de hombres, que utiliza la fuerza bruta para conseguir de ellos conductas que sólo benefician a los que momentáneamente detentan el poder. El Derecho se ha convertido en una arena de discusiones sin término, en donde los rúbulas discuten sus vacuas sutilezas de manera interminable y monótona y ponen toda su inteligencia y sutileza argumentativa a los pies de los poderosos para legitimarlos.

Cohen.- ¡Esto es terrible! ¡No me diga Usted más!

Kelsen.- Está bien...pero me interesa comentar con Usted lo siguiente: hemos convenido anteriormente y lo he aceptado sin reservas la interesantísima tesis de la identidad del Estado y el Derecho, que Usted ha postulado en su libro de *Ética* y que he comprendido en todas sus implicaciones hasta este momento. Es una identidad que tiene sentido metodológico y que es una aplicación inteligentísima de la filosofía trascendental kantiana.

Cohen.- Interviene de modo decisivo, el principio de continuidad, como yo lo he denominado en mi *Lógica*. Hay que mantener el punto de vista de la judicación. Eso significa, mantenerse dentro de la hipótesis postulada y evitar los sincretismos de toda especie.

Kelsen.- Entonces, profesor, como el método o la hipótesis crea el objeto, si la ciencia jurídica es la ciencia determinante del concepto del Estado, la conclusión irremediable es la identidad del Derecho y del Estado.

Cohen.- Ha captado Usted exactamente mi pensamiento. El origen teórico del concepto del Estado se encuentra en la ciencia jurídica. El Estado como objeto es construido con los métodos de la ciencia jurídica y, por tanto, es y sólo puede ser Derecho.

Kelsen.- Por lo tanto, el Estado no es poder ni un hecho natural.

Cohen.- ¡Claro que no lo es! El Estado no está dado con los métodos de las ciencias que son objeto del primer miembro del sistema de la filosofía.

Kelsen.- Quiere esto decir que no puede concebirse al Estado como un hecho natural ni hacer una construcción de él con los métodos de las ciencias naturales.

Cohen.- ¡Ese es el error de todas las teorías que actualmente proliferan que han sido agrupadas bajo el rubro de “Sociología”! El Estado es un objeto construido jurídicamente y, por tanto, sólo está dado de manera normativa. El método constituye al objeto, lo crea. El uso de una diversidad de métodos crea una diversidad de objetos. La identidad del objeto sólo está garantizada, es el reflejo de la identidad del método.

Kelsen.- Ahora veo con claridad la serie de errores que he cometido en el libro que me ha llevado a estar conversando con Usted. En él he cometido el error de querer comprender a la función legislativa, no como una función jurídica, sino como una función social.

Cohen.- ¡Error! La legislación tiene que ser una función jurídica. Sólo puede estar dada dentro del Derecho. Mire Usted, el concepto de legislación debe ser construido a partir de las normas jurídicas, en la medida que la legislación es la creación de normas jurídicas generales. ¡No hay que olvidar el principio de continuidad!

Kelsen.- Con ello, profesor, carga sobre mis hombros otra tarea muy difícil.

Cohen.- ¿Cuál es ella?

Kelsen.- ¿Cómo hay que concebir al Derecho para entenderlo como un objeto que se crea? ¿Cuál es el origen normativo del Derecho? El Derecho no está dado; no es una cosa que podamos percibir y recibir de manera pasiva, como la percepción de un objeto externo.

Cohen.- Nada existe de esa manera. Es un pensamiento rústico pensar en esa forma. La misma percepción es algo creado por la conciencia humana. No pensarlo así, es aceptar el sentido común del habitante primitivo de las ciudades y del campo. Es la ingenuidad filosófica.

Kelsen.- ¡Mmh!...Se ha querido entender al Estado como la fuerza originaria de las normas jurídicas. Se ha afirmado que el Estado es poder y que el poder es el que crea al Derecho.

Cohen.- Pero...¡vaya!, aquí hay un error de base, un error fundamental. El poder, como hecho, como ser, no puede dar origen a un deber ser.

Kelsen.- ¡Qué errores tan grandes!

Cohen.- ¿Cuáles?

Kelsen.- Los que Usted justificadamente señala, en los que yo he caído por ignorancia filosófica.

Cohen.- ¡Me alegra mucho su inteligencia filosófica!

Kelsen.- Es casi un acto de iluminación, de esclarecimiento. ¡Es un gran placer entender esto! Quiero ver si es correcto lo que estoy infiriendo de nuestra plática. Quisiera saber cuál es su reacción. Dijimos que la ciencia general del Derecho debe hacer explícitos los conceptos *a priori* que fundamentan a la ciencia positiva del Derecho. Expresado de otra manera: debe construir el concepto *a priori* del Derecho. Conforme a Kant los conceptos *a priori* son conceptos de objetos en general. Si esto es correcto, ¿sería correcto afirmar que la teoría general del Derecho, al ser una ciencia cuyo *factum* es la teoría particular del Derecho, es simultáneamente una teoría del Derecho? Lo que quiero decir, más bien preguntar, si Usted estima correcta

la afirmación de que la filosofía de la ciencia del Derecho proporciona un concepto general del Derecho.

Cohen.- Me imagino que Usted quiere referirse al principio supremo de los juicios sintéticos a priori de Kant.

Kelsen.- Sí, exactamente. La filosofía del Derecho no tiene por *factum* al Derecho positivo. El Derecho positivo no es ciencia alguna, por tanto no puede ser el objeto a fundamentar por la filosofía. En otros términos, no existe ni puede existir una filosofía del Derecho, sino sólo una filosofía de la ciencia positiva del Derecho.

Cohen.- Estoy de acuerdo.

Kelsen.- Pero conforme al principio supremo de los juicios sintéticos de Kant que Usted mencionó, quiero preguntarle si estima Usted correcta las siguientes afirmaciones. La filosofía es filosofía de la ciencia jurídica, no del objeto de la ciencia jurídica: no hay filosofía del Derecho.

Cohen.- De acuerdo.

Kelsen.- Entonces, conforme a ese principio kantiano, que afirma que las condiciones de posibilidad de la ciencia son simultáneamente las condiciones de posibilidad del objeto de la ciencia, esas condiciones trascienden al objeto de ella, entonces la teoría de la ciencia jurídica, la teoría pura de la ciencia jurídica, es una teoría pura del Derecho, del orden jurídico como objeto de dicha ciencia.

Cohen.- Creo entender lo que me dice. La filosofía de la ciencia es ciencia de la ciencia de un objeto y, por tanto, es teoría *a priori* del objeto de la ciencia.

Kelsen.- Entonces, puede afirmarse que la teoría pura de la ciencia jurídica es teoría pura del Derecho, porque las condiciones de validez de los juicios de la ciencia del Derecho son condiciones de validez del objeto de dicha ciencia, es decir, del Derecho.

Cohen.- Ese es, precisamente, el sentido de la filosofía trascendental.

Kelsen.- En resumen, la filosofía crea el concepto del objeto de la ciencia que es su *factum*. La teoría pura es la ciencia del Derecho posible. Crea un modelo general *a priori* con el cual puede concebirse todo Derecho existente. Este modelo lo obtiene de la fundamentación de la ciencia que es su *factum*. Por tanto, es teoría del Derecho. Es teoría del Derecho por ser teoría de la ciencia del Derecho.

Cohen.- Estoy de acuerdo en que esto es una posible aplicación rigurosa de la filosofía kantiana.

Cohen.- Pero esto es el principio. Hay más relaciones. Verá Usted: he estado trabajando en el problema de la religión. En ella se encuentran muchos conceptos filosóficos presentados con otra terminología que no es la filosófica. Los grandes profetas y los grandes fundadores de religiones no

han sido hombres ignorantes, sino que han estado sumergidos en gravísimos problemas de la vida humana, que demandaban soluciones importantes. Han hecho hallazgos muy significativos.

Kelsen.- ¡Profesor! Me he percatado de nuestra conversación que estamos caminando en un círculo, del que no hemos podido salir.

Cohen.- ¿Cuál es el que Usted percibe?

Kelsen.- Hemos estado hablando de órdenes normativos.

Cohen.- Sí, del Derecho...

Kelsen.- ...y de la religión.

Cohen.- ¿Qué quiere Usted decir?

Kelsen.- Yo he hablado del Derecho positivo. Hablo de un deber ser de primer orden, digámoslo así, de un deber ser del nivel más bajo o más empírico posible. El deber ser puede tener grados. Una norma positiva del Derecho puede ser calificada de justa o injusta, de buena o mala, de conveniente o inconveniente. La base de estos juicios sólo pueden ser otras normas de nivel superior, de un deber ser superior. Por lo tanto, tanto Usted como yo hemos tenido presente a normas de diversa generalidad.

Cohen.- Cierto. Yo he construido estas normas de nivel superior sobre la base de la razón práctica.

Kelsen.- Y todo lo que ha dicho sobre ese o esos órdenes normativos tiene que aplicarse también al orden normativo del Derecho positivo. En definitiva, se trata de órdenes normativos, en última instancia. Si el Estado y el Derecho son idénticos, en el sentido que hemos hablado, entonces esta es una concepción análoga al panteísmo...

Cohen.- ¡De ninguna manera! No es *Deus sive natura* de Spinoza. Dios es el principio fundamental de la verdad que, como dije en mi Ética, es la conexión sistemática entre la lógica y la ética.

Kelsen.- Estoy arribando a una conclusión que me sorprende, usando los elementos que hemos discutido: si existe la identidad del Estado y el Derecho, aquél no puede ser otra cosa que la unidad de éste. La voluntad del Estado es la unidad de las consecuencias jurídicas. Si se concibe al Estado como un hecho natural, lo que no es posible, como ya lo ha mostrado, es porque esta unidad se ha sustancializado, se ha cosificado, se ha hipostatizado. Se le ha dado un ser físico o natural a lo que tan sólo es la unidad de un conjunto de normas jurídicas.

Cohen.- Esto ¿a qué lo conduce?

Kelsen.- A una conclusión inescapable. Dios es la hipóstasis del orden natural, de la unidad de las leyes naturales, tal como el Estado, entendido como algo no jurídico, es la hipóstasis de la unidad de las normas jurídicas. Surge, entonces, el falso problema de las relaciones entre este objeto pro-

ducto de una hipóstasis y el orden jurídico. Análogamente, se discute cuál es la relación de Dios con el mundo, con el universo.

Cohen.- ¿Qué solución se ha dado a este problema que Usted plantea en el campo de la teoría del Estado?

Kelsen.- Se ha considerado al Estado como una cosa, como un objeto que hay que estudiar con los métodos de las ciencias naturales, es decir, causalmente y..

Cohen.- ..y ¿entonces?

Kelsen.- ...se le ha concebido, como no podía ser de otra manera, como un poder, como dominación. Como es la personificación de todo el orden jurídico, el objeto producto de una hipóstasis tiene que ser el poder supremo, soberano, originario...

Cohen.- Con lo que se ha afirmado que el poder, el dominio, el Estado crea al Derecho

Kelsen.- Y como no puede entenderse desconectado del Derecho, una vez que lo ha creado, decide someterse a él y actuar jurídicamente, es decir, dentro de la órbita que le marca el Derecho y entender los actos estatales como actos jurídicos. Es la teoría de la doble cara del Estado, como ser natural y como Derecho, que ha expuesto mi maestro Jellinek.

Cohen.- Ya veo a dónde se dirige Usted.

Kelsen.- Sí, si Dios es la gigantesca hipóstasis del orden de la naturaleza, surge el mismo problema: Dios, como el Estado, es entendido como poder soberano, como ser omnipotente, y como poder crea a la naturaleza, como el Estado crea al Derecho.

Cohen.- Pero hay una segunda tesis en sus afirmaciones, que hay que perseguir en sus consecuencias, en este juego de conceptos. Una vez creado el Derecho, decide someterse a él. Si Dios crea la naturaleza, ¿cómo se somete a ella?

Kelsen.- Pienso que al encarnar como hombre en Cristo. Su ser y su conducta deben interpretarse, a partir de ese momento, conforme a las leyes naturales que rigen para el hombre. Cristo muere como mueren los hombres.

Cohen.- Esto explicaría que el cristianismo adora a Cristo como el modelo de toda la humanidad, en tanto que es el hijo de Dios. Tesis que yo, como judío no puedo aceptar. ¡Es Usted un hombre de gran talento! Ciertamente no estoy de acuerdo con lo que ha afirmado, pero reconozco la estricta lógica que anima sus aseveraciones. ¡Me hubiera gustado mucho que hubiéramos podido trabajar juntos aquí, en esta ciudad de Marburgo y que colaborara Usted en nuestras investigaciones, junto con Natorp, Cassirer, Gawronski, Kinkel y otros de mis colegas!

Kelsen.- Gracias. Me siento un poco apenado por el tiempo que me ha dedicado y...

Cohen.- ¡Nada de eso! Ha sido un gran placer conversar con Usted. ¿Usted es judío, verdad?

Kelsen.- Sí, en el sentido de que nací dentro de una familia judía. Pero mi educación me ha llevado por caminos distintos y no soy practicante de las tradiciones religiosas de mi familia.

Cohen.- Su formación cultural es completamente distinta de la mía. Mi padre me enseñó la Biblia y el Talmud. Por ello, creo que es posible una filosofía de la religión, como un cuarto o como un quinto miembro del sistema de mi filosofía. Yo fundo a la religión en el futuro, como modalidad del tiempo. Por ello pienso que en el profetismo se encuentra expresado el sentido ético de la religión de la razón. ¡Hay que hacer el camino para la totalidad de lo humano!

Kelsen.- Si me permite...

Cohen.- Diga...

Kelsen.- Una reflexión más, pues quiero conocer su reacción a ello. ¿Sería aceptable afirmar que la religión y las concepciones primeras del hombre sobre los fenómenos naturales son una proyección de los conceptos normativos que se han aplicado al Derecho? Por ejemplo, entre los griegos *aitía* significa tanto causa como culpa. Si a alguien se le pregunta por la razón de que un determinado sujeto se encuentre recluido en una cárcel, seguramente contestará diciendo “a causa” de que ha cometido un delito.

Cohen.- Creo que es correcto lo que Usted dice. Toda la filosofía griega, quizá con excepción de Leucipo y Demócrito, tiene la concepción que Usted dice. Un ejemplo: Tales buscaba un origen único de todas las cosas, un origen del Cosmos. Sabemos que lo encontró en el agua. Pero, como Usted sabe, “un origen”...en griego...¡vaya! concibió al cosmos como una *Monarquía*.

Kelsen.- Con lo que queda claro que proyectaba los conceptos sobre las normas y el Estado a los fenómenos naturales.

Cohen.- Mi alumno, un joven inteligentísimo, Ernst, dice...

Kelsen.- ¿Quién es Ernst?

Cohen.- Ernst Cassirer dice que la concepción de la causalidad es una adquisición tardía de la humanidad y que muchas culturas carecen por completo del concepto de la causalidad.

Kelsen.- ¡Muy interesante!

Cohen.- ¡Lea los libros de Cassirer, conforme aparezcan! Está haciendo investigaciones muy importantes.

Kelsen.- Así lo haré.

Cohen.- Debo decirle que yo he llevado a cabo el concepto kantiano del sistema de la filosofía. Hay que tener cuidado en no perderse en las investigaciones sectoriales, que pueden ser profundas si Usted quiere, pero siempre

serán insuficientes si se quiere unificar los contenidos de nuestra conciencia en una gran síntesis. Este es uno de los significados de Dios como unidad, en el monoteísmo. ¡Vea Usted las conexiones entre la filosofía y la religión! La filosofía es filosofía sistemática. Así he construido mi obra filosófica y así lo hizo Kant.

Kelsen.- ¡Qué bueno que pueda construirse una filosofía sistemática! Eso no debe excluir investigaciones novedosas, aunque no puedan ser encajadas provisionalmente en los sistemas existentes a la fecha.

Cohen.- Puede Usted comprender que no puedo estar de acuerdo con ello.

Kelsen.- Sí, lo entiendo. Pero, profesor Cohen, un sistema puede convertirse en una prisión, que coacciona y puede deformar, puede forzar a ocultar o no ocuparse de ciertos problemas o puede conducir a ocuparse de ciertos temas que no son pertinentes para la cuestión o el objeto que se investiga, por la razón de que no existen conocimientos absolutos y definitivos.

Cohen.- Yo creo que el sistema es esencial en toda ciencia, filosófica o no.

Kelsen.- En lo cual yo debo coincidir. Lo único que quiero enfatizar es que cualquier ciencia debe tener un sistema; y hasta ahora, en esta etapa de la evolución cultural, es imposible hacer un sistema de todas las ciencias.

Cohen.- Ese es el ideal de todas las ciencias.

Kelsen.- Sin duda, pero el hombre, con su conocimiento limitado y sus métodos parciales en cada ciencia, no ha logrado realizar este ideal. Vuelvo a pensar en el relativismo, no en una autocracia sistemática.

Cohen.- Además de inteligente, es Usted irónico.

Kelsen.- De ninguna manera intento hacer una burla de la filosofía sistemática. Pero, profesor, si del estudio de la filosofía de Kant, que pretende ser sistemática, no acepto la segunda parte, su ética, es simplemente natural que haya llegado a las conclusiones que le he expuesto. *There are more things...*

Cohen.- *in heaven and earth...*

Kelsen.- ..y si seguimos con las analogías con las que hemos operado, querer establecer un sistema de la filosofía que comprenda a todas las formaciones culturales, es el reflejo del monoteísmo religioso. No sé si la religión pueda ser concebida dentro del sistema de la filosofía.

Cohen.- Precisamente, eso quiero demostrarlo en mi próximo libro al que pienso poner el título de *El concepto de la religión dentro del sistema de la filosofía*. El equivalente a mi lógica del origen es el mito de la creación del universo. Hay una sorprendente coincidencia entre los conceptos de la filosofía y los del mito y de la religión.

Kelsen.- Lo que a mi me demuestra algo muy importante: que operan con los mismos procesos conceptuales cuando se trata de elementos culturales similares.

Cohen.- ¿Qué quiere Usted decir?

Kelsen.- Que se entiende a la naturaleza y al Derecho como sistema de leyes y lo que se hace con uno se hace con el otro también: el Estado como hipóstasis del Derecho y Dios como hipóstasis de la naturaleza. Quizá no se trate de otra cosa que de la proyección en la naturaleza de los conceptos normativos, como ya lo discutimos anteriormente. Yo veo en Él, una gigantesca hipóstasis de la unidad del orden de la naturaleza. La unidad de las leyes naturales se hipostatiza en una de las ficciones personificativas de Vahinger y, con ello, se obtiene el concepto de Dios. Es un objeto fuera de la experiencia, como ya Kant lo demostró; la único que está en la experiencia es la creencia más o menos generalizada de muchas personas en Dios. Esta es mi postura en esta materia y sé que es completamente opuesta a la que Usted sostiene.

Cohen.- Usted es un empirista radical.

Kelsen.- Creo, profesor Cohen, que la filosofía trascendental de Kant es el empirismo más radical, aunque normalmente se piense lo contrario.

Cohen.- En eso estoy de acuerdo. En lo que discrepo de los pensamientos que ha expresado es en el rechazo tajante a las enseñanzas de la religión y especialmente del judaísmo, concordantes con la filosofía sistemática, como ya pudimos vislumbrar.

Kelsen.- La sociedad en la que he vivido, en Viena, es una ciudad cosmopolita, muy hipócrita, en la que es necesario depurar el lenguaje y los conceptos para que lleguemos a entendernos. La vida se ha vuelto tan complicada que es difícil entender al conciudadano. Muchas veces lo que tenemos que hacer es arrancar la cáscara ideológica que recubre los intereses personales y verlos en su función verdadera, no ocultos en la ambigüedad de las palabras y la cortesía. Ver cuáles son los intereses verdaderos detrás de las ideologías imperantes, lo cual es una tarea muy dura y peligrosa, pero nosotros, los miembros de una minoría, a la que pertenecemos voluntaria o involuntariamente, debemos preocuparnos por encontrar los motivos verdaderos del ser humano y defenderse en esta jungla que es la sociedad.

Cohen.- Esto que dice Usted me afecta profundamente, porque es parte de mi experiencia diaria y es la sustancia de mi historia y de mi pueblo. Por eso debemos tener la mirada puesta en el futuro. Quizá con una Ética universal sea posible encontrar la salvación de todo el género humano. Yo no puedo resignarme a dejar las cosas como están. ¿No hay esperanza para el ser humano? ¿El futuro está perdido irremediablemente para la moralidad y la justicia? ¿Acaso la historia sólo es masacre inclemente y desprecio para el

sufrimiento humano? El hombre de Estado, que es el camino para el hombre de la humanidad, ¿es una bestia de presa hobbesiana? ¿Todos los profetas de la religión mosaica eran unos locos predicando alucinados en el desierto?

Kelsen.- No sé decirlo, pero empíricamente, veo al hombre utilizar el poder del Estado para conseguir finalidades exactamente opuestas a las que postula Usted en su Ética y Kant con el imperativo categórico.

Cohen.- ¡Tiene que haber una salvación! Eso nos lo garantiza Dios, el de la filosofía. Dios es el camino eterno del mejoramiento inacabable de la vida humana y es la garantía de la existencia de la naturaleza, como el teatro del perfeccionamiento del ser humano.

Kelsen.- Mi querido profesor Cohen, yo soy ateo. No sé si el hombre, en sus tratos con sus semejantes, pueda llegar a comportarse de manera distinta a como lo hace en el estado de naturaleza de Hobbes, que Usted ha mencionado. Ciertamente, hay unidades sociales, complementación de intereses y paz social, en pequeñas unidades y al interior. Pero estas unidades sólo han servido, antes o después, para incrementar su poder y su capacidad bélica, para dirigir sus armas en contra de otras unidades externas. Esta es una de las funciones del Derecho Internacional: regular situaciones como las descritas.

Cohen.- No puedo aceptar estas posturas. Mi condición de judío necesita solucionar este problema. A nivel mundial, reconozco, es muy difícil, pero a nivel local y nacional hay que luchar para conseguirlo. El concepto de la unidad de Dios es el concepto de la unidad de la Humanidad y este es el camino de la historia.

Kelsen.- Mmh...

Cohen.- Las dos raíces de mi formación cultural son el profetismo judío y la razón filosófica kantiana. Yo no encuentro contradicción alguna entre la filosofía y la religión. Razón y religión, Kant y el profetismo judío, estos son los polos de mi formación y la unidad de mi pensamiento. Esto se correlaciona con la objetividad y la subjetividad: las ciencias y su filosofía constituyen el ámbito de la objetividad; la subjetividad es la conclusión de ello, pues nada tiene sentido si no desemboca en los hechos concretos y en la vida individual de cada sujeto. El germanismo es el espíritu de Kant y representa la objetividad de la ciencia, del Estado y del arte; el individuo, con su sufrimiento y su necesidad de salvación, está representado por el judaísmo. Por tanto, como propugno una religión de la razón, propugno igualmente la asimilación del pueblo judío a la nación alemana. Es el camino para la humanidad.

Kelsen.- Comprendo, profesor Cohen. Muchas gracias por el tiempo que me ha dedicado y la orientación filosófica fundamental que me ha explicado y que aprovecharé en mis reflexiones. Puedo decirle, profesor Cohen, que

he encontrado en su filosofía la orientación metodológica fundamental para mi trabajo futuro. De nuevo, muchas gracias.

Cohen.- Hasta pronto. Espero oír de Usted en el futuro y sepa que siempre estaré dispuesto a dialogar e intercambiar opiniones sobre temas filosóficos. Aunque no concuerdo con varios de sus argumentos, veo en Usted el futuro de la filosofía kantiana del Derecho.

Kelsen.- Adiós.

Cohen.- Adiós.

- - -

Primavera de 1946.

Hoy he recibido la noticia de que la amable esposa de Cohen, Martha Lewandowski, con más de ochenta años de edad, ha sido enviada, en el año de 1943, a uno de los campos de concentración que han establecido los nazis. Ha desaparecido sin dejar rastro o noticia, como ha acontecido con muchos miembros de mi familia. ¿Habrá sido asesinada? ¿Cuáles habrán sido los pensamientos de esta noble señora, en el momento en que fue detenida y arrojada a uno de estos campos, recordando a su esposo y a su política de asimilación de los judíos con la nación alemana? ¿Qué hubiera pensado su sabio esposo si pudiera contemplar los espectáculos de persecución de los judíos por parte de los nazis y de la política de solución final del régimen nacional socialista? ¿Acaso su esperanza mesiánica no era otra cosa que la expresión religiosa de un temor anticipatorio del futuro? ¿Será ley de la naturaleza que el futuro será siempre más horroroso que el pasado, en donde el hombre podía hacer menos daño, por el escaso desarrollo tecnológico? Sea lo que fuere, esta noticia me afecta profundamente y me hace reflexionar sobre la naturaleza del hombre.



ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE METODOLOGÍA EN TEORÍA DEL DERECHO

Brian Bix¹

University of Minnesota

I. Introducción

Durante gran parte del siglo veinte, desde los tiempos de los realistas americanos hasta los trabajos de H.L.A. Hart, los más importantes trabajos en teoría del derecho fueron escritos por juristas², que tenían algún interés y, quizás, algún adiestramiento básico en filosofía. Más recientemente, muchos, tal vez la mayoría, de quienes trabajan en teoría jurídica en el mundo Anglosajón tienen doctorados en filosofía o algún otro adiestramiento filosófico significativo. Por ello, es poco sorprendente que se haya producido una mayor sofisticación en el arsenal teórico con el que enfrentamos los tópicos en teoría del derecho y se dedique más atención a las cuestiones de metodología en filosofía.

La filosofía del derecho es una categoría amplia, y la porción que me interesa analizar cuenta con una larga tradición, pero es un área que, sin

¹ Frederick W. Thomas Professor of Law and Philosophy, University of Minnesota.

Una versión de este trabajo fue presentada en el Congreso Internacional: Problemas Contemporáneos de la Filosofía del Derecho, UNAM, Julio 2003. Estoy agradecido a Pablo Navarro y otros participantes del Congreso de la UNAM por sus comentarios y sugerencias. Parte del material de este trabajo deriva de , o es paralelo a, otros de mis trabajos que han sido recientemente publicados o que están en prensa: "Legal Positivism," en *Blackwell Guide to the Philosophy of Law* (en prensa, William A. Edmundson & Martin Golding, eds., Oxford: Blackwell, 2004); "Raz on Necessity," *Law and Philosophy* (en prensa, 2003); "Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy?," 16 *Ratio Juris* 281 (2003); Comentario de libro (al libro de Julie Dickson, *Evaluation and Legal Theory*), 28 *Australian Journal of Legal Philosophy* 231 (2003); y "Will versus Reason: Truth in Natural Law, Positive Law, and Legal Theory" en *Truth* (en prensa, Kurt Pritzl, ed., Washington, D.C.: The Catholic University of America Press, 2004).

² En este trabajo, "Teoría jurídica" ha de entenderse en sentido limitado, y se refiere a las elaboraciones teóricas abstractas acerca de la naturaleza del derecho, la naturaleza de los conceptos jurídicos particulares, el razonamiento jurídico, etc. No se refiere a las teorías intermedias usadas para defender y reconstruir áreas de doctrinas en sistemas jurídicos particulares

embargo, aun parece inusual a la mayoría de los lectores de las revistas jurídicas Americanas, y es escasamente comprendida por muchos académicos. Me concentraré en la teoría analítica del derecho, y dentro de los enfoques analíticos, en las teorías acerca de la naturaleza del derecho. La teoría analítica del derecho ofrece un análisis de la naturaleza básica del derecho y de los conceptos jurídicos (e.g. “derechos”, “deberes”) en contraste con la motivación que subyace a las discusiones sobre cuestiones jurídicas que ha predominado en tiempos clásicos y en trabajos más recientes: analizar al derecho como un foro para la discusión de cuestiones morales acerca de cómo deben actuar los individuos (e.g. las respuestas adecuadas a normas inmorales, o la cuestión de cómo deben los legisladores mejorar el derecho).

Este trabajo ofrece una revisión de temas metodológicos conectados con teorías acerca de la naturaleza del derecho, y es importante notar desde un principio en qué medida estas cuestiones metodológicas en las teorías analíticas difieren de las preocupaciones metodológicas que enfrentan las teorías críticas (acerca de cómo mejorar el derecho), o teorías sociológicas o históricas (relativas a las causas y efectos de las normas jurídicas). Con cuestiones concernientes a, digamos, el comportamiento judicial, los aspectos metodológicos son los familiares dentro de las ciencias sociales, e.g. en qué medida la perspectiva de los participantes debe estar incorporada en nuestro análisis de las acciones sociales, si la mejor explicación es la que se concentra en el nivel de los individuos o de la estructura, la medida en que la percepción de los participantes puede o debe ser incorporada en los análisis de la causalidad, etc. (e.g., Lucy, 1999, pp. 17-32). Para enfatizar lo obvio: las teorías que pretenden describir o explicar la naturaleza del derecho parecen hacer algo bastante diferente del estándar de las teorías de las ciencias sociales (y diferente de las teorías de las ciencias físicas).

La discusión subsiguiente se concentra sobre las cuestiones metodológicas básicas que son presupuestas en las afirmaciones de las teorías analíticas acerca de la naturaleza del derecho, y las posibles críticas de estas posiciones, particularmente aquellas relacionadas con el papel de la teoría general del derecho y el análisis conceptual. De manera adicional, al final, habrá una breve discusión de tópicos relacionados con el debate entre positivismo jurídico y teorías del derecho natural, la teoría del derecho de Kelsen, y el problema de la verdad en el derecho.

2. Objetivos

¿Qué esperamos *que hagan* las teorías acerca de la naturaleza del derecho? ¿Cómo podemos distinguir buenas teorías de malas teorías? No podemos contrastar las teorías acerca de la naturaleza del derecho del mismo modo en que contrastamos las teorías científicas: preparando experimentos

controlados con el fin de observar si ocurren los eventos que la teoría ha predicho. Ni podemos aplicar el test de teorías históricas: evaluando las teorías por su adecuación con hechos del pasado. Tampoco los enfoques convencionales de verificación o falsificación sirven para las teorías acerca de la naturaleza del derecho, porque tales teorías no intentan ser (meramente) teorías empíricas, sino más bien tienen pretensiones conceptuales, pretensiones acerca de lo que es “esencial” para el concepto (o “nuestro” concepto) de “derecho”.

Una buena teoría acerca de la naturaleza del derecho (o la naturaleza de cualquier otro concepto o práctica) *explica*. Una buena teoría sería aquella que nos dice algo significativo –que dice algo interesante acerca de la categoría del fenómeno que llamamos “derecho”. Aun si son pretensiones que no puedan ser verificadas o falsadas, es posible aun sentir que una teoría nos proporciona o no una revelación acerca de la práctica o fenómeno que antes no teníamos. Una teoría que ofrece decirnos algo acerca de la “naturaleza del derecho” necesita, por supuesto, reflejar, en una proporción sustancial, el modo en que los ciudadanos y los juristas perciben y practican el derecho –debe “ajustarse” a nuestras prácticas jurídicas, pero este ajuste no necesita ser perfecto. Sin embargo, desviaciones significativas de la comprensión que los participantes tienen de una práctica deben justificarse mediante alguna revelación que se ofrezca. Esto se relaciona con un segundo punto: una teoría debe ofrecer algo más que un ajuste descriptivo general – debe también decirnos algo acerca de las prácticas que aun participantes normales en esta práctica podrían ser incapaces de articular, pero que ellos reconocerían cuando son advertidos de la teoría.

Estos son tal vez estándares vagos, pero no es claro que una “explicación” o el papel de una teoría general pudiesen ser reducidos a términos más precisos, una vez que se comprende que la hemos separado de las ataduras más concretas de la predicción o la simple falsabilidad.

3. Teoría general, análisis conceptual y “necesidad”

Las referencias a teorías acerca de la naturaleza del derecho implícitamente asumen que tiene sentido hablar de una teoría *general* del derecho (por contraposición a una teoría de un sistema jurídico particular o un grupo de sistemas jurídicos, o investigaciones históricas o sociológicas ligadas a un sistema particular o grupo de sistemas). Este presupuesto no es obvio o indisputable. Esta pregunta es a menudo equiparada con o transformada en otra –acerca de si tiene sentido hablar de “el concepto de derecho” o la “naturaleza esencial del derecho”. (Hay aspectos del debate acerca de la posibilidad de una teoría general del derecho que están completamente abarcados

por las discusiones acerca de la “necesidad” y el análisis conceptual”; estos serán abordados más tarde en este trabajo).

Las referencias a propiedades “necesarias” o “esenciales” fueron tradicionales en la filosofía clásica. Sin embargo, para las sensibilidades modernas, tales referencias parecen fuera de lugar, al menos cuando se discute una práctica social o institución. Hablar de necesidad suena a Ideas Platónicas abstractas y eternas, pero si las prácticas jurídicas y las instituciones son productos humanos, ¿no podemos definir las de la manera que queramos? Y si “derecho” es sólo lo que decimos que es, parece haber poco espacio para la clase de análisis conceptual que Joseph Raz y H.L.A. Hart, y muchos otros teóricos analíticos del derecho, han intentado proporcionar.

¿Hay un lugar para la “necesidad” en las discusiones acerca del derecho? Algunos filósofos han argumentado a favor de la “necesidad” en la definición de algunos términos, en aquellos casos que esos términos denoten alguna categoría cuyos límites están establecidos por lo que podría considerarse “el mundo tal como es”. Estos términos son “clases naturales” como “agua” y “oro”, y el debate en la literatura, al menos inicialmente, estuvo destinado a la cuestión de si la referencia de los términos de esta clase está determinada por las creencias de los individuos acerca de la naturaleza de los objetos o por el mundo tal cuál es³. Cualquiera sea el mérito del análisis de “clases naturales” para términos que se refieren a entidades naturales o físicas, su aplicabilidad a instituciones humanas y prácticas sociales parecería ser mucho más problemática. “Oro” puede ser una categoría cuyos límites están establecidos por el mundo, y su esencia establecida por la mejor teoría científica que dispongamos. Hay, sin embargo, poca razón para pensar que un enfoque similar podría servir para “baseball” o “derecho”. ¿De qué manera “el mundo” podría decirnos cómo limitar lo que cuenta y lo que no cuenta como “derecho”? y ¿qué significaría tener una “teoría científica” de la naturaleza del derecho?⁴

Otra analogía en la literatura filosófica puede provenir de la idea de Saul Kripke (Kripke 1972) de designadores rígidos: que de manera contrafáctica, los términos singulares tendrían la misma referencia en todo mundo posible. Nuevamente, mientras este análisis podría ser persuasivo respecto a nombres propios, sería extraño, por así decirlo, su aplicación a prácticas sociales

³ Véase, en general, Putnam (1975). Para un análisis crítico de los intentos de aplicar teorías de “clases naturales” al derecho, véase Bix (1993, pp. 157-173).

⁴ Michael Moore (1998, p. 312) sugiere que la teoría de H. L. A. Hart podría verse como *implicando* algo análogo –“así como hay “clases naturales” en el mundo natural, también hay “clases sociales” en el mundo social, y el derecho es una de ellas– pero esto todavía nos deja la pregunta de que significaría que existen “clases sociales”

o instituciones sociales como el derecho⁵. En el contexto de teorías acerca de la naturaleza del derecho, y respecto al uso de “necesidad” en tales discusiones, las teorías Kripke-Putnam acerca de la referencia y la semántica no parecen ser útiles, excepto tal vez por una amplia analogía.⁶

3A. *Análisis conceptual y teoría del derecho*

Una respuesta posible en este momento sería: “Por supuesto, una discusión de teoría general del derecho acerca de la naturaleza del derecho no es un análisis de aquello que es lógicamente necesario, o de una clase natural. Es un análisis *conceptual*, y cualquier pretensión de “necesidad” o “esencia” es el que está involucrado en la investigación de conceptos”.⁷ El análisis filosófico de conceptos es, por supuesto, poco novedoso. Por ejemplo, hubo un extenso debate acerca de si el conocimiento debía ser definido como “creencia justificada verdadera” (Gettier, 1963). Los filósofos frecuentemente creen que pueden analizar de manera adecuada nuestros conceptos, y, al menos algunas veces, determinar sus atributos esenciales (y accidentales)⁸ De igual manera, el análisis conceptual no es tampoco nuevo en teoría general del derecho: el texto inglés que podría considerarse como más importante en teoría del derecho en el último siglo expresa en su título que se trata de un estudio *sobre un concepto*, i.e. *El Concepto de Derecho* de H.L.A. Hart.⁹

⁵ Las posiciones de Kripke y Putnam pueden aceptarse a un nivel más general, que el significado tiene una dimensión social, y no es individualista (no está “en la mente”), aun cuando no se acepte que el “mundo” determina el significado de nuestros conceptos. Raz (1998, pp. 262-64 & n. 26). La relevancia de esta “posición de compromiso” para el presente análisis se hará clara más adelante en este trabajo.

También deben destacarse los recientes intentos de Nicos Stavropoulos para fundamentar la objetividad de la interpretación jurídica, en un análisis que es comparable a la semántica de Kripke-Putnam.. Stavropoulos (1996).

⁶ Véase arriba n. 4.

⁷ Por supuesto, cuando los filósofos clásicos escribían acerca de propiedades esenciales y accidentales, ellos se referían a las propiedades esenciales y accidentales de las *cosas*, y no de los *conceptos*. Véase, e.g. Aristóteles, “Metafísica,” libro VII, ch. 4 (Aristotle, 1984, pp. 1625-27).

Cae fuera del alcance de este trabajo la cuestión de si el análisis conceptual debe darse en la línea de términos “necesarios” o “esenciales” – si todos los conceptos tienen esa estructura, o pueden analizarse de ese modo, o si sólo pueden analizarse en términos de, digamos, casos paradigmáticos. Para nuestros propósitos es suficiente que *algunos* conceptos puedan ser analizados de esa manera. La cuestión de si “derecho” es mejor analizado de este modo puede ser abordada sin resolver la cuestión de si *todos* los conceptos tienen que analizarse de esta manera.

⁸ Raz (1998, p. 273 & n. 38), donde Raz distingue “aquellos rasgos del derecho que son generales, i.e., compartidos por todos los sistemas jurídicos” y “los rasgos esenciales del derecho, que son características sin las que no serían derecho”

⁹ Hart (1994); también Raz (1980) (*The Concept of a Legal System*).

Sin embargo, podría preguntarse, ¿por qué debemos estudiar el *concepto* en lugar de estudiar la *cosa misma* (la práctica, el tipo de institución)? Esta parece ser similar a una respuesta que un empiricista (o anti-intelectual) puede dar a filósofos abiertamente abstractos, poco prácticos. A *este* nivel, la respuesta apropiada es que el análisis conceptual es prioritario – no podemos estudiar derecho a menos que conozcamos *qué significamos por “derecho”*¹⁰. Alguien podría insistir en que el análisis apropiado del derecho –una institución social– es mediante la teoría social. El derecho es un conjunto de prácticas sociales, continuaría el argumento, así que su naturaleza es descubierta, mediante una investigación de las prácticas que tenemos y no a través de reflexiones ociosas (más adelante abordaré con detalle este punto). Sin embargo, debe notarse que la sugerencia acerca de una investigación puramente empírica/sociológica sería vulnerable al argumento antes ofrecido: ¿cómo podemos tener “una teoría sociológica del derecho” si no tenemos antes una noción genérica de lo que es y lo que no es “derecho”?¹¹

Hay, por tanto, un sentido en el que un trabajo conceptual *debe* ser prioritario sobre un trabajo empírico¹². Cuando nos interesamos por los límites de una categoría, lo que hace que algo sea “derecho” o no lo sea, no estamos preguntando nada acerca de unas instituciones en particular, e.g. acerca de los orígenes históricos del razonamiento jurídico en el sistema jurídico inglés, o las prácticas interpretativas de los jueces americanos en la construcción de la interpretación de las leyes. Las cuestiones acerca de prácticas institucionales específicas serían investigaciones de teoría social, que requieren una combinación de modelos, observación y análisis estadístico. Sin embargo, como se ha mencionado antes, la discusión más general acerca de la naturaleza del derecho, si existe algún lugar para tal discusión, no es una investigación empírica *comparable*.¹³

¹⁰ Véase, e.g., Jackson (2000, pp. 30-31); cf. Coleman (2002, pp. 3473-51) (que ofrece una respuesta similar a la crítica naturalista del análisis conceptual).

¹¹ Una respuesta posible es que mientras una noción previa de “derecho” es necesaria antes de comenzar otro trabajo (empírico), simples intuiciones y patrones de uso lingüístico serían suficiente para ese objetivo. Ningún análisis conceptual *denso* es necesario (o posible, podría añadir algún comentarista) (Leiter, 2002).

¹² Sin embargo, hay también un sentido en el que los teóricos que hacen análisis conceptual debe deferir al modo en que el mundo es, al menos en aquellos casos en los que el teórico está investigando un concepto que *ya existe*. La cuestión sería diferente si estuviésemos proponiendo un *nuevo* concepto o categoría, y considerásemos qué afirmaciones empíricas podrían hacerse acerca de ese concepto. (Raz, 1994, p. 221).

¹³ Nada de esto es una afirmación de que la investigación sociológica debe estar subordinada al análisis conceptual. El hecho de que tenemos un sentido genérico de (e.g.) lo que es y lo que no es “derecho” no significa que las teorías sociales tengan que ser construidas sobre categorías que se remitan a ese concepto.

Podría señalarse que si fuese un error tratar de fundamentar una teoría acerca de la naturaleza del derecho *únicamente* sobre bases empíricas o sociológicas, sin referencia al análisis conceptual, también sería un error basar tal teoría sólo en el análisis conceptual, sin referencia a verdades empíricas y sociológicas (e.g. Tamanaha, 1997; 2000; 2001, pp. 1-32) En verdad, ¿qué sentido o valor tendría un “concepto de ‘derecho’” que no tuviese relación alguna con las prácticas que asociamos a nuestros sistemas jurídicos? La opinión de Raz (Raz, 1996, pp. 5-6) es que el concepto de Derecho está basado sobre percepciones y autoconocimiento de los individuos –autoconocimiento que, a su vez, se puede suponer que refleja las prácticas sociales que ayudan a constituir la institución social. La conexión entre análisis conceptual y verdades empíricas será discutida más adelante.

3B. Parecido de familia

Ludwig Wittgenstein (1958, §§ 65-68) introdujo la famosa noción de “parecido de familia” como una abreviatura para señalar que algunos conceptos y categorías (Wittgenstein usó los ejemplos de “lenguaje”, “juego” y “número”) no pueden ser comprendidos en términos de condiciones necesarias y suficientes, sino más bien mediante un variedad de criterios diferentes y superpuestos (Glock, 1996, pp. 120-124). Wittgenstein no afirmaba que *todos* los conceptos fuesen conceptos de parecido de familia, sino únicamente que algunos lo eran, y, por consiguiente, sería erróneo asumir que siempre habría condiciones necesarias y suficientes para cualquier concepto (Glock, 1996, pp. 123-124).

Una serie de escritores ha sugerido que “derecho” *podría* ser un concepto de parecido de familia, con ejemplificaciones que no tienen rasgos comunes –y por ello ninguna característica “necesaria” (Burton, 1985, pp. 1979-80; Lyons, 1983a, p. 259). Hart mismo sugirió (Hart, 1994, pp. 279-280) que la noción de “parecido de familia” podría ser particularmente relevante para los términos jurídicos, y él señaló ya en *El Concepto de Derecho* (Hart 1994, pp. 15-16) que “derecho” podría ser mejor entendido de esa manera, aunque más adelante, en el mismo libro, él ofrece lo que parece ser un conjunto de condiciones necesarias y suficientes para ese término (Hart, 1994, p. 81)

Debe notarse que, dado que nadie sostiene que *todos* los conceptos son de parecido de familia, aun si se acepta que *algunos* conceptos lo son, el análisis y la discusión debe desarrollarse concepto por concepto. Una manera de “rechazar” que “derecho” sea un concepto de parecido de familia es proporcionar un análisis en términos de condiciones necesarias y suficientes, como Raz y otros intentaron hacer. Si el análisis es exitoso, entonces

ello es suficiente para mostrar que “derecho” no es un concepto de parecido de familia.¹⁴

3C. La conexión con la práctica y el número de conceptos

Decir que el análisis conceptual está conectado con la experiencia conduce razonablemente a la pregunta –sorprendentemente difícil– de cuál es la conexión.¹⁵ Raz (1998, pp. 280.281) sugiere lo siguiente:

“El concepto de derecho es un producto histórico, que cambia a lo largo de los años, y el concepto tal como lo poseemos es más reciente que la institución a la que se refiere

...

Pero el concepto de derecho no es un producto de la teoría jurídica. Es un concepto que evolucionó históricamente, bajo la influencia de la práctica jurídica y otras influencias culturales, incluyendo a la influencia de la teoría del derecho contemporánea”.

En otras palabras, el concepto contemporáneo de derecho es diferente del de algunas generaciones o siglos pasados. Esto, a su vez, genera la pregunta acerca de la cantidad de conceptos de derecho (¿Más de uno a lo largo del tiempo?, ¿Más de uno en cualquier momento?), y su naturaleza local o universal.

Cuando analizamos el concepto “derecho”, el modificador que ponemos en la descripción puede ser crucial. ¿Describimos, como ocurre en el título del libro de H.L.A. Hart, *El Concepto de derecho*, implicando que hay (y siempre ha habido) un único concepto? ¿O estamos simplemente ofreciendo “un concepto de derecho”, implicando que esta es únicamente una posibilidad entre muchas otras?¹⁶ Además, si es un concepto entre varios (y, en este sentido, “contingente”, no “necesario”), es la focalización sobre este concepto algo no arbitrario? –esto es, ¿hay alguna buena razón por la que debemos atender a *este* concepto antes que a otro? Por ejemplo, ¿podría argumentarse que prestamos atención a este concepto en particular entre otras posibilidades porque este es “*nuestro* concepto de derecho”?– que aunque sea contingente, en el sentido de que hay otros conceptos de derecho, ¿éste es el que se ajusta a las prácticas lingüísticas de nuestra comunidad o al autoconocimiento general?

¹⁴ Por supuesto, lo contrario no es el caso: el fracaso de una análisis particular en términos de condiciones necesarias y suficientes no prueba que “derecho” es un concepto de parecido de familia, aunque puede servir para arrojar dudas en ese sentido.

¹⁵ Discuto este tema en Bix (2000).

¹⁶ Alguna vez se ha sugerido que los dos libros, *The Concept of Law* (Hart, 1994) y *A Theory of Justice* (Rawls, 1999), podría haber intercambiado provechosamente los artículos.

Jules Coleman, en un trabajo reciente (1998^a, p.393 n. 59) ha defendido un análisis en términos de “*nuestro* concepto de derecho”, ligando esta posición a una noción más bien deflacionaria de necesidad.

“El proyecto descriptivo de la teoría general del derecho es identificar los rasgos esenciales o necesarios de *nuestro* concepto de derecho. Ningún filósofo analítico serio... cree que el concepto prevaleciente de derecho es necesario en algún sentido: que ningún otro concepto es lógicamente posible o posible en algún otro sentido. Ni tampoco se cree que nuestro concepto de derecho no pueda ser revisado. Por el contrario. La tecnología puede algún día requerirnos la revisión de nuestro concepto en diversos modos. Aún así, hay una diferencia entre sostener que un concepto particular es necesario y afirmar que hay rasgos necesarios de un concepto que se acepta como contingente”.¹⁷

De manera similar, Raz escribe acerca de un concepto de derecho que parece ser al mismo tiempo contingente y necesario (o, en su terminología algo diferente, “local” y “universal” (Raz, 1996, 1-7)). Según Raz: (1) *nosotros* tenemos un concepto de derecho; (2) que está basado en nuestro autoconocimiento de la sociedad; y (3) que nuestro concepto de derecho ha cambiado en el transcurso del tiempo en respuesta a los cambios en las actitudes, prácticas, instituciones y, también de las teorías filosóficas. (Raz, 1996; 1998; 2004)

Veamos más atentamente las nociones que emplea Raz en su análisis. Raz no es un Platonista, y por consiguiente no cree que el concepto de derecho es alguna idea platónica eterna, que sería la misma para todos los individuos o para todos los tiempos.¹⁸ Por tanto, es natural sospechar que el concepto que investigamos es “nuestro concepto”, “el producto de una cultura específica” (Raz, 1996, p. 5)

Mientras el concepto de derecho ha cambiado en el tiempo –no se trata de una Idea inmutable que “descubrimos”– Raz trata el/nuestro concepto de

¹⁷ Mientras no estoy completamente seguro de lo que Coleman quiere decir con su idea de que la tecnología requiere revisión de un/nuestro concepto, la noción de un concepto contingente, por sí misma, parece comprensible.

Además de advertir cuán similar es la posición de Coleman a la de Raz, podría añadirse la idea de Raz (1998, p. 273 & n.38), que es aún importante ser capaz de distinguir los rasgos de los sistemas jurídicos, incluso los rasgos de cualquier sistema jurídico, de las características “esenciales o necesarias” que hacen que esos sistemas sean “jurídicos”.

¹⁸ Contrástese con los comentarios de Cicerón sobre el “derecho natural”: “El verdadero derecho es recta razón en acuerdo con la naturaleza; es de aplicación universal, inmutable y perenne... Y no habrá diferente derecho en Roma y en Atenas, o leyes diferentes ahora y en el futuro, sino uno eterno, y un derecho inmutable será válido para todos los tiempos y naciones...” Marco Tulio Cicerón, “The Republic,” Book III, xxii (Cicerón, 1928, p. 211). No deseo decir que la visión de Cicerón acerca de un derecho ideal, o de un estándar eterno para evaluar moralmente cualquier derecho positivo, es lo mismo que un análisis conceptual moderno de “derecho”. Uso el lenguaje de Cicerón solo para ejemplificar una visión de algo que no cambia en el tiempo y es independiente de la experiencia.

derecho como algo único, una cuestión acerca de la que podemos acertar o fallar en nuestras descripciones, y que no podemos simplemente reinventar según nuestros propios propósitos (a pesar de que él advierte que, dado que el concepto de derecho cambia, nuestras teorías del derecho, aún las equivocadas, pueden influenciar en el concepto de derecho que tienen las generaciones futuras (Raz, 1996, p. 7)). De manera similar, Raz rechaza la noción de que nosotros (como teóricos) podamos elegir un concepto de derecho basado en, digamos, la utilidad para nuestras investigaciones,¹⁹ o según su simplicidad o elegancia (Raz, 2004); más bien este concepto ya está presente, ya forma parte de nuestro autoconocimiento. Raz se refiere repetidamente a “*el* concepto de derecho” que “*existe independientemente*” de la filosofía jurídica, que pretende explicarlo (Raz, 1998, pp. 280-281, énfasis añadido), y “*la* naturaleza del derecho” que las teorías generales del derecho deben elucidar (Raz, 1998, p. 2, énfasis añadido; véase también Raz, 2004).

Cuando estos aspectos de la concepción de Raz son combinados, ellos resultan en una posición que podría parecer problemática por dos razones. Primero, según el análisis de Raz, el concepto puede aplicarse a sociedades que no tienen o no han tenido el concepto.²⁰ Raz enfatiza que nada radical se sigue o es presupuesto por esta posición: sólo que algunas maneras de articular nuestra comprensión de nosotros mismos se desarrolla lentamente, al igual que los conceptos para comprender culturas extranjeras (tal comprensión requiere el desarrollo de conceptos que nos permitan relacionar la comprensión que esas culturas tienen de sus prácticas con nuestra comprensión de nuestras propias prácticas) (Raz, 1998, pp. 4-5). Como Raz señala, no parecemos preocupados por este tipo de análisis en otros campos: por ejemplo, podemos hablar de la “calidad de vida” de una sociedad que existió mucho tiempo antes de que el concepto se hubiese articulado (Raz, 2004).

¹⁹ Véase, e.g., Raz (1994, p. 221):

“[S]ería erróneo concluir ... que se juzga el éxito de un análisis del concepto de derecho por su utilidad teórica sociológica. Hacer eso, es pasar por alto el punto que, a diferencia de “masa” o “electrón”, “derecho es un concepto usado por la gente para comprenderse ellos mismos. No somos libres de elegir cualquier concepto útil. Una de las principales tareas de la teoría jurídica es contribuir a la comprensión de la sociedad, ayudándonos a entender como la gente se entiende a sí misma”.

Entre los que parece estar en contra de elegir conceptos de acuerdo a su utilidad, véase, e.g., Leiter (1998); Lyons (1983b, pp. 57-59); Tamanaha (2000, pp. 283-288). (En un trabajo anterior (Bix, 1999b, pp. 9-28), Yo también parecía suscribir esos puntos de vista, pero era y soy más agnóstico en este tema que lo que ese texto puede implicar)

²⁰ Véase, e.g., Raz (1998, p. 4) (“el concepto de derecho mismo es un producto de una cultura específica, un concepto que no está disponible a miembros de culturas anteriores que, de hecho, vivieron bajo un sistema jurídico”)

El segundo problema es uno que puede parecer más difícil de superar: la manera en que Raz combina las referencias a la “necesidad” con la contingencia histórica. Esto puede resultar confuso, dadas las conexiones, mencionadas anteriormente, dentro del discurso filosófico normal entre “necesidad” y “el modo en que las cosas deben ser” o “el modo en que las cosas deben ser en todo mundo posible”. La “necesidad” en un análisis conceptual –al menos en el de Raz– es de un tipo más “suave”, por decirlo de alguna manera. Sólo significa que esas son conexiones internas al concepto en cuestión (e.g., ser un sistema jurídico es pretender status dotado de autoridad), un concepto que es contingente y puede estar ligado a una comunidad particular en un determinado período. Y, tal vez, una noción más Wittgensteniana (o Hegeliana), una necesidad relativa a una sociedad y a un tiempo o “modo de vida”.

3D. Nominalismo y Pluralismo

Como se ha discutido antes, hay una fuerte conexión entre el punto de vista de que se debe ofrecer un análisis conceptual del derecho y el punto de vista de que la teoría general del derecho es tanto posible como valiosa. Sin embargo, como veremos en las próximas secciones, puede impugnarse lo primero y seguir manteniendo lo segundo.

Algunos teóricos sostienen que no existe un único concepto de derecho, o al menos que ninguno debe tener prioridad sobre todos los otros. Este enfoque es bien presentado por el siguiente comentario de Tamanaha:

El proyecto de elaborar un concepto científico de derecho estaba basado en la creencia equivocada de que el derecho abarca una categoría fundamental. Por el contrario, el derecho es completamente una construcción cultural, que carece de naturaleza universal. El derecho *es* aquello a lo que le atribuimos el nombre *derecho*.

Esto puede ser visto como un ataque nominalista a la teoría conceptual: “derecho” no es una categoría (natural o de otro tipo), “derecho” es lo que deseamos que eso sea; así, es un extraño ejercicio, por decirlo de alguna manera, preguntar acerca de la “naturaleza” o “naturaleza esencial” de algo que hemos construido (y que podría construirse de otra manera si lo decidiésemos). Tal vez la teoría del derecho puede sólo ser, en una frase usada por un comentarista, “una conjunción de lexicografía e historia local, o ... una yuxtaposición de todas las lexicografías y todas las historias locales”.²¹

Una respuesta a este tipo de nominalismo (aunque más modesta o minimalista de la que Raz ofrecería) es que no es necesario postular una suerte

²¹ Finnis (1980, p. 4). Por supuesto, la posición de Finnis es que la teoría del derecho *es* más que es mera conjunción Véase, *id.* pp. 3-18.

de agrupamiento metafísico para justificar teorizar acerca de conceptos. Aunque sea arbitraria la inclusión o exclusión de algunos temas en nuestra categoría de “derecho”, si hay algo interesante que puede decirse acerca de todos los temas (y tal vez solamente de ellos) de esa categoría, el proceso de hacer teoría sería valioso (Bix, 2000, p. 231) (Se podría atacar desde otra dirección, como hizo Frederick Schauer (1994), y sugerir que tal vez exista un único concepto de “derecho”, pero que nada interesante puede decirse acerca de él²²)

El punto anterior podría invertirse: no que deba haber categorías más o menos arbitrarias, acerca de las cuales puede haber algo interesante o no para decir, sino más bien que debemos “construir” o “seleccionar” las categorías que tengan las mejores consecuencias prácticas.²³ Frederick Schauer, de manera controvertible, asocia esa posición con la de H.L.A. Hart y Lon Fuller: “Fuller y Hart aparecen igualmente comprometidos con la creencia de que dar cuenta de la naturaleza del derecho no es tanto una cuestión de descubrimiento como una construcción normativamente guiada, de tal manera que la mejor manera de dar cuenta de la naturaleza del derecho es aquella que puede servir a objetivos normativos más profundos”. [Schauer, 1994, p. 209 (se omite la nota al pie)]²⁴

3E. Dudas acerca de la teoría general del derecho

En los trabajos de Ronald Dworkin se ofrece, de manera implícita antes que explícita, una crítica diferente. Dworkin ofrece un enfoque interpretativo al derecho y la teoría jurídica, dentro del cuál afirma que el trabajo interesante será al nivel de las interpretaciones de sistemas jurídicos particulares, antes que al nivel de las teorías generales del derecho. La posición de Dworkin no es que las teorías generales del derecho sean imposibles o incoherentes, sino más bien que ellas no son productivas: nada terriblemente interesante puede decirse de *todos* los sistemas jurídicos, pero hay muchas

²² Schauer (1994, p. 508) escribe:

“[N]o cualquier clase que existe en el mundo es filosóficamente interesante como clase. Las clases “residente en Londres”, “alimentos que comienzan con la letra Q”, y “jugador de basket profesional” son todas “reales” aunque no son clases naturales, no son ontológicamente primarias, y no tienen gran interés filosófico. De manera similar, el derecho puede existir de manera parecida a la aglomeración de individuos, instituciones y prácticas que no son ontológicamente primarias, innegablemente parte del mundo pero que simplemente no tienen el núcleo de interés filosófico que los filósofos del derecho han supuesto”.

²³ Esto no ha de confundirse con categorías que tienen las mejores consecuencias *teóricas* (consecuencias para la investigación), que es un punto de vista que más adelante se asocia a Brian Leiter.

²⁴ Cf. Hart (1994, pp. 207-12) (sugiriendo que entre dos “conceptos rivales de derecho” debe elegirse el más amplio porque nos ayudaría en nuestra confrontación con las malas leyes).

cosas valiosas que pueden decirse acerca de sistemas jurídicos particulares²⁵ (Dworkin, 1986, pp. 102-103; 1987, p. 16)

Podría responderse a Dworkin de la misma manera en que él ha contestado a los desafíos a su teoría de la respuesta correcta formuladas sobre la base de la indeterminación global o la inconmensurabilidad global (incomparabilidad). Su respuesta ha sido que los argumentos no pueden, o no pueden fácilmente, sostenerse a un nivel global, sino más bien deben ser elaborados puntualmente. El argumento de Dworkin es que para un caso particular, se propone un argumento para mostrar que hay una respuesta correcta, y allí es cuando el crítico tiene que mostrar que para esa situación no hay una respuesta correcta, o que los valores combinados en una respuesta posible son inconmensurables (Dworkin, 1986, pp. 266-275; 1991; pp. 89-90). La misma suerte de respuesta podría darse a Dworkin acerca del alcance de una teoría jurídica: una vez que una teoría pretende decir algo interesante acerca del (concepto de) derecho en general, será tarea de los críticos mostrar que esta teoría es defectuosa en algún sentido.

El propio trabajo de Dworkin es, en el mejor de los casos un apoyo dudoso para esta crítica. Mientras es verdadero que él escribe acerca de la interpretación de sistemas jurídicos particulares, y áreas doctrinales en sistemas jurídicos particulares, al mismo tiempo él hace afirmaciones que se aplican a todos los sistemas jurídicos:²⁶ más importante aún, que todo sistema jurídico —en verdad, que cualquier institución social— son (deben ser) comprendidas mediante la interpretación constructiva.²⁷ Además, mientras él ofrece una teoría en discusiones acerca del sistema jurídico de Estados Unidos,²⁸ él nunca indica que una teoría diferente sería apropiada para algún sistema jurídico diferente (e.g. el sistema Inglés, Francés, Iraní o del Tibet).

²⁵ Puede también ser significativo que Dworkin vea a los enunciados más generales acerca del derecho como *ligados* a afirmaciones bastante más específicas que se hacen dentro de *las prácticas cotidianas*. En una frase famosa, dice (Dworkin, 1987, p. 14) que “ninguna línea firme divide la teoría del derecho de la adjudicación o cualquier otro aspecto de la práctica jurídica”

²⁶ Cf. Raz (1998, p. 282): “el libro [*Law's Empire*] desmiente la modestia de los pasajes anteriores [*Law's Empire*, at pp. 102-03]. Una y otra vez, desde el comienzo hasta sus secciones finales, declara que ofrece un enfoque del derecho, sin calificaciones, en todos sus dominios imperiales.”

²⁷ Véase Dworkin (1986, pp. 49-53). Dworkin define “la interpretación constructiva” como “una tarea de imponer un propósito sobre un objeto o una práctica a efectos de presentarla como el mejor ejemplo de la forma o género a la que pertenece” *Id.* en p. 52.

²⁸ En algunas ocasiones, se refiere al derecho de Inglaterra (y Gales), pero no ofrece una teoría específica del *Derecho Inglés*.

4. El desafío del naturalismo

Brian Leiter (1997, 1998, 2002) ha sostenido que el análisis conceptual es inadecuado para la teoría analítica del derecho, y debe ser abandonado por una metodología más naturalista (esto es, más empírica y científica), como ha sucedido en otras áreas de la filosofía. Aquí, él resume (aunque sólo parcialmente suscribe) una crítica general del análisis conceptual:

“¿Qué es un concepto? Un cínico podría decir que ‘un concepto’ es sólo lo que los filósofos acostumbraban a llamar ‘significado’ en los tiempos en que su tarea era el análisis de significados. Pero, desde que Quine puso en dificultades a los filósofos al forzarlos a admitir que ellos no sabían qué eran los ‘significados’, ellos comenzaron a analizar ‘conceptos’”.²⁹

De alguna manera, este desafío al análisis conceptual está vinculado a la crítica nominalista. Además de las respuestas a la crítica nominalista, podría añadirse (como el mismo Leiter hace), “el concepto de derecho” tiene una ventaja sobre “el concepto de bueno” en que hay un conjunto identificable de prácticas e instituciones que fundamentan nuestra discusión (Leiter, 1998, p. 536). El concepto de derecho no puede ser fácilmente considerado como una entidad completamente misteriosa, hecha por los metafísicos en su tiempo libre.³⁰

Más aún, como Jules Coleman ha señalado (Coleman, 2002, pp.343-351), la búsqueda de verdades analíticas que Quine criticó es bastante diferente a lo que los teóricos contemporáneos del derecho hacían (y hacen) en sus teorías conceptuales. Ni H.L.A. Hart ni Joseph Raz o Jules Coleman, ni otro prominente teórico del derecho puede ser razonablemente entendido como tratando de determinar la “esencia” analítica de alguna Idea (Platónica) supra-histórica y supra-empírica (Coleman, 2001, pp. 210-217; 2002, pp. 350-351).

5. Descripción y selección

Mientras que las teorías analíticas del derecho con frecuencia se refieren a sus teorías de la naturaleza del derecho como “descripciones”, el sentido en el que tales teorías pueden, o deben, ser descriptivas necesita cierta elaboración.

²⁹ Leiter (1998, p. 535). Leiter continua: “La visión cínica tiene, creo, algo de verdad, pero difícilmente sea toda la historia” *Id.* Cf. Jackson (2000, p. vii) (“Adecuadamente comprendido, el análisis conceptual no es una actividad misteriosa, desacreditada por Quine, que busca lo *a priori* en algún sentido difícil de comprender. Es, más bien, algo familiar a cualquier persona, bien sean filósofos o no-filósofos”); véase también *id.*, pp. 44-46, 52-55 (respondiendo a Quine).

³⁰ Compárese la famosa acusación de J. L. Mackie (1977) de que el objetivismo moral depende de la creencia en “entidades extrañas”.

Mientras H.L.A. Hart se refiere en un famoso pasaje a su libro *El Concepto de Derecho* como un ejercicio de “sociología descriptiva” (Hart, 1994, p. v), él sabía que su teoría era difícilmente clasificable como una “mera descripción” (y seguramente por “sociología” sólo se refería a algún sentido amplio de ese término, pero eso es otra cuestión). Él no deseaba discutir lo que era común a todo sistema de solución de controversias y guía de conductas mediante reglas que pudiese ser llamado “derecho”. Él enfatizó que su objetivo eran los sistemas jurídicos más sofisticados o desarrollados, y sistemas “aceptados” por al menos algunos de sus miembros como razones para la acción (esto es, como proporcionando razones para la acción más allá del temor por las sanciones) (Hart, 1994, pp. 14-17, 116-117) Este punto metodológico básico fue elaborado y clarificado posteriormente por otros teóricos (e.g. Finnis, 1980, pp. 3-18; Raz, pp. 219-221): la construcción de una teoría del derecho es inevitablemente una cuestión de selección y evaluación.

Según el enfoque de Hart, alguna base se requiere para la selección: el derecho debe ser analizado en su sentido más pleno y más rico (no lo que es universal a todas las instancias que podemos sentirnos inclinados a denominar “derecho”), y el análisis de un sistema jurídico debe tomar en cuenta la perspectiva de quienes aceptan el sistema jurídico (Hart, 1994, p. 98; Finnis, 1980, pp. 6-7) Finnis recharacteriza el proceso (usando ideas de Aristóteles y Max Weber) como la búsqueda de “tipos ideales” o “casos centrales” de derecho (Finnis, 1980, pp. 9-11). Otros teóricos enfatizan otros aspectos del proceso de selección en la construcción teórica: e.g. deben ser preferidas teorías que son simples, comprensivas y coherentes (Waluchow, 1994, pp. 19-29), y que una teoría jurídica debe esforzarse por identificar los rasgos “centrales, importantes, prominentes” del derecho (Raz, 1985, p. 735; cf. Raz, 1994, pp. 219-221; Dickson, 2001). El positivismo jurídico enfatiza que esa evaluación no debe ser confundida con la evaluación moral (e.g., Coleman, 2001, pp. 175-197; Dickson, 2001)

Sin embargo, si la construcción de una teoría conlleva juicios de “importancia” y “significación”, ésta difícilmente parece ser la base más objetiva o estable para una discusión. “Importancia” y “significación” parece términos relativos –¿“importante” para quienes?, ¿“significativo” con relación a qué propósito? Estas observaciones parecen ser cuestiones acerca de las que observadores razonables pueden discrepar –y discrepan– profundamente. Una respuesta sería que la posibilidad de un razonable desacuerdo no debe descartar la idea de que una teoría acerca de la naturaleza del derecho no necesita apoyarse en una evaluación moral del derecho. Sin embargo, es precisamente el argumento de teóricos como Stephen Perry (1995; 1996)

que las elecciones entre diferentes teorías plausibles acerca de la naturaleza del derecho pueden ser hechas sólo sobre la base de la evaluación moral.

Las referencias de Raz al “concepto de derecho”, y aún a la manera en que “los conceptos emergen en una cultura en una particular coyuntura” (Raz, 1999, p. 4), parecen asumir que hay sólo un concepto de derecho (o tal vez más precisamente, que nosotros tenemos sólo un concepto de derecho en nuestra época), pero este punto de vista, por supuesto, no es auto-evidente. Cuando Raz, Coleman y otros tratan de defender una teoría general del derecho sin conexiones con el Platonismo clásico, sus enfoques tienen la ventaja de no estar cargados con una metafísica que no agrada a mucha gente (al menos cuando se aplica a prácticas e instituciones sociales). Por otra parte, el Platonismo tiene la relativa ventaja de explicar por qué hay una única respuesta (correcta) a las investigaciones conceptuales acerca del derecho. Cuando nos movemos desde “el concepto de derecho” hacia “nuestro concepto de derecho”, es necesario trabajar más para justificar el presupuesto o la conclusión de que existe sólo un concepto de derecho. En verdad, en un trabajo importante Stephen Perry ha argumentado poderosamente acerca de que hay más de una teoría sustentable acerca de la naturaleza del derecho (basadas en diferentes teorías sustentables acerca de los propósitos del derecho) y la elección entre ellas debe ser hecha sobre la base de fundamentos morales o políticos (Perry, 1995; 1996; véase también Leiter, 1998). En la literatura sobre metodología en la teoría general del derecho, subsisten controversias sustantivas acerca de si, de hecho, es necesario elegir entre teorías sustentables del derecho (o entre los propósitos sustentables del derecho que fundamentan estas diferentes teorías), y acerca de si tales elecciones son necesariamente normativas, o si pueden justificarse sobre bases conceptuales o metateóricas que sean moralmente neutrales.³¹ Tal vez debamos dejar abierta la posibilidad de que nuestra sociedad contenga múltiples y conflictivos conceptos de derecho; quizás, como W.B. Gallie (1955-56) sugirió para los conceptos de “arte” y “democracia”, nuestro concepto de “derecho” es esencialmente controvertido (está basado en diferentes interpretaciones sustentables de un paradigma o conjunto de paradigmas complejos).

6. El punto de vista interno y el desafío de la ideología

H.L.A. Hart, bajo la influencia de Max Weber, Peter Winch, y otros, condujo la teoría analítica inglesa del derecho hacia un “giro hermenéutico” (Hart, 1994; véase también Morawetz, 1999; Bix 1999). La idea básica es que dado que las prácticas e instituciones sociales son actividades guiadas

³¹ Para una respuesta a Perry, argumentando que en el análisis conceptual hay suficientes recursos para elegir, véase Coleman (2001, pp. 197-210).

por propósitos, una teoría o descripción puramente externa será inadecuada. Los teóricos deben tomar en cuenta los propósitos y percepciones de los participantes en la práctica.

El trabajo de Austin puede verse como un intento de encontrar un enfoque “científico” al estudio del derecho, y este enfoque científico incluía al intento de explicar el derecho en términos empíricos: una tendencia empíricamente observable de obedecer ordenes de otros, y la habilidad de esos otros para imponer sanciones en caso de desobediencia (e.g. Austin, 1995, pp. 21-26). Hart criticó los esfuerzos de Austin de reducir el derecho a términos empíricos de tendencias y predicciones,³² ya que mostrar únicamente esa parte del derecho que es externamente observable es perder una parte básica de las prácticas jurídicas: la aceptación de aquellas normas, por parte de funcionarios y ciudadanos, como razones para la acción (Hart, 1994, pp. 13,55-58, 82-84, 88-91, 99). La *actitud* de aquellos que aceptan el derecho no puede ser capturada fácilmente por un enfoque más empírico o científico, y la ventaja de incluir ese aspecto de la práctica jurídica es lo que empujó a Hart hacia un enfoque más “hermenéutico”. El giro hermenéutico de Hart involucró la fundamentación de su teoría del derecho sobre la base de las diferencias entre (1) actuar según un hábito y según una regla; y (2) verse obligado y tener una obligación (Hart, 1994, pp. 9-10, 55-58). Según Hart, una persona adopta un “punto de vista interno” hacia una norma cuando usa la norma como justificación para su acción, y como la base para la crítica (y auto-crítica) a las desviaciones de la norma. Hart añadió que para que exista un sistema jurídico, los oficiales del sistema deben tener un punto de vista interno hacia los criterios de validez del sistema (“la regla de reconocimiento”) y los ciudadanos deben cumplir en general con las reglas del sistema (Hart, 1994, 116)

Por supuesto, se puede rechazar o modificar el uso particular de Hart del punto de vista interno,³³ sin rechazar su idea básica de que tomar en cuenta la perspectiva del participante es crucial para una teoría exitosa del derecho –o de cualquier otra práctica o institución social. (Por ejemplo, podría argumentarse que la teoría de Hart fracasa al enfatizar acerca de la perspectiva interna de los funcionarios del sistema en lugar de la perspectiva interna de los ciudadanos). Un desafío más básico al enfoque hermenéutico surge de dos argumentos (que algunas veces se superponen). Primero, podría argüirse

³² Un esfuerzo similar de reducir el derecho a términos empíricos fue ofrecido por los realistas escandinavos (e.g., Olivecrona, 1971); y Hart (1983, pp. 161-169) criticó estas teorías por esos intentos.

³³ Por ejemplo, Finnis ofrece una modificación del punto de vista interno de Hart en su trabajo (Finnis, 1980, pp. 6-18).

que un enfoque empírico, científico, es mejor (más objetivo, menos proclive a estar teñido por el prejuicio, y/o más proclive a dejar intuiciones útiles y predicciones exitosas). Segundo, algunos están preocupados por los prejuicios inherentes a la perspectiva del participante, prejuicios caracterizados algunas veces en términos de autoengaño y algunas veces en términos de ideología³⁴ El primer desafío simplemente repite el debate metodológico básico en las ciencias sociales, que no puede resolverse aquí, aunque debe notarse que la mayoría de los escritores en esta área parece creer que un enfoque hermenéutico –o enfoque hermenéutico complementado en sus márgenes con un enfoque más conductista– es superior. (Tamanaha, 1997, pp. 58-90).

Puede verse cómo el primer desafío (conductismo en ciencias sociales *versus* enfoques hermenéuticos) se une al segundo (ideología): concentrarse en la perspectiva interna de los participantes está abierto a la crítica de que los participantes, de hecho, están engañados acerca del significado de la práctica o de su participación en ella, o al argumento de que la perspectiva de los participantes está, de alguna manera importante, distorsionada. Si este es el caso, entonces esta distorsión es una parte importante de la historia que la teoría debe contar (e.g., Lucy, 1999, 69-70).

Podría responderse que, aunque la pretensión de error general, prejuicio, o ideología es un argumento potencialmente impactante contra las teorías sociales convencionales, tendría una significación mucho menor para una teoría acerca de la naturaleza del derecho. Podría, por supuesto, argumentarse que una teoría particular acerca de la naturaleza del derecho reflejó los prejuicios políticos de su autor, o fue un mero relejo del momento cultural, o una manera oblicua de legitimar injusticias, pero esas pretensiones, aunque sean verdaderas, no serían concluyentes para la validez de la teoría (aunque ellos podrían, por supuesto, minar nuestra confianza en la validez de la teoría). La teoría se mantendría y caería sobre la base de otros fundamentos; ellos son criterios para seleccionar mejores teorías en lugar de peores teorías.³⁵

³⁴ Aquí estoy usando “ideología” en su sentido de modificación inconsciente o distorsión de la percepción (ambas variantes pueden remontarse a Marx) (Williams, 1976, pp. 126-130), antes que en el sentido de un programa político más consciente o articulado (e.g., Kennedy, 1997, pp. 41-44).

³⁵ Por supuesto, puede argumentarse que la mayoría de esos criterios, o sus aplicaciones en el pasado, han estado teñidos por distorsiones ideológicas. Sin embargo, la noción misma de ideología asume que se puede distinguir la verdad de la distorsión, y por ello asume de alguna manera que debe ser posible distinguir teorías verdaderas de teorías falsas, o las teorías menos distorsionadas de las más distorsionadas.

7. Positivismo jurídico vs. Derecho natural

Una razón por la que los teóricos del derecho natural y los juristas positivistas parece hablar de cosas diferentes es que ellos tienen distintos puntos de partida acerca de lo que es el derecho, y de lo que la teoría debe tratar de hacer. Los positivistas (con la posible, aunque importante excepción de Hans Kelsen, que será discutido en la próxima sección) tienden a concentrarse en el derecho como una clase de sistema social. Esto es bien señalado por H.L.A. Hart (1987, p. 36):

“Hay una necesidad central para una teoría jurídica o teoría general del derecho que sea descriptiva y general en su alcance, la perspectiva de la cual es ... la de un observador externo de una forma de institución social con un aspecto normativo, que en su recurrencia en diferentes sociedades y períodos exhibe muchos rasgos comunes de forma, estructura y contenido”.

Por el contrario, los teóricos del derecho natural se concentran en el derecho como una clase de práctica que suministra razones (Finnis, 2000, pp. 1602-04). El derecho da razones para la acción, al menos (muchos dirían) cuando es consistente con estándares morales más altos. (Los teóricos del derecho natural aquí hacen hincapié en las razones *morales* para la acción que el derecho puede (algunas veces) ofrecer, y no en las razones prudenciales que las sanciones jurídicas (como todas las amenazas de fuerza o vergüenza pública) puede implicar). Este aspecto del derecho llama la atención de los teóricos acerca de la congruencia de normas particulares, y sistemas jurídicos particulares, con criterios morales, para determinar cuando el derecho se añade a la lista de nuestras razones morales para la acción. Para esta categoría más amplia de teorías acerca de las prácticas que dan razones, habría tensiones obvias en cualquier esfuerzo por crear una teoría “descriptiva” o “neutral” de una práctica intrínsecamente evaluativa. Al menos, hay argumentos evidentes para preferir la perspectiva de prácticas que otorgan razones que reflejaría sus méritos según sus últimos propósitos (cf. Finnis, 2000, 2002) Parece inevitable que un análisis del derecho como una actividad que suministra razones, un análisis de cuándo o cómo los sistemas jurídicos crean nuevas razones morales para la acción, nos llevará a una dirección diferente al de un estudio del derecho como una clase particular de institución social, y viceversa.

Puede ocurrir que la doble naturaleza del derecho –como institución social y como práctica que suministra razones– haga imposible capturar la naturaleza del derecho mediante un único enfoque, y que se necesite un enfoque más “neutral” (como el del positivismo jurídico) para comprender su lado institucional, y un enfoque más evaluativo (como el de las teorías del derecho natural) para dar cuenta de su lado de práctica que confiere razones.

8. Kelsen y la lógica normativa

En países de habla inglesa, la teoría del positivismo jurídico más conocida (y, junto al enfoque interpretativo de Dworkin, una de las dos teorías jurídicas mejor conocidas en general) es la de H.L.A. Hart, ya discutida extensamente. Sin embargo, en otros países, el positivismo jurídico de Kelsen (Kelsen, 1967; 1992) es mucho mejor conocido que el de Hart, y la “teoría pura” de Kelsen es altamente influyente. El trabajo de Kelsen no se ajusta fácilmente en la estructura del análisis desarrollado hasta aquí, pero sus presupuestos metodológicos son de obvia importancia.

El trabajo de Kelsen tiene ciertas similitudes externas con la teoría de Hart, pero está construida desde un fundamento teórico diferente: una derivación neo-Kantiana, antes que (como en el caso de Hart) sobre la combinación de hechos sociales, análisis hermenéutico y la filosofía del lenguaje ordinario.³⁶ Kelsen aplicó una suerte de Argumento Trascendental Kantiano al derecho: su obra puede ser comprendida mejor como un intento de determinar lo que se sigue del hecho de que las personas algunas veces tratan las acciones y palabras de otros individuos (funcionarios jurídicos) como normas válidas (e.g., Paulson, 1992b). El trabajo de Kelsen puede ser visto como la elaboración de una lógica del pensamiento normativo. Toda conclusión normativa (e.g., “no se debe conducir a más de 55 millas por hora”, o “no se debe cometer adulterio”) deriva de una norma más general o una premisa normativa más básica. Esta premisa más básica puede expresarse en términos de una proposición general (e.g. “no hagas daño innecesariamente a otro ser humano”, o “no uses otro ser humano simplemente como un medio para conseguir un fin”) o en términos de autoridad (“haz lo que dios ordene” o “actúa de acuerdo a las reglas aprobadas por la mayoría en el parlamento”) así, el mero hecho de que alguien afirme o asuma la validez de una norma jurídica individual (“uno no puede conducir más rápido que 65 millas por hora) es implícitamente afirmar la validez del vínculo fundacional de esta particular cadena normativa (“uno debe hacer lo que ha sido autorizado por la primera constitución histórica de esta sociedad”).

Al igual que John Austin, pero a diferencia de Hart, Kelsen es un “reduccionista”: trata de comprender todas las normas jurídicas como variantes de una clase de enunciados. En el caso de Austin, todas las normas jurídicas

³⁶ Las ideas de Kelsen se desarrollaron y cambiaron a lo largo de seis décadas; las afirmaciones que aquí se hacen sobre su trabajo se aplican a la mayoría de lo que ha escrito, pero no a sus últimos trabajos (Kelsen, 1991), cuando misteriosamente rechazó bastante de la teoría que había construido durante las décadas anteriores. (Hartney, 1991, pp. xxxvii - liii; Paulson & Paulson, 1998, p. vii; Paulson, 1992a). Esta sección discute la mayor parte de los trabajos de Kelsen, pero no pretende dar cuenta de todos sus cambios, excluyendo especialmente los puntos de vista de sus últimos trabajos.

eran entendidas en términos de ordenes (del soberano); en el caso de Kelsen, todas las normas jurídicas han de ser analizadas en términos de una autorización a un funcionario para imponer sanciones (si el estándar prescripto no se obtiene).

El trabajo de Kelsen difiere de los enfoques usuales del positivismo Anglo-Americano (en particular, del positivismo hartiano), en que no está basado en una visión del derecho como una institución social, mientras también se diferencia de las teorías del derecho natural que ven al derecho como un factor en el razonamiento práctico. El análisis de Kelsen considera al derecho como una clase particular de pensamiento normativo (a diferencia del positivismo de Hart no enfatiza, aunque tampoco niega, las bases sociales del derecho; y se aparta del derecho natural al separar la normatividad jurídica de la normatividad moral, más que ofrecer un análisis de cómo el primero afecta al segundo).

9. Verdad y la naturaleza del derecho

Aunque este trabajo es un ensayo sobre metodología y no acerca de la verdad jurídica, puede ser valioso advertir cómo algunas de las mismas cuestiones que dan lugar a particulares cuestiones metodológicas en la teoría analítica del derecho también producen discusiones acerca de la verdad de las proposiciones jurídicas y de teoría general del derecho. Esto es particularmente acertado acerca de la doble naturaleza del derecho (véase Finnis, 2002, pp. 11-12) discutida anteriormente: que es un conjunto de acciones presentes y pasadas de los funcionarios y un modo de pensar dirigido a influir nuestro razonamiento práctico. En términos diferentes, es tanto “voluntad” como “razón” (Bix, 2004). De hecho, una cosa que hace al derecho diferente de la moral es que es, como una cuestión práctica y no como resultado de una necesidad conceptual, una mezcla de “voluntad” y “razón”. Y es este entrecruzamiento de razón y voluntad, de sistema normativo y razonamiento práctico, lo que hace tan problemáticas las afirmaciones acerca de la naturaleza de la verdad jurídica, y las teorías acerca de la naturaleza del derecho.

Hay un número de otros aspectos de la práctica jurídica que también da lugar a problemas respecto de la verdad en el derecho. Cualquier teoría acerca de la “verdad” en el derecho (o acerca de la naturaleza del derecho en general) debe ser capaz de enfrentarse a dos aspectos de la práctica jurídica que son frecuentes en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos: (1) que las decisiones de ciertos funcionarios tienen autoridad, al menos hasta que sean explícitamente revocadas, aun cuando esos funcionarios hayan actuado con una errónea interpretación de los textos jurídicos relevantes, o cuando hayan actuado más allá del alcance de su autoridad; y (2) los fun-

cionarios que aplican textos jurídicos a menudo tienen el deber o la facultad de realizar lo que ellos consideran que es la mejor decisión desde el punto de vista moral, teniendo en cuenta a las fuentes jurídicas, pero sin limitarse necesariamente a ellas.

10. Conclusiones

La mayoría de las teorías contemporáneas más importantes acerca de la naturaleza del derecho tienden a asumir que es posible y valioso hacer teoría general del derecho, y que el análisis conceptual es el enfoque apropiado. Sin embargo, estas posiciones metodológicas básicas han sido desafiadas y requieren justificación. El análisis conceptual en teoría del derecho necesita defenderse contra las críticas naturalistas; y aquellos que justificarían la teoría general sobre bases diferentes al (improbable) Platonismo acerca del derecho necesitan clarificar si la elección entre teorías rivales puede hacerse únicamente sobre la base de fundamentos puramente conceptuales y meta-teóricos, o si la evaluación moral es una parte inevitable del proceso.

(Trad. de Pablo Navarro)

Bibliografía

- ARISTOTLE, *The Complete Works of Aristotle* (J. Barnes, ed., Princeton: Princeton University Press, 1984).
- AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined* (W. E. Rumble, ed., Cambridge: Cambridge University Press, 1995).
- BIX, B., "Conceptual Jurisprudence and Socio-Legal Studies", *Rutgers Law Journal*, 32 (2000): pp. 227-29.
- "H. L. A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory", *SMU Law Review*, 52 (1999a): 167-199.
 - *Jurisprudence: Theory and Context* (2nd ed., London: Sweet & Maxwell, 1999).
 - *Law, Language, and Legal Determinacy* (Oxford: Clarendon Press, 1993).
 - "Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudential Debate", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12 (1999b): pp. 17-33.
 - "Will versus Reason: Truth in Natural Law, Positive Law, and Legal Theory", in *Truth* (Kurt Pritzl, ed., forthcoming, Washington, D.C.: The Catholic University of America Press, 2004)
- BLACKBURN, S., *The Oxford Dictionary of Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 1994).
- BURTON, S. J., "Law, Obligation, and a Good Faith Claim of Justice", *California Law Review*, 73 (1985): pp. 1956-1983.
- CICERÓN, M. T., *Cicero: De Re Publica, De Legibus* (W. Keyes, trans., Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1928).

- COHEN, F., "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", *Columbia Law Review*, 35 (1935): pp. 809-849.
- COLEMAN, J. L., "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory*, 4 (1998a): pp. 381-425.
- "Methodology", in Jules L. Coleman & Scott Shapiro (eds.) & Kenneth Einar Himma (assoc. ed.) *Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 2002): pp. 311-352.
 - *The Practice of Principle* (Oxford: Oxford University Press, 2001).
 - "Second Thoughts and Other First Impressions", in B. Bix (ed.), *Analyzing Law* (Oxford: Clarendon Press, 1998b): pp. 257-322.
- DICKSON, J., *Evaluation and Legal Theory* (Oxford: Hart Publishing, 2001).
- DWORKIN, R., *Laws Empire* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986).
- "Legal Theory and the Problem of Sense", in R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1987): pp. 9-20.
 - "On Gaps in the Law", in P. Amselek & N. MacCormick (eds.), *Controversies About Law's Ontology* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991): pp. 84-90.
 - "A Reply", in M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (London: Duckworth, 1984): pp. 247-300.
- FINNIS, J., "On the Incoherence of Legal Positivism" (2000) *75 Notre Dame Law Review* 1597-1611.
- *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1980).
 - "Natural Law: The Classical Tradition", in Jules L. Coleman & Scott Shapiro (eds.) & Kenneth Einar Himma (assoc. ed.) *Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 2002): pp. 1-60.
- GALLIE, W. B., "Essentially Contested Concepts", *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56 (1955-56): pp. 167-220.
- GETTIER, E. L., "Is Justified True Belief Knowledge?", *Analysis*, 23 (1963): pp. 121-123.
- GLOCK, H.-J., *A Wittgenstein Dictionary* (Oxford: Blackwell, 1996).
- HART, H. L. A., "Comment", in Ruth Gavison (ed) *Issues in Contemporary Legal Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1987): pp. 35-42.
- *The Concept of Law* (2nd ed., Oxford: Clarendon Press, 1994).
 - *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983).
- HARTNEY, M., "Introduction", in H. Kelsen. *General Theory of Norms* (M. Hartney, ed., Oxford: Clarendon Press, 1991): pp. IX - LIII
- JACKSON, F., *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis* (Oxford: Clarendon Press, 2000).
- KELSEN, H., *Introduction to the Problems of Legal Theory*, (B. L. Paulson & S. L. Paulson, trans., Oxford: Press, 1992)
- *Pure Theory of Law* (M. Knight, trans.,: University of California Press, 1967).
- KENNEDY, D., *A Critique of Adjudication (fin de siècle)* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1997).
- KRAMER, M. H., *In Defense of Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1999).

- KRIPKE, S. A., *Naming and Necessity* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1972).
- LEITER, B., "Naturalism in Legal Philosophy", in E. N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu> (2002 edition).
- "Realism, Hard Positivism, and Conceptual Analysis", *Legal Theory*, 4 (1998): pp. 533-547.
 - "Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence", *Texas Law Review* 76 (1997): pp. 267-315.
- LUCY, W., *Understanding and Explaining Adjudication* (Oxford: Oxford University Press, 1999).
- LYONS, D., "Book Review" (reviewing Neil MacCormick, *H. L. A. Hart*), *Cornell Law Review*, 68 (1983a): pp. 257-268.
- *Ethics and the Rule of Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1983b).
- MACKIE, J. L., *Ethics: Inventing Right and Wrong* (Harmondsworth: Penguin, 1977).
- MOORE, M. S., "Hart's Concluding Scientific Postscript", *Legal Theory*, 4 (1998): pp. 301-327.
- "Law as a Functional Kind", in R. P. George (ed.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Oxford: Clarendon Press, 1992): pp. 188-242.
- MORAWETZ, T., "Law as Experience: Theory and the Internal Aspect of Law", 52 *SMU Law Review*, 52 (1999): pp. 27-66.
- MURPHY, L., "The Political Question of the Concept of Law", in J. L. Coleman (ed.), *Hart's Postscript* (Oxford: Oxford University Press, 2001): pp. 371-409.
- OLIVECRONA, K., *Law as Fact* (2nd ed., London: Stevens & Sons, 1971).
- PAULSON, S. L., "Kelsen's Legal Theory: The Final Round", *Oxford Journal of Legal Studies*, 12 (1992a): pp. 265-274.
- "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, 12 (1992b): pp. 311-332.
- PAULSON, S. L. & PAULSON, B. L. (Eds.), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (Oxford: Clarendon Press, 1988).
- PERRY, S. R., "Interpretation and Methodology", in A. Marmor (ed.), *Law and Interpretation* (Oxford: Clarendon Press, 1995): pp. 97-135.
- "The Varieties of Legal Positivism", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 9 (1996): pp. 361-381.
- PUTNAM, H., "The Meaning of "Meaning"", in *Mind, Language and Reality: Philosophical Papers Vol. 2* (Cambridge: Cambridge University Press, 1975): pp. 215-271.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*, rev. ed. (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999).
- RAZ, J., *The Authority of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1979).
- *The Concept of a Legal System* (2nd ed., Oxford: Clarendon Press, 1980).
 - *Engaging Reason* (Oxford: Clarendon Press, 1999).
 - *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Clarendon Press, 1994).

- “Legal Theory”, in M. P. Golding & W. A. Edmundson (eds.), *Blackwell Guide to The Philosophy of Law and Legal Theory* (forthcoming, Oxford: Blackwell, 2004).
 - *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1986).
 - “The Morality of Obedience”, *Michigan Law Review* 83 (1985): pp. 732-749.
 - “On the Nature of Law” (Kobe Lectures of 1994), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 82 (1996): pp. 1-25.
 - “Postema on Law”’s Autonomy and Public Practical Reasons: A Critical Comment”, *Legal Theory*, 4 (1998): pp. 1-20.
 - *Practical Reason and Norms* (rev. ed., Princeton: Princeton University Press, 1990).
 - *The Practice of Value* (Oxford: Clarendon Press, 2003).
 - “Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison”, *Legal Theory*, 4 (1998): pp. 249-82
 - *Value, Respect, and Attachment* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001).
- ROSS, A., *On Law and Justice* (Berkeley: University of California Press, 1959).
- SCHAUER, F., “Critical Notice of Roger Shiner, *Norm and Nature: The Movements of Legal Thought*”, *Canadian Journal of Philosophy*, 24 (1994): pp. 495-510.
- “Fuller”’s Internal Point of View”, *Law and Philosophy*, 13 (1994): pp. 285-312.
- SOPER, P., “Legal Systems, Normative Systems, and the Paradoxes of Positivism”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 8 (1995): pp. 363-76.
- STAVROPOULOS, N., *Objectivity in Law* (Oxford: Clarendon Press, 1996).
- TAMANAH, B. Z., “Conceptual Analysis, Continental Social Theory, and CLS: A Response to Bix, Rubin and Livingston”, *Rutgers Law Journal*, 32 (2000): pp. 281-306.
- “The Folly of the “Social Scientific” Concept of Legal Pluralism”, *Journal of Law and Society*, 20 (1993): pp. 192-217.
 - *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1997).
 - “Socio-legal Positivism and a General Jurisprudence”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 21 (2001): pp. 1-32.
- WALUCHOW, W. J., *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1994).
- WILLIAMS, R., *Keywords: A Vocabulary of Culture and Society* (New York: Oxford University Press, 1976).
- WITTGENSTEIN, L., *Philosophical Investigations* (3rd ed., Oxford: Basil Blackwell, 1958).



DOXA 26 (2003)

BUENAS RAZONES, MALAS INTENCIONES (Sobre la atribución de intenciones)

Daniel González Lagier
Universidad de Alicante

I. El problema en el Derecho. La prueba de la intención.

L. Alfredo y Herminio vivían en huertas colindantes. Una tarde de Mayo, Alfredo llamó a grandes voces a Herminio, con el que anteriormente había mantenido múltiples y acaloradas discusiones. Al asomarse éste a la puerta de su casa entablaron una fuerte discusión sobre la propiedad de una vereda que separaba ambas fincas. La discusión fue interrumpida por el yerno de Herminio, quien asiéndole del brazo lo metió en la casa. A continuación Alfredo entró en su propia casa, cogió una escopeta IS, modelo PR, del calibre 12 y volvió a salir, retando a Herminio a gritos; le seguía su hermana Arsenia, quien, agarrándole del brazo, trataba de disuadirle. Cuando Herminio se asomó de nuevo a la puerta, Alfredo le disparó un cartucho de perdigones desde una distancia de unos 12 metros. En el momento en que Alfredo disparaba, Arsenia tiró de él hacia atrás para desviar la trayectoria del disparo. Los perdigones impactaron en un muro de piedra que estaba detrás de Herminio (a un metro de altura), sin que éste resultara lesionado. Se calculó que la trayectoria del disparo se había desviado 70 cm. respecto de la que hubiera matado o herido a Herminio. Estos hechos fueron calificados por el tribunal que los juzgó como un delito de homicidio en grado de tentativa, lo que significa que se dio por probado (a) que la acción de Alfredo fue intencional y (b) que su intención era la de matar a Herminio y no meramente lesionarle (en cuyo caso se le podría haber condenado de un delito de lesiones en grado de tentativa)¹.

Los jueces de asuntos penales deben enfrentarse con frecuencia a casos en los que, como en éste, han de tratar de determinar si el acusado realizó una acción intencionalmente y qué intención era la que tenía. También en el

¹ STS 1843/1999, de 23 de Diciembre.

ámbito civil es importante la prueba de la intención y otros hechos psicológicos, como el consentimiento, el conocimiento de ciertas circunstancias, la buena o mala fe, etc.²

Probar una intención es una tarea complicada. Las intenciones no son hechos observables. Si la prueba de los hechos externos ya entraña en ocasiones un alto nivel de dificultad, la prueba de los hechos internos o psicológicos parece añadir la complicación de que se trata de hechos que no pueden ser conocidos directamente por observación y respecto de los cuales sólo el agente que los tiene puede acceder a ellos –y seguramente no siempre, ni a salvo de errores– a través de la introspección, esto es, a través de un tipo de conocimiento peculiar que no requiere evidencia empírica (al menos externa)³.

2. La doctrina procesal y la jurisprudencia se han ocupado en ocasiones de la prueba de los hechos internos o subjetivos. Al no ser observables, los hechos psicológicos –se dice– no son susceptibles de prueba directa (salvo en las situaciones en las que se decide dar valor probatorio a la confesión autoinculpatoria⁴), sino de prueba indirecta o de indicios⁵. Esto es, nadie puede *haber visto* que un sujeto tenía una determinada intención (o una creencia, o una emoción), por lo que los estados mentales deben ser inferidos (o presumidos) a partir de la conducta externa del agente al que se atribuyen y de las circunstancias contextuales:

“La prueba de los elementos subjetivos del delito no requiere necesariamente basarse en las declaraciones testificales o en pruebas periciales. En realidad, en la medida en que el dolo o los restantes elementos del tipo penal no pueden ser percibidos directamente por los sentidos, ni requiere para su comprobación conocimientos científicos o técnicos especiales, se trata de elementos que se sustraen a las pruebas testificales y periciales en sentido estricto. Por lo tanto, el Tribunal de los hechos debe establecerlos a partir de la forma exterior del comportamiento y sus circunstancias mediante un procedimiento inductivo, que, por lo tanto, se basa en los principios de la experiencia general”⁶

² Taruffo [2002], pág. 159. Para un resumen de los problemas suscitados por la prueba de los hechos internos véanse las págs. 159 a 165.

³ S. Hampshire y H.L.A. Hart [1958], pág. 3.

⁴ Taruffo [2002], pág. 162.

⁵ Ramón Ragúes [1999], págs. 237 y ss. Patricia Laurenzo Copello [1999], págs. 124 y ss. Como tal prueba indiciaria, debe someterse a determinados requisitos. Entre otros: (a) Los indicios a partir de los cuales se realiza la inferencia –en nuestro caso, la conducta externa y sus circunstancias– deben obtenerse a partir de «prueba directa», esto es, no deben ser a su vez la conclusión de otra inferencia indiciaria (STS de 14 de Octubre de 1986; en contra de este requisito Belloch Julbe [1992], pág. 67.); (b) los indicios deben conducir de modo unívoco a inferir el elemento interno, esto es, no debe existir una inferencia alternativa igualmente probable (Belloch Julbe [1992], págs. 70 y ss.).

⁶ STS de 20 de Julio de 1990.

Así, en el ejemplo anterior, de acuerdo con el tribunal, para determinar qué intención tuvo Alfredo al disparar hay que prestar atención a las siguientes circunstancias: “a) Relaciones existentes entre el autor y la víctima. b) Personalidades respectivas del agresor y del agredido. c) Actitudes o incidencias observadas y acaecidas en los momentos precedentes al hecho, con especial significación de la existencia de amenazas. d) Manifestaciones de los intervinientes durante la contienda y del autor tras la perpetración del hecho criminal. e) Condiciones de espacio, tiempo y lugar. f) Características del arma e idoneidad para lesionar o matar. g) Lugar o zona del cuerpo a la que se dirige la acción ofensiva con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos vital. h) Insistencia o reiteración en los actos agresivos. i) Conducta posterior del autor”⁷. Se espera que el examen de estas circunstancias permita determinar si Alfredo disparó para matar o sólo quería lesionar. El tribunal que juzgó este caso concluyó que sí hubo intención de matar.

Además, la jurisprudencia ha ido creando un catálogo de “indicios-tipo” aptos para inferir el dolo en distintos tipos penales (por ejemplo, para la receptación se considera indicio de la intención que el precio de adquisición sea notablemente inferior al valor real de la cosa, y para la distinción entre “animus necandi” y “animus laedendi” la idoneidad del arma usada o la importancia vital del lugar del cuerpo al que se dirigió el ataque)⁸.

Como puede imaginarse, este método indirecto de prueba de la intención, de determinación indirecta de la verdad de los enunciados acerca de los estados mentales, aunque parece inevitable, suscita enormes dudas y dificultades. ¿Podemos alcanzar de esta manera suficiente certidumbre acerca de las intenciones de los acusados o demandados para tomar estas decisiones? Las dudas son tantas que el Tribunal Supremo ha llegado a negar que los hechos psicológicos sean realmente hechos y los ha considerado “juicios de valor” de naturaleza subjetiva⁹ (lo que ha propiciado que sean tratados como parte de la *quaestio iuris* en lugar de materia de prueba); y parte de la doctrina penal –en una dirección semejante– ha señalado que la prueba del dolo no es en realidad una actividad cognoscitiva, sino una atribución o imputación a partir de los “indicios-tipo”.

3. Algunas dudas acerca de la validez de la prueba de los hechos internos tienen que ver con dudas más generales acerca de la fiabilidad de cualquier

⁷ STS 1843/1999, de 23 de Diciembre.

⁸ Sobre el problema de los indicios-tipo en la prueba del dolo, véase Laurenzo Copello [1999], págs. 132 y ss.

⁹ Por ejemplo, STS de 2 de Febrero de 1988. Para una exposición y crítica de esta jurisprudencia véase Perfecto Andrés Ibáñez [1992], pág. 266 y ss.

prueba indirecta o de indicios. Como éste no es un argumento específico contra la prueba de los hechos psicológicos, creo que es conveniente despejar este tipo de dudas antes de continuar avanzando.

La diferenciación entre prueba directa y prueba de indicios (o indirecta, circunstancial, presuntiva, etc.) es una distinción clásica (según Taruffo se encuentra con distintas formulaciones en todas las culturas jurídicas¹⁰), pero oscura¹¹. Miranda Estrampes resume como sigue la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre esta distinción (lo que puede considerarse, al menos en nuestro país, la versión canónica de la distinción):

“La prueba directa es aquella en que la demostración del hecho enjuiciado surge de modo directo e inmediato del medio de prueba utilizado; la prueba indirecta o indiciaria es aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos del delito, pero de los que pueden inferirse éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar”¹².

Y, en palabras de Taruffo: “Es prueba directa la que versa directamente sobre el hecho a probar. En cambio, se estará ante una prueba indirecta cuando esta situación no se produzca, es decir, cuando el objeto de la prueba esté constituido por un hecho distinto de aquél que debe ser probado por ser jurídicamente relevante a los efectos de la decisión”¹³. Así, por ejemplo, un interrogatorio o un documento sería una prueba directa si versa sobre el hecho principal (esto es, el hecho que, una vez calificado, pasará a formar parte del silogismo judicial) y prueba indirecta o de indicios si versa sobre otro hecho¹⁴.

La prueba indirecta se considera “un mal menor”, necesario para evitar la impunidad de numerosos crímenes¹⁵, pero que ha de estar sometida a especiales controles¹⁶. Esto es así porque se sostiene que “[la] prueba directa es aquella que de forma inmediata ofrece un contenido probatorio concreto en

¹⁰ Taruffo [2002], pág. 453.

¹¹ Sobre los distintos criterios con los que se ha trazado esta clasificación, véase Marina Gascón, [1999], págs. 87 y ss.

¹² De esta manera resume M. Miranda Estrampes [1997], pág. 218, la definición del Tribunal Constitucional. Esta sería la *distinción canónica* entre prueba directa y prueba indiciaria, pero se encuentran en la doctrina otras formas de trazar la distinción. Véase Marina Gascón [1999], pág. 88.

¹³ Taruffo [2002], págs. 455 y 456.

¹⁴ El problema es qué significa «versar sobre». ¿Puede un hecho *versar* sobre otro hecho o necesariamente ha de tratarse de una relación entre un enunciado significativo y su referencia? Si la respuesta es que lo segundo -como parece concluirse de los ejemplos de pruebas directas e indirectas que suelen usarse- entonces tiene razón Bentham al decir que todas las pruebas reales (las constituidas por objetos) son indirectas. Bentham [2001], pág. 22.

¹⁵ Véase, por ejemplo, la STC 174/1985, de 17 de Diciembre.

¹⁶ STC 133/1995, de 25 de Septiembre.

tanto surge de él, espontáneamente, la posibilidad de su valoración. Es, en fin, la prueba que aclara la investigación, permitiendo la convicción judicial sin necesidad de deducciones ni inferencias”, mientras que la prueba indirecta requiere “llegar lógica y racionalmente, no de manera arbitraria y por las vías de la experiencia (...) al hecho consecuencia (...) que se quiere acreditar”¹⁷. De manera que, según la concepción canónica (jurisprudencial y también doctrinal) la mayor fiabilidad de la prueba directa consiste en que pasar de ella al hecho principal no requiere razonamientos, deducciones o inferencias.

Sin embargo, esta concepción me parece equivocada: Dejando de lado la dudosa afirmación de que siempre es más fiable una creencia espontánea (no razonada) que una creencia que es la conclusión de un razonamiento, parece evidente que la superioridad de la prueba directa sobre la indirecta no puede tener carácter general. Por ejemplo, una prueba directa basada en testigos que presenciaron el hecho enjuiciado (por lo que, de creerles, éste “surge de modo directo e inmediato”), pero que son en realidad poco creíbles, puede tener una solidez menor que una prueba de indicios basada en una muestra de ADN (que, sin embargo, se conecta con el hecho enjuiciado a través de un razonamiento con más pasos). Esto es así porque, en mi opinión, también en la prueba directa –y no sólo en la indirecta, como sostiene esta concepción– se requiere realizar una inferencia (hay que pasar, por ejemplo, del hecho “Ticio *dice* que vio a Cayo matar a Sempronio” al hecho “Cayo mató a Sempronio”, lo que exige valorar la credibilidad del testigo, descartar la posibilidad de errores, etc.)¹⁸. Esa inferencia debe valorarse de acuerdo con ciertos criterios de racionalidad epistemológica (que los filósofos han estudiado desde hace tiempo, y que coinciden con los que jurisprudencialmente se han venido estableciendo para la prueba de indicios): la cantidad de hechos probatorios, su diversidad, su pertinencia, su fiabilidad, el carácter más o menos fundado de las máximas que actúan de

¹⁷ STS 572/1996, de 16 de Septiembre.

¹⁸ A mi juicio, tiene razón Belloch Julbé cuando afirma que “no existen diferencias cualitativas entre la estructura de la prueba indiciaria y la estructura de las convencionalmente denominadas ‘pruebas directas’. Piénsese en el ejemplo de un testigo que afirma haber presenciado cómo el acusado realizaba el correspondiente hecho delictivo. Tal testimonio, según las normas al uso, deberá calificarse de ‘prueba directa’ en cuanto recae sobre el epicentro de la eventual pretensión acusatoria y no sobre hechos periféricos íntimamente conectados con la dinámica comisiva. Pues bien, incluso en tal caso, podría hablarse de un hecho-base (un testigo *que afirma* haber presenciado los hechos), un proceso deductivo [léase, inferencial; como veremos más adelante, no necesariamente será una deducción. DGL] (no tiene el testigo razones o motivos para mentir, y además estaba plenamente capacitado para ‘percibir’ esa realidad que ahora transmite) y una conclusión lógica (debe ser verdad lo que el testigo narra que presenció)”. Belloch Julbé [1992], págs. 42 y 43. También objetan con argumentos semejantes la distinción entre prueba directa e indirecta Luigi Ferrajoli [1997], págs. 130 y 131. Marina Gascón [1999], pág. 89.

enlace entre el hecho probatorio y el hecho a enjuiciar, la coherencia de la conclusión... y si se trata de una inferencia con un único “eslabón” o se trata más bien de un encadenamiento de inferencias¹⁹. Es verdad que, cuantas más inferencias (cuanto menos directamente se conecte el hecho probatorio y el hecho a enjuiciar), y permaneciendo igual el resto de criterios, menos sólida es la argumentación en su conjunto, y esto es lo que tiene la prueba directa a su favor. Pero éste es sólo un criterio que hay que contrapesar con los demás. Por tanto, me parece equivocada la tesis de que la prueba de indicios es siempre menos sólida que la prueba directa, por lo que no puede fundamentarse aquí un rechazo de la posibilidad de probar las intenciones de los agentes.

II. El problema en la filosofía. La explicación de la acción

1. ¿Cómo deben explicarse las acciones humanas? ¿Cómo podemos explicar el hecho de que César cruzara el Rubicón, que un soberano declare una guerra, la aprobación de una ley en un parlamento o que mi amigo Pedro volviera la cabeza hacia otro lado cuando pasé cerca de él? Esta es una cuestión fundamental para las ciencias humanas, como la historia o la sociología. Y al hilo de esta cuestión se plantea de nuevo el problema del conocimiento de los estados mentales subjetivos de otros individuos. Profundizar en la teoría de la explicación de las acciones intencionales puede aportarnos instrumentos útiles para la prueba de la intención (y viceversa).

Explicar un acontecimiento o un hecho cualquiera p es un acto de habla cuyo propósito es responder a la pregunta “¿por qué tuvo lugar p ?”²⁰. Una explicación de este tipo tiene, por tanto, la siguiente forma: “ p ha ocurrido porque q ”. q no puede ser cualquier cosa, sino que ha de guardar con p cierta relación especial: una relación explicativa. Por supuesto, habría que indicar en qué consiste esta relación, pero eso depende de la teoría de la explicación que se asuma (y del tipo de explicación del que se hable). En todo caso, intuitivamente sabemos que hay ciertas cosas que resultan adecuadas para responder a la cuestión “por qué ha ocurrido p ” (todas ellas, como dice Searle, han de dar cuenta de la idea de “hacer que algo suceda”²¹) y otras que no resultan respuestas ni siquiera *prima facie* satisfactorias. Aristóteles señaló cuatro factores o causas que tendrían poder explicativo. Supongamos que estoy jugando al billar y consigo meter una bola en la tronera al gol-

¹⁹ Para un análisis de estos criterios véase Daniel González Lagier [2003].

²⁰ No obstante, identificar las explicaciones con la indicación de causas (o factores que provocan) el fenómeno que se quiere explicar es sólo una -aunque importante- de las concepciones posibles sobre la explicación. Para una introducción a otras concepciones de la explicación véase, por ejemplo, Gerald Baker y Len Clark [1994].

²¹ John Searle [2000-b], pág. 125.

pearla con el taco. ¿Por qué la bola ha entrado en la tronera? En palabras de Gerald Beker y Glen Clark –de quienes tomo el ejemplo–:

“1. La causa *formal* es la esencia o estructura, la configuración o forma del acontecimiento o del objeto. Al recurrir a los ángulos de impacto estaríamos sin duda refiriéndonos a la causa formal.

2. La *causa material* es la materia que interviene y que, en virtud de sus cualidades (de dureza y elasticidad, en el ejemplo anterior) puede hacer que un acontecimiento se produzca de una manera determinada.

3. La *causa eficiente* es aquello que inicia el movimiento en cuestión (“la causa primaria del cambio de estado, del paso al movimiento o al reposo”). En este caso hay toda una cadena de causas eficientes, empezando por la bola blanca y remontándose hasta el taco, el brazo, etc.

4. La *causa final* (o causa *teleológica*) es “aquella en razón de la cual se hace algo” que, en este caso, dando por supuesto que querías hacer el disparo que has hecho, sería el triunfo en el juego”²²

Dos de estos factores explicativos han tenido una gran relevancia en la historia de la filosofía: la causa eficiente o mecánica y la causa final o teleológica. “¿Por qué Pedro está amarillo?”. “Porque tiene una concentración de bilis en la sangre”. Este es un ejemplo de lo que hoy llamamos explicación causal (lo que Aristóteles llamaría una explicación indicando la causa eficiente). Las explicaciones causales están muy extendidas en las ciencias de la naturaleza y puede decirse que una característica de la ciencia moderna es tratar de dar respuestas en términos de explicaciones causales mecanicistas. En otras ocasiones podemos responder a la pregunta “¿por qué sucedió *p*?” señalando las consecuencias útiles de que *p* haya ocurrido o la finalidad para la que sirve. “¿Por qué bombea el corazón?”. “Para impulsar la sangre por el cuerpo”, podemos responder. Este sería un ejemplo de explicación funcional o final o teleológica (la validez de este tipo de explicación para las ciencias de la naturaleza ha sido muy cuestionada, porque si explicar algo es indicar qué es lo que ha hecho que suceda, parece presumir algún plan preconcebido o cierta capacidad de dirigirse a fines de los hechos naturales; por otro lado, también puede cuestionarse si las explicaciones funcionales y las teleológicas son del mismo tipo).

2. ¿Cuál de estos dos tipos de explicación es más adecuado cuando el *explanandum* es una acción? Sobre esto hay una extensa literatura filosófica. Una de las razones es que la respuesta que demos tiene implicaciones para la cuestión del método propio de las ciencias humanas: si pensamos que las acciones son susceptibles de explicación causal, entonces el modelo de explicación científica será el mismo para las ciencias humanas y las ciencias

²² Gerald Baker y Len Clark [1994], pág. 52

de la naturaleza (monismo metodológico). Si el tipo de explicación más apropiado para la acción es el teleológico (señalando los objetivos perseguidos por quien actúa, esto es, señalando con qué intención actúa o cuáles son las razones de su acción), entonces se abre la puerta a importantes diferencias metodológicas entre unas y otras ciencias (dualismo metodológico). Otra razón es que nuestra pregunta también puede tener implicaciones para el problema de la libertad humana y el determinismo: si nuestra conducta se puede explicar por causas mecánicas, entonces las acciones humanas parecen encontrarse inmersas en los mismos flujos de causalidad que cualquier fenómeno natural y resulta difícil dar cuenta de qué quiere decir que hemos elegido actuar como lo hemos hecho.

Una forma bastante extendida de plantearse el problema es el siguiente: A la pregunta “¿por qué Pedro volvió la cabeza hacia otro lado?” podemos responder de dos maneras: indicando las causas, en sentido mecánico, de ese hecho (por ejemplo, diciendo: “tiene una lesión muscular que le produce cierto tipo de espasmos”) o dando las *razones* por las que lo hizo (por ejemplo, diciendo: “porque se ha enterado de que te han ascendido y creía que él lo merecía más”). Ahora bien, muchos autores aducen que estas explicaciones explican cosas distintas: la primera explica meramente ciertos movimientos corporales, pero no una acción; la segunda explica realmente una acción²³ (y esto sería así incluso aunque las explicaciones se refieran al mismo tramo de conducta: un mismo comportamiento probablemente tiene siempre una explicación en términos de actividad neurofisiológica y otra en términos de razones, pero ambas explicaciones apuntan a dimensiones distintas del comportamiento). Esto es consecuencia de asumir un concepto de acción intrínsecamente relacionado con la idea de actuar por una razón o actuar intencionalmente. A las ciencias humanas les interesa la acción en cuanto que portadora de un significado, y no meramente como una serie de sucesos físicos y mecánicos. Otra posibilidad es responder que sí es posible dar una explicación en términos de relaciones causales de la acción realizada por razones, porque las razones son precisamente *causa* (en el sentido genuino) de las acciones. Es decir, podemos explicar una acción indicando las razones por las que el agente la realizó, pero eso no hace que la explicación deje de ser causal, porque las razones son causa de la acción²⁴. Esta explicación sería, por tanto, al mismo tiempo causal e intencional²⁵.

²³ Esta es una afirmación constante en la obra de von Wright. Véase, por ejemplo, von Wright [2002], pág. 117.

²⁴ Esta es la tesis defendida por Donald Davidson [1995].

²⁵ Frente a esta Tesis, la Tesis de la Conexión Lógica (no causal) entre intención y acción es defendida por von Wright [1987]. Para una comparación de las dos Tesis puede verse Frederick Stoutland [1980].

No me interesa entrar en la cuestión de si la explicación por razones es una explicación causal o teleológica o de un tipo peculiar. Lo que me interesa destacar es la convergencia de opiniones respecto a que las acciones (a diferencia de los meros movimientos corporales) se deben explicar señalando la intención con la que se actuó o las razones que las impulsaron²⁶.

3. Filósofos como Hempel y Popper han propuesto un modelo de explicación intencional de la conducta que toma como premisa general o ley de cobertura un Principio de Racionalidad²⁷. Por ejemplo, el modelo nomológico-deductivo de Hempel (según el cual cualquier acontecimiento queda explicado cuando es la conclusión de un argumento deductivo que tiene como premisa general una ley y como premisa menor el *explanans*), puede adaptarse al caso de las acciones intencionales de la siguiente forma²⁸:

(1) *X* deseaba *G*

(2) *X* creía que hacer *A*, en ciertas circunstancias, es una (o la única, o la mejor) manera de lograr *G*

(3) Cuando un agente desea algo y cree que la realización de un cierto acto, en algunas circunstancias, es una (o la única, o la mejor) manera de satisfacer su deseo, realiza ese acto.

(4) Luego *X* realizó *A*.

En este esquema, (3) enuncia el Principio de Racionalidad. Algunos autores consideran que el principio de Racionalidad tiene carácter empírico y, por tanto, falsable (Hempel); otros lo tratan como un presupuesto necesario para entender la conducta, pero que no informa acerca de cómo actúan de hecho las personas (Popper)²⁹. A veces se considera un principio universal; otras veces, probabilístico. Pero tanto para unos como para otros la función del principio es la de permitir el paso de las intenciones y creencias a la acción efectivamente realizada (se trata de excluir la posibilidad de que el agente no actúe a pesar de tener las actitudes psicológicas adecuadas y de

²⁶ Esta misma idea se puede encontrar dentro de lo que Salvador Giner ha llamado la corriente sociológica principal, que asume los siguientes principios en cuanto a la explicación de la acción: "toda acción a) posee, para su autor, un significado subjetivo e intencional; b) no puede ser explicada racionalmente por quienes observan y analizan su desarrollo si tal significado no es tenido en cuenta; c) la explicación es posible, además, porque los seres humanos suelen actuar racionalmente, es decir, de acuerdo con su interpretación de la situación en que se encuentran (...)". Salvador Giner [1997], pág. 40. Existe un cuarto presupuesto (que, como se verá después, también tiene interés para nuestro tema): "Una acción es, además, social, si d) su intencionalidad tiene en cuenta la existencia de otro u otros seres humanos".

²⁷ Para un estudio de los distintos modelos de explicación intencional de la conducta, con o sin Principio de Racionalidad, y para la propuesta de un modelo basado en un Principio de Racionalidad Mínima, véase Amparo Gómez Rodríguez [1992].

²⁸ La adaptación es de Peter Achinstein [1989], pág. 195.

²⁹ Así lo interpreta Mugerza [1992], pág. 8.

que no haya ningún impedimento). También es frecuente por los autores que proponen este modelo señalar la importancia de lo que Popper llamó la *lógica de la situación*. Con esta expresión se quiere destacar que la explicación debe hacerse teniendo en cuenta el marco físico y el entorno social e institucional en el que actúa el agente, y su evaluación de todas estas variables³⁰.

Los modelos propuestos por Hempel y Popper toman postura a favor del monismo metodológico en la discusión acerca de cuál es el método propio de las ciencias de la conducta. El Principio de Racionalidad opera como las leyes causales naturales; el tipo de explicación es en sustancia el mismo para las ciencias de la naturaleza y las ciencias del hombre. Von Wright ha propuesto, por el contrario, un modelo distinto (sin Ley de Cobertura, aparentemente) en su defensa del dualismo metodológico. Su propuesta es que el silogismo práctico aristotélico puede ofrecer el patrón de explicación propio de la acción humana. El siguiente sería el esquema del silogismo práctico:

- (1) *A* tiene intención de *p*
- (2) *A* juzga que a menos que haga *q* no será capaz de dar lugar a *p*.
- (3) Por consiguiente, *A* se dispone a hacer *q*.

“Es fácil percatarse –dice von Wright– de lo que tiene que ver el razonamiento práctico con la explicación de la acción. Supongamos que *A*, de hecho, hace *q*. Deseamos saber *por qué*. Una respuesta satisfactoria a esta cuestión sería señalar que tenía la intención de *p* y que consideraba hacer *q* necesario para este fin. Y esta misma respuesta explicaría por qué trató de hacer *q* en una situación en la que terminará fracasando”³¹. En realidad, la propuesta de von Wright parece diferir de la de Hempel y Popper sólo en la ausencia del Principio de Racionalidad. En su lugar, el modelo de von Wright asume que podemos inferir una acción a partir de creencias y deseos (intenciones) por razones conceptuales: “Decir que tales y cuales intenciones y creencias, en el caso de que no cambien, darán normalmente como resultado tal y cual conducta no es establecer una generalización empírica basada en observaciones y experimentos. Es establecer una verdad necesaria que aceptará sin dar más vueltas todo aquél que se halle familiarizado con los conceptos involucrados”³². De manera que la regla de inferencia que nos permite inferir la acción a partir de las creencias y los deseos tiene carácter conceptual.

Sin embargo, ni uno ni otro modelo de explicación³³ dan cuenta de todas las fases de la explicación intencional de una acción. No se refieren a cómo

³⁰ Amparo Gómez Rodríguez [1992], pág. 27. Salvador Giner [1997], pág. 27 y ss.

³¹ Von Wright [1980-a], pág. 185.

³² Von Wright [1980-b], *Freedom and Determination*, pág. 57.

³³ Que, en realidad, no son sino refinamientos de lo que podríamos llamar el “modelo de la psicología de sentido común”, esto es, el que aplicamos cotidianamente al explicar y predecir

obtenemos el deseo y las creencias que usamos para explicar la acción (salvo la indicación sobre la importancia de tener en cuenta la *lógica de la situación*), sino sólo de cómo queda explicada la acción una vez que tenemos esos datos³⁴. En otras palabras: nos dicen que una acción queda correctamente explicada desde un punto de vista intencional cuando puede inferirse de una premisa sobre las actitudes volitivas y epistémicas del agente y una premisa general (de carácter empírico, conceptual,...) que viene a establecer que los agentes actúan de acuerdo con sus deseos y creencias. Ahora bien, para que la explicación sea correcta, la premisa que establece cuáles son los deseos y creencias del agente debe ser verdadera³⁵. ¿Cómo podemos saber que lo es? Al preocuparnos por la *justificación externa* de la explicación, el problema de cómo conocer los estados mentales internos de los agentes aparece de nuevo, y se muestra que los modelos de explicación intencional de la conducta no lo afrontan.

III. Probar, explicar y atribuir

1. Parece claro que tanto la prueba de la intención como la explicación intencional de la acción requieren atribuir al agente una intención. Pero “atribuir” (o “adscribir”), en el uso común, es una expresión ambigua, que tiene un sentido fuerte y un sentido débil. Atribuimos culpas, responsabilidades, acciones, opiniones, creencias, deseos, intenciones, emociones... La palabra (en los usos que nos interesan ahora) siempre implica la asociación entre alguna de estas cosas y un individuo. La diferencia entre los dos sentidos tiene que ver con los criterios para realizar esta asociación. En un sentido débil de “atribuir”, los criterios de atribución residen en última instancia en la correspondencia entre la atribución (“Cayo creía que hoy iba a llover”) y la realidad. “Atribuir”, en este sentido, es un tipo de descripción que puede ser verdadera o falsa. En sentido fuerte, “atribuir” es un uso del lenguaje distinto de describir: en este sentido, el criterio para determinar si una atribución es correcta o no ya no depende de la correspondencia con la realidad, sino de la aplicación correcta de reglas de atribución cuyo objetivo no es descubrir la verdad (no son criterios de racionalidad epistemológica) sino resolver conflictos de intereses o satisfacer determinados fines prácti-

la conducta de los demás recurriendo a sus creencias y deseos. Véase Josefa Toribio Mateas [1995], pág. 246.

³⁴ Von Wright, sin embargo, sí hace algunas consideraciones acerca de cómo verificamos las premisas del silogismo práctico (la intención y las creencias), para mostrar la conexión lógica entre éstas y la conclusión (la ocurrencia de la acción no puede verificarse si no es por referencia a la ocurrencia de las premisas y viceversa). Von Wright [1987], págs. 135 y ss.

³⁵ Así como la premisa que establece el Principio de Racionalidad debe ser aceptable empírica o conceptualmente o como un presupuesto epistemológico.

cos. La corrección de la atribución ya no es entonces una cuestión de verdad o falsedad, sino de eficacia en la satisfacción de los intereses o fines.

En palabras de Joel Feinberg, de quien tomo la distinción:

“Debo decidir en qué restaurante cenar mañana, pero debo descubrir la solución de una ecuación o la población de una ciudad. En el primer caso, incluso después de pesar todas las circunstancias, conservo cierta libertad de elección; en el último caso los hechos me obligan o me comprometen totalmente: no puedo evadir las conclusiones que me dictan. Se ha expresado esta distinción de muy distintas maneras: cuestiones de objetivos frente a cuestiones de hecho, prácticas frente a teóricas, normativas frente a constitutivas, y así sucesivamente. Algunos filósofos han negado la distinción: los “Platónicos” tienden a reducir las cuestiones de decisión a cuestiones de descubrimiento y los “Pragmatistas” asimilan las teóricas a las prácticas. El sentido común, sin embargo, se aferra a la distinción aunque no sepa cómo explicarla o trazar la línea divisoria. Sugiero que los filósofos que contraponen ‘atributivo’ a ‘factual’ están pensando en esta distinción. Por enunciados atributivos entienden (entre otras cosas) enunciados que no son completamente teóricos o factuales, sino que tienen un aspecto de discrecionalidad irreductible”³⁶.

En definitiva, señala Feinberg, las atribuciones en sentido fuerte se caracterizan por (a) implicar un grado irreductible de discrecionalidad (no consisten tanto en descubrir como en decidir), (b) ser relativas a nuestros intereses y (c) ser revocables³⁷. Podemos llamar a las atribuciones en sentido débil “atribuciones teóricas” y a las atribuciones en sentido fuerte “atribuciones normativas” o “imputaciones”.

Ahora bien, como ocurre con muchas otras distinciones, se trata de una distinción útil, pero que debe matizarse. Hay ciertas consideraciones que invitan a relativizarla, porque muestran una “contaminación” de lo teórico con lo práctico: En primer lugar, las atribuciones teóricas requieren muchas veces de meticulosos razonamientos, de cuyas conclusiones no estamos completamente seguros, por lo que asumirlas requiere, en cierto sentido, de algo semejante a una decisión. En segundo lugar, uno de los criterios para aceptar –aunque sea provisionalmente– la verdad de una teoría científica es su utilidad para explicar y predecir fenómenos³⁸. Esto no implica abandonar una teoría de la verdad como correspondencia por una teoría pragmatista de la verdad, pero sí introducir criterios pragmáticos entre los *síntomas* de la verdad. Este sería un “contenido mínimo de pragmatismo en la idea de verdad”, que haría que nuestros intereses tuvieran alguna participación en muchas de nuestras investigaciones teóricas. En tercer lugar, a veces una atribución teórica es necesaria para perseguir un fin práctico, como,

³⁶ Joel Feinberg [1968], pág. 111.

³⁷ Joel Feinberg [1968], págs. 110 y ss.

³⁸ Nicholas Rescher [1994], pág. 64.

por ejemplo, cuando un médico necesita atribuir el color amarillo de un paciente a alguna causa, con el fin de curarle. En cuarto lugar –pero es una circunstancia que me interesa mucho recalcar, por las razones que se verán más adelante–, a veces se habla de reglas de atribución para hacer referencia a criterios que en realidad tienen una finalidad epistemológica y una fundamentación inductiva. Una atribución hecha a partir de estas reglas de racionalidad epistemológica es una atribución teórica, pero es posible que se acabe perdiendo de vista la fundamentación última de estas reglas y se las acabe considerando simplemente como reglas de atribución en sentido fuerte. Creo que esto es lo que ocurre en ocasiones con las llamadas teorías adscriptivistas de la acción (y de la intención)³⁹.

A pesar de todo lo anterior la distinción es importante, y se mantiene en el siguiente sentido: (a) Quien hace una atribución necesariamente debe tener o bien una pretensión en última instancia descriptiva (aunque sus fines últimos sean prácticos) o bien una pretensión en última instancia normativa. No puede tener simultáneamente ambas pretensiones. (b) Lo que muestra si un sujeto tiene una u otra pretensión es su disposición o no a aceptar que la atribución sea revocable por consideraciones de verdad o falsedad. Por ello, los que sostienen que las intenciones se imputan, no se describen, no pueden coherentemente aceptar como criterio de revocación que la imputación no coincida con la realidad mental.

2. ¿Qué tipo de atribución requiere la explicación intencional de una acción? Si realmente se tiene la pretensión de que señalar la intención dé cuenta de por qué el agente realizó la acción, me parece que la atribución debe ser teórica o descriptiva. De otra manera, podemos comprender el sentido objetivo de la acción y quizá, incluso, justificarla, pero no explicarla intencionalmente (lo que no excluye que una misma intención explique y justifique la acción simultáneamente; sería el caso de lo que Searle llama explicaciones justificativas⁴⁰). Sólo podemos explicar una acción si señalamos la razón por la que realmente el agente hizo lo que hizo (su intención real). No basta con señalar que había una razón para actuar, sino que hay que postular que el agente actuó movido por esa razón. Quienes niegan la posibilidad de describir con cierto grado de objetividad las intenciones (u otros estados mentales relevantes), deben rechazar la posibilidad de explicar las acciones a la luz de razones (más adelante trataré de mostrar que actuar

³⁹ La teoría adscriptivista de la acción fue defendida por H.L.A. Hart [1948]. Para un resumen de esta tesis puede verse Daniel González Lagier [2001], especialmente págs. 53 y ss. Una defensa reciente de la teoría adscriptivista de la acción puede encontrarse en Rafael Alcácer Guirao, *Cómo cometer delitos con el silencio. Notas para un análisis del lenguaje de la responsabilidad*.

⁴⁰ Searle [2000-b], pág. 130.

intencionalmente es actuar por una razón). Deberán explicar la conducta en términos causales cuyo antecedente no sean intenciones, razones, deseos, etc., sino estados neuronales o compulsiones físicas. No explicarán, en definitiva, acciones, sino movimientos corporales.

¿Qué tipo de atribución requiere la prueba de la intención? Puede pensarse que la prueba judicial, en general, es una actividad orientada a establecer la verdad de ciertos enunciados, y que “verdad” aquí debe significar “verdad como correspondencia con la realidad”. Taruffo, por ejemplo, señala que la determinación de que el hecho probado *ha ocurrido realmente* es condición necesaria de la justificación plena de la decisión judicial⁴¹. Ésta no es una tesis unánimemente aceptada, pero me parece esencialmente correcta (aunque defenderla aquí nos llevaría demasiado lejos). Si esto es así, la prueba de la intención ha de consistir, como en el caso de la explicación, en una atribución teórica.

Sin embargo, muchos de quienes aceptan que la prueba judicial de los hechos es una cuestión de correspondencia con la realidad lo niegan a propósito de la prueba del dolo o de la intención (y, en realidad, también hay quien lo niega a propósito de la explicación de la acción). Sostienen que atribuir una intención consiste en asignar a la acción un significado objetivo que depende de ciertas reglas cuya función última no es averiguar la realidad, sino satisfacer otros fines (asignar un significado a la acción a pesar de la imposibilidad de probar qué es lo que quiso el agente, resolver satisfactoriamente un caso, hacer inteligible la decisión judicial para la sociedad, etc.). Para estos autores, la prueba de la intención no sería, por tanto, *prueba* o *demonstración*, sino *imputación*.

Los distintos argumentos para negar la intención (esto es, para negar el carácter descriptivo de las atribuciones de intención) pueden agruparse –al menos– en cuatro tipos (los dos primeros de carácter ontológico; el tercero de carácter epistemológico y el cuarto de tipo ideológico):

- a) No existen entidades mentales (por lo tanto, no hay nada que descubrir).
- b) Existen entidades mentales, pero no con las propiedades que le atribuye la psicología de sentido común o el Derecho penal (por lo tanto, lo que hay que descubrir es algo distinto de lo que dice el Derecho penal).
- c) La intención (y con ella, probablemente, el resto de entidades mentales) no puede conocerse con certeza (por lo tanto, es inútil tratar de descubrirla).
- d) La intención como estado mental no importa realmente en el proceso (por lo tanto, no es pertinente tratar de descubrirla).

⁴¹ Michele Taruffo [2003], pág. 39.

IV. La negación de la intención (I): El argumento ontológico

1. Los estados mentales son entidades muy “incómodas” para los filósofos, porque pueden tener ciertas propiedades (consciencia, contenido, subjetividad y capacidad de interactuar con el mundo físico) que no cuadran bien con una concepción científica del mundo⁴².

La *consciencia* es un rasgo de muchos estados mentales que ya fue señalado por Descartes (para quien precisamente era el rasgo definitorio de lo mental). Podemos entenderla como una especie de conocimiento “de lo que sucede dentro de nosotros”⁴³ no fundado en la evidencia empírica acerca de rasgos del mundo externo: Si me pellizco el brazo, experimento dolor y por ello sé que el brazo me duele, y lo sé con independencia de que me vea a mí mismo sacudirlo o gritar; si deseo un vaso de cerveza, sé que lo deseo, sin necesidad de esperar a ver si me levantaré e iré a la nevera; y si estoy preocupado, sé –porque lo *siento*– que lo estoy (esta sería una consciencia de primer nivel; cuando soy consciente de mí mismo como experimentando un dolor o deseando una cerveza o preocupado tengo una consciencia de segundo grado o autoconsciencia). Ahora bien, hay cierta diferencia cualitativa en cómo experimento mi dolor, mi deseo o mi preocupación. Decimos entonces que estos estados mentales se corresponden con diferentes sensaciones internas o *qualia*. Los *qualia* son la manera peculiar como cada estado mental emerge a mi consciencia.

Otra característica de muchos estados mentales consiste en poseer un *contenido mental*, esto es, en su capacidad de versar o ser sobre objetos y estados de cosas del mundo (que, además, no tienen por qué existir en realidad) distintos de ellos mismos⁴⁴. La creencia de que mañana lloverá se refiere a un contenido (“mañana lloverá”). Dado un estado mental con contenido, podemos distinguir entre su contenido y su *modo psicológico*⁴⁵: “*Creo* que mañana lloverá” y “*Deseo* que llueva mañana” son dos estados mentales que se diferencian por su *modo psicológico*, pero no por su contenido.

La tercera característica incómoda de los estados mentales es su *subjetividad*. Mis dolores, temores, odios, deseos y creencias son exclusivamente míos, por lo que yo puedo ser consciente de mis estados mentales, pero no de los de otros, ni otros pueden serlo de los míos. En opinión de Searle se

⁴² John Searle [1985], págs. 19 y ss.

⁴³ Manuel García Carpintero [1995], pág. 46.

⁴⁴ John Searle [1992], pág. 18. A esta característica se le llama normalmente intencionalidad, pero no debe confundirse la intencionalidad como característica general de los estados mentales con el estado mental concreto que llamamos intención. Para evitar la confusión, usaré la expresión –menos frecuente en la filosofía de la mente– *contenido mental*.

⁴⁵ John Searle [1992], pág. 21.

trata más de una subjetividad ontológica que epistemológica: “Consideremos, por ejemplo, el enunciado ‘tengo dolor de espalda’. Tal enunciado es completamente objetivo en el sentido de que lo convierte en verdadero la existencia de un hecho real y no depende de las actitudes de los observadores. Sin embargo, el fenómeno mismo, el dolor real mismo, tiene un modo subjetivo de existencia”⁴⁶.

A todas estas propiedades hay que añadir otro factor de perplejidad a propósito de los estados mentales: el hecho de que interactúen con estados físicos. Los estados mentales parecen causar hechos externos, físicos: nuestras emociones, creencias y deseos causan nuestro comportamiento. Mi miedo a que un perro me muerda causa que salga corriendo y mi deseo de saciar la sed, junto con las creencias adecuadas, causa que vaya a la nevera a por una cerveza.

Las intenciones tienen todas estas propiedades. La consciencia de la intención consiste en el conocimiento o certeza, no basada en evidencia empírica externa, que tenemos cuando pretendemos hacer algo: si se trata de la intención de hacer algo en un futuro próximo o lejano, la certeza de que –a menos de que algo me lo impida o cambie de opinión– efectivamente lo haré; si se trata de la intención *en el momento de actuar*, el conocimiento del tipo de acción que estoy realizando⁴⁷. El contenido mental de la intención consiste en las acciones u objetivos que procuro realizar o alcanzar. La subjetividad ontológica consiste en el carácter privado y particular de las intenciones (hay cierto sentido en que otro sujeto y yo no podemos compartir la misma intención, porque mi intención es sólo mía: aunque tengamos intenciones de hacer lo mismo). Por último, la intención tiene alguna relación con mi conducta física, ejerce algún control sobre ella (incluso si se quiere evitar hablar de relación causal, como preferiría, por ejemplo, von Wright⁴⁸).

El problema es que todos estos rasgos chocan con varios postulados de nuestra imagen científica del mundo, como la creencia de que las únicas cosas que existen son físicas y el postulado de que todo lo real es (ha de ser) objetivo, observable, público y verificable. ¿Cómo puede un cerebro, algo completamente material, tener consciencia? ¿Cómo puede versar sobre algo? ¿Cómo puede ser real algo esencialmente subjetivo? ¿Y cómo puede lo mental interactuar con lo físico? El problema es tratar de hacer compatible el rechazo del dualismo cartesiano (que sostendría que la mente es un tipo

⁴⁶ John Searle [1996], pág. 106.

⁴⁷ Stuart Hampshire y H.L.A. Hart [1958], págs 1 y ss.

⁴⁸ “Arguyo contra una ‘teoría causal de la acción’. Pero no estoy negando que, por ejemplo, los deseos o las necesidades puedan tener una influencia causal en la conducta”. Von Wright [1987], pág. 121.

de sustancia distinta de los cuerpos) con la explicación de estas propiedades de las entidades mentales.

2. Una manera radical de “solucionar” estas perplejidades consiste en negar la existencia de entidades mentales. Podemos llamar a esta vía “**eliminacionismo**”; es el camino seguido por el conductismo lógico (que sustituye los estados mentales por disposiciones de conducta externa), el materialismo eliminacionista (que lo sustituye por estados cerebrales físicos) o la tesis de la “postura intencional” de Dennet (que postula que los estados mentales son sólo el resultado de adoptar cierta perspectiva para explicar las acciones, pero no son fenómenos intrínsecamente mentales). A continuación trataré de resumir estas posturas, pero el lector no interesado puede pasar directamente al punto 4 de este apartado.

De acuerdo con el conductismo lógico, términos como “dolor”, “creencia”, “emoción”, “intención”, etc. deben entenderse como referencias a ciertas disposiciones de comportamiento, y no a estados mentales internos. Si razonamos acerca de cómo aprendemos a usar estos términos, nos debemos dar cuenta –dicen los conductistas– de que el proceso de aprendizaje no va de lo “interno” a lo “externo”: no reconocemos un dolor en nosotros mismos y luego aplicamos el concepto a otros, sino que aprendemos a usar el concepto a partir de las manifestaciones externas del dolor que observamos en los demás y en nosotros mismos. Por tanto, podemos traducir todos los conceptos mentales en términos de disposiciones a adoptar cierto tipo de conducta, o de la conducta que hipotéticamente tendría el agente en ciertas condiciones. Creer que lloverá se traduce en la propensión a coger un paraguas, a cancelar una comida campestre, etc. y tener un deseo o un propósito se traduce en la disposición a realizar la conducta causalmente adecuada para satisfacer un objetivo. Si podemos traducir los conceptos mentales en enunciados sobre conducta observable sin pérdida de significado, entonces no necesitamos postular la existencia de entidades mentales reales, por lo que podemos eliminarlos de nuestra concepción del mundo, de acuerdo con la navaja de Occam⁴⁹.

El materialismo eliminativo también niega la legitimidad de hablar de estados mentales. Ante ciertos problemas del conductismo⁵⁰, un paso suge-

⁴⁹ Son conductistas autores como Rudolf Carnap, Gilbert Ryle y –con más matices– el segundo Wittgenstein (Manuel García Carpintero [1995], pág. 49).

⁵⁰ Al definir los estados mentales en términos de conducta externa y al margen de las experiencias internas –esto es, de la consciencia de los estados mentales–, el conductismo se ve abocado a ciertas paradojas. Por ejemplo, tomemos la definición de “dolor” en términos de conductas (o propensiones a actuar) como gritar, lamentarse, etc. Tendríamos que decir que un *superespartano* que nunca expresara su dolor, ni siquiera en situaciones extremas –por ejemplo, al extraerle una muela sin anestesia– no tendría realmente dolor, y que un actor tan magnífico

rido por los avances científicos consistió en identificar los estados mentales no con la conducta externa del individuo, sino con sus estados cerebrales (postura que se conoce como monismo, fisicalismo, materialismo o tesis de la identidad). Las Tesis de la identidad sostienen que cada tipo de estado mental se corresponde con algún tipo de estado cerebral (Tesis de la Identidad de Tipos) o que cada caso de estado mental se corresponde con un caso de estado cerebral, sin que sea posible generalizar esta correspondencia en el nivel de los “tipos” (Tesis de la Identidad de Instancias). Ante esta equivalencia entre estados mentales y estados cerebrales, o bien es posible la reducción de los primeros a los segundos (esto es, es posible explicar las propiedades de lo mental en términos materiales) o bien hay que concluir que los estados mentales no existen. Algunos materialistas –no todos– defienden este último paso. En lugar de limitarse a afirmar que no hay estados mentales separados de los estados cerebrales, afirman que no hay estados mentales en ningún sentido. Según ellos, a medida que avance la neurociencia, podremos sustituir el lenguaje de los estados mentales (y la teoría que los postula: la psicología de sentido común) por el lenguaje de los estados cerebrales, de igual manera que el descubrimiento de los virus y las bacterias permitió rechazar las explicaciones de las enfermedades en términos de demonios, maldiciones y espíritus. Éste sería, simplemente, un ámbito más donde la extensión de la ciencia permitiría la expulsión de la superstición⁵¹.

Tampoco existen los fenómenos mentales, como algo intrínsecamente mental, para Daniel C. Dennet. En su opinión, creencias, deseos, etc. son más bien una especie de método para explicar y predecir el comportamiento de un sistema que usamos cuando adoptamos lo que llama una “perspectiva intencional”. Dennet distingue tres perspectivas o enfoques posibles cuando tratamos de explicar o predecir el comportamiento de un sistema (esto es, de un ser humano, un ordenador, un termostato, etc.)⁵²: El primer tipo de enfoque es el de la “perspectiva del diseño”: supongamos un termostato que regula el encendido y apagado de un aparato de calefacción. Podríamos predecir su “comportamiento” si conocemos su diseño, esto es, las reglas que

que pudiera fingir expresiones externas de dolor que engañaran a todos tendría, sin embargo, dolor. Otra objeción importante es que analizar determinados estados mentales nos lleva necesariamente a otros estados mentales, lo que convierte a las definiciones de los conductistas en circulares. Así, por ejemplo, “mi creencia de que llueve se manifestará en que yo me llevo un paraguas sólo si tengo también el deseo de no mojarme. Y mi deseo de no mojarme se manifestará en esta conducta de coger el paraguas sólo si tengo la creencia de que el paraguas me mantendrá seco”. El hecho de que los estados mentales se relacionen de esta manera se conoce como la tesis del *holismo de lo mental*.

⁵¹ Son materialistas eliminativos autores como Paul Feyerabend, Richard Rorty, Steven Stich y Paul y Patricia Churchland. Alfonso García Suárez [1995], pág. 359.

⁵² Daniel C. Dennet [1985], págs. 11 y ss.

gobiernan su actividad. De la misma manera, podríamos predecir las jugadas de un ordenador programado para jugar al ajedrez conociendo el programa. Después tenemos el enfoque de la “perspectiva física”. Desde esta perspectiva, aplicamos nuestro conocimiento de las leyes de la naturaleza y del funcionamiento mecánico del termostato para predecir su comportamiento (sabemos que si determinada sustancia se dilata por efecto del calor, disparará el interruptor). Igualmente, si pudiéramos conocer perfectamente el aspecto físico y mecánico del funcionamiento de un ordenador (las descargas eléctricas que tienen lugar en su interior, por ejemplo), podríamos predecir igualmente las jugadas (aunque resultaría sumamente difícil). Por último, está la “perspectiva intencional”, que normalmente usamos para predecir y explicar el comportamiento de aquellos sistemas con una complejidad tan elevada que hace poco factible los otros enfoques. Desde esta perspectiva tratamos de predecir y explicar el comportamiento presumiendo la racionalidad del sistema. Es entonces cuando hablamos de creencias, deseos e intenciones. Podemos predecir las jugadas del ordenador tratando de averiguar cuál será la jugada más adecuada desde un punto de vista estratégico, con lo que estamos atribuyendo al ordenador creencias (qué jugada es mejor) y deseos (ganar). Pues bien, para este autor toda la intencionalidad –también la de los seres humanos– no es más que una forma de hablar que surge de adoptar la postura intencional, y que podríamos eliminar si pudiéramos dar una explicación de nuestras acciones en términos de “diseño” (o programación) o en términos físicos. Pero mientras no podamos, el enfoque intencional nos permite explicaciones y predicciones útiles, aunque no infalibles. La única diferencia entre el ordenador y los seres humanos es que el primero es un producto del diseño de un ser humano, y el segundo el producto del diseño de nuestro genes, o de la selección natural, o algo semejante.

3. Otra alternativa, que también conduce a la negación de la intención, al menos tal como usualmente se entiende, consiste en rechazar una o más propiedades de lo mental (consciencia, contenido, subjetividad y eficacia causal), normalmente como consecuencia de la reducción de los estados mentales a estados cerebrales físicos. Podemos llamar “**reduccionismo**” a esta alternativa. El reduccionismo no niega la legitimidad de hablar de estados mentales, pero al tratar de explicarlos en términos físicos los acaba convirtiendo en algo muy alejado de la noción de sentido común.

Como hemos visto, las teorías de la identidad sostienen que lo que llamamos estados mentales son idénticos a estados del cerebro y del sistema nervioso central⁵³. Estas teorías no niegan que existan estados mentales

⁵³ La Teoría de la Identidad de Tipos establece la identificación entre tipos de estados mentales y tipos de estados cerebrales (por ejemplo, “Todos los casos de ‘experimentar dolor por

(salvo, como hemos visto, el materialismo eliminativo): lo que niegan es que sean algo distinto que estados del cerebro. Usando categorías de Frege, los teóricos de la identidad que no desean prescindir de los estados mentales podrían decir que los términos que se refieren a estados mentales y los que se refieren a estados cerebrales tienen la misma referencia, aunque diferente sentido. Esta es una tesis atractiva, porque permite mantener las características peculiares de lo mental sin postular que lo mental es una *sustancia* distinta de lo físico, es decir, sin postular dos modos de existencia distintos. En realidad, no obstante, lo que esta tesis hace no es otra cosa que sustituir el dualismo de sustancias cartesiano por un dualismo de propiedades: aunque se elimina una sustancia (lo mental), se preservan las propiedades de lo mental como distintas de las propiedades físicas. Habrá que explicar por tanto cómo es que lo físico puede tener propiedades tan dispares. Una consecuencia frecuente del esfuerzo por explicar el funcionamiento de lo mental como resultado de ciertos rasgos físicos es acabar rechazando a una o más de las propiedades de lo mental. Esto es lo que ocurre, según Searle, con ciertas versiones del funcionalismo y de las teorías de la Inteligencia Artificial Fuerte.

El funcionalismo surge como un intento de superar una objeción a las Tesis de la Identidad de Instancias. Si dos individuos tienen el mismo estado mental, pero ello no implica que estén en el mismo estado cerebral (estarán ambos en algún estado cerebral, pero la teoría no postula que tengan que estar en el mismo), ¿qué es lo que hace que podamos decir que tienen un estado mental del mismo tipo? La respuesta obvia es que se trata del mismo tipo de creencia porque tienen el mismo contenido. Pero ésta es una respuesta mentalista que los teóricos de la identidad no pueden dar si quieren eliminar lo mental o reducirlo a lo físico. Todos los que creemos que Alicante está a orillas del Mediterráneo tenemos una creencia del mismo tipo; de acuerdo con la teoría de la identidad como instancia, eso no implica que tengamos el mismo tipo de estado cerebral o neuronal. ¿En qué consiste, entonces, si no es el contenido de la creencia y la manera de experimentarla, lo que nos permite decir que tenemos la misma creencia? Los funcionalistas responden que lo que nos permite clasificar los estados mentales son sus efectos causales (y los *inputs* que los provocan). Los estados mentales se definen y se distinguen unos de otros atendiendo a los *inputs* que los suscitan y los *outputs* que causan. La creencia de que va a llover, por ejemplo, es suscitada por ciertos estados del mundo y a su vez provoca (en combinación con el

una quemadura' se corresponden con un mismo tipo de excitación neuronal"), mientras que la Teoría de la Identidad de Instancias establece solamente que cada estado mental es idéntico a un estado cerebral, pero no siempre al mismo.

deseo de no mojarme) una serie de acciones: coger un paraguas, por ejemplo. Y esto es lo que todas las creencias de que va a llover tienen en común. Obsérvese que el funcionalismo, a diferencia del conductismo, no identifica los estados mentales con la conducta (esto es, con sus posibles efectos), sino con algo (sea lo que sea) que media entre los *inputs* y los *outputs*. Pero el funcionalismo también puede ser eliminacionista: puede sostener –a la manera de Alf Ross en *Tú-Tú* con los conceptos normativos– que los estados mentales no existen en realidad –podemos eliminar ese *algo* que media– y son sólo una manera de expresar abreviadamente una serie de *inputs* y de *outputs*.

Un tipo de funcionalismo es el que Searle llama Inteligencia Artificial Fuerte. Esta concepción trata de explorar la siguiente analogía: la mente es al cerebro lo que el software es al hardware de un ordenador. La mente no sería otra cosa que un conjunto de símbolos y de reglas para manejar tales símbolos⁵⁴, esto es, un programa (las teorías de la Inteligencia Artificial Débil no hacen esta equiparación, pero toman la analogía como un instrumento de análisis de lo mental). Es el programa lo que conecta los estímulos con los efectos causales. De esta manera, las cuestiones semánticas (la intencionalidad, por ejemplo) se traducirían en cuestiones sintácticas.

Muchos defensores del funcionalismo y de la Inteligencia Artificial Fuerte, aunque no desean negar la existencia de estados mentales, rechazan la consciencia y el contenido mental, dada la dificultad de explicar desde sus principios las experiencias que tenemos de nuestros estados mentales o el hecho de que éstos posean un significado. Tampoco pretenden dar cuenta de la subjetividad de los estados mentales, ya que adoptan el punto de vista objetivo hacia los mismos, tratando de presentarlos como algo que podríamos describir desde el punto de vista de terceros, esto es, a partir de evidencia empírica que terceros podrían obtener.

Otras posturas niegan otros rasgos de lo mental, como su eficacia causal. Esta tesis se conoce como Epifenomenalismo. Dadas las dificultades para explicar cómo lo mental puede tener influencia causal en lo físico, es tentador sugerir que, en realidad, no lo tiene. Cada vez que tenemos estados mentales, tenemos ciertos estados cerebrales subyacentes (que causan lo mental), y son éstos –y no los estados mentales– los que tienen eficacia causal. Los estados mentales no causan nada (ni estados físicos, sean externos o del nivel inferior, ni otros estados mentales), y en realidad no son sino un subproducto o residuo de la actividad cerebral, como –por usar una metáfora extendida en estas discusiones– el sonido de la sirena de vapor

⁵⁴ Bechtel [1991], pág. 157.

que acompaña al funcionamiento de una locomotora pero no influye en la maquinaria⁵⁵.

4. Puede parecer que los anteriores argumentos nos han llevado muy lejos de lo que estábamos discutiendo. Sin embargo, argumentos de este tipo (con menor sofisticación, en algunos casos) han sido usados por juristas para mostrar su pesimismo sobre la posibilidad de probar (en el sentido de atribución teórica) los estados mentales. Por ejemplo, Hruschka⁵⁶ señala que

“No ‘existen’ hechos dolosos como tales, es decir, en el mismo sentido en que ‘existen’ hechos externos. ‘Existen’ en tan escasa medida como ‘existe’ la voluntad o la libertad humana, las acciones, la responsabilidad o la culpabilidad. Nos parecerá aun más sencillo si pensamos en que ningún científico natural, *en tanto que tal*, daría con estas cosas”

“Como todo lo espiritual, tampoco el dolo se determina y prueba, sino que se *imputa*. El juicio que emitimos al decir que alguien ha actuado dolosamente no es un juicio descriptivo, sino *adscriptivo*”.

En España, también Paredes Castañón ha usado, con rigor, los argumentos de la filosofía de la mente para mostrar su pesimismo acerca de la posibilidad de probar el dolo con suficientes garantías⁵⁷ (aunque sin defender la solución adscriptivista).

Sin embargo, la afirmación de que los estados mentales presentan las propiedades de consciencia, contenido, subjetividad e interacción con lo externo tiene un fuerte apoyo intuitivo. Por ello, todos los anteriores intentos de eliminar lo mental o alguna de sus propiedades (y las concepciones de la prueba de la intención que se basan en ellos) chocan con intuiciones básicas. Unos, como el conductismo y el materialismo eliminativo, nos dicen que no hay estados mentales; otros, como el funcionalismo o la Inteligencia Artificial Fuerte, que no hay lugar en ellos para la consciencia o el contenido mental; el epifenomenalismo, por último, niega la acción de lo mental sobre lo físico.

Lo que nos piden estas tesis es rechazar alguna de estas intuiciones (¡o todas ellas!):

a) Normalmente puedo decir qué estados mentales tengo o qué procesos mentales me ocurren, y esto lo sé por observación del mundo externo,

⁵⁵ Tomo la metáfora de Manuel Liz [1995], pág. 215. Paradójicamente, un autor como von Wright, que ha defendido que el tipo de explicación propio de las ciencias sociales es el intencional, al negar que los estados mentales tengan incidencia en los estados neuronales y negar simultáneamente que las intenciones sean causa de la acción, tiene dificultades para distanciarse del epifenomenalismo.

⁵⁶ Hruschka, *Kleinknecht-Fs*, pág. 200 y 201. Tomo la cita y la traducción de Ramón Ragués [1999], pág. 299.

⁵⁷ Paredes Castañón [2001], pág. 67.

sino por ciertas “sensaciones internas” (los *qualia* correspondientes a tales estados).

b) Muchos de mis estados mentales no sólo tienen una *sensación interna* determinada, sino además un contenido: son representaciones de algo.

c) Mis estados mentales existen aunque sólo yo tenga acceso a ellos, esto es, aunque sean irreductiblemente subjetivos.

d) Lo que yo decida acerca de qué voy a hacer influirá en lo que efectivamente haga.

Si rechazamos estas intuiciones, no queda muy claro en qué sentido podríamos seguir hablando de estados mentales; sin embargo, como dice Bechtel, “los argumentos mentalistas desempeñan un papel tan central en nuestro pensamiento ordinario sobre nosotros mismos, así como en las teorías de las ciencias sociales, que parece imposible que podamos pasar sin ellos”⁵⁸. Las explicaciones intencionales son centrales tanto en psicología como en las ciencias sociales, pero estas disciplinas serían imposibles como tales si el eliminacionismo o el reduccionismo tuvieran razón. Y aún más: sería difícil conciliar con estas posturas intuiciones más básicas aún, como la del libre albedrío de los seres humanos.

Podemos suponer una tesis acerca de la justificación de las teorías que prescribe asignar cierto peso a nuestras intuiciones. Las intuiciones y creencias de sentido común no tienen por qué ser un límite infranqueable para nuestras teorías –ni siquiera las intuiciones básicas–, pero tampoco pueden ser sencillamente ignoradas (especialmente las más básicas). Como diría Rescher, merecen *respeto*, aunque no necesariamente aceptación⁵⁹. Sin embargo, las teorías que hemos examinado rechazan las intuiciones sobre lo mental con el argumento general de que no cuadran con la teoría, sin tratar de rechazarlas fundadamente. El argumento que se repite una y otra vez es que no caben en la teoría, pero eso –a falta de certeza acerca de la teoría– no es suficiente⁶⁰.

⁵⁸ Bechtel [1991], pág. 141.

⁵⁹ Nicholas Rescher [1995], pág. 34.

⁶⁰ Existe otro argumento general contra los intentos eliminacionistas y reduccionistas de identificar los estados mentales con procesos cerebrales o neuronales y dar prioridad a los segundos frente a los primeros. Este argumento ha sido expuesto por von Wright señalando que lo mental tiene *prioridad epistémica frente a lo neuronal*. Supongamos que deseamos establecer cuál es el estado neuronal que se corresponde con el estado mental “estar asustado” en un determinado sujeto. Si queremos investigar esto, debemos saber previamente que el sujeto se encuentra asustado, con algún criterio independiente de sus estados neuronales (su conducta externa). De manera que aunque lo neuronal tuviera prioridad causal frente a lo mental, lo mental tendría prioridad epistémica frente a lo neuronal (y la conducta externa tendría, según von Wright, *prioridad semántica frente a lo mental*). Von Wright [1996].

Lo que debe hacerse, por tanto, es (1) buscar una concepción de lo mental que no abrace el dualismo de sustancias, pero que no niegue las propiedades de lo mental y (2) explicar las propiedades de lo mental en términos de fenómenos que emergen de lo físico (profundizando en tipos de relaciones como “emerger” o “supervenir”). En caso de que esto no sea posible, entonces tendremos que rechazar las propiedades mentales. Pero la discusión aún no está cerrada⁶¹.

V. La negación de la intención (II): El argumento epistemológico

1. Las consideraciones anteriores eran de tipo ontológico, pero también se puede rechazar la tesis de que probar las intenciones sea una tarea cognoscitiva con argumentos epistemológicos. Estos son más frecuentes entre los juristas⁶². Un argumento de este tipo es el que señala que los hechos psicológicos normalmente sólo pueden probarse mediante prueba indirecta y asigna a ésta una fiabilidad menor que a la prueba directa. Ya he considerado al comienzo este argumento. Otras veces los argumentos hacen referencia a ciertas peculiaridades de la prueba de las entidades mentales. Por ejemplo, los siguientes:

a) Los elementos subjetivos del delito deben probarse a partir de la conducta externa del individuo, pero ello exige la existencia de leyes que correlacionen la conducta externa con las entidades mentales. Sin embargo, si algo hemos aprendido del conductismo lógico, es que tales leyes son imposibles: un mismo estado mental puede corresponderse con un amplio abanico de acciones distintas (o con ninguna). A lo sumo, tenemos generalizaciones probabilísticas, pero no leyes estrictas⁶³. Ahora bien, el argumento sería válido si sólo contáramos con generalizaciones inductivas acerca de la correlación entre conducta externa y estados mentales, pero, como trataré de mostrar más adelante, la prueba de la intención no sólo descansa en estas generalizaciones, sino también en la presunción de racionalidad del agente. Lo que nos permite atribuir una intención a un agente no es sólo el hecho de que el tipo de conducta que realizó es típica de cierta intención, sino el hecho de que esa conducta era racionalmente adecuada en la situación. En otras palabras: Sostener que entre un tipo de conducta y una determinada intención existe una correlación no es algo que aprendamos sólo por inducción a partir de observaciones anteriores. Probablemente es posible

⁶¹ Una tesis que parece dar cuenta de algunas de estas intuiciones es el monismo anómalo de Davidson, (una variante de la tesis de la identidad de instancias), salvo por lo que respecta a la causalidad de lo mental. Manuel Liz [1995], pág. 216 y ss.

⁶² Para una postura pesimista acerca de la prueba del dolo basada en una combinación de argumentos ontológicos y epistemológicos véase Paredes Castañón [2001].

⁶³ Puede encontrarse un argumento de este tipo en Ramón Ragués [1999], pág. 248 y ss.

predecir aproximadamente la conducta de un individuo del que conocemos sus intenciones sin haber observado cómo actuaba anteriormente en otras ocasiones en que tenía las mismas intenciones. De manera que si conozco la conducta y las pautas del comportamiento racional, puedo inferir (aunque, por supuesto, no con certeza absoluta) su intención.

b) Otro argumento es el siguiente: Cuando atribuimos a una persona una determinada intención o un determinado conocimiento, en realidad estamos proyectando lo que creemos que nosotros hubiéramos querido o sabido en esas circunstancias. Estamos, por tanto, extrapolando nuestros potenciales estados mentales. Hacemos atribuciones intencionales a partir de nuestra propia evaluación de la situación, y esto siempre conlleva la posibilidad de error, debido a peculiaridades desconocidas del agente⁶⁴. Este argumento, sin embargo, no tiene por qué llevar a negar la posibilidad de averiguar las intenciones de otros; sólo nos lleva a tratar de saber todo lo posible sobre el otro agente y a razonar no en función de nuestra evaluación de la situación, sino de la evaluación que creemos que el agente hubiera hecho. Lo que hay que hacer es usar criterios objetivos (esto es, que puedan ser aceptados por terceros y, por tanto, tengan fuerza argumentativa) pero adaptados al caso particular. Por decirlo con palabras que George Fletcher usa para un supuesto semejante: nuestros criterios no deben ser subjetivos, sino individualizados⁶⁵.

c) Otras veces el argumento viene a decir que el conocimiento de los hechos psicológicos es imposible porque, a diferencia de lo que ocurre con el resto de hechos, éstos no son comprobables una vez que se ha realizado la atribución. Sólo contamos con los criterios de atribución, y con ningún otro criterio de verificación. Este argumento me parece que es susceptible de dos objeciones: La primera es que sostener que un hecho sólo puede ser conocido si puede ser verificado directamente es una concepción ya superada de los hechos y de la epistemología; muchos de los hechos aceptados por los científicos (por ejemplo, ciertas partículas que se supone que componen el universo) no son verificables empíricamente de una forma directa, sino deducibles a partir del comportamiento de otros hechos y ciertas teorías. La segunda objeción es que, en la práctica, la mayor parte de los hechos que han de enjuiciarse en un proceso judicial no pueden ser verificados directamente, ya que ocurrieron en el pasado.

2. En general, el argumento a favor del carácter adscriptivo en sentido fuerte (atribución normativa) de las intenciones consiste en dar el siguiente paso: se niega que podamos tener certeza acerca de cuáles son los estados

⁶⁴ Ramón Ragués [1999], pág. 252.

⁶⁵ George Fletcher [1997], pág. 182.

mentales de los demás (por alguna de las razones señaladas anteriormente o por otra distinta), y a partir de esta premisa (la falta de certeza) se concluye que las intenciones sólo pueden imputarse, no descubrirse. Me parece que éste es el razonamiento que hay detrás de las siguientes palabras de Kelsen:

“(…) cuando en el tipo de injusto parecen incorporarse requisitos como ‘voluntad’, ‘intención’ u otros fenómenos psíquicos, éstos deben simplemente interpretarse como factores externos que resulten reconocibles de forma objetiva al juez y que admitan como posible la hipótesis de los fenómenos psíquicos en cuestión. Lo que el juez debe determinar en ciertos casos no es la verdadera voluntad o la verdadera intención que pertenecen al tipo de injusto –que en absoluto puede constatar–, sino que lo que debe determinar son circunstancias externas con base en las cuales el juez presume de forma jurídica determinados fenómenos psíquicos”⁶⁶

La razón por la que Kelsen entiende que basta con que la situación permita “presumir de forma jurídica” (atribuir normativamente) las intenciones es que en absoluto se puede constatar la verdadera intención. Pero si este argumento se tomara en serio y se generalizara nos llevaría al siguiente dilema: O bien tendríamos que admitir que todo el conocimiento empírico depende de atribuciones normativas (porque la falta de certeza absoluta no sólo afecta a nuestro conocimiento de los estados mentales internos, sino a todo el conocimiento), lo cual es absurdo; o bien se restringe el alcance del argumento a los hechos psicológicos, lo cual parece injustificado, porque entonces se exige una certeza mayor sobre ellos que sobre los aspectos externos de la conducta.

Sin embargo, me parece que algunos juristas optan por esta segunda alternativa, y exigen mayor certeza a la prueba de hechos psicológicos que a la prueba de los elementos objetivos del delito. Creo que los siguientes ejemplos ponen de manifiesto esta actitud:

“Las dificultades acabadas de exponer hacen que cualquier afirmación sobre la existencia y características de los estados mentales de un sujeto resulte ser, en el mejor de los casos (esto es, en una situación experimental [y, por añadidura, en el proceso. DGL]), un mero caso de razonamiento abductivo o hipotético. Es decir, constituye únicamente la formulación de una hipótesis explicativa de un hecho –una conducta– que resulta compatible con las leyes explicativas aceptadas en Psicología. Pero, a falta de comprobaciones ulteriores, no garantiza la verdad de dicha hipótesis en el caso concreto”⁶⁷

“De hecho, es perfectamente posible que, a la luz de los mismos indicios objetivos que el tribunal consideró relevantes en este caso para negar la existencia de dolo de homicidio, se pudiese demostrar que, pese a todo, sí que existía tal dolo”⁶⁸.

⁶⁶ Kelsen, *Hauptprobleme*, pág. 156. Tomo la cita de Ramón Ragués [1999], pág. 296.

⁶⁷ Paredes Castañón [2001], pág. 86.

⁶⁸ Paredes Castañón [2001], pág. 91.

“Las reglas que sólo afirman bajo qué condiciones es probable un determinado conocimiento no cumplen con las condiciones de legitimidad exigidas por la concepción psicológica del dolo [esto es, la concepción que identifica el dolo con un estado mental. DGL], pues no permiten descartar que el caso que se enjuicia puede ser uno de los supuestos en que no existe de modo efectivo la realidad cuya existencia sólo se considera probable”⁶⁹.

Sobre estas afirmaciones puede decirse lo siguiente: respecto a la primera, que toda inferencia probatoria –sea de hechos psicológicos o no– puede verse como una abducción o razonamiento hipotético (o como una inducción de algún tipo, o como una deducción a partir de una premisa mayor obtenida por inducción; en todo caso, siempre como un razonamiento que no garantiza la verdad material de la conclusión); respecto al segundo, que nunca podemos descartar totalmente la posibilidad de error judicial, tampoco para la prueba de los hechos externos; y respecto al tercero, que rara vez disponemos de máximas de experiencia que no sean probabilísticas. Entonces, ¿por qué hay que exigir más a la prueba del dolo que a la prueba de la autoría, por ejemplo, o de la relación causal? Por supuesto, en ambos casos hay que exigir un alto grado de certeza, pero en ninguno de los casos una certeza absoluta (ni siquiera tomando como paradigma de certeza absoluta la certeza científica). Si exigimos una certeza científica para los elementos objetivos del delito, nunca podremos probar nada. Y lo mismo ocurre con los elementos subjetivos. No hay que exigir menos para ellos, pero tampoco más.

VI. La negación de la intención (III): El argumento ideológico

1. La última posibilidad de negar que las atribuciones de intención sean descriptivas que voy a examinar es de tipo ideológico. En rigor, lo que esta tesis sostiene es que estas atribuciones *no deben* o *no tienen por qué* ser descriptivas, no que *no puedan* serlo (si afirmaran esto último, se podrían reconducir a las de tipo ontológico o epistemológico).

Esta posición se vincula con tesis más generales acerca de la finalidad de la prueba. Algunas veces se niega que la prueba sea un instrumento de conocimiento de la verdad (o de la verdad como correspondencia con la realidad) y se la presenta como un instrumento de persuasión o convencimiento del juez (o para llegar a algún otro tipo de “verdad”). Estas tesis van unidas a una concepción del proceso como medio de resolución de conflictos, en donde no importa tanto la justicia de la decisión como alcanzar una solución⁷⁰. El argumento, en definitiva, es que la verdad como correspondencia no importa

⁶⁹ Ramón Ragués [1999], pág. 249.

⁷⁰ Taruffo [2003], pág. 32.

en el proceso y, por tanto, tampoco importa respecto de los hechos internos. Este argumento general puede ser refutado, como hace Taruffo, mostrando, por un lado, que la concepción persuasiva de la prueba es sólo una visión parcial del funcionamiento y los objetivos del proceso y señalando, por otro lado, la vinculación entre la justificación de la decisión judicial y la comprobación de que efectivamente se han producido los hechos que se describen en el supuesto de hecho de la norma (lo que requiere una teoría de la verdad como correspondencia en el ámbito de la prueba jurídica)⁷¹.

2. Desde el ámbito del Derecho penal existen algunos planteamientos que pueden conducir a posturas cercanas a éstas, aplicadas al caso específico del dolo. El punto de partida consiste en plantearse cuál es el fundamento de que las conductas dolosas merezcan una sanción mayor que las conductas imprudentes. Una posible respuesta es la aportada por Günther Jakobs, para quien la finalidad de la pena es lo que este autor llama prevención general positiva: “De acuerdo con la prevención general positiva la pena –a diferencia de lo que sucede con la prevención general negativa– no se dirige a la generalidad como si se tratase de un arsenal de futuros delincuentes potenciales a los que hay que intimidar. La pena se dirige al ciudadano fiel al Derecho (...) El contenido de la norma no lo conforma el que el autor no vuelva a delinquir en el futuro, ni mucho menos que nadie delinca, sino únicamente que es correcto confiar en la vigencia de la norma”⁷². En palabras de García Amado, quien expresa con suma claridad la idea de Jakobs:

“El delincuente expresa con su conducta que se guía por patrones diversos de los comunes, con lo que su modo de actuar no puede ser generalmente previsible y defrauda expectativas; el delincuente se comunica con sus semejantes en un registro diverso al de éstos, ‘va por libre’. Y la pena expresa que los sujetos pueden seguir confiando en el registro establecido y común y que cuando una de sus expectativas de comportamiento ajeno se frustra no es porque estén en un error o porque las reglas comunes no sean tales, sino porque alguien se sitúa al margen de ellas deliberadamente. Pero hay que insistir nuevamente: no se trata de que con la pena se le reproche al delincuente su modo de ser o de actuar, la pena no pretende ni penetrar en su constitución individual ni cambiarla. El acto de comunicación que la pena supone no tiene como destinatario prevalente al delincuente, sino al conjunto de los ciudadanos que tienen ciertas expectativas, que la norma expresa, mostrándoles que están en lo cierto y que el defecto está en el actuar del otro”⁷³

A la luz de este tipo de concepciones de la pena se puede sostener que los delitos dolosos merecen una pena mayor porque en ellos es más evidente

⁷¹ Taruffo [2003], págs. 39 y ss

⁷² Günther Jakobs [1997], pág. 128.

⁷³ García Amado [2000], pág. 245.

la decisión de infringir la norma (mientras que en los imprudentes esta decisión no es tan clara, sino que lo que hay es una evaluación errónea de la situación). Ahora bien, el hecho de que lo que importe no sea el reproche al individuo, sino fundamentalmente el “mensaje social” que transmite la pena, puede llevar a pensar que no importa si realmente el sujeto actuó dolosamente o no, sino que lo relevante es si el resto de la sociedad va a considerar que actuó dolosamente o no. Puesto que la pena es una manera de asegurar a la sociedad que la norma violada sigue vigente, no puede permitirse el caso de que la sociedad considere que una norma ha sido violada intencionalmente y no se siga la pena pertinente, con independencia de que hubiera intención real o no de violar la norma. Una sentencia en la que se declare que no se actuó intencionalmente no será comprendida si desde el punto de vista social todo apunta a que se había actuado intencionalmente. En palabras de Lorenzo Copello (refiriéndose específicamente a Puppe, pero con referencias también a Jakobs): “Lo importante, por consiguiente, de cara a determinar si se produce una contradicción con la norma jurídico penal, no son las actitudes internas del sujeto, sino lo que exprese la conducta desde la perspectiva de la comunicación entre seres inteligentes”⁷⁴.

Sin embargo, este tipo de argumentos es susceptible de dos objeciones importantes. Primera: dependen de que no se le dé ningún valor al reproche como justificación de la pena, porque si éste tuviera algún valor, estaríamos asumiendo implícitamente que la intención que nos interesa es la real (como estado mental que causó la acción del sujeto). Y aunque puede quizá aceptarse que la *explicación* de la pena es la afirmación de la vigencia de la norma, la prevención general, positiva o negativa, o algún tipo de finalidad de este estilo, es difícil negar que la *justificación* de la misma se enraiza en las ideas de libre albedrío y reproche, que constituyen un presupuesto del sistema penal, y así se percibe incluso por la conciencia social a la que estas teorías aluden. Segunda: al reducir el concepto mental de intención a los criterios objetivos de atribución de intención, estos argumentos parecen confundir –como trataré de mostrar en el siguiente apartado– dos cuestiones distintas: (1) ¿en qué consiste “tener una intención”? y (2) ¿cómo sabemos

⁷⁴ Lorenzo Copello [1999], pág. 225. Este es el paso que parece dar también Ramón Ragués (aunque no sólo por razones ideológicas; también usando el argumento epistemológico), cuando afirma que “el recurso al sentido social implica que la consideración de una conducta como dolosa ya no depende de determinados datos psíquicos cuya aprehensión resulta imposible, tanto para el juez como para los ciudadanos, sino de que dicha conducta, de acuerdo con sus características externas y perceptibles, se valore socialmente como negación consciente de una concreta norma penal”. Ramón Ragués [1999], pág. 324. Un argumento similar es que la sentencia debe ser entendida, por lo que lo importante es adecuar sus resultados a la conciencia social. Esto nos lleva a que hay dolo cuando lo hay de acuerdo con la convicción social, y no cuando lo tiene realmente el sujeto.

qué intención tiene un agente? Esto es, confunden el significado de “intención” con los criterios de averiguación de la intención. Por eso estos autores pueden afirmar que “Existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal”⁷⁵.

VII. ¿En qué consiste en realidad ser adscriptivista?

1. Quienes, desde el ámbito del Derecho, niegan de una u otra manera la existencia de la intención, la posibilidad de conocerla o la conveniencia de descubrirla suelen argumentar a favor de imputarla. Podemos llamar a estos autores adscriptivistas (en sentido fuerte), y a los que consideran que la prueba de la intención es una cuestión de atribuciones teóricas (descriptivas), los podemos llamar “descriptivistas”. Otras veces las etiquetas son distintas (or ejemplo: concepciones normativas frente a concepciones psicológicas del dolo), pero el problema es el mismo.

Los criterios de imputación que suelen proponer los adscriptivistas suelen ser presunciones procesales o reglas de experiencia de aceptación generalizada en la sociedad. ¿Podrían ser criterios arbitrarios?

Supongamos que decidimos que si la acción se realizó en días pares, consideraremos que la intención era la de producir el daño mayor (en el ejemplo con el que comenzábamos, *animus necandi*), y si se realizó en días impares, la intención de producir el daño menor (en nuestro ejemplo, *animus laedendi*); pero eso sólo entre semana: si se realizó en fin de semana, decidimos que el delito no fue intencional. De esta forma, satisfacemos un fin importante: logramos un criterio objetivo (y sin apenas margen de error) para determinar si se dieron o no los elementos subjetivos que el tipo penal exige. Además, podríamos afirmar –como hacen algunos adscriptivistas– que la intención consiste en la situación en la que un agente se encuentra cuando de acuerdo con las reglas de atribución se le va a atribuir una determinada intención. ¿Es esta una posición aceptable? Es bastante obvio que pocos adscriptivistas aceptarían criterios arbitrarios. Pero, ¿por

⁷⁵ Ramón Ragués [1999], pág. 521. 3. En otras ocasiones, el argumento ideológico contra la prueba de la intención consiste en reducir el concepto de dolo a las actitudes epistémicas del sujeto que actúa (por ejemplo, Lorenzo Copello [1999], cap. IV; Ramón Ragués [1999]). La cuestión es si para determinar si un agente tenía la intención de hacer *X* basta con mostrar que hizo *Y* siendo consciente de que con ello daría lugar a *X* (por supuesto, aquí cabe graduar la creencia, según que se pensara que el resultado se produciría necesariamente o con un grado mayor o menor de probabilidad). Se despoja, por tanto, al dolo de los aspectos volitivos, pero el problema de la posibilidad o conveniencia de conocer los hechos psicológicos permanece exactamente igual, aunque referido a las creencias en lugar de a los aspectos volitivos.

qué? No porque de esta manera no se logre satisfacer ningún fin importante (que sí se logra). Parece absurdo porque con criterios arbitrarios no estamos atribuyendo intenciones ni nada que se le parezca. La mayoría de los adscriptivistas dirían que los criterios de atribución deben ser razonables, y esto sólo puede ser entendido en el sentido de que deben reducir el margen de error. Incluso el criterio del sentido social de la intención es un medio de reducir el margen de error.

Lo que quiero sugerir aquí es que la contraposición entre adscriptivistas y descriptivistas, o entre teorías normativas y teorías psicológicas del dolo o la intención, es en una buena mayoría de casos una distinción falsa, que sólo apunta a diferencias de énfasis. Un test para “descubrir” al adscriptivista convencido puede consistir en preguntarle si piensa que las reglas de atribución son o no derrotables por consideraciones relacionadas con su correspondencia con los estados mentales. Si opina que no, entonces es realmente adscriptivista, pero en caso contrario sus atribuciones son esencialmente teóricas. Aunque pudiéramos conocer infaliblemente las intenciones reales, como estados mentales, con alguna máquina de ciencia ficción, el adscriptivista todavía tendría que defender que la intención que se imputa en el proceso no tiene por qué coincidir con los informes de la máquina. Esta postura sólo podría sostenerse por razones ideológicas, pero me parece muy difícil de legitimar, y mucho menos extendida de lo que pueda parecer leyendo las discusiones sobre el tema.

Lo que en realidad buscan la mayoría de los que se consideran adscriptivistas no es imputar la intención con total desconsideración de la realidad, sino legitimar de alguna manera el margen de error que siempre existe cuando atribuimos intenciones. Pretenden afirmar que incluso habiendo posibilidad de error es legítimo atribuir una intención. Pero lo mismo puede decirse de cualquier otro tipo de hecho que sea necesario probar. La prueba no es nunca un instrumento que permita una certeza absoluta; sin embargo, está justificado usarla. Pero está justificado precisamente en la medida en que se oriente a la verdad de los hechos. Lo contrario es sustituir la verdad material por la verdad formal como objetivo del proceso, sea a propósito de hechos externos, de la causalidad o de los hechos psicológicos.

Por supuesto, eso no excluye que probar la intención sea una atribución con fines prácticos; que la hagamos usando reglas generales (pero no arbitrarias, sino con fundamento inductivo); que en casos difíciles, donde las reglas no dan una solución clara, debamos decidir entre varias alternativas (pero asignando un peso a las pruebas y a las reglas, no en función de intereses distintos de la búsqueda de la verdad); que podamos equivocarnos y que sea revocable (precisamente por ello). Pero estas cosas no le quitan carácter teórico a la atribución. La prueba de los hechos psicológicos es más

difícil, pero no es esencialmente distinta de otras pruebas indirectas sobre hechos externos⁷⁶.

2. Creo que las razones anteriores son suficientes para aceptar que la atribución, tanto en los casos de prueba de la intención como en los supuestos de explicación intencional de una acción, es una atribución teórica. Esto nos permite tratar la prueba de la intención como un razonamiento similar a la explicación intencional de la acción. Tanto en uno como en otro caso, lo que ha de hacerse es encontrar la intención que el agente realmente tenía al actuar. Me parece que para ello es también fundamental recurrir a un Principio de Racionalidad. Los modelos de explicación intencional que hemos analizado en el apartado II recurrían a la presunción de racionalidad (de acuerdo con la cual siempre actuamos conforme a nuestras decisiones fruto de nuestra evaluación de la situación) para justificar el paso de las intenciones a la acción efectivamente realizada. La atribución de intención sería una fase previa a la descrita en estos modelos. Lo que quiero sugerir es que también en esta fase previa necesitamos un principio de racionalidad.

VIII. Intención y racionalidad

1. Podemos distinguir dos tipos de acciones: las acciones *expresivas* y las *dirigidas a fines*. Las primeras son expresiones de alguna emoción o algún estado de ánimo, que las causa. Por ejemplo, es posible que si estoy sentado esperando nervioso algún acontecimiento importante en mi vida, de repente me levante y me ponga a pasear y silbar por la habitación, sin haberlo decidido. O si en medio de una discusión acabo enfadándome es posible que empiece a manotear. Se trata de acciones que expresan algún estado de ánimo, pero sin que yo me haya propuesto expresarlo. ¿Son acciones intencionales? Yo podría hacerlas intencionalmente, y podría aprender a evitarlas; es decir, en mayor o menor medida, puedo controlarlas. Si me doy cuenta de que me voy a levantar y ponerme a silbar, puedo evitarlo. Además, mientras las estoy haciendo, o cuando alguien me pregunta qué estoy haciendo, soy consciente de ellas (en el sentido de que tengo una certeza no basada en la observación de mi conducta externa de lo que estoy haciendo). Sin embargo, no puedo dar una razón (finalista, no meramente causal) de por qué las estoy haciendo. Todo esto nos autoriza a decir que son intencionales, pero en un sentido mínimo o débil. A veces expresamos lo mismo diciendo que son voluntarias, para distinguirlas de los meros actos reflejos, que no podemos controlar (podemos quizá reproducirlos, pero no evitarlos).

Las acciones dirigidas a fines son intencionales en un sentido más fuerte. Se dirigen a algo; en ellas intervienen deseos y creencias acerca de cómo

⁷⁶ Perfecto Andrés Ibáñez [1992], pág. 269.

satisfacerlos. En algunos casos, el carácter intencional de estas acciones es más evidente, porque son el resultado de una decisión razonada: Deliberamos acerca de qué fines perseguir (aunque fuera cierto que los fines últimos vienen impuestos por las pasiones, como pensaba Hume, podemos decidir no entregarnos a alguna pasión o no perseguir fines incompatibles, o priorizarlos⁷⁷) y cuáles son los medios adecuados para alcanzarlos. Otras veces realizamos una conducta dirigida a un fin sin que hayamos deliberado previamente y sin haber decidido, *en ese momento*, hacerla; aun así, también estas acciones son intencionales: queremos el fin y queremos la acción como un medio para conseguirlo. Cuando salgo de mi casa por las mañanas y conduzco hasta la universidad, realizo muchas acciones de este tipo (darle la vuelta a la llave de casa, andar, arrancar el coche, insertar la primera, poner el intermitente, mirar por el retrovisor, etc., etc., etc.). Aunque no sean el resultado de una decisión en cada momento previo a su realización, son el producto de un proceso de aprendizaje o de surgimiento de un hábito, y si retrocedemos en el tiempo a lo largo de ese proceso, acabamos encontrando en su origen un esfuerzo para realizarlas y, probablemente, una decisión.

¿Puede haber acciones intencionales en un sentido fuerte que no se dirijan a ningún fin? Mosterín habla de acciones que tienen ellas mismas un sentido final o de fin: no las realizo para obtener un fin distinto, sino que ellas mismas son el fin que persigo⁷⁸. Por ejemplo, cantar por cantar o leer un libro por placer. Sin embargo, podemos decir (aunque resulte un poco artificioso) que también estas acciones persiguen un fin: satisfacer mi deseo. Deseo (porque me apetece) cantar y sé que la mejor manera de satisfacer mi deseo es ponerme a cantar. Las trataré, por tanto, como acciones dirigidas a fines (no obstante, es importante retener que no siempre que hacemos algo intencionalmente perseguimos un fin distinto a la mera realización de la acción intencional)⁷⁹.

Podemos dejar de lado en nuestra discusión las acciones que he llamado expresivas. A efectos de una teoría de la prueba, lo que hay que reconocer en ellas es que son intencionales, aunque en sentido mínimo, por lo que pueden generar responsabilidad si dan lugar a consecuencias lesivas para algún interés, pero esas consecuencias no serán ellas mismas intencionales. Cuando una acción es de este tipo, su intencionalidad no se transmite a las

⁷⁷ Sobre en qué sentido se puede hablar de racionalidad de fines véase Rescher [1993], pág. 112 y von Wright [1986].

⁷⁸ Mosterín [1987], pág. 193.

⁷⁹ Por otra parte, cuando estas acciones tienen consecuencias lesivas o perjudiciales para terceros —cuando alguien roba por robar o mata por matar— tendemos a considerarlas patológicas en algún sentido y, por tanto, no intencionales o con una intencionalidad viciada.

consecuencias. ¿Cómo podemos distinguir entre las acciones expresivas que son efectivamente intencionales y los actos reflejos? Simplemente tratando de averiguar sus causas y, en función de ellas, si el agente pudo evitar actuar o no.

Me centraré, por tanto, en las acciones que realizamos con una intención u objetivo.

2. Entre la noción fuerte de intención y el concepto de racionalidad existe una estrecha conexión. Que existe esta conexión es algo obvio, pero cuál es su alcance puede ser algo más difícil de establecer.

Actuar con una intención es actuar persiguiendo un fin. Podemos decir que procurar ese fin es la razón de nuestra acción⁸⁰. Por tanto, podemos asumir la siguiente definición: *X* hace *A* con la intención de dar lugar a *F* si cree que *A* es un medio para dar lugar a *F* y hace *A* por esa razón. Actuar intencionalmente también se puede definir como actuar por una razón (instrumental).

Por otra parte, actuar racionalmente es algo que también podemos definir en términos de razones. Así, de acuerdo con Rescher, “actuar racionalmente” puede definirse con la siguiente fórmula⁸¹:

X hace *A* racionalmente =

1. *X* hace *A*.
2. *X* tiene *arrolladoramente* buenas razones para hacer *A*
3. *X* hace *A* apoyándose en esas razones.

Arrolladoramente quiere decir que las razones para hacer esa acción son mejores que las razones para hacer otra distinta o ninguna en absoluto. Actuar racionalmente, por tanto, implica actuar por una razón, esto es, intencionalmente. Toda acción racional es intencional. Lamentablemente, en este sentido de racionalidad, no puede decirse lo contrario: No siempre que actuamos intencionalmente tenemos mejores razones para haber hecho esa acción que otra o ninguna.

3. La racionalidad a la que hace referencia la definición anterior es una racionalidad fuerte y objetiva. Sólo actuamos racionalmente si actuamos por razones objetivamente buenas. Pero podemos distinguir tres supuestos:

a) Que las razones por las que *X* efectivamente actuó fueran objetivamente buenas razones.

b) Que las razones por las que *X* efectivamente actuó fueran, *para él* (en su opinión), buenas razones.

⁸⁰ La noción de razón para la acción es enormemente complicada y no puedo entrar aquí a analizarla. Usaré la expresión en un sentido muy amplio y casi de “lenguaje común”. Pueden encontrarse análisis en profundidad de esta noción en Juan Carlos Bayón [1991] y Cristina Redondo [1996].

⁸¹ Rescher [1993], pág. 25.

c) Que las razones por las que X efectivamente actuó fueran las que, en el momento de actuar, le parecieran buenas razones.

A partir de aquí podemos introducir las siguientes definiciones:

a) *Racionalidad perfecta*: Un agente actúa de manera perfectamente racional cuando lo hace movido por razones objetivamente buenas. En el momento de actuar, lo que consideró buenas razones lo eran objetivamente (esto es, para cualquier ser racional). Estas razones objetivamente buenas no sólo explican mi acción (si efectivamente se actuó *por* ellas, y no sólo *conforme* a ellas), sino que además la *justifican*⁸².

b) *Racionalidad imperfecta*: Un agente actúa de manera imperfectamente racional cuando lo hace movido por las razones que a él le parecen buenas, si éstas no coinciden con las objetivamente buenas. Se trata de razones que le parecerían buenas a cualquier persona *como él*, pero no a toda persona racional. Por ejemplo, si deseo ir a Barcelona en tren en lugar de tomar el avión porque soy supersticioso y tengo que viajar en martes 13, mis razones serán buenas para mí (y los supersticiosos), pero no son objetivamente buenas. Sin embargo, dado que hay una coherencia entre mis creencias generales y mis acciones, podemos hablar de algún grado de racionalidad. Estas razones no justifican objetivamente mi acción (aunque la justifiquen *para mí*), pero sí la explican.

b) *Racionalidad mínima*: un agente actúa de manera mínimamente racional cuando lo que creyó en el momento de actuar que eran buenas razones no lo eran objetivamente, y además tampoco coincidían con lo que en condiciones normales él mismo hubiera considerado buenas razones. Se trata de supuestos de error *en la ocasión concreta en que se actuó* por falta de deliberación, urgencia de actuar, defectuosa interpretación de las circunstancias, uso de información no fiable, desprecio de información relevante, exceso de emotividad, etc. Pero incluso en estos casos hubo cierta coherencia entre mis creencias efectivas en el momento de actuar y mi acción: ésta se ajustó a razones, aunque fueran equivocadas. También estas razones explican mi acción, aunque no la justifiquen.

Creo que el siguiente pasaje de John Watkins, aunque largo, puede contribuir a aclarar qué entiendo por *racionalidad mínima* (que él llama *racionalidad imperfecta*):

“Al conjunto de todas aquellas consideraciones que, se formulen o no conscientemente, entran en un caso particular de toma de decisión lo llamo ‘esquema

⁸² Construir un modelo de explicación intencional de la conducta a partir de un Principio de Racionalidad Perfecta reduce las acciones explicables a las acciones racionalmente justificadas, lo que deja fuera, quizá, a la mayoría de acciones intencionales (pues no toda acción intencional es objetivamente racional). Para una crítica a las concepciones que adoptan este principio fuerte, véase Amparo Gómez Rodríguez [1997].

de decisión'. Según la teoría normativa de la decisión, un esquema de decisión debe consistir en una especificación completa de valores de retribución a los resultados posibles, un mapa de preferencias completo o una asignación completa de valores de retribución a los resultados, y (en los casos en que resulta adecuado) un sistema para hacer frente a los diversos riesgos e incertidumbres.

Si se le juzga por esto, un esquema de decisión real es usualmente algo verdaderamente muy imperfecto. Un esquema de decisión ideal se describe como algo que la mente del agente tiene presente en su totalidad, un todo completo en el que los varios componentes juegan simultáneamente su papel oportuno. Un esquema de decisión real se construye generalmente parte a parte, de manera que la llegada de una parte aislada de información situacional puede tener una influencia totalmente desproporcionada. E incluso cuando estén incluidos todos los datos, la significación práctica de las diferentes partes del mismo puede crecer o disminuir a medida que el que ha de tomar la decisión atiende ora a un factor, ora al otro.

No solamente es un esquema de decisión real más o menos vago y fragmentario cuando se le compara con el ideal, sino que el agente lo *reducirá y simplificará aún más* a medida que se acerca una decisión. En lugar de la enumeración completa de las posibilidades que exige la teoría normativa, nos fijamos en unas cuantas características y elegimos algunas posibilidades interesantes de la situación-problema dada”⁸³

Ya hemos visto que no puede decirse que todas las acciones intencionales sean perfectamente racionales. Tampoco podemos decir que siempre sean imperfectamente racionales (puede haber errores). ¿Podemos decir al menos que son mínimamente racionales? Para llegar a esto todavía tenemos que hacer una restricción más.

4. Como sabemos, la racionalidad puede ser de fines o instrumental. Creo que debemos admitir que no siempre actuamos persiguiendo lo que creemos, en un momento concreto, que son los mejores fines, los más adecuados o los que más nos convienen. A veces –muchas veces– actuamos siendo conscientes de que nuestros fines no son los que debemos perseguir. “Demasiado a menudo –dice Rescher– los *deseos* y *apetitos* nos guían en lo que hacemos, y éstos pueden ser o no buenos consejeros con respecto a la racionalidad (...) Los individuos automáticamente tienen un motivo cuando se presenta un deseo, pero sólo tienen buenas razones cuando evidentemente hacen algo de acuerdo con su mejor interés”⁸⁴. De manera que, aceptado esto y dejando de lado por tanto la racionalidad de fines, lo que nos queda de la pregunta anterior es lo siguiente: ¿siempre que actuamos intencionalmente soy al menos mínimamente racional desde el punto de vista instrumental,

⁸³ John Watkins [1982], pág. 127.

⁸⁴ Rescher [1993], pág. 19.

esto es, me muevo para satisfacer un deseo y elijo los medios que me parecen más adecuados en ese momento para satisfacerlo?

Creo que la respuesta es necesariamente afirmativa. Es una cuestión conceptual que cuando actúo con la intención de dar lugar al fin F realizo la acción que en ese momento me parece más adecuada (teniendo en cuenta mis posibilidades, mis preferencias, mis meros “gustos” y mi evaluación de la situación) para lograr F . En *eso* consiste actuar intencionalmente. Obsérvese que no se trata de elegir una acción adecuada cualquiera, sino la que considero la más adecuada. Si elijo una acción que puede contribuir al resultado, pero no es la más adecuada, y no puedo aducir ninguna razón o preferencia para haberla escogido (en un sentido muy amplio, que puede incluir el mero hábito), ningún observador dirá que tuve la intención de producir F con mi acción (salvo que se convenza de que hay alguna razón oculta para mi preferencia); y yo mismo no podré decirlo seriamente. De manera que la racionalidad que encontramos en todas las acciones intencionales es una racionalidad instrumental mínima, lo que implica que cuando hacemos una acción intencional consideramos que tenemos una buena razón (instrumental) para hacerla. Llamaré a esta conexión entre acción intencional y racionalidad Principio de Racionalidad Mínima (PRM)⁸⁵.

IX. Apuntes para un modelo de prueba de la intención

1. En el esquema de decisión que precede a muchas de nuestras acciones intencionales juega un papel importante el medio social en el que la acción va a realizarse. Lograr nuestros objetivos requiere en muchas ocasiones contar con la existencia de otros sujetos (entonces podemos hablar de nuestra acción como acción social⁸⁶). Nuestra evaluación de la situación debe tener en cuenta no sólo la existencia de tales sujetos, sino también su calidad de agentes que se mueven persiguiendo sus propios objetivos. Las acciones de los demás son importantes para nosotros si queremos coordinarnos con ellos, colaborar, competir o simplemente evitar sus interferencias. Para todo ello necesitamos atribuir intenciones a los demás, y es algo que hacemos cotidianamente.

Un gran número de estas atribuciones son exitosas, en el sentido de que logramos ajustar nuestra conducta a la de los demás y conseguir de esa

⁸⁵ Amparo Gómez Rodríguez define lo que llama el Principio de Racionalidad Mínima como no actuar inconsistentemente. Gómez Rodríguez [1992], pág. 129. En un sentido semejante, Salvador Giner escribe que “la acción humana es racional. Lo es en el sentido, y sólo en el sentido, de que persigue fines deseados por los sujetos según sus intenciones, recursos y creencias. Para ello los sujetos eligen, en todo tiempo y lugar, la senda disponible que juzgan más adecuada a ellos y a los recursos a su alcance”. Salvador Giner [1997], pág. 112.

⁸⁶ Salvador Giner [1997], pág. 40.

manera nuestros objetivos⁸⁷. Si falláramos demasiado a menudo la vida en sociedad sería imposible y las más de las veces no alcanzaríamos nuestros objetivos (no sólo los objetivos colectivos, sino tampoco la mayoría de los individuales). Esta fiabilidad “en general” permite tener cierta confianza en nuestros criterios y procedimientos de atribución de intenciones y en nuestra manera de entender los conceptos involucrados (como el de intención), justificándolos desde un punto de vista práctico⁸⁸. Además, este tipo de justificación se basa en la experiencia y es de carácter inductivo: si en el pasado los criterios que uso para atribuir intenciones me han resultado generalmente provechosos no tengo razones para pensar que no vayan a seguir siéndolo en el futuro (aunque en casos concretos puedan conducirme a errores). Los criterios y el procedimiento de atribución no tienen por tanto un origen normativo en el mismo sentido en que lo pueden tener los criterios de atribución de responsabilidad moral o jurídica, por ejemplo (lo que, de nuevo, diferencia a las atribuciones de intención de las imputaciones en sentido estricto).

Ahora bien, como ocurre con muchas otras capacidades, podemos atribuir intenciones con cierta fiabilidad, pero es más fácil hacerlo que decir cómo lo hacemos. Normalmente *captamos* el sentido de una acción (por qué la realizó el agente) sin esfuerzo, como entendemos el significado de una preferencia⁸⁹. Si sólo nos interesaran las atribuciones de intenciones como punto de partida para la explicación de la acción, quizá podríamos detenernos aquí. Pero si lo que queremos son guías útiles para la prueba de la intención (y para la motivación de la valoración de la prueba), no continuar equivaldría a dejar la cuestión en manos del convencimiento subjetivo del juez. El juez tiene, como todos, la aptitud de atribuir intenciones (aunque debe hacerlo con la dificultad añadida de no haber presenciado directamente la acción), pero debe además justificar la atribución. Por ello hay que exa-

⁸⁷ De acuerdo con la hipótesis del *animal maquiavélico*, desde un punto de vista evolutivo la necesidad de reconocer los estados mentales de otros para adaptar la conducta propia y manipular la ajena en función de ellos fue fundamental para el desarrollo de la inteligencia y la racionalidad humana. Fernando Broncano [1995], pág. 320 y 321.

⁸⁸ El criterio *fiabilista* o pragmático ha sido usado como criterio para justificar el conocimiento científico y la racionalidad epistemológica. Véase, por ejemplo, Rescher [1993], págs. 55 y ss. Para una aplicación del criterio al campo de la racionalidad práctica y evaluativa puede verse Fernando Broncano, [1995], págs. 326 y ss.

⁸⁹ “Cabría decir que la conducta intencional se parece al uso del lenguaje. Es un gesto por el que doy a entender algo. De la misma manera que el uso y la comprensión del lenguaje presupone una comunidad lingüística, la comprensión de la acción presupone una comunidad de instituciones, prácticas y aparato técnico, en la que uno llega a introducirse mediante aprendizaje y entrenamiento”. Von Wright [1987], pág. 139.

minar nuestros procesos de atribución y explicitar los criterios en la medida de lo posible.

2. La inferencia práctica y los modelos de Hempel y Popper que hemos visto en el apartado II parten de las intenciones y creencias del agente y concluyen la acción a partir de ellas. El razonamiento con el que tratamos de probar la intención de un agente, por el contrario, parte de la descripción de su conducta externa –conducta a la que presume intencional⁹⁰– y trata de inferir la intención a partir de ella y las creencias del mismo:

- (1) *A* creía que *p* es el medio más adecuado para dar lugar a *F*.
- (2) *A* hizo *p*

- (3) *A* tenía la intención de dar lugar a *F* al hacer *p*.

Retomando el ejemplo con el que comenzábamos:

- (1) Alfredo sabía que disparar un arma en tales y cuales circunstancias era una manera adecuada de matar a Herminio.
- (2) Alfredo disparó en esas circunstancias

- (3) Alfredo disparó con el fin de matar a Herminio (esto es, tenía la intención de matar a Herminio).

Aparentemente, este argumento es una inferencia práctica “del revés”. Pero en realidad no es así. La inferencia práctica y los modelos de otros autores tienen como conclusión una acción ya interpretada intencionalmente, mientras que el punto de partida de la inferencia que trata de atribuir una intención es una acción que todavía no ha sido interpretada (se le presume intencional, pero todavía no se le ha asignado ningún contenido a esa intención). En otras palabras: la inferencia que atribuye una intención toma como premisa sólo el aspecto externo de la acción. Determinar con qué intención se realizó consiste en interpretar intencionalmente la secuencia de movimientos corporales observada, esto es, en pasar de lo que en otro lugar he llamado “acto-básico” a una acción interpretada a la luz de las intenciones del agente⁹¹.

⁹⁰ El punto de partida de nuestro proceso de atribución de intenciones es la presunción de que la acción que observamos es intencional. Ante las acciones de otros agentes adoptamos *prima facie* lo que Denett llamaba la *actitud* intencional. Sólo en caso de que no logremos encontrar ninguna explicación intencional satisfactoria de la acción (o que las excusas aducidas excluyan la posibilidad de esa explicación) la consideraremos una acción no intencional.

⁹¹ Cada vez que actuamos podemos distinguir (1) ciertos movimientos corporales (acto-básico), (2) lo que hacemos intencionalmente al realizar tales movimientos corporales (acto-resultado) y (3) las consecuencias socialmente relevantes de (2) (acto-consecuencia). A propósito

La atribución de una intención requiere, por tanto, una descripción detallada de los aspectos externos de la conducta y de sus circunstancias; una descripción todavía no interpretada. Una manera de expresar esto es afirmar que la conducta externa es “síntoma” de la intención. Nuestra experiencia nos permite correlacionar tipos de conducta externa y tipos de estados mentales y probablemente usamos estas máximas de experiencia en nuestras atribuciones cotidianas de intención, razonando por analogía.

Podemos también atribuir intenciones antes de que la acción sea realizada, pero entonces tenemos que basarnos en las “conductas preparatorias”. La atribución de intención es más difícil en este supuesto que cuando la acción ya ha tenido lugar⁹², porque no podemos examinar para qué fines era adecuada tal acción.

3. Lo que nos permite pasar de la descripción de la acción a la atribución de intención no es sólo nuestro conocimiento de las correlaciones frecuentes entre tipos de conducta externa y estados mentales. Si fuera así, sólo podríamos atribuir intenciones en los supuestos en los que efectivamente tenemos suficientes experiencias anteriores. El PRM cumple un papel fundamental en nuestras atribuciones de intenciones y puede ser aplicado a supuestos en los que carecemos de experiencia, si al menos conocemos los medios causalmente adecuados para alcanzar fines naturales y los medios convencionalmente adecuados para alcanzar fines institucionales.

De acuerdo con este principio, cuando los agentes realizan intencionalmente una acción, consideran que tienen una *buena razón* desde un punto de vista *instrumental* para hacerla, esto es, consideran que esa acción es el mejor medio de dar lugar al fin que persiguen (o al menos el medio que prefieren). De manera que un examen de para qué fin es adecuada la acción realizada nos ofrece una hipótesis acerca de cuál era la intención del agente.

Volvamos al ejemplo del comienzo. ¿Cómo sabemos que Alfredo disparó con la intención de matar a Herminio, y no meramente de lesionarle? La respuesta es que los sujetos procuran realizar la acción que, a su juicio, tiende a asegurarles el resultado que pretenden y la acción de Alfredo fue instrumentalmente adecuada para matar a Herminio (como sabemos por el

de la conveniencia de distinguir estas tres dimensiones en el concepto de acción véase Daniel González Lagier [2001], págs. 109 y ss.

⁹² Quizá esto explique la asimetría que von Wright ha observado entre predecir una acción antes de que tenga lugar y explicarla. Véase von Wright [1983], pág. 59. Recoge también esta intuición Juan Carlos Bayón [1991], pág. 49. La explicación de la asimetría consistiría en que tanto para predecir la acción como para explicarla necesitamos atribuir al agente una intención, pero resulta más difícil atribuir la intención si la acción todavía no ha tenido lugar que si podemos examinar su adecuación instrumental a ciertos fines.

calibre de la escopeta usada, el lugar del cuerpo de Herminio hacia donde apuntó, la distancia, etc.).

El razonamiento completo sería el siguiente:

- (1) Los agentes realizan la acción que creen más adecuada para lograr el fin que persiguen (PRM).
- (2) Alfredo creía que la manera más adecuada de matar a Herminio consistía en disparar en las circunstancias C
- (3) Alfredo disparó en las circunstancias C
- (4) Alfredo disparó intencionalmente, esto es, con un fin ulterior (presunción de intencionalidad).

-
- (5) Alfredo disparó con el fin de matar a Herminio (esto es, tenía la intención de matar a Herminio).

4. El razonamiento anterior no es deductivo, sino, como suele ocurrir en los casos de prueba, inductivo o hipotético. La conclusión, por tanto, no es necesariamente verdadera, pero sí razonable a la luz de las premisas. Es lógicamente posible que Alfredo quisiera meramente lesionar a Herminio, aunque le apuntara al corazón. Pero es poco probable. Para aumentar nuestra confianza en este argumento debemos someterlo a ciertos requisitos:

a) Debemos comparar la conclusión del argumento con otras hipótesis alternativas que también puedan explicar la acción. Esto es, debemos comparar la hipótesis “Alfredo disparó con el fin de matar a Herminio” con otras posibles explicaciones de por qué disparó. Aquí los argumentos basados en la coherencia de la narración de los hechos son relevantes para seleccionar la hipótesis más sólida. Por ejemplo, no parece creíble que Alfredo disparara al corazón si sólo quería lesionar o asustar. Puede ser fundamental también examinar si el medio empleado era sólo adecuado para un fin o para varios (aunque lo fuera en menor medida), si era condición necesaria, suficiente o meramente contribuyente del fin, etc.

b) Debemos examinar si hay otras razones (además de la adecuación instrumental de la acción) que confirmen la hipótesis. Por ejemplo, el PRM no sólo nos dice que si el agente disparó lo hizo con algún fin, sino que también nos dice que si el fin era matar, el agente debía tener a su juicio alguna buena razón para matar. La conducta anterior y posterior del sujeto puede constituir indicios de esto. Por ejemplo, las discusiones anteriores entre Alfredo y Herminio pueden apuntar a que Alfredo tenía razones (motivos) para matar a Herminio.

5. También podemos servirnos en nuestras atribuciones de intenciones de cierta “lógica de la intención” derivada igualmente del PRM. Algunos de sus principios podrían ser los siguientes:

a) Si un agente tiene la intención de hacer A, y B es incompatible con A, no tiene la intención de hacer B (Principio de no contradicción de las intenciones).

b) Si el agente cree que la acción B se sigue necesariamente de la acción A, no puede tener la intención de A y no tener la intención de B (Principio de transmisión de la intención a las consecuencias necesarias o previsibles).

c) Si el agente tiene la intención de hacer B y cree que A es el único medio para dar lugar a B, tiene también la intención de hacer A (Principio de transmisión de la intención a los requisitos causales o convencionales).

6. En el razonamiento con el que atribuimos intenciones necesitamos hacer referencia a las creencias del agente. Esto puede hacer pensar que hemos pasado del problema de atribuir intenciones al problema, igualmente difícil, de atribuir creencias. Sin embargo, esto es inevitable, como hemos aprendido del conductismo. Dado el “holismo de lo mental”, es imposible definir un estado mental sin referencia a otro.

En todo caso, quizá pueda pensarse que es más fácil atribuir creencias que intenciones, en el sentido de que son más obvias las máximas de experiencia que usamos. Ramón Ragués sugiere (entre otras) las siguientes:

a) La consideración de una persona como imputable lleva a atribuir a un sujeto todos aquellos conocimientos cuya ausencia sólo se entiende posible en quien padece algún tipo de perturbación psíquica o sensorial, o en menores de edad.

b) El hecho de que una persona haya sido normalmente socializada hace que se le puedan atribuir todos aquellos conocimientos cuya ausencia sólo se concibe en sujetos que no han tenido contacto con la civilización de la que se trate.

c) La circunstancia de que en un sujeto concurren determinadas características personales o de que ocupe una determinada posición social lleva a imputarle los conocimientos cuya ausencia haría impensable que tuviera esas características o que ocupara tal situación.⁹³

No obstante, a propósito de la atribución de creencias y de la evaluación de la situación hecha por el agente es preciso tener en cuenta los llamados *errores del pensamiento cálido*⁹⁴, como los estudiados por Elster y otros autores (la debilidad de la voluntad, el autoengaño, los posibles efectos aberrantes de la interacción entre deseos y creencias, como cuando atribuimos una exagerada probabilidad a aquello que deseamos que ocurra o la disminución de la fuerza del deseo en función de la dificultad, etc.) y la propensión a cometer ciertos errores en la atribución de probabilidades en

⁹³ Ramón Ragués [1999], pág. 521 y ss.

⁹⁴ Fernando Broncano [1995], pág. 311.

contextos de incertidumbre o en ciertos tipos de razonamiento lógico. Es decir, el estudio de *las perversiones de la racionalidad*.

Se trata con ello de acercar la reconstrucción del razonamiento práctico que hizo el agente antes de actuar al que efectivamente realizó, y no al que hubiera realizado el “hombre medio” o el “hombre razonable”. Estos dos últimos puntos de vista pueden ser relevantes para juzgar el grado de reproche (señalando que pudo prever o debió prever ciertas consecuencias, por ejemplo), pero en una atribución teórica de intenciones sólo pueden tener una misión heurística y no deben actuar si tenemos razones para pensar que hubo un caso de evaluación equivocada de la situación.

7. Muchas de las acciones que han de examinar los jueces para determinar con qué intención se realizaron tienen lugar en contextos emocionales fuertes, es decir, en situaciones en las que la conducta pudo estar dominada por las emociones. ¿Excluye esto que la acción sea intencional? ¿Pueden las emociones ser causas de la acción de manera que ésta deje de estar dirigida a un fin?

De acuerdo con una sólida tradición que puede remontarse hasta Aristóteles –la teoría cognitivista o evaluativa de las emociones–, las emociones no pertenecen –como a primera vista suele afirmarse– el ámbito de la conducta irracional. Por el contrario, la evaluación de una situación por parte de un agente y la conducta resultante de esa evaluación es parte esencial del concepto de emoción. Por ejemplo, David Casacuberta ofrece la siguiente definición:

“Entendemos por emoción aquello que:

a) Normalmente es producido por una persona que evalúa un evento, conscientemente o inconscientemente, en tanto que resulta relevante para un objetivo o meta que es importante; la emoción se siente como positiva cuando un objetivo es alcanzable y negativa cuando ese objetivo es impedido.

b) El núcleo de una emoción es la facilidad para actuar y para modificar planes; una emoción da prioridad para una o unas pocas líneas de actuación a las que da sensación de urgencia, de forma que pueda interrumpir –o competir con– procesos mentales o acciones alternativas. Diferentes tipos de inmediatez generan diferentes tipos de planificación.

c) Normalmente una emoción se experimenta como un tipo característico de estado mental, a veces acompañada o seguida por cambios corporales, expresiones, acciones”⁹⁵.

⁹⁵ David Casacuberta [2000], pág. 128. Esta definición constituye el punto de partida de una serie de matizaciones del autor hasta llegar a una definición más precisa y correcta, pero para nuestros propósitos es suficiente.

Como muestra esta definición, la conducta causada por una emoción no es conducta ciega y sin dirección. La evaluación de una situación bajo cierto punto de vista nos lleva a actuar de una u otra manera para conseguir algo querido o evitar algo indeseado. Por ello, dentro de esta concepción las emociones no tienen por qué ser meras causas de las acciones, sino que pueden constituir razones para la acción. Cuando explicamos la deserción de un soldado porque sentía miedo, asumimos que el deseo de huir que acompaña al miedo explica la acción. Como señala William Lyons, muchas emociones están estrechamente vinculadas a un deseo de cierto tipo, y la conducta que suele ser causada por esas emociones puede ajustarse racionalmente a la satisfacción de ese deseo (un sujeto racional correrá ante una situación que le produce terror; correr es una respuesta racional ante esa emoción)⁹⁶.

Las emociones, por tanto, no excluyen el carácter intencional de la acción, sino que, al contrario, pueden verse como determinantes de las intenciones. ¿Por qué Alfredo quiso matar a Herminio? “Por ira”, sería una respuesta satisfactoria. Por tanto, un estudio de las emociones debe formar parte de una teoría de la acción y, también, de la acción intencional⁹⁷.

Por otro lado, las emociones tienen un papel importante en el análisis de lo que he llamado racionalidad mínima y John Watkins llamaba esquemas reales de decisión. Según Damasio, si nuestras decisiones tuvieran que adaptarse a la teoría de la decisión no podríamos tomar decisiones adecuadas debido al elevado número de cursos de acción alternativos que tendríamos que evaluar. Las emociones cumplen el papel de reducir drásticamente las alternativas que serán tenidas en cuenta, ajustando la evaluación a las peculiaridades de cada individuo⁹⁸. Por lo tanto, no desplazan la decisión (de manera que podemos seguir hablando de acción intencional, aunque se realice bajo el influjo de una emoción); aunque sí la determinan en gran medida, por lo que el problema de la responsabilidad por nuestras acciones se desplaza en estos casos a la cuestión de nuestra capacidad de controlar las emociones.

X. Conclusiones

1. El problema del conocimiento de las intenciones y otros estados mentales se plantea tanto en el Derecho como en la filosofía. En el Derecho la prueba de la intención (la prueba del dolo) resulta fundamental para estable-

⁹⁶ William Lyons [1993], págs. 124 y ss.

⁹⁷ Sobre la relación entre emociones, racionalidad, intencionalidad y acción puede verse Carlos Moya [2001-a], [2001-b] y Olbeth Hansberg [2001].

⁹⁸ A.R. Damasio, *El error de Descartes*. Tomo la cita de Carlos Moya, *Emociones, racionalidad y responsabilidad*, pág. 253.

cer la responsabilidad de los sujetos, por lo que constituye una parte central de una Teoría de la Prueba. En la filosofía se plantea cuando se distingue entre acciones y movimientos corporales y se afirma que las primeras, a diferencia de las segundas, requieren una explicación a la luz de razones que las trate como un fenómeno con significado.

2. Entre los juristas se puede apreciar una actitud escéptica acerca de la posibilidad de probar satisfactoriamente las intenciones de los agentes; esta actitud se manifiesta cuando se afirma que la prueba de la intención depende de juicios de valor (como ha sostenido el Tribunal Supremo) o consiste en una imputación, y no en una descripción (como afirma parte de la doctrina penal).

3. Los filósofos que han propuesto esquemas de explicación intencional de la acción se han limitado a lo que podríamos llamar la justificación interna del razonamiento, pero apenas han dado indicaciones útiles para su justificación externa. Ésta requiere la verdad de la premisa que establece la intención, por lo que subsiste la cuestión de cómo verificar esta premisa.

4. Los argumentos para negar que sea posible una descripción genuina de las intenciones de los agentes pueden ser de tres tipos: ontológicos, epistemológicos e ideológicos. Los primeros se basan en las tesis que, al rechazar el dualismo cartesiano, proponen la eliminación de toda referencia a lo mental o al menos la eliminación de algunas de sus propiedades más características, como la consciencia. La principal crítica que puede hacerse a estas tesis es que nos piden aceptar conclusiones muy contraintuitivas, cuando en realidad su fundamentación todavía es una cuestión abierta. Los argumentos epistemológicos señalan que la prueba de la intención es poco fiable o imposible. Hay distintas razones para afirmar esto (menor fiabilidad de la prueba indirecta, inexistencia de leyes que permitan relacionar la conducta externa con su correlato mental, etc.), pero todos los argumentos parecen suponer que puesto que no es posible demostrar sin margen de error qué intención tuvo un agente, debe desistirse de intentarlo. La principal crítica que puede hacerse a este grupo de argumentos es que si se generalizaran coherentemente llevarían también a desistir de casi todo intento de conocer cualquier cosa. El tercer grupo de argumentos aduce que los fines de la pena hacen innecesario o, incluso, inconveniente, tratar de descubrir las intenciones reales de los agentes. La principal crítica a estas posturas consiste en que no dan ninguna relevancia a la reprochabilidad de la conducta a la hora de justificar la imposición de sanciones.

5. Quienes niegan la posibilidad o la conveniencia de descubrir los estados mentales conciben a la prueba de la intención como un razonamiento adscriptivo o atributivo. Sin embargo, no es fácil saber qué quieren decir con esto. “Adscribir” o “atribuir” son expresiones ambiguas, que pueden

entenderse en un sentido teórico o en un sentido normativo fuerte. Una “atribución en sentido teórico” de una propiedad cualquiera a una entidad es correcta cuando se corresponde con la realidad (por tanto, puede ser verdadera o falsa). Una “atribución en sentido normativo fuerte” es correcta cuando es el resultado de aplicar correctamente ciertas reglas de atribución que no son derrotables por razones teóricas (porque, si lo fueran, las atribuciones normativas serían reducibles a atribuciones teóricas). Creo que, enfrentados a esta distinción, muchos (aunque ciertamente no todos) de los que se consideran adscriptivistas reconducirían su posición a un adscriptivismo débil o teórico, que admitiría que las reglas de atribución no pueden ser arbitrarias, sino que deben tener como horizonte la aproximación a la verdad. Desde esta perspectiva, el adscriptivismo es una postura difícil de rechazar, que se limita a señalar que “descubrir” requiere necesariamente criterios para establecer la verdad (máximas de experiencia, al menos), y que siempre cabe el error. Pero, entendido de esta manera, el adscriptivismo no logra mostrar que la prueba de la intención sea radicalmente distinta de otros tipos de prueba indiciaria (aun sin negar sus peculiaridades).

6. Existe una estrecha conexión entre las nociones de intención y de racionalidad. Esta conexión consiste en que actuar intencionalmente es actuar por lo que el agente considera en el momento de la acción una buena razón, esto es, una razón no derrotada por ninguna otra. Y un agente tiene una buena razón para realizar una acción concreta cuando juzga a ésta como el medio más adecuado para lograr el fin que persigue. Podemos llamar Principio de Racionalidad Mínima a esta conexión entre la actuación intencional y la racionalidad. El PRM no consiste en que los agentes siempre actúan racionalmente, sino en que las acciones intencionales son acciones racionales en este sentido mínimo. Entendido así, tiene carácter conceptual.

7. El razonamiento que concluye en una atribución de intención parte de la descripción de la conducta externa (de una acción en el sentido de “actobásico”) y de las creencias del agente y concluye la intención. A partir de él, se puede construir una inferencia práctica que explique por qué el agente realizó determinada acción. El razonamiento atributivo es, por tanto, necesario para la justificación externa de la inferencia práctica⁹⁹.

8. El PRM y la presunción de que la acción que examinamos es intencional son los principales criterios en la atribución de intenciones. Si presumimos que la acción del agente es intencional, encontrar cuál es esta

⁹⁹ Esto puede significar una crítica a la tesis de von Wright según la cual la verificación de las premisas de una inferencia práctica remite a su conclusión, y la verificación de la conclusión remite a las premisas. Von Wright basa en esta circularidad su afirmación de que la inferencia práctica tiene carácter lógico. G.H. von Wright [1987], pág. 140.

intención consiste en ver *hacia dónde apunta instrumentalmente la acción*, esto es, en encontrar el fin para el cual esa acción era el medio más adecuado, aquello que hace que el agente tenga una *buen razón* (desde un punto de vista instrumental) para actuar. Este razonamiento, no obstante, no es lógicamente concluyente. Se trata de una inducción (en el sentido amplio de argumento no deductivo) cuya conclusión (la atribución de intención) sirve a su vez de premisa para la explicación intencional de la acción. Como tal inducción, debe reforzarse examinando cuáles pudieron ser las razones para que el agente persiguiera ese fin (los determinantes de la intención) y descartando que existan otras explicaciones intencionales de la misma acción igualmente plausibles.

9. La atribución de intenciones requiere la atribución de otros estados mentales: las creencias y, en algunos casos, también las emociones. Dado el holismo de lo mental, no es posible la prueba de un hecho psicológico que no requiera la prueba de otro estado mental. Pero si prescindimos de los estados mentales sólo podremos entender las acciones como movimientos corporales y el sistema penal aparecería entonces como un sistema referido a entidades ficticias (las acciones).

10. Los criterios de atribución de intenciones tienen una fundamentación inductiva y “fiabilista” (incluido el carácter conceptual del PRM). Puesto que en el pasado estos criterios y conceptos nos han permitido adecuar nuestra conducta a la de los demás, es razonable seguir confiando en ellos, aunque sepamos que no son infalibles. Esto hace que estos criterios tengan una dimensión epistemológica, orientada a la verdad, y, por tanto, no son reglas de adscripción en sentido fuerte.

Bibliografía

- ACHINSTEIN, Peter [1989], *La naturaleza de la explicación*, Fondo de Cultura Económica, México (trad. de Letizia García Urriza).
- ALCACER GUIRAO, Rafael, *Cómo cometer delitos con el silencio. Notas para un análisis del lenguaje de la responsabilidad* (en prensa).
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto [1992], *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 12, págs. 257-299. (<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>)
- BAKER, Gerald y CLARK, Len [1994], *La explicación. Una introducción a la filosofía de la ciencia*, Fondo de Cultura Económica, México.
- BAYÓN MOHINO, Juan Carlos [1991], *La normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- BECHTEL, William [1991], *Filosofía de la mente. Una panorámica para la ciencia cognitiva*, Ed. Tecnos, Madrid (trad. de Luis Ml. Valdés Villanueva).
- BELLOCH JULBE, Juan Alberto [1992], *La prueba indiciaria*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XIII.

- BENTHAM, J. [2001], *Tratado de las pruebas judiciales*, ed. Comares, Granada (trad. manuel Ossorio Florit).
- BRONCANO, Fernando [1995], *El control racional de la conducta*, en Fernando Broncano (ed.), *La mente humana*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, ed. Trotta – Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid.
- CANE, Peter [2000], *Mens Rea in Tort Law*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 20, núm. 4.
- CASACUBERTA, David [2000], *¿Qué es una emoción?* Ed. Crítica, Barcelona.
- DAVIDSON, Donald [1995], *Acciones, razones y causas*, en *Ensayos sobre acciones y sucesos*, Ed. Crítica, Barcelona (trad. de Olbeth Hansberg, José Antonio Robles y Margarita Valdés).
- DENNET, Daniel C. [1985], *Mecanicismo y responsabilidad*, Cuadernos de Crítica, México (trad. de Myriam Rudoy).
- FEINBERG, Joel [1968], *Action and responsibility*, en Alan R. White, *The Philosophy of Action*, Oxford University Press.
- FERRAJOLI, Luigi [1997], *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Barcelona (trad. de perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés).
- FLETCHER, George [1997], *Conceptos básicos de Derecho penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia (trad. de Francisco Muñoz Conde).
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio [2000], *¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal*, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, Alicante (<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>).
- GARCÍA CARPINTERO, Manuel [1995], *El funcionalismo*, en Fernando Broncano (ed.), *La mente humana*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, ed. Trotta – Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid.
- GARCÍA SUÁREZ, Alfonso [1995], *Qualia: propiedades fenomenológicas*, en Fernando Broncano (ed.), *La mente humana*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, ed. Trotta – Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid.
- GASCÓN, Marina [1999], *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.
- GINER, Salvador [1997], *Intenciones humanas, estructuras sociales. Para una lógica situacional*, en Manuel Cruz (ed.), *Acción humana*, Ed. Ariel, Barcelona.
- GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo [1992], *Sobre actores y tramoyas. La explicación situacional de la acción individual*, ed. Anthropos, Barcelona.
- Amparo [1997], *Microfundamentos de la explicación social*, en Manuel Cruz (ed.), *Acción humana*, Ed. Ariel, Barcelona.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel [2001], *Las paradojas de la acción (Acción humana, Filosofía y Derecho)*, Publicaciones Universidad de Alicante, Alicante.
- [2003-a], *Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (I)*, en *Jueces para la democracia*, núm. 46.
- [2003-b], *Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (II)*, en *Jueces para la democracia*, núm. 47.
- HAMPSHIRE, S. y HART, H. L. A. [1958], *Decision, Intencion and Certainty*, en *Mind*, vol. LXVII, núm. 265.

- HANSBERG, Olbeth [2001], *Las emociones y la explicación de la acción*, *Isegoría*, núm. 25.
- HART, H. L. A. [1948], *The ascription of Responsibility and Rights*, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, Londres.
- HIERRO, Liborio [1989], *Libertad y responsabilidad penal*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, Tomo XLII, Fascículo II.
- HORNSBY, Jennifer [1993], *On What's Intentionally Done*, en Stephen Shute, John Gardner y Jeremy Horder, *Action and Value in Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford.
- JAKOBS, Günther [1997], *Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos*, en *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones – Civitas, Madrid (trad. de Enrique peñaranda ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá).
- JAKSON, Frank [2001], *How Decision Theory Illiminates Assignments of Moral Responsibility*, en Ngairé naffine, Rosemary Owens y John Williams, *Intention in law and Philosophy*, Dartmouth Publishing Company y Ashgate Publishing Company.
- LAURENZO COPELLO, Patricia [1999], *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LIZ, Manuel [1995], *Causalidad y contenido mental*, en Fernando Broncano (ed.), *La mente humana*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, ed. Trotta – Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid.
- LYONS, William [1993], *Emoción*, Ed. Anthropos, Barcelona (trad. de Inés Jurado).
- MASON, Anthony [2001], *Intention in the Law Murder*, en Ngairé naffine, Rosemary Owens y John Williams, *Intention in law and Philosophy*, Dartmouth Publishing Company y Ashgate Publishing Company.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. [1997], *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona.
- MOSTERIN, Jesús [1987], *Racionalidad y acción humana*, Alianza Editorial, Madrid.
- MOYA, Carlos [2001-a], *Sentimientos y teoría de la acción*, en *Isegoría*, núm. 25.
- [2001-b], *Emociones, racionalidad y responsabilidad*, en *Filosofía actual de la mente*, Contrastes, Suplemento 6.
- MUGERZA, Javier [1992] *Presentación*, en Amparo Gómez, *Sobre actores y tramoyas. La explicación situacional de la acción individual*, ed. Anthropos, Barcelona.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel [2001], *Problemas metodológicos en la prueba del dolo*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII.
- POGGI, Francesca [2004] *Proving Intention. Some Remarks*, en Jordi Ferrer y Maribel Narváez(eds): "On Knowledge and Adjudication of National and European Law", Dunker & Humblot, Berlín (en prensa).
- RAGUÉS y VALLÉS, Ramón [1999], *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona.
- [2002], *Consideraciones sobre la prueba del dolo*, En *La Ley*, Año XXIII, núm. 5633.
- REDONDO, Cristina [1996], *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

- RESCHER, Nicholas [1993], *La racionalidad. Una indagación filosófica sobre la naturaleza y la justificación de la razón*, Ed. Tecnos, Madrid (trad. de Susana Nuccetelli).
- [1994], *Los límites de la ciencia*, ed. Tecnos, Madrid (trad. de Leonardo Rodríguez Duplá).
 - [1995], *La lucha de los sistemas. Un ensayo sobre los fundamentos e implicaciones de la diversidad filosófica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México (trad. de Adolfo García de la Sienra; revisión de Héctor Islas Azais).
- RIVES SEVA, Antonio Pablo [1999], *La prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Ed. Aranzadi, Pamplona.
- SEARLE, John [1985], *Mentes, cerebros y ciencia*, ed. Cátedra, Madrid (trad. de Luis Valdés).
- [1992], *Intencionalidad*, Ed. Tecnos, Madrid (trad. de Enrique Ujaldón Benítez; revisada por Luis M. Valdés Villanueva).
 - [1996], *El redescubrimiento de la mente*, Ed. Crítica, Barcelona (trad. de Luis M. Valdés Villanueva).
 - [2000-a], *El misterio de la conciencia*, Ed. Paidós, Barcelona (trad. de Antoni Domènech).
 - [2000-b], *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, Ediciones Nobel, Oviedo (trad. de Luis M. Valdés Villanueva).
- STOUTLAND, Frederick [1980], *La teoría causal de la acción*, en J. Hintikka, A. Macintyre, P. Winch y otros, *Ensayos sobre explicación y comprensión*, compilación de Juha Manninen y raimo Toumela, Madrid, Alianza Editorial (trad. de Luis Vega).
- TARUFFO, Michele [2002], *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid (trad. de Jordi Ferrer Beltrán).
- [2003], *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, en Daniel González Lagier y Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba, conocimiento y verdad*, Revista *Discusiones*, Año III, núm. 3.
- TORIBIO MATEAS, Josefa [1995], *Eliminativismo y el futuro de la psicología popular*, en Fernando Broncano (ed.), *La mente humana*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, ed. Trotta – Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid.
- VON WRIGHT, G. H. [1980-a], *El determinismo y el estudio del hombre*, en J. Hintikka, A. Macintyre, P. Winch y otros, *Ensayos sobre explicación y comprensión*, compilación de Juha Manninen y raimo Toumela, Madrid, Alianza Editorial (trad. de Luis Vega).
- [1980-b], *Freedom and Determination*, Acta Philosophica Fennica, vol. XXXI, núm. 1.
 - [1983], *Explanation and understanding of Action*, en *Practical Reason*, Philosophical Papers, vol. I, Basil Blackwell.
 - [1986], *Rationality: means and ends*, Epistemologia, IX.
 - [1987], *Explicación y comprensión*, Alianza Editorial, Madrid (trad. de Luis Vega).
 - [1996], *La posición de la psicología entre las ciencias*, Lección de doctorado “honoris causa” en la Universidad de Leipzig, 21 de mayo de 1996.

VON WRIGHT, G.H. [2002], *Sobre la libertad humana*, Ed. Paidós, Barcelona (trad. de Antonio Canales Serrano).

WATKINS, John [1982], *Racionalidad imperfecta*, en N. Chomsky, S. Toulmin, J. Watkins y otros, *La explicación en las ciencias de la conducta*, Alianza Editorial, Madrid (trad. de J. Daniel Quesada).



DOXA 26 (2003)

RAZONAMIENTO JUDICIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Observaciones lógicas y epistemológicas*

Tecla Mazzaresse
Universidad de Brescia

0. Introducción

Son al menos dos las razones que estimulan una reflexión sobre el razonamiento judicial que tenga en cuenta y que dé cuenta del papel cada vez más invasivo de los derechos fundamentales en las formas y en los modos de la jurisdicción.

Una primera razón es la cada vez mayor atención del legislador (supra)nacional a la definición y articulación de procedimientos judiciales caracterizados por la tutela y la garantía de los derechos fundamentales de las partes de una controversia, pero también de quien debe decidir la controversia, y, no en último lugar, de la colectividad misma en su totalidad (la obligatoriedad de la acción penal, por ejemplo, es, sí, tutela de la imparcialidad y de la independencia de quien juzga, pero también, en relación con la colectividad en su totalidad, una de las formas de realización del principio de igualdad). Atención, ésta del legislador (supra)nacional, para una cada vez más plena realización de un “justo proceso” que encuentra expresión en mecanismos jurídicos que, sin embargo, no siempre ni necesariamente coinciden o concuerdan con criterios, avalorativos y objetivos, de matriz lógica y/o epistemológica. Esta atención, dirigida a una cada vez más plena realización de un “justo proceso”, encuentra expresión en una jerarquía de valores en la cual la tutela de los derechos fundamentales puede ser preeminente respecto a la búsqueda de la verdad en la reconstrucción de aquello sobre lo que versa la controversia, del mismo modo que puede ser dirimente en la selección de la interpretación del derecho a aplicar para su resolución.

* Una primera versión de este trabajo fue presentada al Congreso *¿Cómo argumentan los jueces?*, desarrollado en San Sebastián el 30 de octubre de 2001 y al primer Seminario Alberto Calsamiglia, desarrollado en Barcelona el 13-14 de febrero de 2003. Agradezco sus comentarios y observaciones a Juan Igartua, Victoria Iturralde Sesma, José Juan Moreso, Maribel Narváez, Giorgio Danesi y Susanna Pozzolo.

Una segunda razón, además, que estimula una reflexión sobre este tema es la cada vez más difundida praxis jurisprudencial de la justiciabilidad de los derechos fundamentales, aun cuando falte una explícita disciplina legislativa que facilite, si no garantice la tutela judicial. Justiciabilidad que no puede dejar de reflejarse sobre las formas y sobre los modos del razonamiento judicial a causa de las dificultades, epistemológicas y lógicas, debidas a la problematicidad de la noción misma de derechos fundamentales.

Ambas razones concurren, por un lado, a hacer manifiestamente evidente la naturaleza constitutiva y no declarativa de las premisas y conclusiones de las decisiones judiciales y, por otro lado, permiten denunciar el carácter sea derrotable (y/o no monotónico) sea aproximado de las modalidades de razonamiento que llevan a la selección y a la formulación de premisas y conclusiones de las decisiones judiciales. Esta es, en extrema síntesis, la tesis de este trabajo.

Ahora bien, antes de proceder a un examen de algunas de las dificultades epistemológicas (§ 3.2.) y lógicas (§ 3.3.) derivadas de la problematicidad de la noción misma de derechos fundamentales (§ 3.1.) es, sin embargo, oportuno bosquejar, aunque sea sólo sumariamente, los principales rasgos distintivos del llamado Estado constitucional de Derecho (§ 1.), modelo de Derecho, éste, en relación con el cual y en razón del cual los derechos fundamentales han adquirido un papel central en la articulación de las formas y de los modos de la jurisdicción (§ 2.), condicionando, por ello, las formas y los modos de razonamiento en los que encuentra expresión la aplicación judicial del Derecho.

1. Derechos fundamentales y Estado constitucional de Derecho

Es innegable la cada vez mayor centralidad jurídica, además de política, de la tutela de los derechos fundamentales a partir de la segunda mitad del siglo pasado: el fin de la segunda guerra mundial ha marcado, en efecto, a finales de los años cuarenta, las primeras declaraciones solemnes de los mismos a nivel internacional con la Carta de la ONU y con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y, a nivel nacional, con las constituciones de varios países (Italia y Alemania, primero y, después, en los años setenta, España y Portugal). El fin de la guerra fría con la caída del muro de Berlín y la disolución de la Unión Soviética ha vuelto a plantear, quizás con no menor urgencia, la necesidad de una afirmación y tutela tanto nacional (tal como muestra la redacción de los textos constitucionales de muchos países de la Europa oriental y de algunos países asiáticos¹) como supranacional

¹ De particular interés, a este respecto, es el trabajo desarrollado por la llamada Comisión de Venecia, *Democracy Through Law*. Constituida el 10 de mayo de 1990 por el Consejo de

(tal como lo revela el debate de hoy sobre un posible constitucionalismo europeo y, aunque en perspectiva más remota, internacional y mundial²). Y, por último, una reafirmación dramática de la centralidad del problema de la protección de los derechos fundamentales se deriva del atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001 contra los Estados Unidos: a pesar, o, más correctamente, precisamente porque, en nombre de la seguridad, amenaza una derogación cada vez más amplia y difusa de tales derechos³.

Ahora bien, la positivación (la explícita formulación y enunciación) de los derechos fundamentales en los textos constitucionales y/o en documentos normativos de rango constitucional, conjuntamente con la preadopción de medidas para garantizar su realización y su tutela, ha tenido efectos cada vez más invasivos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos en los que ha tenido lugar, condicionando cada vez más radicalmente el concepto mismo de Derecho en su dimensión ontológica, epistemológica y fenome-

Europa, la Comisión de Venecia está compuesta por un representante de cada país de la Unión más un presidente, y sus miembros se encuentran en Venecia para discutir y sugerir posibles soluciones a los problemas de ingeniería institucional que le vienen sometidos por muchos países (sobre todo asiáticos del área de la ex Unión Soviética) que tratan de adecuarse a los estándares de la democracia occidental. Resulta manifiesto el calco de la expresión *Democracy through Law* de *Peace through Law*, el título del famoso ensayo de Hans Kelsen aparecido en 1944, en la vigilia de la conclusión del segundo conflicto mundial.

² La deseabilidad de un constitucionalismo mundial o internacional, no obstante las dificultades con las que no puede dejar de encontrarse la posibilidad de su realización, ha sido afirmada numerosas veces por L. Ferrajoli, por ejemplo, en [1999, pp. 74-76], [2000, pp. 63-69 y 90-96], [2001], [2002 a, pp. 106-107] y [2002 b, pp. 371-377]. Aunque en términos no siempre coincidentes y/o con argumentos no siempre equivalentes, una forma de constitucionalismo mundial y/o internacional y/o una forma de democracia cosmopolita y/o global es auspiciada por J. Habermas, Richard Falk, David Held. Por el contrario, una posición no sólo escéptica, sino drásticamente crítica, ha sido expresada, por ejemplo, por D. Zolo [2002, pp. 57-58], cuando escribe: “autores como Falk y Held están interesados en divulgar algunas consignas sugestivas –*global civil society*, *global constitutionalism*, *global democracy*, *cosmopolitan democracy*, etc.–, con la tendencia a ‘pantografar’ a nivel global sus convicciones liberal-democráticas, sin un cuidado preciso ni de especificación normativa e institucional del proyecto de un eventual Estado de Derecho planetario, ni de interacción con las culturas políticas y jurídicas no occidentales, que deberían implicarse en el proyecto cosmopolita. En cuanto a Habermas, no parece albergar ninguna duda sobre el nexo de causalidad evolutiva, por así decirlo, que en su opinión hace descender el “Derecho cosmopolita” del Estado de Derecho y la ciudadanía universal de la ciudadanía democrática. [...] Se trata en todos estos casos de ejemplos muy característicos de una utilización fuertemente etnocéntrica de la *domestic analogy*, que da por descontada la analogía entre la *civil society*, que entre los siglos XVII y XVIII ha sostenido el desarrollo del Estado moderno europeo, por una parte, y, por otra, la actual y supuesta *global civil society*”.

³ Sobre la (amenaza de) una derogación cada vez más amplia y difusa de la tutela de los derechos fundamentales, cfr., por ejemplo, el *Informe Anual* de Amnesty International de 2002 y la introducción al mismo firmada por I. Khan; cfr., además, por ejemplo, R. Dworkin [2002 a] y [2002 b] y V. Monetti [2002].

nológica; esto es, condicionando y estimulando una redefinición (a) de los criterios de identificación de las normas cuyo conjunto integra y constituye un ordenamiento jurídico (dimensión ontológica), (b) de las formas en que puede darse conocimiento de tales normas (dimensión epistemológica), y (c) de los modos en que puede darse realización y/o aplicación (también) judicial de tales normas (dimensión fenomenológica). Esta redefinición de los criterios de identificación del Derecho, de las formas de su conocimiento y de los modos de su realización y/o aplicación, estimula y legitima la tematización de un modelo jurídico diferente y distinto del propio del Estado (liberal) de Derecho: esto es, el modelo del Estado constitucional de Derecho⁴.

En particular, en primer lugar, los criterios de identificación de las normas de un ordenamiento no se agotan ya (como, sin embargo, era característico de los ordenamientos jurídicos de los Estados liberales de Derecho) en los únicos criterios de carácter formal consistentes en la conformidad de la producción normativa con las metanormas de procedimiento y de competencia, sino que están flanqueados e integrados por criterios de carácter material consistentes en la conformidad de la producción normativa con los valores expresados por los derechos fundamentales explícitamente positivizados⁵. Criterios materiales que son preeminentes y prevalentes respecto a los de carácter formal: aunque aprobada y emanada según los procedimientos previstos por el ordenamiento, una ley, cuyo contenido no sea conforme con los valores expresados por los derechos fundamentales enunciados en

⁴ Una importancia notable a la oposición terminológico-conceptual entre Estado (liberal) de Derecho o Estado legislativo y Estado constitucional de Derecho es atribuida, por ejemplo, por G. Zagrebelsky [1992], J. Habermas [1996] [1998], L. Ferrajoli [2000], [2001], [2002 a], [2002 b], P. Häberle [2000].

⁵ Aunque con distintos énfasis y en una perspectiva teórico-conceptual no coincidente, los criterios materiales de validez no son ignorados por los iuspositivistas. Por el contrario, ya en la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, Hans Kelsen [1934, trad. italiana, pp. 105-106] escribe que la función esencial de la constitución “consiste en regular los órganos y el procedimiento general de la producción jurídica, es decir, de la legislación. La constitución puede, sin embargo, determinar también el contenido de las leyes futuras y no es de ninguna manera infrecuente el caso de que las constituciones positivas hagan esto de forma que ciertos contenidos sean prescritos o excluidos [...] La enunciación de los derechos fundamentales y de libertad que constituye parte integrante típica de las constituciones modernas no es esencialmente otra cosa que una de esas determinaciones negativas. La garantía constitucional de la igualdad ante la ley o de la libertad personal o de conciencia no es otra cosa sino la prohibición de leyes que traten de forma desigual a los súbditos en determinadas relaciones o que invadan una determinada esfera de libertad”. Los criterios materiales de validez no son tampoco ignorados por Ross [1958, trad. italiana, pp. 75-76] y [1968, trad. italiana, p. 160] cuando habla de normas de competencia material además de las normas de competencia personal o procedimental.

la constitución, es, en efecto, pasible de anulación, o, según formas diversas de control de legitimidad, de no aplicación judicial.⁶

En segundo lugar, también las formas de conocimiento del material jurídico, la presunta avaloratividad y objetividad en la descripción y sistematización del material normativo, no pueden no reflejar, y estar condicionadas al tiempo, por los valores que, expresados por los derechos fundamentales a nivel constitucional, condicionan tanto la producción como la aplicación de las normas del ordenamiento.

Y, en tercer lugar, los modos de realización y/o aplicación (judicial) del Derecho no se reducen ya (en el caso de que esta reducción haya sido alguna vez efectivamente posible) a un aséptico reconocimiento de la ley o a una concreción mecánica de la misma (tal como se solía afirmar de los ordenamientos jurídicos de los Estados liberales de Derecho)⁷, sino que son ellos mismos inducidos a tener en cuenta los valores expresados por los derechos fundamentales, enunciados a nivel constitucional, tanto en la interpretación, como, si es el caso, en la denuncia de la eventual inconstitucionalidad de la ley.

2. Derechos fundamentales y aplicación judicial del Derecho

Son al menos dos, como se ha indicado ya, los perfiles en relación con los cuales los derechos fundamentales revelan su centralidad en la aplicación judicial del Derecho: el primero es el de su papel en la articulación de las formas y los modos de la jurisdicción, esto es, en la (re)definición de las modalidades procedimentales con arreglo a las cuales se da aplicación judicial del Derecho; el segundo perfil es el de su papel, no en la (re)definición de las modalidades procesales, sino en la (y por la) resolución misma de las controversias, esto es, en la identificación y/o en la interpretación del Derecho en base a la cual decidir acerca de las controversias.

Dicho de otra manera, el primero de los dos perfiles es el de los derechos fundamentales *sobre* la aplicación judicial del Derecho, el segundo es el de los derechos fundamentales *en* la aplicación judicial del Derecho.⁸ Dos

⁶ Para un examen de algunas de las principales formas de control de legitimidad en ordenamientos diversos, cfr., por ejemplo, R. Guastini [1998, pp. 328-330] y [2002, pp. 149-151].

⁷ Vale, una vez más, cuanto se ha señalado antes en la nota 5 en relación con los criterios materiales de validez: aunque con distinto énfasis y desde una perspectiva teórico-conceptual no coincidente, críticas a una concepción mecanicista y/o logicista de la aplicación (judicial) del Derecho son propias también de los más autorizados exponentes del iuspositivismo del siglo XX, Hans Kelsen, Alf Ross y Herbert Hart.

⁸ La distinción entre derechos fundamentales *sobre* la aplicación judicial del Derecho y derechos fundamentales *en* la aplicación judicial del Derecho remite a (pero no coincide con) la distinción, propuesta por G. Ubertis [2002, pp.173-174] entre derechos *del* proceso penal y

perfiles que son, sí, distintos, pero no carentes de relación: la identificación de los derechos fundamentales *sobre* la aplicación judicial del Derecho se refleja en, y condiciona, al menos en parte, la posibilidad misma de realización y de tutela de los derechos fundamentales *en* la aplicación judicial del Derecho.

2.1. Derechos fundamentales sobre la aplicación judicial del Derecho

A pesar de las críticas con frecuencia fundadas y compatibles sobre los retrasos y/o sobre la inadecuación de las intervenciones legislativas⁹, es sin embargo innegable una manifiesta atención del legislador (supra)nacional a la definición de los modelos procesales caracterizados por la garantía de los derechos fundamentales, esto es, de los modelos procesales que son ellos mismos expresión de una realización plena de los derechos fundamentales y que, al mismo tiempo, posibilitan una efectiva tutela judicial de los derechos fundamentales.

Una confirmación de esta atención es la explícita enunciación de un catálogo más o menos amplio y articulado de derechos fundamentales inherentes a la aplicación judicial del Derecho, tanto a nivel nacional en la constitución de los ordenamientos jurídicos contemporáneos de muchos países (occidentales), como en documentos, solemnes y (aunque no siempre) vinculantes de carácter regional e internacional (así, por ejemplo, en la Declaración Universal de 1948, en la Convención Europea de 1950 y, más recientemente, en la Carta de Niza aprobada en el 2000).

A esta atención manifiesta del legislador (supra)nacional no corresponde, sin embargo, una solución unívoca ni respecto a la selección de los valores a realizar y a tutelar, ni respecto a la selección de los instrumentos más idóneos para su realización.

En particular, no es unívoca la selección de valores: y lo testimonia, más allá de algunas, aun significativas, concordancias, la no equivalencia entre los derechos enumerados en catálogos de ordenamientos distintos, cuando

derechos *en* el proceso penal. En los términos en los que Ubertis traza la distinción, los derechos *del* proceso penal son “los derechos reconocidos a las partes (y, sobre todo, al imputado) en el ámbito del proceso, con específica referencia a las actividades procesales, identificando las que resultan indefectibles en cuanto que caracterizantes de la jurisdicción”, mientras que los derechos *en* el proceso penal son “los derechos fundamentales extraprocesales que pueden ser violados por el desarrollo del proceso penal, a fin de determinar si tal cosa está jurídicamente permitida y eventualmente con qué límites y modalidades. Piénsese, por ejemplo, en las hipótesis de arresto o de detención y en las de registro o interceptación telefónica: es evidente que en el primer caso se trata de una limitación del derecho a la libertad personal y en el segundo se trata de una injerencia en el derecho al respeto a la vida privada”.

⁹ Así, por ejemplo, las enumeradas por M. Taruffo [2002].

no en su diversa configuración, en un mismo ordenamiento, respecto de ámbitos procesales distintos.

Y además, no es tampoco unívoca la selección de los instrumentos a adoptar: y lo denuncian las críticas dirigidas con frecuencia a la inadecuación / insuficiencia de las medidas legislativas adoptadas de cuando en cuando.

Atención, por tanto, tan grande y manifiesta como, quizás, amplio y evidente es el disenso que acompaña sea a la selección de los valores de los que se asume que la aplicación judicial del Derecho debe ser garante, sea la especificación de las modalidades juzgadas más idóneas para asegurar su realización.

Atención y disenso que no pueden no reflejarse, una y otro, aun cuando obviamente en términos no siempre equivalentes, sobre las formas y sobre los modos en que se configura el razonamiento judicial en las diversas fases en las que se articula la resolución de una controversia.

2.2. Derechos fundamentales en la aplicación judicial del Derecho

No menos central que el papel de carácter procedimental en la articulación de las formas y de los modos de la aplicación judicial es el papel de carácter sustancial que, en muchos ordenamientos jurídicos contemporáneos, los derechos fundamentales tienen en la y para la decisión de las controversias.

No menos relevante es, en efecto, el papel que los derechos fundamentales tienen con frecuencia, en positivo o en negativo, en forma directa o indirecta, en el proceso decisorio que lleva a la solución de una controversia.

En modo *positivo* cuando se da tutela judicial, en forma directa o indirecta, de los derechos fundamentales. En modo *negativo* cuando, por el contrario, por razones derivadas del desarrollo de algunas actividades procesales, la ley permite la posibilidad de una derogación de los mismos.

Es relevante su papel en un caso y en el otro.

En negativo, esto es, cuando la ley permite la posibilidad de una derogación de los mismos (así, por ejemplo, la limitación del derecho a la libertad personal en los casos en los que está previsto el arresto o la detención, o la injerencia en el derecho al respeto a la vida privada en los casos en los que están previstos registros o interceptaciones telefónicas¹⁰), su papel es relevante porque testimonia la (potencial) competitividad entre los valores

¹⁰ Y este es el caso al que hace referencia G. Ubertis [2002, p.173] cuando distingue los derechos *del* proceso penal de los derechos *en* el proceso penal y caracteriza a estos últimos como “derechos fundamentales extraprocesales que pueden ser violados por el desarrollo del proceso penal”.

subyacentes a derechos fundamentales distintos¹¹ y ejemplifica la exigencia de una ponderación de los mismos y/o de la definición de una compleja red de excepciones y de vínculos¹².

En positivo, esto es, cuando se da aplicación judicial de los derechos fundamentales, su papel es relevante no sólo, como es obvio, si y en cuanto que intervienen como (o, al menos, concurren a integrar la) *ratio decidendi* de una controversia, sino sobre todo porque testimonian el rasgo quizás más significativo de un Estado constitucional de Derecho: la efectiva accionabilidad o justiciabilidad de los derechos fundamentales, no su mera enunciación.

Son distintas las formas, *directas e indirectas*, en que puede darse aplicación judicial de los derechos fundamentales, también, pero no sólo, en relación con ordenamientos jurídicos diferentes.

Entre las *directas*, una primera forma de tutela de los derechos fundamentales se da en el caso en que los jueces de primera instancia pueden intervenir sobre el control de constitucionalidad de las leyes, directa o indirectamente: directamente como, por ejemplo, en el caso del ordenamiento de los Estados Unidos caracterizado por un sistema de control difuso de constitucionalidad de las leyes que permite al juez de primera instancia no aplicar una ley que juzgue inconstitucional; indirectamente como, por ejemplo, en el caso del ordenamiento italiano donde el acceso al Tribunal Constitucional por vía incidental permite al juez de primera instancia suspender el juicio, planteando una excepción de constitucionalidad, si y en cuanto que juzgue que la norma a aplicar para la resolución de la controversia es inconstitucional.

Una segunda forma directa de tutela de los derechos fundamentales se da en el caso de eventuales metanormas y/o de posibles prácticas jurisprudenciales que explícitamente sancionen (las primeras), o en todo caso permitan (las segundas), una accionabilidad y/o justiciabilidad directas de los derechos. Por ejemplo: en ausencia de una normativa que discipline sus modalidades de posible realización, absolver, en nombre del derecho de huelga, de la eventual acusación de interrupción de un servicio público a quien, por motivos sindicales y/o reivindicativos, se haya abstenido de trabajar; o, también, en nombre del derecho a la protección del ambiente, condenar actos y hechos que (independientemente de su explícita y circunstanciada prohibición legislativa) constituyan una (grave) amenaza a la protección del ambiente.

¹¹ Sobre la (potencial) competitividad entre valores subyacentes a derechos fundamentales distintos, cfr., *infra*, § 3.2.3.

¹² Tras las primeras e incisivas formulaciones del problema por parte de R. Dworkin [1968], [1977] y R. Alexy [1985] la literatura sobre el tema es cada vez más amplia. Entre la última, en particular, cfr. B. Celano [2002 b], J.J. Moreso [2002], L. Prieto Sanchís [2002].

Un posible ejemplo de metanorma que establece una directa accionabilidad y justiciabilidad de los derechos fundamentales nos lo ofrece el art. 8 de la Declaración universal de derechos del hombre: “Todo individuo tiene derecho a una efectiva posibilidad de recurso a tribunales nacionales competentes contra actos que violen los derechos fundamentales que le son reconocidos por la constitución o la ley”¹³.

En ausencia de una metanorma que, como el art. 8 de la Declaración universal, lo sancione explícitamente, la accionabilidad o justiciabilidad de los derechos fundamentales se puede hacer realidad por medio de la consolidación de prácticas jurisprudenciales. Prácticas que, en el léxico de Guastini, testimonian el grado de “constitucionalización” de un ordenamiento¹⁴.

Una tercera forma directa de tutela de los derechos fundamentales se puede quizás afirmar que se realiza también en todo ordenamiento en el que esté vigente el principio de obligatoriedad de la acción penal, esto es, en todo ordenamiento que considere la lesión de los derechos fundamentales que se determina con la comisión de un delito, tan grave como para ser condición suficiente para que se investigue sobre tal lesión incluso en ausencia de una denuncia por parte de quien haya sido la víctima de la misma.

Entre las formas indirectas de tutela y realización se puede incluir, quizás, la relativa a la aplicación de las leyes que, de uno o varios derechos fundamentales enunciados a nivel constitucional, especifican, al menos en parte, los términos de realización y tutela y/o circunscriben su alcance respecto a los valores de los que pueden ser expresión. Esta fórmula de tutela es indirecta, si y en cuanto la definición legislativa de los términos en los que configurar la realización y la tutela de uno o varios derechos fundamentales constituye, de hecho, un filtro respecto a la variedad de sus posibles lecturas o a la pluralidad de modos de entender los valores de los que son expresión; esto es, un filtro respecto a la pluralidad de formas posibles de justiciabilidad de los mismos.

Entre las formas indirectas de tutela y realización se incluye, sin embargo, a título pleno, la práctica jurisprudencial de reclamar derechos fundamentales (sancionados a nivel constitucional) como instrumento de interpretación (como clave de lectura privilegiada) de las leyes a aplicar, esto es, la práctica de la llamada interpretación adecuadora de la ley¹⁵.

¹³ La tutela judicial de los derechos fundamentales es explícitamente afirmada también por el art. 7 de la Declaración Universal de 1948, por el art. 13 de la Convención Europea de 1950, y por el art. 24 de la Constitución italiana.

¹⁴ Cfr. R. Guastini [2002].

¹⁵ La expresión es de R. Guastini [2002, p. 155] quien aclara: “La interpretación adecuadora es [...] la que adecua, armoniza, la ley a la constitución (previamente interpretada, se

Papel éste de los derechos fundamentales en el proceso decisorio de la aplicación judicial del Derecho que, en negativo o en positivo, en forma directa o en forma indirecta, si bien no siempre en términos coincidentes, se refleja sobre el razonamiento judicial enfatizando su carácter aproximado y derrotable a un tiempo.

3. Derechos fundamentales y razonamiento judicial

Es difícil negar, como muestran las observaciones que anteceden, el papel cada vez más invasivo y preponderante de los derechos fundamentales, sea en el aspecto procedimental, en la articulación de las formas y de los modos de la jurisdicción, sea en el aspecto sustancial, en la resolución misma de la controversia. Es tan innegable, en el ordenamiento jurídico de un Estado constitucional de Derecho, la invasividad de su papel (también) en materia de aplicación judicial del Derecho, como lo es la problematicidad de su noción (§ 3.1.). Problematicidad que encuentra confirmación tanto a nivel epistemológico respecto a la definición de los cánones de cognoscibilidad de lo que se asume que tenga (pueda y/o deba tener) valor de derechos fundamentales (§ 3.2.), como a nivel lógico respecto a la caracterización de los instrumentos lógicos idóneos para dar cuenta del carácter derrotable y aproximado de los argumentos que intervienen en el razonamiento judicial cuando éste tiene como objeto la realización y/o la tutela de los derechos fundamentales (§3.3.).

3.1. *Derechos fundamentales: una noción problemática*

La noción de ‘derechos fundamentales’ es controvertida, y no puede no serlo, porque tiene, y no puede no tener, una intrínseca connotación axiológica; porque es, y no puede no ser, dependiente y subsidiaria de la noción de valores¹⁶.

Los derechos fundamentales, en efecto, son la afirmación de valores a realizar, tutelar o promover (como, por ejemplo, la igualdad, la equidad, la dignidad humana, la libertad individual, la paz) y/o la afirmación de medios necesarios para la realización, la tutela o la promoción de valores (como, por

entiende), escogiendo –frente a una doble posibilidad interpretativa– el significado (o sea, la norma) que evita toda contradicción entre ley y constitución. El efecto de tal interpretación es obviamente el de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional”. La interpretación adecuadora es, en el análisis de Guastini, una de las condiciones del proceso de constitucionalización de un ordenamiento jurídico.

¹⁶ En una perspectiva no del todo coincidente con la adoptada en el texto, de la problematicidad de la noción de derechos fundamentales y de los principales órdenes de dificultades con los que se enfrenta todo intento de delinear una teoría de los derechos fundamentales, me he ocupado en [2002, en particular pp. 22-32] y [2003].

ejemplo, el derecho a la educación escolar como medio de promoción de la dignidad humana o el derecho a la libertad religiosa como medio de tutela de la libertad individual). En ambos casos, los derechos fundamentales son entidades fundadas en valores, y precisamente porque son la afirmación de valores y/o de medios necesarios para su realización y tutela adquieren ellos mismos una intrínseca connotación axiológica¹⁷. Íntima conexión con los valores y, por ello, intrínseca connotación axiológica, que, es oportuno subrayarlo, es independiente tanto de las diversas concepciones sobre su eventual fundamento último, como la opción por una posible denominación distinta de los mismos (como, por ejemplo, derechos humanos, derechos naturales, derechos subjetivos o derechos constitucionales).

Ahora bien, si y en cuanto entidades de naturaleza intrínsecamente axiológica, su identificación es todo menos obvia e inmediata porque, banalmente, es todo menos obvia e inmediata la identificación de los valores de los que deben ser expresión o instrumento de realización. Dicho de otra forma, la falta de consenso sobre el (re)conocimiento de cuáles sean (puedan, deban ser) los valores a afirmar no puede dejar de reflejarse sobre el (re)conocimiento de cuáles sean (puedan, deban ser) los derechos fundamentales a tutelar.

Y también, si y en cuanto entidades de naturaleza axiológica no disímiles de los valores de los que son expresión o instrumento de realización, se plantean dos preguntas de importancia central bajo el prisma jurídico y bajo el más específicamente judicial: la primera pregunta es si la positivación (la enunciación explícita) en un ordenamiento jurídico (nacional) es *condición necesaria* para que, en ese ordenamiento, se *pueda* tener tutela judicial de un derecho fundamental; la segunda pregunta es si la positivación (la enunciación explícita) en un ordenamiento jurídico (nacional) es *condición suficiente* para que, en ese ordenamiento, se *deba* tener tutela judicial de un derecho fundamental.

Si y en cuanto entidades de naturaleza axiológica no disímiles de los valores de los que son expresión o instrumento de realización, los derechos fundamentales justifican, por tanto, dudas y preguntas que no pueden dejar de traducirse en dificultades epistemológicas sobre las formas y modos de su eventual cognoscibilidad, y en dificultades lógicas sobre las formas y modos en que se configuran el razonamiento y la argumentación jurídica, y más específicamente judicial, cuando tienen como objeto (también) los derechos fundamentales.

¹⁷ Retomo aquí la caracterización de la noción de derechos fundamentales que he propuesto anteriormente en [1993, p. 204].

3.3. *Dificultades epistemológicas*

Bajo el prisma epistemológico, los principales órdenes de dificultades a los que da origen y con los que se encuentra la noción de derechos fundamentales son dos, estrechamente conectados entre sí.

El primer orden de dificultades afecta a la (re)definición de los criterios de identificación del Derecho (i.e. de las normas válidas cuyo conjunto integra y constituye un ordenamiento jurídico) y a la definición de los cánones de cognoscibilidad de los mismos derechos fundamentales que constituyen la dimensión sustancial (junto y más allá de la dimensión formal de conformidad con las metanormas de procedimiento y/o de competencia) de los criterios de identificación del Derecho válido, esto es, la conformidad (o al menos la no disconformidad) con los valores de los que ellos mismos son expresión.

El segundo orden de dificultades afecta a la (re)afirmación, en términos quizás más radicales de lo que lo han sido en su versión antiformalista, de la tesis de la no univocidad de la interpretación jurídica. No univocidad tanto de las modalidades de ejecución como de los resultados de la interpretación jurídica, tanto en el caso de que su objeto esté constituido por las disposiciones (constitucionales) que son formulación de derechos fundamentales, como en el caso de que su objeto esté constituido por la (re)lectura de las disposiciones legislativas sobre la base de los valores de los que los derechos fundamentales son expresión.

Los dos órdenes de dificultades están estrechamente conectados, si bien no son necesariamente coincidentes: las dificultades de fijar cánones de cognoscibilidad de los derechos fundamentales (y, a partir de ahí, de las normas que integran o constituyen un ordenamiento si y en cuanto que su validez dependa, al menos, también de su no disconformidad con los valores de los que los derechos fundamentales son expresión) no pueden, en efecto, no reflejarse también sobre las dificultades relativas a la interpretación (de las disposiciones fundamentales que son formulación) de los derechos fundamentales, así como sobre las dificultades de una interpretación de las disposiciones legislativas que se reclame a los valores de los que los derechos fundamentales son expresión. Estos dos órdenes de problemas no pueden dejar de estar estrechamente conectados porque identificación e interpretación del Derecho válido son dos momentos, complementarios y simétricos, del conocimiento del Derecho.

Ahora bien, estos dos órdenes de problemas (tanto el relativo a la identificación como el relativo a la interpretación del Derecho válido en razón del papel que los derechos fundamentales tienen para el uno y para el otro de los dos momentos de conocimiento del Derecho), son consecuencia de una triple fuente de indeterminación del conjunto de los derechos fundamenta-

les, del conjunto de lo que, según los casos, se asume que tiene (puede y/o debe tener) valor de derechos fundamentales¹⁸. Triple fuente de indeterminación que, precisamente en razón de la íntima connotación axiológica de los derechos fundamentales (§ 3.1), parece ser ineludible independientemente del cuidado que se ponga en la redacción y articulación de un catálogo de los mismos.

La primera razón de la indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales de los que hay que garantizar tutela judicial es debida al disenso sobre cuáles son (pueden y/o deben ser) los derechos fundamentales a incluir en tal conjunto (§3.2.1); la segunda y la tercera razón de indeterminación, una vez identificados y/o formulados los derechos fundamentales del conjunto, son debidas, por el contrario, a la pluralidad de lecturas de que (la formulación de) cada derecho fundamental es susceptible (sobre todo, pero no exclusivamente) en razón de la variedad de concepciones del valor (y/o de los valores) del que él mismo es expresión (§3.2.2) y a la (potencial) competencia (sincrónica y diacrónica) entre derechos fundamentales distintos de un mismo conjunto (§3.2.3.).

Dicho de otra forma, la primera razón de la indeterminación afecta a los *criterios de identificación* de los derechos fundamentales a incluir en la redacción de su catálogo (y, por tanto, también a la respuesta a la interrogante de si su catálogo debe considerarse cerrado o abierto); la segunda y la tercera razón afectan, por el contrario, a los *criterios de interpretación* (de las formulaciones) de los derechos fundamentales incluidos en un catálogo dado tanto en razón de la pluralidad de concepciones de los valores subyacentes a los mismos, como en razón de su (potencial) competencia (sincrónica y diacrónica).

3.2.1. Indeterminación y criterios de identificación de los derechos fundamentales

La primera razón de la indeterminación de los derechos fundamentales cuya tutela judicial debe garantizarse se debe al disenso sobre cuáles son (pueden y/o deben ser) los derechos fundamentales a incluir en tal conjunto.

Este disenso, al contrario de lo que quizá se podría pensar, no es tanto relativo a la clásica pregunta por el fundamento último, sino más bien (a) a la diversidad de valores que, de acuerdo con distintas concepciones (sean és-

¹⁸ Sobre esta triple fuente de indeterminación [*fuzziness*] del conjunto de los derechos fundamentales, cfr. también Tecla Mazzarese [1993], [2002, pp. 30-31], M. Koskenniemi [1999], B. Celano [2002]. Aunque en términos no del todo coincidentes, de esta triple fuente de indeterminación ya hay mención en N. Bobbio [1968 (1ª), 1992 (2ª), p. 38].

tas morales, religiosas, ideológicas o políticas), se juzga que son *los* valores a realizar y a defender mediante la enunciación de derechos fundamentales y mediante la reivindicación de su protección, y (b) a la diversidad de derechos fundamentales que, de acuerdo con distintas concepciones (sean éstas morales, religiosas, ideológicas o políticas) se juzga que son *los* derechos fundamentales que constituyen los medios necesarios para promover y garantizar los valores que se ha decidido realizar y defender (a la diversidad, esto es, de lo que puede ser considerado como un medio necesario para la realización de un valor dado).

El disenso sobre la identificación de los derechos fundamentales no se agota, pues, en la búsqueda de un posible fundamento último de los mismos. Es difícil no compartir, en efecto, la afirmación de Bobbio con arreglo a la cual una búsqueda semejante no es otra cosa que una ilusión. Escribe Bobbio: “Esta ilusión fue común durante siglos a los iusnaturalistas, quienes creyeron haber puesto ciertos derechos (pero no eran siempre los mismos) al resguardo de cualquier posible impugnación derivándolos directamente de la naturaleza del hombre”¹⁹. Y también: “Esta ilusión hoy ya no es posible; toda búsqueda del fundamento absoluto es, a su vez, carente de fundamento”²⁰. De aquí la advertencia de Bobbio, según la cual: “El problema de fondo referente a los derechos del hombre es hoy no tanto el de *justificarlos*, como el de *protegerlos*. No es un problema filosófico, sino político”²¹.

Ahora bien, aunque consecuente bajo el perfil pragmático y deseable bajo el perfil jurídico, político y ético, la advertencia de Bobbio corre el riesgo, sin embargo, de ser confundente. Corre el riesgo de ser confundente porque deja irresuelta la pregunta de fondo de *cuáles* son los derechos fundamentales a proteger y a volver efectivos; esto es, porque no dice cuál es (puede o debe ser) el criterio de identificación y definición del conjunto de los derechos fundamentales en relación con los cuales, sin embargo, reivindica la urgencia de que sean “garantizados”. Es decir, es una advertencia que corre el riesgo de ser confundente precisamente porque, implícitamente, presupone un criterio que permite reconocer qué es lo que tiene (puede o debe tener) valor de derecho fundamental. Pero, en contraste con esa asunción implícita, la falta (el disenso sobre la identificación) de tal criterio es precisamente la

¹⁹ N. Bobbio [1965 (1ª), 1992 (2ª), pp. 6-7].

²⁰ N. Bobbio [1965 (1ª), 1992 (2ª), p. 7].

²¹ N. Bobbio [1965 (1ª), 1992 (2ª), p. 16, cursiva del autor]. Advertencia, ésta, repetida por Bobbio pocos años después [1968 (1ª), 1992 (2ª), pp. 17-18], cuando afirma que “El problema al que nos enfrentamos [...] no es filosófico sino jurídico, y en un sentido más amplio político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento [...], sino cuál es la forma más segura de garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean violados continuamente”.

principal fuente de dificultades, de carácter teórico y filosófico, que vuelve problemática la noción de derechos fundamentales bajo el perfil jurídico y, en particular, bajo el judicial. Y de esta dificultad el propio Bobbio muestra ser plenamente consciente, cuando afirma que “más allá de las dificultades jurídico-políticas, la tutela de los derechos del hombre hace frente a dificultades inherentes al contenido mismo de estos derechos”²².

El núcleo de las dificultades que examinamos encuentra numerosas confirmaciones tanto en relación al Derecho internacional, como en relación al Derecho interno de cada uno de los Estados.

En particular, con referencia al Derecho internacional, son conocidas las críticas dirigidas al catálogo de derechos fundamentales enumerados en las cartas y/o en los pactos que se han sucedido a partir de la *Declaración Universal* de 1948²³; críticas que, aunque formuladas y argumentadas de formas diversas, denuncian, todas ellas, la connotación ideológico-cultural de matriz occidental y problematizan, cuando no niegan directamente, la pretendida universalidad (de parte) de los derechos fundamentales que han encontrado una afirmación explícita en estos documentos.

Y además, con referencia al Derecho interno de un Estado, la duda es si los derechos fundamentales de los que garantizar la tutela judicial son todos y sólo aquellos que han tenido ya un reconocimiento explícito, una enunciación explícita, en el ordenamiento jurídico estatal. En otras palabras, la duda puede ser reformulada apelando a los dos interrogantes ya identificados cuando se ha subrayado el intrínseco valor axiológico de los derechos fundamentales (§ 3.1.), es decir: (a) la pregunta sobre si la positivización (la enunciación explícita) en un ordenamiento jurídico (nacional) es *condición necesaria* para que, en ese ordenamiento, se *pueda* tener tutela judicial de un derecho fundamental; y (b) la pregunta sobre si la positivización (la enunciación explícita) en un ordenamiento jurídico (nacional) es *condición*

²² N. Bobbio [1968 (1ª), 1992 (2ª), p.38]. Una confirmación ulterior de la plena consciencia de la dificultad que examinamos es la respuesta sugerida por Bobbio para superarla (p.18): “cuando digo que el problema cada vez más urgente frente al que nos encontramos no es el problema del fundamento sino el de las garantías, quiero decir que consideramos el problema del fundamento no como inexistente, sino, en cierto sentido, como resuelto [...]. Se puede decir, en efecto, que hoy el problema del fundamento de los derechos del hombre ha tenido su solución en la Declaración Universal de los derechos del hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948”. Si esta respuesta resuelve o más bien replantea la dificultad que examinamos es dudoso. Así lo muestran, por ejemplo, las observaciones de L. Baccelli [1999, pp. 96-100] y [2002, pp. 135-136].

²³ Sobre el complejo entrecruzamiento de disensos políticos y tensiones ideológicas en la base de la redacción de la Declaración Universal de 1948, cfr., por todos, A. Cassese [1994, pp. 21-49].

suficiente para que, en ese ordenamiento, se *deba* tener tutela judicial de un derecho fundamental.

Una respuesta afirmativa a estas dos preguntas permitiría ciertamente evitar embarazosos y discutibles compromisos de matriz iusnaturalista. Pero, aunque fuese deseable, una respuesta afirmativa a estas dos preguntas se enfrenta con la opinión ampliamente compartida, de acuerdo con la cual, por decirlo con Bulygin: “los derechos humanos no pueden reducirse a la regulación normativa de un orden jurídico positivo, pues ellos ofrecen justamente el marco dentro del cual es posible la críticas de las leyes o instituciones del Derecho positivo”²⁴.

Esta opinión, expresada por un iuspositivista sincero como Bulygin, independientemente de cualquier propensión iusnaturalista, parece encontrar confirmación en algunas formulaciones tanto del Derecho público internacional como de algunos textos constitucionales nacionales. Así, por ejemplo, la novena enmienda de la Constitución de los Estados Unidos afirma que: “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”, y según el art. 2 de la Constitución italiana: “La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social”²⁵.

3.2.2. Indeterminación y criterios de interpretación: la formulación de los derechos fundamentales

El conjunto de derechos fundamentales de los que asegurar la tutela judicial no se encuentra indeterminado sólo en razón de las diversas orientaciones posibles de los jueces respecto a los (presuntos) derechos fundamentales que no han encontrado positivización explícita en el Derecho interno. Tal conjunto continuaría siendo indeterminado aun en el caso de que se decidiese circunscribirlo a los derechos fundamentales explícitamente establecidos en un ordenamiento dado.

Una primera razón de esta afirmación es, banalmente, que la formulación lingüística de las disposiciones jurídicas que expresan derechos fundamentales es vaga, y no sólo general. Por citar un caso ya propuesto por Dworkin, piénsese, por ejemplo, en la llamada *Equal Protection Clause*

²⁴ E. Bulygin [1987 (1ª), 1991 (2ª), p. 619].

²⁵ Con referencia a la Constitución italiana y a su artículo 2, el problema que examinamos es afrontado, por ejemplo, por A. Barbera [1975, pp. 80-101] y A. Pace [2001]. Más en general, cfr., además, T. Mazzaresse [1993], [2002, p. 23], R. Guastini [1998, pp. 343-344], G. Rolla [2001, pp. 21-26].

formulada en la décimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. “Nor shall any State [...] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of law”. Como subraya el propio Dworkin: “The Clause makes the concept of equality a test of legislation, but it does not stipulate any particular conception of that concept”²⁶.

Una razón ulterior de la afirmación que examinamos viene dada por el hecho de que un rasgo distintivo de la formulación lingüística de las disposiciones jurídicas que expresan derechos fundamentales es el uso de términos valorativos. Un ejemplo paradigmático es identificado por Twining y Miers²⁷ en la formulación del artículo 3 de la *Convención Europea sobre Derechos Humanos* de 1950: “No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment and punishment”. La naturaleza emotiva (o, dicho de otra forma, valorativa y vaga) de los términos “tortura”, “inhumano” y “degradante” que aparecen en la formulación de este artículo es puesta incisivamente en evidencia por Twining y Miers por medio de una serie de preguntas que permiten ver con claridad la pluralidad de lecturas y/o dudas interpretativas de las que cada uno de estos términos puede ser susceptible.

Las consecuencias de la indeterminación característica de las formulaciones lingüísticas de las disposiciones que expresan derechos fundamentales son, en sede interpretativa, tan obvias como manifiestas. Indeterminación que no puede dejar de reflejarse y encontrar expresión en una discrecionalidad claramente más acentuada que la que acompaña a la interpretación de cualquier formulación lingüística de una ley. Incluso dejando de lado la duda de si la diferencia es sólo cuantitativa y no más bien cualitativa, es difícil no compartir, extendiéndola a la mayor parte de los derechos fundamentales, la consideración que hace Cappelletti en relación con los derechos de *welfare* (esto es, con los derechos sociales, económicos y culturales): “The creative character of judicial interpretation and enforcement of [...] welfare laws and rights can hardly be hidden. To be sure, the difference *vis-à-vis* the more traditional role of the judges is one of degree, not of essence. Interpretation is always creative, and at least a minimum of discretion is unavoidable in any kind of judicial interpretation. Yet, as a rule, creativity is both more apparent and more accentuated in these newer areas which have opened up to the judicial function. For the more vague a statute and the less defined a right, the more space is obviously left for the discretion in judicial decision-making”²⁸.

²⁶ R. Dworkin [1977, p. 226].

²⁷ W. Twining y D. Miers [1976 (1^a), 1982 (2^a), pp. 61-62].

²⁸ M. Cappelletti [1989, p. 16].

Esta segunda fuente de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales pone de relieve una dificultad obvia para su tutela judicial. Sorprendentemente, sin embargo, esta fuente de indeterminación no siempre es (ha sido) considerada un rasgo problemático para la justiciabilidad de los derechos fundamentales. En particular no es (ha sido) considerada un rasgo problemático, por ejemplo, en la literatura angloamericana sobre la interpretación constitucional. Literatura, ésta, en la cual no resulta en absoluto aislada o minoritaria la posición de quien identifica en el carácter vago y valorativo de la formulación lingüística de las disposiciones jurídicas que expresan derechos fundamentales no un defecto, sino un mérito; esto es, la posición de quien, precisamente en el carácter vago y valorativo de sus formulaciones identifica aquello que permite a los jueces hacer efectivos los derechos fundamentales en la evolución progresiva de los mismos que acompaña a la emergencia de nuevas necesidades de toda sociedad en vía de desarrollo. Es significativa la confirmación de esta posición que ofrece Hufstedler cuando escribe: “I intend no irony in describing the words from the Bill of Rights as ‘glorious ambiguities’. The very elusiveness of their content has made it possible to shape and reshape constitutional doctrine to meet the needs of an evolving, pluralistic, free society. Precision has an honored place in writing a city ordinance, but it is a death warrant for a living constitution”²⁹.

Y también en la literatura neoconstitucionalista, aun cuando en términos no coincidentes y con argumentos no siempre equivalentes, la vaguedad y el carácter valorativo de las formulaciones lingüísticas de los derechos fundamentales positivizados son con frecuencia considerados como un rasgo no negativo, sino (potencialmente) positivo. Es así, en particular, en los análisis de quien a un Derecho cierto contrapone un Derecho dúctil³⁰, de quien a la certeza del Derecho contrapone como valor distinto y preeminente el valor de la equidad, de la justicia del caso particular.

3.2.3. Indeterminación y criterios de interpretación: la (potencial) competitividad entre derechos fundamentales

Y además, una fuente ulterior de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales de los que garantizar la tutela judicial es la (potencial)

²⁹ M. Hufstedler [1979, pp. 4-5]. La afirmación recogida en el texto es optimista y al mismo tiempo unilateral: es difícil ignorar, en efecto, que la indeterminación de la formulación lingüística de los derechos fundamentales puede ser (y de hecho ha sido) un instrumento que permite a los jueces perseguir fines diversos y en conflicto entre sí; esto es, que es un medio que los jueces pueden usar tanto para tener en cuenta la emergencia de nuevas necesidades en “an evolving, pluralistic, free society”, como para ignorarlas y negarlas.

³⁰ Así, en particular, G. Zagrebelsky [1992].

competitividad de los derechos fundamentales, tanto en el caso de que su catálogo se encuentre circunscrito al conjunto de los derechos explícitamente reconocidos en el Derecho interno, como en el caso en que se convenga que también pueden tomarse en cuenta derechos proclamados en ámbito supranacional³¹ y/o derechos no explícitamente enunciados en disposiciones de Derecho positivo³².

Son dos los principales tipos de conflicto que pueden darse entre derechos fundamentales, independientemente del hecho de que los mismos estén o no expresamente enunciados en un determinado ordenamiento jurídico³³: (a) conflictos que derivan de concepciones distintas y divergentes del valor del que un mismo derecho fundamental es expresión o instrumento de realización, y (b) conflictos que derivan de la imposibilidad de tutelar y/o de realizar un derecho fundamental sin violar otro, o, al menos, sin circunscribir el posible alcance de este último.

En particular, como se ha subrayado ya (§ 3.1.), todo derecho fundamental puede ser considerado como una entidad de naturaleza axiológica. Dicho de otra forma, todo derecho fundamental expresa y/o es instrumento de la

³¹ Son dos los ejemplos que G. Rolla [2001, p. 23] señala de “cláusulas que abren el ordenamiento nacional a las codificaciones internacionales en materia de derechos fundamentales de la persona”: el art. 10 de la Constitución española (“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”), y el art. 16 de la Constitución portuguesa (“Las disposiciones constitucionales y legales relativas a los derechos fundamentales deben ser interpretadas e integradas en armonía con la Declaración universal de derechos humanos”).

³² Dos ejemplos posibles, ya recordados en el texto (§3.2.1.): la novena enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y el art. 2 de la Constitución italiana. También, siguiendo a G. Rolla [2001, pp. 24-25], que los caracteriza como “cláusulas generales de apertura que se remiten al valor fundamental de la persona y a su libre desarrollo”, pueden identificarse ulteriores ejemplos en el art. 2 de la Ley Fundamental alemana y en el art. 5 de la Constitución griega.

³³ Independientemente de cualquier diferencia a la hora de caracterizarlos y/o de distinguir entre ellos diversos tipos, los conflictos entre derechos fundamentales han sido indicados con frecuencia como una de las principales dificultades que obstaculizan una realización completa y una tutela plena de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, N. Bobbio [1965], [1968], T. Mazzarese [1993], G. Corso [1996], R. Guastini [1998, pp. 228-231], M. Koskenniemi [1999, pp. 107-111], L. Prieto Sanchís [2002]. En particular, según N. Bobbio [1965], el conflicto entre derechos fundamentales identifica una de las razones que impiden indicar un fundamento último de los mismos. En contraste con esta opinión recurrente, L. Ferrajoli [2000, pp. 51-52 y 77-79] critica radicalmente la posibilidad de conflictos entre derechos fundamentales. Según Ferrajoli, en efecto: “No tiene sentido hablar de ‘conflictos’ o peor aún de tendencias o virtuales incompatibilidades entre libertad negativa de un lado y derechos de autonomía civil y política del otro. Se debe hablar más bien, una vez esclarecida la diversa estructura y naturaleza de los derechos primarios y secundarios, de una oposición menos problemática pero más seria e importante: de los límites impuestos a la genérica libertad negativa por el ejercicio directo o indirecto de los derechos de autonomía, dentro de los límites impuestos a estos por los derechos de libertad” (p. 51).

realización de valores. Así, sólo para dar algún ejemplo, éste es el caso de la igualdad, de la libertad individual, del respeto a la dignidad humana. Valores, éstos, cada uno de los cuales, como es bien sabido, ha sido entendido en una diversidad de formas distintas; valores, éstos, que de forma paradigmática ejemplifican, todos ellos, lo que Gallie ha propuesto llamar “contested concepts”³⁴. Se sigue de ello, como es obvio, que todo derecho fundamental puede ser leído de tantas formas cuantas son las diferentes concepciones de los valores de los que él mismo es expresión y/o instrumento de realización. Y, como es obvio, lecturas distintas de un mismo derecho son, en medida más o menos clara según los casos, conflictivas entre sí.

Y además, si y en cuanto son entidades de naturaleza axiológica no diferentes de los valores de los que son expresión o instrumento de realización, etiquetar como fundamental (o, análogamente, como humano o natural) un determinado derecho entraña, de ordinario, la asunción de que el mismo vale universalmente, sin ninguna restricción. Es decir, que la protección y la realización de un derecho fundamental debería encontrarse garantizada siempre y a todos. Esta lectura intuitiva de la noción que estamos examinando vale, sin embargo, sólo para algunos derechos fundamentales clásicos y, como subraya Bobbio: “En la mayor parte de las situaciones en las que está en cuestión un derecho del hombre, sucede [...] que dos derechos igualmente fundamentales se enfrentan entre sí y no se puede proteger incondicionalmente a uno de ellos sin volver inoperante al otro”³⁵.

Así, retomando el ejemplo propuesto por el mismo Bobbio, el derecho de libertad de expresión puede enfrentarse con el derecho a no ser ofendido en relación con las propias creencias religiosas y/o morales, con el derecho a no ser difamado, con el derecho a no ser estafado. Además, un ejemplo de más dramática actualidad en los últimos años viene ofrecido por el (presunto) conflicto entre seguridad y paz. Conflicto (presunto) que se ha venido configurando ya como conflicto entre seguridad y libertad y/o como conflicto entre *la* libertad (rasgo que se reivindica como irrenunciablemente distintivo de los regímenes democráticos de los países occidentales) y *las* libertades, es decir, las diversas libertades en las que la libertad de las democracias occidentales se ha manifestado tradicionalmente, y de las que hoy se solicitan derogaciones cada vez más numerosas e inquietantes³⁶.

³⁴ W.B. Gallie [1956].

³⁵ N. Bobbio [1968 (1ª), 1992 (2ª), p. 39].

³⁶ Sobre el presunto conflicto entre seguridad y paz, entre seguridad y las libertades tradicionalmente reconocidas en las democracias occidentales, cfr., *supra*, nota 3. También, sobre

De ordinario los conflictos entre derechos fundamentales derivan de la protección de intereses sociales distintos y/o de valores en conflicto que derechos fundamentales diferentes tienden a realizar. En síntesis, citando una vez más a Bobbio: “A través de la proclamación de los derechos del hombre hemos hecho emerger los valores fundamentales de la civilización humana hasta el momento presente. Ciertamente, pero los valores últimos son antinómicos: este es el problema”³⁷.

Una última anotación. Contrariamente a lo que quizás se podría pensar, el fenómeno de los conflictos entre derechos fundamentales, independientemente del tipo de configuración que pueda asumir, no es simplemente un caso particular del fenómeno más general del conflicto entre normas (es decir, del fenómeno de las antinomias). Aunque estén relacionados, los dos fenómenos presentan, en efecto, diferencias significativas. Mencionaré tres de ellas.

Una primera diferencia significativa entre antinomias y conflictos entre derechos fundamentales es que, a diferencia de lo que sucede en el caso del conflicto entre normas, no es necesario que los derechos fundamentales en conflicto estén explícitamente expresados por (o sean, al menos, implícitamente reconducibles a³⁸) disposiciones de Derecho positivo. Dicho de otra forma, mientras que no se puede afirmar que haya un conflicto entre dos normas a menos que cada una de ellas sea jurídicamente válida (es decir, a menos que cada una de las dos normas se encuentre expresada por una disposición de Derecho positivo que no haya sido derogada), es posible, por el contrario, afirmar que hay conflicto entre dos derechos fundamentales también en el caso en que los dos derechos fundamentales no se encuentren ambos expresados por una disposición de Derecho positivo, esto es, también en el caso de que no se encuentren ambos positivizados. Si y en cuanto que se juzga que un derecho es *fundamental* (es decir, si y en cuanto que pueda ser concebido como un valor a tutelar), su positivización explícita puede no ser considerada como una condición necesaria para su tutela jurídica y/o para su justiciabilidad.

Una segunda diferencia significativa entre los dos fenómenos que ahora examinamos es, además, que no hay criterios gracias a los cuales identificar conflictos entre derechos fundamentales, esto es, que no hay criterios que permitan decidir unívocamente si, y en qué medida, dos derechos están en

la tensión entre seguridad y libertad, entre seguridad y tutela de los derechos fundamentales, cfr. B.C. Ramcharan [2002].

³⁷ N. Bobbio [1968 (1ª), 1992 (2ª), p.42].

³⁸ Y este es el caso en el que al menos uno de los dos términos de la antinomia viene dado por una norma implícita, es decir, por una norma extraída por vía interpretativa de varias disposiciones. La sugerencia de esta precisión es de Susana Pozzolo.

conflicto. La competencia y/o la conflictividad depende, en efecto, sobre todo, aunque quizás no exclusivamente, de la lectura de los valores de los que los derechos fundamentales son expresión y/o instrumentos de actuación. Significativo, y dramático, es el caso antes mencionado de la contraposición entre seguridad y libertad, si no directamente entre la libertad y las diversas libertades en que ha encontrado expresión la libertad en las democracias occidentales. Contraposición, ésta, eventual y todo menos obvia: los argumentos de quien reclama una derogación cada vez más amplia y generalizada de las libertades y de los derechos fundamentales en nombre de la seguridad se enfrentan, en efecto, con los argumentos, ciertamente menos drásticos y perentorios, de quien, por el contrario, reivindica una tutela plena y acabada de las libertades y de los derechos fundamentales como condición necesaria e imprescindible de la seguridad.

Una tercera diferencia significativa entre los dos fenómenos que examinamos es, en fin, que, a diferencia de lo que sucede en el caso de normas antinómicas, no está previsto ningún criterio jurídico que permita resolver un conflicto entre derechos fundamentales. Y esto, con independencia del hecho ya subrayado de que los derechos fundamentales estén o no explícitamente positivizados. Los criterios usuales para la resolución de antinomias aparecen, en efecto, como inadecuados en el caso de conflictos entre derechos fundamentales. Esta afirmación vale ante todo para el principio de *lex superior* y para el principio de *lex specialis*: ninguno de estos dos criterios proporciona un instrumento idóneo para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales, porque los derechos fundamentales, en cuanto tales, tienen la misma relevancia; esto es, comparten el mismo nivel jerárquico y tienen el mismo ámbito de validez universal. Y tampoco el principio de *lex posterior* parece ofrecer un instrumento adecuado para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales: la emergencia de nuevos derechos fundamentales no entraña, como es obvio, que los precedentemente reconocidos y tutelados se transformen en, por así decirlo, “menos fundamentales”.

Las características peculiares de los conflictos entre derechos fundamentales, y las diferencias entre este fenómeno y el aparentemente análogo de los conflictos entre normas, muestran claramente que, de hecho, depende de las diversas posibles preferencias de los jueces el decidir, sobre la base de una discrecionalidad cuantitativamente mayor si no incluso cualitativamente distinta respecto a aquella de la que gozan en caso de conflicto entre normas, cuáles sean, en caso de derechos fundamentales en conflicto, aquellos los que garantizar por medio de tutela judicial.

3.3. Dificultades lógicas

La triple fuente de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales a realizar y/o a tutelar en un ordenamiento jurídico actúa, como es obvio, sobre las formas y sobre los modos en que se configura el razonamiento judicial en las diversas fases en que se articula el proceso decisorio de una controversia.

Actúa, en primer lugar, confirmando y volviendo aún más manifiesta la naturaleza constitutiva y no declarativa tanto de las premisas, jurídica y fáctica, sobre las que se funda la decisión del caso, como de su conclusión, la parte dispositiva (§3.3.1.).

Y actúa, además, en segundo lugar, confirmando y volviendo aún más manifiesto el carácter tanto derrotable (y/o no monotónico), como aproximativo del razonamiento judicial (§3.3.2.).

3.3.1. Naturaleza constitutiva de las decisiones judiciales

Según una tesis ya presente en las primeras formulaciones de la *Reine Rechtslehre* kelseniana, las decisiones judiciales tienen naturaleza constitutiva y no declarativa³⁹. Y precisamente, de una decisión judicial (sea cual sea el tipo de acción que pueda ser objeto de la misma⁴⁰), tiene naturaleza no declarativa sino constitutiva tanto la conclusión (la parte dispositiva), porque es el resultado de una deliberación (por parte de un órgano competente) y no de una mera deducción lógica⁴¹, como las premisas, tanto la jurídica como la fáctica, porque una y otra son el resultado, no de un proceso meramente cognoscitivo de los hechos objeto de la controversia y/o (re)cognoscitivo de las normas a aplicar para su resolución, sino, por el contrario, de un complejo proceso decisorio y valorativo⁴².

³⁹ De esta tesis me he ocupado anteriormente, en particular en [1992], [1996^a, pp. 57-103], [1999].

⁴⁰ La tesis teórica de la naturaleza constitutiva, en una decisión judicial, tanto de su conclusión como de sus premisas, no debe confundirse con la clasificación dogmática según la cual las decisiones judiciales pueden distinguirse, según el tipo de acción que es objeto de las mismas, en declarativas, constitutivas y de condena. Aun no careciendo de relaciones entre sí, la tesis de carácter teórico y la clasificación de carácter dogmático son, sin embargo, cosas distintas y no deben confundirse. Para un análisis más puntual tanto de las diferencias como de las posibles relaciones entre una y otra, cfr. T. Mazzaresse [1999].

⁴¹ Que decidir sea cosa distinta de deducir es una observación tan obvia y banal como con frecuencia tenida en poca consideración en los análisis que identifican en el aparato categorial de la lógica clásica una condición irrenunciable para fundamentar y garantizar la "racionalidad" de las decisiones judiciales.

⁴² En extrema síntesis, son tres los principales argumentos (dos de los cuales fueron ya formulados por Kelsen) sobre los que se fundamenta la afirmación de la naturaleza constitutiva de la premisa fáctica de una decisión judicial: (a) el primer argumento es que el establecimiento

Ahora bien, la tesis de la naturaleza constitutiva tanto de las premisas, jurídica y fáctica, como de la conclusión de una decisión judicial, recibe una doble confirmación tanto en razón de esos derechos a los que se ha hecho referencia como derechos fundamentales *sobre* la aplicación judicial del Derecho (§ 2.1.), como en razón de aquellos derechos a los que se ha hecho referencia como derechos fundamentales *en* la aplicación judicial del Derecho (§ 2.2.).

Los unos, los derechos fundamentales sobre la aplicación judicial del Derecho, confirman y testimonian, en efecto, la variedad y la pluralidad de vínculos jurídicos (ligados a aquello que, de acuerdo con distintos ordenamientos, se entiende por garantía de los derechos de las partes en un proceso) y no epistemológicos (dictados por eventuales cánones objetivos de conocimiento) que van al compás y caracterizan tanto la llamada fase cognoscitiva de los hechos objeto de la controversia, como la llamada fase reconocitiva del Derecho a aplicar para su resolución.

Los otros, los derechos fundamentales en la aplicación judicial del Derecho, confirman y testimonian la matriz hermenéutica, valorativa y subjetiva, del razonamiento judicial, que hace inadecuado, por cuanto confundente, el recurso a los cánones de la lógica deductiva clásica (como, por ejemplo, respecto a la relación entre conclusión y premisas de una decisión), así como a los cánones de la lógica inductiva clásica y/o de la teoría de la probabilidad (como, por ejemplo, respecto a las diversas fases del establecimiento de los

de los hechos objeto de la controversia debe ser llevado a cabo por un órgano competente; (b) el segundo argumento es que tal establecimiento debe ser llevado a cabo en conformidad con cuanto viene establecido por el ordenamiento jurídico (es decir, en conformidad con cuanto viene establecido por el Derecho sobre prueba); (c) el tercer argumento es que el establecimiento de los hechos objeto de una controversia está condicionado por la calificación jurídica que los hechos tienen según el Derecho, en otros términos, por el supuesto de hecho de la norma general a la que se juzga (o, mejor, se decide) que se pueden reconducir los hechos de la controversia. Son tres también los principales argumentos sobre los que se fundamenta la afirmación de la naturaleza constitutiva de la premisa jurídica de una decisión judicial (argumentos, también en este caso, ya presentes, si bien no siempre explícitamente formulados o examinados con detenimiento, en la obra de Kelsen) : (a) el primer argumento es que la selección de la disposición normativa a la que recurrir para la enunciación de la premisa jurídica es el resultado de una actividad decisoria, y no de una actividad meramente cognoscitiva o reconocitiva del juez; (b) el segundo argumento es que la selección del significado (entre los diversos significados posibles) a adscribir a la disposición normativa que el juez decide adoptar para la enunciación de la premisa jurídica, es, de manera no diferente de la selección misma de la disposición, el resultado de una actividad decisoria; (c) el tercer argumento es que la aplicación de una norma para la resolución de un determinado caso está condicionada por un juicio de validez sobre la norma seleccionada, juicio que (de manera análoga a la selección de la disposición a adoptar y de la selección de la norma expresada por la disposición adoptada) es el resultado de una actividad decisoria.

hechos del caso) como instrumentos explicativos del proceso decisional de una controversia.

3.3.2. Carácter tanto derrotable (y/o no monotónico) como aproximado del razonamiento judicial

El papel de los derechos fundamentales en la aplicación judicial del Derecho, esto es, el papel que los mismos tienen (pueden y/o deben tener) en la identificación de las dos premisas y en la selección de la decisión (no deducción) de la solución de una controversia, no sólo concurre a confirmar la naturaleza constitutiva y no declarativa de las decisiones judiciales, sino que permite denunciar aquellos rasgos que, en contraste con la asunción (neo)ilustrada del juez boca de la ley, no pueden no ser dos rasgos distintivos del razonamiento judicial: su carácter tanto derrotable (y/o no monotónico) como aproximado⁴³.

La derrotabilidad (y/o no monotonicidad) del razonamiento judicial es una obvia consecuencia inmediata de la competitividad (potencial, cuando no real) entre derechos fundamentales distintos y/o entre valores de los que los mismos son expresión. La realización y/o tutela de un derecho fundamental puede enfrentarse, en efecto, con la realización y/o la tutela de un derecho fundamental diferente. Y, además, puede haber competitividad en la realización y/o tutela de un mismo derecho fundamental según la lectura que se asuma y/o se proponga del valor del que el derecho fundamental es expresión (entre los ejemplos quizás más obvios los de la vida, el trabajo, la familia).

Este dato de la competitividad en la realización o en la tutela de derechos fundamentales distintos, si no de un mismo derecho fundamental en razón de lecturas distintas del valor (de los valores) del que el derecho es expresión, incita a la adopción (si no a la experimentación de nuevas formas) de cálculos lógicos derrotables y/o no monotónicos; es decir, de cálculos capaces de dar cuenta de formas de razonamiento y/o de argumentación que, como las formas de razonamiento y/o de argumentación judicial, tengan como objeto datos (potencialmente) en conflicto apoyados por razones más o menos fuertes que, según los casos, pueden prevalecer o ceder respecto a otros datos. Cálculos, en otros términos, en los cuales (a diferencia de los cálculos de la lógica clásica que es monotónica y no derrotable) la introducción de nuevas premisas y/o el cambio de las premisas iniciales entraña un cambio también en las conclusiones, en las consecuencias que son derivables en el cálculo.

⁴³ Del carácter aproximado del razonamiento judicial me he ocupado anteriormente, en particular en [1996 a, pp. 159-204], [1996 b], [1996-1997].

El carácter aproximado del razonamiento judicial es, por el contrario, una obvia consecuencia de cada una de las tres principales fuentes de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales de las que se ha hecho mención. Es decir, el carácter aproximado del razonamiento judicial es una consecuencia obvia tanto de la indeterminación que se deriva de los criterios de identificación de los derechos fundamentales a incluir en la redacción del catálogo de los mismos (y, por tanto, también de las dudas relativas a la pregunta de si tal catálogo debe considerarse cerrado o abierto), como de la indeterminación que se deriva de los criterios de interpretación (de las formulaciones) de los derechos fundamentales incluidos en el catálogo de un ordenamiento determinado tanto en razón de la pluralidad de concepciones de los valores a ellos subyacentes, como en razón de su (potencial) competitividad (sincrónica y diacrónica).

Este dato de la triple fuente de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales de los que garantizar tutela judicial, que estimula la adopción (si no la experimentación de nuevas formas) de cálculos de lógica *fuzzy* o lógica del razonamiento aproximado; es decir, de cálculos capaces de dar cuenta de formas de razonamiento y/o de argumentación que, como las formas de razonamiento y/o de argumentación judicial, no pueden ser sino aproximadas porque tienen como objeto datos que no pueden sino ser indeterminados⁴⁴.

La lógica *fuzzy* o lógica del razonamiento aproximado tiene rasgos con seguridad muy poco tranquilizadores (todavía menos tranquilizadores que los de la lógica derrotable y/o no monotónica) para cualquier jurista ligado a una concepción tradicional del dogma de la certeza del Derecho, y tiene incluso característica sospechosas para cualquier lógico hostil a cálculos que, como los de la lógica *fuzzy*, son no una extensión de la lógica clásica, sino expresión de una de las ya numerosas lógicas divergentes⁴⁵. Según la

⁴⁴ Aunque sus primeros cálculos se remontan sólo a la segunda mitad del siglo pasado, la literatura sobre la lógica *fuzzy* es ya muy amplia. Para algunas indicaciones bibliográficas, cfr. T. Mazzaresse [1966, p.164, n. 10]; para una lectura introductiva que ofrezca una panorámica de algunas de sus implicaciones teórico-conceptuales y/o de los distintos campos de sus posibles aplicaciones y/o de la variedad de sus configuraciones, cfr., por ejemplo, D. McNeill, P. Freiberger [1993], B. Kosko [1994] y S. Haak [1996, pp. 229-242], A. Sangalli [1998].

⁴⁵ Una caracterización particularmente feliz de la noción de lógicas divergentes, caracterización que capta la razón de fondo de la incomodidad que estas lógicas generan usualmente, es ofrecida por W. V.O. Quine [1970, pp. 80-81]: “El tipo de divergencia [...] a tomar en consideración [...] no es simplemente un cambio de los métodos que generan la clase de las verdades lógicas, sino un cambio de la propia clase. No es sólo un cambio de la línea de demarcación entre a qué llamar verdad lógica y a qué llamar verdad extralógica. *Se trata, más bien, de un neto rechazo de parte de nuestra lógica como para nada verdadera en absoluto*” [cursiva mía]. Un análisis amplio y detallado de los diversos problemas filosóficos relativos a los aspectos

caracterización propuesta por el mismo Zadeh, que ha sido su fundador, de la lógica *fuzzy* se puede decir “que es una lógica del razonamiento aproximado. En cuanto tal, es una lógica cuyos rasgos distintivos son: (i) valores de verdad *fuzzy* expresados en términos lingüísticos, como: *verdadero, del todo verdadero, más o menos verdadero, bastante verdadero, no verdadero, falso, no del todo verdadero y no del todo falso*, etc.; (ii) tablas de verdad imprecisas; y (iii) reglas de inferencia cuya validez es más aproximada que exacta”⁴⁶.

Esta caracterización de Zadeh es quizás inquietante para quien, tanto en el ámbito jurídico como en el ámbito lógico-filosófico, ve en los cánones y en los principios de la lógica clásica los únicos parámetros de racionalidad y de corrección de cualquier forma de razonamiento (también del razonamiento judicial). La caracterización es quizás inquietante, pero es ciertamente idónea para proporcionar un modelo explicativo del razonamiento judicial que permite dar cuenta de sus muchas aproximaciones, de sus continuos ajustes, de la pluralidad de variables que intervienen para condicionarlo y para informarlo en su ensamblaje y articulación.

(Traducción de Juan Ruiz Manero)

Referencias bibliográficas

- BACCELLI, Luca [1999], *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*. Roma, Carocci.
- [2002], *Diritti fondamentali: i rischi dell'universalismo*. En: T. Mazzaresse (ed.), *Neocostruzionismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, 2002, pp. 117-145.
- BARBERA, Augusto [1975], *Art. 2*. En: Commentario della Costituzione a cura di G. Branca *Principi fondamentali*. Zanichelli, Bologna; Foro Italiano, Roma, pp. 50-122.
- BOBBIO, Norberto [1965], *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*. En: «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 42 (1965), pp. 302-309. Reimpreso en: N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 5-16.
- [1968], *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*. En: «La comunità internazionale», 23 (1968), pp. 3-18. Reimpreso en: N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 17-44.

ontológicos, metafísicos, y epistemológicos de las lógicas divergentes es ofrecido por S. Haack [1974] y [1996], una reedición, esta última, del libro de 1974 enriquecida con un capítulo sobre la lógica *fuzzy*. Es común a ambas ediciones la actitud de desconfianza, si no directamente de hostilidad, frente a las lógicas divergentes; en la introducción a la edición de 1966, Haack, en efecto, afirma: “it is possible that classical logic should turn out to be in need of revision; but none of deviant systems considered is so well-motivated philosophically as seriously to threaten its position” (p. ix).

⁴⁶ L. A. Zadeh [1975, p. 407, cursiva del autor].

- BULYGIN, Eugenio [1987], *Sobre el status ontológico de los derechos humanos*. En: «Doxa» 4 (1987), pp. 79-84. Reimpreso en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991, pp. 619-625.
- CAPPELETTI, Mauro [1989], *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press.
- CASSESE, Antonio [1994], *I diritti umani nel mondo contemporaneo*. Roma-Bari, Laterza.
- CELANO, Bruno [2002 a], *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*. En: S. Pozzolo (ed.), *La legge e i diritti*. Torino, Giappichelli, pp. 89-123.
- [2002 b], *'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili*. En: «Ragion Pratica», 10 (2002), n. 18, pp. 223-239.
- CORSO, Guido [1996], *Diritti umani*. En: «Ragion Pratica», 4, (1996), n.7, pp. 59-67.
- DWORKIN, Ronald [1977], *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- [2002 a], *The Threat to Patriotism*. En: «The New York Review of Books», 28 febrero 2002.
- [2002 b], *The Troubles with the Tribunals*. En: «The New York Review of Books», 25 abril 2002.
- FERRAJOLI, Luigi [1999], *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*. En: «Teoria Politica», 15 (1999), n. 1, pp. 49-92.
- [2000], *I fondamenti dei diritti fondamentali*. En: «Teoria Politica», 16 (2000), n. 3, pp. 41-113.
- [2001], *Per una sfera pubblica del mondo*. En: «Teoria politica», 17 (2001), n. 3, pp. 3-21.
- [2002 a], *Quali sono i diritti fondamentali?*. En: T. Mazzaresse (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, 2002, pp. 95-116.
- [2002 b], *Lo stato di diritto fra passato e futuro*. En: P. Costa, D. Zolo (eds.), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*. Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 349-386.
- GALLIE, Walter Bryce [1956], *Essentially Contested Concepts*. En: «Proceedings of the Aristotelian Society», 56 (1955-1956), pp. 167-198.
- GUASTINI, Riccardo [1998], *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano, Giuffrè.
- [2002], *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento*. En: T. Mazzaresse (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, 2002, pp. 147-172.
- HAACK, Susan [1974], *Deviant Logic. Some Philosophical Issues*. Cambridge, Cambridge University Press.
- [1996], *Deviant Logic, Fuzzy Logic. Beyond the Formalism*. Chicago-London, The University of Chicago Press.
- HABERMAS, Jürgen [1996], *Die Einbeziehung des Anderen*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996.
- [1998], *Die postnationale Konstellation*. Frankfurt am Main, Suhrkamp.

- HÄBERLE, Peter [2000], *The Constitutional State and its Reform Requirements*. In: «Ratio Juris», 13 (2000), n. 1, pp. 77-94.
- HUFSTEDLER, Shirley M. [1979], *In the Name of Justice*. En: “Stanford Lawyer”, 14 (1979).
- KELSEN, Hans [1934], *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Wien, Deuticke.
- [1944], *Peace through Law*. Chapel Hill, University of North Carolina Press.
- KOSKENNIEMI, Martti [1999], *The Effect of Rights on Political Culture*. En: Ph. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*. Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 99-116.
- KOSKO, Bart [1994], *Fuzzy Thinking*. London, Harper Collins Publishers.
- MAZZARESE, Tecla [1992], *Dubbi epistemologici sulle nozioni di ‘quaestio facti’ e ‘quaestio juris’*. En: «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 69 (1992), pp. 294-320.
- [1993], *Judicial Implementation of Fundamental Rights: Three Sorts of Problem*. En: M.M. Karlsson, O.P. Jónsson, E.M. Brynjarsdóttir (eds.), *Recht, Gerechtigkeit und der Staat*. Berlin, Duncker und Humblot, 1993, pp. 203-214.
- [1996], *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*. Torino, Giappichelli.
- [1996 b], *Lógica borrosa y decisiones judiciales: El peligro de una falacia racionalista*. Trad. castigliana di José Juan Moreso. En: «Doxa», 19 (1996), pp. 201-228.
- [1996-1997], *Semantic and Pragmatic Fuzziness of Legal Language*. En: «Archivum Iuridicum Cracoviense», 29-30 (1996-1997), pp. 43-58.
- [1999], *Towards the Semantics of “Constitutive” in Judicial Reasoning*. En: «Ratio Juris», 12 (1999), pp. 252-262.
- [2002], *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*. En: T. Mazzaresse (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, 2002, pp. 1-69.
- [2003], *Is the Age of Rights at a Turning Point?*. In: «Finnish Yearbook of International Law». (En prensa)
- MCNEILL, Daniel, FREIBERGER, Paul [1993], *Fuzzy Logic. The Discovery of a Revolutionary Computer Technology - And How It Is Changing Our World*. New York, Simon & Scuster.
- MONETTI, Vito [2002], *La legislazione antiterrorismo dopo l’11 settembre: il contesto internazionale e l’Italia*. En: «Questione giustizia», (2002), n. 1, pp. 51-69.
- MORESO, José Juan [2002], *Conflitti fra principi costituzionali*. En: «Ragion Pratica», 10 (2002), n. 18, pp. 201-221.
- PACE, Alessandro [2001], *Metodi interpretativi e costituzionalismo*. En: «Quaderni costituzionali», 21 (2001), n. 1, pp. 35-61.
- PRIETO SANCHÍS, Luis [2002], *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale*. En: «Ragion Pratica», 10 (2002), n. 18 pp. 169-200.
- QUINE, William Van Orman [1970], *Philosophy of Logic*. Englewood Cliffs N.J., Prentice-Hall.
- RAMCHARAN, Bertrand G. [2001], *Human Rights and Human Security*. The Hague, Martinus Nijhoff.

- ROLLA, Giancarlo [2001], *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici*. En: G. Rolla (ed.), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, pp. 3-26.
- ROSS, Alf [1958], *On Law and Justice*. London, Stevens.
- [1968], *Directives and Norms*. London, Routledge and Kegan Paul, 1978.
- SANGALLI, Arturo [1998], *The importance of Being Fuzzy and Other Insights from the Border between Math and Computers*. Princeton, Princeton University Press.
- TARUFFO, Michele [2002], *Diritti fondamentali, tutela giurisdizionale e alternative*. En: T. Mazzaresse (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, 2002, pp. 173-188.
- TWINING, William / MIERS, David [¹1976, ²1982], *How to Do Things with Rules*, London, Weidenfeld and Nicolson.
- UBERTIS, Giulio [2002], *Diritti fondamentali e processo penale*. En: T. Mazzaresse (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, 2002, pp. 173-188.
- ZADEH, Lofti A. [1975], *Fuzzy Logic and Approximate Reasoning*. En: «Synthese», 30 (1975), pp. 407-428.
- ZAGREBELSKY, Gustavo [1992], *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*. Torino, Einaudi.
- ZOLO, Danilo [2002 b], *Teoria e critica dello Stato di diritto*. En: P. Costa, D. Zolo (eds.), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*. Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 17-88.





N O T A S

SEIS ACOTACIONES PRELIMINARES PARA UNA TEORÍA DE LA VALIDEZ JURÍDICA

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero
Universidad de Alicante

1. Validez y normas constitutivas

“**L**os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas –reza el art. 6.3 del Código civil español– son nulos de pleno derecho”. El acto de matar a otra persona, sin que medie una causa de justificación, es indudablemente contrario a una norma imperativa (si formulamos la norma correspondiente como “obligatorio abstenerse de matar”) o prohibitiva (si la formulamos como “prohibido matar”). Sin embargo, produciríamos estupor en cualquier interlocutor si calificásemos el acto de una persona A, consistente en dar muerte a otra persona B, como “nulo de pleno derecho”. Y es que predicados como “nulo de pleno derecho”, y, en general, los derivados de las nociones de validez y nulidad, sólo operan con sentido para calificar acciones (y resultados de acciones) institucionales, entendiendo por tales, de acuerdo con la ya clásica caracterización de Searle¹, aquellas que no son posibles en ausencia de reglas constitutivas, esto es, de reglas que crean la posibilidad de dichas acciones y resultados, acciones y resultados cuyo concepto es lógicamente dependiente de la regla en cuestión. Tal es lo que ocurre con acciones y resultados no como matar y estar muerto (posibles en ausencia de regla alguna y cuyo concepto no depende de ninguna regla) sino con acciones tales como celebrar un contrato, aprobar una ley o dictar una sentencia y con sus correspondientes resultados (contrato, ley o sentencia). Aquí la predicación de validez o nulidad tiene pleno sentido tanto en relación con las acciones (celebración válida de un contrato, aprobación válida de una ley, etc.) como con sus correspondientes resultados (contrato válido, ley válida, etc.).

¹ Searle (1969, 1995).

El que el universo de predicación de validez o nulidad está constituido por acciones y resultados institucionales, en el sentido indicado, es algo que los juristas han intuido tradicionalmente lo suficiente como para usar estos predicados en los contextos apropiados, pero no es algo de lo que, en general, hayan conseguido dar cuenta de una forma articulada que resulte teóricamente satisfactoria. Así, por ejemplo, los civilistas usan la expresión “actos jurídicos” para cubrir acciones institucionales, de las que tiene pleno sentido predicar validez o nulidad, tales como la reclamación de una deuda, la celebración de un matrimonio o de un contrato. Pues bien: un civilista de la talla de Carlos Lasarte define los “actos jurídicos” simplemente como “las conductas o actuaciones humanas, realizadas de forma consciente y voluntaria, a las que el ordenamiento jurídico atribuye cualquier tipo de efectos o consecuencias”² y, en la misma línea, verdaderos maestros del Derecho civil español contemporáneo tales como Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón enfatizan que los actos jurídicos son tales, y no meros hechos, simplemente “porque derivan de una actuación (declaración, conducta) humana realizada con conciencia y voluntad”³. Características estas –conciencia y voluntariedad, atribución por el Derecho de consecuencias jurídicas– que el asesinato o las calumnias, por ejemplo, reúnen perfectamente. Si los juristas han evitado hablar de asesinatos o calumnias válidos o nulos es, pues, por sus intuiciones certeras y no por su aparato conceptual explícito, lastrado por la carencia del concepto de regla o norma constitutiva.

El término “validez” (o “válido”, “inválido”, etc.) parece funcionar como un término de enlace en el siguiente sentido: a veces decimos que determinados resultados (como un contrato, una sentencia, una ley, un acto administrativo...) son válidos o inválidos, apuntando con ello a que de tales resultados se derivan determinadas consecuencias o efectos jurídicos. Y otras veces la predicación de validez apunta a las condiciones o antecedentes de esos resultados (y decimos así que tal testamento es válido porque ha sido otorgado de acuerdo con los requisitos establecidos para ello en el Código civil o que tal contrato es inválido porque uno de los contratantes era menor de edad al momento de la celebración). Quiere ello decir que, a propósito de la validez, podemos referirnos tanto a sus antecedentes o condiciones (o a su negación: a los vicios de la validez) como a sus consecuencias: a cuáles son los efectos de que un cierto resultado institucional sea válido o inválido (o válido o inválido en diversos grados).

² Lasarte (1992), p. 432.

³ Díez-Picazo y Gullón (1994), p. 482.

De acuerdo con la tipología de las normas que elaboramos en *Las Piezas del Derecho*⁴, las normas que establecen las condiciones o antecedentes para la producción o el surgimiento de resultados institucionales deben entenderse como normas constitutivas (categoría que se contrapone a la de las normas regulativas, esto es, a las que estipulan obligaciones, prohibiciones o permisos). Las normas constitutivas presentan una estructura condicional que puede reducirse al siguiente esquema general: si se dan determinadas circunstancias, entonces se produce el resultado institucional R. Este esquema general es, como puede verse sin dificultad, estrictamente equivalente al de Searle: X cuenta como Y en las circunstancias C. Ahora bien: en el caso de los sistemas normativos complejos, tales como el Derecho, es esencial distinguir entre dos tipos de normas constitutivas, según que en el antecedente figure o no una acción (o una serie de acciones: un procedimiento) que ha de realizar un determinado sujeto (o sujetos) para producir el resultado. De manera que hemos de distinguir entre dos tipos de normas constitutivas. El primer tipo está integrado por aquéllas que establecen meramente que si se da un cierto estado de cosas X, entonces se produce un cierto resultado institucional R. Denominamos a las normas de este tipo *normas puramente constitutivas*. El segundo tipo está integrado por aquellas normas cuyo antecedente contiene un elemento ulterior: una acción o procedimiento. De manera que el esquema de estas normas sería el siguiente: si se da el estado de cosas X y un sujeto (o sujetos) Z realiza la acción (o serie de acciones: procedimiento) Y entonces se produce el resultado institucional R. Las normas de este tipo son las *normas que confieren poderes normativos*.

Por otro lado, el resultado institucional (R), tanto de las normas puramente constitutivas como de las normas que confieren poderes puede ser un cambio normativo de alcance ilimitado (o potencialmente ilimitado) respecto de los destinatarios y las acciones o un cambio limitado a acciones o individuos determinados. De esta forma, si combinamos la distinción entre normas puramente constitutivas y normas que confieren poder con el carácter ilimitado o limitado de los cambios normativos introducidos por los resultados obtenemos los siguientes cuatro tipos de normas:

- 1) Normas que confieren poder cuyo resultado es un cambio normativo de alcance ilimitado: leyes, reglamentos, etc.
- 2) Normas que confieren poder cuyo resultado es un cambio normativo de alcance limitado: contratos, fallos judiciales, resoluciones administrativas⁵...

⁴ Atienza y Ruiz Manero (1996).

⁵ Naturalmente, en los tanto en los ejemplos contenidos aquí, como en los referidos a normas que confieren poder cuyo resultado es un cambio normativo de alcance ilimitado, nos

- 3) Normas puramente constitutivas, cuyo resultado es un cambio normativo de alcance ilimitado: costumbres...
- 4) Normas puramente constitutivas cuyo resultado es un cambio normativo de alcance limitado: alcanzar la mayoría de edad, adquirir la condición de heredero...

Esta pluralidad de tipos de normas a partir de las cuales predicamos validez o nulidad explica la variedad de contextos en los que llevamos a cabo predicaciones de validez: hablamos, así, de contratos, leyes o sentencias válidas –por referirnos a los casos más centrales–, pero también de convocatorias, votaciones o reclamaciones válidas, de costumbres válidas, de adquisición válida de una servidumbre por prescripción... Un esquema ordenado de aquello que puede ser calificado como válido o inválido sería el siguiente:

- 1) los resultados institucionales que entrañan la promulgación o derogación de normas generales y abstractas de origen deliberado: leyes, reglamentos...
- 2) los resultados institucionales que entrañan cambios en la situación normativa de individuos determinados respecto de clases de acciones o de acciones determinadas producidos por actos normativos de las autoridades (sentencias judiciales, resoluciones administrativas) o de los particulares (negocios jurídicos).
- 3) los resultados institucionales que entrañan el surgimiento o la extinción de normas generales y abstractas de origen espontáneo: costumbres...
- 4) los resultados institucionales que entrañan cambios en la situación normativa de individuos determinados respecto de clases de acciones o de acciones determinadas producidos por la mera ocurrencia de ciertos hechos: adquirir una servidumbre por prescripción, alcanzar la condición de heredero...

Pero este listado es incompleto, como advertimos en cuanto atendemos a que las normas que confieren poderes establecen, a diferencia de las normas puramente constitutivas, una acción o una serie de acciones (un procedimiento) como condición para la producción del resultado institucional y a que la realización de cada una de estas acciones implica la producción de un resultado institucional digamos intermedio: por ejemplo, la acción de convocar válidamente el Pleno del Congreso por parte de su Presidente para debatir y votar un cierto proyecto de ley implica que dicho Pleno ha que-

referimos a los casos centrales de los resultados institucionales a los que hacemos referencia. Esto es, dejamos de lado tanto, por ejemplo, las llamadas leyes singulares –esto es, aquellas leyes que no contienen normas generales y abstractas, sino meras respuestas a casos individuales–, por una parte, como, por otra, las llamadas sentencias interpretativas (esto es, aquellas sentencias que establecen la interpretación admisible de normas generales y abstractas).

dado válidamente convocado a tales efectos. Obtenemos de aquí un nuevo integrante del universo de predicación de validez o invalidez:

5) Las acciones institucionales que forman parte del procedimiento: consentir, convocar, votar... y sus correspondientes resultados: consentimiento, convocatoria, votación....

El análisis de los dos tipos de normas constitutivas que esbozamos en *Las piezas del Derecho* constituye, pues, nuestro punto de partida para analizar la problemática de la validez⁶. Pero este análisis necesita, creemos, ser afinado, básicamente en el sentido de mostrar cómo deben ser interpretados los diferentes elementos que distinguíamos en estos dos tipos de normas. Veámoslo mediante un ejemplo: el de las normas que confieren poder para establecer normas generales de origen deliberado; en particular, normas legislativas. El esquema de este tipo de normas, como acabamos de recordar, es el siguiente: si se da el estado de cosas X y un sujeto o sujetos Z realizan la acción (o serie de acciones) Y, entonces se produce el resultado institucional R (en este caso, una ley válida). Pues bien: el estado de cosas X comprendería, en el caso de la norma que confiere poder para la producción legislativa, los diversos ámbitos de competencia (ámbitos de validez) de la norma a producir, de la ley: material, personal (los destinatarios), temporal y espacial. La serie de acciones Y equivale al procedimiento complejo de dictar una ley: la serie de actos que tienen lugar, por ejemplo, desde la presentación del proyecto de ley hasta su publicación. Los sujetos Z serían la serie de órganos a los que corresponde efectuar cada uno de la serie de actos que integran ese procedimiento complejo: por ejemplo, el Gobierno en el caso de la presentación del proyecto de ley, la mesa, o el presidente de la cámara, a la hora de convocar una sesión, etc.

El problema que surge con el anterior esquema es que en el mismo no parece haber lugar para el contenido proposicional expresado en el texto de la ley. Y es el caso, sin embargo, que, por ejemplo, las reglas constitucionales que confieren el poder de legislar imponen límites al contenido admisible de las leyes. Así, por ejemplo, el legislador orgánico puede, de acuerdo con ellas, legislar en materia de derechos fundamentales, pero, al hacerlo, debe respetar el “contenido esencial” de los mismos. Desde luego, alguien podría decir que cualquier cuestión de “contenido” puede, en un sentido, reconducirse a una cuestión de “materia” y decir, por ejemplo, que el legislador orgánico puede legislar respecto de toda la “materia” “derechos

⁶ La vinculación de la teoría de la validez con la teoría de las fuentes es, pues, obvia. Aguiló (2000), usando el esquema de la distinción entre normas que confieren poder y normas puramente constitutivas, conectó brillantemente esta distinción con la que suele trazarse entre fuentes-acto (cuyo ejemplo paradigmático es la legislación) y fuentes-hecho (cuyo ejemplo paradigmático es la costumbre).

fundamentales”, pero que no puede hacerlo respecto de la “materia” “contenido esencial” de los mismos. Pero esta sería una forma de hablar cuanto menos confusa, ya que el legislador orgánico sí puede legislar en materia de contenido esencial de los derechos fundamentales (sin ir más lejos, para establecer medidas de protección o de tutela de dicho contenido esencial). Parece bastante más claro decir que el legislador lo que no puede es dictar una norma, en materia de derechos fundamentales, cuyo contenido vulnere el “contenido esencial” de tales derechos. Parece, pues, conveniente, reservar el término “materia” para hacer referencia a aquello (a aquella porción del mundo) sobre la que se legisla y “contenido” para hacer referencia al significado del texto mediante el que se legisla. De otro lado, parece claro que cuál sea la “materia” sobre la que decimos que versa una norma es cuestión que depende de cuál sea la ordenación del mundo de la que partamos y que una misma norma puede verse, según la perspectiva desde la que dividamos el mundo, como reguladora de materias diferentes: por ejemplo, de una ley que ordene la adopción de un mecanismo “de cremallera” entre personas de diferente sexo a la hora de confeccionar candidaturas electorales, podríamos entender, sin que ninguna de las dos posibilidades tenga mejor título que la otra, bien que su materia es el régimen electoral o bien que lo es la promoción de la mujer. Pero, en todo caso, parece claro que una cosa es acerca de qué (de qué porción del mundo, lo que dependerá de la perspectiva adoptada) versa una norma y otra cosa es la manera, el cómo (con qué contenido proposicional), esa norma regula esa porción del mundo. Parece, pues, que a nuestro esquema inicial debe añadirse al elemento X (estado de cosas, en el que incluimos la materia), al elemento Z (sujeto o sujetos), y al elemento Y (acción o procedimiento) un nuevo elemento C, con el que aludiríamos al contenido (o a los límites de contenido). De manera que el esquema vendría a ser, finalmente, el siguiente: si se da el estado de cosas X y los sujetos Z realizan la serie de acciones (el procedimiento) Y dando lugar a un contenido C, entonces se produce el resultado institucional R (esto es, en el caso que nos ocupa, una ley válida).

2. Normas constitutivas y proposiciones anankásticas. Los límites de la analogía y la peculiaridad del mundo institucional

En *Las piezas del Derecho* explicamos las normas constitutivas como el análogo, en el mundo institucional, de lo que son las proposiciones anankásticas respecto del mundo natural. En relación con el mundo natural, las proposiciones anankásticas dan cuenta de que la ocurrencia de ciertos hechos es condición necesaria y/o suficiente de la ocurrencia de otros ciertos hechos: por ejemplo, que, en condiciones normales de presión, el que el agua alcance 100° C de temperatura, es condición necesaria y suficiente para que el

agua entre en ebullición. Análogamente, las normas constitutivas establecen, respecto del mundo institucional, que la ocurrencia de ciertos hechos, junto con (eventualmente: en el caso de las reglas que confieren poderes) la realización de ciertas acciones, es condición necesaria y/o suficiente de la producción de ciertos resultados institucionales o cambios normativos.

Esta analogía es, a nuestro juicio, fecunda, porque permite ver cómo unas y otras –proposiciones anankásticas y normas jurídicas constitutivas, especialmente normas que confieren poderes– son usadas por los sujetos interesados en ellas: bajo la forma de reglas técnico-naturales, en el primer caso (que indican cómo producir determinados resultados naturales o cambios en el mundo natural) y bajo la forma de reglas técnico-institucionales, en el segundo (qué indican cómo producir determinados resultados institucionales o cambios normativos). Pero el acento debe desplazarse ahora, más bien, hacia la consideración de los límites de la analogía. Y estos límites son básicamente tres, que corresponden, o derivan, de otras tantas peculiaridades de la realidad jurídico-institucional –*constituida* para servir a ciertos propósitos mediante las reglas constitutivas– frente a la realidad natural –*descrita* mediante las proposiciones anankásticas. La primera es la posibilidad de lo que podríamos llamar el *éxito tramposo*, posibilidad ausente en el mundo natural. Si, en circunstancias normales, el agua no alcanza los 100° C, sencillamente no entrará en ebullición. Análogamente, podríamos decir que un documento no es un testamento ológrafo a menos que haya sido escrito de puño y letra por el testador (a quien llamaremos A) y no, digamos, por una tercera persona (B) que suplanta su personalidad. Pero supongamos que B lo hace de forma tan perfecta que, una vez fallecido A, el manuscrito falsificado por B cuente de forma no controvertida como el testamento de A. Y el “contar como” es la medida del éxito en el mundo institucional. La segunda característica importante es que los cuatro elementos que hemos distinguido en el antecedente del esquema de las normas que confieren poder (X o estado de cosas, Z o sujeto u órgano, Y o acción-procedimiento, C o contenido) pueden estar, a su vez, regulados por normas regulativas, que establecen obligaciones, prohibiciones o permisos, lo que no ocurre en el ámbito de la realidad natural (si se parte, se entiende, de una concepción no animista de la misma). Por ejemplo, el Gobierno sólo puede emitir decretos-leyes si es un componente del estado de cosas X el que las materias que pretende regular mediante este instrumento se encuentran en una situación “de extraordinaria y urgente necesidad” de intervención normativa, estándole prohibido en los demás casos. La tercera característica –que viene a confluir con las dos anteriores– es que, si se trata de sistemas institucionalizados como el Derecho, el que algo sea dejado de lado como un resultado normativo meramente aparente (nulo, en un cierto sentido que se precisará seguidamente), o reco-

nocido como un resultado genuino, o, dentro de los resultados genuinos, el que sea visto como un resultado plenamente válido (*regular*) o como afectado de algún tipo de *irregularidad* (en relación con lo cual el Derecho prevé diferentes consecuencias según la entidad de dicha irregularidad) depende del pronunciamiento autoritativo de ciertos órganos. Dichos órganos deben, de acuerdo con el Derecho, realizar dichos pronunciamientos atendiendo, desde luego, a que se hayan cumplido las diversas condiciones que el Derecho establece como requisitos de la producción válida del resultado de que se trate, pero dichos pronunciamientos son vinculantes (y, si se trata de órganos de última instancia, definitivamente vinculantes) aun cuando, desde dicha perspectiva, sean equivocados o incorrectos.

¿Cuáles son los requisitos mínimos para que un acto que presente cierta apariencia de ser un caso de uso de una regla que confiere poder produzca ciertos efectos jurídicos, al menos el efecto mínimo de necesitar ser anulado por un órgano investido de autoridad para no producir los efectos que pretende? En un trabajo reciente, Bruno Celano ha sostenido que este problema marca los límites del normativismo como enfoque: que en este punto “el paradigma nomodinámico debe ceder el paso a, o de algún modo conjugarse con, un paradigma teórico distinto: el paradigma convencionalista”⁷. Y es que, en efecto, resulta inútil buscar en el sistema jurídico mismo⁸ una respuesta a esta cuestión. El que un acto cuente como jurídico en el sentido mínimo de requerir un pronunciamiento de un órgano para dejar de contar como tal depende de creencias, prácticas, etc. que es imposible reconstruir con precisión. Pueden proporcionarse, desde luego, ciertos ejemplos indudables, pero nada más. Parece, por ejemplo, que carecería de cualquier efecto jurídico una “ley” en la que las Cortes españolas “legislaran” sobre la forma de llevar a cabo las ejecuciones en las prisiones del Estado de Florida; o una “sentencia” dictada por un subdelegado del Gobierno; o una “ley” que no hubiese sido dictada por las Cortes, sino por una Asamblea de Amnistía Internacional.

En los ejemplos anteriores, se trata de productos que, ni siquiera *prima facie*, aparecen como instancias de aquello que pretenden ser (esto es, de leyes o de sentencias españolas). Pero podemos imaginar muchos otros en los que *prima facie* sí se da esta apariencia y respecto de los cuales, para que no cuenten como aquello que pretenden ser, es preciso un pronunciamiento de un órgano de control investido de autoridad. Pensemos, por volver a un ejemplo propuesto páginas atrás, en el caso del testamento

⁷ Celano (2001) ,p. 424.

⁸ Véase, más adelante, la distinción entre el Derecho como sistema y el Derecho como práctica.

ológrafo hábilmente falsificado: sin un pronunciamiento judicial sobre su falsedad, contaría como aquello que pretende ser. O pensemos en un texto, promulgado como ley, que no hubiera obtenido en el parlamento la mayoría requerida. En todos estos supuestos, el órgano de control debería rechazar tales productos como los resultados institucionales que pretenden ser: debería considerarlos *constitutivamente inválidos* o, si se prefiere, *jurídicamente inexistentes*. Pero su intervención sería necesaria para que no desplegaran sus efectos, a diferencia de lo que ocurriría con los ejemplos extravagantes (la “ley” española sobre las ejecuciones en Florida, la “sentencia” del subdelegado del gobierno, etc.) que poníamos hace un momento. La *existencia* o *validez constitutiva* es lo que suele llamarse un *concepto clasificatorio*, esto es, un concepto que posibilita meramente la adscripción a una clase: ello no excluye, naturalmente, la posibilidad de casos dudosos o controvertibles, pero algo que se presenta como una instancia, un caso individual, de un cierto resultado institucional genérico (como testamento o ley) o es considerado o no es considerado (sin que quepa tercera posibilidad o gradualidad alguna), como tal instancia del correspondiente resultado institucional. De las cuestiones de *existencia* o *validez constitutiva* deben distinguirse las cuestiones de *regularidad* o *validez regulativa*. El planteamiento de estas cuestiones presupone la existencia o validez constitutiva del resultado institucional de que se trate, esto es, que ese resultado institucional debe ser considerado como una instancia de aquello de lo que pretende constituir una instancia: por seguir con los ejemplos, de testamento o de ley. De lo que se trata es de si un resultado institucional existente como tal contiene defectos, respecto del sujeto u órgano, de la materia, del procedimiento o del contenido, por haber violado alguna norma regulativa referida a alguno de estos cuatro elementos. La *regularidad* o *validez regulativa* es, a diferencia de la *existencia*, un *concepto* no meramente clasificatorio sino *comparativo*: no se aplica mediante un mero par válido/inválido, sino mediante una escala gradual que abarca desde la validez plena en un extremo a la nulidad de pleno Derecho en el otro (en el caso de vicios de validez extremadamente graves), pasando, según la entidad de los mismos, por la anulabilidad y (al menos en el ámbito del Derecho público) los llamados vicios no invalidantes.

Algunos ejemplos de vicios de validez (regulativa) serían los siguientes. Por lo que hace a la materia (y el mismo ejemplo serviría, visto desde otro ángulo, para el órgano) pensemos en una ley estatal que invade competencias exclusivas de una comunidad autónoma⁹, o, por lo que hace al procedimiento, que ha sido aprobada sin admitir a trámite las enmiendas de un

⁹ Alguien podría decir que las Cortes españolas son tan incompetentes para legislar sobre materias de Florida como sobre materias reservadas a la exclusiva competencia de una Comu-

cierto grupo parlamentario que, de acuerdo con el reglamento de la cámara, hubieran debido admitirse a trámite. Y, por lo que hace al contenido, repárese en el siguiente ejemplo, que nos servirá también para mostrar los límites de los mecanismos de control de la regularidad: ¿qué ocurriría con una ley dictada por las Cortes, de acuerdo con el procedimiento constitucionalmente establecido, que supusiera una violación flagrante de la Constitución: que estableciera, por ejemplo, la pena de muerte, en tiempos de paz, para los delitos de terrorismo? De entrada, cabe decir, con entera razón, que esta ley debería ser anulada por el Tribunal Constitucional. Pero supongamos que el Tribunal Constitucional actúa de forma contraria a sus deberes y declara esta ley conforme con la Constitución. De acuerdo con el antecedente de la regla que confiere poder para legislar y de acuerdo con el antecedente que confiere al Tribunal Constitucional poder para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, tal ley y tal sentencia serían irregulares (esto es, regulativamente inválidas). Pero el resultado institucional de ambas resultaría inatacable mediante procedimientos jurídicos. Y el juez al que correspondiera enjuiciar un caso en el que la ley resultara aplicable se encontraría en la disyuntiva de o bien ser fiel a la Constitución, en cuanto que proscribiera la pena de muerte, o bien ser fiel también a la Constitución, pero en cuanto que ordena la obediencia a las autoridades instituidas por ella misma, y, en especial, la vinculación de los tribunales ordinarios a la interpretación de la Constitución llevada a cabo por el Tribunal Constitucional. El sistema jurídico mostraría, en este caso, contener una tensión irresuelta respecto de los criterios últimos de validez jurídica. Y la posibilidad de una tensión de este género no puede quedar nunca excluida en un sistema cuyas normas supremas tengan un contenido distinto del puro conferimiento de poderes, y reclamen obediencia para ellas mismas y también para las autoridades que ellas mismas instituyen.

3. La distinción entre validez constitutiva y validez regulativa sólo tiene sentido en el contexto de sistemas desarrollados

En órdenes normativos prejurídicos, o en formas embrionarias de sistema jurídico, los juicios de validez, o bien no tienen sentido, o bien revisten una menor complejidad. Lo primero es seguramente lo que ocurriría con un sistema (si es que en tales condiciones puede hablarse de 'sistema') integrado solamente por normas consuetudinarias de conducta (un régimen

nidad Autónoma. En cierto sentido ello es, desde luego, así. Pero no debe olvidarse que, de acuerdo con el Derecho, así como en el primer caso fracasaría en su empeño, en el segundo conseguiría los efectos que pretende conseguir, salvo que la ley fuera anulada por el Tribunal Constitucional.

exclusivo de normas primarias en el sentido de Hart). No podría hablarse de normas jurídicas como algo diferente de las normas sociales en general y no parece que pudiera hablarse ni de validez como existencia institucional, ni de validez como regularidad. La validez como existencia institucional presupone alguna diferencia con la mera existencia social; pero semejante contraste entre existencia social y existencia institucional no puede darse en un régimen de este tipo. Tampoco, a mayor abundamiento, puede hablarse de validez como regularidad: las normas regulativas que se usan para llevar a cabo el juicio de validez no son meras normas de conducta, sino que presuponen la posibilidad de constituir resultados institucionales diferenciados de las meras existencias sociales. Si un sistema normativo (en el caso de que realmente pudiera hablarse de 'sistema' en tales casos) no contiene esa doble articulación, entre normas primarias de conducta y normas secundarias que constituyen la posibilidad de la producción (o del surgimiento) de resultados institucionales, por un lado, y que operan como parámetros desde los que juzgar la regularidad de los mismos, no se plantean problemas de validez.

Más interesante es el supuesto constituido por algo que es ya indiscutiblemente un sistema jurídico (aunque no desarrollado): un sistema integrado exclusivamente, en su vertiente regulativa, por normas consuetudinarias, pero en el que hubiera jueces encargados de resolver autoritativamente las disputas usando esas normas consuetudinarias como fundamento de sus resoluciones. Este sistema sí que contaría con una doble articulación aunque, si se quiere, empobrecida por el hecho de que no hay en él normas secundarias que posibiliten el cambio deliberado. Pero hay en él normas de adjudicación y una regla de reconocimiento (por más que tuviese un carácter bastante rudimentario). En él contarían como normas válidas para la resolución autoritativa de las disputas todas las normas consuetudinariamente establecidas. Quiere ello decir que, respecto de las normas, en este sistema no cabría la distinción entre validez como existencia y validez como regularidad (aquí, validez y existencia significan lo mismo): ninguna costumbre puede ser regulativamente válida o inválida, porque el sistema carece de parámetros regulativos de validez. Las decisiones de los jueces, en cambio, sí serían susceptibles de análisis en términos de la distinción anterior: pues una cosa es que algo cuente como decisión judicial (que sea constitutivamente válido como tal) y otra que sea una decisión correcta de acuerdo con el sistema (regulativamente válida): las normas consuetudinarias –junto con las normas que confieren a un cierto sujeto el poder de actuar como juez– proporcionan aquí los parámetros de corrección o validez regulativa.

4. Juicios de validez y regla de reconocimiento

Los juicios de validez, tanto constitutiva como regulativa, se refieren, en última instancia, a la regla de reconocimiento del sistema de que se trate. Esta noción de ‘regla de reconocimiento’ debe entenderse, a nuestro juicio, con las tres siguientes precisiones. En primer lugar, que los criterios últimos de validez jurídica contenidos en la regla de reconocimiento no tienen por qué ser exclusivamente criterios autoritativos o de pedigrí, sino que –como ya indicara Carrió¹⁰ hace más de tres décadas y aceptara el propio Hart en el *postscriptum* a *The Concept of Law*¹¹– la regla de reconocimiento puede integrar asimismo criterios de naturaleza sustantiva y, en particular, criterios morales. Esta tesis es, como se sabe, el eje vertebrador de la nueva e influyente modalidad de positivismo jurídico que se conoce con el nombre de ‘positivismo incluyente’. En segundo lugar, que las cadenas de validez no se limitan a los procedimientos de delegación, sino que vienen determinadas también por relaciones de deducibilidad y de coherencia. Y, en tercer lugar, que la *validez* debe distinguirse de la *pertenencia al sistema jurídico* y de la *obligatoriedad* (o permisividad) de utilizar determinados enunciados (determinados materiales) en la práctica justificativa. Los tres conceptos (los tres juicios: de validez, de pertenencia al sistema y de obligatoriedad o permisividad) dependen del de regla de reconocimiento, pero de manera distinta. A su vez, la distinción anterior presupone la que puede trazarse entre el Derecho considerado como sistema o como práctica (o conjunto de prácticas).

El *sistema jurídico* es un conjunto de enunciados de carácter normativo y no normativo (como es el caso de las definiciones legales) cuyos integrantes reúnen ciertos requisitos: 1) Se trata de enunciados normativos y no normativos bien *independientes* –aquellos a los que remite directamente una determinada regla de reconocimiento–, bien *derivados de los anteriores* mediante procedimientos autoritativos –esto es, mediante el uso de reglas que confieren poderes de producción normativa– o mediante criterios de inferencia lógica o de coherencia axiológica; 2) tienen cierto carácter “productivo”, esto es, pueden ser utilizados en un número potencialmente ilimitado de ocasiones: por ejemplo, tal norma del Código Civil, o de la Constitución, contribuye a fundamentar un número potencialmente ilimitado de actos pertenecientes a la práctica justificativa, de la misma manera que una regla gramatical contribuye a producir un número potencialmente ilimitado de actos gramaticalmente correctos (de actos consistentes en aplicar el código

¹⁰ Carrió (1970 –en 1986, IV- y 1981).

¹¹ Hart (1994).

de la lengua) o una regla lógica, un número potencialmente ilimitado de argumentos (lógicamente válidos).

Ahora bien, además de como un *sistema*, el Derecho puede concebirse también como una *práctica social compleja*: la práctica jurídica que consiste en decidir casos y en justificar esas decisiones, en producir nuevas normas, en asesorar a alguien sobre cómo hacer para producir tal cambio normativo, etc. La práctica rebasa, naturalmente, al sistema, de la misma manera que ocurre con el habla respecto de la lengua, o con la práctica de la argumentación respecto a las reglas de la lógica. Así, la práctica de la justificación judicial utiliza –en cuanto ingredientes necesarios de la misma, en cuanto fundamentos justificativos– elementos como puede ser un determinado contrato, una norma de otro sistema jurídico o una generalización empírica proveniente de una determinada ciencia o conocimiento no científico que, naturalmente, no forman parte del sistema jurídico de referencia.

Pues bien, la validez no es lo mismo que la pertenencia al sistema, puesto que, como hemos visto, los resultados institucionales de alcance limitado (como un contrato o la adquisición de una servidumbre) suelen ser calificados como válidos o inválidos, pero no pertenecen al sistema (por la restricción que implica el requisito 2) . No todo lo que calificamos de válido pertenece al sistema, pues esto último supone el requisito adicional del alcance potencialmente ilimitado. Y no todos los enunciados que deben (o pueden) ser usados en una práctica justificativa como premisa de fundamentación son enunciados válidos (porque no son necesariamente el consecuente de una norma constitutiva ni derivan del mismo por razones de inferencia deductiva o de coherencia) ni enunciados pertenecientes al sistema. Podríamos decir que los enunciados válidos son un subconjunto de los enunciados que se debe (o se puede) utilizar como fundamentación y que los enunciados pertenecientes al sistema son un subconjunto de los enunciados válidos.

5. Nulidad y sanción

Una teoría de la validez consiste básicamente (por su carácter, al que antes nos hemos referido repetidamente, de término de enlace) en una teoría de los requisitos de la validez (y de su opuesto: de los vicios de validez) y en una teoría de las consecuencias de la validez (y de su opuesto: de las consecuencias de sus vicios: una teoría de la nulidad). Las clasificaciones que se hacen de tipos de vicios (por ejemplo, la de Guastini¹²) vienen a coincidir con cada uno de los elementos distinguidos en el antecedente: por ejemplo, vicios materiales (en X), vicios de competencia (Z), vicios procedimentales

¹² Guastini (1993), pp. 51 ss. , (1995), pp. 146 ss.; (1999), pp.331 ss.

(Y) y vicios de contenido (C). Y, por su lado, la entidad de los vicios de validez determina consecuencias de mayor o menor gravedad: desde la nulidad radical o de pleno Derecho a la mera presencia de vicios no invalidantes, pasando por la anulabilidad.

¿Puede verse aquí un paralelismo con lo que, en el campo de las normas regulativas, sería la teoría de los ilícitos y la teoría de la sanción? Las relaciones entre sanción y nulidad constituyen uno de los temas en los que hay mayores discrepancias entre los teóricos del Derecho y los juristas. Los primeros, siguiendo un famoso pasaje de Hart¹³, suelen negar enfáticamente que la nulidad sea una forma de sanción. La razón aducida por Hart es que las normas que confieren poderes normativos no pretenden disuadir a sus destinatarios de que lleven a cabo actos que no satisfagan en cuanto a su forma las exigencias jurídicas, esto es, que no constituyan actos de uso de una norma que confiere poder. Por ejemplo, la norma que confiere el poder para testar no pretende disuadir a la gente de que mantenga conversaciones informales sobre su voluntad relativa al destino de sus bienes tras su muerte. Sencillamente, no reconoce estas conversaciones informales como testamento. Y la norma que condiciona la producción del resultado institucional “ley” a la obtención de una cierta mayoría no pretende disuadir a los parlamentarios de que voten en contra de los proyectos de ley que se les presenten. Sencillamente, niega la cualidad de ley a los proyectos que no hayan obtenido la mayoría requerida. Pero, como muestran estos ejemplos, en lo que Hart está pensando –y tiene, desde luego, respecto de ello, toda la razón– es en actos que no pretenden ser casos de ejercicio de un poder normativo. Pero la cosa es bien distinta cuando se trata de actos que se presentan al menos *prima facie* o *de entrada* como casos de ejercicio de un poder normativo y que al hacerlo así pretenden dar lugar a un resultado institucional, que bien implique un cambio en el universo de las normas generales, bien en la situación normativa de individuos determinados. Cuando se trata de actos con esta pretensión –o, lo que es lo mismo, de actos que superan el umbral más allá del cual es necesario un pronunciamiento autoritativo para su anulación– la nulidad (en sus diversos grados) cumple un papel análogo al de la sanción en relación con las normas regulativas. Si una función central de la sanción es el de prevenir la comisión de conductas indeseables, una función central de la nulidad (en sus diversos grados) es la de prevenir la introducción de resultados indeseables en el Derecho. Y también la nulidad implica, como la sanción, un juicio de reproche: lo reprochado aquí es que no se ha usado correctamente la norma que confiere el poder normativo de que se trate. Naturalmente, este reproche puede verse acompañado o no

¹³ En el tercer capítulo de *The Concept of Law* (Hart, 1961).

de otro reproche de naturaleza distinta, esto es, del que se deriva de haber violado una norma regulativa. No se produce este segundo reproche, por ejemplo, cuando un negocio jurídico resulta ser nulo como consecuencia de algún mero defecto de forma y sí se produce (podríamos decir, en su grado máximo) en aquellos supuestos en los que la raíz de la invalidez se halla en la comisión de un ilícito penal como ocurre, por ejemplo, en los casos de sentencias o resoluciones prevaricadoras: en estos últimos casos el mismo acto puede verse –utilizando la norma que confiere poder como esquema de interpretación– como afectado de un grave vicio de validez y –si el esquema de interpretación viene aportado por la correspondiente norma regulativa– como constitutivo de un ilícito penal.

Pero, del mismo modo que, utilizando los términos *primario* y *secundario* en el sentido en que indica ordenación temporal de su entrada en juego, en el contexto de las normas regulativas distinguimos entre normas primarias (las que establecen lo que está prohibido, es obligatorio o está permitido hacer o no hacer) y de normas secundarias (las que establecen lo que debe hacerse en el caso de que se haya violado una norma primaria, esto es, se haya cometido un ilícito) también cabría distinguir, en el contexto de la validez, de las normas constitutivas, entre normas primarias (las que establecen las condiciones para la producción de resultados institucionales válidos), y normas secundarias (las que establecen las consecuencias en el caso de que se haya incumplido alguno de los requisitos señalados).

6. Juicios de validez, interpretativos y de aplicabilidad

Los juicios de validez son, vistos como orientados hacia el antecedente, juicios de relación entre resultados institucionales y normas. Por ejemplo, afirmar que una ley o un testamento son válidos significa, si se entiende el juicio como orientado hacia el antecedente o implica, si se entiende el juicio como orientado hacia el consecuente, que se ha cumplido con determinados requisitos (o sea, se pone en relación la ley con las normas constitucionales que fijan esos requisitos o el testamento con las normas del Código civil que hacen lo propio) y, en consecuencia, se les reconocen ciertos efectos (por haber cumplido tales requisitos, o haberlos cumplido hasta un cierto grado). Los juicios de validez guardan una estrecha conexión con los juicios interpretativos y con los juicios de aplicabilidad, pero no son lo mismo. Como se acaba de decir, un juicio de validez es un juicio de relación entre resultados institucionales y normas: establece que un resultado institucional (por ejemplo, una norma) es válido porque reúne los requisitos establecidos por las normas referidas a su producción. Un juicio interpretativo, por su parte, señala que un término o enunciado de una norma debe entenderse en tal o cual sentido. Y, finalmente, un juicio de aplicabilidad determina que el

caso tal cae bajo (resulta subsumible en) el supuesto de hecho de la norma de que se trate.

Tal vez valga la pena ilustrar estas distinciones con un ejemplo: en el famoso caso Kalanke, lo que se planteaba era el problema de si era o no válida una determinada norma de una ley del Estado de Bremen que establecía una discriminación positiva a favor de la mujer para acceder (frente a un varón) a un puesto de tal categoría. El tribunal europeo llegó a la conclusión de que no era válida, porque comparó esa norma (lo que se discutía era una cuestión –un requisito– de contenido) con una directiva comunitaria de 1976 y encontró que la norma alemana había infringido el requisito de “igualdad de oportunidades”, que el tribunal interpreta en un cierto sentido (como igualdad en el punto de partida, no en el de llegada). En un caso posterior, el caso Marshall, lo que se planteó fue si una norma (también en este caso de un Land alemán) contradecía también aquel artículo de la directriz del 76. El tribunal entendió que no, porque aquí había una circunstancia que hacía que el nuevo caso fuera distinto al caso Kalanke, a saber, que la preferencia que se daba a la mujer frente al varón, para acceder a un puesto de superior categoría, no tenía un carácter mecánico

En ambos casos, el tribunal, para resolver el problema de validez, se planteó problemas interpretativos: cómo había que entender el artículo de la directiva comunitaria y los artículos de las leyes alemanas en discusión. Pero conceptualmente la distinción entre problemas de validez y problemas de interpretación parece estar razonablemente clara. Otro tanto podría decirse respecto a los problemas de validez y de aplicabilidad. Una norma puede ser válida pero no aplicable (el supuesto de hecho que regula no permite que en el mismo se subsuma la situación que se trata de juzgar). Y por supuesto, puede ser aplicable pero no válida (como ocurrió con la norma del Estado de Bremen en el caso Kalanke).

Referencias

- AGUILÓ (2000): Josep Aguiló : *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Ariel, Barcelona.
- ATIENZA y RUIZ MANERO (1996). Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.
- CARRIÓ (1981): Genaro R. Carrió: *Dworkin y el positivismo jurídico*, UNAM, México.
- CARRIÓ (1986, IV): Genaro R. Carrió: “Principios jurídicos y positivismo jurídico” (1970) en Genaro R. Carrió: *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- CELANO (2001): Bruno Celano: “Justicia procedimental pura y teoría del Derecho”, en *Doxa*, n° 24.

- DÍEZ PICAZO y GULLÓN (1994): Luis Díez Picazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 8ª ed., Tecnos, Madrid.
- GUASTINI (1993): Riccardo Guastini: *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano.
- GUASTINI (1995): Riccardo Guastini: *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Torino.
- GUASTINI (1996): Riccardo Guastini: *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino.
- HART (1961): Herbert L. A. Hart: *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford.
- HART (1994): Herbert L. A. Hart: "Postscript" a *The Concept of Law*, 2ª ed. A cargo de Penélope A. Bulloch y Joseph Raz, Clarendon Press, Oxford.
- LASARTE (1992): Carlos Lasarte Álvarez: *Principios de Derecho civil*. Tomo 1, Trivium, Madrid.
- SEARLE (1969): John R. Searle: *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, New York.
- SEARLE (1995): John R. Searle: *The Construction of Social Reality*, The Free Press, New York.



DOXA 26 (2003)

DERECHOS Y FRONTERAS

La condición de extranjero como rasgo inmutable de las personas: una revisión crítica de las prácticas actuales de exclusión de extranjeros¹

Victoria Roca
Universidad de Alicante

I. Introducción

Al igual que ocurre con otras muchas dicotomías que se han sucedido a lo largo de la historia, la dicotomía ciudadano/extranjero puede ser cuestionada a la luz de la exigencia moral de la igualdad de trato. Someter a consideración esta distinción implicará por un lado revisar algunas ideas acerca de nuestras prácticas en relación con el fenómeno inmigratorio que, si bien se hallan muy asentadas no por ello dejan de ser menos perturbadoras, y, por otro, subrayar las complejidades normativas –así como fácticas– que surgen cuando tratamos de implementar el mencionado principio de igualdad.

1. El objetivo del presente trabajo es introducir aunque sea de forma muy tentativa algunas reflexiones acerca de las políticas en relación con la inmigración tomando para ello como referencia las perspectivas abiertas en uno [...] de los debates de mayor interés que actualmente tienen lugar en la filosofía política: el debate acerca de la legitimidad de los Estados una vez puesta en duda su eficacia –en un mundo económicamente globalizado– como agentes responsables de la protección e implementación de los derechos humanos². Sin duda, el llamado Estado-Nación ha jugado históricamente un rol muy importante tanto en el proceso de democratización de muchas sociedades occidentales³ como en el diseño y puesta en práctica del modelo de Estado social (*Welfare State*). Sin embargo, pudiera ser que el desarrollo de nuestras sociedades haya tomado un curso tal que el modelo de Estado-Nación que

¹ Un borrador de este trabajo fue presentado bajo el título de *Rights and Borders (Alienage as an immutable characteristic: current practices on alien exclusion under scrutiny)* en la III sesión de las *PhD Euroconferences on Legal Theory* celebrada en Génova del 14 al 16 de Noviembre de 2003.

² En este sentido puede verse FERRAJOLI 1999: 55-58, 116-119.

³ Véase HABERMAS 1990: 619-643.

implica la división del territorio a partir de fronteras políticas carezca de o, al menos, haya visto minada de alguna forma sustantiva su legitimidad moral.

En efecto, en relación con las prácticas que discutiré en este trabajo, podría suceder que en nuestro tiempo, más que nunca, se haya puesto de manifiesto el carácter moralmente sospechoso de la distinción extranjero/nacional trazada por los sistemas jurídicos nacionales⁴ (incluyendo aquí el caso de organizaciones políticas más complejas como la Unión Europea). O, para expresarlo en términos que supongan un desafío menor a este modelo de organización social, acaso exista un imperativo moral que nos conmina a reconsiderar al menos algunos aspectos de la división política del mundo así como de otras estructuras sociales que pudieran estar dando soporte a distribuciones injustas de recursos y oportunidades básicas. En pocas palabras, me parece que de alguna forma estamos obligados a reconsiderar las causas de la distribución actual de riqueza y de poder que vienen a colocar a una gran mayoría de seres humanos muy lejos de que se respeten en relación con ellos las condiciones de vida protegidas, entre otros, por el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

2. Debemos, pues, enfrentarnos a la cuestión de cómo satisfacer la exigencia moral de igualdad de oportunidades en términos como los conceptualizados, por ejemplo, en la obra de Amartya Sen⁵. Y, quizá en una clave más abstracta pero también más esclarecedora, ello nos compele asimismo a enfrentar las complejidades que surgen del principio de dignidad, valor recogido como fundamental –al margen de todas sus oscuridades teóricas– en muchas Constituciones de las democracias occidentales y en proyectos constitucionales como el de la Unión Europea⁶.

3. En su trabajo *Derecho de gentes*⁷, Rawls enumera las causas de los flujos migratorios sin entrar, sin embargo, en un análisis profundo de las políticas de control de los mismos limitándose a sugerir meramente que tales causas desaparecerían en una “utopía realista de sociedad de pueblos libe-

⁴ Véase HIERRO 1995: 137-145 y ATIENZA 2001: 203-209.

⁵ Véase las nociones de capacidades y autonomía [*agency*] en su trabajo *Desarrollo y libertad* (2000).

⁶ Véase el *Proyecto de Constitución Europea*, Salónica, Junio, 2003, parte II, Derechos fundamentales de la Unión, Preámbulo y Título I, artículo II.1.

⁷ RAWLS 1999: 8-9.

rales o decentes” (*realistic utopia of society of liberal and decent Peoples*). También se echa de menos en su análisis, en mi opinión, la consideración de uno de los factores principales de los movimientos migratorios en nuestros días –al que sólo se refiere de forma indirecta y a otros propósitos de su argumentación–, a saber, las tiranías de poder económico –que son el resultado de desarrollos históricos de ciertas estructuras de mercado– y las sociedades sometidas a ellas⁸.

En el presente trabajo, y bajo la luz arrojada por el principio de igualdad de oportunidades o, en última instancia, por el principio de dignidad de la persona entendido éste en un sentido igualitarista, me centraré en el problema de los refugiados por razones económicas⁹. Entiendo que el caso de quienes emigran a terceros países en busca de mejores condiciones materiales de vida plantea retos más importantes a nuestras políticas que el de los denominados refugiados políticos. Aunque las condiciones para considerar a alguien como un refugiado político se han endurecido actualmente (los líderes políticos europeos establecieron hace unos meses una lista de países que debían ser considerados “seguros” a los efectos de concesión de tal *status*¹⁰), me parece, sin embargo, que en el marco de tales políticas aceptar que alguien es verdaderamente un refugiado político tiene como consecuencia aceptar a tal persona en una de las comunidades políticas liberales (al menos en la medida en que el número de refugiados políticos continúe no siendo excesivamente elevado). Pero no es éste el proceder cuando lo que está en juego son intereses relativos a la calidad de vida de quien emigra a un tercer país: tal es el caso de los que –recogiendo una terminología extendida– antes he denominado refugiados por razones económicas. De ahí que someter a examen estos supuestos pueda presentarse, creo, como el mejor test posible a partir de cuyos resultados, perturbadores en muchos puntos, se requeriría acaso inyectar cierto renovado impulso moral a nuestras políticas de fronteras.

4. Cuando sometemos a consideración los flujos migratorios hay otra distinción que resulta también relevante: la distinción entre políticas de entrada y políticas de integración. Se trata, sin embargo, de una distinción poco nítida. Las políticas de integración suscitan cuestiones tales como el debate acerca de la naturaleza de la ciudadanía, las implicaciones del multiculturalismo, el reclamo de igualdad de derechos para todos aquellos que viven en una misma comunidad política (igualdad en el acceso a las

⁸ RAWLS 1999: 106.

⁹ Véase SINGER 1995: 308-328

¹⁰ Pueden verse en este sentido las críticas de Habermas a las restricciones legales en Alemania a comienzos de los 90 en HABERMAS 1993: 149-153.

prestaciones sociales, al trabajo e igual disfrute de los derechos y deberes de la vida política). Las políticas de entrada están relacionadas con problemas tales como, por una parte, qué requisitos satisfacer para ser aceptados ya sea simplemente en el territorio o, finalmente, en la comunidad (requisitos que, por cierto, no dependen todos ellos en su posibilidad de cumplimiento de quienes desean entrar a un determinado país), y, por otra parte, con las condiciones a ser también satisfechas para no ser expulsado (como veremos, quienes pasan a naturalizarse como ciudadanos de un país o disfrutan de un permiso temporal o permanente de residencia deben cumplir el requisito de “buen comportamiento” bajo riesgo de deportación como segunda pena unida a la pena ordinaria de prisión en determinados delitos). El debate acerca de las condiciones de entrada es el núcleo de la controversia acerca del tema de la apertura o clausura (o restricción en el paso) de las fronteras y en el marco de la actualmente desequilibrada “sociedad de Estados-Nación”, es éste también el debate acerca de uno de los posibles pasos hacia la igualdad de oportunidades. Por lo demás, hay muchos problemas que vienen a conectar las políticas de entrada y las de integración (la reunificación familiar, como podremos ver, es uno de ellos).

5. La posición de debilidad y vulnerabilidad es muy probablemente el rasgo común que comparten la mayor parte de quienes aspiran a traspasar las fronteras de un determinado país de acogida. Nuestras políticas inmigratorias, al tiempo que se presentan como protectoras de los individuos que se encuentran en tal posición (sistemas policiales orientados a evitar el tráfico de seres humanos), terminan siendo sin embargo muchas veces una mera gestión administrativa de dicha vulnerabilidad. Las cuotas temporales de acceso —que aceptan en los países de entrada sólo a aquellos trabajadores que resultan de utilidad para el desempeño de cierto tipo de trabajos y garantizándoles sólo permisos en la medida en que su permanencia venga dictada por exigencias de la economía nacional: véase en este sentido el artículo 42 de la Ley española de extranjería 8/2000¹¹— pueden ser un ejemplo ilustrativo de aquello a lo que me refiero cuando hablo de la “gestión administrativa de la vulnerabilidad”.

6. El núcleo mínimo del derecho a emigrar puede ser definido como un derecho humano que el individuo tiene frente al Estado en el cual reside: “Toda persona tiene el derecho a dejar cualquier país”, establece el artículo 13 de la Carta de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Incluso este mínimo contenido se nos presentaría como suficiente para condenar las pretensiones mantenidas actualmente por algunos países occidentales de-

¹¹ En este punto la Ley orgánica 8/2000 no ha sido alterado por la Ley orgánica 14/2003.

mandando un compromiso por parte de los países del norte de África en el sentido de evitar que sus nacionales emigren a los primeros.

Más allá de ese núcleo mínimo del derecho humano a emigrar, creo sin embargo que podría plantearse si el tomar en serio tal derecho particular implicaría compromisos superiores en relación con los individuos que desean ser aceptados en determinadas comunidades políticas. El conflicto de valores que se presenta en una hipotética conversación en la frontera será objeto de reflexión en un apartado posterior de este trabajo.

7. A fin de llevar a cabo un análisis crítico de las prácticas actuales en materia de inmigración he estudiado materiales de diferentes tipos. Presentaré algunos materiales normativos que son actualmente Derecho positivo. Tal como sostiene Ferrajoli¹², disponemos de un conjunto de normas que constituyen Derecho en vigor aun cuando sean constantemente violadas por la legislación estatal sobre extranjería e inmigración. Entre tales documentos normativos mencionaré: la Carta de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, la Carta de Derechos Sociales, las diferentes convenciones sobre Derechos del niño de las Naciones Unidas, los catálogos de derechos fundamentales recogidos en la mayoría de Constituciones de los países occidentales y el ya mencionado proyecto de Constitución de la Unión Europea. La pretensión de universalidad que se invoca para los valores y principios protegidos por dichos textos viene considerándose la fuente de legitimidad moral de las sociedades occidentales, incluyéndose aquí los derechos civiles y políticos, los derechos al desarrollo de la vida privada, los derechos económicos y sociales, el principio de igualdad en sus diversas manifestaciones, etcétera. El principio de la dignidad humana es la pieza clave de las mencionadas cartas. De modo específico, el artículo 2 del proyecto de Constitución de la Unión Europea sienta los denominados “valores de la Unión”: *La Unión se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y protección de los derechos humanos*. Me referiré igualmente al principio de dignidad más adelante.

Entre los materiales jurídicos he analizado también un conjunto de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las considero especialmente interesantes para los propósitos del presente trabajo por cuanto que ofrecen, a mi juicio, el mejor test para identificar la ponderación de intereses que actualmente se practica en relación con las políticas estatales en materia de inmigración. Si bien este Tribunal podría haber supuesto un importante referente en el desarrollo de las políticas estatales en la materia

¹² FERRAJOLI 2001: 335-336.

y haber jugado así un papel decisivo en la implementación universal de la igualdad y los derechos humanos, de hecho ha operado de un modo muchas veces excesivamente complaciente con las políticas estatales. En efecto, en numerosas ocasiones ha venido a debilitar mediante ambiguas *rationes decidendi* cualquier expectativa optimista frente a decisiones futuras en relación con la realización efectiva de las exigencias igualitaristas. Las circunstancias prácticas nos hacen adivinar, no obstante, que ese timorato papel es el precio que ha de pagar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para garantizar la eficacia de sus sentencias en los distintos Estados miembros.

Dar cuenta de la normas vigentes exige también presentar las líneas principales del proyecto –tal y como fue trazado en los diversos encuentros del Consejo (Tampere, Laecken, Tessalonika y Bruselas)– orientado a conseguir una política de convergencia en materia de inmigración en la Unión Europea.

8. Mi aproximación intenta ser un modesto ejercicio de equilibrio reflexivo. La lectura de las historias individuales que fueron llevadas como casos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y dieron lugar a sus resoluciones, así como de las implicaciones de las mismas en relación con posibles casos futuros pueden instalarnos en algún género de incomodidad que no aparecería de forma tan vívida si comenzáramos perfilando normas generales y prácticas a seguir. Me propongo entonces entresacar y dibujar los balances de valores llevados a cabo en tales decisiones así como los encarnados en la política europea de convergencia en materia de inmigración. Tras ello, introduciré los análisis teóricos de Walzer, Singer, Habermas y Ackerman. La aportación de Ackerman me ayudará a presentar el análisis que considero relevante para mis propósitos en este trabajo y que es en concreto el análisis centrado en el núcleo del principio de dignidad entendido en clave igualitarista.

9. Concluiré esta introducción con un último *caveat*. Mi intención en las páginas que siguen es llevar a cabo una reflexión sobre las cuestiones apuntadas evitando expresamente dos tipos de aproximaciones a las que –usando términos hegelianos– podríamos considerar inspiradas en la apelación a la “conciencia desventurada” y al “espíritu objetivo”.

Un análisis crítico de nuestros deberes morales (negativos y positivos) como ciudadanos de una de las sociedades occidentales opulentas puede ciertamente mostrarnos un cuadro que nos haría percatarnos de cómo nuestra moralidad convencional puede muy bien ser denominada –como ya lo ha sido– una “moral yuppie” a partir del hecho de que casi cualquier acto de dar es considerado como un “sacrificio heroico” una vez que nos sentimos mínimamente incomodados en nuestro actual –opulento– “estilo de vida”¹³.

¹³ Puede verse en este sentido BAYÓN 1986: 35-54.

Ahora bien, esto –que desde luego pudiera ser importante para agitar tal vez algunas pocas conciencias– podría parecer meramente un “discurso de denuncia” con desafortunadamente escasas consecuencias en términos de cualquier intento serio y realista por cambiar nuestras instituciones. Por otra parte, sin embargo, contamos también con la desesperanza de la consabida letanía del “lo que es debe ser”. Quizás el camino para trazar un análisis sensato y realista sin caer en ninguno de ambos extremos podría consistir en plantear una pregunta marco que permita orientar nuestra reflexión. Sugiero la siguiente: a la luz de las exigencias igualitaristas y de la universalización de los derechos humanos, ¿qué tipo de políticas públicas podrían ser propuestas, realistamente hablando, para la realización de esos ideales a la vista de las características del concepto actual de ciudadanía de nuestros Estados? La moralidad nos compromete a hablar en términos del mejor de los mundos posibles. La política nos recuerda que construir ese mejor mundo posible es una tarea colectiva en la que debería alcanzarse un consenso de todas las fuerzas políticas, al menos si deseamos evitar el riesgo de ver cómo nuestro proyecto está lejos de ser realizable y cómo nuestras sociedades se ven amenazadas por movimientos xenófobos que podrían ganar creciente influencia en los parlamentos democráticos.

II. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre asuntos relacionados con la inmigración

10. He elegido cinco sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en los siguientes casos: *Ahmut vs. Holanda* (1996), *Sen vs. Holanda* (2001), *Moustaquim vs. Bélgica* (1991), *Bensaid vs. Reino Unido* (2001) y *Cisse vs. Francia* (2002).

Los dos primeros casos tienen que ver con las implicaciones de las actuales políticas de inmigración en la vida familiar. Las dos siguientes sentencias conciernen a órdenes de deportación. En el último caso lo que está en cuestión es el derecho de reunión de las “personas indocumentadas”.

Dados los propósitos de mi trabajo no pretendo entrar en detalle ni en las circunstancias de estos distintos casos ni en los argumentos individuales de cada sentencia. Me limitaré a presentar un breve apunte de los supuestos fácticos discutidos, un cuadro de los intereses en juego y un esquema de la ponderación de dichos intereses tal como fue llevado a cabo por el TEDH.

Los casos *Ahmut* (1996) y *Sen* (2001) se refieren ambos a inmigrantes por razones económicas establecidos en un país europeo que decidieron traer consigo a sus hijos pequeños a los que habían inicialmente dejado en su país de origen. *Ahmut* poseía nacionalidad marroquí y ciudadanía europea por naturalización. Pese a los años que había pasado en Holanda, y pese a su condición adquirida de ciudadano de este país, el Tribunal consideró

que la denegación de un permiso a su hijo de nueve años de edad, que le hubiera permitido vivir con él en Holanda, no constituía una interferencia en su vida familiar (prohibida por el artículo 8) dado que el Tribunal creyó aplicables aquí los principios de *Gül vs. Suiza* (1996). Tales principios eran los siguientes:

a) Las obligaciones de los Estados en relación con la admisión de familiares de inmigrantes ya establecidos en su territorio varían atendiendo a las circunstancias específicas de las personas implicadas y al interés general del Estado en cuestión.

b) El Derecho Internacional reconoce a los Estados, si bien dentro de las obligaciones que surgen de los tratados, el derecho a controlar la entrada de no nacionales en su territorio.

c) En lo que se refiere a la inmigración, el artículo 8 no puede interpretarse en el sentido de entender que los Estados tienen la obligación de respetar la elección de país que para su residencia matrimonial haga el inmigrante y de autorizar la reunificación familiar en su territorio.

Por lo que concierne a este caso en particular, el Tribunal considera que a S. Ahmut no se le impidió ni mantener el grado de vida familiar por el cual él mismo había optado cuando se trasladó inicialmente a Holanda, ni tampoco se le impuso obstáculo alguno para volver a Marruecos. Aun si Ahmut hubiera preferido mantener e incluso intensificar sus lazos familiares con su hijo en Holanda, el artículo 8 –según la interpretación del Tribunal– no garantiza el derecho a elegir el lugar más adecuado para desarrollar la vida familiar. Por otra parte, el Tribunal no considera tener la obligación de abordar la cuestión acerca de si los familiares del hijo de Ahmut que viven en Marruecos desean o no cuidar de él; la razón que lleva al Tribunal a esta postura es que considera que Ahmut atendió estas necesidades del menor enviándolo a un internado en Marruecos. La conclusión final del Tribunal es que, en tales circunstancias, no puede considerarse que el Estado demandado no haya llevado a cabo un balance justo entre el derecho del demandante de un lado y su propio interés en controlar la inmigración de otro.

El caso *Sen* (2001) es ambiguo: en primer lugar, el Tribunal maneja un concepto dinámico de vida familiar que sugiere cambios para casos futuros; en segundo lugar, sin embargo, invoca un precedente (el mencionado caso *Gül*) y construye una *ratio decidendi* centrada en el hecho de que los padres de Sen –una menor de nueve años de edad– vivían ahora en Holanda con otros dos niños –hermanos menores de Sen– nacidos y educados en este país. Esto llevó al Tribunal a entender que a Sen debía concedérsele un permiso de residencia a los efectos de no obstaculizar el derecho a la reunificación familiar de la menor. En mi opinión, sin embargo –y teniendo en cuenta el papel que debería desempeñar el Tribunal de Derecho Humanos

en la lucha por la protección de los menores— la sentencia resulta bastante desafortunada y un detenido análisis de la misma no nos deja la impresión de que el anterior argumento sea un argumento *a fortiori* a partir de un nuevo concepto dinámico de la vida familiar, sino más bien el núcleo de la *ratio decidendi* en este caso particular. En efecto, la lectura de la sentencia hace pensar que, de no haber sido porque los dos hermanos menores de Sen habían nacido y se habían educado en Holanda, la conclusión del razonamiento del Tribunal hubiera sido otra —sin permitir, por lo tanto, entender que éste vaya a operar para casos futuros a partir de un concepto dinámico de vida familiar—.

El caso *Moustaquim vs. Bélgica* (1991) se ocupa también de una cuestión de reunificación familiar pero los hechos concernidos son bastante diferentes a los de los supuestos anteriores. Moustaquim llegó a la edad de un año a Bélgica con sus padres. Tenía entonces un permiso de residencia. Durante su adolescencia se convirtió en un delincuente juvenil y fue condenado en diversas ocasiones. Cuando alcanzó la edad de veintiún años fue deportado de Bélgica. La decisión del Tribunal consistió en entender que había habido una violación del artículo 8 de la Convención pero no del artículo 14. Sin embargo, creo que la respuesta que dio el Tribunal a la demanda presentada por Moustaquim en la que alegaba haber sido víctima de una discriminación por razón de su nacionalidad —discriminación contraria al artículo 14 junto con el artículo 8— en relación con los delincuentes juveniles de dos categorías (aquellos con nacionalidad belga y aquellos con nacionalidad europea, que no podían ser deportados) comporta una petición de principio. En efecto, el TEDH se limita a sostener que el artículo 14 protege a los individuos que encontrándose en la misma posición que terceros sean objeto de cualquier medida discriminatoria en relación con el disfrute de derechos y libertades reconocidos en la Convención. En opinión del Tribunal, en este caso el demandante no puede ser comparado con los delincuentes juveniles belgas: el derecho a permanecer en su propio país y a no ser expulsados del que disfrutaban (según el protocolo 4 de la Convención) los nacionales (así como los nacionales de otros países europeos) no se extiende a los no-nacionales que disfrutaban de un permiso de residencia. Parece, sin embargo, que invocar, como hizo el demandante, el artículo 14 hubiera requerido una mayor argumentación por parte del Tribunal antes de desestimar la violación del mencionado artículo. Más adelante volveré sobre este punto.

En el caso *Bensaid vs. Reino Unido* (2001) es el interés en el cuidado de la propia salud mental de un nacional de Argelia el que está en juego. Los hechos del caso son los que siguen. En 1995, ya en el Reino Unido, Bensaid comenzó a sufrir los primeros síntomas de una enfermedad psíquica. Por aquel entonces los médicos comenzaron a suministrarle psicofármacos

(olanzapine). En relación con su *status* en el territorio británico es preciso señalar que si bien Bensaid entró con un visado de estudiante, obtuvo después la nacionalidad por matrimonio. Nacionalidad que perdió más tarde cuando, debido a su posterior divorcio, las autoridades consideraron que las razones para su disfrute ya no le eran aplicables. Además, las sospechas por parte de la autoridades de que aquél no había sido más que un matrimonio de conveniencia les llevaron a no concederle a Bensaid ningún otro permiso para residir en el país. De esta forma, se le comunicó la intención del gobierno de expulsarlo del territorio británico.

En relación con este caso el examen del Tribunal consiste en valorar si a la vista de su estado de salud actual pudiera haber un verdadero riesgo de que las consecuencias de ser expulsado comportaran una violación del artículo 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes). El examen médico muestra que el demandante corría el riesgo de sufrir una recaída aun en el caso de permanecer en el Reino Unido, ya que su enfermedad era crónica y requería atención constante. A partir de esto, el Tribunal argumenta que si bien pudiera entenderse que la expulsión podría aumentar el riesgo al ser probablemente menores tanto la atención personal como la posibilidad de acceder al tratamiento médico –que está también a disposición del demandante en Argelia–, el hecho de que las circunstancias del demandante en ese país vayan a ser menos favorables que las que disfruta en el Reino Unido no se presenta como un argumento decisivo a los efectos de considerar que en caso de expulsión vaya a haber una violación del artículo 8 (respeto por la vida privada de los individuos). De esta forma, el Tribunal estima las alegaciones del gobierno en relación con el caso en cuestión: la política inmigratoria estatal era necesaria para el bienestar económico del país, para la salvaguarda del orden público y para la lucha contra la actividad delictiva, y que el NHS pasara a ser responsable de proveer tratamiento a una clase potencialmente abierta de ciudadanos no-europeos tendría serios efectos desestabilizadores.

El caso *Cisse vs. Francia* (2002) nos permite ver también el resultado de la ponderación de intereses hecha por el Tribunal en un supuesto similar. Cisse era miembro de un grupo de extranjeros sin permiso de residencia que en 1996 decidieron embarcarse en una acción colectiva con el fin de llamar la atención sobre las dificultades de ver revisado su estatuto de inmigrante en Francia. Su campaña culminó con la ocupación de la Iglesia de San Bernard en París el 28 de Junio de 1996 por un grupo de aproximadamente doscientos inmigrantes “sin papeles”, muchos de los cuales eran de origen africano. El grupo contaba con el apoyo del párroco y de su consejo parroquial (las ceremonias religiosas tuvieron lugar sin ningún incidente). Diez hombres del grupo decidieron ponerse en huelga de hambre. El 22 de Agos-

to de 1996, el comisario de policía de París firmó una orden de evacuación total del recinto. Fue hecha sobre la base de que la ocupación del recinto no estaba relacionada con ninguna manifestación religiosa; que había habido un notable deterioro en las ya poco satisfactorias condiciones sanitarias del lugar, se habían colocado cerrojos en las salidas de la iglesia y había riesgos sanitarios, riesgos para la paz, la seguridad y el orden público. A la mañana siguiente la policía llevo a cabo la evacuación. Todos los ocupantes de la Iglesia fueron detenidos e interrogados. A los ocupantes blancos se les dejó marchar inmediatamente mientras que la policía reunía a todos los ocupantes de color, además de a todos aquellos que se habían declarado en huelga de hambre, para enviarlos en autobús a un centro de detención de extranjeros. Se emitieron órdenes de detención y deportación para la mayoría de aquellos implicados. Pues bien, en relación con este caso el Tribunal apunta que si bien no comparte el punto de vista del gobierno acerca de que la ilegalidad del inmigrante fuera razón suficiente para justificar la violación de su derecho de reunión, considera que –aunque la reunión en sí era pacífica y no implicaba por sí sola una alteración del orden público ni impedía la entrada de los feligreses a sus ceremonias religiosas– la situación, tras dos meses de ocupación continua de la iglesia por los inmigrantes ilegales, incluido aquí el demandante, había acabado por convertirse en una situación de deterioro de la salud de los declarados en huelga de hambre y en la que las condiciones sanitarias habían devenido completamente inadecuadas e insostenibles. A la vista de tales circunstancias, el Tribunal aceptó que las restricciones al ejercicio del derecho de reunión del demandante podrían haber devenido necesarias. El Tribunal lamenta los métodos empleados por la policía, pero hace ver sin embargo que –conforme a las leyes del Estado– ésta podía intervenir sin precisar para ello que el párroco lo solicitara y que, por otra parte, ni el temor de las autoridades por que la situación hubiera podido deteriorarse rápidamente ni su consideración de que no podía prolongarse fueron irrazonables. De ahí que el TEDH no considerara la intervención como algo desproporcionado.

11. Lo que sigue a continuación es un esquema tentativo de las reglas que pudieran reconstruirse a partir de estas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Encabezando cada regla doy cuenta de los principios que han sido ponderados para cada caso en cuestión:

Reunificación familiar vs. bienestar económico del país

a) Cuando sea el caso que la mayoría de los miembros de la familia (progenitores y hermanos) sean inmigrantes que disfruten ya de permiso de residencia: puede haber buenas razones para dar prioridad a la concesión de otro permiso de residencia a los efectos de reunificación sobre considera-

ciones relativas al bienestar económico del país (en este sentido puede verse los casos *Moustaquim* y *Sen* antes presentados).

b) Cuando sea el caso de que sólo uno de los progenitores sea residente o naturalizado en el país, aun tratándose el solicitante del permiso de residencia de un menor, puede darse prioridad al bienestar del país. En tales casos al menor se le deniega el permiso y el progenitor es *invitado* a marcharse del país y regresar al suyo de origen para de esta forma poder disfrutar de la vida familiar que desea tener (en este sentido, puede verse el caso *Ahmut*).

Riesgos para la salud vs. bienestar económico del país

a) En el caso de que no quede probado que la salud del inmigrante indocumentado (aun si, inicialmente, residente) bajo tratamiento vaya a verse fuertemente afectada con la deportación, el bienestar económico del país debe ser privilegiado.

Interferencia en la vida privada vs. seguridad, prevención del desorden y de los delitos

a) En los casos en los que un inmigrante con permiso de residencia haya cometido un delito, podrá ser deportado tras el cumplimiento de su condena de prisión cuando tal sea una medida razonable para luchar contra el desorden y la actividad delictiva.

El Tribunal, sin mayor argumentación, considera que los nacionales y los extranjeros con permiso no pueden ser considerados en igualdad de condiciones a estos efectos; conforme con el TEDH, el diferente trato en la esfera del Derecho penal no es considerado como una violación del artículo 14 (igualdad de trato) de la Convención (éste era el sentido del caso *Moustaquim*).

Libertad de reunión de los extranjeros indocumentados para denunciar el trato recibido bajo ciertas leyes de inmigración vs. seguridad y riesgos contra el orden público

a) La libertad de reunión de los inmigrantes indocumentados debe ser “tolerada” durante un tiempo (dos meses es considerado por el Tribunal como un período razonable). Más allá de tal plazo, la seguridad y el orden público deben prevalecer. La deportación es, en tales casos, legítima.

12. Algunas consideraciones más:

a) El derecho a la reunificación familiar no se aplica de la misma forma a los nacionales de origen que a los nacionales por naturalización (caso *Ahmut*). Por lo que se refiere a los derechos que deben ser implementados y protegidos, en nuestras sociedades parecen existir “por ley” *metecos* (sobre esta idea volveré más adelante).

b) Moustaquim, el demandante en el caso *Moustaquim vs. Belgium*, apuntó a un elemento moralmente sospechoso de muchos sistemas penales. No entro aquí a analizar aquellos casos en los que un inmigrante no documentado comete un crimen y, cumplida la pena de prisión, es deportado para perseguir de este modo el restablecimiento de un determinado *status quo*. Aunque en tales casos la deportación parece una medida administrativa sospechosa, no me lleva al tipo de consideraciones que aquí quiero introducir y que son relevantes cuando confrontamos la doble sanción sufrida por los sujetos cuyo estatus es el de extranjero con permiso de residencia. Como mencioné anteriormente, la dicotomía extranjero/nacional bien establecida en nuestros sistemas jurídicos lleva al TEDH a incurrir en una suerte de falacia de petición de principio en el caso *Moustaquim*. La discriminación prohibida por el artículo 15 de la Convención— afirma el Tribunal—, es la que tiene como víctima a un sujeto que se encuentra en la misma situación que un tercero. En este punto —y en relación con el caso de Moustaquim—, el Tribunal estima suficiente argumentar que un extranjero residente no es igual a un nacional o a un ciudadano europeo por lo que toca a las consecuencias legales derivadas de la comisión de un delito. Pero ¿no es precisamente ésa la cuestión que debería ser objeto de reflexión? Es decir: si es o no moralmente legítimo establecer un sistema penal que castigue con mayor gravedad a parte de la población residente (aquella con permiso de residencia) en la comunidad política en cuestión cuando el delito cometido tiene la *misma* gravedad. La clase de los *metecos* reaparece de nuevo desafiando así los fundamentos que pretenden ser moralmente correctos de sociedades como la europea.

c) El caso *Bensaid* también arroja luz en las prácticas jurídicas en relación con la inmigración. No cabe duda de que es razonable pensar que suministrar tratamiento médico público a una clase potencialmente abierta de no-ciudadanos podría tener efectos desestabilizadores para el Sistema Nacional de Salud de un determinado país. Pero, en mi opinión, el caso en cuestión podría haber permitido al Tribunal estimar (como quedó reflejado de hecho en uno de los votos particulares) que, a la luz de las específicas circunstancias del caso (el demandante había recibido ya ayuda médica durante su período como residente), se producía una violación del artículo 3 de la Convención (prohibición de trato degradante). Por otra parte, ya desde un punto de vista mínimamente autocrítico, es claro que estamos compelidos a preguntarnos qué tipo de relación mantenemos y a qué tipo de compromisos estamos obligados con aquellos individuos que en algún momento han sido aceptados en nuestra comunidad. Más adelante exploraremos las opiniones de Walzer sobre este punto.

d) Las circunstancias en el caso *Cisse* rayan la vulnerabilidad absoluta. ¿No requiere el derecho de reunión –especialmente cuando los agentes pertenecen a un grupo particularmente vulnerable (individuos que protestan en contra de la política inmigratoria y que se enfrentan a deportación inmediata)– deberes más intensos por parte del Estado?

Tal y como yo veo las cosas, las lecciones extraídas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dejan poco lugar para el optimismo. De momento, el estatus de ciudadano parece ser –como apunta Carens¹⁴– una especie de barrera feudal a la movilidad (finalmente esto es lo que sucede con aquellos que se encuentran en el nivel más alto de vulnerabilidad, como ilustra el caso *Cisse*), el estatus que nos protege contra la doble pena (como en el caso *Moustaquim*) y el criterio indispensable para que sea tomada en serio cualquier alegación de un interés en la reunificación familiar (particularmente aparece ilustrado esto por el caso *Ahmut*).

Puede que muchos piensen en este momento que las cosas son considerablemente más complejas de lo que reflejan las críticas precedentes. No tengo ninguna duda de que posiblemente tengan razón. Pero tal vez estas sentencias del TEDH que he reseñado –y pese a la acaso excesiva simplicidad con que he presentado los conflictos de intereses implicados– deban hacernos sentir lo suficientemente incómodos desde un punto de vista estrictamente moral como para impulsarnos a arrojar algunas severas dudas razonables sobre la justificación de la dicotomía extranjero/ciudadano. No otra era mi pretensión en este apartado.

III. Inmigración, fronteras y políticas de asilo en la Unión Europea

13. Las líneas principales de lo que pretende ser la política de convergencia europea en materia de inmigración pueden ser extraídas de las conclusiones de la presidencia de los Consejos de Tampere (1999), Laecken (2001), Tesalónica (2003) y Bruselas (2003). Comenzaré exponiendo un párrafo de uno de esos documentos (el de Tampere) en cuanto que es muy ilustrativo de las tensiones que están en juego:

“Desde sus inicios mismos, la integración europea ha estado firmemente enraizada en un compromiso compartido de libertad, sustentando en los derechos humanos, en instituciones democráticas y en el Estado de Derecho. [...] Corresponde ahora al Tratado de Ámsterdam recoger el desafío de garantizar que esa libertad, en la que se incluye el derecho a circular libremente por toda la Unión, pueda disfrutarse en condiciones de seguridad y justicia accesibles a todos. Sería, además, contrario a las tradiciones europeas negar esta libertad a aquellas personas a las que sus circunstancias conducen justificadamente a tratar de acceder a nuestro territorio. Por esta razón, la Unión ha de desarrollar políticas

¹⁴ CARENS 1987.

comunes en materia de asilo e inmigración teniendo en cuenta al mismo tiempo la necesidad de llevar a cabo un control coherente de las fronteras exteriores para poner fin a la inmigración ilegal y para luchar contra quienes la organizan y cometen delitos internacionales conexos. [...] También debe desarrollarse un planteamiento común que garantice la integración en nuestras sociedades a los nacionales de terceros países que residen legalmente en la Unión”¹⁵.

Los hilos centrales de estos documentos conducen a una clara distinción, a los efectos del trato que recibirán en el territorio europeo, entre la conocida como inmigración indocumentada y la inmigración documentada:

A) La Unión Europea debe asegurar un trato justo a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros. Una política de integración más fuerte debería tratar de garantizarles derechos y obligaciones homologables a los de los ciudadanos europeos. El Consejo de Europa asume el compromiso de que a los nacionales de terceros países que posean residencia legal permanente se les debe dar la oportunidad de obtener la nacionalidad de los Estados miembros en los que son residentes (Tampere 1999).

Debe aumentarse la no discriminación en la vida económica, social y cultural y deben desarrollarse más medidas en contra del racismo y de la xenofobia. Considerando que una integración exitosa contribuye a la cohesión social y al bienestar económico, tal política debe cubrir cuestiones tales como el empleo, la participación económica, la educación y las habilidades lingüísticas necesarias, la salud y servicios sociales, la vivienda y asuntos relacionados con la vida urbana, así como la cultura y la participación en la vida social. En este sentido, el Consejo europeo da la bienvenida al hecho de que se ha llegado a un acuerdo acerca de las directivas en materia de reunificación familiar y residencia permanente, instrumentos ambos esenciales para la integración de nacionales de terceros países (Tesalónica 2003). Las fronteras serán abiertas cuando el desarrollo económico y demográfico lo permita y en tales circunstancias tendrán prioridad quienes procedan de países que compartan *lazos históricos y culturales* con el país anfitrión (Tesalónica 2003).

En Bruselas (2003) se reconoce que cada Estado miembro es responsable del número de inmigrantes legales admitidos en su territorio.

B) Por lo que se refiere a los inmigrantes indocumentados, la tendencia es por el contrario a endurecer las medidas. La gestión principalmente administrativa de las fronteras, el control de los visados y la repatriación de los inmigrante “ilegales” son los principales rasgos de la política inmigratoria de convergencia.

¹⁵ Consejo europeo de Tampere, 15 y 16 de Octubre de 1999. Parágrafos 1 a 4.

IV. Conversaciones en la frontera sobre legitimidad

14. Algo muy asumido en relación con la pertenencia a una determinada comunidad política es que quienes han nacido en un determinado territorio o de padres que eran nacionales de una determinada comunidad política poseen más títulos para acceder a los beneficios de la nacionalidad que quienes son considerados demandantes “fortuitos”. En el trabajo de Carens “Aliens and citizens”¹⁶ encontramos algunos de los argumentos más recurrentes en contra de la apertura de fronteras¹⁷:

a) La inmigración reduciría el bienestar económico de los ya ciudadanos.

b) Los flujos inmigratorios destruirían la cultura e historia de la sociedad de acogida. El carácter del país y su cohesión interna podrían verse afectados por la admisión de solicitantes “ocasionales o fortuitos”.

c) Los flujos inmigratorios pueden afectar el orden y la integridad de los procesos políticos internos.

15. En los párrafos que siguen haré una breve presentación de los análisis de Walzer, Singer, Habermas y Ackerman en relación con el debate acerca de la apertura de fronteras. Como veremos, estos análisis constituyen un desafío –mayor o menor según los casos– a diversos aspectos de las políticas actuales en relación con la inmigración. Examinaremos entonces cuáles de los mencionados argumentos convencionales en contra de la apertura de fronteras son aceptables desde el punto de vista de cada uno de los referidos análisis y cuáles no superarían el test de legitimidad moral.

15.1 Aun cuando el trabajo de Walzer (*Spheres of Justice*)¹⁸ ha sido la fuente de referencia de argumentos en favor de la legitimidad del cierre de fronteras, hay una parte de su análisis que, en mi opinión, no ha sido suficientemente atendida. Me refiero a sus críticas contra las actuales políticas en materia de trabajadores invitados [*guest workers*], es decir, en materia de inmigrantes por razones económicas con permiso de residencia temporal en las diversas comunidades políticas occidentales. Me referiré a este aspecto de su teoría unas páginas más adelante.

En la teoría de Walzer, el cierre de fronteras es –asumiendo algunas restricciones– legítimo. Las políticas de admisión, nos dice, están parcialmente diseñadas atendiendo a consideraciones económicas y políticas del país anfitrión, a consideraciones acerca del carácter y “destino” de este mismo país y, por último, a consideraciones acerca del carácter de los países (como comunidades políticas) en general. Estos últimos son los argumentos

¹⁶ CARENS 1987: 251-273.

¹⁷ En este sentido puede verse también SIDGWICK 1891.

¹⁸ WALZER 1983: 431-63.

más importantes, puesto que nuestra comprensión de los países en general determinará si un determinado país u otro tienen el derecho que convencionalmente reclaman a distribuir la pertenencia o membrecía a ellos según los criterios y a partir de las razones que cada país considere en su caso particular como relevantes. El argumento de Walzer consiste en entender que dado que la diferencia de culturas y grupos es un valor, tal y como lo perciben muchas personas, y dado que no es posible proteger la diferencia sin algún tipo de cierre, entonces tal cierre debe permitirse en algún grado. Walzer elabora su argumento a través de una serie de gruesas comparaciones: las vecindades, clubes y familias. El problema en cuestión es: ¿cómo deben ser los países? Podría argumentarse en favor de la existencia de unos requisitos de admisión apelando a la condición y carácter del país de acogida y a la comprensión compartida de la comunidad en cuestión por parte de los que ya son miembros de ella. Como sucede en los clubes –sostendría este argumento– los sujetos solicitantes pueden dar buenas razones por las cuales consideran que deben ser elegidos como miembros, pero ninguno de ellos tiene derecho a ser miembro del grupo en cuestión.

Al margen de que este argumento pueda ser juzgado moral y políticamente, lo cierto es que, como cuestión de hecho, los ya ciudadanos de una determinada comunidad política se sienten moralmente obligados a abrir las fronteras de su país, seguramente no a cualquiera que quiera pertenecer al grupo, pero sí a cierto tipo de no miembros que son reconocidos como “familiares” nacionales o étnicos. En este sentido –apunta Walzer–, los Estados se asemejan a las familias más que a los clubes, puesto que es un rasgo de las familias que sus miembros estén moralmente unidos a personas que ellos mismos no han elegido y que viven fuera del hogar familiar. Los Estados reconocen lo que denominamos “principio de parentesco” cuando dan prioridad en el proceso inmigratorio a los familiares de sus nacionales. Es una forma de reconocer que la movilidad laboral –como Walzer argumenta– tiene un coste social: dado que los trabajadores son hombres y mujeres con familias, no se puede admitir a los primeros por el trabajo que realizan sin asumir algún tipo de compromiso en relación con sus padres ancianos, o hermanos y hermanas enfermas. En este sentido, la línea principal argumentativa de Walzer fluye de la siguiente forma: la justicia política impide mantener de forma permanente a ciertos individuos como extranjeros. Según esto, los ciudadanos de un Estado democrático tienen que hacer una elección: si quieren traer a nuevos trabajadores, deben estar dispuestos a relajar sus criterios de pertenencia; si no están dispuestos a aceptar nuevos miembros, entonces deben ingeniárselas para encontrar dentro de los límites de su propia fuerza de trabajo la forma de conseguir que el trabajo socialmente necesario sea llevado a cabo. Ningún Estado que pretenda ser

democrático puede tolerar el establecimiento de un *status* fijo entre el de ciudadano y el de extranjero (aunque, sin duda, es posible admitir periodos de transición desde la pertenencia a una comunidad política a la pertenencia a otra). Los hombres y la mujeres o bien están sometidos a la autoridad de un Estado o no lo están; y si lo están entonces se les debe dar voz y voto, en definitiva igual voz y voto que tienen el resto de personas que residen en ese territorio, en relación con lo que hace la autoridad. Cuando eso no sucede así –concluye Walzer–, la comunidad se transforma en una tiranía¹⁹.

Por sí solo, lo que Walzer reclama –seguramente el lector estará de acuerdo– implica una crítica de las prácticas actuales de los diferentes Estados europeos: el trato igualitario en relación con aquellos que han sido inicialmente admitidos entre nosotros a los meros efectos de constituir fuerza laboral no es, ciertamente, una realidad constatable (baste aquí remitirse a los casos ya vistos presentados ante el TEDH).

Sin embargo, en mi opinión, hay todavía espacio para críticas adicionales. El argumento de Walzer sigue resultando condescendiente con una política inmigratoria particularmente restrictiva. Como algunos liberales (Singer, Habermas) han argüido, la teoría de Walzer legitima de algún modo las políticas actuales que son claramente restrictivas en relación con la entrada de inmigrantes. En mi opinión, estos autores tienen razón. Walzer no ataca el segundo argumento convencional en contra de la inmigración (los flujos migratorios destruirían la cultura y la historia de la sociedad en cuestión; el carácter de una comunidad y su cohesión interna pueden verse afectados por miembros “fortuitos” o “casuales”). Lejos de hacerlo, sostiene que la preservación de la identidad de una cultura e historia en particular justifica la exclusión de la comunidad de –especialmente– un cierto tipo de extranjeros. Como he apuntado, otros autores han desafiado este tipo de obstáculos y han sido expresamente más críticos también en relación con otro de los argumentos: el que apela al “bienestar económico del país”.

15.2 En “Los de dentro y los de fuera” (*Ética práctica*)²⁰, y tras denunciar la opulencia de las sociedades occidentales, Singer sostiene que las políticas inmigratorias deberían tener presentes los intereses de todos los afectados. Allí donde se enfrentan los diferentes grupos, tenemos que considerar en igualdad de condiciones los diversos intereses en juego. Esto significa –sostiene Singer– que intereses más apremiantes y fundamentales deben tener prioridad sobre intereses menos fundamentales. En relación con el problema del que aquí nos ocupamos, los intereses que están en juego son: 1) Por un lado, los de los refugiados. A veces, los intereses de los refugiados en ser

¹⁹ WALZER 1983: 60-61.

²⁰ SINGER 1995: 308-328.

aceptados son muy básicos: tales son los casos en los que lo que está en juego es la propia vida. En otros casos, puede ser que la situación no sea de vida o muerte, pero que pueda afectar de manera importante el curso global de la vida de una persona (éste es el caso de lo que he venido denominando refugiados por razones económicas, y en los que me centro, por las razones antes expuestas, en este trabajo); 2) Por otro lado, los intereses del grupo de los residentes del país de acogida. Cuánto van a verse afectados –prosigue el argumento de Singer– va a depender del número de refugiados admitidos, de cómo se integren en la comunidad y del estado actual de la economía nacional en cuestión, entre otras variables. De hecho, algunos residentes pueden verse más afectados que otros: algunos pueden verse en la necesidad de competir en la búsqueda de trabajo con los inmigrantes, mientras que otros no enfrentarán esta situación, algunos se encontrarán viviendo en una vecindad con un alto número de inmigrantes, mientras que otros no. Sin embargo –puntualiza Singer– no debemos asumir que los residentes del país de acogida vayan a verse afectados –como balance global– necesariamente de forma negativa: al contrario, puede suceder que la economía se vea revitalizada de admitirse un número alto de inmigrantes y que ante muchos residentes pueda presentarse la ocasión de montar negocios para suministrar los bienes que necesiten para cubrir las necesidades de esos nuevos habitantes, que otros puede que disfruten con la atmósfera más cosmopolita del país, etc. También pueden darse otras posibles y más difusas consecuencias –subraya Singer– acerca de las cuales debemos pensar: una política inmigratoria menos restrictiva puede comportar en el futuro un mayor flujo de inmigrantes; la población “excedente” puede acarrear un aumento adicional en los servicios sociales (aprendizaje del idioma de la comunidad en cuestión, viviendas en los primeros meses, colocación y entrenamiento laboral). Pudiéramos también preguntarnos si el aumento de habitantes procedentes de otras comunidades pudiera suponer un rebrote de sentimientos racistas. Pero, por otra parte, la no aceptación de las solicitudes de admisión podría tener también efectos negativos: la estabilidad económica y la paz mundial dependen de la cooperación internacional basada en determinadas medidas que presupongan respeto y confianza.

¿Cuál es en opinión de Singer la ponderación adecuada de los intereses en juego? Singer construye un argumento hipotético: como los intereses de los refugiados por reinstalarse en un país más próspero siempre serán mayores que los intereses en conflicto de los residentes de tales países, ¿implicará esto que el principio de igual consideración de los intereses en juego nos lleva necesariamente a un mundo en el que todos los países deben continuar aceptando inmigrantes hasta que estén en una situación de pobreza y sobrepoblación similar a aquellos países del mundo de los cuales los individuos

están emigrando? El argumento en favor de la inmigración no puede llevarnos tan lejos, apunta Singer: puede llegar un punto en el que, por ejemplo, la comunidad de acogida haya eliminado cualquier lujo que pusiera en peligro el medio ambiente y que aun así la satisfacción de las necesidades básicas crecientes de la población en aumento estuviera poniendo bajo mucha presión un sistema ecológico frágil de forma que una expansión causaría daños irreparables. O pudiera llegar un momento en el que la tolerancia en una sociedad multicultural se rompiera debido al resentimiento por parte de los miembros residentes originarios al considerar que sus hijos no pueden acceder a puestos de trabajo ante la competencia de nuevos inmigrantes muy eficientes; tal ruptura de la tolerancia puede alcanzar un punto en el que se pusiera en peligro grave la paz y la seguridad de todos los inmigrantes previamente aceptados y de los inmigrantes de otras culturas. Sólo entonces, la ponderación de intereses arrojará el resultado inverso. De todas maneras –concluye Singer– la actual aceptación de inmigrantes es susceptible de ser considerablemente aumentada antes de tener que sufrir alguna de las consecuencias recién apuntadas. La teoría de Singer –a diferencia de la de Walzer– no pretende mantener el argumento de la preservación de la cultura, historia y carácter de un determinado país como un argumento importante contra la apertura de fronteras. Por lo demás, el bienestar económico de los ya ciudadanos (hasta un cierto límite legítimo sin que esto implique, en la teoría de Singer, una aceptación acrítica del *status quo*) así como el orden y la integridad del proceso político interno siguen siendo para este autor intereses que pueden legitimar políticas inmigratorias restrictivas llegado un determinado momento.

15.3 Habermas, como Singer, denuncia en su artículo “Ciudadanía e Identidad Nacional”²¹, la opulencia de las sociedades occidentales y subraya que la habilidad política para integrar inmigrantes depende de cómo perciba la población local las consecuencias sociales y económicas del fenómeno. En su opinión, el punto de vista moral nos impide contemplar este problema sólo desde la perspectiva de los habitantes de sociedades prósperas y pacíficas; debemos igualmente tener en cuenta la perspectiva de quienes inmigran a continentes extranjeros en busca de refugio o, en otras palabras, en busca de una vida que valga la pena vivir. Por otra parte, la pregunta acerca de si hay un derecho [*legal right*] a inmigrar es particularmente relevante en la situación en la que actualmente nos encontramos, cuando el número de aquellos que desean inmigrar excede de manera considerable el número de aquellos que se está dispuesto a aceptar en los países de destino. Una obligación de ayuda deriva especialmente de: (a) las crecientes interdepen-

²¹ HABERMAS 1990: 619-644.

dencias en una sociedad global que ha devenido cada vez más articulada a través del mercado del mundo capitalista y de los medios electrónicos de comunicación de masas; (b) el hecho histórico de que Europa sacó provecho de los flujos migratorios en el pasado y de una historia de colonización; y (c) el desenraizamiento de culturas regionales debido a la invasión de la modernización capitalista.

Habermas sostiene que el caso de los refugiados por razones económicas es el que ofrece un mayor desafío a las políticas que descansan en los denominados deberes especiales. Una respuesta aceptable en relación con este problema –afirma– requiere un análisis de las razones que subyacen a las obligaciones especiales, desde la perspectiva liberal. La línea fundamental de su argumentación sigue el análisis de Henry Shue en “Mediating duties”²². Si los deberes especiales derivan de la coordinación de la división moral del trabajo (tal y como Shue sostiene) y no de esferas cerradas de responsabilidad moral (tal y como algunos comunitaristas han defendido), entonces tenemos razones para aceptar que nuestra responsabilidad moral se extiende más allá de las fronteras de las comunidades políticas. Y se extiende especialmente –añadiría yo por lo que hace a los propósitos de este trabajo– en relación con aquellos sujetos que son víctimas del fracaso de algunas instituciones (entre ellas, algunos Estados) socialmente diseñadas para la implementación y protección de los derechos humanos.

En principio, la posición de Habermas a favor de la apertura de fronteras es decididamente fuerte. En efecto, Habermas sostiene que si nos tomamos en serio la demanda de quien desea inmigrar para disfrutar de una existencia libre y digna (y aquí está pensando en los refugiados por razones económicas a los que se refería Singer), entonces hemos de considerar que tal persona tiene argumentos fuertes (a partir de la posición originaria de Rawls) para reclamar su derecho a inmigrar. Las restricciones a tal derecho sólo pueden ser consideradas legítimas cuando son debidas a un conflicto con intereses de importancia similar tales como evitar graves conflictos sociales y cargas de tal magnitud que acabarían por poner en riesgo el orden público y el desarrollo económico del país. Frente a la teoría de Walzer, según Habermas ni unos antepasados comunes ni un idioma o educación común puede dar fundamento a privilegios en relación con la adquisición de la ciudadanía. Para que el derecho de una comunidad a preservar la integridad del modo de vida de sus ciudadanos sea considerado aceptable debe entenderse en un sentido no particularista: sólo universalizando el argumento c) apuntado al comienzo de este epígrafe –los flujos de inmigración pueden afectar el or-

²² SHUE 1988: 600-608.

den y la integridad del proceso político interno— podríamos considerarlo, en determinadas circunstancias, como razón para el cierre de fronteras.

Desarrollaré las objeciones habermasianas al segundo de los argumentos convencionales contrarios a la apertura de fronteras: recordemos que tal era el presunto riesgo de dejar a la comunidad de acogida desprovista de identidad si una política inmigratoria menos restrictiva fuera puesta en práctica. Habermas extrae algunos argumentos a partir de las paradojas que enfrenta la tesis comunitarista una vez aceptado que en muchos casos vivimos en comunidades que aceptan principios constitucionales de vocación universalista. Cuando la cultura de una determinada comunidad política está vinculada con principios constitucionales universalistas, lo más que se puede requerir a los inmigrantes es que acepten la cultura política de su nuevo hogar, sin que por ello tengan que abandonar su originario modo de vida. La integración política excluye culturas fundamentalistas; pero no justifica la asimilación coercitiva en favor de la reafirmación del modo de vida de la cultura prevaleciente en el país receptor²³. O dicho en las palabras de Carens: “Las personas viven en comunidades con lazos y vínculos pero éstos pueden ser de diversa naturaleza. En una sociedad liberal, tales lazos y vínculos deben ser compatibles con los principios liberales. Una inmigración no restrictiva cambiaría el carácter de una comunidad, pero no dejaría a la comunidad sin carácter alguno”²⁴.

El derecho moral a inmigrar que pudiera fundamentarse en la combinación de las razones antes mencionadas no justifica sin embargo, en opinión de Habermas, garantizar un derecho [*legal right*] a inmigrar, pero nos compele a practicar una política liberal en materia inmigratoria que abra la sociedad de la que somos miembros a los inmigrantes y que gestione los flujos de inmigrantes de conformidad con las posibilidades reales. Como Singer, Habermas considera que el umbral que constituye el límite a la admisión de inmigrantes no ha sido todavía alcanzado en las sociedades europeas que, por cierto, están disminuyendo demográficamente y que siguen siendo dependientes, aunque sólo sea por razones económicas, de la inmigración. La justificación moral de una política inmigratoria liberal comporta también, de acuerdo con Habermas, la obligación de no limitar la cuota de inmigrantes en función de las necesidades económicas del país de acogida —en otras palabras, limitada a los “bienvenidos profesionales especializados”—, sino establecer tales cuotas a partir de criterios que se consideren aceptables desde el punto de vista de todas las partes afectadas²⁵. Razones de peso que

²³ HABERMAS 1993: 147.

²⁴ CARENS 1987: 271.

²⁵ HABERMAS 1993: 148-149.

deben ser atendidas son –en opinión del autor– la preservación de la estabilidad social y económica de las diferentes comunidades (siempre y cuando su legitimidad no sea dudosa, añadiría yo).

15.4 Traeremos aquí, finalmente, por ser especialmente ilustrativo, el hipotético diálogo en la frontera recreado por Ackerman en *Social Justice in the Liberal State*²⁶. Me permitirá además introducir en el siguiente apartado de este trabajo un análisis crítico de la dicotomía extranjero/nacional a la luz del principio de dignidad.

Ackerman invoca lo que denomina un diálogo neutro como único diálogo moralmente legítimo. Una estructura de poder sería ilegítima si puede únicamente ser justificada mediante una conversación en la que una persona (o grupo) tenga que afirmar que ella (o ellos) es la autoridad moral privilegiada. La neutralidad implica en términos de Ackerman que ninguna razón es una buena razón si requiere que quien detenta el poder afirme (a) que su concepción del bien es mejor que la de cualquier otro conciudadano o (b) que, al margen de su concepción del bien, él/ella es intrínsecamente superior a uno o varios de sus conciudadanos.

Veamos a continuación cómo aborda el tema de la inmigración. Ackerman sostiene que un Estado liberal no puede funcionar como si fuera un club privado, esto es, tachando a potenciales miembros que no son vistos con buenos ojos por los actuales miembros. El Estado liberal no es un club privado; es más bien un diálogo público mediante el cual cada persona obtiene reconocimiento social de su posición como un ser libre y racional. Bajo tales condiciones no puedo justificar mi poder de excluir a otro sin destruir mi propia demanda de la condición de miembro de un Estado liberal ideal. Ackerman somete a observación la arraigada idea de que tenemos derecho a excluir de una comunidad a terceros.

Ackerman construye un diálogo hipotético en un ficticio mundo dividido en dos Estados-nación: el pobre Este y el próspero Oeste. Nos hace asumir hipotéticamente que las instituciones del Oeste están organizadas de una forma liberal, mientras que el Este es una dictadura autoritaria donde una pequeña élite declara su superioridad sobre las masas de población explotadas. Por último, el autor nos invita a asumir como parte de su respuesta a esta oscura realidad que el Oeste ha adoptado una política migratoria de próxima implantación que lleva a admitir un buen número de habitantes del Este, una cifra Z , en base a un criterio cronológico de solicitudes. De hecho, el número Z es tan alto que pone en dificultades la capacidad de las instituciones del Oeste para mantener un diálogo político liberal. La presencia de tantos extranjeros recién llegados genera tal ansiedad en la población nativa

²⁶ ACKERMAN 1980.

que hará imposible detener la toma de poder por un grupo fascista con el fin de asegurar el control de los nativos sobre una subclase inmigrante. Aun así, los habitantes del Este siguen viniendo a la frontera en número considerable; la escena se desarrollaría de la siguiente manera en la frontera del Oeste protegida mediante armas:

E: Solicito que se me reconozca como ciudadano de este Estado liberal.

W: Rechazamos su solicitud.

E: ¿Qué les da derecho a rechazarla? ¿Creen ustedes que fracasaría en mi intento por ser un ciudadano en un Estado liberal ideal?

W: No, para nada.

E: ¿Piensan ustedes que son mejores simplemente porque nacieron al oeste de esta frontera?

W: No. Si sólo se tratara de eso no dudaría en admitirle a usted.

E: Bueno, entonces, ¿cuál es el problema?

W: El hecho es que en el Oeste todavía estamos lejos de haber conseguido una tecnología perfecta en materia de justicia social; si admitimos más de Z nuevos miembros, nuestras actuales instituciones no podrían funcionar de forma más que expresamente autoritaria.

E: Pero ¿por qué he de llevar yo la carga de tal imperfección en el diseño de sus instituciones?

W: Lo sentimos, estamos haciendo todo lo que podemos. Pero Z es el límite de inmigrantes que podemos admitir.

E: No, ustedes no están haciendo todo lo que está en sus manos. ¿Por qué no expulsan a uno de los miembros del Oeste por nacimiento y dejan sitio para mí? ¿Acaso creen que ellos son mejores que yo?

W: Z es el límite de nuestra capacidad de asimilación a partir de la asunción de que existe un cuadro de nativos familiarizados con el funcionamiento de las instituciones liberales. Si algunos nativos fueran expulsados, Z inmigrantes sería entonces un número excesivamente alto.

E: ¿Qué se supone pues que debo hacer? Moriré antes de conseguir llegar a los primeros puestos en la fila de inmigrantes que puedan acceder en la próxima ocasión.

W: Vuelva con su gente y construya su propio Estado liberal. Trataremos de ayudarle lo mejor que podamos”²⁷.

Una dura conversación –resume Ackerman–. Seguramente el lector está de acuerdo. Del mismo modo que sucedía con la teoría de Habermas, en la teoría de Ackerman, la preservación de las instituciones liberales es un obstáculo legítimo en la política inmigratoria.

²⁷ ACKERMAN 1980: 93-94.

No intentaré analizar aquí las complejidades del argumento en contra de la expulsión de miembros nativos; hacerlo nos llevaría lejos del lugar al que nos conduce un análisis realista de las condiciones para la justicia social y especialmente lejos de las posibilidades actuales de cambio de las políticas en materia de inmigración. Me limitaré a apuntar ciertas dudas acerca de la carga impuesta sobre el individuo que hace el número $Z + 1$. Un examen de este punto nos conduce a ser conscientes de las tensiones entre las denominadas razones institucionales y las razones sustantivas que afloran en esta conversación en la frontera o, por decirlo con las bellas palabras de Ricoeur, la tensión entre la generalidad de la regla jurídica y la consideración de la dignidad del ser humano particular²⁸. Sobre esto volveré en el próximo apartado.

Pero continuemos antes con la argumentación de Ackerman. Sería absurdo insistir en que las autoridades en materia de inmigración prueben que la admisión de un individuo E pueda llevar a un levantamiento antiliberal. Dado que las revoluciones autoritarias no pueden ser previstas con rigor, lo más que podemos pedir es que los gobiernos fijen una cifra Z de inmigrantes que pueden ser admitidos al tiempo que son conscientes del derecho que *prima facie* tienen los inmigrantes a solicitar ser admitidos como miembros de un Estado liberal. Los habitantes del Oeste –siguiendo con el ejemplo recreado por Ackerman– no tienen legitimidad para denegar este derecho a los procedentes del Este a partir de la fundamentación meramente consistente en el hecho de haber nacido ellos en el otro lado de la frontera; tampoco pueden evitar las demandas de diálogo simplemente invocando que compartir “su” riqueza constituiría para ellos un inconveniente. Pues la cuestión es, precisamente, por qué E no puede esgrimir la pretensión de disfrutar de un punto de inicio semejante a la posición disfrutada por W. Después de todo ¿acaso sus intereses no valen igual que los nuestros?²⁹

Como he apuntado, de la misma manera que Habermas, Ackerman sostiene que la única razón que justificaría una restricción en las políticas en materia de inmigración sería la salvaguarda del proceso de conversación liberal en marcha. Las personas que viven en el lado próspero de la frontera estarían obligados –afirma Ackerman– a hacer serios sacrificios en las inversiones en beneficio propio si pretenden convencer a otros de que su liberalismo es algo más que pura simulación. Hay formas más o menos liberales de gestionar los espinosos dilemas de la política de extranjeros, pero dos terribles respuestas gravitan –de acuerdo con Ackerman– sobre toda sociedad liberal en la que el crecimiento demográfico ha superado el

²⁸ RICOEUR 1995: 220. Puede verse también en este sentido ATIENZA 2001: 201.

²⁹ ACKERMAN 1980: 95.

desarrollo al nivel de los recursos –y en la medida en que así haya sido–; tales respuestas son: libertad sin legitimidad o legitimidad sin libertad.

V. El principio de dignidad y los requisitos igualitaristas

16. Podríamos decir que la teoría de Ackerman nos lleva a un caso extremo ayudándonos a apreciar tensiones morales inevitables. Sin embargo, creo que concluir sólo con esto implicaría una excesiva condescendencia con el modo en el cual están funcionando nuestras actuales instituciones. Puede ser que no podamos escapar a ciertos dilemas morales, pero también puede ser que el encontrarnos en tales situaciones en las que tenemos que hacer una elección trágica (cualquiera de las opciones escogidas nos llevará a sacrificar un bien considerado especialmente valioso) sea consecuencia a su vez de acciones previas moralmente incorrectas³⁰.

17. Hasta aquí me he ocupado de forma preferente y más específica de algunos argumentos que la comunidad (el grupo de individuos que actualmente constituye la comunidad política) podría esgrimir para legitimar algunas restricciones a la entrada de inmigrantes. Vayamos ahora al otro principio en juego: el principio de dignidad. El principio de dignidad es el motor del ideal igualitario. La fórmula “igual tratamiento de las personas” ha jugado –como Bobbio ha puesto de manifiesto³¹– un papel revolucionario en la historia y (si bien en una controvertida interpretación marxista de la historia) es una de las fuerzas impulsoras del progreso histórico. Cada intento por poner fin a cualquier tipo de discriminación, cualquier paso para lograr la inclusión, puede ser –bajo este paradigma– considerado un indicio de progreso. Los juicios acerca de la relevancia de las diferencias humanas de hecho constituyen juicios de valor y deben estar respaldados por una teoría moral bien fundada. La historia de los hombres y las mujeres es una historia llena de diferencias consideradas relevantes cuya supuesta legitimidad moral fue posteriormente cuestionada. La que viene siendo la crítica a la distinción de género como intento por justificar la exclusión de las mujeres del ámbito político y en general de la vida pública a lo largo de la historia podría ayudarnos a proyectar una suerte de ejercicio de memoria que probablemente nos ayude a recobrar la debida perspectiva moral. Esto es, a ser conscientes de la dimensión moral que necesariamente tienen nuestras decisiones acerca de incluir o excluir a determinadas personas cuando esté en juego si son o no beneficiarios de determinadas prestaciones sociales y, finalmente, si pueden o no participar en la vida política institucional.

³⁰ Puede verse en este sentido GOWANS 1997.

³¹ BOBBIO 1977: 68-70, 92.

18. La dicotomía extranjero/ciudadano está basada en un rasgo inmutable –el rasgo de poseer una determinada nacionalidad– sobre el cual el individuo no puede ejercer normalmente control de ningún tipo. Por su parte, el principio de dignidad prescribe que los seres humanos sean tratados de acuerdo con sus decisiones, intenciones y expresiones de consentimiento. En la medida en que adoptemos tal principio y no primen razones para adoptar ningún otro, se pone de manifiesto la ilegitimidad de cualquier medida que a efectos de distribuir recursos discrimine entre seres humanos sobre la base de rasgos que no están sujetos a su control³².

19. Hay quien ha sostenido que en el caso de los refugiados por razones económicas, la calificación como extranjero o ciudadano está bajo el control del agente puesto que éste acepta libremente colocarse bajo el sistema jurídico de un país diferente obteniendo de esta forma el *status* de extranjero o no-ciudadano³³. Trataré de derrotar este argumento a partir de un desarrollo del concepto de dignidad. Hablar de control implica hablar de actos voluntarios. Podemos decir que un acto es voluntario en dos formas diferentes: a) cuando es el resultado de la voluntad del individuo y no concurren ni compulsión física ni movimientos reflejos. La voluntad del individuo es entonces el resultado de su propio balance de razones; b) cuando en el proceso de formación de la voluntad no concurren ni coerción ni miedo. Bajo esta definición se dará el caso de que ciertas razones pesan de tal modo en el acto de ponderar (no podemos reprochar a alguien por actuar apoyándose en ellas: pensemos en el recurrido ejemplo de darle dinero al atracador cuando me está apuntando con la pistola) que podrían “determinar” el resultado de la ponderación. Esto es, determinan la voluntad y, en tal sentido, no podemos considerar sus actos como libres: la acción no estaba verdaderamente bajo el control del individuo. Lo que sostengo es que el principio de dignidad está relacionado con esta segunda interpretación de la idea de un acto voluntario. Así, aun si los inmigrantes inician voluntariamente (en el primer sentido) su viaje, no es cierto que lo hagan en el segundo sentido. Permítaseme sugerir la noción de “determinismo de las razones” (esto es, razones que no podemos no atender) para dar cuenta de tales situaciones. Tomar la dignidad en serio me parece que implica considerar voluntarios sólo aquellos actos de la persona que no están determinados por razones que no pueden razonablemente no ser atendidas. Es decir, hay ciertas razones que, desde un punto de vista normativo no pueden quedar fuera del balance de razones; ese especial tipo de razones nos compele a actuar de una determinada forma. En tal sentido el acto en cuestión no es libre.

³² Para esta interpretación del principio de dignidad puede verse NINO 1991: 267-301 .

³³ HIERRO 1995: 142.

20. Aun cuando es posible argumentar contra la idea de que los refugiados económicos se sitúan voluntariamente bajo un determinado sistema jurídico extranjero y que, por lo tanto, su dignidad sí que resulta violada en el sentido antes indicado cuando les imputamos mediante la fuerza las consecuencias previstas por el sistema jurídico en cuestión, lo cierto es que este tipo de argumento yerra el punto de ataque. En efecto, la cuestión relevante no es si el agente por sí mismo se puso o no voluntariamente bajo un sistema jurídico extranjero sino si la dignidad humana y las exigencias de la igualdad son violados cuando se le deniega la entrada (a) al territorio y al mercado laboral, (b) al sistema de beneficios de la seguridad social, (c) a la comunidad política simplemente a partir de su *status* de extranjero. Dado que la dicotomía ciudadano/extranjero socialmente construida (social y jurídicamente) descansa en una característica que no está bajo el control del agente, creo que sólo puede considerarse legítima si fuera posible derivar su moralidad de algún tipo de justificación moralmente sostenible del fundamento de los Estados, una justificación que, de no darse, expondría a dicha dicotomía al riesgo de ser moralmente sospechosa.

21. Quizá podría argumentarse que el diseño institucional bajo esta dicotomía es legítimo teniendo en cuenta –al modo en que Shue propone en su trabajo citado “Mediating duties”– cuál es la mejor división del trabajo en relación con la implementación de nuestros deberes positivos hacia los demás seres humanos. Sólo dentro de esos parámetros las consecuencias prácticas de esa dicotomía podrían verse como legítimas.

En una sociedad de gentes bien ordenada (tal como fue trazada por Kant³⁴ y después por Rawls³⁵) tal dicotomía jugaría el papel recién indicado: en tal mundo, las personas muy probablemente no desearían trasladarse a otros países como lo hacen hoy en día (de hecho, parece que las personas en general tienen una tendencia a permanecer en su lugar de nacimiento en caso de poder proyectar una vida digna en el mismo). Bajo tales posibles –aunque de momento no realizadas– circunstancias, cuando alguien llegara a la frontera ninguno de los argumentos que pudieran presentarse según el anterior análisis como legítimos para negar la entrada (recordemos: la preservación del sistema económico y del sistema social) serían de aplicación, puesto que el número de solicitantes sería muchísimo menos alto de lo que lo es actualmente. En la línea de frontera la dicotomía no podría considerarse legítima.

Pero volvamos al *status quo* de nuestro mundo. En mi opinión, la legitimidad de la limitación en el número de admisiones a un cierto número Z

³⁴ KANT 1795: 26.

³⁵ RAWLS 1999.

de manera que pueda preservarse el desarrollo económico de la sociedad en cuestión –siempre que hablemos de un sistema legítimo– y sus instituciones liberales sólo puede ser suscrita si dos condiciones adicionales le son añadidas:

a) Cuando el sistema social corre el riesgo de un posible levantamiento protagonizado por miembros racistas de la sociedad de acogida, es cierto, aunque resulte duro admitirlo, que las políticas inmigratorias deben tener en cuenta este tipo de peligros. Ahora bien, en la medida en que tal riesgo en contra del orden público no emerge causado por un efecto acumulativo no intencionado de acciones individuales justas³⁶ sino a causa de ciudadanos amotinados con el fin de evitar que otros ejerciten sus libertades legítimas, creo que un Estado verdaderamente democrático debería tener muy presentes, con el fin de informar a sus ciudadanos, cuáles son de hecho –y lejos de prejuicios de tipo xenófobo– las consecuencias económicas de los flujos migratorios al tiempo que –precisamente mediante esta información– trate de luchar contra los prejuicios racistas y xenófobos.

b) La limitación legítima se halla, sin embargo, en tensión con la necesidad de atender las razones de la persona en la frontera. ¿Por qué –por ponerlo en las palabras de Ackerman– sobre la persona $Z + 1$ debe pesar el coste del funcionamiento del sistema?

Me gustaría sugerir que si –tal y como parece– hemos sido compelidos a enfrentar este tipo de tensión entre razones institucionales, por un lado, y la dignidad del individuo y los requisitos del igualitarismo, por otro, debido a actos moralmente ilegítimos realizados en el pasado o en el presente por parte de las sociedades occidentales –seguramente una de las causas principales del actual flujo de inmigrantes por razones económicas son las injustas estructuras de mercado que han ido sucediéndose a lo largo de la historia–, tenemos entonces que ser extremadamente cautelosos con el diseño de nuestras políticas migratorias. De hecho, bajo tales circunstancias, una dicotomía de dudosa legitimidad moral se convierte en moralmente grotesca.

Epílogo

22. El cínico podría todavía alegar incomodado un “liberemos a las sociedades del principio de dignidad y de sus molestas implicaciones: borrarémoslo de todas las Constituciones”. Pero, aun así, continuaremos estando obligados a hacer un análisis crítico de nuestras prácticas si, como alguien ha dicho ya, razones sumamente *realistas* (esto es, razones “prudenciales”) son aquí invocables: nuestras vidas –y nunca más el mero mantenimiento de nuestro actual bienestar– pueden también estar en juego.

³⁶ RAWLS 1999.

Bibliografía

- ACKERMAN, B. (1980), *Social Justice in the Liberal State*, New Haven: Yale University Press.
- ATIENZA, M. (2001), “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos” [1998], en VÁZQUEZ, R. (ed.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México: Fontamara, 187-213.
- BAYÓN, J. C. (1986), “Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites. Observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés”, *Doxa*, 3: 35-54.
- BAUBOCK, R. (2000), “Multicultural citizenship: Towards an European policy”, *Siirtolaisuus-Migration*, 4: 4-14.
- BEITZ, C. (1983), “Cosmopolitan Ideals and National Sentiment”, *The Journal of Philosophy*, 80/10: 591-600.
- BOBBIO, N. (1993), *Igualdad y libertad*, trad. por P. Aragón, Barcelona: Paidós.
- CARENS, J. H. (1987), “Aliens and Citizens: The case for Open Borders”, *Review of Politics*, 49: 251-273.
- COTTINGHAM, J. (1986), “Partiality, Favouritism and Morality”, *The Philosophical Quarterly*, 36/144: 357-373.
- FERRAJOLI, L. (1999), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. por P. Andrés y A. Greppi, Madrid: Trotta.
- (2001), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. por P. Andrés y otros, Madrid: Trotta.
- (2001), “Las razones del pacifismo”, *Jueces para la democracia*, 48: 3-14.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1986) “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *Doxa*, 3: 17-34.
- (1986), “Algunos comentarios críticos a las críticas de Juan Carlos Bayón y Francisco Laporta”, *Doxa*, 3: 65-68.
- (1993), “Intervencionismo y paternalismo” [1990], *Derecho, Ética y Política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 379-399.
- GOODIN, R. E. (1988), “What is so special about our Fellow Countrymen?”, *Ethics*, 98: 663-686.
- GOWANS, Ch. W. (1987), “The debate on moral dilemmas”, en Gowans, C. W. (ed.), *Moral dilemmas*, Oxford: Oxford University Press.
- HABERMAS, J., (1990), “Ciudadanía e identidad nacional”, en *Facticidad y validez*, 1998, trad. por M. Jiménez Redondo, Madrid: Trotta, 619-643.
- (1993), “Struggles for recognition in Constitutional States”, *European Journal of Philosophy*, 1/2: 128-155.
- (1996), “The European Nation State: its Achievements and its limitations. On the Past and Future of Sovereignty and Citizenship”, *Ratio Juris*, 9/2: 125-137.
- HELD, D., MCGREW, A., GOLDBLATT, D., PERRATON, J. (1999), *Global Transformation: Politics, Economics and Culture*, Cambridge: Polity Press.
- HIERRO, L. (1995), “Las huellas de la desigualdad en la Constitución”, en Reyes Mate (ed.), *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica*, Madrid: Argenteria/Visor, 131-150.
- KANT, I. (2001), *Sobre la paz perpetua* [1795], trad. por J. Abellán, Madrid: Tecnos.

- LUCAS, J. DE, TORRES, F. (eds.) (2002), *Inmigrantes ¿cómo los tenemos?: algunos desafíos y (malas) respuestas*, Madrid: Talasa.
- MILLER, D. (1988), "The Ethical Significance of Nationality", *Ethics*, 98: 647-662.
- NIELSEN, K. (1983): "Global justice and the imperatives of Capitalism", *The Journal of Philosophy*, 80/10: 608-610.
- NINO, Carlos S. (1993), *The Ethics of Human Rights*, Oxford: Clarendon Press.
- RAWLS, J. (1999), *The Law of Peoples*, Cambridge: Harvard University Press.
- POGGE, T. W. (1999), "A Global Resources Dividend", en Crocker, D. A./Linden, T. (eds), *Ethics of Consumption: The Good Life, Justice, and Global Stewardship*, Lanham (Md.): Rowman & Littlefield: 501-538.
- RICOEUR, P. (1995), *Le Juste*, Paris: Éditions Esprit.
- RUIZ MIGUEL, A. (1989), "Problemas de ámbito de la democracia", *Doxa*, 6: 97-120.
- SANTOS, B. de Sousa (1995), *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York: Routledge.
- SASSEN, S. (1998), *Globalisation and its Discontents. Essays on the New Mobility of People and Money*, New York: The New Press.
- SEN, A. (1999), *Development as Freedom*, Oxford: Oxford University Press.
- SEN, A. (2002), "How to judge globalism", in www.prospect.org
- SIDGWICK, H.(1891), *Elements of Politics*, London: Macmillan, 1919 (4^a ed.), disponible en <http://cepa.newschool.edu/het/profiles/sidgwick.htm>
- SINGER, P. (1995), "Los de dentro y los de fuera", en *Ética Práctica*, segunda edición, trad. Rafael Herrera Bonet, Ed. Cambridge University Press.
- SHUE, H. (1983), "The Burdens of Justice", *The Journal of Philosophy*, 80/10: 600-608.
- (1988), "Mediating duties", *Ethics*, 98: 687-704.
- TWINNING, W. (2000), *Globalisation & Legal Theory*, London etc.: Butterworths.
- VAN GUNSTEREN, H.R. (1988), "Admission to citizenship", *Ethics*, 98: 731-741.
- WALZER, M. (1983), *Spheres of Justice. A defence of Pluralism and Equality*, New York: Basic Books.



DOXA 26 (2003)

LAS ESTRATEGIAS DE LA BENEVOLENCIA (Sobre las relaciones entre el paternalismo y la bioética)

Macario Alemany
Universidad de Alicante

Con frecuencia se ha sostenido que el paternalismo es el problema ético fundamental de la práctica médica¹, aunque esta afirmación puede entenderse de dos maneras bien diferentes. Según una primera interpretación, el paternalismo médico sería el modelo de relación médico-paciente de la medicina tradicional, descrito por Hipócrates y ejercido hasta nuestros días². Un “modelo” que es problemático dadas ciertas asunciones actuales sobre el valor de la autonomía individual y que debe ser sustituido, se propone, por el *modelo del consentimiento informado*. Mientras que en la concepción tradicional paternalista el punto de partida de las argumentaciones justificantes son la naturaleza, obligaciones y prerrogativas de la profesión médica, en la concepción actual el *prius* son los derechos del paciente y el derecho del médico pasa a ser un *posterius*³.

Según la segunda interpretación, el paternalismo médico no es únicamente el modelo tradicional de la relación médico-paciente, sino que es una categoría conceptual necesaria para delimitar el problema moral específico de la medicina, cuya solución sería, precisamente, la determinación de las condiciones de justificación de la intervención paternalista. A diferencia de

¹ Véase: por ejemplo, CULVER, Charles M. y Bernard GERT: *Philosophy in Medicine (Conceptual and Ethical Issues in Medicine and Psychiatry)*, ed. Oxford University Press, N.Y., 1982, p. 126.

² Un muy buen resumen sobre este modelo tradicional puede leerse en la siguiente obra: GRACIA, Diego: “Historia de la ética médica”, en VILARDELL, FRANCISCO: *Ética y medicina*, Ed. Espasa, Madrid, 1988, pp. 27-65.

³ Esta crítica del paternalismo médico es análoga a la que John Locke hiciera de las relaciones paterno-filiales: anteponer el derecho del hijo al poder del padre. Bobbio resume esta crítica diciendo que en la obra de Locke el derecho del padre pasa de ser un *prius* a ser un *posterius*. Véase: LOCKE, John: *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Ed. Austral, Madrid, 1997, p. 243 y ss.; y, Bobbio, Norberto: *Locke e il diritto naturale*, ed. G. Giappichelli, Torino, 1963, p. 241 y ss.

la perspectiva anterior, en ésta se reconoce que el paternalismo médico no puede ser totalmente superado.

En este artículo, partiré de la segunda interpretación, que implica que el paternalismo en algunos casos está justificado y en otros no. Trataré de poner en relación la categoría del paternalismo con un conjunto de problemas que se suelen tratar bajo la rúbrica de “bioética”, al objeto de proporcionar una taxonomía básica de tipos de problemas bioéticos en los que se plantea la cuestión de la justificación de las intervenciones paternalistas. Para ello presentaré, en primer lugar, una caracterización sucinta de lo que cabe entender por “paternalismo” y haré unas breves consideraciones sobre su plausibilidad moral; en segundo lugar, me referiré al contenido de la bioética y a algunas importantes distinciones que, a mi juicio, tiene sentido hacer dentro de la misma y, en tercer lugar, pondré en relación estas distinciones con el paternalismo.

1. Paternalismo

El concepto de paternalismo ha sido objeto de una larga y compleja discusión que comienza en el principio de los años setenta y se prolonga durante dos décadas sin arrojar resultados concluyentes⁴. Todas las propuestas conceptuales en torno al paternalismo tienen como mínimo común denominador la que podríamos denominar “analogía paternalista”, es decir, una semejanza de relaciones en la que el foro de la analogía lo constituye la bien conocida relación paterno-filial y el tema lo constituye la relación soberano-súbdito, patrón-obrero, médico-paciente, etc. Sin embargo, hay

⁴ Véase: DWORKIN, Gerald: “Paternalism”, en Wasserstrom, R. A. (ed.): *Morality and the Law*, Ed. Dsworth Publishing Co., Belmont, 1971, pp. 107-126. Éste es, sin duda, el artículo más influyente en la reciente discusión sobre el paternalismo. Existen las siguientes reediciones del mismo: en *The Monist* 56, n° 1 (1972), pp. 64-84; en Sartorius, Rolf: *Paternalism*, Ed. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987, pp. 19-34; y en FEINBERG, Joel y Jules COLEMAN: *Philosophy of Law*, Ed. Wadsworth, Belmont, 2000, pp. 271-280. Existe una traducción del mismo al castellano realizada por Jorge M. Seña e incluida en la colección de ensayos: *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, editada por Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo, publicada en 1990. Véase igualmente: FEINBERG, Joel: *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*, Ed. Oxford University Press, N.Y. 1986; y FEINBERG, Joel: “Legal Paternalism”, en *Canadian Journal of Philosophy* 1, n°1 (1971), pp. 106-24 (reeditado en Sartorius, Rolf: *Paternalism*, cit., pp. 3-18); RAWLS, John: *Teoría de la Justicia*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pp. 230 y ss.; GERT, Bernard y Charles M. CULVER: “Paternalistic Behavior”, *Philosophy & Public Affairs* 6 (1976), vol. 1, pp. 45-57; GERT, Bernard y Charles M. CULVER: “The Justification of Paternalism”, *Ethics* 89 (1979), pp. 199-210; CULVER, Charles M. y Bernard GERT: *Philosophy in Medicine* cit., y GERT, Bernard, Charles M. CULVER y K. DANNER CLOUSER: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, Ed. Oxford University Press, N.Y., 1997. En lengua castellana, merecen destacarse especialmente las siguientes obras: Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, en *Doxa* 5 (1988), pp. 155-173; y NINO, C.S.: *Ética y derechos humanos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, pp. 413 y ss.

notables discrepancias sobre cómo construir la analogía, qué definición es la más apropiada y, en particular, sobre qué relevancia darle al carácter peyorativo que en el lenguaje ordinario tiene el término “paternalismo”.

No entraré a explicar las diferentes propuestas que se han hecho de definición de “paternalismo”, puesto que ello ocuparía demasiado espacio para los objetivos de este artículo. Me limitaré, por tanto, a exponer sucintamente algunas ideas sobre el concepto de paternalismo (al menos, sobre un concepto central de paternalismo).

A mi juicio, aclarar el concepto de paternalismo equivale a completar y aclarar el significado de la siguiente expresión:

E1: El agente A ejerce paternalismo sobre el sujeto B

Este enunciado presupone que el paternalismo consiste básicamente en una relación entre dos sujetos. Se trataría de una relación caracterizada por los siguientes elementos:

- a) Los sujetos de la relación paternalista (A y B)
- b) El modo de relación paternalista
- c) La finalidad paternalista

Empecemos por este último elemento. Lo que caracteriza al genuino paternalismo es su finalidad benevolente. Éste sería, puede decirse, el elemento positivo de la acción paternalista. Si el agente A no trata honestamente de beneficiar a B, no estaríamos ante un caso de paternalismo, sino, en algunas ocasiones, ante un simulado paternalismo. Un ejemplo muy significativo de este falso paternalismo sería el de la explotación por parte de Leopoldo II del denominado Congo belga⁵. Muchas de las críticas a la conducta paternalista parten de supuestos de falso paternalismo. Pero, obviamente, el paternalismo que puede plantear una genuina duda sobre su justificación es aquel que realmente se orienta a beneficiar al sujeto B.

Por tanto, una parte del significado de E1 se expresaría por medio del siguiente enunciado:

E2: El agente paternalista A trata de beneficiar al sujeto B

“Beneficiar” es, a su vez, una palabra ambigua y que remite a conceptos con una notable zona de penumbra. Por lo que se refiere al paternalismo, habría que hacer dos distinciones fundamentales. La primera de ellas sería la distinción entre beneficios físicos, psíquicos o económicos, por un lado, y beneficios morales, por otro. Siguiendo a Hart, creo que el paternalismo se caracteriza por perseguir el primer tipo de beneficios y que la persecución de beneficios morales caería bajo la categoría de lo que suele denominarse

⁵ Véase: HOCHSCHILD, Adam: *El fantasma del rey Leopoldo (Codicia, terror y heroísmo en el África colonial)*, Ed. Península, Barcelona, 2002.

“perfeccionismo”⁶. En segundo lugar, dentro del concepto de beneficiar podría distinguirse entre “beneficiar en sentido estricto” y “evitar daños”. Esta distinción no es conceptualmente fácil y no entraré ahora a discutir sus pormenores. Por “beneficiar en sentido estricto” entiendo promover los intereses de un individuo más allá de un nivel básico de satisfacción de los mismos y por “evitar daños” entiendo evitar que los intereses del individuo caigan por debajo de ese nivel o, cuando ya se hallan por debajo, llevarlos hasta, o por encima, del mismo. Curar a una persona enferma sería un claro ejemplo de “evitar daños” y también prevenir la enfermedad, mientras que un “tratamiento” de belleza sería un ejemplo de “beneficiar en sentido estricto”. Algunos autores han sostenido que cuando se trata de imponer *beneficios* psíquicos, físicos o económicos ya no se trata de paternalismo sino de una figura afín⁷, mientras que otros han señalado que se trataría de un tipo de paternalismo, extremo o radical⁸. No obstante, podría decirse que, en el uso más extendido de “paternalismo”, el enunciado E2 equivaldría al siguiente:

E3: El agente A trata de evitar daños físicos, psíquicos o económicos al sujeto B

Si el paternalismo pretende evitar daños, la pregunta que surge es por qué se entiende generalmente que hay un problema de justificación en la acción paternalista. La razón de ello tiene que ver con el segundo elemento de la relación paternalista: el modo. Del paternalismo se ha dicho que consiste en imponer coactivamente un comportamiento, interferir con la libertad, engañar, violar una norma moral con respecto al sujeto B, etc. Dar con el modo propio de la acción paternalista, que lo distinguiría del resto de acciones benevolentes o altruistas, es el núcleo de la discusión sobre el paternalismo. A mi juicio, convendría distinguir aquí entre el *modo* y el *medio* de la acción paternalista⁹. Es imposible señalar en abstracto qué *medios* son idóneos para ejercer paternalismo; ello depende de las circunstancias concretas del caso. Sin embargo, sí que habría un *modo* propio de la acción paternalista que consistiría en oponerse a las preferencias del sujeto B en el momento de la intervención paternalista. Por ello se suele decir que el paternalismo

⁶ Véase: HART, H.L.A.: *Law, Liberty and Morality*, Ed. Stanford University Press, 1963, p. 31. Seguramente, Hart fue el primero en introducir el término “paternalismo” en la discusión académica sobre los límites morales del Derecho penal (al objeto de distinguirlo del “perfeccionismo”). Hart considera que el paternalismo consiste en “proteger a los individuos de sí mismos”.

⁷ Véase: GARZÓN VALDÉS, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, en *Doxa*, 5 (1988), p. 157.

⁸ Véase: FEINBERG, Joel: *Harmless Wrong-Doing*, Ed. Oxford University Press, N.Y., 1990, p. 312.

⁹ Debo agradecer a Daniel González Lagier que me llamara la atención sobre la oportunidad de hacer esta distinción.

trata de proteger a los individuos de sí mismos, de imponer prudencia, etc. Si un paciente, por ejemplo, prefiere no continuar con un tratamiento que es necesario para la curación, sería paternalista conseguir, por cualquier medio (engañando, imponiéndolo por la fuerza, manipulándolo, etc.), que continúe con el mismo. Podemos, por tanto, completar nuestro primer enunciado E1 diciendo que éste sería equivalente al siguiente:

E4: El agente A trata de evitar daños físicos, psíquicos o económicos al sujeto B, contra las preferencias de B en el momento de la intervención paternalista

Por último, tenemos los sujetos de la relación. A partir de este elemento, podríamos diferenciar algunos tipos principales de paternalismo: 1) paternalismo en la empresa¹⁰, 2) paternalismo estatal, 3) paternalismo entre Estados¹¹ y 4) paternalismo médico. A cada uno de los anteriores tipos le correspondería la siguiente expresión equivalente: 1) “el patrón ejerce paternalismo sobre el empleado”, 2) “el Estado ejerce paternalismo sobre los ciudadanos”, 3) “el Estado A ejerce paternalismo sobre el Estado B”, y 4)

¹⁰ El término “paternalismo” (cuyos primeros usos constatados se remontan al último tercio del siglo XIX, siendo originario de la lengua inglesa) se usó en lengua castellana a principios de siglo casi exclusivamente para referirse a este tipo de paternalismo. Es de destacar que, por ejemplo, en la *Enciclopedia Universal Ilustrada* de Espasa, publicada por primera vez en 1920, la única acepción que se incluye de “paternalismo” es, precisamente, la siguiente: “*Régimen de relaciones entre el patrono y el obrero que, asimilándolas a las familiares, atribuye al patrono una especie de protección tutelar sobre sus obreros*”. Véase: Voz “Paternalismo” en *Enciclopedia Universal Ilustrada*, ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1966, t. 42. Curiosamente, por los mismos años en que en la filosofía moral y jurídica se “pone de moda” hablar del paternalismo (a principios de la década de los setenta), en la historiografía social irrumpe con fuerza esta categoría para analizar no sólo el denominado “paternalismo industrial”, sino también las relaciones socio-económicas de la historia anteriores al capitalismo. Los ejemplos históricos de paternalismo industrial más importantes son las llamadas ciudades-fábrica. Paradigmáticos son los casos de *Pullman City* en los Estados Unidos, la *cité Mulhouse* o *Le Creusot* en Francia, *Le Grand Hornu* en Bélgica, etc. En España cabe destacar el paternalismo practicado en las explotaciones mineras de Río Tinto en Huelva y en las empresas mineras asturianas como Hullera Española en Bustiello, Solvay en Lieres o Ensidesa en Avilés. Los patronos paternalistas iban mucho más allá del pago del salario y se comprometían a proveer a los obreros de economatos, viviendas, cajas de previsión, educación, servicios religiosos, pero siempre supeditado a la continuidad en la empresa y al buen rendimiento en el puesto de trabajo. Se discute si se trataba realmente de paternalismo o simplemente de una manera de disciplinar a la mano de obra (sacar al obrero de la taberna era una obsesión de la época) y asegurar su reproducción. A mi juicio, sin embargo, en círculos de lo que podríamos llamar catolicismo social se predicaba y practicaba un paternalismo bastante sincero (no del todo porque con la filantropía se mezclaba con el miedo al movimiento obrero). Sobre el paternalismo industrial en España, véase: SIERRA ÁLVAREZ, José, *El obrero soñado. Ensayo sobre el paternalismo industrial (Asturias, 1860-1917)*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1990; Babiano Mora, J.: *Paternalismo industrial y disciplina fabril en España, 1938-1958*, Ed. CES, Madrid, 1998.

¹¹ Véase: GARZÓN VALDÉS, Ernesto: “Intervencionismo y paternalismo”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto: *Derecho, ética y política*, Ed. CEC, Madrid, 1993, pp.379-399.

“el médico ejerce paternalismo sobre el paciente y/o sus allegados”. Aquí nos interesa en particular este último tipo de paternalismo, aunque también, como veremos, es relevante para la bioética el paternalismo estatal. Vale la pena mencionar que entre estas categorías de paternalismo se dan diferencias en cuanto a los *medios* de que *preferentemente* se vale la intervención y las finalidades específicas. Al paternalismo estatal, por ejemplo, se le suele adscribir como medio preferente la coacción y como finalidad la más genérica del bienestar (de ahí la calificación de paternalista que se hace del Estado del Bienestar), mientras que al paternalismo médico se le suele adscribir como medio preferente el engaño o la ocultación de información (lo que explica que en este ámbito se denomine al consentimiento válido “consentimiento informado”) y como finalidad específica la salud del sujeto B (bienestar físico o psíquico).

A todas estas categorías de paternalismo se le superpone la de *paternalismo jurídico*, que se identifica con frecuencia con la de *paternalismo estatal*. A mi juicio, sin embargo, no todo paternalismo estatal es paternalismo jurídico y tampoco creo que todo paternalismo jurídico sea paternalismo estatal. Sin entrar ahora en este problema, aquí tan sólo quisiera apuntar la tesis de que no se puede presuponer sin más que el paternalismo médico no es paternalismo jurídico (puesto que el médico puede actuar de acuerdo con un permiso o autorización del Estado) y que, en todo caso, plantea un problema de relevancia jurídica (con frecuencia formulado como el problema de “cuáles son los derechos de los pacientes”).

El anterior análisis tiene algunos presupuestos que conviene hacer explícitos. En primer lugar, el agente A debe creer que: 1) Él sabe mejor que B lo que le conviene a B, y 2) que B es, no obstante, capaz de formar una preferencia contraria a la acción paternalista. En segundo lugar, B debe creer que él sabe mejor que A lo que le conviene a sí mismo (que él es el mejor juez de sus propios intereses).

De acuerdo con esta aproximación conceptual, se podrían proponer los siguientes ejemplos de paternalismo: 1) administrar un placebo a un paciente para reducir su ansiedad; 2) inmovilizar a un paciente contra su voluntad por medio de ataduras o drogas, para evitar que se autolesione; 3) hacer una transfusión de sangre al paciente contra su voluntad, necesaria para salvar su vida; 4) no informar al paciente de la gravedad de su diagnóstico, a pesar de que éste demanda información completa, para evitar una depresión suicida; 5) no dispensar medicamentos peligrosos sin receta médica; etcétera.

Las dificultades teóricas en torno al concepto de paternalismo guardan a mi juicio una estrecha conexión con las dificultades teóricas en torno al concepto de poder. Hasta el punto de que podría afirmarse que la relación paternalista es siempre una relación de poder y que la acción paternalista

es siempre un acto de poder. Algunos autores han señalado que se ejerce poder sobre una persona siempre que se consigue que esa persona haga lo que de otra manera no habría hecho. La cuestión que me parece crucial para la discusión del paternalismo es si es posible que el agente A no sólo logre imponer su voluntad sobre B (lo cual muestra que tiene poder sobre B), sino que también logre beneficiarlo de esta manera. Algunos sostendrán que esto no es posible, porque el interés de B en su autonomía siempre pesará más que cualquier otro interés que B tenga y que es promovido o protegido por la intervención paternalista. Sin embargo, a mi juicio, esto último no es cierto y, por tanto, son posibles ejercicios paternalistas del poder que sean realmente beneficiosos (que promuevan los intereses de B considerados en su conjunto) para los individuos tratados paternalistamente¹².

Pues bien, uno de los ámbitos donde creo que hay más ocasiones para ejercer un honesto y exitoso paternalismo es en el de la bioética. La asimetría del conocimiento entre los médicos y sus pacientes, las circunstancias que suelen acompañar a la enfermedad y el compromiso sincero de los profesionales de la salud con el bienestar de los pacientes hacen que se generen situaciones en las que es plausible el paternalismo. Ello no implica negar que el paternalismo sea problemático desde el punto de vista moral, puesto que no sólo valoramos el bienestar sino también, y de una manera muy especial, la autonomía individual. Hay que juzgar a la luz de las circunstancias de los casos, partiendo del reconocimiento de estos valores últimos (bienestar y autonomía), qué intervenciones paternalistas están justificadas y cuáles no. Más que decir a los médicos que nunca han de ser paternalistas, habría que decirles, a mi juicio, que nunca han de serlo si no están en condiciones de justificar su acción, es decir, de dar razones que apoyen la decisión tomada¹³.

¹² Sobre la racionalidad de preferir menos libertad (u oportunidades) a más libertad (u oportunidades) para proteger otros bienes, véase: HART, H. L. A.: "Rawls on Liberty and Its Priority", en Daniels, Norman (ed.): *Reading Rawls*, Ed. Basic Books, Nueva York, 1975, pp. 249-252; ELSTER, Jon: *Ulises y las Sirenas (Estudios sobre racionalidad e irracionalidad)*, Ed. FCE, México, 1997, pp. 66-188; y ELSTER, Jon: *Ulises desatado (Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones)*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2002.

¹³ Bernard Gert ha señalado que la justificación del paternalismo (y, en general, la justificación moral) requiere de una actitud de imparcialidad, de acuerdo con la cual si creemos que nuestra acción concreta está justificada debemos creer, igualmente, que estaría justificado permitir públicamente esa acción. Lo contrario de esta actitud imparcial es, señala Gert, la "arrogancia" de creer que la propia acción está justificada, pero no se puede defender públicamente que cualquiera actuaría justificadamente de la misma manera en las mismas circunstancias. Esta actitud "arrogante" es frecuente en las situaciones en las que se suelen dar comportamientos paternalistas: por ejemplo, es frecuente que médicos que practican la eutanasia (en la "privacidad" de su unidad) y que creen que hacen lo correcto, sin embargo, consideren inaceptable

Por ello me parece importante indagar contextos de plausible paternalismo y, en este artículo, distinguir diferentes situaciones para el paternalismo que son tratadas conjuntamente bajo la rúbrica de la bioética.

2. Bioética

El término “bioética” comenzó a usarse en los años setenta y con él se suele hacer referencia a los desafíos éticos planteados por el desarrollo de las ciencias biológicas y médicas¹⁴. No es fácil determinar los contornos del objeto de estudio de esta disciplina. El prestigioso instituto *The Hastings Center*, dedicado a la investigación en bioética, señala que su objetivo es “explorar las cuestiones fundamentales y emergentes en la asistencia sanitaria (*health care*), biotecnología y medio ambiente”¹⁵. Los proyectos de investigación que se desarrollan actualmente en el instituto se agrupan bajo cinco categorías principales: 1) genética y biotecnología, 2) asistencia sanitaria y política sanitaria, 3) ética, ciencia y medio ambiente, 4) internacional (donde se investigan temas como el VIH/SIDA en África oriental o la medicina y el mercado), y 5) ética e investigación científica¹⁶.

Si el objeto de estudio de la bioética es, como vemos, muy amplio y de fronteras imprecisas, la naturaleza misma de la disciplina también parece difícil de delimitar. Desde sus orígenes y a lo largo de los años setenta, se enfrentaron filósofos y médicos en dos interpretaciones opuestas de la bioética: para los filósofos, esta disciplina era una aplicación más de la ética, que requería de los médicos o investigadores tan sólo la aportación de los datos; para los médicos e investigadores, sin embargo, la bioética era un conocimiento esencialmente médico y científico, donde eran los filósofos los que podían ser llamados a aportar materiales¹⁷. Ambas posturas extremas fueron pronto superadas y puede decirse que encontraron su síntesis en una concepción procedimental o metodológica de la bioética, según la cual la misión principal de ésta es dotar a los médicos e investigadores de un método apto para obtener soluciones a los problemas éticos de su práctica profesional (generalmente, por medio de la elaboración de protocolos de actuación)¹⁸.

que públicamente se permita. Véase: GERT, Bernard, Charles M. CULVER y K. DANNER CLOUSER: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 43.

¹⁴ GRACIA, Diego: *Procedimientos de decisión en ética clínica*, Ed. Eudema, Madrid, 1991, p. 25.

¹⁵ Véase la página web principal del instituto en <http://www.thehastingscenter.org/>

¹⁶ *Ibidem*. Una visión general de los problemas abordados por la bioética se puede obtener consultando el *Hastings Center Report*, publicado desde 1971 o la *Bibliography of Bioethics*, editada por L. Walters y T. J. Tamar anualmente desde 1975.

¹⁷ GRACIA, Diego: *Procedimientos de decisión en ética clínica*, cit., p. 25.

¹⁸ Aquí “procedimental” no se debe entender en el sentido de “justicia procesal”. Los procedimientos de decisión en bioética están diseñados para dar con la solución correcta a un

Esta dimensión metodológica de la bioética es sobresaliente en el enfoque de los principios, que hoy podríamos considerar la teoría bioética más importante, desarrollado en su versión estándar por Tom L. Beauchamp y James F. Childress¹⁹ y también en otras concepciones de la bioética: por ejemplo, el casuismo defendido por Jonsen y Toulmin²⁰. En definitiva, como ha destacado Manuel Atienza, la bioética podría entenderse como una parte de la teoría de la argumentación²¹.

3. Algunas distinciones importantes

Al objeto de aclarar las relaciones de la bioética con el paternalismo, es útil distinguir, dentro del amplio conjunto de problemas que se tratan bajo la rúbrica de “bioética”, entre los siguientes tipos de acciones o intervenciones:

- a) Acciones en el contexto de la *investigación*, en particular la experimentación con seres humanos, y en el contexto de la *práctica médica*;
- b) Acciones orientadas a *evitar enfermedades* y las orientadas a producir *beneficios positivos*;
- c) Acciones preventivas y curativas;
- d) Intervención genética y otras intervenciones médicas.

3.1. Investigación y práctica

La distinción entre investigación y práctica suele verse reflejada en las definiciones mismas de “bioética”, que se presenta como compuesta inicialmente por estos dos ámbitos de problemas éticos. En opinión de los redactores del influyente *Informe Belmont*, orientado a establecer los principios éticos que deben guiar la experimentación con seres humanos, la distinción entre investigación y práctica es “borrosa” por dos razones: primera, porque en ocasiones investigación y práctica se dan simultáneamente (por ejemplo, cuando la investigación está orientada a evaluar una terapia) y, segunda, porque a terapias que son desviaciones de la práctica comúnmente aceptada se les suele denominar “experimentales”, constatándose, además, incertidum-

caso, pero no definen la “solución correcta” como “aquella que es el resultado de seguir los pasos del procedimiento”.

¹⁹ Véase: BEAUCHAMP, Tom L. y James F. CHILDRESS: *Principios de Ética Biomédica*, Ed. Masson, Barcelona, 2002.

²⁰ Véase: JONSEN, Albert R. y Stephen TOULMIN: *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*, Ed. University of California Press, Berkeley, 1988. Véase, igualmente: TOULMIN, Stephen: “De qué manera la medicina le salvó la vida a la ética”, en *Análisis filosófico*, vol. XVII, 2 (1997), pp. 119-135.

²¹ Véase: ATIENZA, Manuel: “Juridificar la bioética”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.): *Bioética y Derecho (Fundamentos y problemas actuales)*, Ed. Itam-FCE, México.

bre sobre la distinción entre “experimental” e “investigación”. Sobre cómo trazar la distinción entre investigación y práctica dicen lo siguiente:

“En la mayoría de casos, el término “práctica” se refiere a intervenciones cuyo fin es acrecentar el bienestar de un paciente individual o de un cliente, y hay motivos razonables para esperar el éxito. El fin de la práctica médica es ofrecer un diagnóstico, un tratamiento preventivo o una terapia a individuos concretos. Como contraste, el término “investigación” denota una actividad destinada a comprobar una hipótesis, que permita sacar conclusiones y, en consecuencia, contribuya a obtener un conocimiento generalizable (expresado, por ejemplo, en teorías, principios, y enunciados de relaciones). La investigación se describe generalmente en un protocolo formal que presenta un objetivo y un conjunto de procedimientos diseñados para alcanzar este objetivo”²².

Este párrafo muestra que el interés de la comisión no era sólo distinguir entre investigación y práctica (lo cual es relativamente fácil pues, como señalan, el fin de ambas actividades es diferente), sino sobre todo aclarar por qué es moralmente importante distinguirlas. De ahí que se insista en dos aspectos de la práctica: a) que beneficia generalmente al individuo que se le aplica, y b) que suele haber motivos razonables para esperar el éxito del tratamiento; características de las que carecería, a su juicio, la investigación y, en particular, la investigación que se hace por medio de la experimentación con seres humanos. No obstante, reconocen que la práctica no siempre beneficia al sujeto que es intervenido, puesto que, en ocasiones, beneficia sólo a otro (por ejemplo, el donante en una transfusión de sangre) o beneficia al sujeto intervenido y a otros (por ejemplo, una vacuna que evita contagiarse y ser contagiado). En cuanto a las prácticas que son muy innovadoras, por lo que se pueden denominar “experimentales”, el comité advierte que no son “investigación”, puesto que les faltaría el aspecto formal propio de la misma. Aunque el comité no lo diga expresamente, lo relevante desde el punto de vista moral de estas prácticas “experimentales” es que se apartarían de la práctica estándar en el grado de confianza en obtener el éxito.

3.2. *Tratamiento y mejora*

Dentro del objetivo genérico de promover el bienestar físico y psíquico, se le suele otorgar una gran relevancia moral a la distinción entre el fin del tratamiento de la enfermedad (intervenciones negativas) y el de mejorar la salud (intervenciones positivas). Esta distinción es utilizada fundamentalmente por los seguros médicos, tanto públicos como privados, para diferenciar las prestaciones que deben ser cubiertas de aquéllas que deben ser

²² National Comisión for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research: *Informe Belmont* (30 de septiembre de 1978), ed. Observatori de Bioètica i Dret, <http://www.ub.es/fildt/bioetica.htm>.

costeadas por el propio asegurado. Además, en ocasiones, sirve igualmente para delimitar lo que es permisible hacer a los individuos²³.

Estos dos tipos de intervenciones, negativas y positivas, se corresponden con la distinción conceptual entre “evitar daños” y beneficiar”. Antes hemos señalado que puede decirse que si bien “evitar daños” sería una forma de beneficiar en sentido genérico, cuando ambos términos se contraponen se ha de entender por “beneficiar” promover los intereses de un individuo más allá de un nivel básico de satisfacción de los mismos y por “evitar daños” impedir que estos intereses caigan por debajo de este nivel básico o llevarlos de vuelta al mismo. El problema es, por supuesto, cómo determinar el nivel básico de satisfacción. En el caso que nos ocupa, la bioética, la noción de enfermedad (en un sentido amplio, que incluiría la discapacidad, lesiones, heridas, etc.) puede entenderse precisamente como un instrumento para determinar este nivel. Ahora bien, la noción de enfermedad no es, en absoluto, fácil.

Es plausible sostener que las enfermedades, en sentido amplio, son un mal y, en más ocasiones de las que se suele pensar, un mal evitable, es decir, males que son consecuencias previsibles de las acciones u omisiones de los seres humanos²⁴. En ocasiones, alguna enfermedad puede adquirir el carácter de “mal teológico”²⁵, algo contra lo que el hombre no puede luchar, como las “catástrofes naturales”, pero, generalmente, son evitables, tratables o las dos cosas. Algunas enfermedades pueden ser evitadas, además, por el propio sujeto que las padece, lo cual no implica por sí sólo que se deba culpabilizar a estos enfermos o que no se les deba prestar ayuda²⁶. Otras, la mayoría, pueden ser evitadas o curadas con políticas públicas que pongan al alcance de los afectados los medios preventivos disponibles o que proporcionen los tratamientos también disponibles o, incluso, que fomenten la investigación para las enfermedades todavía sin tratamiento. La propagación del SIDA en

²³ Sobre la relevancia moral de esta distinción puede encontrarse un buen análisis en: Allen BUCHANAN, Dan W. BROCK, Norman DANIELS y Daniel WIKLER: *Genética y Justicia*, Ed. Cambridge University Press, Madrid, 2002, cap. 4, pp. 97 y ss.

²⁴ Se trata de lo que Joel Feinberg denomina “males legislativos” y que contraponen a los “males teológicos”. Véase: FEINBERG, Joel: *Harmless Wrong-doing*, cit., p. 18.

²⁵ Utilizo la expresión de Joel Feinberg. Véase: FEINBERG, Joel: *Harmless Wrong-doing*, cit., p. 18.

²⁶ Para Joel Feinberg, no son lo mismo “males” y “daños” (en sentido normativo). Hay males, estados de cosas que son lamentados, que no son daños, el resultado de infligir injustamente un mal, por ejemplo los “daños” (en sentido descriptivo) que son infligidos a un individuo con su consentimiento. Las enfermedades pueden ser tanto males que son daños en sentido normativo (por ejemplo, el daño que inflige un sujeto que contagia de SIDA a otro contra su voluntad) como males que son daños en sentido descriptivo (por ejemplo, el contagio del SIDA por un sujeto que ha mantenido voluntariamente, válidamente, relaciones con un seropositivo).

el tercer mundo es un buen ejemplo de este tipo de “males evitables” que son las enfermedades: pese a las descripciones que de esta propagación se hacen como de “plaga bíblica”, no tiene nada de “teológica”, puesto que no se están distribuyendo los medicamentos ya disponibles para tratar la enfermedad.

La ausencia de enfermedades parece constituir uno de esos intereses de los seres humanos (intereses del bienestar, necesidades básicas o bienes primarios) que forman una cadena entre sí que no es más fuerte que el más débil de sus eslabones y de cuya satisfacción depende la satisfacción de cualesquiera otros intereses²⁷. Muchos autores, a pesar de sostener una concepción subjetivista de los intereses, se han sentido inclinados a admitir que lo que promueve los intereses de bienestar es bueno para los individuos “en cualquier caso, sean cuales sean sus creencias y deseos”²⁸, de donde se desprendería su carácter de intereses *objetivos* de los seres humanos.

Junto a la idea de que la enfermedad es un mal objetivo, las otras dos connotaciones centrales del concepto son la de “anormalidad” y la de “condición del sujeto”²⁹. La enfermedad es siempre una condición del propio sujeto que se aparta de lo que es característico en la especie y que, además, es un mal. Con estos elementos las definiciones de “enfermedad” oscilan desde las que pretenden introducir un concepto científico y sin elementos valorativos hasta las que parten, precisamente, de los elementos evaluativos o normativos. En uno de los extremos de la escala, encontraríamos, por ejemplo, la definición de “enfermedad” como “desviaciones adversas o disfunciones respecto a la organización funcional normal típica de la especie o funcionamiento normal”³⁰. Aquí el elemento esencialmente valorativo, la noción de mal, es sustituido por la idea de “disfunción”; la pretensión es que lo que sea una “disfunción o enfermedad” es determinado en el contexto “relativamente objetivo y no evaluador”³¹ proporcionado por

²⁷ Véase: RESCHER, Nicholas: *Welfare: The Social Issue in Philosophical Perspective*, Ed. University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 1972, p. 6.

²⁸ FEINBERG, Joel: *Harm to Others*, *cit.*, p. 40.

²⁹ Véase: nota 31.

³⁰ Se trata del concepto de enfermedad propuesto por Christopher Boorse, desarrollado y ampliado por Norman Daniels, y manejada a lo largo de toda la obra *Genética y Justicia* (obra por la que se cita). Véase: ALLEN BUCHANAN, Dan W. BROCK, Norman DANIELS y Daniel WIKLER: *Genética y Justicia*, *cit.*, pp. 67, 113-115; BOORSE, Christopher: “Health as a Theoretical Concept”, en *Philosophy of Science*, 44 (1977), pp. 542-573, “Wright on Functions”, en *Philosophical Review*, 85 (1976), núm. 1, pp. 70-85, “On the Distinction between Disease and Illness”, *Philosophy and Public Affairs*, 5 (1975), núm. 1, pp. 49-68; DANIELS, Norman: *Just Health Care*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985.

³¹ ALLEN BUCHANAN, Dan W. BROCK, Norman DANIELS y Daniel WIKLER: *Genética y Justicia*, *cit.*, p. 113.

las ciencias biomédicas y veterinarias. En el otro extremo de la escala, se situarían definiciones que, como la propuesta por Bernard Gert y Charles M. Culver, defienden un concepto de enfermedad fuertemente basado en su caracterización primaria como un “mal”. A su juicio, “una persona está enferma si y sólo si está en una condición, que no consiste en sus creencias y deseos racionales, tal que sufre, o se incrementa su riesgo de sufrir, un mal (muerte, dolor, discapacidad, pérdida de libertad u oportunidad o pérdida de placer) en ausencia de una causa distinta que esté produciendo esos efectos (*distinct sustaining cause*)”³². Para estos autores, el concepto de enfermedad se caracteriza por ser normativo, de validez universal y aplicable tanto a las enfermedades físicas como mentales.

Frente a estas aproximaciones al concepto de enfermedad que podrían denominarse “objetivas”, se hallan las que señalan su carácter idiosincrásico, el cual hace que lo que sea enfermedad es relativo a un determinado tiempo y lugar. Con frecuencia se sostiene, además, que esta noción es relativa por ser normativa, aunque, como acabamos de ver, nada impide, desde una concepción objetivista de la ética³³, proponer un concepto de enfermedad normativo pero de validez universal.

Sobre la relevancia moral de la noción de enfermedad me parece que pueden adoptarse tres posturas principales: En primer lugar, partir de una noción relativista o idiosincrásica de la misma, de la cual no podemos extraer juicios de valor universales sobre los que fundar obligaciones o permisiones morales de validez también universal. En segundo lugar, partir de una concepción científica, objetiva y descriptiva, de la cual no podemos extraer juicio de valor alguno (para lo que sería necesario haber introducido

³² CULVER, Charles M. y Bernard GERT: *Philosophy in Medicine (Conceptual and Ethical Issues in Medicine and Psychiatry)*, ed. Oxford University Press, N.Y., 1982. p. 81. Esta definición es un instrumento de análisis conceptual que requiere de algunos comentarios para ser comprendida. En primer lugar, la idea de “condición” se refiere a un estado del sujeto que ya forma parte de él, cualquiera que haya sido su origen, y que, por tanto, ya no puede ser eliminado simplemente cambiando su entorno físico o social (una persona que sufre dolor porque otra le esta doblando la muñeca no está enferma, puesto que el dolor desaparece cuando se afloja la presión sobre la articulación). En segundo lugar, la cláusula de exclusión, “que no consiste en sus deseos y creencias racionales”, descarta como enfermedad, por ejemplo, el dolor experimentado por un hombre a causa de la muerte reciente de su mujer o el incremento de riesgo que supone practicar el alpinismo. El último inciso “en ausencia de una distinta causa eficiente” refuerza la idea de la enfermedad como “condición del sujeto”, descartando como enfermedad otras situaciones que causan un mal o el incremento del riesgo de sufrirlo: por ejemplo, conducir un coche por la autopista incrementa el riesgo de sufrir un mal pero no es una enfermedad (el riesgo siempre se incrementa cuando se conduce y se reduce cuando no se conduce).

³³ Aquí por “objetivista” me refiero en sentido amplio a todas las teorías éticas que sostienen la validez universal de los valores morales y no sólo a las que defienden su existencia como entidades independientes.

previamente en la noción de enfermedad un elemento normativo, dejando de ser el concepto puramente descriptivo). Finalmente, partir de una noción normativa y que pretenda validez universal. Esta última postura es, a mi juicio, la más plausible y es la única que nos permite apoyarnos en la distinción entre tratamiento y mejora para alcanzar conclusiones normativas.

En relación con lo anterior, algunos autores (entre ellos, por ejemplo, Ernesto Garzón³⁴ o el ya mencionado Bernard Gert³⁵) han tratado de fundamentar la existencia de una asimetría epistemológica entre los conceptos de lo malo y lo bueno. En opinión de estos autores, las propiedades moralmente relevantes de lo que, desde diferentes sistemas morales, se ha considerado un mal parecen coincidir, mientras que las propiedades moralmente relevantes de lo que se ha considerado, desde diferentes sistemas morales, un bien divergen notablemente.

3.3. Prevención y curación

Generalmente, se considera que en la lucha contra las enfermedades hay dos estrategias básicas: la prevención y la curación o tratamiento. Además, a la prevención se le suele considerar una estrategia más racional, aunque en algunos casos pueda darse que ocurra lo contrario; al menos, se puede afirmar que *ceteris paribus* es mejor evitar una enfermedad que curarla cuando ya se ha originado³⁶. La prevención consiste en evitar que se origine una enfermedad y la curación o tratamiento en hacerla desaparecer o en paliar, en la medida de lo posible, sus efectos perjudiciales. A cada una de estas actuaciones le corresponden una serie de rasgos típicos que son, como veremos, relevantes para el discurso moral.

En primer lugar, mientras que la curación o tratamiento es llevado a cabo *directamente* por profesionales de la salud³⁷ y, en particular, por médicos, los

³⁴ Véase: GARZÓN VALDÉS, Ernesto: “¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?”, en *DOXA*, 21(1998), vol. II., pp. 145-166.

³⁵ Véase: GERT, Bernard: *The Moral Rules (A New Rational Foundation for Morality)*, Ed. Harper & Row, Nueva York, 1970.

³⁶ Hay que advertir que en el ámbito de la salud pública, con respecto a enfermedades de escasa incidencia, los costes de la prevención para todos pueden superar con mucho los costes del tratamiento de unos pocos afectados. En relación con un individuo aislado, también en ocasiones la prevención puede presentar más inconvenientes que el tratamiento: por ejemplo, puede ser mejor afrontar el tratamiento de una enfermedad contagiosa que sólo se pasa un vez, sin riesgos considerables, que esforzarse en no contraerla. Por eso conviene mantener la cláusula *ceteris paribus* al afirmar que es mejor la prevención que el tratamiento.

³⁷ La curación o el tratamiento también depende de que haya los medios disponibles, lo cual atañe, desde luego, a las autoridades. Aquí tan solo quiero destacar que la relación médico-paciente se constituye típicamente en torno al tratamiento y dentro de la institución hospitalaria.

agentes de la prevención son diversos. La prevención atañe, desde luego, a los médicos, pero también *directamente* a las autoridades, a los agentes económicos y a los ciudadanos mismos. El lugar por excelencia de la curación es el hospital, mientras que la prevención se lleva a cabo en cualquier lugar: en el espacio público, el lugar de trabajo o el domicilio.

En segundo lugar, en relación con lo anterior, cuando la ausencia de prevención deriva en enfermedad se plantea un problema específico sobre la responsabilidad de la no-prevención (¿quién es responsable?) y de las consecuencias que han de seguirse de la misma. El avance en el conocimiento etiológico ha descubierto que, en los países desarrollados, las enfermedades que producen mayor mortalidad prematura (las enfermedades cardiovasculares y el cáncer) tienen su causa principal en los hábitos de vida no saludables de la población: la vida sedentaria, la mala alimentación o el tabaco son los ejemplos más relevantes de estos malos hábitos³⁸. Para algunos, este hecho debe servir para afirmar la responsabilidad de los propios ciudadanos en su enfermedad y de aquí derivan que los demás no deben ser obligados a contribuir a su curación³⁹; para otros, si bien es verdad lo primero, de ahí no se sigue lo segundo; otros niegan que sean los ciudadanos los responsables y afirman que la responsabilidad corresponde a, por ejemplo, las industrias tabaqueras, las empresas de comida rápida, la televisión o, incluso, las autoridades.

Finalmente, si en la curación misma las obligaciones y prohibiciones jurídicas no juegan un papel directamente relevante, en la prevención, por el contrario, estas normas jurídicas de mandato pueden constituirse en el instrumento principal: por ejemplo, obligando a los ciudadanos a un comportamiento prudente.

3.4. Genética y otras intervenciones médicas

El desarrollo de la investigación genética, cuya manifestación más importante es el Proyecto Genoma Humano, abre el campo de lo que el ser humano puede hacer de tal manera que constituye un cambio (moralmente) cualitativo con respecto al resto de intervenciones médicas.

De acuerdo con Allen Buchanan, los modos de intervención genética se pueden dividir en intervenciones directas e indirectas⁴⁰. Las *intervenciones directas* se dividen, a su vez, en dos modos: *terapia génica*, “en la que se

³⁸ Sobre este tema véase: WIKLER, Daniel: “Persuasion and Coercion for Health: Ethical Issues in Government Efforts to Change Life-Styles”, en SARTORIUS, Rolf: *Paternalism*, cit., pp. 35-59; y KLEINIG, John: *Paternalism*, Ed. Manchester University Press, Manchester, 1983, cap. V, pp. 106-142.

³⁹ Sobre los diferentes criterios usados en la asignación de recursos escasos en la práctica médica, véase: ELSTER, Jon y NICOLAS HERPIN: *La ética de las decisiones médicas*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2000.

⁴⁰ Allen BUCHANAN, Dan W. BROCK, Norman DANIELS y Daniel WIKLER: *Genética y Justicia*, cit., p. 5.

insertan genes normales o deseables, bien en células somáticas (de tejido corporal) o bien en células en línea germinal (gametos –óvulos o espermatozoides– o embriones); y *cirugía génica*, en la que se ‘desactivan’ genes anormales o indeseados para que no puedan producir sus efectos específicos. Hasta el momento la terapia génica con seres humanos se ha limitado a las células somáticas. Las *intervenciones indirectas* igualmente se dividen en dos modos principales: *farmacología genética*, que consiste en “crear fármacos que sustituyan los productos químicos que serían producidos por el gen normal en un individuo que posee un gen anormal, aumentar los productos químicos de los genes normales o contrarrestar los efectos de un gen indeseable o anormal”⁴¹, y selección de embriones, que se articula en tres pasos: recogida de embriones, análisis de ADN e implante del embrión deseado. Allen Buchanan sugiere, además, una posible tercera categoría de “intervención genética”, entendiendo esta expresión en sentido muy amplio, donde se incluyen dos subcategorías: las intervenciones mediante *diagnóstico genético reproductivo*, que consiste en usar la información genética en cuestión para tomar decisiones reproductivas (por ejemplo, la decisión de abortar un feto con síndrome de Down), y la intervención mediante *prueba genética terapéutica*, que se usa para prevenir o tratar enfermedades genéticas en un sujeto ya existente (por ejemplo, el tratamiento de la fenilcetonuria).

Estas intervenciones, además de los problemas comunes al conjunto de las intervenciones médicas, plantean algunos problemas específicos de justicia distributiva de notable importancia: “al acercarse más –dice Allen Buchanan– las posibilidades de realizar significativas intervenciones genéticas a gran escala en seres humanos, quizás nos veamos obligados a ampliar radicalmente nuestra concepción del ámbito de la justicia, incluyendo activos naturales además de sociales entre los bienes cuya justa distribución se supone que las instituciones deben regular, a abandonar la sencilla imagen de que la justicia trata de la distribución de bienes entre individuos que reciben su identidad independientemente del proceso de distribución, y a revisar ciertas suposiciones básicas sobre las relaciones entre la justicia, la naturaleza humana y el progreso moral”⁴².

4. Paternalismo y bioética

A partir de estas consideraciones y de las distinciones que se han hecho en el apartado anterior, creo que es posible explicar brevemente las relaciones entre el tema del paternalismo y la bioética.

⁴¹ Allen BUCHANAN, Dan W. BROCK, Norman DANIELS y Daniel WIKLER: *Genética y Justicia*, cit., p. 6.

⁴² Allen BUCHANAN, Dan W. BROCK, Norman DANIELS y Daniel WIKLER: *Genética y Justicia*, cit., p. 58.

(1) La distinción entre investigación y práctica

El establecimiento de los límites del paternalismo médico justificado parece ser el problema fundamental de la bioética en su parte dedicada a la *práctica* médica clínica y asistencial, pero no tanto en lo referido a la *investigación* con seres humanos. Tal y como se ha trazado la distinción, la práctica se caracteriza por (1) beneficiar directamente al sujeto que es tratado y (2) por mostrar una expectativa razonable de éxito. La investigación, sin embargo, se orienta (1) a aumentar nuestro conocimiento y (2) muestra por naturaleza un alto grado de incerteza sobre los resultados. De aquí se deriva que, en el contexto de la investigación, las motivaciones de los investigadores y las justificaciones alegadas de sus acciones, cuando éstas entrañan daños o riesgos de daños para los que son objetos de investigación, no suelen ser primariamente paternalistas.

Ahora bien, esto no significa que en este contexto investigador no se plantee en absoluto el problema del paternalismo: mientras que los casos en los que se ha sometido contra su voluntad a un sujeto a experimentación no suelen ser paternalistas (porque no coincide que este mismo sujeto es el beneficiado de la intervención), los casos en los que no se permite a un sujeto someterse por propia voluntad a un experimento sí que suelen ser paternalistas, en la medida en que de lo que se trata es de proteger a este individuo de sus propias decisiones arriesgadas.

En este contexto de la investigación, conviene distinguir, no obstante, las interferencias paternalistas de aquellas que tienen por finalidad evitar algunas formas no coactivas de explotación. “Explotar a otro” es “una forma de usar a otra persona que de alguna manera es incorrecta o injusta”⁴³. La explotación interpersonal, explica Joel Feinberg, implica siempre que a) una parte saca provecho de otra y b) por medio de “aprovecharse” de alguna característica de *B* (la parte explotada) o de sus circunstancias. Cuando la explotación es coactiva, *A* se aprovecha de su mayor fuerza sobre *B*. Cuando no es coactiva, el explotador juega con otras características del explotado: por ejemplo, el niño que explota el cariño de sus padres, el gorrón que explota la generosidad de un amigo, los políticos que explotan el miedo de los ciudadanos, etc.⁴⁴. En el debate, por ejemplo, sobre si debe permitirse o no a los presos someterse a ensayos clínicos o sobre si estos ensayos pueden pagarse, etc., suelen entremezclarse razones paternalistas con otras que tie-

⁴³ FEINBERG, Joel: “Noncoercive Exploitation”, en SARTORIUS, Rolf: *Paternalism, cit.*, p. 202.

⁴⁴ Véase: KLEINIG, John: “The Ethics of Consent”, en Kai NIELSEN y Steve C. PATTEN (eds.): *New Essays in Ethics and Public Policy, Canadian Journal of Philosophy*, volumen suplementario VIII, Canadian Association for Publishing in Philosophy, 1982.

nen que ver con el problema de la explotación. Mientras que el paternalismo se centra en los riesgos asumidos por los individuos, la discusión sobre la explotación se centra en la inmoralidad que supone que unos individuos se aprovechen de otros, con independencia de si estos últimos pueden salir, en conjunto, beneficiados.

Igualmente, se plantea el problema de la explotación con respecto a prácticas experimentales o, incluso, no científicas. La prohibición en España, por ejemplo, de comercializar el medicamento Bio-Bac⁴⁵ o en Estados Unidos la polémica sobre el Laetrile⁴⁶ parecen justificarse más por la finalidad de impedir la explotación que en razones paternalistas (al menos, con respecto a su consumo por enfermos terminales para los que no hay tratamientos alternativos).

Tanto en lo que se refiere a la investigación como a la práctica, desde el punto de vista jurídico, una de las transformaciones más importantes promovidas por la crítica al paternalismo médico ha sido la introducción de la institución del consentimiento informado. Es en EE.UU. donde primero se utiliza esta denominación y se formalizan procedimientos para aplicar a las relaciones entre el médico y el paciente el principio de autonomía individual; en particular, se cita la sentencia de 1957 *Salgo vs. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* de la Corte de Apelación de California como la primera en la que aparece la expresión “consentimiento informado”. Según esta doctrina de *common law* no aportar toda la información relevante sobre el tratamiento al paciente es suficiente para atribuir responsabilidad por negligencia (*tort of negligence*). En España, la obligación jurídica de contar con el consentimiento informado de los pacientes se introdujo en el artículo 10 de *Ley 14/1986 General de Sanidad* y ha sido completada y actualizada en el capítulo IV de la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica*. Suele afirmarse la relación de jus-

⁴⁵ La Agencia Española del Medicamento retiró del mercado el producto conocido como Bio-Bac, que estaba siendo utilizado sin la debida licencia para el tratamiento de enfermedades tales como el cáncer, la hepatitis C o el sida. El “medicamento” fue considerado por la Agencia de “dudosa eficacia”, aunque “inocuo”, salvo por el abandono de tratamientos convencionales. Se calcula que el 15% de los consumidores de Bio-Bac eran pacientes con hepatitis C, cáncer o enfermos terminales. Tras su retirada del mercado, los consumidores habituales se manifestaron públicamente exigiendo el reconocimiento de su derecho a consumirlo, llegándose a producir, incluso, el asalto de la casa de uno de los fabricantes para obtener Bio-Bac. Según algunos de ellos, la interrupción del tratamiento produjo la muerte de algunos pacientes.

⁴⁶ El “Laetrile” (también conocido como vitamina B-17) es un derivado de la semilla del albaricoque usado contra el cáncer por miles de estadounidenses, cuya efectividad no ha sido científicamente comprobada. La F.D.A. (*Food and Drug Administration*) no otorgó licencia para su uso, a pesar de lo cual, y teniendo en cuenta las protestas de consumidores y vendedores, numerosos Estados legalizaron el producto.

tificación entre esta obligación legal y el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad expresado por el artículo 10 de la *Constitución Española de 1978*⁴⁷. Obviamente, desde el punto de vista del Derecho, el consentimiento siempre ha sido relevante en cuanto a las relaciones de los individuos entre sí: el Derecho penal o el derecho privado que se ocupa de daños hacen de la inexistencia del consentimiento un elemento clave de la responsabilidad; sin embargo, la doctrina del consentimiento informado se refiere, en particular, a la prohibición de llevar a cabo intervenciones no consentidas, someter a riesgos no consentidos u ocultar información sobre riesgos a pacientes que se hallan sumergidos en una práctica institucional, la medicina, con fines terapéuticos, de investigación o mixtos⁴⁸.

Por lo que respecta a la justificación del comportamiento paternalista en la práctica clínica y asistencial, a mi juicio, la vía más promisorias es, como ha señalado Ernesto Garzón⁴⁹, exigir como condición necesaria de la justificación la incompetencia del sujeto tratado paternalistamente o, como ha propuesto Joel Feinberg⁵⁰, que la decisión dañosa adoptada por el sujeto no sea suficientemente voluntaria. Para que esta vía de justificación sea aplicable a la resolución de problemas morales concretos, tiene que aportar, en primer lugar, una clara descripción de lo que significa “ser incompetente” o actuar de una “forma insuficientemente voluntaria” y, en segundo lugar, proporcionar criterios sobre cómo determinar que en una situación en particular una persona es incompetente o ha actuado de forma insuficientemente voluntaria. Ambas tareas son muy complejas por lo que, me parece, debemos estar preparados para hacer continuos reajustes sobre las mismas de acuerdo con nuestros principios y en relación con los casos concretos. Además, en mi opinión, algunas interferencias triviales con la autonomía orientadas a evitar daños a los pacientes podrían estar justificadas sin necesidad de mostrar la incompetencia (o involuntariedad en las elecciones) del paciente⁵¹.

⁴⁷ Véase: GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (coord.): *“El libre desarrollo de la personalidad”*, Ed. Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 1995.

⁴⁸ VANDEVEER, Donald: *Paternalistic Interventions*, Ed. Princeton University Press, New Jersey, 1986, p. 172.

⁴⁹ Véase: GARZÓN VALDÉS, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, en *Doxa*, cit.

⁵⁰ Véase: FEINBERG, Joel: *Harm to Self*, cit. A éste tipo de paternalismo, ejercido para evitar que las personas se dañen a sí mismas de forma insuficientemente voluntaria, le denomina Joel Feinberg “paternalismo débil”, el cual contrapone al “paternalismo fuerte” ejercido sobre individuos competentes y en relación con sus decisiones suficientemente voluntarias. Para Joel Feinberg, tan sólo el paternalismo débil orientado a evitar daños físicos, psíquicos o económicos está, en algunas ocasiones, justificado. Por el contrario, el paternalismo fuerte nunca estaría justificado.

⁵¹ Beauchamp y Childress ponen algunos ejemplos plausibles de estas intervenciones de “paternalismo fuerte”: por ejemplo, el caso de una doctora que retiene información sobre los

(2) *La distinción entre tratamiento y mejora*

Esta importante distinción corre paralela a la distinción entre el paternalismo que trata de evitar daños y el paternalismo, extremo o radical, que trata de promover un beneficio. En la medida en que algunas prácticas médicas paternalistas se orienten a producir una mejora y no a tratar la enfermedad, podemos encontrarnos ante supuestos de paternalismo extremo. En la práctica médica clínica y asistencial no suele darse este tipo de paternalismo, pues ésta se orienta decididamente a tratar la enfermedad. Quizás a este respecto constituya un caso particular la práctica de la psiquiatría y de la psicología. En la actualidad existe un cuerpo de conocimientos sobre diagnóstico de patologías mentales representado por el manual de diagnóstico de la Academia Americana de Psiquiatría, conocido como *DSM IV*⁵²; si la actividad del psiquiatra o psicólogo se orienta a tratar un paciente “enfermo” de acuerdo con este *corpus*, su actividad puede describirse como tratamiento y no mejora. Sin embargo, parece que la frontera entre cliente sano y enfermo es más borrosa cuando se trata de enfermedades mentales que cuando se trata de enfermedades físicas y, de hecho, no es infrecuente que los mismos profesionales traten a clientes sanos con terapias de perfeccionamiento o mejoramiento.

Es plausible sostener que los casos de paternalismo médico justificado se darán sólo con ocasión del tratamiento de la enfermedad y orientado a evitar daños serios al paciente. El paternalismo extremo resultaría, a mi juicio, incoherente con la importancia que se le atribuye a la autonomía individual en las concepciones más plausibles de la moralidad.

(3) *La distinción entre prevención y curación*

Esta distinción pone de manifiesto que la relevancia del paternalismo para la bioética no se agota en el estudio del concepto y justificación del paternalismo médico. Si en el ámbito del tratamiento es indiscutible el protagonismo del médico, en el ámbito de la prevención aparecen además otros actores. En particular, es relevante el papel del Estado en la prevención de las enfermedades en general y, en particular, en la prevención paternalista de enfermedades cuya etiología son los malos hábitos de vida de los propios

resultados muy negativos de una prueba a la espera de su confirmación en una segunda prueba que se realizará en poco tiempo; o el caso de una enfermera que, contra el deseo del paciente, levanta las barras laterales de la cama para evitar que éste se caiga, puesto que la medicación que se le ha administrado puede adormecerlo. Véase: BEAUCHAMP, Tom L. y James F. CHIL-DRESS : *Principios de ética biomédica*, cit., pp. 267 y 268.

⁵² Véase: LÓPEZ-IBOR ALIÑO, Juan J. (dir.): *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales*, Ed. Masson S.A., Barcelona, 1999.

individuos afectados. En conclusión, no sólo el paternalismo médico sino también el paternalismo estatal caería dentro del “programa” de la bioética. Lo mismo puede decirse, además, al respecto del paternalismo laboral.

Hay que advertir que entre las políticas públicas sanitarias sólo serían candidatas a la calificación de paternalistas aquellas que persiguen específicamente evitar que los individuos dañen su propia salud, mientras que ya no lo serían aquellas medidas orientadas a obtener una distribución más justa de las cargas producidas por la enfermedad o las orientadas a garantizar unas condiciones sociales en las que la salud sea posible, es decir, las orientadas a generar y proteger la salud pública.

Cuando las medidas paternalistas consisten en leyes o reglamentos que imponen prohibiciones u obligaciones por el bien de los propios destinatarios de estas prohibiciones u obligaciones (por ejemplo, la prohibición de conducir sin casco en las motos o sin cinturón de seguridad en los automóviles, la exigencia de obtener recetas médicas para la compra de medicamentos peligrosos, etc.) en la justificación de las mismas entran en juego algunas consideraciones y principios diferentes a las del caso más sencillo de un individuo ejerciendo paternalismo sobre otro. Así, por ejemplo, es plausible sostener que el principio del Derecho penal mínimo es un obstáculo muy serio para considerar justificadas a leyes penales paternalistas.

(4) La distinción entre intervenciones genéticas y otras intervenciones médicas

Quizás no sea exagerado decir que la revolución genética que estamos viviendo pudiera significar un cambio para la humanidad comparable al de la Revolución industrial y que, al igual que ocurrió con ésta, gran parte del debate ético, político y jurídico gire en el futuro en torno a cómo utilizar nuestro recién adquirido “poder genético”. Al considerar la sumaria clasificación de intervenciones genéticas presentada más arriba, cabe establecer una doble distinción: en primer lugar, entre las intervenciones que agotan sus efectos en el sujeto sobre el que se realizan y aquéllas que pasan a formar parte de la herencia genética del mismo, y, en segundo lugar, entre las intervenciones que se realizan sobre potenciales seres humanos (embriones humanos) o sobre seres humanos ya existentes⁵³. Esta frontera entre lo futuro y lo existente no coincide por supuesto con la que se suele trazar entre la competencia y la incompetencia, que serían propiedades adscribibles sólo a seres humanos existentes, aunque la condición de incompetencia comparte con la condición de “futuro ser humano” el que las decisiones que afectan

⁵³ Debo agradecer al profesor Joaquín Rueda, experto en biología celular, que me haya resuelto algunas dudas sobre la plausibilidad de esta distinción.

al sujeto incompetente o que afectan al futuro ser deben ser tomadas por otros.

Tipos de intervenciones genéticas

	No pasan a formar parte de la herencia genética	Pasan a formar parte de la herencia genética
Potenciales seres humanos (embrión humano)	(1)	(2)
Seres humanos ya existentes	(3)	(4)

Hasta el momento, al tratar sobre el concepto y justificación del paternalismo sólo se ha hecho referencia a intervenciones benevolentes que cabría incluir en la categoría (3) del anterior cuadro. Aquí, el que una intervención médica sea genética no parece presentar ninguna especificidad con respecto a otras intervenciones médicas: una terapia o cirugía genética en células somáticas o el tratamiento con farmacología genética pueden constituir supuestos de paternalismo médico dependiendo del modo de la intervención. Tan sólo me parece importante destacar que estas intervenciones genéticas son, en muchas ocasiones, terapias experimentales, lo que hace más difícil justificar una aplicación paternalista de las mismas, puesto que las probabilidades de éxito son inciertas. El riesgo de que la aplicación del tratamiento tenga peores consecuencias que la no aplicación hace que la acción paternalista se oriente más bien a no permitir al enfermo someterse a la terapia o, al menos, a elevar notablemente el estándar del consentimiento válido para permitirse.

Los casos que caerían en la categoría (1) ya suponen un importante cambio con respecto a los tipos de paternalismo que hasta ahora hemos considerado, ya que se ha dado por supuesto que el *sujeto B* de la relación paternalista es un sujeto existente⁵⁴. Además, el concepto de paternalismo, como hemos visto, parece exigir no sólo un sujeto que meramente existe, sino que además es portador de algunas preferencias, aunque esto no implica, en mi opinión, que sea necesariamente competente. A juicio de Joel Feinberg, la protección y cuidado de quienes no pueden hacerlo por sí mismos es “paternalismo” en un sentido diferente al “paternalismo” ejercido sobre personas que “todavía son bastantes capaces de decidir por sí mismas”⁵⁵. Si se acepta la propuesta de Joel Feinberg, las acciones benevolentes con respecto a fu-

⁵⁴ Para que una intervención genética sobre el embrión limite sus efectos al futuro ser y no pase a su herencia genética, debería hacerse una vez rebasada la fase de blastocisto y no afectar a la células gonadales.

⁵⁵ FEINBERG, Joel: *Harm to Self, cit.*, p. 6.

turos sujetos sería un caso límite de este “paternalismo presumiblemente no censurable” y, en definitiva, se trataría de otro paternalismo diferente al que nos ocupa en este artículo. Sin embargo, cabría optar por tratar de dar un concepto unitario de paternalismo que englobe desde el caso en que el paternalista impone un beneficio a un adulto competente contra su voluntad hasta el caso en que se toma una decisión benevolente sobre el futuro de un ser todavía no existente, de manera que algunas de las intervenciones incluidas en esta categoría (1) podrían ser correctamente descritas como paternalistas. Esta segunda opción nos desafía a dar con una caracterización más amplia del elemento negativo de la acción paternalista, el *modo* de la acción. Quizás, una vía para esta ampliación sería considerar que la acción paternalista se produce siempre que alguien toma una decisión con intención de beneficiar a otro (sea un ser existente o un futuro ser) que limitará oportunidades significativas de la vida de éste, con independencia de si éste estaba o no en condiciones de elegir por sí mismo (lo cual es relevante para la justificación de la acción paternalista). Desde este punto de vista, podríamos considerar como casos de paternalismo, y aplicar a los mismos nuestro conocimiento sobre cómo éstos pueden ser o no justificados, supuestos tan llamativos como el de abortar a un feto que padecerá, según un análisis genético, una enfermedad incurable, no tratable e “incompatible con una vida digna”⁵⁶.

Las otras dos categorías restantes, (2) y (4)⁵⁷, podrían plantear problemas de paternalismo análogos a los de (1) y (2), pero, además, suscitan un problema diferente que es el de la eugenesia. Por ello, me parece importante distinguir entre las motivaciones paternalistas y las propiamente eugenésicas. “Eugenesia” es un término que guarda ciertos parecidos con el de “paternalismo”. Al igual que este último, su origen se remonta al último tercio del siglo XIX, cuando Francis Galton lo definió como “la ciencia de mejorar el linaje, no sólo mediante un apareamiento juicioso, sino mediante todo aquello que tienda a dar a las razas o líneas sanguíneas más adecuadas mayores oportunidades de prevalecer sobre las menos aptas de las que de otra manera habrían tenido”⁵⁸. El daño que fundamentalmente busca evitar la eu-

⁵⁶ Sobre la problemática moral de estos casos, véase: Allen BUCHANAN, Dan W. BROCK, Norman DANIELS y Daniel WIKLER: *Genética y Justicia*, cit., cap. VI.

⁵⁷ Dentro de la categoría (2) caería la intervención genética sobre un embrión en fase de blastocisto: cualquier modificación genética de las células madre “totipotentes” conllevaría una modificación del genoma de todas las futuras células del individuo, incluidas las gonadales. Igualmente, entraría en esta categoría la modificación del genoma de las células gonadales del embrión, una vez superada la fase de blastocisto. En la categoría (4) caería la intervención genética sobre un adulto que modificara el genoma de todas sus células, incluidas las gonadales, y, también, el caso en que sólo se modificaran sus células gonadales.

⁵⁸ Allen BUCHANAN, Dan W. BROCK, Norman DANIELS y Daniel WIKLER: *Genética y Justicia*, cit. p. 28.

genesia es el de la degeneración, ya sea de la especie humana en general, de la raza o de la etnia. Entre las medidas eugenésicas se suele distinguir entre medidas positivas (por ejemplo, los premios a las familias que satisfacen el modelo de la raza) o negativas (por ejemplo, la esterilización involuntaria de sujetos no deseables). Es fácil advertir que algunas medidas eugenésicas negativas pueden coincidir en el modo empleado con supuestos de paternalismo, por lo que es importante no perder de vista la diferente finalidad que corresponde a estas intervenciones. Considerar el caso de la esterilización de deficientes mentales puede ayudar a ver con claridad la diferencia (aunque, por supuesto, la esterilización no es una intervención genética).

Desde el punto de vista del paternalismo, es plausible sostener que en lugar de impedir desde el Estado, como se hace con frecuencia, que un deficiente mental tenga relaciones sexuales por medio de prohibir a todos los demás tenerlas con él, sería más beneficioso para el deficiente posibilitarle estas relaciones pero tratando de atenuar los riesgos vinculados a las prácticas sexuales: por ejemplo, dadas sus circunstancias, el riesgo de la procreación⁵⁹. Por ello, cabría ensayar una justificación paternalista de la esterilización de deficientes mentales. Diferente sería la justificación eugenésica, según la cual, es legítimo para las autoridades impedir o dificultar que información genética defectuosa se extienda y en la que el individuo es sacrificado por el grupo. Para el paternalista el objetivo es evitar daños al propio sujeto esterilizado, por lo que debe evaluar todas las consecuencias que esta medida tenga para el deficiente. De ahí que si la esterilización no es una solución frente a las enfermedades de transmisión sexual o frente al riesgo de explotación sexual por otros, en última instancia puede encontrar razones para no esterilizar y buscar otras alternativas.

* * *

Una última reflexión para finalizar. Hay que reconocer que el paternalismo es un problema difícil, tanto por lo que se refiere al concepto como a la justificación. A veces, el paternalismo parece abarcarlo todo (hasta el Estado mismo sería una autoridad paternalista), otras veces, parece no referirse a nada (fuera de la familia no hay verdadero paternalismo y en la familia no se trata de paternalismo sino de cuidado paternal). Con frecuencia el paternalismo se presenta como algo necesariamente injustificado, a veces conscientemente y otras veces de forma inadvertida. Difícilmente se sustraen los

⁵⁹ La noción de riesgo se refiere a la probabilidad y gravedad de un daño. Un embarazo en el caso de mujeres con deficiencias mentales, dadas sus circunstancias, puede conllevar serios daños para ellas mismas. En el caso de los hombres los daños serán de una naturaleza diferente y plausiblemente de menor gravedad: no relacionados con la gestación pero sí con la imposibilidad de afrontar la paternidad.

autores y lectores a la fuerte carga peyorativa del término “paternalismo”. Sin embargo, a mi juicio, no sólo hay inconvenientes en el uso de este lábil término de “paternalismo”. Los comportamientos paternalistas son siempre moralmente sospechosos y el término generalmente peyorativo es una señal de alarma moral. Vale la pena mantener esta señal de alarma, y esto es un reconocimiento a la importancia que merece el respeto por la autonomía individual, sin por ello renunciar a enfrentar los conflictos reales que se producen entre la autonomía y el bienestar individuales. Confío en que este artículo contribuya a evitar, particularmente en el ámbito de la bioética, dos importantes errores: creer, en primer lugar, que el paternalismo nunca está justificado y, en segundo lugar, creer que el comportamiento paternalista no necesita justificarse.

Bibliografía

- ATIENZA, Manuel: “Juridificar la bioética”, en Vázquez, Rodolfo (comp.): *Bioética y Derecho (Fundamentos y problemas actuales)*, Ed. Itam-FCE, México.
- BABIANO MORA, J.: *Paternalismo industrial y disciplina fabril en España, 1938-1958*, Ed. CES, Madrid, 1998.
- BEAUCHAMP, Tom L. y James F. CHILDRESS: *Principios de Ética Biomédica*, Ed. Masson, Barcelona, 2002.
- BETEGÓN, Jerónimo y Juan Ramón DE PÁRAMO (eds.): *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1990.
- BOBBIO, Norberto: *Locke e il diritto naturale*, ed. G. Giappichelli, Torino, 1963.
- BUCHANAN, Allen, Dan W. BROCK, Norman DANIELS y Daniel WIKLER: *Genética y Justicia*, Ed. Cambridge University Press, Madrid, 2002.
- BOORSE, Christopher : “On the Distinction between Disease and Illness”, *Philosophy and Public Affairs*, 5 (1975), núm. 1.
- “Wright on Functions”, en *Philosophical Review*, 85(1976), núm. 1.
- “Health as a Theoretical Concept”, en *Philosophy of Science*, 44 (1977).
- CULVER, Charles M. y Bernard GERT: *Philosophy in Medicine (Conceptual and Ethical Issues in Medicine and Psychiatry)*, ed. Oxford University Press, N.Y., 1982.
- DANIELS, Norman: *Just Health Care*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985.
- DWORKIN, Gerald: “Paternalism”, en Wasserstrom, R. A. (ed.): *Morality and the Law*, Ed. Wadsworth Publishing Co., Belmont, 1971.
- ELSTER, Jon: *Ulises y las Sirenas (Estudios sobre racionalidad e irracionalidad)*, Ed. FCE, México, 1997.
- ELSTER, Jon y Nicolas HERPIN: *La ética de las decisiones médicas*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2000.
- ELSTER, Jon: *Ulises desatado (Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones)*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2002.
- FEINBERG, Joel: “Legal Paternalism”, en *Canadian Journal of Philosophy* 1, nº 1 (1971).

- FEINBERG, Joel: *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*, Ed. Oxford University Press, N.Y. 1986.
- *Harmless Wrong-Doing*, Ed. Oxford University Press, N.Y., 1990.
- FEINBERG, Joel y Jules COLEMAN (eds.): *Philosophy of Law*, Ed. Wadsworth, Belmont, 2000.
- GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (coord.): “*El libre desarrollo de la personalidad*”, Ed. Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 1995.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, en *Doxa*, 5 (1988).
- “Intervencionismo y paternalismo”, en Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política*, Ed. CEC, Madrid, 1993.
- “¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?”, en *Doxa*, 21 (1998), vol. II.
- GERT, Bernard: *The Moral Rules (A New Rational Foundation for Morality)*, Ed. Harper & Row, Nueva York, 1970.
- GERT, Bernard y Charles M. CULVER: “Paternalistic Behavior”, *Philosophy & Public Affairs* 6 (1976), vol. 1.
- “The Justification of Paternalism”, *Ethics* 89 (1979).
- GERT, Bernard, Charles M. CULVER y K. DANNER CLOUSER: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, Ed. Oxford University Press, N.Y., 1997.
- GRACIA, Diego: “Historia de la ética médica”, en VILARDELL, Francisco: *Ética y medicina*, Ed. Espasa, Madrid, 1988.
- *Procedimientos de decisión en ética clínica*, Ed. Eudema, Madrid, 1991.
- HART, H.L.A.: *Law, Liberty and Morality*, Ed. Stanford University Press, 1963.
- “Rawls on Liberty and Its Priority”, en Daniels, Norman (ed.): *Reading Rawls*, Ed. Basic Books, Nueva York, 1975.
- HOCHSCHILD, Adam: *El fantasma del rey Leopoldo (Codicicia, terror y heroísmo en el África colonial)*, Ed. Península, Barcelona, 2002.
- JONSEN, Albert R. y Stephen TOULMIN: *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*, Ed. University of California Press, Berkeley, 1988.
- KLEINIG, John: “The Ethics of Consent”, en Kai Nielsen y Steve C. Patten (eds.): *New Essays in Ethics and Public Policy*, *Canadian Journal of Philosophy*, volumen suplementario VIII, Canadian Association for Publishing in Philosophy, 1982.
- *Paternalism*, Ed. Manchester University Press, Manchester, 1983.
- LOCKE, John: *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Ed. Austral, Madrid, 1997.
- LÓPEZ-IBOR ALIÑO, Juan J. (dir.): *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales*, Ed. Masson S.A., Barcelona, 1999.
- NINO, C.S.: *Ética y derechos humanos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989.
- RAWLS, John: *Teoría de la Justicia*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
- RESCHER, Nicholas: *Welfare: The Social Issue in Philosophical Perspective*, Ed. University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 1972.
- SARTORIUS, Rolf: *Paternalism*, Ed. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987.

- SIERRA ÁLVAREZ, José, *El obrero soñado. Ensayo sobre el paternalismo industrial (Asturias, 1860-1917)*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1990.
- TOULMIN, Stephen: “De qué manera la medicina le salvó la vida a la ética”, en *Análisis filosófico*, vol. XVII, 2(1997).
- VANDEVEER, Donald: *Paternalistic Interventions*, Ed. Princeton University Press, New Jersey, 1986.
- WIKLER, Daniel: “Persuasi3n and Coercion for Health: Ethical Issues in Government Efforts to Change Life-Styles”, en Sartorius, Rolf: *Paternalism*, Ed. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987.



DOXA 26 (2003)

UNA APROXIMACIÓN TEÓRICO JURÍDICA AL CONVENIO COLECTIVO

Federico Fernández-Crehuet
Universidad de Almería

I. Introducción

Aristóteles ya sostuvo que las actividades cuyo fin reside en ellas mismas son superiores¹. La reflexión filosófica, pues, que no posee ninguna utilidad, sería una de ellas. Sin embargo, parece que, aunque la máxima aristotélica no está exenta de razón, una cierta conexión con los problemas reales no será un defecto de las reflexiones filosóficas sino una virtud. Indudable, también, que cuando las digresiones filosóficas hollan el terreno jurídico deben guardar una íntima relación con los problemas jurídicos reales. En estas líneas pretendemos no perder de vista, en la medida de lo posible, esta máxima, orientando la filosofía del derecho hacia algunas zonas de penumbra del derecho positivo, en concreto, hacia la teoría de fuentes en el ámbito laboral. En este sentido, creo que la filosofía del derecho debe ser más permeable a los problemas surgidos en los diversos sectores del ordenamiento jurídico. No se trata, desde luego, de elevarla a la categoría de meta-ciencia jurídica, que domine las disciplinas positivas.

Aunque la interdisciplinariedad es en la actualidad defendida desde la filosofía del derecho, las aproximaciones al derecho laboral son escasas². En este trabajo no se pretende solucionar todas las dificultades generadas en torno a la negociación colectiva y su relación con la teoría general de fuentes; más bien, quisiera tan sólo esbozar un esquema, una lista de problemas

¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, 1094 a.

² *Ad exemplum* cfr. GARCÍA AMADO, A., "El individuo y los grupos en el derecho laboral. Los dilemas del vínculo social" en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho* núm. 2, 1999. Y el trabajo de ADOMEIT, K., *Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht*, München, Beck, 1969.

que tienen conexiones entre sí y que no pueden ser solventados aisladamente ni desde la perspectiva iuslaboralista ni desde la iusfilosófica.

De modo muy general, se podría afirmar que este mapa de problemas gira en torno a la caracterización de la negociación colectiva y de su resultado institucional, el convenio colectivo, en la teoría general de fuentes. El trabajo se divide en tres partes bien diferenciadas; en la primera de ellas, recojo dos conceptos fundamentales para el desarrollo del trabajo: las reglas que confieren poderes y la teoría de las fuentes-acto, que después utilizaré para explicar el convenio colectivo (Apartado II). En la segunda parte, analizo sucintamente cuáles son los elementos que conforman el convenio colectivo (Apartado III a VIII inclusive) y, por último, como conclusión, se esbozan algunos rasgos de la naturaleza de esta institución jurídica³.

II. Las reglas que confieren poderes

Hart ha puesto de manifiesto la imposibilidad de explicar los sistemas jurídicos modernos por medio de un único tipo de normas jurídicas. Es un lugar común de la filosofía del derecho contemporánea afirmar que los sistemas jurídicos están compuestos, al menos, por dos clases de normas jurídicas: normas respaldadas por amenazas⁴ y normas que confieren poderes (en adelante, RCP)⁵. Esta diferencia encuentra su razón de ser -entre otras- en la constitución compleja del sistema social y del jurídico; de tal suerte, que el soberano debe transferir ciertas competencias a otros sujetos para facilitar el mantenimiento del poder y la fluidez en las relaciones jurídicas. Tan sólo una sociedad sencilla, casi proto-jurídica, sería sostenible por medio de reglas respaldadas por amenazas. Este último aserto es predicable especialmente de la negociación colectiva. Las sociedades y sistemas jurídicos en los que se lleva a cabo la negociación colectiva son, usualmente, sociedades complejas e industrializadas, donde un sistema jurídico normativo cons-

³ La idea de institución jurídica no se puede reducir a una norma, ni tampoco a un mero conjunto de normas. La institución sobrepasa estos límites. Desde luego, no pretendemos afrontar el espinoso problema de qué sea una institución jurídica. Santi Romano sostiene, al respecto: "esto significa que el derecho antes que ser norma, antes que implicar una simple relación o una serie de relaciones sociales, es sobre todo organización, estructura, posición de la *sociedad misma en la que se desarrolla*, y que precisamente el derecho constituye como unidad, como ente con sustantividad propia". ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios políticos, 1963, p. 113. Sobre el concepto de institución véase también p. 122-131. Existe, desde luego, una visión más moderna del institucionalismo. Un intento serio y fundamentado, que afronta esta tarea, puede hallarse en LA TORRE, M., "Institutionalism Old and New" en *Ratio Juris*, vol. 6, núm. 2, julio 1993, pp. 196-99, y también en ANSUATEGUI, F. J., *El positivismo jurídico neoinstitucionalista*, Madrid, Dykinson, 1996, p. 163 y ss.

⁴ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Ed. Porrúa, 1995, p. 25 y 45.

⁵ HART, H. L. A., *Op. cit.*, p. 52.

truido únicamente por reglas respaldadas por amenazas sería insostenible. En ellas, más bien, se requiere un sistema jurídico con reglas que permitan que las competencias tradicionales del legislador se distribuyan entre los diferentes actores jurídicos.

Un punto de partida consistente debería solventar por lo menos dos dificultades, a saber: ¿qué son las RCP? Y, en segundo lugar, ¿por qué nos interesan para aclarar la idea de negociación colectiva?

[Ad 1] Hart no construyó una teoría general de las RCP, ni siquiera delimitó claramente sus contornos. No deseo distorsionar el objeto de este trabajo afrontando cuestiones de tal envergadura. Me parece suficiente para nuestros propósitos la lúcida explicación y definición ofrecida por Atienza y Ruiz Manero y, en este sentido, a ella me remito⁶.

De todos modos, sería conveniente no perder de vista algunos rasgos que caracterizan este tipo de normas. Podríamos aseverar que las RCP presuponen, al menos –de cara a definir sus contornos–, dos afirmaciones complementarias: la primera, ya la hemos enunciado, un sistema jurídico complejo no puede construirse tan sólo por medio reglas respaldadas por amenazas, sino que requiere de ciertas normas, que transmiten poderes, en general, para regular situaciones en que las normas deónticas no son –expresémoslo de este modo– efectivas. Además, en segundo lugar, las RCP no conllevan una sanción, sino que de ellas se debe predicar, cuando no se usan como es “debido”, la nulidad total o la posibilidad de ser anuladas⁷. En este sentido habrá que recordar la diferencia ya clásica establecida por Hart entre nulidad y sanción. Cuando alguien no realiza todos los actos necesarios para dictar un testamento o realizar un convenio colectivo y, por lo tanto, no aparecen los efectos para los que están diseñados, no tiene sentido afirmar que el ordenamiento jurídico los ha sancionado, sino, más bien, habrá que afirmar que sus actos son nulos o anulables⁸.

[Ad 2] A mi juicio, el concepto de las RCP aquilata la virtud de facilitar la comprensión de algunas instituciones jurídicas entre las que se encontraría la negociación colectiva⁹. Además, pueden solventar algunos problemas

⁶ ATIENZA, M. Y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 46 y ss.

⁷ “Al no tener carácter deóntico (no hay conductas calificadas como prohibidas o permitidas), una norma que confiere poder, como tal, no puede infringirse; simplemente, puede usarse bien o mal: si se usan bien, se obtiene el resultado; si no (si se incumple algún requisito) no se obtiene, o no se obtiene del todo, esto es, el resultado no existe o no existe del todo (no es reconocido por el Derecho o no es reconocido del todo) como tal”. ATIENZA, M. Y RUIZ MANERO, J., *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000, p. 73.

⁸ Al respecto, es relevante la diferencia entre nulidad y sanción. HART, H. L. A., *Op. cit.*, p. 35 y 36.

⁹ El análisis sobre el abuso de derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, ofrecido por Atienza y Ruiz Manero o las reflexiones sobre la teoría general de fuentes de Aguiló, ponen

conceptuales, por ejemplo, diferenciar el proceso jurídico y su resultado institucional, y, en definitiva, coadyuvan a distanciarse de una visión atomista de la estructura del ordenamiento jurídico. Esto es, el ordenamiento jurídico no está compuesto por elementos de un único tipo que establecen entre sí un número concreto de relaciones preestablecidas.

De modo más concreto, la relación entre RCP y la negociación colectiva se puede resumir del siguiente modo:

1.– La negociación colectiva no puede ser adecuadamente explicada por medio del concepto de las reglas deónticas, sino que requiere, para su adecuada comprensión, del instrumento conceptual de las RCP¹⁰. La negociación colectiva no puede ser reducida a normas deónticas, ni siquiera a un permiso. En el caso de la negociación colectiva, si ésta fuera un permiso que el legislador otorga a los representantes de los trabajadores y de los empresarios, para regular ciertos ámbitos de sus relaciones laborales, sería un sinsentido afirmar que ese permiso ha sido otorgado en los casos en que, por ejemplo, se conculcan determinados derechos laborales por medio del acuerdo o, dicho de otro modo: si entendemos las RCP como meros permisos, se produce la paradoja que éstos pueden ser empleados, indistintamente, de forma lícita o ilícita.

2.– Las RCP no son meras definiciones, y las normas que regulan la negociación colectiva no son sólo definiciones¹¹. Si tratamos de explicar los elementos que regulan la negociación colectiva por medio del concepto de definición, se introducen algunas imprecisiones. Por ejemplo, si afirmáramos a) “los convenios colectivos constituyen el acuerdo libremente adoptado por los representantes de los trabajadores y de los empresarios”. Esto quedaría bien lejos de sostener que “si los trabajadores y los empresarios metalúrgicos desean modificar sus condiciones laborales deberán realizar tales actos”. El primer aserto es una definición, el segundo una RCP; éste último parece que no se puede subsumir, adecuadamente, en el primero. Y, lo que es más importante aún, el concepto de las RCP –como trataremos de mostrar a lo largo de nuestra exposición– parece ser más adecuado para explicar la negociación colectiva y su resultado institucional, convenio colectivo.

Expresado de forma breve: la negociación colectiva sólo puede ser explicada correctamente si la entendemos como un haz normativo, en el cual el concepto de las RCP desempeña un papel fundamental. Efectivamente, tanto

de manifiesto la fuerza descriptiva de este concepto. ATIENZA, M. Y RUIZ MANERO, J., *Ilícitos atípicos*, ed. cit.

¹⁰ ATIENZA, M. Y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, cit., pp. 47 y ss.

¹¹ ATIENZA, M. Y RUIZ MANERO, J., *Op. cit.*, pp. 54 y ss.

estructural como funcional y socialmente, la negociación colectiva puede ser adecuadamente explicada por el concepto de la RCP.

1.— Como es sabido, la estructura de las RCP difiere sustancialmente de la que caracteriza a las normas deónticas. En general, toda norma jurídica está compuesta por un antecedente y un consecuente. En el caso de las normas deónticas, el antecedente es un estado de cosas¹², y el consecuente puede ser también un estado de cosas o una acción. Por ejemplo, si se da el estado de cosas X (A es un ser humano y está vivo, y Z le quita la vida), entonces es obligatoria la acción Y para Z (el juez Z está obligado a aplicar la sanción, acción Y). Sin embargo, la estructura de la RCP está formada por un estado de cosas, un sujeto, una acción y un resultado institucional, que es el consecuente. Precisamente, este esquema vertebró la negociación colectiva: si me encuentro ante un problema laboral, cuyo ámbito puede regularse por un convenio colectivo (estado de cosas), y, además, soy un sujeto con capacidad para la negociación (sindicato o representante de los trabajadores) puedo negociar (acción) y, finalmente, se puede producir el resultado institucional, convenio colectivo (consecuente). La estructura canónica de las RCP —y de la negociación colectiva— sería, por tanto:

Si existe un estado de cosas (X)— el sujeto (Z)—realiza la acción (Y)($\Rightarrow/\Leftrightarrow$)¹³se produce el resultado institucional (RI).

2.— La función principal de la negociación colectiva no es establecer una pauta de comportamiento de los trabajadores o de los empresarios, sino que les ofrece la posibilidad de obtener determinados resultados institucionales, en concreto, el convenio colectivo. Con justeza, se ha subrayado que la diferencia principal entre las normas deónticas y las RCP es que las primeras dirigen directamente nuestro comportamiento. En cambio, las RCP no disponen cómo debemos actuar o sólo lo hacen de forma indirecta. Sólo si queremos conseguir determinado resultado institucional, debemos actuar de la forma establecida por las RCP. En este sentido, afirman Atienza y Ruiz Manero que mientras que las normas deónticas son imperativos categóricos, las RCP son imperativos hipotéticos, pues se usan para alcanzar una fina-

¹² “Un estado de cosas es un conjunto de hechos naturales y/o institucionales, que, a su vez, pueden o no ser el resultado de acciones naturales o institucionales: por ejemplo, ser mayor de edad y casado es un conjunto de dos hechos institucionales, el segundo de los cuales es, a su vez el resultado de una acción institucional”. ATIENZA, M. Y RUIZ MANERO, J., *Op. cit.*, p. 59.

¹³ Sobre si ha de ser una condición necesaria, suficiente o necesaria y suficiente ya haremos algunas consideraciones, cuando nos ocupemos de la negociación colectiva en concreto. Por ahora, baste con señalar que me parece correcto el criterio de Ruiz Manero y Atienza, según el cual, RCP son aquellas que “ponen, bien una condición necesaria, bien una condición suficiente, bien una condición necesaria y suficiente de un determinado resultado institucional”. ATIENZA, M. Y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, cit., pp. 63 y ss. Al respecto *cf.*: p. 825, de este trabajo.

lidad: por ejemplo, si quieres una subida salarial o mejores condiciones de trabajo, entonces debes negociar. Si queremos alcanzar un fin determinado, entonces debemos actuar de una forma concreta.

3.— En definitiva, la negociación colectiva, que se puede estructurar por medio del concepto de RCP, hace posible que se modifique la posición de los agentes o de las otras personas pudiendo influir, de este modo, en su propio interés o en el de los demás. Ésta es, justamente, la finalidad de la negociación colectiva: alterar la relación laboral, ya sea para el bien de las personas que forman parte de la negociación, o bien de terceros que se pueden adherir posteriormente al convenio colectivo.

Por medio de estos planteamientos, se ofrece una primera aproximación a dos interrogantes: qué son las RCP y cuál es su importancia para la negociación colectiva. Como conclusión provisional, que será el punto de partida de este trabajo, podemos sostener que la negociación colectiva se articula por medio de un haz normativo, cuyo núcleo central es una RCP y cuyo resultado institucional es el convenio colectivo. El camino que nos queda por recorrer debe transitar por dos lugares: 1) Analizar los distintos elementos que conforman la RCP y que producen el resultado institucional denominado convenio colectivo, y 2) estudiar la naturaleza jurídica del convenio colectivo.

Aunque, como hemos expuesto, las afinidades entre las RCP y la negociación colectiva son diversas, aquellas que atañen a su estructura nos permitirán avanzar en nuestro trabajo. Así pues, el siguiente esquema funcionará como argumento estructural:

Estado de cosas (E) (competencia funcional, material, ámbito personal, etc.)—Sujeto (Y) (representantes de los empresarios y de los trabajadores)—Acción (Z) (la negociación) \Rightarrow Resultado institucional (R) (Convenio colectivo)

Será importante hacer dos matizaciones más, antes de analizar pormenorizadamente el esquema propuesto:

1.— Es importante subrayar la distinta naturaleza de los elementos que configuran este esquema, pues estas reflexiones establecen un importante punto de partida para nuestra exposición. Como ya se ha señalado (véase la nota a pie 12), el estado de cosas puede estar compuesto, de hecho así sucede en la mayoría de los casos, tanto de elementos naturales como institucionales. Ahora bien, quiénes sean los sujetos legitimados para llevar a cabo la negociación colectiva y qué actos han de realizar no es una cuestión social, ni mucho menos moral, sino jurídico-positiva, es decir, que se establecerá por Ley (Constitución o Ley ordinaria, dependiendo de los casos) quién ostenta estas potestades y qué comportamientos se han de realizar para obtener el resultado institucional. En esta cuestión, el teórico del derecho

poco tiene que decir. No existe, a mi juicio, una negociación colectiva, al menos tal y como hoy la entendemos, al margen del sistema jurídico; más bien, serán medidas de presión u otro tipo de acuerdos informales, pero no negociación colectiva como tal. Ésta requiere una norma jurídica –del tipo RCP– que establezca quiénes son los sujetos legitimados, qué acciones se han de llevar a cabo, y bajo qué presupuestos se han de producir para causar determinados efectos jurídicos. Esta aseveración, desde luego, no implica negar el elemento social que, como ha subrayado acertadamente el enfoque sociológico¹⁴, reside, con particular fuerza, tras la negociación colectiva y que, de forma general, influye sobre todo el fenómeno jurídico.

2.– El esquema propuesto posee la gran virtud de no presuponer el resultado del trabajo o, dicho de otro modo, se adapta tanto a las diferentes teorías que han atribuido al resultado institucional, convenio colectivo, poder normativo, como a aquellas otras que afirman su carácter contractual. Además, es también sensible a la diversidad de productos de la negociación colectiva (pactos de empresa, convenios extraestatutarios o estatutarios, etc.). En estos casos, tan sólo será necesario adaptar los distintos rasgos diferenciadores de cada modalidad negocial. En definitiva, se trata de un auténtico esquema de teoría general del derecho, que, en este sentido, se sitúa allende del dato positivo, pero que, a la par, permite desentrañar algunas de sus dificultades.

Ciertamente, la generalidad del esquema propuesto posee grandes virtudes, pero también causa algunas dificultades. La principal es que por medio de la estructura de las RCP se puede explicar diversas instituciones, por tanto habrá que concretar cuáles son los rasgos distintivos de la negociación colectiva. No en vano, Aguiló, a quien corresponde la autoría y el desarrollo de este esquema, lo ha desarrollado en relación con las fuentes del derecho¹⁵. Este aspecto ocupa un lugar central también en nuestra exposición, pues, tradicionalmente, una de las grandes polémicas sobre la negociación colectiva es si es una fuente del derecho. Aguiló diferencia entre cuatro categorías de fuentes: fuentes-acto, fuentes-hecho, normas provenientes de la autoridad jurisdiccional y, por último, normas provenientes de la elaboración racional

¹⁴ “... en los cuadros del derecho económico, que corresponden especialmente a los grupos de los obreros productores, se advierte la influencia del esfuerzo común, del trabajo colectivo, favorables a la preponderancia del derecho de la comunidad...” GURVITCH, G., *Elementos de sociología jurídica*, Granada, Comares, 2001, p. 186.

¹⁵ Como se advierte tras la lectura de las primeras líneas, el presente trabajo es deudor de la obra de Aguiló y de la definición de RCP ofrecida por Atienza y Ruiz Manero. La finalidad de estas líneas es, simplemente, desarrollar el esquema de fuentes propuesto por ellos, dentro del marco de la negociación colectiva. Por eso, es más que recomendable –desde luego, al margen de este trabajo, aún más– para comprender los temas que aquí se ventilan una lectura atenta del trabajo de AGUILÓ, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2000. Y, por supuesto de *Las piezas del derecho*.

del derecho. Las que nos interesan para nuestra finalidad –y ahora acotamos nuestro objeto de estudio– son las primeras, las fuentes acto. De forma general, podríamos definir como fuentes-acto ciertas disposiciones dotadas de eficacia general que son resultado de una competencia determinada¹⁶. Esto es, un sujeto jurídico, con competencias para ello, realiza una conducta por medio de la cual crea una nueva norma en el sistema jurídico.

Precisamente, esta concreción es la que deseamos llevar a cabo en las siguientes páginas: la negociación colectiva se articula por medio de las RCP y, en determinados casos, puede ser una fuente del derecho, en concreto, una fuente-acto. Habrá, por tanto, que analizar a quiénes se les ha otorgado dichas competencias y en qué circunstancias se puede producir este acto; qué acto/s se han de realizar y, por último, si el resultado institucional aquilata eficacia general. En primer lugar, analizaremos los sujetos de la negociación colectiva.

III. Los sujetos de la negociación colectiva (Y)

En principio, la mera determinación de los sujetos de la negociación colectiva plantea múltiples dificultades¹⁷. Es un lugar común afirmar que los sujetos que han desempeñado estas tareas han sido los representantes de los trabajadores, los empresarios y los representantes de los empresarios. Precisamente, el artículo 37.1 de la CE establece que el legislador garantizará a los “representantes de los trabajadores” y “empresarios” el derecho a la negociación colectiva con efectos vinculantes¹⁸. De este modo, la determinación legal de los sujetos es un problema jurídico-positivo y no puede ser resuelto, como ya hemos mencionado, *a priori*, por el teórico del derecho. Además, la legitimación de los sujetos en una RCP conlleva no sólo la determinación de los sujetos, sino también los procedimientos mediante los cuales éstos quedan investidos de autoridad para ejecutar ciertas competencias; por ello, se ha sostenido, con razón, que las fuentes-acto podían ser también denominadas fuentes procedimiento¹⁹, y estos procedimientos no se establecen en la teoría general del derecho, sino en el derecho positivo²⁰.

¹⁶ AGUILÓ, J., *Op. cit.*, p. 75

¹⁷ El problema no es tan sencillo como se plantea. Se ha expuesto con brillantez cómo, tras la reforma de 1994, se ha llevado a cabo una descentralización de la negociación colectiva. Ello ha implicado que los sujetos que pueden realizar un negocio colectivo sean más numerosos de lo usual y, por tanto, se ha debilitado el carácter de los mismos. Al respecto VALDÉS DAL RÉ., F., “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura negociación colectiva” en *Relaciones Laborales*, núm. 5, 1995, p. 30 y ss.

¹⁸ La determinación de los sujetos con legitimación se establece en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET).

¹⁹ AGUILÓ, J., *Op. cit.*, p. 75

²⁰ RUIZ, M., *La negociación colectiva como fuente del Derecho*, ejemplar multicopiado, p. 24.

A nivel constitucional se debe realizar otra precisión: se ha de poner en relación lo previsto en el artículo 37. 1 CE con el tenor del artículo 28. 1, donde se recoge la libertad sindical, pues ésta tiene como consecuencia directa el reconocimiento de los sindicatos como sujetos legitimados en la negociación colectiva²¹. Ahora bien, de nuevo hay que matizar que el dato constitucional prevé, de modo general, cuáles son los sujetos que pueden intervenir en la negociación colectiva, pero no cuáles intervendrán en la negociación colectiva, entendida esta como fuente del Derecho.

En este sentido los laboristas se han escindido en dos grupos:

a) Aquellos que opinan que el artículo 37.1 de la CE contiene una doble norma, esto es, el “precepto constitucional por una parte garantiza el derecho a la negociación colectiva, y por otra, y éste sería un precepto distinto, ordena al legislador ordinario garantizarlo”²². De este modo, habría dos tipos de convenios colectivos, aquellos que podrían ser desarrollados siguiendo lo previsto en el Estatuto de los trabajadores (llamados usualmente estatutarios), y otros que provendrían de forma directa del mandato constitucional y que no cumplirían alguno de los requisitos –principalmente, aquellos referentes a sujetos activos, publicación, etc.– establecidos en el ET.

b) Existen otros autores que sostienen que el mandato constitucional es único y que, por tanto, el artículo 37. 1 no garantiza de por sí el derecho a la negociación colectiva; este artículo no es un “estatuto completo”. Estos autores afirman que la letra del mandato constitucional es clara “*la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral (...)*”. Será, por tanto, el legislador ordinario quien garantice el derecho a la negociación colectiva²³.

Aunque esta polémica no está exenta de interés por sus consecuencias prácticas²⁴, sólo queremos destacar, por ahora, que ratifica nuestra aproxi-

²¹ Al respecto se puede consultar la STCo 118/83 de 13 de diciembre, donde se reconoce la libertad sindical exclusivamente a las organizaciones sindicales. Más recientemente en la STCo 95/96 de 29 de mayo se afirma que los sindicatos son creación constitucional, los comités de empresa y delegados de personal son creación de la Ley. Además, si atendemos a la realidad la mayoría de los convenios colectivos tienen un origen sindical. Cfr: ESCRIBANO, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, Madrid, CES, 2000, p. 245.

²² La cita es de DURÁN LÓPEZ, F., “El estatuto de los trabajadores y la negociación colectiva” en *Revista Laboral*, 1990- II p.130. Una defensa de estos argumentos se encuentra, por ejemplo, en CORREA CARRASCO, M., *La negociación colectiva como fuente del derecho*, Madrid, Universidad Carlos III. BOE, 1997, pp. 254 y ss.

²³ Durán López “El estatuto de los trabajadores y la negociación colectiva” en *Revista Laboral*, 1990- I, p. 137.

²⁴ En el primer supuesto, hay que tener en cuenta que el convenio extraestatutario se podría imponer a los trabajadores con independencia de su voluntad. Desde la segunda perspectiva, tendrá que ser incorporado al clausulado del contrato del trabajador. En el fondo, la estructura completa del artículo 37. 1 es un haz normativo complejo que contiene al menos: 1.- Un per-

mación a los sujetos del derecho, como autoridades instituidas por medio de un procedimiento concreto. Esto es, lo que los laboristas están discutiendo es si el mandato constitucional hace referencia a una o dos RCP. Aquellos que optan por la duplicidad del mandato sostienen que en la CE se encuentran dos RCP: una a nivel constitucional, que otorga a determinados sujetos la capacidad de crear un resultado institucional (convenio colectivo extraestatutario), y otra a nivel legal, que otorga a determinados sujetos la posibilidad de crear un resultado institucional con efectos vinculantes (convenio colectivo estatutario). Los que apuestan por el mandato único creen que sólo cuando se cumplen los requisitos previstos en el ET, se producirá un convenio colectivo; cuando esto no se produzca, estos acuerdos tendrán la fuerza de meros contratos. Esto supone que, al igual que ocurre con otro tipo de fuentes acto, dependiendo de la autoridad que ostenten los sujetos legitimados²⁵, podrán producir un resultado institucional u otro o, lo que es lo mismo, si un sujeto legitimado emplea distintos procesos para dotarse de autoridad, el resultado institucional variará. Podríamos resumir lo expuesto hasta ahora del siguiente modo:

1.- La discusión entre los laboristas ratifica nuestro esquema; ellos tan sólo se preguntan sobre el número de RCP al que hace alusión el mandato constitucional.

2.- Al igual que sucede en las otras fuentes-acto, los mismos sujetos, ya sea por procedimientos distintos o bien porque ejercen una autoridad distinta, pueden crear resultados institucionales que, dependiendo del caso, pueden poseer eficacia general o un tipo de fuerza más limitada²⁶.

3.- La autoridad para llevar a cabo los convenios colectivos depende de los sujetos y de los procedimientos que éstos sigan.

Aunque la determinación de los sujetos con representatividad suficiente para llevar a cabo la negociación colectiva es una cuestión positivo-jurídica,

miso para aplicar una RCP. 2. Una RCP que no se establece en la propia Constitución, sino cuyos elementos se encuentran dispersos en el ET. 3.- Una disposición deóntica que obliga al legislador a regular la negociación colectiva. El núcleo de nuestro trabajo se encuentra, como ya hemos señalado, en el análisis del segundo elemento.

²⁵ El artículo 85 del ET contiene la expresión “sujetos legitimados para negociar”. Posiblemente, hubiera sido más correcto utilizar la expresión “sujetos capacitados” o “sujetos con competencia para negociar convenios colectivos”.

²⁶ Aguiló cita el siguiente ejemplo: “la diferente autoridad entre una resolución aprobada como conclusión de un debate parlamentario y una ley aprobada como consecuencia de su tramitación parlamentaria no radica en los sujetos que han llevado a cabo la aprobación parlamentaria (en ambos casos se trata del mismo sujeto), sino en el procedimiento seguido”. AGUILÓ, J., *Op. cit.*, p. 73. Igual sucede con el convenio colectivo, pues es posible que los mismos sujetos sigan el procedimiento previsto en el Título III del ET y entonces el resultado institucional sea el convenio colectivo, o bien que actúen, en algún u otro modo, al margen de él, y, entonces, el resultado tenga la mera fuerza de un contrato.

implica, inevitablemente, una política-jurídica. Antes de la reforma de 1980 el espíritu de la negociación colectiva estaba insuflado por los siguientes principios: a) principio de neutralidad, es decir, el legislador permitía que las partes eligieran el nivel de negociación más adecuado para sus intereses; b) principio de igualdad de trato entre los diferentes niveles contractuales, que se traducía en iguales capacidades normativas para los distintos sujetos, c) por último, se establecía un sistema de resolución de conflictos, basado en ciertas reglas, que resolvían la concurrencia de varios convenios sobre una misma materia. Pues bien, la posterior reforma de 1994, en referencia a los sujetos de la negociación colectiva, ha producido el abandono del “anterior y por tantas razones loable principio del *laissez faire* colectivo, el nuevo ET ha venido a implantar fórmulas de dirigismo contractual que transparentan de modo neto la preferencia hacia determinados niveles de negociación”²⁷.

Efectivamente, debido a la multiplicación de los sujetos que pueden intervenir en la negociación colectiva, hay una pérdida de la fuerza de ésta como fuente del derecho. De esta suerte, la inclusión del comité de empresa para intervenir en los pactos de empresa que, por medio del principio de modernidad²⁸, pueden modificar el convenio colectivo de ámbito superior, conlleva la posibilidad de reducir la fuerza de un convenio establecido por otros sujetos. Por ahora, baste con precisar que, al igual que sucede con otras fuentes-acto, cuando los sujetos que pueden crear el resultado institucional se incrementan, sus resultados institucionales se “cantonalizan” y, por tanto, sus contornos se aproximan más a los del contrato. De este modo, paradójicamente, cuando el Estado reconoce a un mayor número de sujetos la capacidad de negociación colectiva, menor fuerza ejercerán sus resultados.

Por tanto, como ya hemos señalado, quiénes –y cuántas– sean las autoridades depende también de los procesos que se establecen para su determinación. Lógicamente cuanto mayor es el número de autoridades que pueden producir el resultado institucional, más complejos serán los procedimientos

²⁷ VALDÉS DAL- RÉ, F., “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva” *cit* p. 28.

²⁸ En principio, no se puede producir la concurrencia de dos convenios colectivos, es decir, un convenio colectivo no puede ser afectado por lo dispuesto en otros. Sin embargo, el art. 84 del ET, en su inciso segundo, dispone: “En todo caso, a pesar de lo establecido en el artículo anterior, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán en un ámbito determinado que sea superior al de empresa negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en el *ámbito superior* siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la Comisión Negociadora en la correspondiente Unidad de Negociación”. El complejo tenor de este artículo puede resumirse en que, siempre que se den los requisitos establecidos en él, el convenio más moderno deroga al más antiguo, aunque aquel se haya negociado en un ámbito superior. Esto, desde luego, resta fuerza al convenio.

de su determinación, así como la relación –en este caso, la jerarquía– entre los diferentes productos institucionales, resultantes de la actividad de cada una de estas autoridades.

Además, desde el punto de vista de los sujetos con suficiente representatividad, se colige una importante consecuencia que nos ayuda a dibujar los contornos del convenio colectivo. Si los sujetos quedan reducidos a una minoría, el convenio colectivo se asemeja a las fuentes-acto. Sin embargo, si los sujetos son muchos, el convenio colectivo pierde eficacia y se parece más a una fuente de obligaciones. En los casos extremos, tanto cuando el sujeto con representatividad suficiente es uno sólo –sindicato vertical–, como cuando los sujetos son demasiados –tal vez la situación que se viene produciendo desde las últimas reformas laborales–, el convenio colectivo termina perdiendo su carácter propio y asemeja sus rasgos a los del contrato. Expresado de modo breve, si existe un único sujeto con representatividad suficiente para llevar a cabo el proceso de negociación colectiva, el resultado institucional se asemeja, desde el punto de su eficacia –*erga omnes*– y de los sujetos que lo llevan a cabo, tanto a las fuentes-acto que pierde su carácter de negociación colectiva. Si, a la inversa, los sujetos con capacidad suficiente son demasiados, el resultado institucional se asemeja –pues su eficacia se reduce de modo drástico– tanto a las fuentes de obligaciones que pierde, del mismo modo, su carácter propio. Parece pues, que entre estos dos casos extremos se puede producir una negociación colectiva, cuyo más típico resultado institucional es el convenio colectivo.

No obstante, si atendemos al criterio de los sujetos con representatividad suficiente, existen algunas concomitancias entre la negociación colectiva y otras fuentes-acto creadas por las autoridades políticas. Éste es el caso del límite mínimo de representatividad. El ET establece un diez por ciento de representación, como cuota mínima que han de tener los sindicatos para representar a los trabajadores. Este criterio tiene una finalidad parecida a aquel otro límite, establecido para los grupos parlamentarios en algunos países como, por ejemplo, en la República Federal Alemana. Ambos tratan de producir cierta estabilidad en la creación de los resultados institucionales, llevados a cabo por estos sujetos. Aunque se ha querido interpretar este límite como una posible inconstitucionalidad del ET, pues contravendría el derecho a la negociación colectiva de ciertos sujetos, otro sector doctrinal, apoyándose en decisiones jurisprudenciales, ha puesto de manifiesto que se trata de una consecuencia directa de la formalización, a la que ha sido sometida la negociación colectiva en nuestro país²⁹.

²⁹ DURÁN LÓPEZ, F., *Op. cit.*, p. 143. Además, sostiene que “lo que no tiene sentido es decir que esto es inconstitucional, pero que como los sindicatos excluidos pueden celebrar convenios

Una última reflexión, respecto a los sujetos que pueden llevar a cabo la negociación colectiva, debe referirse, aunque sea de forma breve, a la autonomía colectiva. Se podría afirmar que, desde un punto de vista iusfilosófico, la autonomía colectiva es el fundamento que faculta a los sujetos para llevar a cabo la negociación colectiva. Esto es, la autonomía colectiva funciona como un valor jurídico que, posteriormente, se ha de institucionalizar dando lugar a diferentes facultades de los sujetos colectivos (negociación colectiva, derecho de huelga, derecho a la sindicación, etc.). De ahí que la doctrina iuslaboralista ha puesto especial atención en señalar las diferencias entre el valor –autonomía colectiva– y las diferentes normas, principios o instituciones que se desprenden de ella. Por tanto, la autonomía colectiva no puede reducirse a un mero contrato de mandato, de representación ni de delegación³⁰. Obviamente, sostener que algo –en este caso la autonomía colectiva– es un valor jurídico, no significa sostener que las autoridades jurídicas crean estos valores, sino que, para nuestro análisis, “son interesantes únicamente los valores asumidos por las autoridades jurídicas”³¹. Este aserto se compagina bien con la idea, expuesta anteriormente, de que la autonomía colectiva es, a la par, un producto social y legal.

Creo que hay que diferenciar, pues, entre dos aspectos: una cosa es el mecanismo jurídico por el que se reconoce la autonomía colectiva en un ordenamiento jurídico, y otra, muy distinta, la naturaleza social de ésta; expresado de otro modo: la autonomía colectiva es un elemento sociológico –pero, además también jurídico– que, a mi juicio, no puede reducirse al esquema explicativo de un contrato de mandato o a una delegación del legislador; ni siquiera parece que pueda ser explicado por el mismo esquema de la participación política de la sociedad civil, a través de sus representantes parlamentarios. Sin embargo, la determinación de los sujetos que han de llevar

colectivos al margen de lo previsto en la Ley, puede salvarse la constitucionalidad de la misma”. Cita este autor la STCo 73/1984 de 27 de junio, que avala el modelo de representación establecido en el ET.

³⁰ Los iuslaboralistas han defendido fundamentalmente tres teorías: 1.- Hay quienes han sostenido que la autonomía colectiva ostenta un carácter originario, por lo que el Estado se limitaría a reconocer un poder normativo ajeno a él. Esta teoría, que fue desarrollada, desde el punto de vista sociológico, por Gurvitch y que se apoya en el institucionalismo de Santi Romano, fue defendida por Lyon-Caen, en el ámbito del derecho laboral. 2.- Otros han querido encontrar en la figura del mandato el puente que unía la negociación colectiva con la autonomía colectiva, pues los trabajadores realizan un acto de renuncia de sus poderes a favor del grupo sindical que les representa. 3.- Por último, otras parten del carácter delegado del convenio colectivo, un poder delegado por el Estado, en concreto, por medio de la Constitución. Aunque ésta postura se ha criticado por algunos autores que han sostenido que el convenio colectivo no requiere el auxilio de la Ley para tener eficacia. ESCRIBANO, J., *op. cit.*, p. 51 y ss. Una defensa de la teoría de la delegación puede encontrarse en CORREAL CARRASCO, M., *Op. cit.*, p. 162.

³¹ ATIENZA, M., RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, cit., p. 138.

a cabo un proceso jurídico concreto para producir un resultado institucional es un mecanismo jurídico, que nace dentro del propio sistema jurídico, por medio de delegación del Estado, y que tiene presente el valor jurídico de la “autonomía colectiva”. Desde luego esta afirmación no dificulta el reconocimiento de la autonomía colectiva, más bien, lo ratifica. De esta suerte, el reconocimiento de los sujetos es un símbolo, una huella de la autonomía colectiva en el sistema jurídico, pero no la causa de la existencia de los sujetos legitimados; ésta es, a mi juicio, de naturaleza jurídico-positiva.

IV. El estado de cosas (E)

El estado de cosas es aquel conjunto de hechos o actos, institucionales o naturales, que constituyen una parte del antecedente de la RCP (véase nota12). Existe una gran diversidad de razones operativas que permanecen fuera del estado de cosas y que, de ordinario, pueden acompañar al proceso de negociación colectiva: problemas laborales, deseo de mejorar las condiciones laborales, recorte de presupuesto de la empresa, etc. Un análisis del estado de cosas de la negociación colectiva, sin embargo, requiere, al menos, del examen de los siguientes elementos:

- a) Las competencias materiales
- b) Ámbito territorial
- c) Ámbito personal
- d) Ámbito funcional

a) Ámbito material. Tradicionalmente se ha sostenido que el convenio colectivo es la ley del ámbito profesional, por tanto, regulará todas aquellas materias que pertenezcan a éste. Durán López ha escrito que, aunque la negociación colectiva debe adaptarse a aspectos laborales, estos no clausuran las materias que se pueden llevar a cabo por medio de ella³². Los sujetos legitimados para realizar la negociación colectiva determinarán cuál será el ámbito de la negociación colectiva y las materias sobre las que ésta versará³³.

Una lectura del artículo 37 de la CE pone de manifiesto la amplitud y la generalidad de este precepto. Será a nivel legal donde se plasme qué materias se pueden regular por medio de la negociación colectiva. El antiguo artículo 85 del ET extendía el ámbito de la negociación colectiva al amplio campo de las “materias de índole económica”, excluyendo ciertas “materias de carácter asistencial”. Sobre ciertos aspectos no se puede negociar, salvo que lo dispongan normas de carácter absoluto³⁴.

³² DURÁN LÓPEZ, F., “El estatuto de los trabajadores y la negociación colectiva”, *cit.* p. 121.

³³ RUIZ, M., *Op. cit.*, p. 26

³⁴ ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2000, p. 904 y ss.. De todos modos, ciertas materias quedan excluidas por su naturaleza de

b) **Ámbito territorial y funcional.** La determinación de ambos es un requisito ineludible, *ex lege*, que han de contener los convenios colectivos. Serán los propios sujetos del convenio quienes especifiquen cuál será el ámbito territorial y funcional de los convenios colectivos. Por tanto, dependiendo del tipo de sujeto de que se trate, se determinará la extensión del convenio colectivo. Para realizar un pacto en el ámbito de la empresa será suficiente con que los sujetos sean los representantes de los trabajadores y del empresario. Este aspecto es también una especificidad del convenio colectivo, pues el contenido del mismo determinará la extensión de sus efectos y qué funciones laborales regulará.

c) **Ámbito temporal.** He aquí, de nuevo, una peculiaridad propia del convenio colectivo. Los sujetos pueden y, es más, deben establecer cuándo entrará en vigor el convenio colectivo y cuándo cesarán sus efectos. En él ha de constar –y esta es una característica establecida *ex lege*³⁵– la forma y las condiciones de la denuncia del convenio colectivo. Esta necesidad se halla íntimamente relacionada con la naturaleza temporal del convenio colectivo; se desea obtener un acuerdo para un momento determinado. Uno de los rasgos definitorios del convenio colectivo es la labilidad de las relaciones reguladas, ya que las condiciones laborales pueden modificarse con cierta rapidez; sería imposible que se realizara un convenio colectivo destinado a perdurar en el tiempo, pues las circunstancias que provocaron su nacimiento están destinadas a modificarse por el devenir socio-económico.

V. El acto de la negociación (Z)

Hasta el momento tan sólo hemos analizado dos de los componentes fundamentales de la negociación colectiva, cuyo resultado institucional es el convenio colectivo u otros resultados institucionales, según los casos. Estos dos elementos, estado de cosas y sujetos, han sido expuestos lacónicamente, pues analizarlos en profundidad es una meta demasiado ambiciosa para los propósitos y objetivos de este trabajo, los cuales no son otros que clarificar, por medio de la estructura propuesta, algunos caracteres de esta institución jurídica. No se trata, pues, de realizar una exposición pormenorizada de los elementos y procedimientos jurídico-positivos que han de concluir en los distintos productos negociales.

Ahora debemos esbozar, del mismo modo, algunos de los problemas y dificultades que entraña otro de los elementos de la RCP: el acto. Éste

ius cogens, como es el caso de la seguridad social, sobre la que tan sólo se pueden negociar mejoras, pero no se puede modificar *in peius*, es decir, funciona como una norma mínima sobre la que se puede partir para negociar mejoras.

³⁵ Cfr. Art. 85.3 ET.

esquematiza uno los ejes principales en torno a los cuales gira el proceso de la negociación colectiva. Los actos o conjunto de actos que han de ser realizados por los sujetos para obtener un producto institucional que, según los casos, puede o no tener fuerza vinculante, están regulados por Ley, en concreto, por el ET. De esta suerte, se ratifica la afirmación de que la negociación colectiva es un producto legal y no social, siempre y cuando la observemos desde el punto de vista del teórico del derecho o del jurista³⁶.

De forma sucinta podemos resumir estos actos del siguiente modo. En un primer momento, se debe realizar una comunicación de la negociación que contendrá, como elementos obligatorios, los “sujetos con legitimación para negociar”, el ámbito de la negociación y la materia objeto de la misma. Posteriormente, se formará una comisión negociadora del convenio colectivo, designada por los sujetos, ya mencionados anteriormente (véase p. 810). El derecho a la constitución de la comisión negociadora se fundamenta en el derecho a la sindicación y, por tanto, está protegido constitucionalmente por medio del artículo 53.2.

De esta exposición se desprende una pregunta, cuya respuesta puede modificar, en buena medida, nuestro análisis: ¿quiénes son los auténticos sujetos de la negociación, los representantes de los trabajadores y el empresario o, más bien, aquellos otros que forman parte de la comisión negociadora? Alonso Olea sostiene que “en términos negociales podría decirse que la legitimación inicial es legitimación para nombrar a los representantes (en convenios empresariales e infra-empresariales generales) y para acceder mediante representantes (en convenios supra-empresariales) a la comisión negociadora y allí negociar”³⁷. Así pues, ¿qué relación existe entre los sujetos que poseen la legitimación para negociar y aquellos otros que forman la comisión negociadora? ¿Existe un mandato o una delegación? ¿Quiénes son los auténticos sujetos que producen el resultado institucional? Comenzando por responder la última de nuestras preguntas: creo que no es necesario modificar nuestro esquema explicativo. A mi juicio, los sujetos que producen el resultado institucional son tanto los reconocidos de forma

³⁶ Hipotéticamente, sería posible un acuerdo entre los trabajadores para elegir algún representante que, a su vez, negociará con el empresario ciertas condiciones de trabajo, y que este proceso concluyera en un acuerdo en el que no hubieran intervenido el sistema jurídico. Pero las posibilidades de que este tipo de acuerdos se produzcan en la realidad son mínimas. No se debe eludir el dato estadístico que subraya el carácter sindical de los convenios y, por tanto, su contacto con el ámbito legal, ya que el sindicato es una institución creada por medio de mecanismos jurídicos, en concreto, regulado por medio de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical (BOE núm. 189, de 8 de agosto de 1985). Sobre el carácter mayoritariamente sindical de los convenios *cf.*: ESCRIBANO, J. *Op. cit.*, p. 245 y ss.

³⁷ ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, *cit.*, p. 857.

general en el artículo 37.1 de la CE, como aquellos que conforman la comisión negociadora, es decir, para que se produzca el resultado institucional es obligada la actuación tanto de unos como de otros. Podríamos sostener que existe una RCP₂, cuyos sujetos son los legitimados en el artículo 37.1 y cuyo resultado institucional es conferir poderes a otros sujetos para que los representen en la comisión negociadora. La relación de los sujetos con “legitimación general” y aquellos que forman la comisión negociadora es de causa-efecto: sin el consentimiento de los primeros no se pueden formar los segundos, aunque, desde luego, representan diferentes realidades³⁸. No creo que sea correcto sostener que la comisión negociadora es el auténtico sujeto que lleva a cabo la negociación colectiva. Aunque es obvio que existen importantes diferencias con las fuentes-acto, aprobadas por autoridades políticas, defender esta tesis sería, *mutatis mutandi*, afirmar que la comisión que redacta una ley es el auténtico sujeto del acto y no los grupos parlamentarios que la aprueban.

VI. El resultado institucional: convenio colectivo

Hay que advertir que de este proceso, que hemos descrito sumariamente, nacen distintos productos institucionales que no pueden reducirse al convenio colectivo regulado en el ET, sino que, además, nos podemos hallar, según los casos, ante acuerdos extraestatutarios –cuando no se han observado los requisitos establecidos en el ET–, o bien frente a simple pactos de empresa –si estos acuerdos han sido aprobados en sede empresarial–. Aunque no nos es desconocida la variedad de resultados institucionales en que puede concluir el proceso negocial, nos centraremos en los llamados convenios colectivos estatutarios, pues la doctrina les otorga usualmente el rasgo de normatividad.

Antes de analizar el resultado institucional se debe afrontar una cuestión previa: la relación existente entre el antecedente de esta norma y su consecuente. Para ello es preciso realizar una lectura atenta del artículo 37.1 de la CE. Allí se establece una garantía constitucional para que se pueda producir la negociación y, en el caso de que finalmente se produzca un acuerdo, entonces se garantiza la fuerza vinculante de su resultado, es decir, no hay una relación de causa-efecto entre el derecho a negociar y la elaboración del convenio colectivo; puede ser que la negociación llegue a buen puerto, pero también es factible que no se plasme en acuerdo alguno³⁹. Pero esta

³⁸ Sobre la diferencia de estos sujetos se puede consultar la sentencia STC de 17 de octubre de 1986, donde se reconoce la existencia de un mandato, el cual comienza con la designación de esta comisión y concluye con la firma del convenio o con la ruptura de la negociación.

³⁹ Durán lo ha expresado con las siguientes palabras: “la Constitución prevé la garantía legal del derecho a la negociación colectiva, porque no puede prever el derecho a obtener o

afirmación no dificulta ni deslegitima nuestro esquema explicativo, pues, como sostienen Atienza y Ruiz Manero, las reglas que confieren poderes son reglas que “ponen, bien una condición necesaria, bien una condición suficiente, bien una condición necesaria y suficiente de un determinado resultado institucional”⁴⁰. En el caso de la RCP que articula el proceso de la negociación colectiva, sería realmente difícil establecer todos los elementos de tal forma que estableciera una RCP completa. Esto significa que el proceso negocial puede concluir, lógicamente, de dos modos:

a) Cuando la negociación no llega a buen puerto, y no se establece ningún acuerdo.

b) El proceso puede concluir fructíferamente, si se llega a producir un convenio colectivo –u otro resultado institucional–.

En el primer supuesto, cuando la negociación fracasa, suele seguir en vigor, si lo hubiere, el convenio anterior. En el segundo caso, es necesario que se respeten una serie de requisitos formales (conclusión por escrito del pacto final, remisión a la autoridad laboral, depósito y publicación)⁴¹.

El siguiente esquema facilita una recapitulación de los argumentos expuestos:

$H_1, H_2, H_3, \dots, H_n$ -Convenio colectivo- $C_1, C_2, C_3, \dots, C_n$ ⁴²

En nuestra exposición, hasta ahora nos hemos centrado en la parte izquierda del esquema, es decir, hemos tratado de enumerar cuáles son los hechos –empleando este término en un sentido muy amplio– ($H_1, H_2, H_3, \dots, H_n$), que producen las consecuencias ($C_1, C_2, C_3, \dots, C_n$). Ahora es, pues, el momento de pasar a centrarnos en qué consecuencias jurídicas provocan estos hechos. Ahora analizaremos la consecuencia principal, que se obtiene cuando se han producido determinados hechos o actos institucionales, o no: la eficacia del convenio. Por ello, el convenio colectivo –u otro tipo de pacto– en sí no es

conseguir convenios colectivos. Sólo prevé, por consiguiente, el derecho a negociar, para lo cual podrán establecerse los procedimientos correspondientes, y si en el caso de la negociación se llega a conseguir un acuerdo, si la negociación fructifica en un convenio, éste ha de tener, conforme al mandato constitucional, fuerza vinculante. Se trata, por tanto, de dos momentos distintos del mismo proceso lógico, y no de la consagración constitucional de dos cosas distintas”. DURÁN LÓPEZ, F., *Op. cit.*, p. 137

⁴⁰ Aunque como exponen estos autores hay distintas clasificaciones de este tipo de reglas. Cfr. ATIENZA, M. Y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del derecho*, cit. p. 63 nota 8.

⁴¹ Cfr. art. 90.3 del ET.

⁴² El bosquejo está tomado, como se puede advertir, del análisis de la propiedad privada realizado por Ross, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1994, p. 166. Aunque obviamente no se puede hacer un paralelismo completo con la explicación proporcionada por Ross en relación con la propiedad privada, ya que para él las normas jurídicas deben ser interpretadas como “directivas dirigidas al juez”. Sin embargo, pensamos que, teniendo en cuenta esta importante salvedad, el esquema de Ross ofrece claridad a nuestra exposición.

“nada”, simplemente es un *nomen iuris*, una herramienta que asocia unos hechos con consecuencias jurídicas; por ello, su análisis pasa por estudiar unos y otras.

VII. La eficacia del convenio colectivo

Se ha expuesto cómo el convenio colectivo o el resultado institucional del proceso denominado negociación colectiva se ajusta, sin demasiadas dificultades, al esquema propuesto por Aguiló para explicar las denominadas fuentes-acto. Ahora bien, aún se deben afianzar las últimas premisas de este argumento, que son de especial importancia. Efectivamente, “no todo acto jurídico que consiste en el ejercicio de una competencia es una fuente-acto”⁴³. Tendrá que poseer eficacia general, esto es, “...la eficacia general, es la que explica por qué suele decirse que el resultado de la fuentes-acto es un documento normativo, publicado oficialmente y dotado de autoridad. La eficacia general de las fuentes-acto exige no que el resultado sea comunicado a los interesados como ocurre con muchos otros actos jurídicos, sino que sea hecho público”⁴⁴. Creo que es interesante retener en la memoria estas ideas a la par que reflexionamos sobre si del convenio colectivo se puede predicar el atributo de la eficacia.

Un punto de partida es el, ya citado en tantas ocasiones, art. 37. 1 de la CE. En él se sostiene que “*la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios*”. Por tanto, si la ley garantiza la fuerza vinculante habrá que aclarar cuál es el procedimiento que, según el legislador ordinario, se ha de seguir para que el resultado institucional sea vinculante. Pero este camino no nos conduce demasiado lejos, pues que el resultado sea vinculante, en puridad, no nos aclara nada, también se afirma de las negocios jurídicos que lo establecido en ellos tiene fuerza vinculante para las partes, e incluso se habla de “*lex privata*”⁴⁵ para los sujetos. Tampoco, a mi juicio, es correcta la hipótesis según la cual el convenio colectivo es

⁴³ AGUILÓ, J., *Op. cit.*, p. 72

⁴⁴ AGUILÓ, J., *Op. cit.*, p. 74-5

⁴⁵ DE CASTRO, F., *El negocio jurídico cit.*, p. 32. En este sentido, el artículo 1091 de nuestro Código civil afirma “que tiene fuerza de ley entre las partes contratantes”. También Kelsen advierte: “este acto es un hecho productor de normas jurídicas, en tanto y en cuanto el orden jurídico otorgue a ese hecho esa calidad, y se la otorga en tanto hace de la realización del hecho del negocio jurídico, junto con una conducta contraria a él, condición de una sanción civil”. *Vid.* KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, México, Ed. Porrúa, 1991, pp. 264-5. Esto significa, simplemente, que lo dispuesto en el negocio jurídico vincula a las partes, a mi juicio, el negocio jurídico no es una fuente del Derecho por las razones expuestas más arriba, es decir, carece de eficacia general.

vinculante por naturaleza, y la Constitución lo único que hace es reconocerla *ex post*⁴⁶.

Resumiendo podríamos afirmar que los iuslaboralistas sostienen principalmente dos posturas respecto de la vinculatoriedad del convenio:

1.— Aquellos que creen que el convenio colectivo despliega sus efectos al margen de los desarrollos legislativos, directamente desde la Constitución, y que éste no hace más que plasmar un sistema de pluralismo jurídico, que encuentra su base en las necesidades sociales

2.— Aquellos que opinan que el legislador constitucional ha creado tan sólo una garantía institucional de la negociación colectiva, que será desarrollada por el arbitrio del legislador ordinario y que tiene como único límite el respeto a un espacio donde se pueda crear la intervención heterónoma y la eficacia de lo negociado⁴⁷. El fundamento principal de los autores, que defienden esta segunda tesis, es que tan sólo la CE tiene competencia legal para determinar bajo qué condiciones los diferentes convenios colectivos pueden integrarse en el sistema de fuentes, si esto se determinara por ley ordinaria “significaría atribuir a la ley la potestad de distribuir poderes normativos, algo que le estaría absolutamente vedado”⁴⁸.

A mi juicio, creo que es la ley quien otorga la fuerza a los convenios; en este sentido, la literalidad del artículo 37. 1 de la CE no deja lugar a dudas. También hay que tener en cuenta que la Constitución no sólo define derechos subjetivos, sino que “además sirve para fijar el margen de discrecionalidad de que dispone el legislador ordinario”⁴⁹.

⁴⁶ En este sentido, CORREA CARRASCO sostiene que “la negociación colectiva, en tanto que manifestación directa de un poder social originario, gozará de una relevancia ordenadora que dependerá, en principio, de factores exógenos al sistema jurídico material”. Tan sólo, posteriormente, se plasmará ese poder en la CE que, para este autor, parece tener un cierto matiz entre jurídico y social; en este sentido escribe: “en conclusión, cualquier tipo de convenio tiene su fundamento último en el artículo 37. 1 CE y, en consecuencia, la fuerza vinculante se predica de todo producto negocial, y no sólo del diseñado por ley”. CORREA CARRASCO, M., *La negociación colectiva como fuente del derecho del trabajo cit.*, pp. 93 y 263, respectivamente.

⁴⁷ RUIZ CASTILLO, *Op. cit.*, p. 28. Tengo la intuición, dicho esto con la mayor de las cautelas, que estas dos miradas, arrojadas por los iuslaboralistas sobre la eficacia del convenio colectivo, representan dos perspectivas distintas. Los primeros no analizan qué es la negociación colectiva, sino que “debería ser”. Los segundos sólo tienen en cuenta el dato positivo sin percibir de dónde procede. En descargo de los primeros, habría que subrayar que el sistema jurídico tiene relaciones con otros sistemas como, por ejemplo, el social. En defensa de los segundos, que para definir si una institución jurídica ostenta determinados rasgos no es preciso acudir fuera del sistema jurídico.

⁴⁸ CORREA CARRASCO, M., *Op. cit.*, p. 293. Obviamente, la ley ordinaria, en este caso concreto el ET, no distribuye las potestades normativas; es el propio precepto constitucional el que establece la delegación.

⁴⁹ RUIZ CASTILLO, M., *Op. cit.*, p. 28. También DURÁN, F., *loc. cit.* p. 140.

Como conclusión de carácter general, se podría sostener que la mayoría de la doctrina defiende la eficacia de todos los convenios que han seguido los requisitos establecidos en el Título III del ET. Los problemas se plantean, como ya se ha mencionado, respecto a los llamados convenios extraestatutarios, es decir, aquellos que carecen de alguno de los requisitos establecidos en el ET.

Hasta ahora hemos expuesto las distintas teorías sobre la fuerza vinculante de los convenios, pero no nos hemos detenido en el significado de este término. Para los laboristas existe una equivalencia entre fuerza vinculante y eficacia. Y la eficacia posee, al menos, dos acepciones: eficacia vertical, que es aquella que despliega el convenio colectivo como norma jurídica sobre la relación de derecho del trabajo, y eficacia horizontal, por medio de la cual se reserva un ámbito de regulación propio frente a las normas de carácter estatal⁵⁰. Centrémonos en el primer tipo de eficacia.

A su vez, la eficacia vertical se desglosa en “eficacia real” y la denominada “eficacia normativa”. La primera de ellas surte tres efectos de gran importancia: a) efecto automático, que significa que las cláusulas contractuales han de ser reemplazadas si son contrarias a lo previsto en el convenio colectivo; b) efecto inderogable, esto es, que el convenio colectivo no puede ser derogado (*in peius*)⁵¹; c) efecto sustitutivo: aquellas cláusulas que se oponen al convenio empeorando las condiciones del trabajador se tendrán por no puestas⁵². Según Valdés Dal- Ré, este tipo de eficacia es una buena señal del reconocimiento de la importancia social-económica del convenio colectivo y del papel que éste desempeña en la regulación laboral⁵³.

Sin embargo, a nosotros nos interesa más otro tipo de eficacia que se denomina normativa⁵⁴, es decir, “que el convenio colectivo no agota su naturaleza *qua* convenio, sino que completa ésta con el carácter de norma

⁵⁰ CORREA CARRASCO, M., *Op. cit.*, p. 123

⁵¹ Hoy en día se pone en sería duda este efecto debido al artículo 41 del ET.

⁵² CORREA CARRASCO, M., *Op. cit.*, p. 150

⁵³ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios”, Madrid, ACARL, 1988, p. 73.

⁵⁴ En el fondo la idea de la “eficacia real” está diseñada para los llamados convenios extraestatutarios. No tiene mucho sentido utilizar el término “eficacia real”, pues los convenios que se realizan según lo dispuesto en el Título III del ET tienen eficacia normativa, de tal modo que ésta subsume el concepto de eficacia real. Respecto de los convenios extraestatutarios el concepto de “eficacia real” tampoco explica nada, ya que los convenios colectivos pueden ser, en no pocas ocasiones, modificados por pactos de empresa, perdiendo su eficacia real. Además, la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, insistentemente, el carácter contractual de los convenios extraestatutarios. Al respecto *Cfr.* ESCRIBANO, J., “Eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios en el seno de las nuevas funciones de la autonomía colectiva”, en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 97, septiembre-octubre de 1999, *passim*.

de lo convenido”⁵⁵. Este carácter de auténtica fuente del derecho de la negociación colectiva se atisba en los siguientes aspectos de su resultado institucional:

1.– La eficacia *erga omnes*. Si recordamos la tesis expuesta por Aguiló, ésta era una de las características que diferenciaba a las fuentes-acto de los meros actos jurídicos. Pues bien, la eficacia *erga omnes* puede ser alcanzada de dos formas distintas en el convenio colectivo: a) *a priori*, cuando existe un marco procedimental por el que se deban desarrollar los convenios y dicho marco posea eficacia general *ex lege*. b) *Ex post*, cuando la Administración amplía, por el cumplimiento de determinados requisitos, el marco del convenio⁵⁶. En este segundo caso, la extensión del convenio es un acto administrativo y, por tanto, este acto no forma parte del propio convenio colectivo⁵⁷.

2.– Otra característica importante del convenio colectivo, que pone de manifiesto su fuerza normativa, es que sobre él rige el principio *iura novit curia*⁵⁸. Este principio es consecuencia directa de la obligación de publicar el convenio colectivo estatutario, de tal forma que los jueces han de conocer el convenio colectivo; la conculcación de este principio es una infracción de *Ley* alegable en casación o suplicación “con motivo de infracción de normas del ordenamiento jurídico”⁵⁹.

3.– En principio, ni la actuación unilateral del empresario ni la autonomía individual de los trabajadores pueden modificar el convenio colectivo que ya ha sido pactado⁶⁰, y no se puede ignorar la fuerza vinculante de los convenios.

4.– El trabajador de forma individual no es parte legitimada en el proceso de impugnación del convenio colectivo, es decir, sólo los sujetos con capacidad suficiente para ser representantes de los trabajadores y de los empresarios pueden impugnar el convenio⁶¹. Al igual que sucede con las leyes, que no pueden ser impugnadas por los particulares, el convenio posee también un procedimiento especial para su impugnación.

Nos queda por tratar una de las características más importantes del negocio colectivo como fuente del derecho, que nos permitirá conocer más

⁵⁵ ALONSO OLEA, M., *Las fuentes del derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Madrid, Civitas, 1982, p. 121.

⁵⁶ *Cfr.* Art. 82. 3 ET.

⁵⁷ ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, *cit.*, p. 836.

⁵⁸ *Cfr.* STCo. 151/1994.

⁵⁹ *Cfr.* Art. 205 LPL.

⁶⁰ *Cfr.* STCo. 107/2000, fundamento jurídico 7.

⁶¹ *Cfr.* Art. 161 de LPL.

sobre su naturaleza, es decir, si se aproxima más a la ley o al contrato⁶². Nos referimos a la validez del convenio: ¿cuáles son los requisitos de validez del convenio? ¿Se asemejan a los de las fuentes-acto?

VIII. La validez en el convenio colectivo

El problema de la validez es uno de los más espinosos de la teoría general del Derecho. No pretendemos, pues, entrar en el fondo del mismo⁶³. Sin embargo, este aspecto es importante para nuestra finalidad, ya que, con razón, se ha observado que las fuentes-acto, entre las que nosotros ubicamos a ciertos convenios colectivos, presentan un rasgo distintivo que se exterioriza en el concepto de validez. En este sentido, Aguiló sostiene que las fuentes-acto se caracterizan porque en ellas se produce una disociación en el juicio de validez. Estas dos esferas, que causan la escisión del concepto de validez, pueden ser designadas por medio de los ya clásicos conceptos de vigencia y validez o, si utilizamos otra nomenclatura, existencia y legitimidad del juicio de validez⁶⁴. La primera acepción, que podría ser recogida por la pregunta “que es posible hacer”, se refiere a las potestades-competencias que detentan determinados sujetos para realizar una actividad que producirá un resultado institucional; expresado de otro modo: “la posibilidad que tiene una autoridad de crear un resultado institucional”⁶⁵. De esta suerte, el Parlamento tiene la potestad de crear leyes, el Gobierno decretos, y los representantes de los trabajadores y de los empresarios convenios colectivos. Al igual que sucede con la autoridad de los sujetos que pueden producir el convenio colectivo, las otras autoridades (por ejemplo, Parlamento y gobierno) han obtenido su fuerza por medio de una delegación de una autoridad de rango superior⁶⁶. Aguiló sostiene que el criterio de delegación es interno al propio sistema jurídico. Esto implica que, en algún momento, hay que presuponer una autoridad última, es decir, que en consecuencia “habrá algún criterio extrajurídico”.

⁶² El término ley lo empleamos en un sentido amplio. En puridad, el convenio colectivo se ha comparado, tradicionalmente por la doctrina, con el reglamento.

⁶³ Una aproximación a estos problemas se puede encontrar, SERRANO, J. L., *Validez y vigencia*, Madrid, Trotta, 1999. En relación con la validez de las reglas que confieren poderes PEÑA, A. M., “Reglas de competencia y existencia de las reglas jurídicas” en *Doxa* 22 (1999), pp. 11 y 12.

⁶⁴ Estas expresiones son las que utiliza Aguiló. Cfr. AGUILÓ, J., *Op. cit.*, p. 75 y ss.

⁶⁵ AGUILÓ, J., *ibid.* p. 75.

⁶⁶ Según Aguiló, si observamos el sistema jurídico, reduciéndolo a las fuentes-acto, desde la perspectiva de lo que se puede hacer, percibiremos la “unidad de autoridades,” que constituyen el sistema jurídico. AGUILÓ, J., *Op. cit.*, p. 76.

La segunda acepción del concepto validez hace referencia a aquello que “está permitido hacer”. Se trata de responder a la pregunta qué contenidos han de ser recogidos por la fuente acto, ¿son estos legítimos o, por el contrario, conculcan alguna norma de rango superior? Pues bien, “esta disociación del juicio de validez, que es el resultado de distinguir entre la delegación de poderes normativos (competencia para producir resultados institucionales) y el establecimiento de deberes relativos al ejercicio de esos poderes normativos (límites en el ejercicio de la competencia) es una característica de las fuentes-acto”, que permite diferenciarlas de las fuentes-hecho. Ahora mostraremos cómo esta disociación, que se predica de las fuentes-acto, también es atributo del convenio colectivo. Éste es un signo más de su pertenencia al *genus* fuentes-acto, que nos permite, por tanto, diferenciarlas de las fuentes-hecho.

Respecto a la existencia del convenio colectivo, es decir, la autoridad que han de ostentar los sujetos para que se produzcan los efectos que, usualmente, producen las fuentes-acto, hay que enfatizar, una vez más, que se establece por Ley, en concreto, en el ET. Tan sólo aquellos sujetos que actúen dentro de unidad supra-empresarial están legitimados para producir dichos efectos, no así el sindicato en el ámbito empresarial⁶⁷. Si los sujetos no tienen la autoridad suficiente, entonces el convenio pierde su fuerza normativa y se convierte en un mero convenio extraestatutario, del cual sólo se puede, según los diferentes autores, predicar eficacia real o carácter de contrato. Al igual que sucede con el resto de las fuentes acto, quiénes sean las autoridades que puedan llevar a cabo el acto que producirá el resultado institucional, se determina en una norma de rango superior.

La legitimidad del convenio colectivo, “aquello que podemos hacer”, está delimitada, de modo general, por la adecuación a los distintos elementos que constituyen tanto el estado de cosas, así como a aquellos otros que son necesarios para la realización del acto. Si falta alguno de los requisitos establecidos en el ET el convenio estatutario dejaría de serlo, y se convertiría en convenio extraestatutario.

IX. Conclusiones: ¿cuerpo de contrato, alma de ley; cuerpo de ley, alma de contrato?

En este trabajo ha prevalecido el interés descriptivo; hemos iniciado nuestras reflexiones realizando un somero recorrido por algunas estructuras

⁶⁷ En concreto, los sujetos legitimados son los siguientes: por parte de los empresarios, las asociaciones empresariales que representen al menos al diez por ciento. *Cfr.* Art. 87. 2 a), b), c) y 3 del ET. Por parte de los trabajadores están legitimados el sindicato más representativo a nivel estatal, el sindicato más representativo a nivel de la comunidad autónoma y, por último, el sindicato simplemente más representativo. *Cfr.* LOLS Arts. 7.1 y 7.2.

—fuentes-acto y RCP, principalmente— que fueron construidas para otras finalidades, y hemos expuesto cómo, por medio de ellas, es posible analizar la negociación colectiva y su resultado institucional: el convenio colectivo. Así pues, hemos de advertir al lector que las deficiencias y virtudes de este trabajo, si las hubiere, sólo pueden ser comprendidas en su justa medida conociendo previamente estos planteamientos, sobre los que nos hemos basado. Esta tarea no será especialmente ardua para el teórico del derecho, pues estos conceptos son herramientas ya básicas para él. No sucederá lo mismo con el iuslaboralista que, *ex ante*, sólo ha de poseer algunos conocimientos básicos en la rama teórica del derecho.

Sin menospreciar las dificultades expuestas, hemos de defender este esquema explicativo, pues no son pocas las ventajas que contrarrestan estas asperezas conceptuales y metodológicas. El concepto de las fuentes-acto y de las RCP nos permite explicar cualquier fuente-acto con independencia de su naturaleza. Así, se subrayan los paralelismos entre el convenio colectivo y las “clásicas” fuentes-acto, creadas por autoridades políticas. Pero, también, y he aquí el aspecto que se me antoja más destacable, el esquema utilizado no sólo permite estudiar las concomitancias, sino que, además, constituye una buena prueba para detectar las diferencias entre los distintos tipos de fuentes-acto, ya que, por medio de él, se desvelan progresivamente las discrepancias entre los sujetos, los estados de cosas y los actos, y cómo éstas inciden en la formación de resultados institucionales con importantes peculiaridades. En definitiva, esta estructura, permeable al dato positivo, nos ha permitido establecer la tan necesaria relación positiva, presupuesto de todo trabajo iusfilosófico, entre la teoría del derecho y el derecho vigente.

Aunque ya hemos expuesto algunas de las similitudes que guarda el convenio colectivo tanto con las fuentes-acto como con el contrato, ahora es el momento de responder a la pregunta que inquiere por su naturaleza. Una vez más el lector habrá de conformarse con un breve croquis de algunos de sus problemas.

Empecemos por analizar las similitudes que guardan con el contrato privado algunos de los elementos que configuran la negociación colectiva. Ya en el estado de cosas hallamos dos componentes interesantes: la buena fe y el requisito de formalidad que han de respetar los convenios colectivos, pues recordemos que deben ser publicados. La buena fe prohíbe, al igual que sucede en los contratos privados, la intimidación, el ocultamiento de datos objetivos en la negociación, el aprovechamiento del error en que incurra una de las partes. Además, tanto en el contrato privado como en la negociación laboral la buena fe no sólo se predica del momento en que se está produciendo el resultado institucional, sino que también rige en la fase de interpretación.

La buena fe, que es uno de los elementos fundamentales del acto, encuentra su formulación negativa en la ausencia de violencia. La violencia que en los contratos privados es causa de nulidad, también desempeña un papel fundamental en la negociación colectiva⁶⁸. En ambos casos, se trata de garantizar la libertad de negociación, ya sea de una persona concreta o de los representados por un sindicato.

Por otra parte, al igual que sucede con el convenio colectivo, no pocos contratos privados requieren de algún requisito de carácter formal, sin embargo, como es sabido, nuestro ordenamiento civil recoge el principio de libertad de forma⁶⁹.

Por estas razones, es correcto afirmar que el estado de cosas que es una de las condiciones para producir un contrato privado, guarda importantes analogías con aquel otro que se ubica en la base de la negociación colectiva. De igual modo, se puede sostener que los sujetos, de uno y otro instituto jurídico, poseen algunos paralelismos: ambos han de contar con “capacidad de obrar”, esto es, han de ser capaces de obligarse. En último extremo capacidad de obrar quiere decir “capacidad para adquirir o ejercitar derecho y asumir obligaciones”, esto es, capacidad para representarse a sí mismo⁷⁰. Esto supone que los sujetos del negocio jurídico poseen “capacidad de obrar”, que se traduce, en el seno de la negociación colectiva, en lo que podríamos llamar “representatividad suficiente”, es decir, representar a los trabajadores y empresarios en el ámbito en que se produce el convenio, la cual obviamente variará dependiendo de éste. La “capacidad de obrar” que, de modo más general, no es más que la autoridad necesaria para realizar actos jurídicos, se establece del mismo modo en ambos casos: por normas de rango superior que definirán quién ostenta la autoridad, ya sea para negociar o para introducir nuevas normas en el sistema jurídico.

El acto que producirá el resultado institucional convenio colectivo se asemeja también en algunos aspectos al acto que subyace tras el contrato privado. En este último, el acto es la “declaración de voluntad”; en la negociación colectiva será la oferta negociadora, que se produce tras la deliberación de la comisión. De este modo, las reflexiones que se suscitaron sobre la declaración de voluntad han podido ser trasladadas a la negociación colectiva. Los civilistas, al igual que sucede en la negociación colectiva, mantienen que “el supuesto de hecho negocial será generalmente una situación

⁶⁸ Cfr: Art. 89. 1 del ET

⁶⁹ Cfr: Art. 1278 Cc.

⁷⁰ Díez-PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 238. De ahí que cuando ésta no sea suficiente, se tenga que suplir por medio de la figura de un tutor o curador.

compleja”⁷¹. Como ya hemos expuesto, el acto de la negociación jurídica, la negociación en sí, llevada a cabo por la comisión negociadora no es el único presupuesto del antecedente de la negociación colectiva, sino que ha de ser acompañado de los requisitos ya expuestos (los diferentes elementos del estado de cosas y la legitimación de los sujetos).

También, al igual que sucede en el contrato, la negociación colectiva se culmina cuando se alcanza un resultado institucional. Ahora bien, los efectos que produce ese resultado institucional son de diferente índole y, en algunas ocasiones, presentan pocas similitudes con los producidos por el contrato. En este sentido, la negociación colectiva parece distanciarse de la figura del contrato privado y asimilarse a las fuentes-acto; respecto al contrato privado no rige el principio *iura novit curia*, que se predica normalmente de ciertos convenios colectivos –estatutarios a nivel estatal– y de las fuentes-acto. Además, los contratos no han de ser publicados para que surtan efectos, y sí han de serlo algunas fuentes acto y algunos convenios colectivos. Los negocios jurídicos no obligan usualmente a terceras personas ajenas a la relación negocial; en cambio, tanto las fuentes-acto como los convenios colectivos, casi de ordinario, pueden regular el comportamiento de terceras personas, que no participaron en su proceso de elaboración. El contrato puede ser impugnado individualmente, no así las fuentes-acto, ni los convenios colectivos que poseen “procesos especiales de impugnación”; en el caso de las leyes, el recurso de inconstitucionalidad, cuyos sujetos legitimados están especialmente cualificados, y respecto al negocio colectivo, el procedimiento establecido para la impugnación en la Ley de Procedimiento Laboral, que no puede ser enervado por los trabajadores individuales⁷².

De lo expuesto, podemos deducir que algunos convenios colectivos –los estatutarios– parecen ser un híbrido de contrato y fuente-acto –en concreto del reglamento–, pues poseen elementos de uno y de otra; parafraseando la ya famosa expresión de Carnelutti, tienen cuerpo de contrato y alma de ley.

En principio, nuestras reflexiones ratifican esta teoría. De esta suerte, si examinamos el convenio de forma general, podríamos afirmar que aquellos elementos que conforman el antecedente de la RCP (estado de cosas, sujetos

⁷¹ DE CASTRO, F., *Op. cit.*, p. 25

⁷² “La impugnación individual ejecutada por un sujeto incluido en el ámbito de la negociación sólo puede proceder por la vía de la petición de “inaplicación” del pacto a una situación concreta”. SALDAÑA, E., “Negociación colectiva y lesión de derechos fundamentales: la impugnación indirecta de los convenios colectivos”, en AA.VV. (NAVARO NIETO F., COORD.), *Negociación colectiva y solución de conflictos en el sistema español de relaciones laborales: IX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Trotta, Madrid 1994.

y acto) son muy similares a los que constituyen el negocio jurídico. En ellos hemos hallado importantes concomitancias: la buena fe, la exclusión de la violencia, la capacidad que necesitan los sujetos para producir resultados institucionales, etc. Pero, de otro lado, si centramos la atención en los efectos que surte el resultado institucional (cierto tipo de convenios colectivos) advertimos que su semejanza sería mayor con las fuentes-acto. El convenio colectivo parecería, pues, una esfinge cuyo basamento tiene forma humana, pero, en cambio, a través de sus fauces se pronuncian normas con la misma eficacia que las creadas por Leviatán.

Sin embargo, estas aseveraciones, que, en buena medida, ratifican nuestro esquema, han de ser matizadas en importantes aspectos, ya que no es sólo el consecuente de las RCP el que presenta importantes similitudes con las fuentes-acto; para que un convenio colectivo surta los mismos efectos que una fuente-acto, su estado de cosas, sus sujetos y su procedimiento han de ser los establecidos por ley y no otros distintos. Será el sindicato más representativo quien deba negociar en un ámbito concreto y, además, deba proceder con buena fe y el resultado se deberá formalizar por escrito y publicarse. Su eficacia “normativa” depende, pues, también de los elementos que conforman el antecedente de la RCP.

Igual sucede con la consecuencia jurídica; sobre su estructura podemos hacer algunas reflexiones que matizan nuestra estructura explicativa (recordemos: el antecedente de la RCP agrupará los elementos similares al negocio jurídico, mientras que en el consecuente hallaremos aquellos que se asimilan a las fuentes-acto). Sirvan los siguientes dos ejemplos, el principio “*pacta sunt servanda*”, que es típico de los contratos, también puede predicarse del resultado institucional convenio colectivo. ¿Cómo es posible explicar que los efectos de los convenios colectivos tengan una vigencia temporal, es decir, una fecha de inicio y otra de conclusión, y que ésta dependa de la voluntad de las partes? A pesar de que algunas normas producidas por autoridades políticas cuenten con una eficacia temporal limitada (Ley de presupuestos generales, por citar un ejemplo prosaico), éste parece ser un efecto atribuible, de ordinario, más a los contratos que a las fuentes-acto.

Ciertamente, la fuerza y la tradición del contrato y de la ley –entendiendo estos dos términos en un sentido amplio– nos hacen pensar si el convenio colectivo es una cosa u otra. La importancia de la teoría del negocio jurídico –sobre todo en los juristas clásicos del XIX, Savigny, Puchta, etc.– puede (entre otros factores, desde luego) ejercer aquí una suerte de *vis atractiva*, de la que es difícil escapar. Tal vez, por tanto, lo más adecuado sea sostener que las comparaciones –tanto con la ley como con el contrato– no pueden ser interpretadas como un intento nominalista, destinado a atrapar la “esencia” del convenio colectivo. Éste no es ni una cosa ni la otra, es algo distinto, que

se hace eco de unas necesidades sociales, las cuales difícilmente pueden ser reducidas a las figuras jurídicas con las que usualmente se le compara.

Ahora bien, algunos de los rasgos del convenio colectivo presentan concomitancias con el reglamento y con el contrato, y ello nos permite desde luego desentrañar, de forma más sencilla, los contornos de la institución que nos ocupa. Ello –insisto, de nuevo– no significa que su “esencia” sea la de un contrato o la de un reglamento. Posiblemente, subsumir el convenio colectivo en unos esquemas pergeñados *ex ante* y *a priori* –en este último sentido, sin tener en cuenta la experiencia jurídica– no nos conducirá –me parece– a buen puerto.

Habremos de contentarnos, pues, con una conclusión más modesta, a saber: el convenio colectivo es una institución con peculiaridades propias, cuyo proceso de elaboración puede ser explicado, relativamente bien, por medio del concepto de las RCP. Algunas veces –cuando siga determinados requisitos establecidos legalmente– poseerá eficacia general y se asemejará –en algunos aspectos– a las denominadas fuentes-acto. Otras, cuando haya sido creado por un procedimiento distinto, se parecerá más a un contrato.

De todo lo expuesto podemos obtener algunas conclusiones provisionales y generales:

1. Existe una necesidad de aproximación de la teoría general del derecho a los problemas surgidos en el campo del derecho positivo y, además, parece que aquélla puede ser una herramienta útil para solventarlos.

2. Tanto el concepto de las RCP como la estructura de las fuentes-acto parecen esquemas lo suficientemente maleables como para explicar, desde la teoría general del derecho, determinadas instituciones jurídicas. En este sentido, son un buen ejemplo, una concreción de la necesidad reflejada en el punto 1.

3. El convenio colectivo, al menos el estatutario, parece poder subsumirse bajo la estructura propuesta por Aguiló con el nombre fuentes-acto.

4. La primera parte de las RCP, que articulan la estructura del convenio, guarda importantes similitudes con los contratos; en cambio, el consecuente de la RCP se asemeja a los efectos producidos por las fuentes-acto. Ahora bien, sobre esta regla se pueden hacer algunas salvedades, que, sin embargo, no invalidan el esquema general, ya que éste parece exponer importantes rasgos esenciales del convenio colectivo.

5. La definición de los distintos elementos que conforman el convenio colectivo es una tarea jurídico-positiva, es decir, será el legislador ordinario quien, perfilándolos, asemeje o distancie la figura del convenio colectivo al contrato o a las fuentes-acto.

6. A pesar de que del convenio colectivo se pueden predicar ciertos rasgos que lo asemejan a los contratos y a determinadas fuentes-acto, y ello

nos permite conocerlo de un modo más adecuado, éste no es, en puridad, ni un contrato ni una fuente-acto. Se trata de una figura que tiene sus propios rasgos específicos.



LA INTERPRETACIÓN DE HABERMAS SOBRE LA TENSIÓN ENTRE DERECHOS HUMANOS Y SOBERANÍA POPULAR EN EL PENSAMIENTO DE KANT

Aylton Barbieri Durão

Universidade Estadual de Londrina / Brasil

Desde la publicación, en 1988, de “Soberanía popular como procedimiento”, incorporado después como apéndice de *Facticidad y Validez*, Habermas considera que hay un nexo entre derechos humanos y soberanía popular, puesto que los propios ciudadanos en el proceso de autolegislación evalúan la validez de las normas jurídicas según las condiciones establecidas por los discursos prácticos de la búsqueda cooperativa del entendimiento y no tienen otro remedio más que otorgarse recíprocamente derechos fundamentales de la persona humana.

Sin embargo, la historia de la filosofía política y del derecho demuestra precisamente que existe una tensión no resuelta entre derechos humanos y soberanía popular (Habermas, 1994: 124), que se manifiesta especialmente en tres momentos: a través de la disputa entre liberalismo y republicanismo en el derecho natural racional de la Modernidad, por medio del debate sobre la relación entre los derechos subjetivos y el derecho objetivo en la dogmática del derecho civil alemán del siglo XIX y principios del XX y en la polémica actual entre liberalismo y comunitarismo en Estados Unidos en torno del concepto de justicia.

El origen de la dicotomía entre derechos humanos y soberanía popular remonta al proceso de formación de la sociedad posconvencional a comienzos de la Modernidad. El derecho natural teológico vigente en la Edad Media apelaba a la autoridad de los presupuestos metafísicos de una gran religión aceptada prácticamente de modo universal y responsable simultáneamente de la legitimidad de las normas jurídicas y las decisiones políticas, pero, la modernización social fomentó la descomposición del *ethos* tradicional de la sociedad convencional y posibilitó que los sujetos pusieran en tela de juicio las costumbres, los valores y las normas de acción presentes en el mundo de la vida, lo que implicó la pluralización de formas de vida y la libertad de pensamiento y religión. Como el cristianismo se escindió en varias religiones, la fundamentación teológico-metafísica del derecho natural teológico

perdió la capacidad de conferir legitimidad a las normas jurídicas y a las decisiones políticas, puesto que ya no se podía más invocar las leyes eternas de Dios como fundamento del derecho y la política en la medida que los ciudadanos entraron en conflicto entre sí para determinar cual sería la religión verdadera. La pérdida de la fundamentación metafísico-teológica provocó inicialmente una crisis de legitimidad en el derecho y en la política, lo que explica por qué el Renacimiento empieza con la descripción desencantada de la política en *El príncipe* de Maquiavelo.

No obstante, ya a principios del siglo XVI, Grocius sustituye el derecho natural teológico por el derecho natural racional, según el cual, la razón y no la voluntad de Dios debería ser el fundamento de las normas jurídicas y de las decisiones del legislador. Para eso, desempeñó un papel significativo la teoría del contrato social, desarrollada inicialmente por los sofistas en la Grecia Antigua y recuperada en la Modernidad por los protestantes para justificar la idea de que el poder absoluto de los reyes debería ser limitado por los derechos naturales de las personas (Bobbio, 1968: 31-9). Evidentemente, con el surgimiento del capitalismo, parecía razonable suponer una antropología negativa basada en el egoísmo racional, según el que la sociabilidad no sería un fenómeno natural, sino artificial, y, por causa de su naturaleza individualista, los hombres primitivos deberían vivir aislados en un presunto estado de naturaleza, bien como fundamentar, a la vez, la sociedad civil y el estado de derecho en el contrato social (que reproduce en un nivel más amplio la figura del contrato mercantil entre sujetos privados que intercambian mercancías) entre sujetos portadores de derechos naturales en el estado de naturaleza, puesto que, por un lado, la posesión de determinados derechos es la condición para que se firme legítimamente cualquier forma de contrato y, por otro, como estos derechos son la condición para la aceptación del contrato social que instituye, por su vez, el estado de derecho, entonces, solamente pueden ser naturales, lo que conduce también la distinción entre derecho natural y positivo, así como las muchas posibilidades de relacionarlos. Consiguientemente, el derecho natural racional solo podría mostrarse a la luz de la crítica de la economía política de Marx como una ideología (Wellmer, 1996: 156).

El derecho natural racional presentó una nueva forma de legitimidad para las leyes y decisiones políticas del legislador, pero la racionalización social del mundo de la vida y la consiguiente autonomización de las esferas de valor, posibilitó el surgimiento de dos perspectivas distintas de fundamentar el derecho y la política, porque permitió a los sujetos evaluar críticamente y escindir las cuestiones relativas a las costumbres y los valores, por un lado, de las referentes a las normas de acción, por otro. Pues el sujeto pasó a elegir reflexivamente su propio proyecto existencial de vida, y

eso fomentó la pluralización de formas de vida diferenciadas por medio de distintos valores, surgiendo así una esfera ética de los valores. Pero el sujeto empezó, además, a disponer de la autonomía moral para investigar, a la luz de principios, la validez de normas de acción que pretendían ser en interés de todos por igual y no solamente de un individuo o una comunidad particular, lo que constituyó una esfera moral de carácter universalista. En la dimensión ética, el individuo busca la autorrealización (*Selbstverwirklichung*) de su proyecto de vida o, entonces, la comunidad desea la autorrealización de la propia forma de vida, mientras que en la dimensión moral el sujeto autónomo procura la autodeterminación (*Selbstbestimmung*) resultante de la aplicación de principios universalistas para obtener las normas de acción (Habermas, 1994: 124-5).

Si bien Habermas considera que no es posible una identificación rigurosa, la historia de la filosofía política y del derecho, desde el derecho natural racional, señala que el liberalismo pretende una vinculación de los “derechos humanos” a la dimensión de la “moral”, mientras que el republicanismo relaciona la “soberanía popular” con la dimensión “ética”, porque el liberalismo entiende que la persona humana es portadora de determinados derechos subjetivos que le pertenecen inalienablemente e independientemente del derecho otorgado por el legislador; por eso adquieren el carácter de derechos humanos y representan una salvaguardia en contra de las intromisiones de los otros sujetos, bien como del propio estado, mientras que el republicanismo concibe los derechos como resultado de la autolegislación emprendida por los propios ciudadanos, puesto que cualquiera que legisle en nombre del pueblo puede hacerle daño, pero el pueblo mismo no puede cometer injusticias en contra de sí mismo, no obstante promueve una reducción ética del concepto de soberanía popular en la medida que sólo considera posible el ejercicio de la ciudadanía anclado en alguna forma de identidad colectiva.

Esta tensión entre derechos humanos y soberanía popular se expresó, posteriormente, en la polémica no resuelta entre derechos subjetivos y derecho objetivo emprendida por la dogmática del derecho civil alemán. La Escuela Histórica del Derecho, cuyos principales representantes son Savigny y Puchta, inicia la discusión sobre la doctrina del derecho civil alemán en la medida que define la prioridad de los derechos subjetivos que garantizan un espacio para las libertades privadas para los sujetos sobre el derecho objetivo. Savigny sólo puede concebir la tesis idealista de la autonomía del derecho subjetivo, que goza de independencia con relación a la voluntad del legislador, pues la fundamenta en la inviolabilidad de la persona moral demostrada por Kant. Igualmente, Puchta sostiene que el dominio de la libertad individual es fuente de derechos que valen por sí mismos en la me-

didada en que respetan el dominio de una persona que existe como sujeto de derechos (Habermas, 1994: 112-3).

Como reacción a la fundamentación moral de los derechos subjetivos, el positivismo interpreta el derecho civil alemán únicamente según la dimensión de la legalidad de las leyes. Ihering concibe el derecho desde el punto de vista de la utilidad y la finalidad, lo que implica que no hay una esfera privada individual excepto si es el resultado de una intención explícita de la voluntad positiva del legislador que entiende como un fin del derecho preservar un espacio para las libertades individuales. Kelsen completa el trabajo del positivismo jurídico con su teoría pura del derecho, pues entiende todo el sistema jurídico como un conjunto de normas autorizado por la norma constitucional fundamental, que constituye una simple hipótesis (Habermas, 1994: 113-4). El derecho subjetivo, facultado por el derecho objetivo, pierde el carácter idealista, pero al precio de abandonar la discusión sobre su legitimidad.

Actualmente, la tensión entre derechos humanos y soberanía popular se manifiesta, en Estados Unidos, a través del debate entre liberalismo y comunitarismo. El liberalismo pretende fundamentar los derechos subjetivos de los individuos, en tanto que principios de justicia, en la autodeterminación moral de sujetos capaces de llegar a un consenso sobre derechos que pueden ser del interés de todos los ciudadanos por igual; mientras que el comunitarismo entrelaza la participación de los ciudadanos, o el ejercicio de la soberanía popular, con la autorrealización ética de una forma de vida que demanda la política de reconocimiento de los valores constituyentes de la propia identidad (Habermas, 1994: 129).

Esta tensión entre derechos humanos y soberanía popular, por supuesto, no se limitó al ámbito de la historia de la filosofía política y del derecho, sino que se reprodujo también en las constituciones que emergieron de la Revolución Francesa y de la Revolución Americana, las cuales, por su parte, sirvieron de paradigma para los ordenamientos jurídicos contemporáneos que intentan integrar estas dos perspectivas enfrentadas. El liberalismo defiende la primacía de los derechos humanos en tanto que derechos de los individuos, porque pertenecen a todos los hombres por el simple hecho de que son iguales en tanto que seres humanos y advierte sobre las amenazas a las libertades individuales que puede representar la política basada en la voluntad de la mayoría. Los derechos humanos tienen que ser protegidos en contra de mayorías inconsecuentes por medio de dispositivos constitucionales blindados frente al humor momentáneo de las masas y evitar la instrumentalización del poder a través de mecanismos como la representación, la división de poderes y la distinción entre ley ordinaria y constitucional. Por otro lado, el republicanismo considera que el estado debe llevar a cabo

una política de reconocimiento de los valores constituyentes de la identidad de los grupos sociales por medio de derechos colectivos que permiten la protección de las formas de vida amenazadas e insiste en una concepción no instrumental de la política, que posibilita el autoentendimiento sobre la forma de vida en que brotó la propia identidad de los involucrados.

Por eso, Frank Michelmann observa que la tradición constitucional norteamericana incorpora estas dos concepciones sobre la libertad política: el liberalismo considera que los norteamericanos son políticamente libres porque son gobernados por leyes y no por hombres, por lo tanto, a partir del imperio de la ley fundado en derechos subjetivos de los hombres; mientras que el republicanismo entiende que los norteamericanos se gobiernan colectivamente a sí mismos por medio de la voluntad soberana del pueblo que permite la autoorganización espontánea de la comunidad (Habermas, 1994: 129-30).

En la búsqueda de precursores a lo largo de la historia de la filosofía política y jurídica, que caracteriza el debate entre liberalismo y republicanismo, Kant es normalmente invocado por los liberales, mientras que los republicanos reivindican la herencia de Rousseau. Habermas, sin embargo, pretende mostrar que la tensión entre derechos humanos y soberanía popular puede disolverse mediante una comprensión adecuada de la conexión entre facticidad y validez en el ámbito del derecho, lo que implica que los derechos humanos pueden fundamentarse a partir de la propia práctica de autodeterminación de los ciudadanos a través del ejercicio de la soberanía popular, lo que genera una síntesis entre liberalismo y republicanismo. Para Habermas, ya Kant y Rousseau intentaron superar la tensión entre derechos humanos y soberanía popular por medio del concepto de autonomía, que permite relacionar razón práctica y voluntad general del pueblo. Sin embargo, tampoco Kant y Rousseau consiguieron realizar correctamente su pretensión, pues Kant privilegió la razón práctica que funda moralmente las normas jurídicas e instituye el imperio de la ley sobre la soberanía popular y desarrolló una teoría más liberal que republicana, mientras que Rousseau estrechó el concepto de soberanía popular como la autocomprensión ética de una comunidad concreta, lo que resultó en una concepción más republicana que liberal (Habermas, 1994: 130).

Al igual que Rousseau, Kant pretende fundamentar los derechos subjetivos privados de los hombres y los derechos políticos de los ciudadanos a partir del concepto de autonomía y, para ello, echa mano de tres principios que expresan, a su manera, la idea de autolegislación: el imperativo categórico, en tanto que principio moral, el principio del derecho que regula la libertad de arbitrio, y el principio de la voluntad unida del pueblo, que

justifica la forma republicana de gobierno, pero no logró aclarar inequívocamente la relación entre estos principios¹.

De acuerdo con Habermas, Kant rescata el concepto de autonomía, porque desarrolla su doctrina del derecho y del estado de derecho con la intención de contestar al intento contradictorio de Hobbes de fundamentar los derechos subjetivos a través del contrato social firmado por sujetos que actúan según el egoísmo racional. Kant entiende la filosofía política de Hobbes como la teoría del estado burgués de derecho sin democracia y no como la defensa del absolutismo irrestricto (Habermas, 1994: 118), pues el monarca está obligado a constituir un estado de derecho que respete las libertades individuales de los súbditos y a garantizar con eso un espacio para el tráfico privado de mercancías. El modelo político-jurídico hobbesiano concilia una estructura política autoritaria con el liberalismo económico en el plano de la esfera privada, pues, bajo los presupuestos de la antropología hobbesiana que concibe el hombre en conflicto real y constante en el estado de naturaleza, no parece haber otra alternativa que imponer un derecho que obligue por la coacción a los ciudadanos, dado que el sujeto es incapaz de actuar o ser movido por razones prácticas y sólo considera su propio éxito. El estado de derecho sin democracia garantiza una esfera privada en la que los súbditos pueden ejercer la libertad subjetiva de acción; por lo tanto, sólo se puede exigir del estado de derecho el cumplimiento de las condiciones necesarias para la seguridad interna y la paz externa, que permitan el desarrollo de las libertades individuales en el ámbito del mercado. Entonces, el soberano hobbesiano tiene que moverse bajo dos condiciones a la vez; por un lado, dispone del supremo poder de legislar que le fue otorgado por el pacto de sumisión civil, puesto que los súbditos renunciaron a los derechos naturales en favor del soberano, lo que implica que éste no puede cometer injusticias sobre los súbditos, pero, por otro lado, el soberano no debe legislar en contra de los derechos subjetivos de los súbditos, pues la destrucción de la seguridad interna y la paz externa de los súbditos, torna inútil el contrato social y pone en riesgo el estado civil.

Hobbes considera que la legitimidad del estado de derecho no puede conseguirse por medios democráticos en el interior del estado civil organizado, sino que debe alcanzarse de una vez por todas con el acto del contrato social que funda al estado civil (Habermas, 1994: 119); mientras que para

¹ El principio de la voluntad unida del pueblo de Kant representa una adaptación a la filosofía trascendental de la voluntad general de Rousseau. En su teoría discursiva del derecho y de la democracia, Habermas interpreta la idea rousseauiana de voluntad general por medio del principio de la democracia y, en algunas ocasiones, denomina al principio kantiano de la voluntad unida del pueblo como principio de la democracia, con la finalidad de realizar una comparación con su propia teoría discursiva. (Habermas, 1994: 118).

Rousseau y Kant, en la medida que no conciben el contrato social como un hecho histórico, la legitimidad del estado de derecho no puede resolverse de un solo golpe que simultáneamente instituya el estado civil y la sumisión al soberano, sino a través de la realización de la autolegislación de los ciudadanos, lo que garantiza la concordancia de la política con el contrato social, entendido como principio regulativo de la legislación del soberano o del pueblo unido.

Habermas observa que los ciudadanos de Hobbes deben decidir salir del estado de naturaleza y firmar el contrato social exclusivamente a partir de su propio egoísmo racional; eso les conduce a renunciar a su libertad natural en favor de uno de ellos, que asume la función de soberano. La pérdida de la libertad natural y la sumisión a un estado de derecho absolutista, pero que garantiza la seguridad y la paz, es preferible según el criterio de elección racional de los súbditos con relación a la preservación de un estado de naturaleza donde predomina el miedo resultante del conflicto permanente y la amenaza constante. Por lo tanto, los ciudadanos de Hobbes justifican el estado civil como un orden instrumental a partir de consideraciones racionales respecto a fines de todos los implicados en tanto que posibilita un sistema del egoísmo bien ordenado. Con eso desaparece la tensión interna entre facticidad y validez del derecho, haciendo innecesaria la fundamentación normativa adicional del ejercicio del poder político; por definición todas las decisiones del soberano son justas a causa de las propias condiciones del contrato, ya que la legitimidad se disuelve en legalidad (Habermas, 1994: 119).

Sin embargo, Hobbes no precisa mostrar solamente por qué los ciudadanos que se encuentran en el estado civil deben considerar este sistema de egoísmo bien ordenado basado en la coerción más adecuado para el interés del sujeto que actúa orientado por su propio éxito, sino que necesita explicar a sus lectores racionales por qué los sujetos aislados del estado de naturaleza prefieren elegir entrar en el estado civil antes de cualquier socialización, puesto que ésta sólo empieza con el propio estado civil.

Como los sujetos privados en el estado de naturaleza mantienen la misma actitud estratégica que el derecho privado atribuye a los destinatarios de las normas jurídicas, resulta evidente interpretar el contrato social según el modelo del contrato mercantil privado (Habermas, 1994: 119). No obstante, incluso el contrato mercantil privado exige que los sujetos privados sean obligados a adoptar la perspectiva de los demás, lo que sobrepasa el punto de vista del egoísmo racional. El concepto de contrato realizado por sujetos privados en el estado de naturaleza orientados racionalmente por el éxito corresponde a una negociación en condiciones equitativas entre oponentes, pero eso demanda el reconocimiento recíproco del interés del

uno por el otro. La negociación exige que el sujeto salga del punto de vista de la primera persona y observe la perspectiva de la segunda persona, pues, al fin y al cabo, una condición indispensable para que prospere es que sea realizada en beneficio mutuo de las partes (Habermas, 1994: 120). Entonces, los sujetos privados que firman el contrato privado deberían ser capaces de comprender el interés recíproco resultante de la negociación entre la primera y segunda personas. Sin embargo, la perspectiva de la reciprocidad no es todavía suficiente para justificar por qué los sujetos no socializados del estado de naturaleza deciden libre e igualitariamente firmar el contrato social. El contrato social demanda que los sujetos puedan adoptar un punto de vista genuinamente moral, porque cada sujeto tiene que tomar en consideración si el contrato puede ser del interés de todos por igual, lo que demanda el cambio de la perspectiva del yo y del tú por la del nosotros (Habermas, 1994: 120-1).

Por eso, Habermas considera que el intento de Hobbes de fundamentar la salida del estado civil por medio del egoísmo racional incurre en la contradicción pragmática típica de las teorías de la elección racional (Habermas, 1994: 121). Al contrario que Maquiavelo, que asume la posición del príncipe preocupado por la toma y mantenimiento del poder, Hobbes escribe sus obras desde el punto de vista del ciudadano. Hobbes pretende convencer a sus lectores, que ya se encuentran en el estado civil, de cómo el sujeto que elige racionalmente entre múltiples alternativas, prefiere un estado civil absolutista, aunque con la seguridad y la paz necesarias para la actividad económica privada. Sin embargo, los ciudadanos de Hobbes sólo pueden aceptar entrar en el estado civil, con el consiguiente abandono de la libertad natural, en caso de que sea posible que cada sujeto admita que esta solución es de interés de todos por igual y no exclusivamente de interés del sujeto particular. El contrato social sólo puede instituir el estado civil en caso de que sea racionalmente aceptado a la vez por todos aquellos con los que se mantiene relación, pero eso no puede realizarse por el sujeto que evalúa privadamente qué es bueno tan sólo para sí mismo independientemente de los demás, sino por la voluntad unida de todos motivada racionalmente. Sin embargo, cuando el sujeto alcanza el punto de vista del interés de todos, va más allá de la orientación por el éxito y adopta una perspectiva genuinamente moral. En consecuencia, si se acepta la tesis hobbesiana de que los sujetos eligen racionalmente su salida del estado de naturaleza, entonces los egoístas racionales tendrían que considerar respectivamente la perspectiva del nosotros precisamente porque sólo entienden la perspectiva del propio interés. La contradicción pragmática ocurre porque el propio Hobbes y sus lectores racionales se vendrían obligados a adoptar tácitamente el punto de vista moral del interés de todos exactamente porque pretenden fundamen-

tar el contrato social únicamente en la elección racional (Habermas, 1994: 121).

Además, Habermas afirma que la fundamentación de Hobbes del contrato social incurre en una segunda contradicción. Como principio de constitución del estado civil, el contrato social instauro la forma original de socialización entre los sujetos privados del estado de naturaleza en la forma de la cooperación social basada en la coerción entre egoístas racionales. Sin embargo, para firmar el contrato social los sujetos precisarían ser capaces de considerar tanto la perspectiva recíproca de la primera y la segunda personas como el punto de vista del interés de todos los implicados por igual. Entonces, los sujetos privados en el estado de naturaleza tendrían que adoptar, antes de cualquier socialización, el punto de vista del interés de los demás, lo que presupone la forma de socialización que sólo podrían desarrollar después de institucionalizada por el contrato social (Habermas, 1994: 120-1).

Según Habermas, la filosofía política y jurídica de Kant, expuesta en *Teoría y praxis*, reaccionó en contra del intento hobbesiano de fundamentar los derechos subjetivos privados en el egoísmo bien ordenado. Para ello Kant distingue el contrato social de un contrato privado. Un contrato privado se realiza con un fin particular: la compra y venta de mercancías, la adquisición de un derecho con relación a otro, etc.; pero el contrato social es un fin en sí mismo que funda la propia sociedad civil, constituyéndose en la base de todo contrato privado (Habermas, 1994: 121-2). El contrato social es un deber incondicionado de la razón práctica, hasta el punto de que se puede obligar a cualquiera con quien se mantiene contacto a entrar en la sociedad civil, pues el simple hecho de que alguien se quede en el estado de naturaleza, ya implica la ofensa a los derechos de los demás.

Al contrario que Hobbes, que entiende el contrato social como un pacto a través del cual los sujetos privados renuncian a sus derechos a favor de un soberano absoluto, Kant lo considera como una forma de socialización que posibilita la autolegislación de ciudadanos dotados de razón práctica capaces de evaluar los derechos subjetivos que sean del interés de todos por igual. Estos derechos subjetivos están fundados en la libertad que pertenece a todos los hombres tan sólo en virtud de su humanidad y garantiza una esfera de libertad de arbitrio con relación a todos los demás sujetos, expresada por Kant en el principio del derecho según el cual el libre arbitrio de cada uno debe concordar con el libre arbitrio de todos los demás de acuerdo con una ley universal de libertad. El contrato social posibilita institucionalizar los derechos privados subjetivos que el hombre posee en el estado de naturaleza provenientes del único derecho innato del hombre a la libertad a partir del cual surgen los principios *a priori* constituyentes del estado civil: la propia libertad de cada miembro de la sociedad en cuanto hombre, la igualdad

de todos los súbditos entre sí y la independencia del ciudadano con relación a los otros miembros de la comunidad. Por consiguiente, el contrato social conecta la soberanía popular expresada en la idea de autolegislación con los derechos humanos fundados moralmente en la libertad, el principio de la voluntad unida del pueblo con el principio del derecho. Sin embargo, los derechos humanos no resultan del procedimiento democrático ejercido en común por los ciudadanos, sino que anteceden a la soberanía popular, puesto que se originan de la libertad de arbitrio de los hombres proveniente de la autonomía moral: “bajo este punto de vista, el contrato social sirve para la institucionalización del único derecho “innato”, es decir, el derecho innato a iguales libertades subjetivas de acción. Kant entiende que este derecho original del hombre está fundado en la voluntad autónoma de los sujetos en tanto que personas morales que poseen de antemano la perspectiva social de una razón que examina normas, perspectiva a partir de la cual se puede fundar moralmente, y no solamente por razones de prudencia, la salida del estado de naturaleza” (Habermas, 1994: 122).

Desde *Historia y crítica de la opinión pública*, Habermas considera que Kant realizó una fundamentación moral de la política y del derecho mediada por el principio de publicidad. En su comentario sobre la formación de la opinión pública, Habermas analiza el opúsculo de Kant *Respuesta a la pregunta: ¿qué es la Ilustración?* El concepto kantiano de publicidad representa la madurez de la idea de opinión pública burguesa en una época en la que el término aún no se había adoptado en la lengua alemana (Habermas, 1995: 178). Posteriormente, en el apéndice al proyecto de paz perpetua, Kant reafirma la idea de que la opinión pública sirve para racionalizar la política en nombre de la moral al decir que la verdadera política no puede dar ningún paso sin antes rendir homenaje a la moral. Habermas entiende que Kant presenta dos versiones sobre la relación entre derecho, política y moral. En la versión oficial, admitida por el propio Kant, la filosofía de la historia explica el mecanismo automático mediante el cual ocurre un progresivo aumento de la legalidad en las relaciones sociales, que permite a la humanidad acercarse a la *res publica noumenon*; pues, incluso un pueblo de demonios, en contra de sus deseos más íntimos, en tanto que sean racionales, se ven obligados por el conflicto expresado en la insociable sociabilidad a aceptar los principios del estado de derecho. Eso no resulta en un aumento inmediato de la moralidad, pero genera las condiciones procedimentales para que los sujetos se acostumbren a la legalidad, que se convierte en moralidad a medida que constituyan su estructura de personalidad y pasen a ser cumplidas por deber. Habermas considera que la explicación kantiana refleja la ideología liberal presente en el slogan de Mandeville: vicios privados, beneficios públicos (Habermas, 1995: 186). Es decir, los sujetos privados en disputa entre sí

acaban por cumplir los designios de la Providencia, a ejemplo de la ficción liberal de que la justicia puede surgir a partir del libre intercambio de mercancías. La otra versión surge por la puerta trasera, pues la moralidad no puede resultar tan solo del conflicto entre los intereses privados, dado que alguna moralidad tiene que ser introducida ya en una opinión pública liberal para que ésta pueda contribuir a la realización del proyecto de la Ilustración (Habermas, 1995: 192-3).

En *Facticidad y validez*, Habermas mantiene la idea de que la moral ofrece las bases del pensamiento político y jurídico de Kant. La ética kantiana empieza con el concepto de autonomía del sujeto como autodeterminación para actuar según la ley moral deducida a través del imperativo categórico, que es presupuesta por la filosofía política y jurídica. Algunos comentaristas llegan a considerar que el *Emilio* de Rousseau, con su idea liberal de educación basada en la autonomía del sujeto, ejerció mucha más influencia sobre Kant que el contrato social y la autonomía de los ciudadanos que son libres en la medida en que se someten a leyes de su propia autoría (Rubio Carracedo, 1989: 349-50). Entonces, la autonomía de la persona moral sirve de fundamento a la autonomía política y jurídica, despreciando el papel de la autonomía resultante de la voluntad general que se subordina a la primera.

Para Habermas, Kant desarrolla su filosofía política y jurídica a partir de la voluntad autónoma de los sujetos en tanto que personas morales que disponen de una razón práctica examinadora de normas (Habermas, 1994: 122). Con base en la aplicación del imperativo categórico, como principio moral, a las relaciones externas, se obtiene el principio general del derecho, que afirma ser conforme al derecho una acción según la cual el libre arbitrio de cada uno debe concordar con el libre arbitrio de todos los demás de acuerdo con una ley universal de libertad. Como el principio del derecho sólo se refiere a las relaciones externas, se despacha la autonomía de los ciudadanos y se toma en consideración exclusivamente la relación entre los arbitrios libres de los sujetos. Entonces, el principio general del derecho funciona como principio para coordinar las iguales libertades subjetivas de personas que pueden ejercer coerción unas sobre las otras. De acuerdo con la interpretación de Habermas el principio del derecho es la versión kantiana del principio liberal que afirma que la libertad de uno debe limitar la libertad de otro. Además, Habermas identifica el principio general del derecho con el derecho original del hombre a la libertad que pertenece a todos los hombres en virtud únicamente de su humanidad. Por consiguiente, el derecho a iguales libertades subjetivas aparece como un derecho innato del hombre que sirve para conciliar la libertad interior de uno con la libertad interior de los otros, o “lo mío y tuyo internos”. Sin embargo, los sujetos disponen también de la libertad exterior de usar los objetos externos de su arbitrio; por

lo tanto, la conciliación entre las libertades de arbitrio es mediatizada por estos objetos externos. En tal caso, el derecho original a iguales libertades subjetivas de acción permite la concordancia entre la libertad externa de uno en el uso de objetos externos de su arbitrio con la libertad externa de todos los demás, o “lo mío y tuyo exteriores”: ‘ese derecho original regula lo “mío y tuyo internos”; al aplicarlo a lo “mío y tuyo externos” se deducen los derechos subjetivos privados...’ (Habermas, 1994: 130).

Los derechos subjetivos privados no resultan de la conciliación de la libertad interna, sino de la libertad externa de permitir a uno usar los objetos externos de su arbitrio con la anuencia del arbitrio de los demás. Pero los derechos relativos a lo “mío y tuyo exteriores” se refieren al uso de objetos externos del arbitrio, lo que significa que son derechos de propiedad privada y, por lo tanto, todos los derechos subjetivos privados deducidos por Kant a partir de la libertad exterior son derechos de propiedad privada.

Sin embargo, eso muestra que Habermas reconoce una diferencia entre la fundamentación de la propiedad privada en Locke y en Kant. Para Locke el sujeto tiene la propiedad de su propia persona; a partir de la propiedad de sí mismo, del trabajo de su cuerpo y de sus manos puede transformar los objetos a su disposición en la naturaleza e imponer sobre ellos su marca; eso implica que los objetos dejan de pertenecer en común a todos, pues si alguien se apropia del objeto, estará apoderándose de algo que es exclusivamente suyo: su trabajo (Locke, 1965: 328-9). Según Habermas, Kant deduce los derechos de propiedad, que son todos los derechos subjetivos privados, a partir del principio del derecho que faculta a todos iguales libertades subjetivas privadas; sólo que en este caso las libertades subjetivas privadas se refieren a la libertad externa, o libertad para usar los objetos externos del arbitrio. Entonces, los derechos de propiedad son fundamentados en el principio de iguales libertades subjetivas en su uso externo.

Conforme a la interpretación de Habermas, Kant inicia la teoría del derecho por la aplicación del principio moral a las relaciones externas, de las que extrae el principio de iguales libertades subjetivas de acción como un derecho innato de los sujetos a la libertad, entendida como libre arbitrio, a partir del cual deduce los derechos subjetivos privados, independientemente de la voluntad del soberano y de las instituciones del estado civil. Los derechos subjetivos privados pueden ser obtenidos del único derecho innato de hombre, la libertad, y, por lo tanto, ya rigen en el estado de naturaleza, anteriormente a la voluntad del legislador, como un derecho natural o moral, al cual sólo falta añadir la coacción por medio del derecho positivo. La soberanía popular puede simplemente positivizar o institucionalizar los derechos naturales de los sujetos, al no estar en condiciones de legislar en contra de ellos. Éste sería un rasgo liberal en el pensamiento de Kant, porque limita

el papel de la ciudadanía y de la soberanía popular, que tienen que aceptar los derechos subjetivos privados. Kant, sin embargo, no consideró este hecho como una limitación de la soberanía popular porque simplemente no contempló la posibilidad de que el pueblo unido pudiera poner en duda los derechos subjetivos de los individuos (Habermas, 1994: 131).

También Rousseau intentó realizar una síntesis entre liberalismo y republicanismo, entre los derechos del *bourgeois* y del *citoyen*, porque pensaba que los ciudadanos tenían que legislar mediante leyes generales y abstractas, las cuales expresan el derecho a iguales libertades subjetivas de acción que Kant considera como derechos del hombre, fundamentados moralmente, y que preceden a la formación de la voluntad política. Rousseau consideró que la voluntad general de los ciudadanos resultaba del procedimiento democrático de legislación que garantizaba a todos iguales libertades subjetivas de acción y excluía todos los intereses no susceptibles de universalización. Por lo tanto, Rousseau podría obtener los derechos subjetivos privados, que para Kant eran deducidos del único derecho original del hombre, a partir de la propia soberanía popular entendida procedimentalmente (Habermas, 1994: 131).

Sin embargo, Rousseau realiza una reducción ética del concepto de soberanía popular porque parte de la posición republicana “fuerte” de que la voluntad general está inevitablemente ligada a una comunidad integrada por costumbres y tradiciones compartidas en común, pues su modelo de soberanía dependía de ciudadanos virtuosos capaces de desprenderse de sus intereses privados en favor de la voluntad general, lo que implicaba la necesidad de una eticidad homogénea que garantizaba las condiciones cognitivas y motivacionales para el ejercicio de la ciudadanía. La soberanía popular exige la concordancia entre las voluntades particulares y la voluntad general, lo que supone que el civismo se ha convertido en una forma de vida, en la que las leyes aprobadas por los ciudadanos reunidos se solapan con las costumbres. Eso es posible en ciudades-estado pequeñas, como su patria, Ginebra, pero a medida que aumenta la población disminuye la posibilidad de participación real, así como la fuerza de convicción resultante del civismo de los ciudadanos, lo que hace cada vez más necesaria la coerción. La consecuencia inevitable del modelo republicano rousseauiano es la represión de las libertades individuales en nombre de la voluntad general, como no se cansan de denunciar sus críticos liberales (Habermas, 1994: 132).

A pesar de definir que cualquiera que legisle en nombre del pueblo puede cometer injusticias en su contra, pero que el pueblo mismo, legislando a partir de la voluntad general, es el único que no puede cometer injusticias en contra del propio pueblo, lo que implica que los ciudadanos en el proceso de autolegislación no tendrían otra alternativa que aprobar los derechos huma-

nos de los individuos, Rousseau no fue enteramente coherente con la idea de que el nexo interno entre soberanía popular y derechos humanos debe surgir a través de la propia autolegislación emprendida por los ciudadanos. Eso porque entiende que los derechos humanos que protegen las libertades individuales están suficientemente garantizados por la forma semántica de las leyes (Habermas, 1994: 133), pues las leyes que los ciudadanos reunidos reconocen para sí mismos deben ser generales y abstractas en la medida que no deben discriminar a nadie ni especificar condiciones contextuales, sexuales, raciales, culturales, etc.; en suma, deben considerar a todos como iguales ante de la ley; por eso salvaguardan la autonomía de las personas y sus libertades individuales. Sin embargo, la gramática de la ley no garantiza ni el cumplimiento de la promesa de igualdad de tratamiento, ni la protección de las libertades individuales. Como recuerda la discusión en torno a la igualdad formal y material introducidas por el estado de bienestar, leyes expresadas de forma general y abstracta no consiguen hacer efectiva una auténtica igualdad de tratamiento, pues la simple igualdad ante la ley puede convivir perfectamente con enormes desigualdades en el mundo real, al igual que, sin las condiciones materiales adecuadas, ya sean económicas, sociales o ecológicas, los sujetos ni siquiera pueden disfrutar del acceso al derecho. El propio Rousseau cuando pensaba en la igualdad no tenía en mente tan sólo la igualdad legal, sino también la igualdad material. Además, la simple forma semántica de la ley tampoco puede asegurar la protección de los intereses privados de los individuos y de las libertades subjetivas de acción, los cuales son totalmente absorbidos por la voluntad general en pequeñas repúblicas en que el pueblo puede disfrutar de una identidad de costumbres que posibilitan el ejercicio del civismo, como se denuncia en la clásica fórmula según la cual se puede obligar al sujeto a ser libre, y menos aún en los grandes estados donde se echa en falta la eticidad republicana, la cual tiene que ser compensada por el aumento de la represión de las leyes. Rousseau pretendió ofrecer un modelo político en el cual las libertades individuales nacen del seno de la soberanía popular, pero su concepción permanece más republicana que liberal, porque, a pesar de concebir que los ciudadanos democráticamente reunidos no tendrían otro remedio que aprobar los derechos humanos de los individuos, considera que las leyes expuestas en forma general y abstracta garantizan la igualdad y libertad de los sujetos, aunque la propia voluntad general suprime los intereses privados y las libertades subjetivas sofocados por una soberanía popular anclada en un pueblo concreto cuyo civismo depende de una homogeneidad de costumbres, por un lado, o por el incremento de la represión cuando no existen las bases para este civismo, por otro. Sin embargo, Habermas observa que solamente las condiciones pragmáticas de la autolegislación pueden cumplir

simultáneamente la exigencia de la igualdad de tratamiento y justificar los derechos fundamentales.

Habermas presenta dos razones que explican por qué Kant permaneció más liberal que republicano, a pesar de disponer de los elementos para emprender una verdadera síntesis y tener la intención de realizarla. Todas esas razones provienen de la fundamentación moral del derecho y de la política. En primer lugar, Habermas señala la forma gradual según la cual Kant desarrolla su filosofía política y jurídica en *La metafísica de las costumbres*, progresando de la moral al derecho (Habermas, 1994: 131), lo que explica por qué los derechos privados deducidos a partir del principio del derecho preceden al derecho público resultante de la voluntad unida del pueblo. En segundo lugar, afirma que tanto Kant como Rousseau sostienen una no confesada relación de competencia entre derechos humanos y soberanía popular por causa de los presupuestos de la filosofía de la conciencia que sobrevive en su filosofía política y jurídica, procedente de una visión del concepto de autonomía reducida por la filosofía del sujeto (Habermas, 1994: 123).

La metafísica de las costumbres de Kant se divide en dos partes, “Los principios metafísicos de la doctrina del derecho” y “Los principios metafísicos de la doctrina de la virtud”. “La doctrina del derecho”, a su vez, también se divide en dos partes: “El derecho privado” y “El derecho público”. Esas dos partes son precedidas de una “Introducción a la metafísica de las costumbres” y de una “Introducción a la doctrina del derecho”. La primera introducción se refiere a toda la obra y la segunda específicamente al estudio sobre el derecho. En la “Introducción a la doctrina del derecho” Kant formula en el párrafo C, luego de una discusión sobre el significado de la doctrina del derecho y del propio derecho, el principio universal del derecho (Kant, 1922: 31-2). El principio del derecho es deducido del único derecho innato del hombre a la libertad a través de una triple reducción de la autonomía moral sin referencia alguna a la soberanía popular. El principio del derecho es condición suficiente para desarrollar la doctrina del derecho privado, donde obtiene los derechos subjetivos fundamentales que ya se poseen en el estado de naturaleza con anterioridad al estado civil, los cuales corresponden al derecho de propiedad privada. Por lo tanto, esos derechos subjetivos privados tienen el sentido de derechos humanos cuya validez es independiente del contrato social y del estado civil. Solamente en la parte final del libro presenta el derecho público, compuesto por el derecho político, que establece los principios jurídicos de la constitución republicana, y las dos formas de derecho internacional, el derecho de gentes y el cosmopolita, a partir de la voluntad unida del pueblo (como denomina a la voluntad general de Rousseau). Esa estructura de la doctrina jurídica de Kant permite a Habermas concluir que los derechos privados están fundamentados a partir

de la autonomía moral del sujeto en el estado de naturaleza y tienen que ser institucionalizados por la voluntad unida del pueblo con el advenimiento del estado civil. Es verdad que Kant disponía del instrumento del contrato social y del concepto rousseauiano de soberanía popular, pero devalúa su papel en la constitución del derecho porque entiende sencillamente que el estado civil y la voluntad unida del pueblo, cuando surgen, ya encuentran un derecho natural deducido del principio del derecho al cual no pueden ofrecer más que la coacción legal. Kant poseía los elementos dados por Rousseau para establecer una auténtica conexión entre derechos humanos y soberanía popular, pero permanece más cercano a Locke, defendiendo la juridicidad del estado de naturaleza y de los derechos privados fundados en la autonomía moral.

Según Habermas la conexión interna entre derechos humanos y soberanía popular sólo puede ocurrir en el caso de que los derechos humanos no se impongan externamente al legislador positivo y tampoco dependan totalmente de su arbitrio (Habermas, 1994: 134), pues los derechos humanos tienen como característica principal representar derechos subjetivos fundamentales que garantizan al sujeto una esfera de libertad privada de acción protegida contra las intromisiones del poder político, pero, en tanto que derechos subjetivos tienen que ser institucionalizados en el ordenamiento jurídico por el legislador positivo como cualquier otro derecho. La teoría discursiva pretende explicar cómo los derechos humanos surgen de la voluntad del legislador democrático y, aún así, salvaguardan el momento de incondicionalidad, pues, mediante los discursos racionales, los propios ciudadanos participan en el proceso de elaboración de las normas como autores del derecho al que se someten, posteriormente, como destinatarios (Habermas, 1994: 135) y deducen derechos humanos fundamentales que son de interés simétrico de todos los sujetos, de acuerdo con la intuición republicana de que solamente los propios ciudadanos no pueden hacerse daño a sí mismos. Los derechos humanos son deducidos para una comunidad jurídica particular, pero como protegen libertades fundamentales del sujeto parecen presentar un sentido universalista que debe ser protegido incluso contra los propios gobiernos autoritarios.

Rousseau y Kant pensaron el concepto de autonomía de tal forma que derechos humanos y soberanía popular se interpretasen mutuamente, en la medida en que razón práctica y voluntad soberana del pueblo se conectan mutuamente en la idea de autolegislación, puesto que si el pueblo es el único que al legislar no puede cometer injusticias en contra de sí mismo, entonces, no tienen otro remedio que aprobar, mediante la formación de un consenso racionalmente motivado, los derechos humanos de los individuos (Habermas, 1994: 130). Pero la influencia de la filosofía de la conciencia

impidió que tanto Kant como Rousseau entendieran adecuadamente esta conexión entre derechos humanos y soberanía popular presente en la idea de autolegislación.

Rousseau desarrolló la idea de autolegislación como autonomía política de los ciudadanos que deliberan libre e igualitariamente sobre las leyes a que se deben someter, pero no superó la filosofía de la conciencia, pues realiza una reducción ética del concepto de autonomía al introducir el pueblo capaz de formar la voluntad general en torno a valores compartidos en común en tanto que sujeto desde el cual se emprende la evaluación de la legitimidad de las reglas de la política y del derecho. La voluntad general se distingue de la voluntad de todos que surge empíricamente de la decisión de la mayoría, porque la voluntad general debe obtenerse a partir de una averiguación que pone en tela de juicio la opinión de la mayoría, puesto que ésta puede simplemente ser el resultado del autoengaño o de la manipulación; pero aún así, la voluntad general es la expresión auténtica de un pueblo concreto que entiende qué es bueno para sí.

La voluntad general rousseauiana se constituye a partir de un sujeto, si bien no es el sujeto aislado de la filosofía trascendental, sino el sujeto a gran escala del pueblo como un todo. Para Rousseau, la autonomía no es la autonomía del sujeto trascendental kantiano, fuertemente solipsista, sino la autonomía política resultante del ejercicio de la soberanía popular; pero al incorporar la voluntad general en un pueblo concreto impone a la soberanía popular un subjetivismo lleno de la filosofía de la conciencia que no le permite tampoco comprender la verdadera conexión entre derechos humanos y soberanía popular, pues el reconocimiento de una forma particular de vida buena implica la reducción del contenido de los derechos humanos. La presencia de la filosofía de la conciencia en Rousseau supone transferir a un sujeto concreto, el pueblo con una forma de vida ética, la capacidad para la legislación y resulta en menoscabo de la libertad individual, de los intereses privados y de los derechos igualitarios que protegen a los hombres (Habermas, 1994: 132).

Los derechos humanos incorporan la pretensión normativa de que son del interés simétrico de todos los seres humanos. Con su concepción de soberanía popular vinculada al uso de la razón práctica examinadora de las normas, Rousseau pretendía dar cuenta de esta intuición (Habermas, 1994: 132-3), pero el estrechamiento ético de su filosofía política y jurídica acaba por reducir el sentido de igualdad y universalidad de los derechos humanos exclusivamente al contenido lógico-semántico de las leyes, pues los derechos humanos son formulados como leyes generales y abstractas que son, por lo tanto, iguales para todos. Por supuesto, la estructura formal de las leyes no consigue explicar por qué pueden ser en interés simétrico de

todos los seres humanos, pues este sentido de igualdad sólo puede resultar pragmáticamente de la autolegislación de los ciudadanos que libre e igualitariamente juzgan la validez de las normas de acción a partir de razones (Habermas, 1994: 133).

Como Rousseau, Kant pretende vincular la soberanía popular a la razón práctica, pues los ciudadanos deben usar la razón práctica para juzgar la validez de las máximas de acción tanto privadamente como a través de la publicidad facultada por la libertad de expresión; pero, al contrario que Rousseau, que concibe la soberanía popular asentada en un pueblo concreto y reduce el papel de la razón práctica a la evaluación ético-política de los valores particulares de una forma de vida específica, Kant valora más la razón práctica en detrimento de la soberanía popular e investiga la validez de máximas de acción que pueden ser universalizadas mediante el imperativo categórico.

El privilegio de la razón práctica sobre la soberanía popular tiene dos consecuencias para la filosofía política y jurídica kantianas: por un lado, los derechos humanos son vistos como de interés simétrico de todos los seres humanos, porque resultan del procedimiento de universalización del imperativo categórico, lo que evita el reduccionismo ético-político de Rousseau, y, por otro lado, los derechos humanos aparecen dotados del sentido liberal del imperio de las leyes, protegidos frente a la voluntad arbitraria del poder político del legislador. Por eso, tampoco Kant consiguió realizar una auténtica síntesis entre derechos humanos y soberanía popular. A causa de la filosofía de la conciencia, concibe el sujeto de derecho como el sujeto trascendental monológico que aplica privadamente el imperativo categórico y que dispone de una autonomía moral anterior a la soberanía popular. La autonomía moral del sujeto trascendental precede a la autonomía política de los ciudadanos y, por eso, el contrato social puede simplemente institucionalizar, pero jamás rehusar, los derechos naturales provenientes del único derecho innato a la libertad (Habermas, 1994: 133-4). Por lo tanto, tanto Kant como Rousseau tuvieron la intención de emprender una síntesis entre liberalismo y republicanismo, pero no consiguieron desprenderse de los presupuestos de la filosofía de la conciencia y terminaron por sostener una relación de competencia no confesada entre derechos humanos y soberanía popular, entre razón práctica y voluntad del pueblo. El carácter más liberal que republicano de Kant surge en función del predominio de la razón práctica que otorga a los derechos humanos un carácter de universalidad e incondicionalidad sobre la autolegislación democrática de la comunidad jurídica concreta; mientras que el carácter más republicano que liberal de Rousseau proviene de la restricción ética de la idea de autolegislación al pueblo que

solamente puede desempeñar una virtud ciudadana porque comparte una identidad de costumbres.

Bibliografía

- BAYNES, Kenneth (1992): *The normative grounds of social criticism. Kant, Rawls and Habermas*. Albany, SUNY.
- (1995): “Democracy and the *Rechtsstaats*: Habermas’s *Faktizität und Geltung*”, en S. WHITE, *Cambridge Companion to Habermas*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, pp. 201-32.
- BOBBIO, Norberto (1965): *Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant*. Torino, Giappichelli.
- BOHMAN, James (1994): “Complexity, pluralism, and the constitutional state: On Habermas’s *Faktizität und Geltung*”. *Law and Society Review*, 28, 4, pp. 897-930.
- COLOMER MARTÍN-CALERO, José Luis (1995): *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*. Madrid, CEC.
- DELBOS, Victor (1969): *La philosophie pratique de Kant*. París, PUF.
- HABERMAS, Jürgen (1994): *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag.
- (1995): *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag.
- (1997): *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag.
- JIMÉNEZ REDONDO, Manuel (1998): “Introducción”, en J. HABERMAS, *Facticidad y validez*. Traducción de M. Jimenez Redondo. Madrid, Trotta, pp. 9-55.
- KANT, Immanuel (1922): *Immanuel Kants Werke*. Dirección de Ernest Cassirer, Berlin, Bruno Cassirer, 11 v.
- LOCKE, John (1968): *Two Treatises of Government*. New York y Scarborough, A Mentor Book.
- PHILONENKO, Alexis (1976): *Théorie et praxis dans la pensée morale et politique de Kant et de Fichte en 1793*. París, J. Vrin.
- RODRÍGUEZ ARAMAYO, Roberto (1992): *Crítica de la razón ucrónica*. Madrid, Tecnos.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques (1959-69): *Oeuvres complètes*. Dirección de B. Gagnebin y M. Raymond. París, Gallimard. 4v.
- RUBIO CARRACEDO, José (1989): “Rousseau en Kant”, en J. Muguerza y R. Rodríguez Aramayo (eds.), *Kant después de Kant*. Madrid, Tecnos, pp. 349-68.
- WELLMER, Albrecht (1996): *Finales de Partida*. Traducción e introducción de M. Jiménez Redondo, Madrid, Cátedra.
- REHG, William (1996): “Translator’s introduction”, en J. Habermas, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Traducción de William Rehg. Cambridge, Mass, MIT, pp. IX-XXXVII.

VALLESPÍN, Fernando (1998): "Introducción", en: J. HABERMAS y J. RAWLS
Debate sobre el liberalismo político. Traducción G. Vilar Roca, Introducción
F. Vallespín. Barcelona, Piados, pp. 9-37.

VLACHOS, Georges (1962): *La pensée politique de Kant*. París, PUF.



MICHEL FOUCAULT Y EL PROBLEMA DEL GÉNERO

Ángel Pelayo González-Torre y Oscar Moro Abadía
Universidad de Cantabria

“Sueño con el intelectual destructor de evidencias y de universalismos, el que señala e indica en las inercias y en las sujeciones del presente los puntos débiles, las aperturas, las líneas de fuerza, el que se desplaza incesantemente y no sabe a ciencia cierta dónde estará ni que pensará mañana, pues tiene centrada toda su atención en el presente.”

Michel Foucault, 1977¹

1. Introducción

Quizá Michel Foucault (1926-1984) fue la mejor encarnación de su sueño. Movidado por la *actualidad*, eso que Nietzsche llamaba *lo intempestivo*, Foucault pertenece a ese tipo de pensadores que más que edificar, cavan. Como un arqueólogo excava sobre el suelo de nuestro pensamiento, sacude su elemento más familiar, accede a los cimientos de nuestro paisaje. Desde su *actualidad*, Foucault despliega su *mirada genealógica* hacia aquellos elementos que pensábamos universales, evidentes, naturales.

Como el propio filósofo cuenta, allá por la década de los setenta esa mirada se dirigió hacia la *sexualidad*: “Quería detenerme delante de esta noción, tan cotidiana, de sexualidad: tomar perspectiva con respecto a ella, experimentar su evidencia familiar, analizar el contexto teórico y práctico en el que apareció y al que todavía está asociada.”² “Sexo” y “sexualidad”, ¿Qué significan esos conceptos tan intensos, sobrecargados, candentes? Para tratar de dar respuesta a ésta y a otras cuestiones que recorren su obra

¹ FOUCAULT, M.; “No al sexo rey. Entrevista por Bernard Henry-Lévy”, en *Michel Foucault: Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Madrid, Alianza Editorial, 1988 (original: 1977), pp. 163-164.

² FOUCAULT, M.; “Preface to the *History of Sexuality*”, en *Michel Foucault. Dits et écrits II, 1976-1988*, París, Gallimard, 2001 (original 1984), p. 1397

(poder, saber, formas de subjetivación), Foucault trabajó durante los últimos diez años de su vida. Fruto de ese esfuerzo, dejó algunos libros (los tres volúmenes de la *Historia de la sexualidad*) y una serie de materiales dispersos³ que levantaron una gran polvareda en el paisaje de la sexualidad contemporánea. Basta con repasar la abundante bibliografía al respecto para darse cuenta del impacto que el filósofo ejerció, y sigue ejerciendo, sobre ese cajón de sastre que los anglosajones denominan *Gender Studies*. Ya sea para canonizarle o para criticarle con dureza, lo cierto es que alguna de las principales corrientes que han recorrido el feminismo, la *Queer Theory* o el movimiento de *gays* y lesbianas durante los últimos años han convertido a Foucault en una referencia fundamental.

El bullicio ha sido tal que creemos ha llegado la hora del balance. Consideramos que existen dos posibilidades para llevar a cabo esta tarea: Proceder a un análisis temático que permita comprender la influencia del filósofo francés sobre cada uno de los campos que componen los *Gender Studies*, o examinar la referencia a la que remiten dichos análisis, es decir, *volver* sobre el trabajo de Foucault. La primera de estas dos opciones ha rastreado el impacto de la filosofía foucaultiana sobre la sexualidad contemporánea tratando de responder a una serie de preguntas fundamentales: ¿Por qué un filósofo cuyo “compromiso con el feminismo fue mínimo”⁴ influyó tanto sobre pensadoras feministas de la talla de Judith Butler, Jana Sawicki o Susan Bordo? ¿Por qué Foucault “se convirtió en el icono de la *Queer Theory*”⁵? ¿Por qué un pensador tan reticente a definir su sexualidad acabó por convertirse en un santo *gay*⁶? Esta *ligne de recherche* ha aportado excelentes resultados (particularmente en el caso del feminismo)⁷ y poco podríamos aportar nosotros al respecto.

³ Recopilados en su mayor parte por Daniel Defert y de François Ewald: FOUCAULT, M.; *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 2001.

⁴ SOPE, K.; “Productive contradictions” en C. Ramazanoglu (ed.); *Up Against Foucault. Explorations of some tensions between Foucault and feminism*, London and New York, Routledge, 1993, p. 29.

⁵ MACEY, D.; *The Penguin Dictionary of Critical Theory*, London, Penguin Books, 2001, p. 135.

⁶ HALPERLIN, D.; *Saint Foucault. Towards a Gay Hagiography*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

⁷ Es obligado mencionar al heterogéneo grupo de pensadoras feministas (Frazer, Butler, Ramazanoglu, Sawicki, Bell, etc.) que han trabajado sobre Michel Foucault, mostrando tanto sus contradicciones (especialmente su incapacidad para escapar de un horizonte de pensamiento androcéntrico) como las posibilidades de aplicación de su filosofía a estudios concretos (como hizo Susan Bordo en el caso de la anorexia nerviosa). Dado que es imposible resumir tan magna aportación, nos limitamos a sugerir al lector una bibliografía básica al respecto:

Quizá por ello hemos apostado por la segunda posibilidad: Retomar la referencia original y proponer un trabajo de síntesis que permita presentar al lector los elementos claves del análisis foucaultiano sobre una *sexualidad* definida como una experiencia compleja donde se anudan un campo de conocimiento, un conjunto de reglas y un modo de relación consigo mismo. Este será, por tanto, el objetivo de este artículo.

2. ¿Por qué la *sexualidad*?

Nuestra primera tarea será determinar las causas que llevaron a Foucault a interesarse por la *sexualidad*. Tal y como han señalado sus biógrafos,⁸ para comprender la dimensión de su trabajo será necesario considerar tanto su sexualidad como su afición por ciertas prácticas sexuales (el sadomasoquismo). Sin embargo, es necesario escapar de la disyuntiva que plantean quienes consideran que la filosofía de Foucault debe ser analizada sin hacer referencia a su biografía y quienes, como escribe Eribon a propósito de la biografía de Miller, pretenden “explicar toda la obra de Foucault a partir del sadomasoquismo”.⁹ Frente a dicha dicotomía reductora, preferimos partir de la idea heideggeriana que supone que la filosofía no nace del pensamiento, sino que brota del *estado de ánimo*, entendido como un vínculo entre el propio pensamiento y la vida. En el origen de la filosofía está la angustia, la felicidad, la duda. En este sentido, el interés de Foucault por la sexualidad parece derivarse más bien de su comprensión de la misma como un espacio privilegiado donde se anudan muchas de sus preocupaciones vitales y filosóficas.

En primer lugar, la sexualidad es el lugar donde algunas de sus inquietudes personales se plantean con más claridad. Dos de esas preocupaciones destacan sobre el resto: la identidad y el placer. Para Foucault, el problema de la *identidad* fue siempre fundamental: “Más de uno, como yo sin duda, escribe para perder el rostro. No me pregunten quien soy y no me pidan que permanezca invariable.”¹⁰ La interpretación de la *identidad* como forma de

DIAMOND, I. & QUINBY, L. (eds.); *Feminism and Foucault: Reflections on Resistance*, Boston, Northeastern University Press, 1988. ; SAWICKI, J.; *Disciplining Foucault. Feminism, power and the body*, London & New York, Routledge, 1991. RAMAZANOGLU, C. (ed.); *Up Against Foucault. Explorations of some tensions between Foucault and feminism*, London and New York, Routledge, 1993. BELL, V.; *Interrogating incest. Feminism, Foucault and the Law*, London and New York, Routledge, 1993.; HEKMAN, S. J. (ed.); *Feminist interpretations of Michel Foucault*, Pennsylvania, The Pennsylvania State University Press, 1996.

⁸ ERIBON, D.; *Michel Foucault (1926-1984)*, Paris, Flammarion, 1989. MACEY, D.; *The lives of Michel Foucault*, New York, Vintage Books, 1993. MILLER, J.; *The passion of Michel Foucault*, Glasgow, Harper Collins, 1993.

⁹ ERIBON, D.; *op. cit.* 1989, p. 40.

¹⁰ FOUCAULT, M.; *La arqueología del saber*, Madrid, S.XXI, 1990 (original 1969), p. 29.

opresión está sin duda relacionada con el rechazo que llevaba a Foucault a enfurecerse cuando alguien le *definía* como estructuralista, o a exaltar las delicias del exilio, “ese placer de estar de sobra, tan indiferente como una cosa.”¹¹ Lo esencial, sin embargo, es la *liaison* que Foucault establece entre la cuestión de la identidad y la sexualidad tal y como esta es definida en la sociedad contemporánea. En dicha sociedad, que en otras ocasiones denomina *disciplinaria*, “se exige una correspondencia rigurosa entre el sexo anatómico, el sexo jurídico, el sexo social: esos sexos tienen que coincidir y nos colocan en una de las dos columnas de la sociedad.”¹² En la civilización moderna se da a cada uno su identidad sexual primera, profunda y determinante. A Foucault esas exigencias debieron resultarle insoportables. Frente a la búsqueda de la identidad, prefirió siempre lo que Deleuze llamaba *despersonalización*: “El nombre propio no designa un individuo: al contrario, un individuo sólo adquiere su verdadero nombre propio cuando se abre a las multiplicidades que lo atraviesan totalmente, tras el más severo ejercicio de despersonalización.”¹³

La sexualidad es también el lugar donde se plantea la cuestión del placer. Como veremos más adelante, para Foucault la búsqueda del placer fue algo prioritario a lo largo de su vida: “Tengo dificultades para experimentar la experiencia del placer. El placer me parece una conducta muy difícil [...] Y tengo que reconocer que es mi sueño. Quisiera y espero morir de una sobredosis de placer del tipo que sea, porque [...] he tenido siempre la impresión de no experimentar el verdadero placer, el placer completo y total; y este placer, para mí, está ligado a la muerte”¹⁴. Sin embargo, esa búsqueda¹⁵ chocó con el *erotismo disciplinario* propio de nuestra sociedad. Según Foucault, desde hace dos siglos Occidente ha establecido una relación entre poder, verdad y placer (la *scientia sexualis*) donde lo que importa es menos el placer que el deseo y donde el goce sexual está relacionado con la enunciación de la verdad. En definitiva, nuestra sociedad ha formulado una *sexualidad* de la que Foucault propondrá liberarse a través de una multiplicación de los placeres: “Hay que inventar con el cuerpo, con sus elementos, sus su-

¹¹ ERIBON, D.; *Reflexiones sobre la cuestión gay*, Barcelona, Anagrama, 2001, p. 349.

¹² FOUCAULT, M.; “El misterioso ermafrodito”, en *Michel Foucault. Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1978), p. 624.

¹³ DELEUZE, G. y GUATTARI, F.; *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, Valencia, Pretextos, 1988, p. 43.

¹⁴ FOUCAULT, M.; “Michel Foucault. An Interview with Stephen Riggins”, en *Michel Foucault. Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1983), p.1352.

¹⁵ Búsqueda sin duda relacionada con su afición consumo de drogas: “Ciertas drogas son verdaderamente importantes para mí, porque me permiten tener acceso a esos placeres terriblemente intensos que busco, y que no soy capaz de alcanzar sólo”, en: *Idem*, p. 1353.

perficies, sus volúmenes, sus espesores, un erotismo no disciplinario: el del cuerpo en estado volátil y difuso, con sus encuentros al azar y sus placeres sin cálculo”.¹⁶

Pero a Foucault la *sexualidad* no le interesa solamente por ser el teatro de algunas de sus inquietudes vitales, sino también porque en ella se anudan algunas de sus preocupaciones filosóficas fundamentales. Para Foucault la sexualidad es ante todo un campo de experiencia donde poder y saber, discursos y prácticas, poder-represión y poder-incipiación, verdad y ética se constituyen en un dominio complejo. Es ese carácter topológico privilegiado lo que le lleva a convertir la pregunta por la sexualidad en un ejercicio filosófico: “Quisiera subrayar que la sexualidad no es más que un ejemplo de un problema general que persigo desde hace más de quince años y que me persigue desde hace más de quince años. Es el problema que determina casi todos mis libros: ¿Cómo, en las sociedades occidentales, la producción de discursos cargados, al menos durante un tiempo determinado, de un valor de verdad está ligada a los diferentes mecanismos e instituciones del poder”¹⁷

Por estas razones, a mediados de la década de los setenta Foucault se plantea una genealogía de la *sexualidad* que permita determinar por qué las sociedades europeas han tenido necesidad de lo que denomina una *scientia sexualis*.

3. La genealogía de la sexualidad

En primer lugar, Foucault plantea el carácter histórico y contingente del concepto *sexualidad* y de toda una serie de nociones que, debido a la familiaridad, hoy nos parecen indiscutibles (“sexo”, “homosexualidad”, etc.). Como escribe a propósito del libro de K. J. Dover *Greek Homosexuality*,¹⁸ lo importante es como su autor demuestra que “nuestra división de las conductas sexuales entre homo y heterosexualidad no era en absoluto pertinente para los Griegos y los Romanos. [...] Una persona que se acostaba con otra del mismo sexo no se sentía como homosexual”¹⁹. Foucault recurre a la historia para mostrar cómo la *sexualidad* es una categoría que no tiene más de tres siglos: “Los griegos y los romanos tenían un término para designar los actos sexuales, los *aphrodisia* [...] Se trata en todo caso de actividades

¹⁶ FOUCAULT, M.; “Sade, sergent du sexe”, en *Michel Foucault. Dits et écrits I, 1954-1974*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1975), p. 1690.

¹⁷ FOUCAULT, M.; “Sexualität und Wahrheit”, en *Michel Foucault. Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1977), p. 137.

¹⁸ DOVER, K. J. 1978. *Greek Homosexuality*, London, Duckworth.

¹⁹ FOUCAULT, M.; “Entretien avec Michel Foucault”, en *Michel Foucault. Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1982), p. 1105.

sexuales, pero en absoluto de una sexualidad.”²⁰ La *sexualidad* es, por tanto, una forma de experiencia específica del hombre moderno, como los *aphrodisia* lo fueron para los griegos, o la carne para los cristianos. De hecho, la definición de una *persona sexual* sólo fue posible a partir de la consolidación, hacia el siglo XVIII, de lo que Foucault denomina el *dispositivo de la sexualidad*: “En la cultura griega [...] era simplemente impensable que alguien fuera esencialmente homosexual en su identidad [...] No fue más que a partir del momento en el que el dispositivo de la sexualidad funcionó [cuando] la cuestión “¿Qué ser sexual es usted?” llegó a ser inevitable”.²¹

Una vez determinado el carácter histórico/ contingente de la *sexualidad*, Foucault propone esbozar su genealogía en términos positivos a través del análisis de dos conceptos profundamente relacionados: el *dispositivo de la sexualidad* y la *scientia sexualis*.

Por *dispositivo de la sexualidad*, Foucault entiende el conjunto de prácticas, instituciones y conocimientos que hacia el siglo XVIII hicieron de la sexualidad un dominio coherente y una dimensión absolutamente fundamental del individuo. Frente a quienes proponen una configuración de la sexualidad como *represión*, Foucault manifiesta sus dudas: “¿Y si esto no fuera lo esencial?, ¿y si hubiera en el centro de la política del sexo” mecanismos bien diferentes? ¿y si esos mecanismos no fueran de rechazo y de ocultación, sino de incitación? ¿y si el poder no tuviera por función esencial decir no, prohibir y censurar, sino ligar en una espiral indefinida la coerción, el placer y la verdad?”²² Es decir, ¿y si la represión no fuera la característica que define la *sexualidad* en nuestras sociedades? No se trata de negar que no haya existido represión sobre la sexualidad, sino de insertar esa hipótesis represiva en un dispositivo más amplio que permita comprender la sexualidad como un campo estratégico donde se ligan discursos, prácticas, tácticas, estrategias, poder-represión, poder-incitación y modos de subjetivación.

El segundo concepto fundamental a la hora de comprender la genealogía de la sexualidad es el de *scientia sexualis*. Para Foucault es posible hablar de dos tipos de sociedades en relación con la definición de las relaciones sexuales que puede establecerse: aquellas en las que el discurso sobre el sexo no intenta fundar una ciencia sino definir un arte (*ars erotica*) apoyándose sobre el placer; y aquellas otras donde dicho discurso ha adoptado una forma científica. Las sociedades donde reinó el arte erótico (p.e. Grecia

²⁰ FOUCAULT, M.; “Interview met Michel Foucault”, en *Michel Foucault. Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1984), p. 1480.

²¹ *Idem*, pág. 1481.

²² FOUCAULT, M.; “L’Occident et la vérité du sexe”, en *Michel Foucault. Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1976), p. 103.

antigua, Roma, etc.) investigaron en los métodos de intensificación del goce sexual, transmitieron los secretos del placer a través de la figura del maestro y extrajeron la verdad del propio placer. En ellas, el saber debía revertir sobre la práctica sexual. Por el contrario, al menos desde la Edad Media en Occidente no ha existido *ars erotica* sino una ciencia del sexo o “tipo de saber donde lo que se analiza no es tanto el placer como el deseo; donde el maestro no tiene por función iniciar, sino interrogar, escuchar, descifrar; donde todo ese largo proceso no tiene por objetivo un aumento del placer, sino una modificación del sujeto (que, de este modo, se encuentra perdonado o reconciliado, curado o liberado)”²³

Foucault muestra la formación histórica de esta manera de organizar las relaciones entre poder, verdad y placer en el primer volumen de la historia de la sexualidad. Así, durante el siglo XIX el sexo se inscribió en dos registros distintos. Por un lado una biología de la reproducción, constituida de acuerdo con una normatividad científica y relacionada con la voluntad de saber que en Occidente implicó la institución del discurso científico. Por otro lado una medicina del sexo, donde lo que se puso en juego era más bien una voluntad de no-saber, un deseo de esquivar la verdad. En ambos casos, lo esencial es que alrededor del sexo se articuló un aparato para la producción de la verdad. Al contrario que en las sociedades del *ars erotica*, el sexo no será una cuestión de placer, de querer, de voluntad, sino de verdad y de falsedad. Sexo y verdad quedaron ligados para convertirse en una de las preocupaciones más constantes de las sociedades occidentales. Aunque dichas sociedades multiplicaron las instituciones y estrategias para “arrancar la verdad del sexo”, lo cierto es que la principal táctica de producción de lo verdadero fue un ritual establecido desde la Edad Media: la confesión. Será hacia finales del siglo XVIII cuando la *scientia sexualis* se constituya como ciencia apoyándose en los rituales de la confesión y produciendo alrededor del sexo una especie de fusión, una “interferencia entre dos modalidades de producción de lo verdadero: los procedimientos de confesión y la discursividad científica.”²⁴ De esta manera, la *scientia sexualis* nace del ajustamiento de los procedimientos de confesión a un discurso científico. La sexualidad aparece en el siglo XIX en el punto de convergencia de dos vectores: Una técnica (la confesión) y una discursividad (la científica).

La relación entre sexo y verdad tal y como se articula en la *scientia sexualis* es el objeto de la genealogía foucaultiana: “¿Por qué Occidente se ha interrogado tan continuamente sobre la verdad del sexo y ha exigido que

²³ *Idem*, pág. 104.

²⁴ FOUCAULT, M.; *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*, Madrid, Siglo Veintiuno, 1977 (original 1976), p. 82.

cada uno la formule por sí mismo? ¿Por qué ha querido con tanta obstinación que nuestra relación con nosotros mismos pase por esta verdad?”²⁵ Bajo la epidermis de esa voluntad, Foucault descubre el fluir del poder. Un poder que toma esa sexualidad (constituída en tanto que *saber*) como soporte, como punto de apoyo. Un poder que no busca suprimir la sexualidad, sino asentarse sobre ella, fundirse con ella, multiplicarse a través de ella. El poder en la sociedad contemporánea no ha instaurado una edad de represión definida por un silencio que envuelve al sexo, sino que ha procedido a una multiplicación de los discursos sobre la sexualidad. Con la consolidación de una *scientia sexualis*, el poder se desplegó a través de un doble movimiento: instauró una determinada política del cuerpo y procedió a una definición de los individuos. Efectivamente, desde el siglo XVIII el poder ha definido una “política del cuerpo” muy concreta: “Desde los siglos XVII y XVIII el cuerpo humano ha sido a la vez utilizado, cuadrículado, encerrado, encorsetado como fuerza de trabajo. Esta política consistía en extraer de él el máximo de fuerzas utilizables para el trabajo y el máximo de tiempo utilizable para la producción.”²⁶ Esa política del cuerpo define un erotismo disciplinario del que Sade tal vez sea el mejor ejemplo²⁷ y que es correlativa a una catalogación de los individuos que define su identidad. El poder no pretende suprimir lo que Foucault denomina *sexualidades periféricas* (refiriéndose a las sexualidades diferentes de la normativa, es decir de la reproductora de la fuerza del trabajo) sino que las dota de realidad construyendo identidades. El siglo XIX será el acta de nacimiento de la innumerable familia de los perversos: homosexuales, pedófilos, masoquistas, necrófilos, etc. A través de la constitución de una *scientia sexualis* el poder ha experimentado una mutación en la manera de actuar sobre las conductas sexuales de la gente: ha pasado de condenar *actos* a definir *individuos*. El propio Foucault explica esta metamorfosis: “En otro tiempo, las leyes prohibían un cierto número de actos, actos por otra parte tan numerosos que no se llegaban muy bien a definir. De cualquier manera, eran actos que la ley castigaba. Se condenaban formas de conducta. Ahora, lo que se está definiendo, y lo que, por consiguiente, va a fundamentarse por la intervención de la ley, del juez, del médico, son los individuos peligrosos”.²⁸

²⁵ FOUCAULT, M.; “L’Occident et la vérité du sexe”, en *Michel Foucault. Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1976), p. 105.

²⁶ FOUCAULT, M.; “Sexualité et politique”, en *Michel Foucault. Dits et écrits I, 1954-1975*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1974), p. 1405.

²⁷ “Una sociedad reglamentaria, anatómica, jerarquizada, con su tiempo cuidadosamente distribuido, sus espacios cuadrículados, sus obediencias y sus vigilancias,” en: FOUCAULT, M.; “Sade, sergent du sexe”, en *Michel Foucault. Dits et écrits I, 1954-1975*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1975), p. 1690.

²⁸ FOUCAULT, M.; “La loi de la pudeur”, en *Michel Foucault. Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1979), p. 772.

Al mismo tiempo, ese poder que se expande a través de una *scientia sexualis* define un tipo de placer distinto del propio del *ars erotica*: “Se ha dicho en ocasiones que Occidente no ha sido jamás capaz de inventar un placer nuevo. ¿No cuenta para nada la voluntad de hurgar, acosar, interpretar; en resumen, el “placer de analizar” en el sentido amplio del término?”.²⁹ En su ejercicio de estrecha vigilancia, el poder descubre el placer (para nosotros triste) de vigilar: “El placer descubierto fluye hacia el poder que lo ciñe.”³⁰ El poder se deja invadir por el placer que vigila con tanto celo, ligándose ambos en una espiral perpetua.

Por último, no quisiéramos concluir este epígrafe sin tratar de responder a la cuestión clave: ¿Por qué Foucault propone la genealogía histórica del concepto *sexualidad*?, ¿por qué muestra su carácter histórico y contingente?, ¿para qué una *historia de la sexualidad*? La respuesta está en el propio significado del proyecto genealógico: “Genealogía quiere decir que yo mismo lo analizo a partir de la cuestión presente.”³¹ Siempre que Foucault se acercó a la historia fue desde la relación con su presente. La historia sólo le interesa porque señala el punto de partida, la cadena que debemos romper para enfrentarnos con nuestro presente, el lugar donde las falsas identidades que se nos atribuyen encuentran sus falsas coartadas. Deleuze lo dijo con brillantez: “Foucault no se convirtió nunca en historiador. Foucault es un filósofo que ha inventado una relación con la historia completamente distinta a la de las filosofías de la historia. La historia, según Foucault, nos cerca y nos delimita, no dice lo que somos sino aquello de lo que diferimos, no establece nuestra identidad sino que la disipa en provecho de eso otro que somos [...] La historia es lo que nos separa de nosotros mismos, y lo que debemos franquear y atravesar para pensarnos a nosotros mismos”³² En definitiva, si Foucault afronta una genealogía histórica de la sexualidad es, como diría Bourdieu, para “volver a poner en marcha la historia”³³ y mostrar que dicha historia implica una forma concreta de entender las relaciones sexuales que podría y *puede* adoptar una forma diferente.³⁴ Una forma di-

²⁹ FOUCAULT, M.; “L’Occident et la vérité du sexe”, en *Michel Foucault. Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1976), p. 103.

³⁰ FOUCAULT, M.; *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*, Madrid, Siglo Veintiuno, 1976 (original 1977), p. 58.

³¹ FOUCAULT, M.; “El cuidado de la verdad”, en *Michel Foucault. Estética, ética y hermenéutica. Obras esenciales. Volumen III*, Barcelona, Paidós, 1999 (original 1984), p. 376.

³² DELEUZE, G.; *Conversaciones*, Valencia, Pre-textos, 1995, pp. 154-155.

³³ BOURDIEU, P.; *La dominación masculina*, Barcelona, Anagrama, 1998, p. 8.

³⁴ En este punto, el proyecto de Foucault y el de Bourdieu convergen. En su trabajo sobre la dominación masculina, Bourdieu sostiene que hay que preguntarse “cuáles son los mecanismos históricos responsables de la *deshistoricización* y de la *eternización relativas* de las estructuras de la división sexual y de los principios de división correspondientes” (*Idem*, págs. 7-8). De

ferente que Foucault no se atreve a proponer pero sí a esbozar: la *creación de los modos de vida*.

4. El verdadero sexo

Esta es, en líneas generales, la *genealogía histórica* que Foucault propone de la *sexualidad*, un concepto tan familiar para nosotros que le creíamos universal. Sin embargo, esa es sólo la mitad del problema. En realidad, genealogía quiere decir a la vez “la filosofía de los valores, [...] la verdadera realización de la crítica, la única manera de realizar la crítica total, es decir, de hacer filosofía a “martillazos”³⁵ y, al mismo tiempo, significa “la expresión activa de un modo de existencia activo”.³⁶ Genealogía es, por tanto, crítica y acción, inseparables en la mixtura de lo concreto.

Y es que dando por sentado que el poder no sólo reprime, sino que también produce, es importante no agotarse en una posición defensiva. Foucault inaugura una línea de trabajo en la que la denuncia va acompañada de la invención de proyectos y modos de vida, de la enunciación de nuevos discursos y de la puesta en marcha de nuevas prácticas. Hay que elaborar proyectos y modos de vida originales, con libertad respecto de los condicionamientos que han determinado hasta ahora los discursos de verdad y las prácticas organizadas en torno al sexo. Foucault entiende la resistencia no sólo como un ejercicio genealógico destinado a reintegrar la sexualidad en lo histórico, sino también como un proceso de creación de nuevos modos de vida en el que, como veremos, la imaginación va a jugar un papel protagonista. Ahora bien, en este proceso resulta fundamental, como paso previo, escapar de las formas preexistentes de identificación sexual.

Esencialmente, las formas productivas de sujeción, el entramado saber-poder-verdad que se ha manejado para construir una ciencia del sexo, se concreta en la noción de *verdadero sexo*³⁷ o atribución al sujeto de un sexo au-

acuerdo con el sociólogo francés, “recordar que lo que, en la historia, aparece como eterno es sólo el producto de un trabajo de eternización [significa] reinsertar en la historia, y devolver, por tanto, a la acción histórica, la relación entre los sexos que la visión naturalista y esencialista les niega” (*Idem*, pág. 8)

³⁵ DELEUZE, G.; *Nietzsche y la filosofía*, Barcelona, Anagrama, 1971, pág. 7.

³⁶ *Idem*, pág. 9.

³⁷ Es importante hacer una aclaración con respecto a este concepto. Como bien ha señalado Judith Butler, Foucault nunca afirmó que las personas no tengamos *un* sexo (tal y como han pretendido ciertas interpretaciones derivadas de una lectura simplista de su conocida frase: “¿Tenemos *verdaderamente* necesidad de un *verdadero* sexo?”) sino que, frente a posiciones esencialistas, defendió que dicho sexo es una construcción: “Foucault propone la existencia de una ruptura histórica decisiva entre un régimen socio-político en el que el sexo existía como un atributo, una actividad, una dimensión de la vida humana y un régimen más reciente en el que el sexo se definió como una identidad [...] Por lo tanto, no es correcto declarar que nunca

téntico que le corresponde y al que va a quedar estrechamente ligado. Dicho concepto resume el lazo fundamental que Foucault establece entre nuestra subjetividad, nuestra identidad y nuestra sexualidad. De ahí que haya que dedicar especial atención, antes de empeñarse en cualquier esfuerzo productivo, a desprenderse de la sujeción a ese *verdadero sexo*, estrecho y opresivo. El peso de esta estricta identificación sexual radica en que va a funcionar como un mecanismo de producción de sujetos, un mecanismo que articula formas de subjetivación (esencialmente la distinción entre hombre y mujer, pero también muchas otras clasificaciones como homosexual/ heterosexual, onanista, pederasta, zoófilo, etc.) que catalogan a las personas de forma muy estrecha, marcando y disciplinando las pautas del comportamiento y las relaciones sociales, de manera que a la postre enclaustran la personalidad, constriñen el ejercicio del placer y son un paso previo a toda una política del cuerpo. Por otro lado, esas formas de subjetivación acaban convirtiéndose en campos reconstruidos para el ejercicio del poder. Por ejemplo, la distinción homosexual/ heterosexual, que se enuncia habitualmente en un contexto homófobo, o la clasificación hombre/ mujer, que lo hace en un contexto machista, aparecen como dicotomías clasificatorias aptas para el posterior ejercicio de tramas de poder entre los sujetos. En otros casos en los que la calificación es presentada simplemente como una patología, también resulta fácilmente ligada a mecanismos de opresión.

En su intento por hacer estallar la noción de *verdadero sexo*, Foucault trabajó a dos niveles. Por un lado, tomando como ejemplo el hermafroditismo, criticó el argumento más débil sobre el que se apoyan los procesos de subjetivación ligados al *verdadero sexo*; a saber, que dichos procesos son la consecuencia natural de una división anatómica incontestable entre el macho y la hembra. Foucault aborda este problema en algunos textos publicados entre 1978 y 1980. Por otro lado, tomando como ejemplo la homosexualidad, Foucault mostró la posibilidad de subvertir la idea de un *verdadero sexo* a través de aquellas categorías que, creadas por la *scientia sexualis* y colocadas en los límites de la normalidad, ponen en entredicho las pretensiones de naturalidad de las relaciones sexuales consideradas naturales: las relaciones heterosexuales.

A. Herculine, el misterioso hermafrodita

En primer lugar, por tanto, la crítica del argumento esencialista que considera la sexualidad como la *causa* lógica de la incontestable división

hemos tenido un sexo”, en: BUTLER, J. “Sexual Inversions”, en Susan J. Hekman (ed.); *Feminist Interpretations of Michel Foucault*, Pennsylvania, The Pennsylvania State University Press, 1996, p 59.

anatómica entre machos y hembras. El texto fundamental en este sentido es *Le vrai sexe*,³⁸ donde Foucault repasa la vida de Alexina, el misterioso hermafrodita. El propio filósofo resume la historia de este hermafrodita de la segunda mitad del siglo XIX: “Educada como una muchacha pobre y respetable en un medio casi exclusivamente femenino y fuertemente religioso, Herculine Barbin, apodada en su entorno Alexina, fue reconocida finalmente como un “verdadero” muchacho; obligada a cambiar de sexo legal, después de un procedimiento judicial y de una modificación de su estado civil, fue incapaz de adaptarse a su nueva identidad y acabó suicidándose”.³⁹

Dicha historia le sirve como ejemplo para mostrar no sólo la dificultad de encajar algunos casos en los márgenes de las categorías descritas por esa estrecha *scientia sexualis*, sino, sobre todo, como demostración de la inexistencia misma de un verdadero sexo. La historia de la vida de Herculine es presentada como la prueba de la posibilidad de estados de sexualidad inclasificables, indeterminados en su género y por añadidura felices.

Efectivamente, mientras preexiste una anatomía más o menos clara y determinada, la esencia del esquema clasificatorio, la dicotomía entre los sexos, mantiene sus pretensiones de naturalidad. Pero Foucault bucea en el caso intermedio de una indefinición ambigua, de una realidad corporal inconcreta, que utiliza para criticar la atribución del verdadero sexo, y para poner de manifiesto el carácter contingente y potencialmente represivo de esa estricta exigencia de identificación.

El juego de saber-verdad tiene su principal baza en una jugada que consiste en hacer confesar al sujeto su afiliación a un sexo ya catalogado y del que todo está dicho. De ahí la obsesión por dar a cada uno un sexo y uno único. Entre otras cosas, esta atribución se convierte en necesaria porque no hay discurso para las personas sin verdadero sexo. Estas se mueven en un vacío en el que sus protagonistas, difíciles de encajar, son vistos con temor como fantasmas de la naturaleza, susceptibles de protagonizar, explotando sus rarezas anatómicas y sus ambigüedades afectivas, extrañas relaciones que, incatalogables, se pueden acabar considerando extravíos del libertinaje. Por eso se busca la imposición de un verdadero sexo que en ocasiones, como en el caso de Alexina, forzará la realidad de cuerpo y dislocará la intensidad del placer al imponer a una anatomía ambigua el duro juego de esa verdad.

En su indagación sobre modos de vida no codificados, Foucault se volcará interesado en la descripción de la vida de Alexina, a la que presentará

³⁸ FOUCAULT, M; “Le vrai sexe”, en *Michel Foucault. Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1980), pp. 934-942

³⁹ *Idem*, págs. 937-938.

moviéndose en un mundo confortable exento de definiciones. Adolescente en un internado de señoritas, el hermafrodita ambiguo disfruta allí de las delicias que experimenta por no tener un sexo definido. Con un tono evocador, Foucault va a hacer levitar a su protagonista en los “limbos felices de una no-identidad que protegía paradójicamente la vida en estas sociedades cerradas, estrechas y cálidas”⁴⁰ que eran los internados. Allí transcurren los días más felices de la vida de Alexina: “Ni mujer que amaba a las mujeres ni hombre escondido entre las mujeres. Para las mujeres, Alexina era tanto el sujeto sin identidad de un gran deseo como un punto de atracción de su feminidad y para su feminidad, sin que nada las forzase a salir de su mundo enteramente femenino”.⁴¹ Para Alexina la posterior imposición de un *verdadero sexo*, reclamada por la ley, será una pretensión mezquina que Foucault acabará vinculando a su desgracia y finalmente a su muerte. El derecho, recogiendo las influencias de la ciencia médica, funcionará aquí como una práctica social fundamental a la hora de configurar formas de subjetividad y exigirá entonces una estricta identificación sexual, un *sexo verdadero y único*, que aclare el estado civil del individuo. Esta identificación sexual va a funcionar en el caso de Alexina como un mecanismo de imposición obligatoria de una identidad que limita y confunde el juego de su sexualidad provocando su infelicidad y su posterior suicidio. Frente a esta imposición jurídica, ese estado anterior cálido y ambiguo en el que vivía Alexina y en el que reinaba una sexualidad indeterminada, es visto por Foucault como un modelo tan apartado de las grises clasificaciones jurídicas como feliz.

Lo fundamental es que el caso de Alexina cuestiona la existencia de un verdadero sexo.⁴² Su indeterminación anatómica es la base para hacernos dudar primero de la realidad natural de una dicotomía sexual agotadora entre hombres y mujeres, y luego de la sexualidad como la esencia del individuo. Como ha señalado Butler, Herculine no representa una “identidad” sino exactamente lo contrario: la imposibilidad sexual de una identidad.⁴³ Se siembra de este modo la duda sobre la conveniencia de una clasificación arbitraria que pretende descubrir y establecer una verdadera sexualidad, aún cuando no está claro (ni entonces ni ahora) cual es el auténtico determinante de su significado: ¿La identidad anatómica, el género, el acto, el orificio, el

⁴⁰ *Idem*, pág. 940.

⁴¹ *Idem*, pág. 940.

⁴² “Lo que más me ha llamado la atención en el relato de Herculine Barbin es como, en su caso, no existe el verdadero sexo”, en: FOUCAULT, M.; “El misterioso ermafrodito”, en *Michel Foucault. Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1978), p. 624.

⁴³ BUTLER, J.; *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, London and New York, Routledge, 1999, p. 31.

sentido de las fantasías?.⁴⁴ En este sentido, Foucault considera fundamental escapar de la pretensión de hacernos confesar la verdad sobre nuestro sexo cuya única misión es introducirnos en las definiciones previsibles y arbitrarias de un catálogo en el que ya está todo dicho sobre nosotros.

B. La homosexualidad

Otra perspectiva privilegiada para hacer estallar la *scientia sexualis* será, naturalmente, la homosexualidad. Si Foucault elige la homosexualidad como campo para elaborar formas de vida alternativas no es sólo a causa de su experiencia personal, sino porque considera que la homosexualidad tiene algo de indeterminado por su posición oblicua en el mundo de las relaciones sexuales. Precisamente por ello la considera especialmente capaz de propiciar nuevas virtualidades relacionales y afectivas aptas para favorecer nuevas formas de vida.

Pero para lograrlo algunas precauciones han de ser tomadas. En primer lugar hay que evitar hacer caer la homosexualidad en la categoría convencionalmente pensada para ella: Es necesario escapar de las clasificaciones que la colocan en los márgenes de la normalidad de las relaciones sociales. La pretensión de huir de dicha identificación se plantea porque si la homosexualidad va a ser tomada como un punto de partida para la construcción de nuevos estilos de vida, entonces es necesario replantearse su significado para evitar lastrar sus potencialidades con el peso de una categoría ya acuñada. Se trata de vaciar la homosexualidad de su contenido preestablecido para poder utilizarla como el lugar desde el que llevar a cabo una construcción y renovación continua de identidades cambiantes.⁴⁵

De ahí que para Foucault la declaración de la propia homosexualidad tenga un carácter ambiguo, ya que “es una afirmación necesaria puesto que es la afirmación de un derecho, pero al mismo tiempo es la jaula, la trampa”.⁴⁶ Es una trampa en cuanto implica caer bajo el control social ejercido sobre el individuo, caer en la imagen del homosexual patologizado como desviado, enfermo o perverso. Por eso, lejos de constituir el final del problema, la declaración de la homosexualidad sólo puede ser tomada como un punto de partida desde el que reconstruir un modo de vida original frente a modelos acuñados.

⁴⁴ BUTLER, J. “Imitación e insubordinación de género”, *Revista de Occidente*, n.º. 235, 2000, p. 91.

⁴⁵ HALPERLIN, D.; *Saint Foucault. Towards a Gay Hagiography*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 122.

⁴⁶ FOUCAULT, M.; “Entretien avec Michel Foucault”, en *Michel Foucault. Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1982), p. 1113.

La declaración es entonces un primer paso para el posterior ejercicio de lo que a Foucault más le interesa y que él mismo denomina *prácticas de libertad*.⁴⁷ Es importante resaltar aquí que para Foucault una de las claves del problema con el que nos enfrentamos es la pobreza de las relaciones afectivas preexistentes, muy escasas y pensadas en su mayoría para esquemas estrictamente heterosexuales: “Vivimos en un mundo legal, social, institucional donde las únicas relaciones posibles son extremadamente escasas, esquematizadas, pobres.”⁴⁸ Frente a dicha escasez, la cuestión fundamental es saber cuántas otras formas de relación que hasta ahora no imaginamos pueden existir o ser creadas. El más grave obstáculo al que debemos enfrentarnos a la hora de poner en marcha esas nuevas prácticas de libertad es precisamente la falta de imaginación: lo que el filósofo denomina “la pobreza de nuestro tesoro de imágenes”⁴⁹. Este es el lastre que nos impide ver nuevos modelos de relaciones afectivas que enriquezcan la vida de las personas y el panorama social.

Por tanto, la misión es clara: “Deberíamos intentar imaginar y crear un nuevo derecho relacional que permitiera que todos los tipos posibles de relación puedan existir y no sean impedidos, bloqueados o anulados por instituciones relacionalmente empobrecedoras”.⁵⁰ Y para hacerlo la posición de los homosexuales es especialmente privilegiada, dado su carácter oblicuo y ambiguo en el esquema normativo de las relaciones afectivas.

De ahí que el problema no se acabe con declararse homosexual, sino que tal afirmación es útil en cuanto funciona como un punto de partida para ejercer una resistencia constructiva mediante la creación de nuevos modelos de vida. En este sentido el homosexual debe inventar la sexualidad, aprovechando la indeterminación de su estado y su fantasía, y evitando el problemas de la definición de la identidad, sobre todo si se piensa que la identidad homosexual es hoy un dato histórico-cultural estrechamente acuñado. Esa y no otra es la correcta dirección del empeño: “Otra cosa de la que hay que desconfiar es de la tendencia a llevar la cuestión de la homosexualidad al problema del “¿Quién soy? ¿Cuál es el secreto de mi deseo?”.

⁴⁷ FOUCAULT, M. 1984. “La ética del cuidado de uno mismo como práctica de libertad”, en *Hermenéutica del sujeto*, Madrid, La Piqueta, 1994 (original 1984), p. 107.

⁴⁸ FOUCAULT, M.; “The Social Triumph of the Sexual Will: A Conversation with Michel Foucault”, en *Michel Foucault. Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1982), p. 1128.

⁴⁹ FOUCAULT, M.; “Sade, sergent du sexe”, en *Michel Foucault. Dits et écrits I, 1954-1974*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1975), p. 1689.

⁵⁰ FOUCAULT, M.; “The Social Triumph of the Sexual Will: A Conversation with Michel Foucault”, en *Michel Foucault. Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1982), p. 1129.

Quizás sería mejor preguntarse: ¿Qué relaciones se pueden establecer, inventar, multiplicar, modular a través de la homosexualidad?”⁵¹

De esta manera, Foucault dará una consistencia específica a lo que denomina ser *gay*, que interpreta como un paso más allá de la homosexualidad. Ser *gay* no es simplemente identificarse como homosexual, con el riesgo de encajonarse en una identidad que funciona como una construcción histórico-cultural demasiado estrecha, sino que significa desarrollar un nuevo modo de vida, para lo que resulta necesario liberarse de los cauces del estereotipo. Se trata de llevar a cabo un esfuerzo productivo que inaugure tipos de comportamiento personal y esquemas relacionales que, articulados incluso en nuevas formas culturales, sean capaces de promover nuevas formas de existencia.

C. La heterosexualidad

A partir de ahí el trabajo de formulación de nuevas posibilidades relacionales no será útil sólo para los homosexuales. Foucault sugiere la posibilidad de que esas nuevas formas de vida sean transportables a todas las personas. La huida de una definición normativa de la identidad sexual, el carácter abierto de las prácticas propuestas y la despreocupación por el acto sexual, permitirá que gente no homosexual pueda enriquecer su experiencia a partir de esos nuevos esquemas de relaciones, hasta el punto de que Foucault podrá sostener: “no es necesario ser homosexual para llegar a ser *gay*.”⁵²

Sin embargo, conviene señalar que Foucault crítica las relaciones heterosexuales sólo *desde fuera*: es decir, limitándose a poner de manifiesto que sean las únicas relaciones *naturales* y posibles. Como bien han señalado numerosas pensadoras feministas, Foucault nunca criticó la estructura de dominación subyacente a la relación hombre-mujer que se convierte en el eje de la sexualidad normativa: a saber, la división entre *lo masculino* y *lo femenino*.⁵³ Por lo tanto, en este punto su trabajo se limita a simples comen-

⁵¹ FOUCAULT, M.; «De l'amitié comme mode de vie», en *Michel Foucault. Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1981), pág. 982.

⁵² FOUCAULT, M.; “Entretien avec Michel Foucault”, en *Michel Foucault. Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1982), p. 1114.

⁵³ Sandra L. Bartky resume las críticas feministas: “Foucault trata el cuerpo siempre como si se tratase de uno sólo, como si las experiencias corporales de hombres y de mujeres no difiriesen y como si hombres y mujeres soportasen la misma relación con las instituciones características de la vida moderna [...] Las mujeres, como los hombres, están sujetas a algunas de las prácticas disciplinarias que Foucault describe, pero Foucault permanece ciego ante aquellas disciplinas que producen modalidades de subjetivación específicamente femeninas. Pasar por alto las formas de sujeción que engendran el cuerpo femenino es perpetuar el silencio y la impotencia de quienes son sometidas a dichas disciplinas” BARTKY, S. L. “Foucault, Femininity, and the Modernization of Patriarchal Power”, en Diamond, I. & Quinby, L. (eds.); *Feminism*

tarios sobre lo que se ha dado en llamar “la crisis de la heterosexualidad.” La heterosexualidad contemporánea nace ligada a la revolución industrial, al trabajo asalariado del varón y al papel doméstico de la mujer, cumpliendo una misión productiva y reproductiva. Sin embargo, factores actuales como el paso de una sociedad familiar a una sociedad de individuos, el triunfo de los valores juveniles, el auge del feminismo y su crítica al papel tradicional del varón, los nuevos mecanismos tecnológicos de reproducción de la especie o la crisis de la identidad masculina, hacen que haya llegado a decirse que “en la actualidad, el matrimonio y la pareja estable ya no son el espacio social normativo ni para la reproducción de la especie ni para la expresión de la afectividad y del deseo”⁵⁴ y que se anuncie un tránsito de una sexualidad coitocéntrica organizada en torno a la pareja heterosexual hacia nuevas modalidades de expresión.⁵⁵

Nos atrevemos a aventurar aquí que, probablemente, si Foucault no hubiese muerto de forma tan prematura, el tema de la heterosexualidad y la forma en que esta relación ha de ser revolucionada, hubiese sido para él entonces el foco central de su atención.

5. Los modos de vida

Como hemos señalado, desprenderse del *verdadero sexo* es el paso previo a la creación de *modos de vida*. A pesar de que Foucault no aporta una definición al respecto, podemos considerar que dicha idea se articula en la convergencia de tres líneas fundamentales: la importancia del placer, la despreocupación por el acto sexual y el ejercicio de la ascesis como trabajo de transformación sobre uno mismo.

En primer lugar, por tanto, la creación de nuevas formas de vida está ligada al placer: “Si quisiéramos liberarnos de la ciencia del sexo, se debería encontrar apoyo en el placer, en el máximo del placer.”⁵⁶ Efectivamente, el filósofo francés establece una contraposición entre *el deseo* como lo específico de la *scientia sexualis* y *el placer* como el posible punto de apoyo para la creación de nuevos modos de vida. El primero es sospechoso, en

and Foucault: Reflections on Resistance, Boston, Northeastern University Press, 1988, pp. 63-64. En definitiva, Foucault no puede escapar de una de las críticas fundamentales que el pensamiento feminista ha dirigido a la tradición filosófica occidental; a saber, que lo que dicha tradición define como “sujeto” es resultado de un “borrado de la diferencia de sexos en los sistemas auto-representativos de un “sujeto masculino””, en: IRIGARAY, L. *Ce sexe qui n'en est pas un*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1977, p. 72.

⁵⁴ GUASCH, O.; *La crisis de la heterosexualidad*, Barcelona, Laertes, 2000, p. 116.

⁵⁵ BERGER, P. & LUCKMANN, T.; *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1993, pp. 69-70.

⁵⁶ FOUCAULT, M.; “Sei to seiji wo Kataru” », en *Michel Foucault Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1978), pág. 527.

cuanto ha sido identificado por la Iglesia con el deseo carnal constitutivo del pecado. Además, está cargado de connotaciones médicas y naturalísticas y ha sido utilizado como herramienta para calibrar la normalidad. El segundo es, sin embargo, un término susceptible de alumbrar mayores posibilidades ya que todavía no hay catalogado un placer anormal o un placer patológico.⁵⁷ El objetivo no será entonces liberar al deseo, “empresa de liberación efectiva [...] que se une a la obra de represión burguesa más general,”⁵⁸ sino dejar hablar al placer, visto como el punto de cristalización de una nueva cultura.

Esta pérdida de peso del deseo tiene que ver, en segundo lugar, con la despreocupación por el acto sexual. En la determinación de las nuevas formas de vida se puede apreciar un intento de pasar por encima del orgasmo, del acto sexual elemental, del puro encuentro físico, en beneficio de otras manifestaciones afectivas y relacionales. Foucault critica la sexualidad al uso que ejemplifica Sade (i.e. un programa basado en un sexo anatómico repetitivo y disciplinario, reducido a un recetario de posturas y escenas sexuales que giran en torno al cuerpo y sus órganos) porque el sexo le interesa para pensar a partir de él relaciones afectivas y prácticas sociales que vayan más allá del mero ejercicio de una estrecha sexualidad física. Se trata de hacer de la elección sexual el acicate de un cambio de existencia, transformar la sexualidad en un motor de nuevas formas de vida, convertir el placer en un foco de creación de cultura. El sexo es visto no como una fatalidad sino como una posibilidad de acceder a una vida creadora. Es por eso que el filósofo expresará una prevención respecto al acto sexual que ha llevado a hablar de una *desexualización* en Foucault,⁵⁹ relacionada con la preocupación por lo que de determinante tiene dicho acto a la hora de configurar al individuo. En definitiva, se trata de escapar de una economía física organizada en función del falo y regida por “leyes que someten lo sexual al poder absoluto de la forma”.⁶⁰ Algunos interpretan esta *desexualización* en relación con el interés por la amistad que Foucault manifestará en sus últimos años. Para otros se refiere a una búsqueda del placer que no gira en torno a una sexualidad reducida a los órganos genitales, sino al conjunto del cuerpo entendido éste como una *geografía del placer* a la

⁵⁷ HALPERLIN, D.; *Saint Foucault. Towards a Gay Hagiography*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 93-94.

⁵⁸ DELEUZE, G. & GUATTARI, F.; *El Anti-edipo. Capitalismo y esquizofrenia*. Barcelona, Paidós, 1985 (original 1972), p. 54.

⁵⁹ ERIBON, D.; *Reflexiones sobre la cuestión gay*, Barcelona, Anagrama, 2001, p. 465.

⁶⁰ IRIGARAY, L. *Ce sexe qui n'en est pas un*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1977, p. 109.

manera de Irigaray.⁶¹ Quizás de lo que se trata es de una desvalorización del acto sexual en aras de una especie de erotización generalizada del mundo al modo de Marcuse. De cualquier manera, la *desexualización* aparece en Foucault de forma explícita y quizá el mejor ejemplo sea, de nuevo, la homosexualidad.

En este sentido, Foucault constata no sólo que el acto sexual ha dejado de ser un problema entre los homosexuales (“Ahora que los encuentros sexuales han llegado a ser extremadamente fáciles y numerosos, como es el caso de los homosexuales, las complicaciones se producen después”),⁶² sino la escasa preocupación que dicho acto levanta entre los defensores de la sexualidad convencional. En efecto, imaginar un acto sexual no conforme a la naturaleza no es problemático dado que permite catalogar rápida y cómodamente a sus protagonistas como desviados. Lo que realmente inquieta es la trama de relaciones no codificadas que personas del mismo sexo son capaces de establecer. Relaciones extrañas que se escapan a la clasificación, que están fuera de las cerradas taxonomías convencionales y que resultan imprevisibles e incómodas. Y eso es precisamente lo que interesa a Foucault, de la misma manera que le intriga la imagen sugestiva y a la vez misteriosa de dos hombres andando de la mano. Por lo tanto, el problema no es el propio acto (sobre el que en muchas ocasiones se ha obligado a los homosexuales a concentrar todas energías) sino el hecho de que los homosexuales no hayan podido elaborar un sistema relacional original.

En tercer lugar, en esa creación de nuevos modos de vida el individuo ha de realizar un esfuerzo para lograr escapar de rutinas y hábitos. Este esfuerzo es antes que nada un trabajo que el sujeto ha de realizar sobre sí mismo, sobre su forma de pensar y de comportarse. En este sentido, la famosa frase en la que el filósofo afirma que “hay momentos en la vida en que la cuestión de saber si uno puede pensar de un modo diferente al que piensa y percibir de modo distinto de cómo se ve es absolutamente necesaria si uno va a seguir mirando y reflexionando”⁶³ introduce un concepto esencial en Foucault que será el de la ascesis. La ascesis entendida no en el sentido convencional de una moral de renuncia, sino precisamente como el trabajo que hace uno sobre sí mismo para transformarse, para acceder a un cierto modo de ser, y especialmente para “hacernos a nosotros mismos infinitamente más suscep-

⁶¹ “De hecho, las zonas erógenas de la mujer no son el clítoris o la vagina, sino el clítoris y la vagina, y los labios, y la vulva, y el cuello uterino, y la matriz, y los senos...lo que hubiera podido, hubiera debido, sorprender es la *pluralidad de las zonas erógenas genitales* [...] en la sexualidad femenina”, en: *Idem*, pág. 60.

⁶² FOUCAULT, M.; “Sexual Choice, Sexual Act”, en *Michel Foucault. Dits et écrits II, 1976-1988*, París, Gallimard, 2001 (original 1982), p. 1150.

⁶³ FOUCAULT, M.; *El uso de los placeres*, Madrid, Siglo XXI, 1987 (original 1984), p. 12.

tibles de placeres”.⁶⁴ Este empeño ascético tiene para Foucault un contenido ético. Ético en el sentido antiguo que considera la ética como un trabajo del sujeto sobre sí mismo. Como contraposición a la idea de moralidad entendida como obediencia a un código, idea que Foucault liga a la aparición del cristianismo y que considera en vías de desaparición, de lo que se trata ahora es de remarcar el carácter ético que está implícito en la búsqueda de una forma de existencia personal relacionada con la reconstrucción del yo.⁶⁵ Esta ética del cuidado de sí mismo, abriendo los horizontes personales, es para Foucault una práctica de libertad fundamental.

Una última palabra. Hay que insistir en que inútilmente se buscará en los textos de Foucault una definición de nuevos *modos de vida* o un catálogo de prácticas o el enunciado de una teoría al respecto. Foucault lo deja claro: “Tengo cuidado de no imponer mis propios puntos de vista para no cambiar de plan o de programa. [...] No quiero que los homosexuales dejen de creer que es a ellos a quienes les corresponde determinar sus propias relaciones, descubriendo lo que conviene a su situación individual.”⁶⁶ Por tanto, en ningún caso se trata de desalentar la invención de unas prácticas que, por su propia naturaleza, han de ser personalísimas. Más bien, «corresponde a cada persona decidir como tiene que reinventar su vida [...] hay que admitir que hay mil maneras de ser homosexual. La “subjetivación”, retomando el término de Foucault, es decir la reinención de la identidad personal, es un gesto que carece de contenido previo. Al contrario, es a cada uno de nosotros a quien le corresponde darle el sentido que tendrá”⁶⁷

Y es que el objetivo de Foucault no era establecer un recetario de modos de vida. Su misión fundamental era otra. Volviendo al planteamiento inicial de las relaciones entre saber y poder, Foucault ha dejado dicho que un sistema de coacciones se vuelve intolerable cuando los individuos no disponen de los medios para modificarlo. Esto puede ocurrir cuando el sistema se vuelve intocable por considerarlo un imperativo moral o religioso, o por hacer de él la consecuencia de la ciencia médica, o el reflejo de una supuesta naturalidad. Pues bien, con sus excavaciones Foucault ha cumplido con la misión de deshacer la intangibilidad del sistema construido en torno a la sexualidad, al mostrar el carácter contingente de su estrecha catalogación y sus potenciales efectos empobrecedores. Y con ello nos ha colocado en una

⁶⁴ FOUCAULT, M.; «De l'amitié comme mode de vie», en *Michel Foucault. Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1981), p. 984.

⁶⁵ HALPERLIN, D.; *Saint Foucault. Towards a Gay Hagiography*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 68.

⁶⁶ FOUCAULT, M.; “Sexual Choice, Sexual Act”, en *Michel Foucault. Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001 (original 1982), p. 1153.

⁶⁷ ERIBON, D.; *Papiers d'identité. Interventions sur la question gay*, Paris, Fayard, p. 80.

nueva posición estratégica en la que se pretende haber ampliado nuestros márgenes de maniobra, a la vez que se nos emplaza al ejercicio de personales y novedosas prácticas de libertad.

Recapitulación

Por los textos de Foucault caminan los misteriosos hermafroditas, los cálidos internados femeninos, los pederastas, las caricias de los hombres consideradas como arte, los masoquistas, las mujeres que se cogen por el talle, las historias de amor, los hombres que comparten las trincheras, Sade, etc. Personajes, situaciones y espacios que remiten a dos conceptos, “sexo” y “sexualidad”, que se han acabado por convertir en palabras-maletas llenas de significados, connotaciones, evocaciones, etc.

Sin embargo, cuando las palabras remiten a tantas cosas se vuelven demasiado difusas y corren el riesgo de vaciarse de significado. Para evitar dicho problema no hay que trabajar en una única definición válida y normativa de cada concepto, sino en una historia del pensamiento que recoja las diferentes definiciones de una idea a lo largo de la historia. En definitiva, un concepto no remite a una *unidad*, sino a una *multiplicidad*: es un *puzzle* formado por tantas piezas como definiciones del mismo se han formulado. Más que buscar una “definición” en el sentido clásico del término, se trata de seguirle a través de sus modificaciones, y eso es lo que intenta Foucault.

En este sentido, a nadie escapa que las miles de páginas dedicadas a la definición de “sexo” y de “sexualidad” nos reenvían a algunos pensadores fundamentales durante el último medio siglo. Sin ninguna duda, al lado de los enfoques psicoanalíticos de Lacan e Irigaray y de la deconstrucción de Derrida, Foucault fue uno de ellos. Su reflexión sobre la sexualidad (reflexión que, como hemos tratado de mostrar, se articula en torno a dos niveles complementarios: una genealogía crítica propuesta en *L'Histoire de la sexualité* con el objetivo de señalar el carácter histórico y contingente de nuestra *sexualidad* y un ejercicio filosófico complejo, resumido en la noción de *modos de vida* y que constituye la propuesta más atrevida de su filosofía) se ha convertido en una referencia fundamental. Por ello, se trataba en este artículo de ofrecer al lector una síntesis que pueda valer como lectura para comprender la influencia de Foucault sobre la sexualidad contemporánea.



DOXA 26 (2003)

¿DE QUÉ VIVEN LOS QUE HABLAN DE DERECHOS HUMANOS?

(tres tipos de discursos-dh: “de”, “para”, “con”)

Enrique P. Haba
Universidad de Costa Rica

La expresión “juegos-de-lenguaje”, aquí, está para subrayar que hablar el lenguaje es parte de una actividad, o sea, de una forma de vida.

L. Wittgenstein

Para la preservación de esos derechos no es tampoco muy importante proveerlos de unas pseudo-fundamentaciones, fácilmente refutables; mucho más fundamental es reconocer, y en lo posible conservar, el conjunto de las condiciones sociales bajo las que aquellos resultan posibles y eficaces.

E. Topitsch¹

Este ensayo² se refiere a las funciones *reales* que los discursos sobre derechos humanos desempeñan especialmente en América Latina. En qué medida eso se dé análogamente, o no, también en Europa u otras regiones del mundo, es cuestión que el autor remite al conocimiento que al respecto pueda tener cada lector.

I. Discursos y “formas de vida” (*generalidades*)

Quienes hablan sobre derechos humanos no piensan todos en lo mismo al pronunciar tales discursos, ni se ocupan todos ellos de hacer (o dejar de hacer) cosas similares. La etiqueta “derechos humanos” da para muchas

¹ La cita de Wittgenstein es el célebre pasaje ubicado en el § 23 de sus *Investigaciones filosóficas* (*Philosophische Untersuchungen/Philosophical Investigations*, Oxford, 1953), trad. E.P.H.; la cita de Ernst Topitsch pertenece a su libro, *Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft*, Luchterhand, Neuwied am Rein y Berlín, 1971 (p. 95, trad. E.P.H.). Los énfasis mediante negritas fueron agregados aquí.

² Su título se inspira en el de un conocido ensayo de Leszek Kolakowski, “¿De qué viven los filósofos?”, pero el contenido del presente trabajo tienen muy poco que ver con lo examinado en aquel. Ese contenido está tomado, con pequeñas modificaciones y también abreviaciones, de mi manuscrito: xxx/b (§§ 109 y 110). – Las referencias a estudios del autor, incluidas en esta y otras notas, se efectúan mediante la indicación de sus respectivos años de publicación, según lo consignado en la lista bibliográfica ubicada al final de este artículo.

interpretaciones; en la práctica, puede ser utilizada para lograr efectos muy variados.

Los discursos sobre derechos humanos (DH) están, como cualquier “juego de lenguaje” (Wittgenstein), estrechamente interconectados con unas respectivas *formas de vida*³. Estas “formas” consisten en las *conductas* humanas que, de una manera u otra, son catapultadas mediante los discursos donde cumplen su función los juegos lingüísticos mediante los cuales se realizan tales conductas. Ellos corresponden a actividades de dos órdenes: por un lado, nos encontramos con las consecuencias que ese discurso provoca al impulsar conductas ajenas, sean de pocas o muchas personas; concomitantemente, por otro lado, están las conductas que este decir provoca o legitima en el propio locutor de dicho discurso. Ambos órdenes de actividades pueden ser o no ser de contenido semejante. Tanto lo uno como lo otro se da también en cuanto a los discursos-DH. Estos repercuten en la vida de terceros, pero no menos cierto es que los locutores profesionales –juristas, burócratas internacionales, políticos, profesores universitarios– de esos discursos realizan también unos fines personales propios mediante el desempeño de dichas funciones lingüísticas. Los discursos-DH sirven, entre otras cosas, para que sus locutores “vivan” de tales o cuales maneras, según la situación social –cargos, remuneraciones, relaciones personales, prestigio– que el desempeño de esos discursos les permite tener.

Cuando el locutor presenta *su* discurso-DH, lo conforma eligiendo en el seno de la gran familia de los juegos lingüísticos capaces de llevar tal etiqueta. La elección que él efectúe se halla determinada por distintos factores, entre los cuales cuentan tanto los condicionamientos ideológicos del locutor como diversas presiones sociales a que este se halla sometido de hecho. Sea como sea, en tal escogimiento no deja de obrar prioritariamente –aunque no exclusivamente– el cuidado que ese locutor pondrá de que su discurso sirva también para impulsar y legitimar *su propia* forma de vida, esto es: asegurar *de qué* vive (fuentes de trabajo) y *cómo* vive (estatus social y ámbitos de relaciones personales, con las importantes ventajas personales derivadas de ello) él mismo. Difícilmente ese locutor arriesgará su posición personal lanzando a la palestra una clase de discursos-DH molestos para quienes le posibilitan mantener u obtener tal forma de vida.

De hecho, la forma de vida del locutor *filtra* el contenido mismo de esos discursos. El *tipo* de discurso-DH que una institución emite necesita ser congruente con la especie de locutores que ella acepta para sí misma. De *quiénes* sean los que hablan de derechos humanos depende *lo* que *escogen* decir, como también qué prefieran callar al respecto. Es verdad que

³ Cita de Wittgenstein: *supra*, nota 1.

el locutor en cuestión persigue a la vez, normalmente, también unos fines extrapersonales, digamos “desinteresados”, de acuerdo con los modelos de conducta macrosociales cuya ideología él ha interiorizado bajo la etiqueta DH. Empero, cualesquiera sean esos fines de orden general, en la práctica no se dedica a ellos si no es en tanto en cuanto puedan “calzar” con el papel social específico que le permita mantener, a él mismo, *cierto* estilo de vida: justamente, el posibilitado y legitimado por el correspondiente tipo de discursos-DH. De ahí que, si bien las repercusiones del discurso-DH pueden ir mucho más allá de las formas de vida de sus propios locutores, también estas resultan decisivas para marcarle unos u otros límites a esos discursos y, en consecuencia, inclusive a aquellas repercusiones.

Las conductas de quienes pronuncian corrientemente discursos públicos sobre derechos humanos son, *grosso modo*, las llevadas a cabo en unas formas de vida que son típicas, respectivamente, de tres clases principales de locutores. Si dirigimos la atención a preguntar de *qué* “viven” estos locutores, la respuesta nos conducirá a diferenciar esencialmente entre: a) hay quienes viven *para* defender, en la práctica misma, derechos humanos de terceros; b) por otro lado, también existen quienes, antes bien, viven *de* sus propios discursos sobre derechos humanos; c) además está la gente que, simplemente, vive *con* tales derechos. Según esos tres tipos varía, respectivamente, el *contenido* mismo de los discursos-DH. Por eso, el preguntar de *qué* viven las personas que realizan esas distintas modalidades discursivas, si bien a primera vista podría parecer un simple giro *ad hominem*, en verdad lleva a poner sobre el tapete cuáles son las funciones sociales *reales* de cada uno de esos discursos. La pregunta por QUIÉNES son los locutores no es indiferente, ni muchos menos, para entender cómo y por qué son TAN *distintos* entre sí los alcances PRÁCTICOS de los discursos pronunciados por unos y otros en esa materia.

II. ¿Quiénes viven *de* los derechos humanos?

Hay instituciones donde la regla es hablar de esos derechos en forma lo bastante prudente como para que sus funcionarios no cosechen repercusiones personales desventajosas por decir lo que dicen. Son discursos que, en la práctica, principalmente sirven para sostener la forma de vida de esos mismos funcionarios y, por extensión, permiten reafirmar en general la necesidad de los desempeños de semejante universo discursivo por parte de instituciones similares. La *manera* en que ellos hablan, y por hacerlo en *donde* lo hacen, les permite servirse de esos discursos como instrumento para, ante todo y por encima de todo, obtener así excepcionales beneficios propios. Se trata, principalmente, de la burocracia (diplomáticos, juristas, variado personal de apoyo) que habla sobre derechos humanos para cumplir

con sus cargos en organismos pertenecientes a, o directamente vinculados con, la madeja institucional del Derecho Internacional Público: ONU, UNESCO, OEA y muchos más. Así, en América Latina: Corte y Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad para la Paz, etcétera. Los beneficios *reales* que del funcionamiento de tales instituciones puedan seguirse para significativos grupos de terceros son mínimos, casi siempre.

La situación socialmente privilegiada de esos locutores depende, en todo o en parte, justamente de que ellos sepan limitarse a presentar unos discursos-DH que sepan respetar, por lo general, la condición de ser tan vagos y genéricos como para molestar muy poco a los gobiernos. Por ser estos últimos quienes financian las actividades de esos organismos y también quienes colocan a tales personas en dichos cargos, es natural que, para ser designadas, ellas deban haber pasado previamente por el filtro de acreditarse como poco “incómodas”. Se da por sobreentendido que estos funcionarios están ahí para producir, a cambio de los envidiables beneficios personales que comporta el desempeño de sus cotizados puestos⁴, una literatura que en general no sea mucho menos inofensiva, por su vagaroso nivel de abstracción, que la de los propios instrumentos internacionales de derechos humanos. Esas formas de hablar sobre derechos humanos responden a juegos lingüísticos cuya “gramática” (Wittgenstein) está delineada de modo tal que resultan ser, en general, todo lo celestiales o eufemísticos que hace falta para no molestar a nadie, o a casi nadie: fórmulas vacías, platonismo de las reglas, lenguaje básicamente emocionalizante y escasamente empírico-descriptivo, prescindencia de consideraciones sociológicas fundamentales, múltiples expedientes lingüísticos escapistas⁵.

⁴ Como condición previa, *sine qua non*, esas personas tienen que disponer de excelentes relaciones personales en el seno de las esferas gubernamentales de su propio país, pues necesitan ser propuestas por él mismo en esos foros; más aún, allí los diplomáticos de este han de saber luchar no menos hábil que firmemente –contra los juegos de influencias utilizados, a su vez, en favor de candidatos de otros países– para obtener tal designación.

⁵ Para las investigaciones sobre derechos humanos que tienen lugar en el marco de esas instituciones se aplica muy bien, por lo habitual, esta observación de índole general: “Las instancias interesadas son muy conscientes de que la honestidad científica del investigador puede entrar en conflicto con sus intereses. Por tal motivo es cada vez más frecuente que las industrias, asociaciones de intereses, ministerios y otras autoridades centrales realicen bajo la propia dirección, mediante centros de investigación subordinados a ellos, las investigaciones teóricas que necesitan. Saben muy bien que es posible que el investigador libre llegue a conclusiones “falsas” (esto es, teóricamente, libres de prejuicios), y por eso emplean preferiblemente a un investigador que se halle bajo su dependencia directa y cuya actividad esté controlada por ellos. De todos modos, un hombre a sueldo que entienda su oficio cederá, en general, solo hasta cierto límite a los intereses que ejercen presión sobre él. Entre el saber especializado y la conciencia moral del especialista existe una relación bastante estrecha; y si el investigador a sueldo es ciegamente dócil, entonces, por lo común, es de un calibre técnico tan pobre que sus servicios

Es verdad que los mencionados organismos también producen algunos pronunciamientos sobre situaciones concretas relativas a derechos humanos, incluso pueden llegar a condenar a un gobierno por haberlas provocado o permitido. Pero eso lo formulan en términos tan diplomáticos, y se da en casos tan poco numerosos (escasos son los países “regañados”, ni lo son frecuentemente), que aun tales condenas, aunque levanten reparos oficiales del gobierno que las recibe, pueden ser toleradas por este, máxime teniendo en cuenta lo intrascendentes que ellas resultan en la práctica macrosocial. Los fabulosos presupuestos dedicados a la financiación de tales organismos –costos entre los cuales cuenta, en no pequeña parte, el rubro para pompas y gastos suntuosos en general– no guardan proporción alguna con las medidas de protección *real* para derechos humanos que resultan de su funcionamiento. Generalmente los países hacen lo que hacen, en esa materia, sea o no que ello reciba la bendición de tales instancias internacionales⁶. Si se aceptara estimar el “rendimiento” de cada una de esas instituciones en función del monto total a que alcanzan los daños concretos evitados o reparados en virtud de condenas internacionales, es seguro que el costo de esas reparaciones no alcanza ni cercanamente a un millonésimo de lo que se gasta para mantener semejantes aparatos⁷.

En síntesis: aquellos que viven *de* los derechos humanos están constreñidos, por su misma posición personal institucional, a pronunciar unos discursos-DH que, en general, consisten en *no poner el dedo en la llaga* sobre las cuestiones *prácticas* más candentes y abundantes que afectan al ejercicio concreto de esos derechos en cada país; en el mejor de los casos, lo ponen muy excepcionalmente y siempre de maneras convenientemente eufemísticas.

tienen escaso valor”. [Theodor Geiger, *Ideología y verdad* (trad. del al., Margarita Jung; rev. técn., Edgardo Albizu), Amorrortu, Buenos Aires, 1972: 102].

⁶ Qué alcances *reales* tiene la “justicia” brindada por el Derecho Internacional en materia de derechos humanos, eso ha quedado de manifiesto una vez más, ahora del modo más cínicamente público (marzo 2000), en las no menos payasescas que hipócritas idas y vueltas del gobierno inglés para conseguir escudar como sea y contra quien sea –¡aun a pesar de lo resuelto en sus propias instancias judiciales!– nada menos que al archicomprobado responsable directo principal de las violaciones al por mayor de esos derechos durante dos décadas en Chile. Luego las piruetas judiciales para no castigarlo pasaron a, y continúan aún en, este último país.

⁷ Si mi presunción no está en lo correcto, gustoso efectuaría la rectificación correspondiente si alguno de estos organismos aceptara someter a examen público sus cuadros presupuestarios y ello permitiese comprobar que no tengo razón. Otro ejemplo reciente: el costosísimo tribunal instalado en La Haya para papeleo sobre los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia.

III. ¿Quiénes viven *para* los derechos humanos?

Las violaciones más comunes y graves de derechos humanos suelen realizarlas funcionarios estatales o ser favorecidas por inactividades de estos. La defensa de aspectos muy importantes para la realización *práctica* de esos derechos, en un país dado, pasa por la necesidad de enfrentar, justamente, a las autoridades de ese mismo Estado, incluso a quienes ocupan allí las posiciones más elevadas. Casi siempre tales violaciones tienen lugar contando al menos con la tolerancia de estos mismos. No es de extrañar, pues, que quienes actúan para tratar de impedir tales violaciones, o para que reciban castigo los funcionarios estatales responsables de ellas, no sean precisamente “bien vistos” en las esferas gubernamentales; hasta es posible que las vidas de aquellos lleguen a correr peligro, máxime cuando actúan en países donde los hechos denunciados son de máxima gravedad.

De las organizaciones que toman a cargo tales defensas, bien puede decirse que, verdaderamente, viven *para* los derechos humanos; si bien, claro está, sus miembros no viven solamente para esto. Los que forman parte de ellas no serán propuestos por su país, ni podrían ser aceptados por los representantes de otros países, para ocupar puestos como los usufructuados por quienes cuenten con suficientes simpatías y toda clase de influencias personales en círculos del gobierno. A diferencia de estos últimos, la “forma de vida” correspondiente a los discursos-DH de los locutores-“para” comprende, a menudo, la posibilidad de sacrificarse por terceros. De ahí que los juegos de lenguaje de tales discursos no suelen consistir en vaguedades y eufemismos: no se conforman con efectuar unas inofensivas declaraciones de principios generales, pues presentan denuncias no menos *concretas* que severas, aun contra el gobierno del propio país a que pertenecen dichos locutores. Es el caso de las Comisiones de Derechos Humanos que funcionan en el interior de distintos países, pero también de algunas entidades internacionales —¡no las oficiales!— como Amnistía Internacional y Americas Watch; o sea, solo unas organizaciones que guardan verdadera independencia con respecto al prudentísimo entramado diplomático-burocrático en que consisten las instancias del Derecho Internacional Público.

En síntesis: no menos las formas de vida que los contenidos semánticos mismos de los juegos de lenguaje cultivados por quienes viven *para* los derechos humanos, difieren radicalmente de cuanto hacen y cuanto dicen aquellos que, en cambio, viven *de* (discursar *in genere* sobre) tales derechos⁸.

⁸ No quiere decir, claro está, que aun entre los locutores-“para” falten quienes persiguen también unos beneficios personales basados en su actividad: posiciones de poder en esas organizaciones y sueldos por ocuparlas, invitaciones a reuniones en otros países, intervenciones

IV. ¿Quiénes viven *con* los derechos humanos?

En cierto modo, cada persona vive “con” todos o parte de esos derechos, aquellos que el ordenamiento jurídico de su país fija a título de derechos fundamentales⁹. Cotidianamente ejercemos, en unas u otras medidas, derechos de ese tipo; y hay, desde luego, ocasiones en que hablamos de ellos, sea sobre los propios o los de terceros. Evidentemente, eso no es más o menos lo mismo que las formas de vida específicas y los discursos específicos que caracterizan a los locutores referidos en los dos numerales precedentes. En las maneras corrientes de vivir con los derechos humanos, el hacerlo no desempeña, por lo general, un papel *discursivo* protagónico en las actividades de quienes los tienen (real o supuestamente). Estos no viven de hablar sobre eso, así como tampoco suelen ocuparse del asunto más allá de lo concerniente a su propia esfera personal. En una palabra, vivimos con tales derechos sin preocuparnos de discursar al respecto.

Mas aquí deseo referirme en particular a un grupo mucho más restringido de personas que viven “con” los derechos humanos. Unas que, aun cuando no viven principalmente *de* esos derechos ni tampoco hacen mucho *para* defender su ejercicio en la práctica por parte de terceros, empero no dejan de emitir, también ellas, ciertos *discursos* especiales sobre la materia. Se trata de conductas lingüísticas desempeñadas para funciones de carácter sustancialmente académico: estudios doctrinarios (filosóficos o de dogmática jurídica), cursos, conferencias, congresos, y en general actividades similares¹⁰.

Es verdad que esta clase de discursos-DH no dejan de ofrecer señaladas similitudes, muchos de ellos, con los del tipo-“de”, pues tampoco aquellos cumplen unas funciones sociales combativas como las del tipo-“para”. Sin embargo, como las formas de vida de esos locutores, a diferencia del tipo-“de”, no dependen fundamentalmente del beneplácito del mundo diplomático, tales discursos pueden llegar a presentar –a veces sí, a veces no– ciertas características propias: a) eventualmente, formulan críticas que difícilmente serían toleradas en las esferas-“de” (tal, justamente, el objeto del presente estudio); b) elucidan unas pedanterías (p. ej., toda especie de disquisiciones sobre el “fundamento” de esos derechos¹¹) que no suelen importar para for-

públicas que halagan su vanidad, etc. Mas no por ello desaparecen las fundamentales diferencias señaladas arriba: la gran mayoría de ellos no suelen tener la lucrativa y nada riesgosa vida de los burócratas internacionales, sus discursos enfrentan realmente a instancias de Poder, es gente “incómoda”.

⁹ Tal afirmación es correcta aun dejando de lado toda imaginaria acerca de que esos derechos serían innatos o naturales, el esencialismo en los estudios sobre la materia: véase Haba 1983.

¹⁰ Así, p. ej., mis propios estudios sobre la materia.

¹¹ He explicado por qué son no menos artificiosas que inocuas tales discusiones, y en general los estudios al respecto, en Haba xxxx/a: § VI. (¿”Fundamento” para los derechos humanos?:

mular los discursos-“de”, si bien no está descartado que lleguen a asomar secundariamente aun en algunos de estos.

Dada la relativa independencia de sus locutores, los discursos-DH del tipo-“con” están en condiciones de ser más libres, y desde luego mucho menos manipulados, que los del tipo-“de”. Los primeros pueden, por eso, darse el lujo de ostentar mayor “vuelo” intelectual que los segundos, y hasta poner de manifiesto cuestiones teóricas “incómodas” que estos otros disimulan o simplemente ignoran. Esta mayor libertad intelectual permite que, cuando aquellos discursos son llevados a cabo por locutores con más talento y conocimiento teóricos que lo requerido normalmente para desempeñar las funciones discursivas de la burocracia internacional, el resultado pueden ser unos análisis señaladamente más profundos –y también, en su caso, más realistas– sobre aspectos claves para *entender* cuestiones de derechos humanos.

No quiere decir, claro está, que esos locutores de los discursos-“con” sean completamente “desinteresados”, constituyéndose en una especie de ángeles teorizadores que responden a motivaciones pura y exclusivamente intelectuales. También ellos no dejan de extraer ventajas personales, sus propias formas de vida, en función del hecho de desempeñar esos específicos juegos lingüísticos para la materia. Pero estas ventajas –sueldos como profesores, prestigio social, vanidad de publicar artículos y libros, participación en actividades académicas a las que son invitados desde el extranjero– no suelen quedar atadas de manera general a sus discursos-DH. Esos locutores no dependen básicamente de los cuidados que requiere moverse dentro del mundo diplomático y contar con beneplácito en las esferas de gobierno. De hecho, las ventajas características de su forma de vida pueden obtenerlas igualmente, o las obtienen ya, hasta principalmente, realizando actividades discursivas concernientes a *otras* esferas del quehacer académico donde las presiones gubernamentales intervienen poco o nada (principio de la libertad de cátedra en Universidades, autonomía de estas) o ejerciendo ciertas profesiones liberales. Dicho sin ningún eufemismo: esos locutores-“con”, a diferencia de los locutores-“de”, no necesitan hablar *justamente* de derechos humanos para “pasarla bien”. Que lo hagan o no lo hagan, no resulta decisivo para permitirles mantener, en general, las ventajas normales de las formas de vida que cultivan típicamente las personas de su gremio¹².

¡pseudoproblema!). Sobre todo, téngase muy presente la categórica observación de Topitsch recogida en el encabezamiento del presente trabajo.

¹² *Acotación de orden personal.*– Permítaseme el realismo –y la inmodestia, acaso el cinismo– de mencionar mi propio caso como testimonio. A pesar de haber publicado no poco sobre la materia, mi “forma de vida” es, y siempre fue, prácticamente igual que si nunca me hubiera ocupado de la temática-DH. Ni mis recursos económicos ni en general mi estatus social

He ahí la razón de “vida”, ni más ni menos, porque los discursos-DH emanados de la clase-“con” tienen la posibilidad de ir señaladamente *más allá*, tanto en perspicacia como en audacia, que los emanados de la clase-“de”: sobre los primeros no recaen las trabas de los segundos. Por eso los locutores-“con” pueden tener la osadía de elucidar aspectos de la problemática-DH que tienen contenido desmistificador, esto es, poner de manifiesto los simplismos y en general las disimulaciones en que normalmente consisten los discursos oficiales de la materia, sean nacionales o internacionales. Sí, locutores de esa clase *pueden* hacer eso, pero... ¡no menos cierto es, también, que muy a menudo tal posibilidad resulta ser, en manos de ellos, apenas una oportunidad perdida¹³!

* * *

Desde el punto de vista práctico, los discursos-DH del tipo-“con” –así el presente estudio– son unos juegos de lenguaje que principalmente están destinados, de hecho, a poner en movimiento el mundo semántico de los intercambios de ideas en el mundo universitario. Ellas son, como gran parte de los desempeños lingüísticos universitarios o parauniversitarios, unos fenómenos de orden esencialmente *cultural-académico*. Solo en caso de que, por virtud de azares que son imprevisibles de antemano, unos u otros de esos contenidos intelectuales logren “prender” en la conciencia de quienes tienen el *poder* –locutores autorizados: políticos, juristas, aparatos burocráticos– para manejar el discurso institucional de esos derechos, solo entonces lo elucidado en tales estudios puede pasar de la teoría a la práctica. Pero ello es, después de todo, el destino de todo estudio científico, en el terreno que

han experimentado variaciones sensibles por escribir también acerca de ella, fuera de hacerlo sobre unas cuantas otras cosas. Disfruto exactamente de los mismos privilegios –los de muchos catedráticos universitarios, de las más variadas disciplinas– al ocuparme de eso, que si mis divagaciones se hubieran concentrado nada más en cualesquiera otros temas de teoría del derecho o filosofía en general. Es tal independencia, solo ella, lo que me ha permitido presentar impunemente –esto es, sin arriesgarme a ver disminuidos dichos privilegios– unos análisis críticos *sin ningún tipo de concesiones*. Críticas como *esas*, sean o no acertadas, ningún locutor-“de” ni quienes aspiren a serlo, o en general a quedar bien con estos (fuente de invitaciones, etc.), podrían ellos darlas a conocer públicamente sin poner en jaque su “carrera” como tal. – Aco-tación: durante año y medio (1982-1983) llegué a trabajar como investigador en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, recibiendo US\$ 1.000 mensuales como remuneración total; para no dejar inconclusa la elaboración de buena parte de mi *Tratado* sobre la materia, esto es, que pudieran aparecer al menos sus dos primeros tomos (Haba 1986f), trabajé todavía unos dos años más, sin percibir remuneración alguna por esto. Después, en la preparación del tomo III (Haba xxxx/b) no tuvo intervención alguna dicho Instituto; para ello he dedicado parte de mi tiempo como profesor de la Universidad de Costa Rica (1997-2000).

¹³ En efecto, no pocos profesores universitarios se limitan, cuando dan cursos o escriben sobre derechos humanos, a decir poco más o menos lo mismo que los burócratas internacionales de la materia. Eso es así especialmente en las Facultades de Derecho, mas tampoco falta en cursos de Ciencias Políticas, Filosofía general y otros.

sea. Las resoluciones en cuanto a recurrir o no en la práctica a determinados instrumentos del pensamiento, en última instancia suelen depender de círculos de locutores cuyas decisiones responden a dinámicas psicosociales de muy variada índole, sustancialmente extra-científicas.

V. De la “gramática” a unas “formas de vida”, en la retórica de los derechos humanos¹⁴

Los numerales anteriores pusieron de manifiesto relaciones decisivas entre los contenidos –“juegos de lenguaje”– de los discursos-DH y unas condiciones propias –“formas de vida”– que caracterizan respectivamente a sus tres más típicos grupos de locutores. Ahora bien, dichas relaciones están basadas sobre, y se inscriben dentro de, una gran capa de fenómenos lingüísticos psicosociales de alcance mucho más extendido. No se trata simplemente de qué dicen y cómo viven los protagonistas mismos de esos tres grupos especiales, pues las conductas discursivas de estos dependen fundamentalmente de dinámicas discursivas sociales susceptibles de hallar eco asimismo en variados sectores que pueden constituir sus auditorios *externos*. Tales discursos necesitan estar en condiciones de armonizar con la opinión pública y, dentro de esta, con el sentir de ciudadanos que ocupan puestos claves en importantes fuentes de financiamiento: las ofrecidas por instituciones públicas u organizaciones privadas, aunque el objetivo propio de ellas no sea desempeñar aquellos discursos especializados. Los juegos de lenguaje-DH que llevan a cabo sus locutores especializados dependen sustancialmente, sutilezas dogmáticas aparte, de una mentalidad-DH que se halla difundida de manera bastante general entre quienes viven en los países dominantes del mundo occidental, y hasta es acogida por importantes sectores de sus países subdesarrollados.

Ahora bien, como esos juegos de lenguaje forman parte del lenguaje popular de la política, ellos no pueden menos que responder a las condiciones propias de los “universos simbólicos” que conforman la “construcción social” (Berger/Luckman), sustancialmente mito-fabuladora, de las ideologías en general¹⁵. De ahí que toda manera propiamente *racional*¹⁶ de analizar y

¹⁴ Este numeral está conformado principalmente con extractos de Haba 1993b, § VIII, ahora vertidos en español.

¹⁵ Cf. la indispensable obra de Peter L. Berger y Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad* (trad. Silvia Zuleta, rev. técn. Marcos Giménez Zapiola), Amorrortu, Buenos Aires, 1968. Véase también, con referencia específica al pensamiento jurídico y político, el iluminador libro de Thurman W. Arnold, *The Symbols of Government*, Harbinger Book, New York, 1962 [ed. or. 1935].

¹⁶ Por supuesto, la palabra “racional” tiene más de un sentido (cf. E.P. Haba, “Rationalité”, *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et Sociologie du Droit*, pp. 337-340, L.G.D.J., París, 1988). Pero aquí puede bastar con señalar que arriba se usa ese término para hacer referencia

manejar el discurso y la práctica de los derechos humanos, en general, tiene escasas posibilidades de ser acogida por los locutores de esos discursos. También es así, señaladamente, entre los políticos y los especialistas del Derecho Constitucional o el Internacional.

La función social real del discurso jurídico no es solamente tratar de asegurar cierto orden de conductas sino también, no hay que olvidarlo, hacer aparecer como *legítimas* las soluciones que corresponden a ese orden y, por tanto, la palabra de sus operadores oficiales, autoridades públicas. Para obtener tal resultado se hace necesario que ese lenguaje sea de índole esencialmente retórica, antes bien que constituir un discurso científico propiamente dicho¹⁷, pues se trata, sobre todo, de “apaciguar” unas contradicciones sociales tan fundamentales como aquellas de que tratan los derechos humanos. La doctrina corriente acerca de estos derechos disimula el carácter esencialmente irreconciliable de semejantes contradicciones, esto es: los sacrificios de unos derechos humanos para privilegiar otros y el hecho de que, en la práctica, las regulaciones *en favor* de tales o cuales derechos humanos favorecen a unas personas en perjuicio de otras¹⁸.

No obstante, aun cuando esos discursos son, forzosamente, poco “serios” desde el punto de vista *científico*¹⁹, esto no impide que puedan conse-

principalmente a unos modelos de razonamiento aceptados *intersubjetivamente* en comunidades *científicas*, sea para ciencias en sentido estricto o en las sociales; y tratándose de estas últimas, en especialidades donde, a diferencia de aquellas donde funciona la argumentación jurídica corriente, entre sus locutores sean de poco recibo los ardidés retóricos. [Véase E. P. Haba, “Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible?”, publ. en dos sitios: *Doxa*, N^{os} 7 (pp. 169-247) y 8 (pp. 241-270), Universidad de Alicante, 1990; versión corregida y ampliada, *Revista de Ciencias Jurídicas*, N^{os} 66 (pp. 67-134) y 67 (pp. 169-244), Universidad de Costa Rica, 1990.]

¹⁷ Véase dos estudios míos: “Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor! Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual Teoría del Derecho” [*Doxa*-14, 1993, pp. 269-317; hay versión en francés, algo abreviada, “Pas assez “épistémologique” ... mais pourtant bien vu ! Du manque de réalisme dans l’actuelle Théorie du Droit – et de ce qu’elle pourrait apprendre d’un juriste d’antan”, *Archives de Philosophie du Droit*, t. 42, 1997, pp. 101-116] y “Una discusión: ¿Quiénes son los “irracionalistas” en la Teoría del Derecho? (Por qué algunos no confiamos en que sean tan “racionales”, ni “razonables”, los enfoques hoy dominantes en esa Teoría)” [*Doxa*-19, 1996, pp. 385-402]. Versiones revisadas y algo ampliadas de estos trabajos forman parte de AA. VV. (ed. José F. Palomino Manchego), *Discusión sobre el carácter anticientífico del Derecho* (De Kirchmann a la discusión epistemológica actual), Grijley, Lima, 1999.

¹⁸ En más de un sitio he procurado llamar la atención sobre la existencia de no menos múltiples que insalvables contradicciones entre derechos humanos de unas personas y derechos humanos de otras, entre libertades de unos y libertades de otros: esto es, el carácter *no unitario* ni armónico de los contenidos que presenta la categoría general derechos humanos” (en relación con el mito del Bien Común y similares). Véase mis estudios: 1976 (esp. caps. II.B y V), 1984b (esp. sec. II y pp. 198-192), 1986f (esp. §§ 11.V-VI, 23.II, 65.I y 64.III), 1993a, 1993b (esp. §§ V-VII) y 1995.

¹⁹ Por “científico” corresponde entender, aquí, los discursos que tengan el nivel (relativo) de *seriedad* que suelen presentar los de las ciencias sociales en general: lingüística, sociología, etc.. Véase también *supra*: nota 13.

guir –a veces sí, a veces no– realizar de maneras más o menos aceptables lo que constituye su *función propia*: son puestos en juego tanto para reforzar como para limitar el ejercicio de tales o cuales prerrogativas denominadas “derechos humanos”. Las definiciones y las interpretaciones de “derechos humanos” constituyen unas *façons de parler* (retóricas) dirigidas a convencer (retóricamente) a variados auditorios –según los casos: a un juez, a instancias del gobierno, a la opinión pública o sectores más circunscritos– para hacer reconocer como eminentemente exigible que los individuos puedan y deban actuar de determinadas maneras, las que se acepte como imputables a ese membrete muy persuasivo.

Puesto que se trata de indicaciones para la conducta, y dado que en general las personas actúan en función sobre todo de mecanismos de la vida emocional e ideologías²⁰, es natural que, para lograr verdadera influencia social, ahí se recurra a un lenguaje suficientemente simplista y emotivo, ciertas clases de discursos que por su propia naturaleza *no estén* sometidos al rigor de la racionalidad científica normal. Los juegos de lenguaje que se dirigen principalmente a ejercer influencia sobre la dinámica de las *actitudes* de la gente, así los discursos-DH, no pueden ser del orden de aquellos que se dirigen al “frío” *intelecto* de los hombres de ciencia, allí donde estos piensan en calidad de tales. Pero a pesar de –o más bien: ¡por!– su carácter poco científico, tal vez ese lenguaje constituya, al fin de cuentas, un “mal menor” para el discurso político y el jurídico: esto es, si al fin y al cabo la endeblez racional de esos discursos es puesta al servicio de finalidades prohumanistas.

La retórica en cuestión es indispensable para poner en movimiento dichos derechos, pues se necesita convencer de proceder, o de aceptar que otros procedan, en tal o cual sentido. Entonces tal convicción necesita ser despertada o reafirmada ante auditorios que son (o dicen ser) sensibles –por lo menos en principio– a esa terminología justamente. Quien conozca bastante bien la “gramática” de esos derechos se encontrará mejor armado para

²⁰ Véase mi serie de artículos sobre la concepción “misionera” de las ciencias sociales: *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Costa Rica, N^{os} 64 (junio 1994: 109-119), 70 (dic. 1995: 68-81), 71 (marzo 1996: 73-86), 72 (junio 1996: 171-186), 73-74 (set-dic. 1996: 145-157). Algunas ideas centrales de esa serie se recogen en mi estudio: “Variantes del pensamiento escapistista en una moderna “Santa Familia”: sobre Rawls, Habermas, etcétera (Acercas de la concepción “misionera” para las ciencias sociales)”, *Sistema* 137 (marzo 1997), pp. 109-125, Madrid; el resto forma parte de una versión revisada y ampliada que he presentado bajo el título “Entre tecnócratas y *wishful thinkers*”, en J. R. García Menéndez (Coord.), *En la encrucijada del neoliberalismo*, pp. 51-148 [lamentablemente, con omisión del sumario analítico inicial], IEPA-LA Editorial 2000 (Colección Textos n^o 21), Madrid, 2001. Vuelvo aún sobre ello en un estudio inédito: “*El extraterrestre racionador*. Teoría social en tanto que mero divertimento discursivo (Sobre la neoescolástica social de J. Rawls como paradigma de teorización alienada)”.

extraer retóricamente, de los textos oficiales o doctrinarios invocables, unas conclusiones que vayan en el sentido de la ideología que él profesa y, en su caso, para proteger los intereses de las personas que él se proponga apoyar mediante unos discursos-DH. En eso consiste el estudio “técnico”-jurídico de la materia. Es aprender a conocer y manejar unas colecciones de *topoi* (lugares) argumentativos para *elegir* cómo entender los derechos invocados; vale decir, para manipular los complejos y contradictorios juegos de posibilidades lingüísticas subyacentes a las fórmulas vacías, o semivacías, en que las formulaciones oficiales de derechos humanos están centradas²¹. El intérprete les hará *decir*, mediante las interpretaciones elegidas, lo más conveniente para aquellas formas de vida que *él* prefiera hacer derivar –con credibilidad– de los textos invocados.

La “gramática” de cada uno de esos derechos es el cajón de sastre que retóricamente sirve para legitimar la *elección* semántica efectuada por el intérprete, permitiéndole imputarla al derecho en cuestión. Hace aparecer como si el resultado de tal elección, la forma de vida así legitimada, fuera simplemente inferida ni más ni menos que de unas verdades ontológicas; o que, sea como sea, ello se encontrase impuesto por un sentido preestablecido en forma absoluta, que el locutor presenta como inmanente a la letra de cierto precepto de derecho positivo. Claro que esa elección del intérprete no responde simplemente a su capricho personal, no está libre de límites también ella. Siempre se halla muy influenciada, sea en unos u otros grados y maneras, por las ideologías políticas y los intereses dominantes en la colectividad de la cual ese intérprete se presenta como portavoz. Mas esto no quita que, *dentro* de dichos límites, las respuestas interpretativas puedan ser distintas, pues dichas ideologías no son uniformes: contienen tanto elementos que legitiman el arbitrio de las autoridades, así como también otros reivindicables como barreras que se interponen contra estas mismas. De ahí que las ficciones características del discurso-DH –esencialismos, fórmulas vacías y otros expedientes lingüísticos vago-emocionalizantes– se puedan invocar para frenar unas intervenciones del Poder que se estiman excesivas (discusiones sobre el alcance de tales o cuales derechos individuales liberales), e incluso –más excepcionalmente– para apoyar otros fines sociales valiosos (protección de derechos económicos de sectores no privilegiados), si las condiciones materiales e ideológicas de la sociedad considerada lo permiten²².

²¹ Véase Haba: 1984a, 1985a (Secs. I y II), 1986f (esp. § 11.III-IV y cap. III), 1993a (esp. §§ II y III) y 1993b (esp. §§ II-V).

²² Sobre la decisiva importancia de no olvidarse de las primeras, cf. esp. Haba 1995.

Síntesis.— De las definiciones de los derechos humanos a la gramática de sus variadas interpretaciones, pasando por la letra de los textos oficiales invocados, hay un *continuum* retórico del cual se hace amo el intérprete. Por tanto, ahí resulta decisiva la ideología en que crea este y las presiones sociales a que se encuentre expuesto. Es *él*, sobre todo tratándose de los intérpretes *autorizados*, los funcionarios públicos competentes, quien llena esos derechos con las formas de vida que él mismo, y las fuerzas sociales que él representa mediante esa interpretación, *eligen* como sentido práctico de tales derechos. Sin embargo, a pesar de su carácter fundamentalmente retórico, *extracientífico*, los discursos-DH pueden ser recomendables, según criterios de valor propios de la tradición iushumanista²³, con vistas a la dimensión pragmática de ese lenguaje. Esto último no se da sino cuando las opciones interpretativas tomadas por las autoridades que deciden la manera de *aplicar* esos derechos —legislador, administración, jueces— van en el sentido de una promoción real de su puesta práctica como conductas sociales cotidianas, las “formas de vida” en cuestión.

VI. Conclusiones cardinales

(i) La práctica de las relaciones sociales no es susceptible de ser determinada, esencialmente, por unos discursos científicos. Ella es, por encima de todo, asunto de “construcciones” sociales que dependen de mitos y en general de ideologías. Las elecciones fundamentales, para esa práctica, no se plantean como cuestión de optar entre cierta ideología y un lenguaje científico, sino únicamente entre las ideologías mismas o entre variantes en el interior de alguna de ellas.

(ii) La ideología de los derechos humanos es actualmente un lenguaje dominante para la retórica del discurso político público. Mas esa ideología admite distintas versiones, de acuerdo con la manera como se defina, así sea implícitamente, cada uno de esos derechos y según las *diversas* interpretaciones de los conceptos indeterminados en que se centra la definición aceptada.

(iii) Son los intérpretes autorizados, en cada país, quienes *eligen* entre las versiones posibles. Esta elección se opera dentro del margen de vaguedad tolerado por las precomprensiones lingüísticas del auditorio, es decir, las de las fuerzas sociales presentes, en tal o cual nivel jurídico: legislación, administración, tribunales u otras instancias. La gramática de los juegos de lenguaje llamados “derechos humanos” consiste justamente en permitir esas opciones a los intérpretes, quienes pueden remitirse así a tales derechos para apoyar ya sea unas u otras formas de vida. Todo el mundo echa mano

²³ Cf. Haba 1986f: § 22 y *passim*.

a ese apoyo, retóricamente, en defensa de sus propias ideologías o intereses. Los intérpretes que disponen del poder o de la credibilidad necesarios son quienes logran imponer su interpretación en la práctica social. Mas esos intérpretes también están sometidos, ellos mismos, a limitaciones sociales: ideologías, presiones.

(iv) Todas las definiciones e interpretaciones de los derechos humanos son convencionales –por tanto, elegidas– y básicamente extracientíficas. Mas ello no impide que, como esos discursos están llamados a desempeñar un papel en los conflictos entre intereses sociales contrapuestos, aquellas puedan tener su *utilidad práctica* para apoyar retóricamente unas soluciones políticas y jurídicas que puedan estimarse deseables. Por otro lado, la vaguedad de las nociones claves de tal lenguaje hace que sean empleadas para disimular las contradicciones sociales fundamentales e incluso para legitimar, en su caso, medidas de represión decididas por las autoridades estatales.

(v) El contenido mismo (semántica) y los alcances reales (pragmática) de los discursos-DH dependen directamente, entre otros factores, también de las maneras como esos discursos estén en condiciones de repercutir sobre las formas de vida de sus *proprios* locutores. Esas formas de vida constituyen, de hecho, un filtro en virtud del cual cada clase de locutores-DH se ocupa típicamente de ciertas cuestiones, y prefiere dejar de lado otras, entre la infinita maraña de aspectos –tanto los semánticos como los pragmáticos– comprendidos bajo la caleidoscópica etiqueta “derechos humanos”. De ahí que, para entender esos discursos en perspectiva realista, y sobre todo para estar advertido también sobre sus silencios, importa empezar por preguntar, antes que nada: ¿de qué *viven* los que hablan de “derechos humanos”?²⁴

²⁴ El presente trabajo corresponde, con leves correcciones, al texto incluido en el número inicial del sitio virtual PAL (*Pensar América Latina*): <http://www.unifr.ch/derechopenal/novedades.htm>.

Estudios

(Trabajos del autor del presente artículo concernientes a la temática de los derechos humanos)

- [1976] **LA IDEA DE TOTALITARISMO Y LA LIBERTAD INDIVIDUAL.** *Autopsia de una noción mistificadora* (Pról. León Cortiñas-Peláez); Temis, Bogotá, 1976, xxxiv-256 p.
- [1977] **DERECHOS HUMANOS, LIBERTADES INDIVIDUALES Y RACIONALIDAD JURÍDICA** (Algunas observaciones de orden metodológico); *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 31 (enero-abril 1977), pp. 159-180, Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho)/Colegio de Abogados, San José. Versión francesa: **DROITS DE L'HOMME, LIBERTÉS INDIVIDUELLES ET RATIONALITÉ JURIDIQUE** (Quelques remarques méthodologiques); *Archives de Philosophie du Droit*, t. 25 (1980), pp. 325-344, Sirey, Paris.
- [1983] **¿DERECHOS HUMANOS O DERECHO NATURAL?** (Metacrítica de una crítica iusnaturalista a la noción de "derechos humanos"); *Anuario de Derechos Humanos* 2 (marzo 1983), pp. 203-229, Universidad Complutense/Facultad de Derecho-Instituto de Derechos Humanos, Madrid.
- [1984a] **DROITS DE L'HOMME, CONCEPTS MOUVANTS, IDÉOLOGIES**; *Archives de Philosophie du Droit*, t. 29 (1984), pp. 323-339, Sirey, Paris.
- [1984b] **DOCTRINA IDEAL Y DOCTRINA REAL DE LA SEGURIDAD NACIONAL**; en *Los derechos humanos y su protección por parte del Estado. Memoria del Primer Congreso Mundial de Derechos Humanos* (1982), vol. IV, pp. 153-203, Imprenta Nacional, San José (Costa Rica), 1984.
- [1985a] **INTERPRETACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS. EL PROBLEMA DE LOS CONCEPTOS INDETERMINADOS Y LA DOCTRINA DE LA SEGURIDAD NACIONAL, EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO**; *Anuario de Derechos Humanos* 3, pp. 89-135, Universidad Complutense/Facultad de Derecho-Instituto de Derechos Humanos, Madrid, 1985. Las Partes I y II de ese estudio pasan a ser desarrolladas de modo mucho más amplio en el cap. III de [1986f]; la Parte III coincide con la Parte I de [1984b].
- [1985b] **DIMENSIONES CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA:**
(I) **PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**; *Revista Judicial*, Año X/N° 35 (dic. 1985), pp. 53-71, Corte Suprema de Justicia, San José (Costa Rica).
- [1986a] **DIMENSIONES CONSTITUCIONALES...: (II) ESTADOS DE EXCEPCIÓN**; *Ibid.*, N° 36 (marzo 1986), pp. 81-100.
- [1986b] **DIMENSIONES CONSTITUCIONALES...: (III) LIBERTADES DE EXPRESIÓN**; *Ibid.*, N° 37 (junio 1986), pp. 65-89.
- [1986c] **DIMENSIONES CONSTITUCIONALES...: (IV) DERECHOS ECONÓMICOS**; *Ibid.*, Año XI/N° 38 (setiembre 1986), pp. 79-92.
- [1986d] **DIMENSIONES CONSTITUCIONALES...: (V) INCIDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO INTERNO**; *Ibid.*, N° 39 (diciembre 1986), pp. 91-102.
- [1986e] **INTERPRETACIÓN JUDICIAL, POLÍTICA Y DERECHOS HUMANOS**; *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice/Tomo V, pp. 434-442, Driskill, Buenos Aires, 1986.
- [1986f] **TRATADO BÁSICO DE DERECHOS HUMANOS, con especial referencia al Derecho Constitucional latinoamericano y al Derecho Internacional. Examen realista-crítico** – tomos I (Conceptos Fundamentales) y II (Indicadores Constitucionales); Juricentro, San José (C.R.), xlvii-970 p.

- [1988] CONSTITUCIÓN Y EMERGENCIA (Apuntes en torno al proceso constituyente de Nicaragua); *Sistema*, N° 85 (julio 1988), pp. 109-126, Madrid.
- [1993a] RETÓRICA DE “LA” LIBERTAD CONTRA LAS LIBERTADES (Control sobre las libertades, por medio de “la” Libertad como ideología); *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 75 (mayo-agosto 1993), pp. 113-158, Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho)/Colegio de Abogados, San José. Versión corregida y muy ampliada de un estudio aparecido previamente en otros sitios.
- [1993b] DÉFINITIONS, INTERPRÉTATIONS ET PRATIQUE DES DROITS DE L’HOMME. De la “grammaire” aux “formes de vie” dans la rhétorique des droits de l’homme; *Revue Internationale de Sémiotique Juridique/International Journal for the Semiotics of Law*, vol. VI/N° 16 (1993), pp. 3-44, Association Internationale de Sémiotique Juridique/International Association for the Semiotics of Law, Deborah Charles Publications, Liverpool. Exposición corregida y ampliada de las tesis expuestas en el § 11 de [1986f].
- [1995] MAGIA VERBAL, REALIDADES Y SENTIDO FERMENTAL DE LOS, ASÍ LLAMADOS, “DERECHOS” ECONÓMICOS; *Sistema*, N° 125 (marzo 1995), pp. 59-74, Madrid.
- [2000] TOTALITARISMO; *Diccionario Electoral*, t. II, pp. 1211-1217, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José (C.R.), 2000.
- [2003] EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS (Costa Rica), en colaboración con Hugo Alfonso Muñoz Quesada; *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 100 (enero-abril 2003), pp. 25-60, Universidad de Costa Rica.
- [xxxx/a] EN TORNO A LAS FORMAS DE DISCURSEAR SOBRE EL TALISMÁN “DERECHOS HUMANOS” (Un compendio de observaciones poco edificantes con respecto a maneras de decir mucho y no decir nada); en Roque Carrión Wam (editor, compilador), *Derechos humanos/Direitos humanos*. (De las diversas maneras de atraer a los hombres al conocimiento y crítica de sus derechos humanos), Centro Latinoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CELIJS), Facultad de Derecho-Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela (libro en prensa).
- [xxxx/b] TRATADO BÁSICO DE DERECHOS HUMANOS, tomo III (Líneas prospectivas, Índices); manuscrito pendiente de publicación.



DOXA 26 (2003)

UNA LIBERTAD MENOS Y UNA VERGÜENZA MÁS

Uno de los problemas más importantes de la vida universitaria es el de la selección del profesorado al que se encomiendan las tareas que constituyen el núcleo mismo de su actividad. La universidad española, al igual que casi todas las europeas, ha adoptado, con buen criterio, el sistema de la oposición pública y ha encomendado a una comisión de profesores la designación del candidato o candidata que juzgue más adecuado para ocupar la plaza de que se trate.

Como en todo órgano colegiado, las decisiones del tribunal se toman por mayoría y, si ello es posible, por unanimidad. El principio de mayoría es subóptimo con respecto al de la unanimidad, pero no resulta en principio inaceptable. Todo tribunal, desde luego, ha de cumplir con el principio de idoneidad de sus integrantes, pero también con el de imparcialidad y probidad académica. Mientras se respeten esos principios el fallo por mayoría resulta útil para llegar a una decisión académicamente correcta. Lo malo es cuando la mayoría, al violar sobre todo el principio de imparcialidad y faltar a la probidad, impone sus preferencias al margen de cualquier criterio objetivo.

El nombramiento de profesores universitarios exige una gran dosis de imparcialidad y objetividad científica, ya que el personal docente y de investigación designado no sólo adquiere una posición estable dentro de la Administración, sino que asume además la tarea fundamental de la formación de las nuevas generaciones. El destino cultural, profesional y científico de ellas depende pues directamente de la calidad de sus docentes. España, tras la recuperación de la democracia y su incorporación a la Unión Europea, se ha fijado como meta la satisfacción de estándares de calidad que le permitan actuar en paridad con los países más adelantados de Europa. Desde el punto de vista formal la selección de profesores en España no difiere mucho de lo que sucede en Alemania o en Francia. Sin embargo, en la realidad, no son pocos los casos en los que, lamentablemente, factores ideológicos o

relaciones de amistad condicionan el voto de los tribunales de oposición. En algunos casos esta tendencia conduce a designaciones catastróficas que provocan la sorpresa y el escándalo de quienes tienen conocimiento de ellas. No se trata aquí de simples anécdotas sino de formas de comportamiento que afectan a la esencia misma de la actividad universitaria.

Hace pocas semanas en la Universidad de Córdoba se realizó el concurso para cubrir la cátedra de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho. Dos eran los candidatos presentados. Cualquiera lectura, por superficial que fuera, de sus respectivos *curricula* permitía comprobar a todo observador imparcial y medianamente informado la notoria superioridad de uno de ellos. Uno tenía acreditados dos tramos de investigación, el otro ninguno. Uno tenía un historial académico de ciencia y docencia, en España y fuera de España, más del doble que el otro. Los libros de uno, en número de seis, son libros de consulta y referencia sobre los problemas que abordan, y alguno de ellos ha logrado varias ediciones y traducciones; el otro por el contrario solo presentaba en sentido estricto uno, su tesis doctoral, y ¡qué libro!: un disparate ramplón y ayuno de todo fundamento sobre la “necesidad histórica y jurídica” de la llamada Reconquista, editado al parecer privadamente, y en el que a las afirmaciones históricas arbitrarias subyace una concepción de la historia de España que es citada elogiosamente por grupúsculos nazis y bajo la que se esconde un apenas disimulado antisemitismo que le lleva a interpretar la reconquista como la instauración de la razón hegeliana de manos de los españoles indoeuropeos contra los invasores “camito-semitas” de acuerdo con la polaridad amigo-enemigo de Carl Schmitt. Su conclusión final es esta: “La Reconquista se nos presenta como un imperativo jurídico-histórico que demanda la **Razón histórica** hegeliana. No puede considerarse de otro modo. Solo de esta manera cobra sentido”.

Ante tan asombroso panorama era indudable quién habría de ser el designado. Era un simple ejercicio de aplicación de razones académicas y científicas en el uso sensato de la libertad universitaria. Pero como la imparcialidad es a veces un bien escaso en los tribunales de oposición de nuestro país y las afinidades políticas o religiosas, o las simples amistades, priman de vez en cuando sobre la objetividad, la mayoría (formada por los profesores Ignacio Sánchez Cámara, Gregorio Robles Morchón y Ángeles López Moreno) impuso su preferencia votando a favor del peor candidato. Todos los argumentos de la minoría fueron inútiles para convencer a sus colegas de tribunal de la injusticia que esto significaba.

El problema que con ello se plantea no es sólo el de esa injusticia y el consiguiente desaliento de un profesional serio y acreditado. La cuestión es mucho más grave porque votar la incompetencia y la tendenciosidad de ese *vitae* y esas doctrinas no sólo constituye una violación del principio de impar-

cialidad y libertad académica sino también una penosa e innecesaria condena para los jóvenes que tendrán que padecerlo hasta que la jubilación libere, en este caso a la Universidad de Córdoba, de ese “castigo elegido” por la improvisación y la arbitrariedad. No puede sorprender por ello que estos casos no sólo provoquen la indignación que toda injusticia despierta sino que además adquieran la categoría de “escándalo” y vergüenza universitaria. El escándalo de Córdoba ha rebasado, como era previsible, las fronteras académicas españolas y ha despertado la sorpresa de colegas de muchos otros países tal y como puede comprobarse en la lista de universitarios que abajo se incluye.

Un manifiesto de reforma de la universidad redactado en Argentina a principios del siglo XX para la renovación de la universidad de aquella Córdoba terminaba con esta frase: “A partir de hoy Córdoba tiene una libertad más y una vergüenza menos”. Sería de lamentar que en la Córdoba española, a raíz de hechos como el que aquí se menciona, hubiera que invertir el sentido de esta frase y acabar por concluir que su Facultad de Derecho ve incrementadas sus vergüenzas y limitadas sus libertades. Para que ese no sea el caso, es necesario estar alerta y no tolerar la imposición de decisiones cuyo único mérito es el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder de la mayoría contra toda exigencia académica. No debemos silenciar la realización de actos que frustran la práctica de una vida universitaria rigurosa y libre de connotaciones paracientíficas, y no hacen sino conducir a la exclusión de los mejores y a la consolidación de la estéril y peligrosa mediocridad.

Abril de 2003

Firman este escrito los siguientes catedráticos españoles de Filosofía del Derecho:

Aguiló Reglá, Josep	Martínez de Pisón Caveró, Jose M.
Alarcón Cabrera, Carlos	Martínez García, Jesús I.
Asís Roig, Rafael	Moreso Mateos, Josep Joan
Atienza Rodríguez, Manuel	Páramo Argüelles, Juan Ramón
Betegón Carrillo, Jerónimo	Peces-Barba Martínez, Gregorio
De Lucas Martín, Javier	Pérez Luño, Antonio E.
Delgado Pinto, José	Prieto Sanchís, Luis
Díaz García, Elías	Puigpelat Martí, Francesca
Ezquiaga Ganuzas, Francisco	Rodilla González, Miguel Angel
Fernández García, Eusebio	Ruiz Manero, Juan
García Amado, Juan Antonio	Ruiz Miguel, Alfonso
Gascón Abellán, Marina	Saavedra López, Modesto
Hierro Sánchez-Pescador, Liborio	Soriano Díaz, Ramón
Laporta San Miguel, Francisco Javier	Zapatero Gómez, Virgilio
López Calera, Nicolás	

Se han adherido expresamente al mismo los siguientes colegas de otros países:

Alemania:

Ruth Zimmerling (Universidad de Darmstad),
Ernesto Garzón Valdés (Universidad de Maguncia)

Argentina:

Ernesto Abril (Universidad de Córdoba)
Eduardo Barbarosch (Universidad de Buenos Aires)
Eugenio Bulygin (Presidente de la Asociación Mundial de Filosofía del Derecho)
Ricardo Caracciolo (Universidad de Córdoba)
Martín D. Farell (Universidad de Buenos Aires)
Ricardo Guibourg (Presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho)
Pablo Navarro (Conicet- Córdoba)
Jorge Rodríguez (Universidad de Mar del Plata)
Carlos Rosenkrantz (Universidad de Buenos Aires. Universidad de Nueva York)

Chile:

Pablo Ruiz Tagle (Universidad de Chile)

Italia:

Mauro Barberis (Univ. De Trieste),
Pier Luigi Chiassoni (Univ. De Génova)
Paolo Comanducci (Univ. De Génova, miembro del comité de la Asociación Mundial de Filosofía del Derecho).
Riccardo Guastini (Univ. De Génova)
Tecla Mazzeze (Univ. De Brescia)
Cristina Redondo(Univ. De Génova)

México:

Juan Ramón Cossio (ITAM)
Jorge Gaxiola (Escuela Libre de Derecho)
Wistano Orozco (ITAM)
Juan Cruz Parceró (UNAM)
Ulises Schmill (ITAM. Ex – miembro de la Suprema Corte de Justicia de México)
Rodolfo Vázquez (ITAM)

Paraguay:

Daniel Mendonca (Universidad Católica de Asunción)



E N T R E V I S T A

ENTREVISTA A RICARDO GUIBOURG

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

Manuel Atienza: *Empecemos con algunas cuestiones referidas a tu biografía intelectual. ¿Por qué estudiaste Derecho? ¿Qué recuerdos guardas de la Facultad de Derecho de la UBA de aquellos años? ¿Qué te llevó a interesarte por la filosofía del Derecho? ¿Quiénes fueron tus maestros en los años iniciales de tu formación?*

Ricardo Guibourg: En 1957 estaba terminando la escuela secundaria y mis intereses oscilaban entre la filosofía y el derecho. En esta orientación tuvo mucho que ver la lectura de los autores iluministas, que me marcó fuertemente en mi paso por la Alianza Francesa de Buenos Aires. Finalmente me decidí por el derecho, pero el interés por la filosofía quedó como un detonador interno dispuesto a saltar a la menor chispa. Y, afortunadamente, ese detonador fue alcanzado por varios chispazos en los años siguientes.

Me tocó cursar la Facultad en la que se recuerda como la época de oro de la Universidad de Buenos Aires, después del fascismo popular de Perón, que había hecho de la Facultad un órgano partidario, y antes del fascismo oligárquico de la dictadura de Onganía, que luego de apalea a estudiantes y profesores intentó (con éxito apenas parcial) convertirla en una escuela de abogados occidentales y cristianos. En aquellos tiempos se respiraba una atmósfera de libertad académica y de respeto por lo intelectual, todo ello matizado por las habituales luchas políticas, que generaban algunas grescas (en este aspecto, el tema de Cuba era novedoso y servía para dividir aguas). Pero, aparte de las circunstancias históricas, recuerdo dos características que no han dejado de intrigarme desde entonces.

La primera es que el método pedagógico no podía ser más salvaje. Se suponía que los profesores titulares (los catedráticos, en la nomenclatura española) daban clases magistrales; pero a esas clases, que no eran obligatorias, asistían muy pocos estudiantes. Y en muchos casos no asistían tampoco los profesores: sus días y horas eran meras formalidades exhibidas en una vitrina de la planta principal. En cambio, había exámenes libres todos los

meses: en la Facultad no se hacía prácticamente otra cosa que tomar y rendir exámenes. Los estudiantes, en este sistema, se consultaban entre sí acerca de la bibliografía, se inscribían para el examen y conocían a los profesores en el fugaz encuentro de la evaluación (hecha según el rito tradicional, con estrado, tribunal y bolillero, en amplísimas aulas que hoy han sido subdivididas). Un par de cátedras rebeldes habían establecido –informalmente, es claro– sus propios sistemas de cursos regulares: una de ellas era la de Ambrosio Gioja, profesor de filosofía del derecho.

La otra característica curiosa consiste en que, a pesar de aquel método absurdo, que desperdiciaba el contacto entre profesor y estudiante, los alumnos adquirían conocimientos bastante sólidos, resultado que poco tiene que envidiar al que más tarde se logró con procedimientos mucho más racionales. Esta perplejidad, andando el tiempo, me condujo a suponer que acaso el aprendizaje no depende tanto de la perfección de los métodos (característica por la que, desde luego, tengo el mayor respeto) como de la actitud del estudiante, estimulada por el docente, adquirida espontáneamente o –a veces– deprimida por el adocenamiento.

Recién llegado a la Facultad, tuve que preparar –solo, como se estimaba– mi primera asignatura, que era Introducción al Derecho. Estudié el libro de Aftalión, García Olano y Vilanova, donde me sedujeron las teorías de Kelsen y de Cossio, que entonces yo no era capaz de discernir entre sí precisamente. Entonces se despertó en mí el interés por la filosofía del derecho, que sin embargo quedó latente por un par de años. Entonces me tocó estudiar Filosofía del Derecho dentro del sistema de enseñanza de Gioja y allí el proceso se hizo irreversible. Leía la Teoría General del Derecho y del Estado, debatía todo el tiempo con mi profesora y llegué a concebir entonces una borrosa idea que, mucho más tarde, había de convertirse en mi tesis doctoral.

Mientras cursaba Filosofía del Derecho, ya atrapado por esas reflexiones, empecé a asistir a seminarios y clases en las que encontraba muchos profesores y muy pocos estudiantes como yo. En esas reuniones conocí a Carlos Alchourrón, a Eugenio Bulygin, a Genaro Carrió y a Roberto Vernengo. No siempre entendía lo que allí se decía, pero perseveraba con la esperanza de que la asiduidad, por alguna suerte de ósmosis, me haría adquirir la comprensión que me faltaba. También iba yo a las “clases del aula 14”. En el salón así numerado (ya no puedo recordar en qué se ha transformado ni qué números ostentan hoy las aulas que ocupan su lugar), Ambrosio Gioja llegaba para reflexionar en voz alta acerca de los temas que lo preocupaban. No las preparaba como clases formales: muchas veces hablaba de lo que se le había ocurrido ese mismo día, con claridad expositiva pero también con buena dosis de improvisación. Yo veía cómo el maestro discutía con todos,

incluso con el apasionamiento que le era propio, mientras recibía preguntas y objeciones de Alchourrón, de Bulygin o de Carrió y trataba de esquivar las andanadas críticas de Vernengo. También solían estar allí Alicia Houbey, una sólida iusnaturalista en medio del positivismo militante, y Olga Monsalvo, que seguía al pie de la letra las enseñanzas de Gioja. Había pocos estudiantes. Yo no me atrevía a hablar, pero otros sí. Y me maravillaba ver que Gioja se apasionaba en la discusión con uno de ellos como si estuviera debatiendo con Vernengo o con Carrió. Comprendí entonces que la actitud del maestro partía del más completo respeto del pensamiento de su interlocutor. Y que el debate leal e intenso es la mejor muestra que puede darse de ese respeto, porque enriquece a todos quienes en él participan.

En 1963 obtuve mi título y me lancé a los cursos para graduados. Las primeras nociones de lógica las obtuve en un curso dictado por Vernengo, que fue mi profesor también en los cursos del doctorado. Allí tuve también la experiencia de ser alumno directo –cara a cara en un curso regular– del propio Gioja, con quien aprendí la importancia de transmitir al estudiante el amor por el pensamiento más aún que el pensamiento mismo. También recuerdo con cariño y gratitud los seminarios de Jorge Bacqué. Y, a partir de entonces, mi vida académica estuvo estrechamente ligada a dos maestros del rigor intelectual: Alchourrón y Bulygin. El resto es historia más moderna.

M.A.: *Pasemos entonces a historias más modernas. ¿Cómo han evolucionado tus ideas sobre la filosofía del Derecho? ¿Dirías que te has mantenido siempre (básicamente) en una misma posición iusfilosófica, o ha habido algún cambio importante? Si fuera así, ¿en qué ha consistido el cambio?*

R.G.: Cuando era estudiante y estaba leyendo a Kelsen, soñé con escribir un libro cuyo plan general llegué a escribir en un pedacito de papel. Iba a llamarse, presuntuosamente, “teoría lógica del derecho”. No tardé en advertir que mi proyecto era una muestra de iusnaturalismo ingenuo, en el que atribuía a la lógica (tan inocente de los males que se le imputan como de las trascendentes funciones que algunos les atribuyen) la adopción de principios que yo tomaba, más o menos acriticamente, de la cultura que me rodeaba. A partir de esa temprana decepción, creo haberme mantenido siempre dentro de los mismos parámetros iusfilosóficos. Pero, aun dentro de ellos, hubo una evolución. Al positivismo de corte kelseniano se agregaron luego los aportes de Hart y de Ross y, enseguida, todo ese complejo referido al derecho encontró un lugar dentro de la filosofía analítica general que, desde mi punto de vista, aparecía presidida por un presupuesto nominalista. Más tarde incorporé la teoría general de sistemas, que amplió el campo de mis reflexiones, y empecé a pensar en la informática, que me conducía a reformular problemas de la teoría general del derecho y aun de la filosofía

general con mayores exigencias de claridad y de precisión. Entonces acuñé para mi propio uso lo que en siglos anteriores podría haber sido un lema: *clarificar y demitificar*. Estaba –y todavía estoy– convencido de que la oscuridad del lenguaje proviene a menudo (no siempre) de la oscuridad del pensamiento, y de que la oscuridad del pensamiento es muchas veces (no siempre) generada o fomentada por la idea de que ciertas concepciones sacralizadas no deben criticarse, tocarse y menos aún analizarse. Por cierto, al hablar de las concepciones sacralizadas no me refiero a la fe religiosa, sino a ideas y prejuicios relacionados con las características del hombre y con la aceptación de ciertas preferencias, pensamientos que a veces dependen de la religión adoptada y otras veces son independientes de ella.

Por último, adherí conscientemente a una posición constructivista, según la cual todo lo que pensamos depende de la previa construcción de nuestro sistema de pensamiento, y me dediqué a revisar mi propio edificio intelectual. Esta revisión resultó en el trazado de un esquema que reordenaba todas las reflexiones anteriores y las relativizaba, en el sentido de encontrar los vínculos entre diversas ideas que sirven a cada una de ellas como fundamento, límite o presupuesto. En esta perspectiva, la teoría del derecho aparece como una pequeña provincia que ignora sus propias fronteras y que, además, se halla asolada por constantes conflictos internos.

M.A.: *¿Podrías aclarar más este último punto? ¿Cuáles son en tu opinión las fronteras de la teoría del Derecho? Y, por cierto, ¿"teoría del Derecho" o "filosofía del Derecho"? ¿Son, en tu opinión, términos sinónimos? ¿Cuáles son los "constantemente conflictos internos" que asuelan a la teoría del Derecho? ¿Y tus propuestas sobre cómo apaciguarlos? ¿Debemos procurar apaciguarlos?*

R.G.: Las fronteras de la teoría del derecho se hallan determinadas por la definición de su objeto. Si el derecho es un sistema normativo, su teoría se limitará a las reflexiones acerca de la estructura de tal sistema, desde su base lógica, pasando por sus instituciones o conceptos jurídicos fundamentales, hasta el análisis de los mecanismos que determinan la unidad o la pluralidad de los sistemas, la creación y eliminación de normas y el crucial fenómeno de la competencia. Si el derecho es un sistema de valores, la teoría del derecho se convertirá en una teoría ética, o al menos en una propuesta moral. Si el derecho es un estado de cosas en la esfera social, la teoría del derecho será una teoría sociológica o una teoría política (esto último, especialmente, cuando se combinen los dos últimos enfoques). La expresión "filosofía del derecho" es amplia y no toma explícitamente partido entre aquellas opciones. El nombre "teoría del derecho", en cambio, suena mejor a los militantes del normativismo. Sin detenerme en esta elección lingüística, que sirve más como bandera que como argumento, yo soy un suscriptor declarado de la

primera y más estricta de tales fronteras; pero pido –acaso como la última voluntad de un condenado– que se me permita explicar esta posición a la luz de mi respuesta anterior.

El derecho puede encararse desde cualquiera de estos tres puntos de vista. De hecho se lo encara desde los tres, y me parece muy bien que así se haga. Pero cada uno de esos enfoques da lugar a una teoría distinta, estrechamente conectada a un método diferente. Una cosa es la sociología, que es una ciencia empírica; otra cosa es la moral, que es un conjunto de reflexiones que, por mucho que las compartamos (y no siempre ocurre así) no se hallan sometidas a un procedimiento último de verificación; y una tercera cosa es el conocimiento del derecho tal como, bien que mal, lo reconstruyen y ejercen los juristas. La sociología es una ciencia, pero no sirve para dirimir conflictos; la moral no es científica en absoluto, sino un campo de batalla (a veces sangriento) de teorías metaéticas; el conocimiento jurídico, por último, une a sus dificultades prácticas una teórica muy grave: la teoría del derecho todavía no ha terminado de definir su objeto. Y ni siquiera se trata de campos distintos, consistentemente regidos por sendas teorías: cada jurista emplea métodos, teorías y circunstancias según cuadre a sus opiniones en cada momento.

A eso me refería cuando dije que el derecho ignora sus propias fronteras: a que la reflexión jurídica cotidiana, que pretende describir realidades entre normativas y sociológicas pero lo hace al compás de presunciones morales contrapuestas a las que también atribuye alguna clase de realidad, termina naufragando –como lo hace desde hace milenios– en un ejercicio no siempre bien disimulado del poder. Y esto último tampoco es un hallazgo: el derecho ha sido siempre un instrumento del poder y aun el instrumento cortado a la medida de su uso por los poderosos. Sólo pretendo sostener que cualquier reflexión que hagamos en cualquiera de los tres campos a los que me he referido sería más leal y tendría mayor eficacia intelectual –ya que no retórica– si cada uno de esos campos estuviera explícitamente delimitado.

Así, es posible colocar la teoría estricta del derecho en el marco de la realidad políticosocial, como lo hacen Kelsen y Hart, o situarla como una provincia de un sistema de valores –como viene haciéndolo el iusnaturalismo tomista y como lo hace ahora también el iusnaturalismo de los principios morales y de los derechos humanos. En cada caso, la clarificación del panorama teórico llevaría a mostrar la necesidad de establecer con alguna precisión cuáles son las relaciones a postular entre el derecho positivo y el sistema que le sirva de marco, una de las deudas que los hombres de derecho tenemos todavía con el campo del pensamiento al que nos hemos dedicado.

En todo caso, nadie debería alarmarse por la elección epistemológica que propugno. Afirmar que la teoría del derecho debiera limitarse al análisis de las normas positivas no quiere decir –repito, *no* quiere decir– que hayamos de ser moralmente indiferentes, ni que sea moralmente obligatorio acatar cualquier arbitrariedad del gobernante de turno. Tampoco quiere decir –repito, *tampoco* quiere decir– que el jurista deba cerrar los ojos ante la ineficacia de las normas, ni ante la ceguera de los legisladores respecto de las necesidades sociales, ni ante el papel ideológico que el lenguaje jurídico desempeña a favor de quienes ejercen el poder de hecho, para calmar o desactivar las eventuales rebeldías o para justificar su represión. Sólo implica que, aunque todas esas reflexiones puedan ser ejercidas por una misma persona, no pueden ejercerse a partir de los mismos métodos ni en el marco de una misma disciplina, especialmente si ella se pretende científica y sujeta a alguna clase de teoría o filosofía.

Los conflictos internos que asuelan la teoría del derecho (y con más fuerza si el ámbito se amplía a la filosofía del derecho) son siempre los mismos: hay ejércitos de ideas que nacen en las actitudes valorativas y luchan por el predominio en el pensamiento jurídico (lo que incluye la conquista de ese preciado baluarte emotivo que es el lenguaje del derecho). La teoría del derecho, en el medio de esa guerra, trata de mantenerse neutral; pero sabe que, independientemente de su voluntad, esa neutralidad sirve a su vez como arma para uno de los bandos (como podría servir para cualquiera de ellos), de modo que su voz se pierde entre las acusaciones cruzadas que sobre ella se abalanzan. Y, de ese modo, resulta también afectada por rebeliones internas que buscan alistarla en la milicia de los buenos.

Por cierto, no propongo apaciguar esos conflictos; de hecho, yo también, como ciudadano de este sufrido planeta, tomo partido ante muchos de ellos. El pensamiento único, por otra parte, me parece aborrecible –cualquiera sea su contenido– porque importa la muerte del espíritu crítico y de la capacidad de indignación. Lo que sí sugiero es que, como en las convenciones de Ginebra, acordemos algunos límites para la guerra de las ideas. Y propongo tres: que tales ideas se expresen clara y lealmente, que las inconsistencias, una vez advertidas, obliguen a la reformulación o lleven a la descalificación y, por último, que entre todos construyamos un territorio de reflexión jurídica, de límites precisos, en el que nuestras pretensiones antagónicas se contrapongan, nuestras nomenclaturas puedan traducirse entre sí y no se convierta a cada ciudadano en rehén de todos los bandos al mismo tiempo.

M.A.: *Tu respuesta te sitúa, como era de suponer, en el positivismo metodológico: tesis de la separación, de la neutralidad, del normativismo... En ella pones el énfasis en lo que consideras son aspectos fuertes de esa posición ¿Pero tiene puntos débiles el positivismo jurídico? ¿Cabe, en tu*

opinión, hacer alguna concesión al iusnaturalismo o a las teorías “críticas” del Derecho (creo que básicamente son las dos posiciones antagónicas en las que estás pensando)? Por cierto, ¿dónde se ubicarían autores como Dworkin o Nino? ¿Defienden, en tu opinión, tesis iusnaturalistas? ¿Cuáles son tus discrepancias con ellos dos?

R.G.: Es cierto, soy un positivista metodológico. Se han señalado puntos débiles a esta posición, pero casi todos ellos –me parece– provienen de la leyenda negra del positivismo, claramente fundada en un malentendido histórico, o bien nacen de insuficiencias que el positivismo confiesa más abiertamente que otras posiciones, o bien, en términos más generales, tienen por fundamento una inevitable tendencia humana a ontologizarlo todo. Trataré de explicar esto.

Desde el iusnaturalismo más tradicional se ha insistido por mucho tiempo –y algunos insisten todavía– en que el positivismo es perverso porque, al olvidar la moral, propone el acatamiento de la voluntad gubernamental, cualquiera sea ella, como la suprema obligación de los seres humanos. A esto llamo yo la leyenda negra. Desde el positivismo metodológico se ha dicho repetidamente que, en su nomenclatura, llamar derecho a un sistema normativo no implica juicio alguno acerca de su justicia ni acerca de la mayor o menor obligación moral de obedecer las normas que lo componen. Es posible, desde luego, sostener que hay una obligación moral “en principio” de obedecer las normas del derecho; pero esta no es una afirmación que integre el sistema de pensamiento del positivismo metodológico: es una afirmación que puede integrar el sistema de pensamiento *moral* de algunos positivistas metodológicos, tal como integra el de muchos iusnaturalistas. De hecho, se observan numerosos acuerdos de actitud moral entre positivistas y iusnaturalistas, porque la divergencia entre ambos enfoques –conviene enfatizarlo– no es moral sino epistemológica. También se observan desacuerdos; y la ventaja del positivismo es precisamente que hace posible el diálogo acerca del derecho aun con prescindencia del acuerdo o desacuerdo moral entre los interlocutores. Ahora bien, aquel que crea que la calificación de una norma como jurídica es al menos una razón para obedecerla lo hace desde un punto de vista moral, fundado a su vez en alguna teoría metaética; y, a menos que se trate de lo que Bobbio llamaría un positivista ideológico (es decir un iusnaturalista del poder político), es casi seguro que impone límites (siempre morales, acaso matizados con otros prudenciales) a aquella supuesta obligación de acatamiento. Las normas positivas que, según la opinión del observador, quedan fuera de estos límites pueden llamarse normas de violencia, órdenes inicuas, normas contrarias al derecho natural, disposiciones aberrantes en conflicto con los derechos humanos o manifestaciones del mal radical o absoluto, según la nomenclatura que se prefiera.

Un iusnaturalista dirá que esas normas se hallan pura y simplemente fuera del derecho, con lo que proclama su voluntad metodológica de hablar inteligiblemente de derecho sólo con quienes comparten aproximadamente sus propios límites morales. Un positivista, aun moralmente de acuerdo con el anterior, dirá que se trata de segmentos del sistema jurídico vigente, que él mismo no está dispuesto a obedecer y que propone a los demás desobedecer a su vez. Esta posición no le impide luchar contra lo que juzga inicuo, pero lo habilita para discutir con sus adversarios (los *perversos*) en un idioma jurídico común. Esto no es poco decir: hasta en un campo de concentración, conviene a los prisioneros tener un lenguaje en el que puedan hablar con sus carceleros, sin necesidad de extender a los verdugos alguna clase de *affectio societatis* semántica.

Me he extendido un poco en la explicación de la leyenda negra porque, a pesar de hallarse intelectualmente aclarada, parece persistir cierta incomunicación que una y otra vez acusa al positivismo metodológico de perversidad moral intrínseca. Pero, una vez satisfecha esa inquietud, es adecuado hablar de los límites del positivismo metodológico.

La tesis de la separación no debe interpretarse como la afirmación de que el derecho y la moral carecen de puntos de contacto. Para empezar, las normas positivas tienen contenido y ese contenido depende, ante todo, de la voluntad del legislador. Esa voluntad es guiada por preferencias y, en muchos casos por lo menos, la preferencia se halla determinada por valoraciones de tipo moral, ya sea que las compartamos o las critiquemos. Este hecho es a veces invocado como un punto de contacto. No seré yo (ni, creo, ningún otro positivista) quien niegue o discuta esta afirmación. Ella no afecta, sin embargo, la tesis positivista porque queda fuera de sus límites metodológicos: el positivismo no sirve, ni pretende servir, como guía moral de las preferencias del legislador.

Pero el gran punto débil del positivismo es la interpretación. Si se admite que la norma positiva ha de ser comprendida para aplicarla; que comprender es interpretar; que la interpretación depende en buena medida de factores ajenos al texto mismo y que uno de los más importantes entre esos factores es la valoración comparativa de los significados alternativos que puedan atribuirse a un mismo texto, o aun de los resultados concretos que mediante cada asignación de significado quepa alcanzar en cada caso o en cada clase de casos, el positivista se ve impedido de buscar en su propio positivismo una guía segura para la interpretación. Si llega a encontrar alguna, esa guía no estará determinada por su teoría general del derecho sino, predominantemente, por algún sistema moral. Pero acerca de este punto creo necesario enfatizar dos similitudes. Primera, que el problema del operador jurídico frente a la interpretación es semejante al del legislador frente al contenido de

la ley que haya de promulgar. Segunda, que –en los dos niveles– el problema del positivista como tal es idéntico al del iusnaturalista como tal: ambos deben recurrir a sus valores morales, alumbrando su búsqueda con la linterna de la teoría metaética a la que cada uno adhiera. La única diferencia es que el iusnaturalista está muy seguro de que su interpretación es la correcta, en tanto el positivista se siente metodológicamente incómodo al tratar como descripción del derecho vigente lo que cree descubrir como una decisión interpretativa. Esta última dificultad se manifiesta de manera más dramática ante la aporía del control constitucional (¿es verdad que la constitución es lo que los jueces dicen que es?); pero se halla presente en todos y en cada uno de los grados y modalidades de la interpretación de las normas. Y se ve multiplicada por la tendencia de las constituciones a proclamar derechos genéricos cuya aplicación práctica requiere complejas decisiones morales por parte del intérprete, tendencia que hoy hace innecesaria toda referencia explícita al derecho natural.

La incomodidad de los positivistas ante este aparente conflicto entre una descripción y una decisión que no se distinguen claramente una de la otra ha llevado a una complicación que hoy amenaza terminar con el positivismo. La complicación llega, ante todo, por vía de los principios. Creo que hay dos maneras de hablar de principios en el derecho. Una es la inductiva: si estudiamos las distintas normas que regulan cierta institución, tal vez podamos advertir los lineamientos valorativos generales que de algún modo presiden el sistema positivo en ese aspecto y –si nos parece bien, esto es si creemos que es conveniente mantener cierta coherencia valorativa– podremos usar esos lineamientos o principios como guías para interpretar otras normas relativas a esa misma institución (o, acaso, al mismo grupo de instituciones). Otra es la deductiva: postulamos ciertas exigencias morales genéricas, relativas al contenido del derecho o a su aplicación, y luego usamos esas exigencias o principios para elegir entre dos o más alternativas de interpretación de una norma, para resolver casos que las normas positivas no regulan expresamente o aun para desechar ciertas reglas, incluso si su redacción es poco dudosa, cuando entran en conflicto con los principios postulados. La segunda práctica, la más tradicional y extendida, busca los principios en la voluntad divina, en lo que el observador aprecie (desde su propia posición) como bien común, en las profundas convicciones que consideramos obvias porque forman parte de nuestra cultura, en las propuestas de autores respetados, en aforismos latinos, en fuertes preferencias acerca de la organización social, política y económica o en postulaciones políticamente correctas que se nos aparecen como súbitas revelaciones de una justicia por largo tiempo oculta o preterida. Estos principios, sean cuales fueren su origen y su contenido, se presentan como los instrumentos indispensables para la

interpretación *correcta* de las palabras del legislador y parecen reconciliar al positivista con la moral.

Lo que los principios hacen, a mi juicio, es otra cosa: convierten al positivista en un iusnaturalista atento al derecho positivo (después de todo ¿qué iusnaturalista no lo está en la práctica?) y, sobre todo, le ocultan esa conversión al desdeñar las bases teológicas (históricamente conservadoras) a favor de conceptos liberales y reformistas tales como la soberanía popular, el debido proceso, los derechos humanos, la liberación de los pueblos, el multiculturalismo, la igualdad de los géneros y la integración de los excluidos. Yo me siento más cómodo con estos últimos valores que con los tradicionales (que, de todos modos, se hallan sujetos a un saludable *aggiornamento*); pero, ante el nuevo iusnaturalismo de tantos de mis amigos, he reflexionado acerca de mi propia opción epistemológica. Y llegué a la conclusión de que tal opción epistemológica no tiene nada que ver con mis preferencias morales. Más allá de mi acuerdo o mi desacuerdo con los valores postulados por un autor, sigo pensando que esos valores no deberían (se trata aquí de un “deberían” de base teórico-pragmática) constituirse en definitorios del concepto de derecho ni servir para convertir la decisión acerca de lo controvertible en descripción acerca de lo real. Hay de por medio una construcción ontológica y una teoría de la verdad que sería demasiado largo exponer aquí, pero espero que el punto haya quedado claro en los límites de la pregunta.

En virtud de lo que vengo sosteniendo, parece claro que creo que mi amigo Nino, para quien Bulygin y yo, por ejemplo, éramos positivistas ideológicos, defendía en realidad tesis iusnaturalistas fundadas en su sólido compromiso con el sistema democrático y con los derechos humanos; comparto ese compromiso, pero no concuerdo con sus conclusiones teóricas. Dworkin, a su vez, desarrolla una teoría de los principios que, aunque parece fundarse a ratos en la constitución norteamericana y en la evolución de la jurisprudencia, echa raíces bastante explícitas en una moral subyacente y constituye, al fin y al cabo, una visión iusnaturalista de la práctica interpretativa enfocada como *descripción verdadera*.

Los autores críticos, a su vez, se expresan en un idioma cuyas convenciones siento a menudo ajenas: en esas condiciones, sería un atrevimiento de mi parte intentar respecto de ellos un juicio concluyente. Sin embargo, hasta donde yo puedo ver y con el expresado riesgo de error, me parece que ellos señalan con acierto una cantidad de circunstancias sociales que a menudo se silencian y muestran, además, que el discurso del derecho, además de ser un discurso del poder –cosa que casi todos estamos dispuestos a admitir– es también un instrumento para consolidar ese mismo poder por vía cultural, psicológica y hasta subliminal. Concuerdo con ellos en todos estos puntos. Sin embargo, no puedo dejar de pensar que el hombre en sociedad necesita

un discurso jurídico tanto como un sistema jurídico, que quien tiene buen éxito en la lucha por el poder adquiere con él cierto dominio de las bases de ese discurso, que uso del lenguaje del derecho impone ciertas limitaciones a quien ejerce el poder, limitaciones que pueden ser utilizadas en su favor, al menos hasta cierto punto, por los menos poderosos y, en definitiva, que la estructura del discurso jurídico (con sus presupuestos de unicidad, jerarquía, generalidad y publicidad) tiene tanta o tan poca culpa del uso que de él hagan quienes lo manejan como la que tiene un caño cuando se lo usa para romper un cráneo, armar una bomba, construir un edificio o conducir petróleo. O robarlo, si viene al caso.

En resumen, el derecho es lo que hacemos de él. O lo que permitimos que otros hagan. O lo que nos vemos obligados a soportar que otros hagan. A veces nos gusta, pero muchas otras veces no nos gusta. Cuando no nos gusta (y, obviamente, lo hacen otros, que emplean en su beneficio la conquista del discurso), ¿conviene que neguemos su existencia, o que lo relativicemos de modo tal que quede privado de sus instrumentos? Si hacemos tal cosa y un día adquirimos el poder y el dominio del discurso, ¿nos conformaremos con ese instrumento devaluado, o afirmaremos que la realidad del derecho depende de quién lo ejerza? Y si, por el contrario, aceptamos la utilidad del discurso jurídico, ¿le pondremos límites morales? No creo que haya respuestas correctas o incorrectas a estas preguntas, pero me parece que nos conviene mantener cierta coherencia en los parámetros de nuestro pensamiento. En términos de ciencia empírica, no se nos ocurre negar la meteorología porque anuncia lluvia cuando queremos tomar sol. Ni afirmamos que del campo de la entomología es preciso excluir al mosquito *Anopheles* porque transmite el paludismo. Claro está que el derecho no es una ciencia empírica. O acaso no es una ciencia en absoluto. Pero la pregunta del millón bordea esos problemas para apuntar a nuestras actitudes: ¿cómo *queremos* identificar el derecho? ¿Cómo *deseáramos* tratarlo, y con qué objetivo? Y, sobre todo, ¿cuán intersubjetivos y permanentes son esos objetivos?

M.A.: *Algunos –yo entre ellos– piensan que un límite del positivismo jurídico es que, al tratar de elaborar una teoría del derecho en términos puramente descriptivos (y explicativos), corre el riesgo de producir teorías de escaso interés práctico; teorías que, como tu lo señalas, dicen poco sobre algo tan esencial en la práctica jurídica como es la interpretación. La pregunta que te hago es: dado que tu has ejercido la profesión de juez durante muchos años, ¿qué puedes decir sobre el valor de la teoría (positivista) del derecho para la práctica?, ¿de qué manera te ha ayudado a tí en el ejercicio de la función judicial?; ¿y de qué manera se refleja el ejercicio de la función judicial en tu obra teórica?*

R.G.: Es muy común pensar que el positivismo es pobre como proveedor de guías prácticas. Yo, que acabo de confesar mi propio positivismo, también creo eso. *¿Mea culpa?* No. Hace unos meses, durante una charla para graduados en la que se tocó este tema, una colega me planteó un caso real, de los que a menudo se llaman difíciles, y me preguntó: *¿cuál es la solución positivista para este problema?* Le contesté más o menos de esta forma: no hay tal cosa como una solución positivista, porque el positivismo no es una guía práctica sino una opción epistemológica. Frente a ese problema, como ante cualquier otro, un positivista encuentra la solución que puede y propone la que le parezca mejor, tal como lo hace un iusnaturalista. Es más, es posible que el positivista y el iusnaturalista propongan la misma solución, aunque esta semejanza no puede garantizarse, no sólo entre ellos sino ni siquiera entre dos iusnaturalistas de distinta ideología. La situación práctica es la misma; la diferencia epistemológica consiste en que el iusnaturalista, cualquiera sea la solución que propone, tendrá una fuerte tendencia a sostener que ella es la *verdadera* solución para el caso, mientras el positivista se limitará a decir que *ésta* es la que él prefiere y dará las razones que lo llevan a preferirla, sin pretender por eso haber alcanzado alguna clase de verdad. En este punto, para que no pareciese que eludía el tema, mencioné la solución que yo prefería: por el gesto de mi colega, creí advertir que ella estaba segura de que mi propuesta era errónea.

Para la teoría positivista, la interpretación no es una actividad por ella reglada: por el contrario, constituye un serio problema teórico. No por culpa de la actividad interpretativa, desde luego, sino como consecuencia del lenguaje y de las construcciones conceptuales que empleamos al llevarla a cabo, que nos devuelven constantemente a la pretensión ontológica que vengo criticando y a la que volveré enseguida. Ahora bien, si el positivismo no ofrece guías para la interpretación, *¿dónde* han de encontrar esas pautas los positivistas? Donde todo el mundo las busca: en el pensamiento moral. Sólo que, para un positivista, eso es aplicar la moral a la interpretación del derecho, en tanto el iusnaturalista considera esa misma actividad como una forma profunda de la investigación jurídica. Puesto que ambos hacen lo mismo, podría pensarse que la diferencia en este aspecto es apenas un problema de nomenclatura. Pero no es así. Cualquier teoría que postule para la interpretación una solución jurídicamente correcta se ve obligada a postular también verdades no empíricas (ni tampoco deductivas). Y, por lo tanto, a postular una ontología poblada —entre otros muchos objetos— de hechos morales. Yo no estoy dispuesto a postular hechos morales, pero no por razones trascendentes (en las que, como buen escéptico, estoy lejos de creer), sino por motivos puramente metodológicos. El concepto de verdad y el de realidad son dos caras de una misma moneda: el de verdad sería

vacío sin una realidad que lo contrastara, en tanto la idea de realidad sería inútil si no nos sirviese para distinguir las proposiciones que nos conviene aceptar de aquellas que preferiríamos desechar. La experiencia sensorial, especialmente cuando puede compararse con la de otras personas, constituye una manera de discernir unas de otras en el aspecto empírico: una manera que, de hecho, todos o casi todos compartimos sean cuales fueren nuestras reflexiones acerca de la mente, la percepción, el sujeto, la cultura, el ser o la nada. En esas condiciones prácticas, los conceptos de realidad y de verdad funcionan admirablemente, porque cada sujeto puede determinar fácilmente a qué atenerse respecto de ellos en cada caso y esa posibilidad es fuertemente intersubjetiva: tanto, que la llamamos “objetiva”. Si en el tema de los valores tuviéramos un consenso semejante (esto es si todos o casi todos compartiéramos una misma teoría metaética y, dentro de ella, la confianza en algún método viable, practicable por cualquiera y comparable), no habría inconveniente alguno en ampliar nuestra ontología como de hecho tantos lo hacen, incluir en ella ciertos hechos definidos como hechos morales, establecer un modo de aprehender la verdad acerca de esos hechos y, desde luego, integrar en la definición del derecho las pautas de interpretación que en aquellos hechos pudiesen fundarse. En un supuesto así, yo abrazaría con entusiasmo la tesis de la integración entre derecho y moral, ya que las leyes sólo podrían explicarse como apenas un compendio de divulgación acerca de lo justo. Pero no disponemos de tal consenso: cuando mucho, tenemos algunos acuerdos culturales –acaso mayoritarios, pero no unánimes dentro de la misma cultura– acerca de la aprobación o desaprobación de ciertas conductas específicas. En esas condiciones, una ontología poblada de constructos es extremadamente riesgosa; en especial cuando tales constructos tengan como base las preferencias del observador (o de muchos observadores, o de los observadores que se aprueban entre sí)¹.

Todos los positivistas tienen ideas morales, cada uno desde su propia teoría metaética; y, si esa teoría es la no descriptivista, abrigan de todos modos criterios de preferencia acerca de las conductas propias y ajenas, que es apenas una manera más cuidadosa de referirse al mismo fenómeno mental. Esto permite a los positivistas manejarse en la vida cotidiana, amén de ejercer la no menos riesgosa tarea interpretativa. Yo, de hecho, razono en esta materia como un utilitarista de reglas, sin considerarme por eso autorizado a afirmar verdades ni a describir realidades trascendentes que no podría demostrar en el ya expuesto marco de “objetividad”. Simplemente tengo preferencias:

¹ He tratado de exponer este punto de vista, así como otros que empleo en la presente respuesta, en un libro de reciente aparición: *La construcción del pensamiento-Decisiones metodológicas*, Buenos Aires, Colihue, 2004.

algunas de ellas tan fuertes que las sostengo, las proclamo, intento que otros las compartan y acaso hasta estoy dispuesto a morir por ellas. Si les llamara principios, tal vez cayese en la tentación de exigir que otros muriesen por mis preferencias. Trato de no hacer tal cosa: para eso está el derecho, o lo que a partir de él se nos imponga (con nuestra aprobación o sin ella) por vía de la delegación que ejercen los operadores jurídicos competentes.

En mi actividad como juez (que reclama el ejercicio prudente de aquella delegación), la teoría me ha ayudado mucho. No porque me haya dado instrucciones correctas para la interpretación, claro; sino porque me indicó que no debía buscar esas instrucciones en el derecho, donde sólo hallaría proyecciones ectoplásmicas de mis propias preferencias morales, y me aconsejó asumir esas preferencias como propias, dentro de los límites político-jurídicos del ejercicio de la función judicial en cada momento histórico y con cargo de intentar, al menos, justificarlas a partir de actitudes presentes en el seno de la sociedad. Al mismo tiempo, la actitud analítica (de la que creo que mi forma de positivismo es consecuencia y resultado) me ha impulsado a buscar en todo momento la claridad de los conceptos y la coherencia del sistema de criterios que me proponga sostener, especialmente en materia valorativa. La tarea no es sencilla: no sólo porque gran parte del sistema de criterios de cada uno es subconsciente, lo que hace difícil su control lógico, sino porque los procedimientos judiciales y hasta las palabras que se usan para ejercerlos sugieren a cada momento una metafísica compleja. Sin embargo, hablar de otra manera conduciría a la incomunicación en un medio extremadamente estructurado. Me avengo a usar, pues, el lenguaje habitual, aunque trato de limar sus asperezas filosóficas más notorias; pero al mismo tiempo intento poner en práctica la teoría a la que adhiero en una forma que —creo— podría disminuir la arbitrariedad implícita en ese lenguaje y en la práctica que él fomenta.

En el marco de una investigación de base universitaria, reuní un grupo de jueces de mi especialidad (el derecho del trabajo) y les (nos) propuse analizar los criterios con los que todos aplicábamos varias veces por semana una norma dotada de cierta dificultad. Nuestro campo de investigación éramos nosotros mismos; nuestros métodos, la introspección y el debate. Cada uno tenía su estilo de aplicación, pero la comparación, al poner de resalto diferencias, nos llevó a investigar las razones en las que esas diferencias se fundaban y, luego, las razones detrás de esas razones. Trabajamos durante tres años, llegamos a identificar cuatro niveles de criterios y, de paso, descubrimos —no sin sorpresa— que los criterios que veníamos usando no eran coherentes, por lo que terminamos por reelaborarlos en conjunto y expresarlos en un diagrama de flujo. Luego sometimos esas conclusiones a la crítica pública, para tomar en cuenta las observaciones de los especialistas

y las de cualquier interesado. El desarrollo de la tarea de análisis nos mostró que en ella no actuábamos como arqueólogos que excavan en busca de una realidad oculta, sino como arquitectos que, con uso de su ingenio, tratan de sacar el mejor partido (el que juzgan preferible) del terreno y de los materiales de los que disponen. En otras palabras, no respondíamos al paradigma tradicional del juez sino –en un ámbito muy acotado– al del legislador. Si los jueces dejaran de sentirse sacerdotes de lo arcano para reconocerse decisores políticos limitados, y si en vez de combinar asimétricamente las dos calificaciones para sacralizar sus decisiones aceptaran explícitamente los límites políticos de su discrecionalidad (que son semejantes por su tipo a los del legislador pero incomparablemente más estrechos), el ejercicio de la interpretación ofrecería mayor *seguridad jurídica* sin perder su flexibilidad, la actividad judicial quedaría mejor sujeta al control social sin mengua de su independencia y, probablemente, la actividad de abogados y juristas, como la actitud de los ciudadanos hacia el derecho, se convertiría en algo menos misterioso, más cercano a la experiencia cotidiana que a la actitud supersticiosa y, por cierto, mucho, mucho más razonable. Aclaro, por las dudas, que por razonable quiero decir aquí analizable, susceptible de argumentación comparada y sujeta al control intersubjetivo en cada una de sus etapas y en sus resultados colectivos. De paso, es previsible que el derecho alcanzase mayor eficacia y su aplicación se volviese más rápida y oportuna.

M.A.: *Uno de tus centros de interés ha sido la lógica. En alguna ocasión has comparado la función de la lógica (formal) a la de la aritmética: en general -decías ahí- no tiene sentido discutir los precios en un restaurante, pero sí repasar la cuenta. Ahora bien, además de controlar el paso de las premisas a la conclusión, ¿qué papel puede cumplir la lógica en la selección de las premisas? ¿Sólo la de garantizar que son consistentes? ¿Qué piensas de las diversas lógicas divergentes que últimamente se están aplicando en el derecho, en particular, de la lógica borrosa y la lógica no monotónica?*

R.G.: Es cierto que me interesa la lógica. Pero guardo respecto de ella cierta distancia. De hecho, no incluyo la enseñanza de la lógica en mis programas de grado y con alguna renuencia me refiero a ella en los cursos de posgrado. A menudo me piden dictar breves cursos de lógica –junto con mi amigo Ricardo Guarinoni– para jueces o funcionarios judiciales. Lo hago, pero con curiosidad pregunto a los organizadores para qué los quieren. Es que resulta bastante común, en el pensamiento jurídico, suponer que la lógica contribuye a garantizar la verdad y la justicia. Y poco de eso sucede en realidad. Es un lugar común decir que la sentencia judicial es un silogismo, donde la *quaestio iuris* es la premisa mayor, la *quaestio facti* es la premisa menor y la decisión es la consecuencia. Dejando a salvo algunas

precisiones, trazar semejante modelo de la sentencia es posible, pero no por eso es especialmente útil. Si la conclusión del razonamiento judicial no se desprende de las premisas, estamos ante un caso de arbitrariedad; pero no es lo más común que eso suceda entre juristas (aunque ocurre todo el tiempo entre políticos). El problema serio de un juez no es el orden lógico de su sentencia, sino la selección de las premisas: establecer los hechos pertinentes y probados y fijar, respecto de ellos, la interpretación del derecho que cuadre. Aun en este aspecto, la lógica puede proporcionar su ayuda: si hemos de valorar la prueba, conviene que lo hagamos según criterios generales que podamos sostener acerca de otras pruebas de similar naturaleza producidas en otros casos; si tenemos que interpretar una norma, los criterios con los que lo hagamos también deben ser consistentes, no sólo en términos particulares, para otros casos en los que apliquemos la misma norma, sino, en lo posible, también en términos más generales que sirvan al aplicar normas diferentes.

Este uso consciente –ciertamente clásico– de la lógica para controlar el método de selección de las premisas es poco común en la actividad judicial cotidiana, normalmente preocupada por “hacer justicia” en el caso concreto, con base en premisas algo vagas dotadas de excepciones y válvulas de seguridad a menudo inexpresadas. Existe un bache muy grande todavía entre la práctica del razonamiento jurídico, notablemente rebelde al análisis racional profundo, y el desarrollo de la lógica apropiada para servir un día de auxilio a esa práctica. Es como un túnel submarino cuya construcción se inicia desde las dos orillas, pero que todavía no ha llegado al punto de encuentro. He tratado de colaborar con los dos segmentos de la construcción. Desde la lógica, por ejemplo, con propuestas acerca de la lógica deontica de grado superior² y con el proyecto de una formalización del fenómeno de la competencia³. Desde la práctica judicial, con la investigación a la que me referí en la última parte de la respuesta anterior⁴. Pero, hasta que los dos segmentos del túnel no se encuentren, los juristas seguirán desconfiando de las virtudes de la lógica y muchos lógicos seguirán pensando que el derecho es un campo poco propicio para su actividad.

² Ver Guibourg, Ricardo A., *El fenómeno normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1987, capítulo II, páginas 73 y siguientes.

³ Ver Guibourg, Ricardo A., *Pensar en las normas*, Buenos Aires, Eudeba, 1999, páginas 127 y siguientes.

⁴ Ver Cerdio Herrán, Jorge, Guibourg, Ricardo A., Mazza, Miguel Ángel, Rodríguez Fernández, Liliana, Silva, Sara N., Solvés, María Cristina, Zoppi, María Teresa, *Análisis de criterios de decisión judicial – El artículo 30 de la L.C.T.*, Buenos Aires, G.A.C. (Grupo de Análisis de Criterios), 2004.

Mientras tanto, han cobrado auge la lógica difusa, o borrosa, y la lógica no monotónica. Ninguna de ellas resuelve el problema de los juristas prácticos, pero ellos pueden interpretarlas como una especie de permiso de la lógica para hacer lo que realmente hacen, porque ambas contienen alguna forma de disolución del condicional.

La lógica borrosa desdibuja sus propias calificaciones (verdadero o falso, aceptable o inaceptable) de un modo semejante a aquél en que la vaguedad del lenguaje desdibuja sus significados. De esta manera, la aceptabilidad de una solución puede situarse en una escala continua entre dos extremos. Desde luego, se han construido interesantes lógicas multivalentes y es imaginable otra de infinitos valores. Pero, cuando los seres humanos quieren entenderse entre sí con eficacia intersubjetiva, han resuelto sus problemas prácticos mediante el uso de la lógica bivalente sin que Procusto se quejara demasiado por la noche. Por ejemplo: ¿hace frío o hace calor? Éstas son magnitudes vagas, entre las cuales hay un número indeterminado de situaciones de tibieza. Pero el hombre no se conformó con decir que la expresión “hace calor” es muy aceptable, relativamente aceptable, apenas aceptable y así hasta la inaceptabilidad estentórea. En lugar de hacer eso, construyó sistemas de medición en los que puede decirse que hace 36 grados o 4 bajo cero. Cada una de esas afirmaciones (infinitas, como las posiciones mensurables en un continuo) es verdadera o falsa, lo que permite aplicar la lógica clásica bivalente a la temperatura multivalente. Si decimos “cierre la ventana cuando haga frío”, estamos delegando nuestro mandato en la percepción (térmicamente valorativa) de nuestro interlocutor, lo que está muy bien si eso es lo que queremos hacer, pero puede complicar las cosas cuando estamos dando una directiva general que requiera alguna precisión. En cambio, si disponemos cerrar la ventana cuando la temperatura baje de 10°, empleamos un instrumento conceptual más poderoso.

La lógica no monotónica, a su vez, no garantiza la identidad del consecuente a partir de la aceptación del antecedente. Aunque aceptemos que p implica q , puede haber razones que, en cierta situación, nos lleven a admitir a la vez p y no- q . Esto se parece mucho a lo que hacen los juristas, que tratan de no comprometerse con sus propios razonamientos: “En principio –solemos decir en el lenguaje judicial– p implica q ”, lo que nos deja relativamente libres para decir, en otro caso: “si bien normalmente p implica q , aquí es imposible sostener tal cosa frente a la presencia de la condición r ”. Visto este razonamiento de adelante para atrás, lo que sostenemos es que p y no r implican q , en tanto p y r implican no q . Pero eso no lo dijimos en el momento inicial; tal vez ni siquiera lo habíamos pensado, porque nuestra atención estaba absorbida por las circunstancias presentes en aquel caso individual. La argumentación jurídica se ejerce habitualmente en esas condiciones de

incertidumbre acerca de nuestros propios criterios, futuros o aun presentes. El punto que creo crucial en este aspecto es si juzgamos que ése es un defecto del razonamiento jurídico (acaso inevitable hasta cierto punto) o bien es una virtud del carácter esencialmente humano del derecho. Si adoptamos la primera actitud (y ésta es la que yo adopto), podemos intentar analizar nuestros criterios para integrar poco a poco las premisas ignotas en condicionales que, al menos provisionalmente, estemos dispuestos a aceptar. Si adoptamos la segunda, describiremos normas y principios como razones derrotables y abandonaremos la investigación acerca de cuáles razones pueden derrotar a otras, cuándo pueden hacerlo y de qué fuerza disponen para derrotarlas en los casos concretos que puedan suscitarse⁵.

Me parece, en suma, que respecto de la lógica se plantea el mismo problema que veníamos conversando en relación con el positivismo. La mayoría de los juristas, del mismo modo que quienes se dedican a cualquier otra actividad, quieren soluciones. No se conforman con consejos sobre la coherencia de los sistemas, ni sobre el control de las deducciones, ni aun acerca de la manera más útil de postular una ontología o de concebir una epistemología. Quieren saber qué está bien y qué está mal. Y encontrar herramientas que les permitan resolver correctamente los casos difíciles. Eso sí, también pretenden que los consejos que reciban en estos temas respondan aproximadamente a sus propias opiniones. Por eso, tal vez, son reacios a cualquier intento de fijar el contenido del derecho o de controlar la coherencia de las premisas y ven con tan buenos ojos las lógicas paraconsistentes y la perspectiva de introducir en la descripción del derecho válvulas de seguridad morales, siempre que ellas sean suficientemente vagas para no crear al observador conflictos con sus propias convicciones o preferencias.

Todo esto es ilusorio. Si de veras queremos soluciones, tendremos que aceptar alguna teoría metaética descriptivista y encontrar para ella un método dotado de alguna precisión y, a la vez, de amplísimo consenso intersubjetivo. Éste es el origen de lo que, desde que la escolástica perdió su predominio, desvela hoy a los juristas. Mientras no hagamos tal cosa, o mientras no reconozcamos abiertamente nuestra incapacidad para hacerlo, no deberíamos echar la culpa a la lógica ni al positivismo jurídico –que son apenas reos de sinceridad al confesar cuáles soluciones *no* ofrecen– ni tampoco buscar atajos por los que imaginemos llegar a decir que el derecho es lo que nos parece bien y que la lógica ampara nuestras cambiantes argumentaciones.

⁵ Ver Guibourg, Ricardo A., “El espejismo de los principios” en *Provocaciones en torno del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2002, páginas 61 y siguientes.

M.A.: *¿Y qué me dices de la informática jurídica, otra de las disciplinas por las que has mostrado interés? ¿Cómo ves sus relaciones con la lógica y con la filosofía del derecho? ¿Cuáles han sido tus contribuciones en este campo?*

R.G.: Empecé a interesarme por la informática jurídica a principios de la década de 1970, cuando ella era un capítulo de la fantaciencia. En aquel momento casi nadie había visto de cerca una computadora y yo estaba muy lejos de manejar una; pero el concepto me seducía. El hombre había inventado, a lo largo de su historia, máquinas para extraer agua de los ríos, para transportarse, para moler el trigo, para ver lo pequeño y lo lejano, para hablar a la distancia, para reproducir los sonidos, para transmitir imágenes y mensajes, para volar, para escribir, para moldear el acero, para sacar punta al lápiz, para ir a la Luna. Pero ahora estábamos ante una máquina capaz de dirigir a todas las demás, porque era la *máquina de pensar*. Yo no necesitaba saber cómo funcionaba, ni experimentar con ella: el mero concepto bastaba para desatar el desafío. Porque, si la máquina es capaz de pensar (o de llevar a cabo operaciones que el hombre atribuye a su propia inteligencia, como recibir y almacenar información, examinar datos, aplicar criterios y ofrecer resultados de esa aplicación), el hombre podía reaccionar de dos maneras: agresivamente, por temor de ser atacado o reemplazado por las máquinas, o con esperanza, pensando en el mejor modo de aprovechar la nueva herramienta.

Yo adopté desde el principio la segunda actitud. De inmediato encontré una limitación: las máquinas eran capaces de aplicar, con rapidez y seguridad, los criterios que se les indicaran; pero no eran bastante inteligentes para establecer por sí solas esos criterios (o, como hace el hombre cuando cree que así los establece, de extraerlos por vías más o menos informales de la sociedad donde operan). La programación debe ser precisa y deliberada, porque la computadora no comprende instrucciones como “valore prudentemente las circunstancias de cada caso” o “procure dar a cada uno lo suyo, dentro del espíritu de la ley”.

En ese mismo momento, creí advertir que esa limitación de la computadora era una oportunidad invaluable para la actividad jurídica. Por decirlo de una manera figurada, un ingeniero de mediados del siglo XX dotado de una computadora quedaba convertido en un ingeniero último modelo; pero un abogado de mediados del siglo XX con una computadora era parecido a un letrado de 1820 con una nutrida biblioteca y un obediente y eficiente ejército de amanuenses. La diferencia consistía en que el pensamiento del ingeniero estaba adaptado a las necesidades de su nueva herramienta, en tanto el abogado se veía obligado a restringir el empleo de la herramienta según las modalidades (limitaciones, en mi opinión) de su propio pensamiento. Es

indispensable, pues, generar una evolución de las estructuras con las que el jurista está habituado a pensar. Pero este cambio tiene que ser rápido: el día que las computadoras sean tan perfectas como el cerebro humano en esto de entender medias palabras y de respirar la ideología ambiente, la oportunidad se habrá perdido: enviaremos los ordenadores a la Facultad de Derecho, donde los profesores les dirán, como a nosotros, que hay que hacer justicia y dar a cada uno lo suyo. Cada máquina entenderá las cosas a su manera y, al fin y al cabo, nosotros habremos sido reemplazados sin otra ventaja para los ciudadanos que una reducción de costos.

En 1973 publiqué un artículo, “La justicia y la máquina”⁶, en el que planteaba las necesidades del instrumento y sugería el tipo de modificaciones que el pensamiento jurídico requeriría para aprovechar íntegramente el aporte de la informática. Desde entonces fomenté la informática jurídica en todas sus formas: hacia 1989, en compañía de otros espíritus temerarios, logré impulsar la informatización de los tribunales del trabajo de Buenos Aires. Pero la informática documental, que fue fácilmente admitida por el medio, y la de gestión, que generó un poco más de resistencia, me parecieron siempre virus benévolos que, una vez instalados en las costumbres jurídicas, acabarían por abrir la puerta a la informática decisoria⁷. Éste se me antojaba el objetivo final de la informática jurídica; no porque fuese especialmente bueno reemplazar a los jueces humanos por sistemas electrónicos, sino porque, en el camino, los jueces humanos y los abogados humanos se verían obligados a imprimir a su propio razonamiento un grado de definición y de precisión que jamás se habían preocupado por adquirir y que, en ocasiones, hasta les parecía desdorado para la dignidad del hombre. Resuelto este punto, la incorporación de computadoras quedaría en sí misma reducida a una dimensión anecdótica.

Esta fue, pues, la razón de mi largo interés por la informática jurídica en general, que ahora, aceptada y generalizada, se ha vuelto más una profesión para técnicos informáticos que un desafío para la teoría del derecho. La introducción de las computadoras requería un modelo descriptivo, tanto de los hechos relevantes como de las normas aplicables, que pudiese ser apreciado por un sistema desprovisto de valores “propios”⁸, lo que implica una revisión a fondo de los criterios para apreciar la *quaestio facti* y la *quaestio*

⁶ Revista La Ley, Buenos Aires, 17/5/73.

⁷ Cfr. Guibourg, Ricardo A. (recopilador), *Informática Jurídica Decisoria*, Buenos Aires, Astrea, 1993; Guibourg, Ricardo A., Alende, Jorge O., Campanella, Elena M., *Manual de Informática Jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 1996, capítulos V y VI.

⁸ Uso aquí el entrecomillado porque abriga enorme desconfianza acerca de cuán “propios” son los valores que cada uno de nosotros defiende o, para decirlo de otro modo, qué significa “propios” en este contexto.

iuris, temas centrales de la filosofía del derecho. Y, además, conferiría una extraordinaria relevancia al motor de inferencia que permitiera relacionar datos y criterios con los resultados esperados, papel que sólo la lógica (en alguna de sus variedades) puede desempeñar.

M.A.: *Un lector de tus trabajos advierte en seguida estas dos características: son textos literariamente impecables y en los que no suelen faltar unas gotas de humor. Me gustaría preguntarte (en serio) cuál es el papel que ha jugado el humor en tu trabajo teórico. ¿Se trata únicamente de hacer más agradables los textos a los lectores, o hay algo más? ¿Cómo ves las relaciones entre el Derecho y el humor?*

R.G.: Es verdad: siempre he tratado de introducir en mis escritos alguna cuota de humor. Normalmente lo hago como una expresión de la alegría con la que encaro el trabajo, alegría que espero compartir con el lector. En algunos períodos, en los que tal alegría no era justificada por la situación ambiente, tendí a concebir el humor –y más específicamente la ironía– como una suerte de refugio compartido para los cómplices en el pensamiento. Pero también hay algo más: algo que tiene que ver con la concepción del derecho.

Los abogados, los jueces, los profesores de derecho, los juristas en general, somos gente muy seria. Demasiado, para mi gusto. No llego al extremo de mi amigo Luis Warat, que una vez propuso la “carnavalización del Derecho”; pero observo que nuestra profesión tiene una notable tendencia a la expresión grave, a las palabras altisonantes y a la voz engolada. No se trata de un talante que provenga de la necedad, no. Aunque cada individuo ha de hacerse cargo de sus propios motivos, es posible hallar una explicación colectiva más que razonable: el buen éxito en la profesión jurídica exige, ante todo, persuadir. Y, como es sabido desde la época de los sacerdotes de Amón, es (estadísticamente) más fácil persuadir cuando se da al interlocutor la sensación de que uno está en contacto con augustos misterios, ocultos a la gente común y sólo expresables mediante palabras rituales y parábolas ambiguas. Cada generación de juristas aprende estos modales de la que la precede y, casi sin darse cuenta, los toma por naturales y extrae de ellos la utilidad que le brindan.

Ese continente argumental parece el más propicio para el tipo de pensamiento fuertemente ontológico que he criticado en mis respuestas anteriores, el que afirma certezas que muchos discuten con fundamento en hechos que nadie ve y en métodos que no pueden controlarse. Si quien recibe un discurso tal profesa cierto temor reverencial hacia el emisor, no se atreverá a meter el dedo en los argumentos para verificar su solidez. Pero el que tiene una sonrisa a flor de labios goza de cierta inmunidad: pone a prueba los dichos del maestro, pregunta por qué ha de creerlos o adoptarlos y, por encima de

todo, examina cada palabra para determinar a qué parte del mundo conocido se refiere, husmea en cada oración para averiguar qué acontecimiento o estado de cosas públicamente distinguible pretende describir. Al principio de esta entrevista te dije que creía en la necesidad de demitificar. Pues bien, no hay mejor instrumento de demitificación que la risa: por eso los tiranos temen tanto a los humoristas.

Claro está que no trataré de engañarte haciéndote creer que hace cuarenta años me propuse el humor como un camino deliberado hacia la filosofía del derecho; las reflexiones anteriores son, si se quiere, una racionalización retrospectiva que el lector puede, a su vez, recibir con una saludable sonrisa socarrona. El hecho es que un poquito de humor en un razonamiento serio sirve para que el lector sienta que no está frente a un predicador de verdades inalcanzables, sino ante un semejante con el que puede comunicarse; que a él mismo corresponde asignar a cada afirmación el grado de seriedad que juzgue merecido y que lo que lee tiene puntos de contacto con la realidad cotidiana por él percibida, esa realidad en la que asienta sus pies mientras procura mirar hacia arriba. Y, de paso, algo de ironía ayuda a establecer un clima de complicidad intelectual en el que el lector empieza a sentir que el que le escribe, después de todo y por debajo de los errores que puedan atribuírsele, no es tan mal tipo.

M.A.: *¿Cuáles consideras que son tus principales contribuciones a la teoría (o filosofía) del Derecho? Si tuvieras que elegir entre todos tus trabajos, ¿con cuál te quedarías? ¿Por qué?*

R.G.: Desde hace muchos años intento contribuir, a mi modo y con mis limitaciones, a lo que –para no molestar a nadie– podríamos llamar la *disciplina jurídica*. Ahora, mirando hacia atrás, no me parece haber hecho grandes aportes: lo que hice fue más bien analizar conceptos complejos y argumentar una y otra vez a favor de la claridad y de un mayor control racional de los argumentos, con lo que me incorporé a un movimiento que otros habían impulsado. Puesto a individualizar ideas, aquéllas de las que estoy más satisfecho son dos: en lo sistemático, una propuesta, imperfecta pero probablemente útil, para la formalización de las reglas de competencia; en lo metodológico, el planteo reconstructivo del concepto de verdad, aspecto de la filosofía general que, aplicado al derecho, puede ayudar a disolver ciertas estructuras del debate tradicional (tan presentes aún hoy) y a ordenar más llanamente nuestras ideas y preferencias acerca de lo que quede en pie.

No tengo hijos, pero imagino cómo se sentiría un padre o una madre si se le preguntara con cuál de ellos prefiere quedarse. Estoy encariñado con (casi) todo lo que hice, cualesquiera sean sus defectos; pero –como sucede a menudo en las familias– hoy tengo debilidad por mis dos hijos menores. Uno es “Provocaciones”, una recopilación de artículos breves, inspirada

como tal en tu libro “La guerra de las falacias”, que creo apropiada para horadar la indiferencia del abogado práctico frente a la reflexión teórica. Otro es “La construcción del pensamiento”, que no versa sobre la filosofía del derecho sino sobre la filosofía general, pero fue escrito con la atención puesta constantemente en los debates que predominan en el discurso de los juristas, tan a menudo ocultan bajo un paño de prestidigitador otras divergencias no expresadas y, a veces, impiden también advertir insospechadas coincidencias.

M.A.: *¿Cuáles son los tres o cuatro autores de toda la historia del pensamiento que más han influido en tu manera de entender la filosofía del Derecho? ¿Que destacarías de cada uno de ellos?*

R.G.: En mi formación hay una trilogía inocultable. Hans Kelsen, con su formidable alegato demitificador. Herbert Hart, que pone en contacto la rígida teoría normativista con los reclamos prácticos del sentido común. Alf Ross, que agrega a esto un vivo interés por la realidad empírica y una meticulosa inquietud por la precisión lógica. Aunque en mi tesis, “Derecho, sistema y realidad”, tuve la osadía de criticarlos en conjunto, nunca me alejé mucho del área del pensamiento en la que esos tres maestros debatían entre sí. Y aquella crítica, por cierto, provenía de ese mismo campo.

En el ámbito de las ideas generales, no dudo en destacar la influencia de Bertrand Russell: no sólo por la sensatez y el rigor de sus planteos, sino especialmente por su actitud. Russell es un filósofo que habla claro, lo más claro que puede; que trata a sus lectores con valentía y con respeto, como a conciudadanos que conversan con él en la plaza de las ideas y no como a fieles a los que se revela la verdad ni como a seguidores a los que se convoca a la guerra. El estilo de pensamiento y de expresión de Russell ha sido siempre objeto de mi admiración.

Por último, entre los autores que han influido en mí de manera personal, es justo citar a Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, con su rigor insobornable, a Roberto Vernengo, que me enseñó las ventajas no siempre apreciadas de escrutar las ideas con ácida severidad, y a Ambrosio Gioja, el inolvidable maestro de mi generación, que mostraba con el ejemplo cómo hacer surgir el pensamiento y cultivarlo afectuosamente hasta ver dónde lo llevase su propio crecimiento.

M.A.: *¿Como ves el futuro de la filosofía del Derecho, en particular en los países de habla hispana? ¿Cuáles te parecen que van a ser los temas de estudio preferente en los próximos tiempos? ¿Cuáles deberían ser?*

R.G.: El futuro es largo y no disponemos ahora de la bola de cristal que nos permita verlo. Pero, con el alcance de cabotaje que nos permiten las extrapolaciones más tímidas, no soy optimista acerca del porvenir inmediato.

Si se echa un vistazo de conjunto al pensamiento acerca del derecho en los últimos tres mil años, lo que más resalta es la preocupación por la justicia. Los hombres se han empeñado siempre en averiguar qué es la justicia, en qué consiste, cómo pueden los individuos ejercerla y las sociedades contribuir a realizarla. En estas reflexiones, han tendido a dar por sentado que el derecho es lo mismo que la justicia, que su objeto central es establecer relaciones justas o, por lo menos, que la extrema injusticia es contraria a su naturaleza. Esta aproximación, que ha dado lugar a un océano de acuerdos ficticios, bien intencionados pero fundados en palabras vacuas, jamás permitió a los seres humanos averiguar de una manera contrastable lo que tanto les importaba: antes bien, ha servido para usar un mismo discurso como arma para sostener intereses contrapuestos.

Aquí y allá, a lo largo de los tiempos, algunos autores intentaron otras aproximaciones: describir el derecho como una práctica social no necesariamente vinculada con la justicia, examinarlo como la organización del poder, relativizarlo o aun denostarlo como mero instrumento de dominio, proponer ciertos controles rigurosos acerca de su lógica interna. Cada una de estas tendencias aportaba una cuota de razonabilidad y buscaba aprehender el derecho, tan escurridizo como concepto y a la vez tan presente como experiencia, de una manera que no dependiese del interés concreto de cada observador y que varios observadores pudiesen apreciar sin apearse de sus propios juicios de valor. El siglo XX albergó, en este sentido, un mosaico de empeños diferentes dignos de ser aprovechados y, acaso, concertados entre sí con algún esfuerzo.

Pero el hombre sigue mirando a los filósofos para preguntarles qué es lo que debe hacer. No para hacerles caso, por cierto, sino con ánimo de seleccionar, entre las respuestas recibidas, nuevas armas para su guerra siempre renovada. Y ésta parece ser, como diría el padrino de la mafia, una oferta que no podemos rechazar. Cada vez que arrecian las preguntas, cada vez que alguna catástrofe, algún genocidio o algún grave atentado terrorista llegan a conmover las conciencias, la filosofía del derecho abandona sus pequeñas investigaciones nunca terminadas, las desprecia como pasatiempo de intelectuales no comprometidos y –como respondiendo a un llamado divino– se vuelca otra vez de lleno al campo de batalla moral, iluminada por los reflectores del interés público pero ¡ay! desprovista de los métodos que permitan a alguien alcanzar un triunfo duradero.

En una época, las consecuencias del nazismo y del fascismo convocaron al pensamiento jurídico a luchar para que jamás esa tragedia pudiera repetirse. La miseria de los hombres y de los pueblos, verdadera bofetada a la conciencia que la humanidad creyó haberse construido, llevó a idear teorías para combatirla. Poco y nada se obtuvo: las dictaduras, los genocidios y las

desigualdades siguieron produciéndose una y otra vez, ahora amparados en palabras un poco más bonitas. En nuestros tiempos asistimos a una nueva reacción contra esos y otros males: como te dije en una de mis respuestas anteriores, ingresamos a otra etapa epistemológicamente regresiva para defender los ideales que yo mismo he sostenido toda mi vida. Aunque pueda aplaudir muchas de sus consecuencias políticas, como estudioso del derecho me siento como si volviese a procesarse a Galileo. Creo que no tendremos más remedio que esperar a que se aquiete un poco la efervescencia moral para que vuelvan a cobrar sentido las investigaciones que no requieran un previo acuerdo de valores. Ojalá eso suceda pronto, para que no haya que empezar de nuevo a descubrir cosas que todos sabíamos hace cuarenta años.

M.A.: *Para terminar, ¿qué consejo le darías a un joven con aspiraciones a convertirse en filósofo del Derecho)?*

R.G.: Ante todo lo reprendería por pedirme consejos, porque la filosofía del derecho, como la filosofía en general, nace de nuevo con cada pensador. Luego, a riesgo del joven y con su consentimiento informado, le dirigiría algunas exhortaciones.

En primer lugar, le pediría que no se dejara llevar por las palabras: que las analizara y sopesara en cada momento para estar seguro de que expresan lo que él quiere decir, o de que él entiende lo que otro quiso decir.

En segundo lugar, que mirara a su alrededor para ver cómo se comporta la gente y a qué segmentos de ese comportamiento suele atribuirse alguna relación con el derecho.

En tercer lugar, que examinara su propia mente para advertir cuáles son sus intereses y en qué medida ellos coinciden con la realidad exterior o difieren de ella. Y para distinguir con claridad sus propios deseos de los deseos ajenos, así como para no confundir los deseos de cualquiera con los hechos verificables por todos.

En cuarto lugar, que intentara recrear un lenguaje jurídico identificando y sistematizando el segmento de los hechos atribuible al derecho; pero, al hacerlo, se asegurara de que sus vecinos que abrigan deseos diferentes fuesen también capaces de comprenderlo. Si el ámbito de comprensión logra abarcar a sus peores enemigos, esto querrá decir que mi interlocutor ha llegado más lejos que nadie en su camino.

Y, por último, que procurara entablar un diálogo con todos (también con sus peores enemigos) para acordar, negociar, disentir, pelear y, si es necesario, matar o morir; pero ahora como ciudadano comprometido con sus ideas, satisfecho de haber cumplido primero la tarea del filósofo, que es encender la luz para no dar y recibir los golpes en la oscuridad.



DOXA 26 (2003)

REGLAS PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN DOXA

1. CORRESPONDENCIA. Los originales se remitirán a:

Manuel Atienza
Departamento de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Alicante
Apto. Correos 99
E-03080 Alicante
España
e-mail: doxa@ua.es

2. COPIAS. El original deberá ir acompañado de una fotocopia y de una versión en diskette, en WP o en Word.

3. EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS. Para la sección de artículos, la extensión recomendada es de 25 a 30 páginas a doble espacio. En ningún caso se aceptarán originales que superen el límite de las 45 páginas. Para la sección de notas, la extensión recomendada es de 15 a 20 páginas a doble espacio y en ningún caso se aceptarán originales que superen el límite máximo de 30 páginas.

4. ABSTRACT. Los trabajos deberán ir precedidas por dos abstracts (uno en español y otro en inglés) de una extensión no superior a 15 líneas.

5. ACEPTACIÓN. La redacción de la revista dará acuse de recibo de los trabajos que le lleguen y los pasará a informe confidencial. El resultado de los informes se comunicará a los interesados y sólo podrá ser uno de los siguientes:

- Aceptación del trabajo.
- Aceptación condicionada a una adaptación de la extensión del trabajo.
- No aceptación del trabajo.

6. PUBLICACIÓN. Los trabajos aceptados pasarán a formar parte del fondo de la revista, la cual se compromete a su publicación. La redacción tomará de dicho fondo los trabajos que conformarán cada número. Una vez cerrado un número, lo comunicará a los autores cuyos trabajos vayan a aparecer en él.

7. EJEMPLARES. Una vez que el número haya sido publicado, se enviará a cada autor dos ejemplares del mismo y 45 separatas. En aquellos casos en que la redacción decida unir en una única separata varios artículos (por constituir una unidad; por ejemplo, una polémica) se procederá al reparto de la misma entre los diversos autores.

D O X A

CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Ed. Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante
y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

(A estos precios se ha de añadir 4% de IVA)

- Nº 1, 1984, 275 págs., agotado.
Nº 2, 1985, 247 + 46 págs., agotado.
Nº 3, 1986, 329 + 6X págs., agotado.
Nº 4, 1987, 429 + 88 págs., 24,04 euros.
Nº 5, 1988, 361 + 43 págs., 30,05 euros.
Nº 6, 1989, 550 págs., 33,06 euros.
Nº 7, 1990, 352 págs., 24,04 euros.
Nº 8, 1990, 332 págs., 24,04 euros.
Nº 9, 1991, 344 págs., 27,05 euros.
Nº 10, 1991, 358 págs., 30,05 euros.
Nº 11, 1992, 323 págs., 30,05 euros.
Nº 12, 1992, 392 págs., 30,05 euros.
Nº 13, 1993, 356 págs., 30,05 euros.
Nº 14, 1993, 513 págs., 33,06 euros.
Nº 15-16, 1994, 1.060 págs., Volumen I: 36,06 euros; Volumen II: 36,06 euros.
Nº 17-18, 1995, 520 págs., 36,06 euros.
Nº 19, 1996, 458 págs., 36,06 euros.
Nº 20, 1997, 505 págs., 36,06 euros.
Nº 21 (Volumen I y II), 1998, 938 págs., 36,06 euros.
Nº 22, 1999, 676 págs., 36,06 euros.
Nº 23, 2000, 776 págs. 36,06 euros.

Secciones: **I. Teoría del Derecho y Tribunal Constitucional** (Víctor Ferreres, Pablo de Lora, Marisa Iglesias, José Juan Moreso, Anna Pintore, Alfonso Ruiz Miguel, Luis Prieto Sanchis, Robert Alexy). **II. Funcionalismo, teoría de sistemas y Derecho Penal** (Juan Antonio García Amado, Evaristo Prieto, Enrique Peñaranda, Günther Jakobs). **III. Artículos** (Liborio L. Hierro, Ricardo García Manrique, Ulises Schmill, Rodolfo Vázquez, Rafael Hernández Marín, Txetxu Ausín y Lorenzo Peña, Pablo Raúl Bonorino, Jesús Vega, Enrique P. Haba, Tecla Mazzaresé). **IV. Notas** (Gabriel Bello, Domingo Araya, M^a Teresa López de la Vieja, Juan Antonio Pérez Lledó, María Concepción Gimeno Presa, Isabel Lifante, Ricardo Víctor Guarinoni, Manuel Atienza, Tomás-Ramón Fernández). **V. Entrevista a Robert S. Summers** (Manuel Atienza). **VI Bibliografía** (Ángeles Ródenas)

Nº 24, 2001, 36,06 euros.

Secciones: **I. Enrique Marí** (Christian Courtis). **II. Sobre el razonamiento jurídico** (Juan Carlos Bayón, Ángeles Ródenas, Juan Antonio García Amado, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero). **III. Tendencias en la teoría del Derecho contemporánea** (Pablo E. Navarro, Enrique P. Haba, Minor E. Salas, Andrés García Inda). **IV. Problemas de filosofía moral y política** (José Luis Colomer, Hugo Seleme, Marcelo Neves, Jorge F. Malem). **V. Artículos** (Bruno Celano, Josep Aguiló Regla, Francisco J. Laporta, José Luis Díez Ripollés, José Juan Moreso, Ricardo Víctor Guarinoni, Pablo Larrañaga, Santiago Sastre Ariza, Ricardo A. Guibourg). **VI. Notas** (Matti Sintonen, Alfonso García Figueroa, María José González Ordovás). **VII. Entrevista a Robert Alexy** (Manuel Atienza). **VIII. Bibliografía** (Cristina Fernández-Pacheco Estrada).

Nº 25, 2002, 36,06 euros.

Secciones: **I. Alessandro Baratta** (Paolo Becchi). **II. Problemas de filosofía moral y política** (Martín D. Farrell, Paolo Becchi, Rafael Alcácer Guirao, Antonio-Enrique Pérez Luño, Xacobe Bastida Freixedo, Rex Martín). **III. Sobre el positivismo jurídico** (Liborio Hierro, Tom Campbell, Luis Manuel Sánchez Fernández). **IV. Artículos** (Ulises Schmill O., Isabel Lifante Vidal, María Inés Pazos, Victoria Roca Pérez, Enrique P. Haba, Gunther Teubner, Guillermo Lariguet, François Ost). **V. Notas** (José Juan Moreso, Ricardo Víctor Guarinoni, Andrea Greppi, Rubém Ortega Cotarelo, César Arjona, Carlos Cossio). **VI. Entrevista a José Delgado Pinto** (Miguel Angel Rodilla). **VII. Bibliografía** (Hugo Ortiz).

Muy Sres. míos / *Dear Sirs:*

a) Ruego me remitan los siguientes números de DOXA/

a) Please send me the following issues of DOXA:

<u>Nº</u>	<u>Año/Year</u>	<u>Nº de ejemplares / No. of copies</u>
4	1987
5	1988
6	1989
7	1990
8	1990
9	1991
10	1991
11	1992
12	1992
13	1993
14	1993
15-16	1994
17-18	1995
19	1996
20	1997
21	1998
22	1999
23	2000
24	2001
25	2002
26	2003

b) Ruego me suscriban para los próximos números de DOXA/

b) Please subscribe me to the next issues of DOXA:

Nombre / *Name*

Profesión / *Profession*

Dirección / *Address*

Localidad / *City*

País / *Country*

Fecha y firma / *Date and Signature*

Remitir a: Marcial Pons

Agencia de suscripciones

c/ San Sotero, 6

28037 Madrid - ESPAÑA

Teléfono 913 043 303 - Fax 913 272 367



European Ways of Law

Primera Conferencia Europea de Sociología Jurídica organizada por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati/Gipuzkoa/España, 6-8 de julio de 2005

El título de esta conferencia asume características europeas especiales, no solamente –algo obvio– a nivel del derecho en los libros, sino también a nivel del derecho en acción. Los estilos de regulación y de decisión, el papel del estado, así como el comportamiento cultural jurídico pueden diferir considerablemente del estilo jurídico norteamericano o de las particularidades sociojurídicas de otras regiones del mundo. Además, la globalización, la unificación de la Unión Europea y los desafíos planteados por la necesidad de integrar las culturas legales de los nuevos Estados Miembros de la UE son temas de gran interés para todos los estudiosos europeos y deberían ser articulados y debatidos dentro de la comunidad socio-jurídica emergente.

El propósito de la conferencia es tener una visión de conjunto del ámbito socio-jurídico, incluyendo las relaciones del derecho con todas las ciencias sociales, una perspectiva multicultural, un planteamiento fuerte capaz de atraer a investigadores jóvenes y permitirles así conocer a especialistas de ideas afines, así como una contribución a una verdadera consolidación de la identidad europea en los estudios socio-jurídicos. El énfasis sobre Europa será fuerte, pero no exclusivo: se aceptarán comparaciones con otras culturas jurídicas no europeas y también se considerarán ponencias sobre temas de derecho y sociedad sin relación con el tema general. La conferencia será más enriquecedora si los participantes tienen la libertad de presentar ponencias sobre cuestiones que van más allá del tema de la conferencia y que muy posiblemente planteen avances inesperados.

El programa de la conferencia –que se desarrollará principalmente en base a las propuestas de sesiones y ponencias recibidas– se dividirá en:

- Sesiones plenarias con algunos ponentes principales
- Sesiones temáticas organizadas por el IISJ
- Talleres (organizados en base a las ponencias recibidas)
- Trabajos en curso (disertaciones, informes de investigación encargados por entidades públicas)

Aunque la lengua oficial será el inglés, las sesiones se podrán desarrollar en otras lenguas europeas si el número de participantes es lo suficientemente amplio (las ponencias presentadas deberán incluir un resumen en inglés).

La cuota de inscripción, así como los gastos de estancia en Oñati, serán reducidos. Existen vuelos baratos a Bilbao desde muchos aeropuertos europeos. A diferencia de otras grandes sedes de conferencias, la pequeña localidad de Oñati situada en el corazón de la montaña vasca, facilita los contactos y los intercambios informales.

Para más información sobre la inscripción y las propuestas de ponencias, visite la Web del IISJ: www.iisj.es.

